

Los heredamientos y comunidades de aguas de Canarias como cuerpos intermedios(*)

MARCOS GUIMERA PERAZA

Notario

SUMARIO: I. CUESTIÓN PREVIA.—II. ORIGEN, NATURALEZA Y CARACTERES. 1) Heredamientos o heredades. A) Origen. B) Naturaleza. C) Caracteres: a) Trátase de agua ya alumbrada. b) Trátase de aguas privadas. c) Trátase de agua separada de la tierra. 2) Comunidades modernas. A) Origen. B) Naturaleza y caracteres. 3) Comunidades de regantes.—III. NACIONALIZACIÓN, SOCIALIZACIÓN, PUBLIFICACIÓN DE LAS AGUAS. 1. Joaquín Costa, 1911. 2. Francisco Cambó, 1918. 3. El comunismo: 1918, 1936, 1954. 4. El conde Guadalhorce, 1927. 5. Martín-Retortillo Baquer, 1966.—IV. EL DERECHO DE SUBSUELO Y LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS. 1. El dominio del subsuelo. 2. Las aguas subterráneas. 3. Especialidad de Canarias. 4. Juicio crítico.

I. CUESTIÓN PREVIA

¿Son los heredamientos y comunidades de aguas verdaderos cuerpos intermediarios, o intermedios, como con más elegancia suele traducirse entre nosotros? ¿Concurren en aquellas instituciones para las aguas de riego los caracteres esenciales que distinguen a ciertos órganos, colocados por la naturaleza de las cosas al lado del individuo y la familia, y entre ellos —junto con las profesiones y otros grupos— y el Estado?

Yo, desde hace algunos años y con reiteración en el presente, me he atrevido a sostener la afirmativa, al proclamar —frente a desconocimientos, arbitristos e ingerencias del Poder central y centralizador— la altísima función social que han venido desempeñando los heredamientos y Comunidades de aguas en Canarias, singularmente los primeros, al agrupar numerosos partícipes, que se cuentan por centenares, en torno a una propiedad del agua de nacientes, de pozos o de galerías, que, distribuida con arreglo a medidas de tiempo o de volumen —y de ambas a la vez—, ha ido a fecundar, libremente, tierras feraces, situadas muchas veces, casi siempre, lejos del lugar de su nacimiento, en zonas calientes y abrigadas de la costa baja de las Islas (1).

(*) Este trabajo fue presentado como comunicación del autor a un Forum de agricultura, de la VI Reunión de Amigos de la *Ciudad Católica*, que, bajo la rúbrica general "Los cuerpos intermedios", se celebró en Madrid en el mes de octubre de 1967.

(1) MARCOS GUIMERÁ PERAZA, *Auxilios a los aprovechamientos de aguas en Canarias*, "Anuario de Derecho Civil", Madrid, 1963, pág. 17 de la separata.

Veamos dos testimonios de autores de aquella tierra, concretamente de Gran Canaria: el uno, abogado; el otro, ingeniero agrónomo, en trabajos escritos hace años sobre el tema de las aguas.

Dijo BENÍTEZ INGLOTT (2):

“No es sólo el interés histórico y jurídico dialéctico el que nos mueve a defender las Heredades de Aguas. Es que estamos convencidos de que su existencia entraña la conservación de un valioso estamento del campo canario: el pequeño agricultor que vive pegado a su fanegada de buena tierra; a veces a su media fanegada y menos (nótese que la fanegada canaria mide poco más de 50 áreas). La destrucción de las Heredades significa la comercialización de las aguas; su mantenimiento y acrecentamiento, la renovación de la *sangre económica* del pequeño propietario y la expansión de los principios que la rigen, una medida socialmente justa.”

Y pudo afirmar HERNÁNDEZ RAMOS (3):

“La protección y respeto que debieran merecer estas instituciones tradicionales, infundidas en el espíritu y cuerpo sociales del país, en tal forma que, durante siglos, han condicionado todo su desenvolvimiento.”

“En todo tiempo, los labradores del mundo entero son los profesionales que con más tesón han defendido siempre su independencia económica y su iniciativa privada... No debe, pues, regatearse hoy el mérito del acierto de quienes supieron aunar voluntades y domeñar ambiciones...”

“Las Heredades... han sido las entidades que... permiten vivir, en algunos lugares, aunque no sea espléndidamente, pero sí como humanos, a más de 1.000 habitantes por kilómetro cuadrado.”

— *El derecho civil y las aguas de Canarias (El subsuelo y las aguas subterráneas)*, “Homenaje al profesor Alonso Lambán”, en prensa, folio 24 (año 1967):

“Las Heredades, singularmente, constituyen un ejemplo de estos cuerpos intermedios que a todo trance importa conservar y fortalecer, como organismos indispensables en una sociedad donde no deja de ser un peligro la existencia de tan sólo Administración y administrados, Estado e individuos.”

(2) LUIS BENÍTEZ INGLOTT, *Los Heredamientos de aguas*, conferencia pronunciada en *El Museo Canario*, en 1942, durante el Curso de Enseñanzas Canarias. Reproducida en *La Provincia*, 10 junio 1953 y siguientes.

(3) JUAN HERNÁNDEZ RAMOS, *Las Heredades de aguas de Gran Canaria*, Madrid, 1964. Recopilación de artículos de la Revista “Agricultura”; págs. 30, 40 y 41.

De los caracteres que seguidamente vamos a exponer compendiosamente podrá juzgarse si, en efecto, cabe calificar de *cuerpos intermedios* a estas organizaciones agrarias.

II. ORIGEN, NATURALEZA Y CARACTERES

1) *Heredamientos o heredades.*

A) *Origen.*

Surgen en las tres Islas mayores, las llamadas realengas, Gran Canaria, La Palma y Tenerife, que se incorporan a la Corona de Castilla en poco menos de veinte años: Canaria fue conquistada en 1483, Palma en 1493, Tenerife en 1496.

Nacen los heredamientos junto con los ingenios de azúcar. Fue el de la caña el primer cultivo de las Islas. Y los repartos de tierras y aguas fueron condicionados, al principio, por los conquistadores, a la construcción de ingenios, necesitados por igual de tierra para plantar la caña y de mucha agua para regarla; la que se necesitaba, también, para mover los molinos del ingenio, cuando éstos no eran de tracción animal. Andando el tiempo, se invirtió la relación y se dio menos reparto para caña que para viña, llegando a prohibirse su plantación y cultivo.

Don Fernando y doña Isabel, aun sin terminar la conquista, dieron a su gobernador PEDRO DE VERA la Real Cédula de 4 febrero 1480, fechada en Toledo, por la que le autorizaban para repartir tierras y aguas entre los que hubiesen contribuido a la conquista de Canaria. Tales repartimientos fueron confirmados por otra Real Cédula de 20 enero 1487.

Es interesante señalar que las Ordenanzas de la Audiencia, formadas por el Licenciado Ruiz de Melgarejo en 1531, tienen todo un título dedicado a los Alcaldes de Aguas, que crearon en número de dos para toda localidad donde hubiera acequias y heredamientos, "los cuales serán puestos por el Cabildo e Regimiento desta Isla", como presidentes de los Heredamientos. En 1835 se suprimieron estos cargos, pasando sus funciones a los alcaldes constitucionales. Por fin, en 1868, cesan éstos en la presidencia de las Heredades, que, desde entonces, nombran a sus presidentes.

Hacia 1840, el DOCTOR DÉNIZ, en su inédito *Resumen histórico-descriptivo de las Islas Canarias*, cifra los heredamientos de Gran Canaria en 140, 8 en Tenerife, 2 en La Palma y 4 en la Gomera (4). Años más tarde, en 1881, una *Exposición de vecinos de Las*

(4) DOMINGO DÉNIZ Y GRECK, *Resumen histórico-descriptivo de las Islas Canarias*; manuscrito en un volumen, dividido en dos tomos, propiedad hoy de nuestro amigo y compañero JOSÉ MIGUEL ALZOLA Y GONZÁLEZ, quien ha dedicado una excelente biografía a su antepasado: *Domingo Déniz y Greck.. 1808-1877*, Ediciones "El Museo Canario", Madrid, Gráficas Cóndor, 1961.

Palmas, al tratar de la escala de vapores en los puertos, dice que Gran Canaria tiene 106 heredamientos y abundantes manantiales.

En cuanto a los ingenios, cuenta NICHOLS (5) que a mediados del siglo XVI existían en Canaria doce ingenios azucareros, de los que, pese a la postración que sufría el cultivo del azúcar, aún se conservaban siete u ocho a fines de ese siglo. Todavía hay en Gran Canaria pueblos como El Ingenio, y lugares, como el Trapiche (Arucas), que recuerdan la importancia de tan activa industria.

Entre los heredamientos de Gran Canaria, quiero destacar la *Heredad de aguas de Arucas y Firgas*, que siempre conservó su forma típica, que es como el prototipo de los heredamientos y que fue el primero que se adaptó a la Ley de 27 diciembre 1956, de la que fuera artífice en la Comisión de Códigos el profesor, abogado y publicista don Nicolás PÉREZ SERRANO. Esta heredad —la Heredad de Arucas, como es conocida— data, al menos, de una Real Provisión de 31 agosto 1505 y agrupa más de setecientos herederos o partícipes (6).

Para La Palma, don ALONSO FERNÁNDEZ DE LUGO recibió de los Reyes Católicos una *Real Cédula dada en Burgos el 15 de noviembre de 1496*, en la que se le facultó para repartir tierras y heredamientos en la Isla de San Miguel de La Palma. Allí hubo hasta tres ingenios: en los Sauces, en Argual y en Tzacorte. Sin embargo, sus heredamientos adoptaron el flamante traje de Comunidades de regantes oficiales, en el último cuarto del siglo XIX.

Por lo que hace a Tenerife, los Reyes dieron a LUGO otra *Real Cédula fechada en Burgos el 5 noviembre 1496*, para hacer los repartimientos de tierras y aguas, que se reformaron más tarde por el Licdo. ORTIZ DE ZÁRATE, en 1506. El documento que recibían los donatarios de los repartos se llamaba "Albalá de data" y esta denominación, *albalá*, se conserva aún en el sur de Tenerife, referida, casi siempre, a documento privado de venta. Entre los Heredamientos de Tenerife, destaca el de La Orotava, Taoro o Tahoro, que nació en el reparto hecho el 10 de octubre de 1501, correspondiente a los na-

(5) *Descripción de las Canarias en el año 1526 hecha por Thomas Nichols, factor inglés*. Introducción y notas de B.(uenaventura) Bonnet, "Revista de Historia", La Laguna, números 39 y 40, año 1933, tomo V, año X, págs. 207 y 208. Sobre este autor debe verse ALEJANDRO CIORANESCU, *Thomas Nichols. Mercader de azúcar, hispanista y hereje*. I. de E. C., La Laguna de Tenerife, 1963. Insiste también en la obra de CIORANESCU *Colón, humanista*, Editorial Prensa Española, 1967, pág. 107 y sigs. Allí deja claro que la verdadera fecha del texto de NICHOLS es el año 1583.

(6) Sobre las Heredad de Arucas y Firgas, puede verse la *Memoria sobre el estado de la agricultura en la Provincia de Canarias por el Coronel D. Francisco M.ª de León (y Falcón)*, *Comisionado Regio en dicha Provincia*. 1850. Se insertó en el Boletín del Ministerio de Fomento de 1852, tomos 3.º y 4.º, sucesor del de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, desde 1851. Tomo III, núm. 40, págs. 671 y sigs.

Y también nuestro trabajo *Don Francisco María de León (1799-1871)*. *Su tiempo. Sus obras*. "Anuario de Estudios Atlánticos", Madrid-Las Palmas, núms. 8-9, 1962-1963, pág. 110. La memoria está fechada en Palmas de Canaria a 30 marzo 1850.

cientes de Aguamansa, llamados el Río de la Orotava o nacientes de la Dula. Se le ha llamado, también, *acoquia*, denominación muy poco frecuente en Canarias. Sus Ordenanzas datan de 27 mayo 1507 y fueron reproducidas en 1527. También en él era el Cabildo de Tenerife el que nombraba el Alcalde de Aguas, lo que supuso una excepción de lo regulado para esa Isla. Sus últimas Ordenanzas conocidas fueron aprobadas en 1859. Se compone de ciento setenta y cuatro días, dulas o participaciones y agrupa más de doscientos cincuenta partícipes. En la Orotava hubo hasta tres ingenios.

B) *Naturaleza.*

En virtud del apoderamiento real, se trata de un reparto hecho por los Reyes, a título gratuito, como remuneración de servicios prestados para la conquista de las Islas y con ciertas condiciones, como la del destino de las tierras dadas. Además de como estímulo para el asentamiento en las nuevas tierras. Los repartos en Canarias, donde se produjo una incorporación o conquista, fueron hechos en dominio libre; frente a los realizados en el Levante de la península, que por haber estado bajo la dominación árabe, se hicieron como regalías menores.

Autores como BENÍTEZ INGLOTT y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ puntualizan esto. Para BENÍTEZ INGLOTT (7) lo que fue al principio (siglos XVI, XVII y XVIII) mero señorío *alodial* o "por juro de heredad", se convirtió luego, bajo la legislación de señoríos (siglo XIX) en dominio absoluto, pleno y exclusivo. Es decir, que, a su juicio, de entidades de derecho público pasaron a ser entidades de derecho privado. Por eso, al establecer la etimología de la palabra *heredamiento*, él estima que expresa la forma jurídica empleada para establecer la heredad o heredamiento: dar las tierras y aguas en dominio *alodial*, "por juro de heredad" o "por heredamiento" (8).

Para HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (9) —una de las primeras autoridades en aguas de Canarias, abogado en ejercicio, coautor del Proyecto so-

(7) LUIS BENÍTEZ INGLOTT, *Los Heredamientos de aguas*, conferencia pronunciada en *El Museo Canario*, en 1942, y reproducida años más tarde en el diario *La Provincia*, 10 junio 1953 y siguientes.

(8) BENÍTEZ INGLOTT, lugar citado...

(9) MANUEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, presidente del Grupo de Trabajo número 4 de la Comisión Provincial delegada de Las Palmas de la Comisión para el desarrollo económico de las Islas Canarias, en su Ponencia *Régimen jurídico de las aguas y auxilios para obras hidráulicas y de abastecimiento*, Las Palmas de Gran Canaria, febrero de 1963, págs. 11 y 12 (Copia del Instituto Canario de Estudios Económicos, *Plan Canarias*, Las Palmas, 1963). Recomendamos la lectura y estudio de este importante trabajo, cuya publicación sería muy de desear, pues se trata de la mejor obra moderna sobre aguas de Canarias.

Sobre la abolición de señoríos, por decreto de 6 agosto 1811, que incorporó a la nación los jurisdiccionales y declaró los territoriales —caso de Canarias— como de propiedad particular, puede verse nuestro trabajo *Los diputados doceañistas canarios*, "Enciclopedia Canaria", Aula de la Cultura de Tenerife, 1967, pág. 21, III, 1.

bre personalidad jurídica de los Heredamientos— los heredamientos se dieron por concesión real, constituyendo un señorío de tipo alodial, un señorío *perpetuo*, otorgado por *juro de heredad*, los que luego fueron llamados “señoríos territoriales”, frente a los meramente jurisdiccionales. Se convirtió luego en un dominio absoluto, en un derecho de propiedad libre, derecho privado, por virtud de la abolición de señoríos (leyes de 6 agosto 1811, 3 mayo 1823, 26 agosto 1837).

C) *Caracteres:*

a) *Trátase de agua ya alumbrada.*

Los repartos versaron sobre aguas que discurrían por los cauces de los barrancos, y quizá de algún riachuelo. Procedía esta agua de nacientes o manantiales situados más altos. Esto constituye su diferencia última con las comunidades llamadas modernas, que se fundan para alumbrar agua. Como hace notar LEÓN y MATOS, en la primera obra dedicada a heredamientos (10), “cuando se repartieron los terrenos altos, se dieron en calidad de secanos, aunque nacía agua en ellos” y esto sucedió a partir de 1517.

b) *Trátase de aguas privadas.*

Para nosotros, esto ha sido siempre así. Las aguas fueron repartidas por los Reyes, junto con las tierras, sin limitación alguna. Ello separa a estas instituciones de las Comunidades de regantes, que versan sobre agua pública. La mayoría de los autores así lo sostienen.

LEÓN y MATOS (obra citada) afirma que “es claro y constante que (los Heredamientos) tienen el (derecho) de propiedad justa y legítima”, no sólo el de posesión en la antigüedad.

LÓPEZ DE HARO (11) estima que la propiedad repartida en Canarias fue libre y absoluta, mientras que en la Península tiende a la mera concesión; afirma que en Canarias no hubo jamás aguas públicas; y cita el respeto a los derechos adquiridos de la legislación de aguas (arts. 299 de la ley de 1866; art. 257 de la ley de 1879; art. 424 del Código civil).

(10) FRANCISCO (JACINTO) DE LEÓN Y MATOS, *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*. Escritas y recopiladas por D. ... siendo Director de la Sociedad Económica de Amigos del País. 1783.

Insertas en la *Colección de documentos para la historia de las Islas Canarias*, de don AGUSTÍN MILLARES TORRES, *El Museo Canario*, tomo 6.º, folios 21 r. a 36 r. Signatª I-C-16.

LEÓN y MATOS, padre de León y Romero y abuelo de León y Falcón, nació en Las Palmas el 6 octubre 1745 y falleció el 9 agosto 1792.

(11) CARLOS LÓPEZ DE HARO (Y MOYA), *Heredamientos de aguas*, “Revista de Derecho Privado”, año X, núm. 110, 15 noviembre 1922, pág. 321 (X).

LATOUR BROTONS (12) cree que en Canarias son “todas sus aguas privadas, tanto las superficiales como las subterráneas”; “son aprovechamientos de aguas privadas”. Y por cierto que aclara su etimología, proclamando que aunque heredamiento viene de heredero, “tiene el sentido de *cosa común*”.

HERNÁNDEZ RAMOS (obra citada), para quien “muchos barrancos fueron siempre de propiedad privada”.

BENÍTEZ PADILLA (13) que afirma: “De modo que, desde hace siglos estos manantiales de los barrancos, que dejados a su curso libre, hoy constituirían pequeños caudales de aguas públicas, continuas, adquirieron un inequívoco carácter de aguas particulares y como tales fueron derivadas de sus álveos y conducidas por acequias a los predios que habían de regar”. Concluyendo: “Las aguas continuas, siempre en cantidad muy moderada, son de dominio privado”.

Por último, el INFORME DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS (14) subraya que aun las Heredades adaptadas pusieron de relieve su carácter de aguas de estricta propiedad privada; y las demás que han reducido a escrito sus Ordenanzas, han conservado su carácter de reglamentaciones de estricto derecho privado.

c) *Trátase de agua separada de la tierra.*

Parece claro que, inicialmente, el agua fue repartida con la tierra a la que regaba. Las datas rezan “de tierra y agua”. Luego, al adquirir el agua la enorme importancia que hoy conserva acrecentada y en un momento cuya fecha exacta no ha podido, hasta ahora, precisar la investigación histórica, se sustantivaron los heredamientos de las tierras a las que fertilizaban, con lo que se produjo la absoluta separación de tierra y agua, que hoy perdura. El agua puede regarse en la finca a la que inicialmente estuvo adscrita; pero también en otra, de la misma zona o de fuera de su cuenca; así como venderla, permutarla, arrendarla. Es una consecuencia del pleno dominio —privado— que tiene el heredero respecto de su agua; lo que determina otra diferencia con las Comunidades de regantes, que, por ser de aguas públicas, las tienen adscritas a las tierras —o, al menos, a las cuencas— en donde se riegan.

Por eso, ha sido antijurídica —y hasta indignante— la moderna exigencia de que las Heredades de Canarias, para poder gozar de los auxilios que una legislación sedicentemente adaptada a las nece-

(12) JOSÉ LATOUR BROTONS, *Antecedentes de la primitiva Ley de Aguas*, Madrid, 1955, págs. 38 y 56.

(13) SIMÓN BENÍTEZ PADILLA, *Gran Canaria y sus Obras Hidráulicas*, Las Palmas, 1959, pág. 151.

(14) INFORME DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS, *sobre las Heredades o Heredamientos de aguas emitido en marzo de 1955 por el Ilustre ...* “Revista del Foro Canario”, 1956, núm. 12, pág. 74. Fue redactado por una Comisión compuesta por don Carlos Ramírez, don Manuel Hernández y don Nicolás Díaz-Saavedra.

sidades de aquellas Islas ha establecido, han de adscribir rígidamente el agua a la tierra que riega y han de transformarse en Comunidades de regantes, de las llamadas *oficiales*.

Antijurídica, porque se fuerza la naturaleza de las cosas, para, desde la *Gaceta*, transformar lo privado en público, el dominio en concesión, los seculares heredamientos en Comunidades de regantes.

Indignante, porque los auxilios otorgados no son más que consecuencia de la inaplicabilidad de la legislación general de auxilios de 1911 y complementarias —Ley de Obras Hidráulicas de 7 julio 1911— a las peculiaridades geográficas —físicas— de las Islas; lo que motivó que, en 1933, un Ministro de Obras Públicas canario, el señor Guerra del Río, dictara un decreto —de 8 diciembre 1933— convertido en Ley por su inclusión en el artículo 2.º de la de Presupuestos para 1935, en que tales auxilios se adaptaban a aquellas peculiaridades. A su amparo, se realizaron obras de cierta importancia —allí todo es relativo, como en miniatura—; y de pronto, en 1956, se interrumpe su aplicación, beneficiosísima, porque “determinado Departamento Ministerial formuló ciertos reparos en cuanto a su rango administrativo”. Pudo decir más tarde MARTÍN-RETORTILLO (15):

“No se trata de analizar ahora el problema de la ilegalidad del Decreto de 1933: basta con señalar que esta circunstancia fue reiteradamente acreditada por la negativa de los órganos de asesoramiento jurídico y de control financiero a que se otorgasen los beneficios en él establecidos, negativa que fue la que motivó la elaboración de la Ley de 24 de diciembre de 1962.”

Y en efecto; llegó la ley de 1962, y en vez de reactivar el Decreto de 1933, incluso con efectos retroactivos para las obras realizadas o proyectadas en el período 1956/62 —ya que las razones que motivaron la promulgación de aquel Decreto seguían vigentes—, se impone la adscripción del agua a la tierra que rieguen y la estructuración en la misma forma que las Comunidades de regantes oficiales. Es decir, deben variar su naturaleza y su regulación; si no lo hacen, no serán acreedoras a tales auxilios. Ni siquiera se quiso recoger lo que proponía la Ponencia de la Comisión de Obras Públicas, en 28 de noviembre de 1962, cuando incluía, entre los beneficiarios de auxilios, “las Comunidades o Heredades comprendidos en la Ley de 27 diciembre 1956, siempre que destinen las aguas a su distribución entre los partícipes y no a su venta”. Con razón se ha dicho de ella (16): “Ley en la que se insiste en el concepto peninsular del carácter realengo o público de las aguas”.

(15) SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO. *Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos*. Editorial Tecnos, S. A. Madrid, 1966, pág. 5.

(16) *Revista de Historia Canaria*, núms. 141-148, años 1963-1964, pág. 205, al recensionar mi trabajo sobre los *Auxilios*...

Todo ello sin contar con lo que esa medida tiene de retroceso, hacia 1880, cuando algunos heredamientos fueron aconsejados para que, adaptasen sus ordenanzas o estatutos a las flamantes prescripciones de la Ley de Aguas de 1879, transformándose en Comunidades de regantes. Y eso que la Administración de entonces, con fino instinto, rechazó en más de un caso la aprobación de las ordenanzas que se le sometían, "por tratarse de aguas claramente privadas" (17).

2) Comunidades modernas.

A) Origen.

Las Comunidades de aguas nacieron en el siglo XIX. Fueron solicitadas por el diputado canario don Pedro GORDILLO en las Cortes de Cádiz —sesión de 23 abril 1811, proposición cuarta—, quien sostuvo la necesidad de investigación de aguas subterráneas en el sur de Gran Canaria, donde los terrenos eran áridos y secos; y el que tales obras de alumbramiento, por exceder de la capacidad económica de las personas individuales, tienen que ser realizadas por agrupaciones de individuos. Y, sobre todo, proclamó su condición de aguas privadas (18).

En Gran Canaria debieron nacer poco después, en el primer tercio del siglo. El Dr. DÉNIZ (obra citada) dice que a los heredamientos de Gran Canaria "es preciso añadir el agua que suministra las minas de dominio particular, que brotan por todos los términos de la Isla, y que se puede calcular en 34 azadas, es decir, en la cuarta parte de la que forma los heredamientos (que son 135 y 1/4 azadas). Por todas, 169 y 1/4 azadas".

En Tenerife, la primera Comunidad moderna conocida es la denominada, precisamente, "Las Aguas", sita en La Orotava, que fue constituida en 1853. Cuenta el Dr. DÉNIZ (obra citada) que "en septiembre de 1855 se constituyó, en la ciudad de La Laguna, la Sociedad para la explotación y aprovechamiento de las aguas de Alvaro Báez, en la jurisdicción de Tacoronte (el barranco que los naturales de esta comarca llaman, por contracción, *Alvarbay*), destinadas al riego de este distrito". Y añade: "En La Laguna, se instaló definitivamente en junio de 1855, una Sociedad para sacar y reunir las aguas de aquellos contornos en favor de dicha ciudad, que en verano experimentase escasez". "La asociación de pozos artesianos que se estableció por el año 18... en la villa de Santa Cruz no ha dado ningún satisfactorio resultado."

(17) Para una crítica de la Ley de Auxilios de 1962, puede verse nuestro trabajo citado en primer lugar en la nota 1.

(18) Para ampliación de este extremo, puede verse nuestro trabajo *Hace cincuenta años: una intervención del Diputado por Canaria don Pedro Gordillo en las Cortes de Cádiz. El Museo Canario*, Las Palmas de Gran Canaria, 1960, núms. 73-74, Homenaje a Simón Benítez Padilla, tomo I, págs. 211 y siguientes.

Por cierto, que es de citar que LEÓN y XUÁREZ DE LA GUARDIA y sus compañeros del *Consejo Provincial de las Islas Canarias* —cuerpos en parte consultivos y en parte tribunales de lo contencioso-administrativo— que él presidía desde 1864, vieron en sesión de 8 mayo 1865 el Reglamento que presentaba la Sociedad “Empresa de Palo Blanco”, de La Orotava, para la explotación de aguas en terrenos de particulares. Y el Consejo estimó que “no procede aprobarlas, por ser de carácter privado”. ¡Mérito de León y sus compañeros de Consejo será siempre el haber sabido ver claro en esta materia, aun antes de dictarse la ley de aguas de 1866!

Por lo que hace a la Isla de Lanzarote, no hay comunidades de aguas. Ya lo dijo FRAY LESCO (19): “Si aquí hubiera aguas que alumbrar, hubieran surgido los aventureros del subsuelo, los topos soñadores de otras Islas, dignos ya de una leyenda”. Y lo remachó HERNÁNDEZ RAMOS (obra citada): “No tiene fuentes, pozos, ni acequias. Le sobra la Ley de Aguas.”

Y ya que de agricultura y aguas estamos escribiendo, queremos citar algo que fundamenta históricamente lo que nuestro buen amigo y compañero JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO afirmaba en su magnífica introducción puesta a *El Campesinado*, de Helion de Beaulieu (Madrid, Speiro, S. A., 1963, pág. 4), al tratar de la talá de bosques: D. FRANCISCO MARÍA DE LEÓN, siendo secretario de la *Junta Provincial de Agricultura de Canarias*, dio un “Informe sobre las aguas de riego de la Orotava”, fechado en Santa Cruz de Tenerife el 30 de octubre de 1849; y en él, al tratar de los cultivos que fueron sucediéndose en las Islas, dice que a principios del siglo XIX las viñas fueron invadiendo los terrenos situados más altos, con lo que hicieron retirar el cultivo de los cereales y raíces tuberosas:

“Y éstas, a su vez, también invadieron la zona superior, haciendo caer al golpe del hacha y sin más que un momentáneo provecho los bosques de castaños útiles para el hombre y para los ganados de cerda, y aún los árboles monteses, dejando en el día convertidos en cerros escarpados y de un terreno pulverulento e ingrato, los que hemos visto no hace muchos años contribuyendo por lo menos a la atracción de las nubes y aumento de las mismas aguas, y destinados a lo único que podían serlo...”

B) *Naturaleza y caracteres.*

Las modernas Comunidades se constituyen para alumbrar agua; bien mediante pozos —como suele ser en Gran Canaria— bien mediante galerías —como se practica en Tenerife—. En Gran Canaria hay, también, galerías construidas a lo largo de los barrancos, para

(19) DOMINGO DORESTE, *Crónicas de Fray Lesco*, Ediciones *El Museo Canario*. Las Palmas de Gran Canaria, 1954, pág. 69.

captar sus aguas subálveas, haciéndolas surgir por gravedad; y en Tenerife se encuentran pozos, sobre todo en el sur de la Isla.

Son aguas privadas e independientes de la tierra a la que riegan; caracteres que las asemejan a los Heredamientos y las distinguen de las comunidades de regantes.

El agua no está alumbrada —a diferencia de las Heredades—, sino que tienen por fin precisamente el alumbrarla. Y se trata de aguas subterráneas, que hay que sacar del subsuelo de la tierra a la luz, por medios mecánicos.

Los pozos suelen pasar de doscientos metros de profundidad; y son frecuentes las galerías de más de dos mil metros de longitud, existiendo algunas que rebasan los tres mil.

Las Comunidades en Tenerife pueden cifrarse en más de seiscientas, que suelen agrupar cada una de doscientos a trescientos comuneros. En Gran Canaria parece que pueden calcularse unos dos mil pozos, con también muchos interesados, y más de 45.000 metros de galerías.

Véase, pues, a la simple exposición esquemática, la importancia social de estas explotaciones, debidas exclusivamente a la iniciativa privada. Hemos de volver sobre ello más adelante.

No es necesario que nos detengamos demasiado en la intervención administrativa en esta materia. Baste citar la Real Orden de 27 noviembre 1924, que exigió, por primera vez, el permiso del gobernador civil para el alumbramiento de aguas en terrenos particulares —firmada por el subsecretario encargado del Ministerio de Obras Públicas, general VIVES, que tiene calle en Las Palmas—; la Orden de 23 mayo 1938, que preceptúa dicha autorización a través de la Jefatura de Obras Públicas de la provincia; y el Decreto de 8 octubre 1959, que reorganiza los servicios de aguas en el Ministerio de Obras Públicas, y las Ordenes de 16 enero 1960 y 31 diciembre 1959, reguladoras de las Comisarías de Aguas de Canarias y el Servicio de Obras Hidráulicas de Canarias, que han sido definitivamente organizados, a razón de una Comisaría y un Servicio en cada una de las dos provincias canarias —con un criterio descentralizador que muchos denunciamos como imprescindible—, por Decreto de 13 agosto 1966.

La autorización administrativa —extraña por tratarse de alumbramientos en terrenos particulares— sólo se justifica por la función de policía que corresponde a la Administración, en orden a la mejor explotación de la riqueza acuífera de la nación. Es, eso sí conviene subrayarlo, una autorización, una licencia, un permiso; en modo alguno una concesión, figura de derecho público que se reserva para las aguas que tengan ese carácter. Como se sabe, en la autorización, el particular podría, de suyo, realizar tales actos, sin que la Administración añada nada a esa facultad; mientras que en la concesión se reconoce al particular el disfrute de un bien que, de no ser por ella, no estaría en el patrimonio del usuario.

Como bien ha dicho HERNÁNDEZ RAMOS (obra citada), con la Real Orden de 27 noviembre 1924 “se inicia la pugna entre la Adminis-

tración y el Código civil, al que han tenido que acogerse las Heredades por no existir un cuerpo de doctrina más claro que les ampare, ya que no las defina". Buenas pruebas de esta pugna la hemos tenido nosotros recientemente, y a ello aludiremos al tratar del derecho del subsuelo.

La autorización administrativa tiene en cuenta la distancia entre alumbramientos, que conforme al artículo 24 de la Ley de Aguas es de cien metros, como mínimo. Disposición ahora completada —con acierto— en el artículo 1.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962, que permite incrementar esa distancia por informe técnico del Distrito minero y la Comisaría de aguas (20).

Al propio tiempo, los que pudiéramos llamar *fundadores*, gestionan de los dueños de los terrenos afectados por la explotación el permiso para la realización de las obras en los subsuelos de sus fincas. Figura esta interesantísima, que unas veces —como en Tenerife y La Palma— se configura como mera licencia, la del artículo 417 del Código civil, corroborado por el artículo 414 del propio cuerpo legal; y otras, como en Gran Canaria, se formaliza como venta del subsuelo (21). Nosotros hemos propugnado, como tesis intermedia, por la configuración como derecho real de servidumbre en cosa ajena, que podría denominarse "servidumbre de subsuelo o de alumbramiento de agua y acueducto bajo de tierra", a la que no obsta el principio de la imposibilidad de servidumbre en cosa propia, en este caso, en parte.

Es de señalar que la licencia se concede unas veces con carácter gratuito, otras a título oneroso; y las más, a cambio de *participaciones liberadas* en la Comunidad que se constituye para alumbrar agua; es decir, participaciones libres de contribuir a los gastos comunes. En este último caso, como decimos el más frecuente, el cedente del permiso sobre su subsuelo entra a formar parte de la Comunidad para la explotación del agua, embarcándose en la aventura que supone esa actividad; de la cual, si hay agua al final, obtendrá una participación en ella libre de todo gasto; y si no se encuentra agua, nada recibirá.

En los casos de venta del subsuelo, la enajenación se hace, a veces, por una contraprestación en dinero; pero las más, a cambio de unas horas de agua de la que en su día se alumbró en la explotación que se proyecta, que estarán completamente liberadas. Es decir, que al final, el vendedor es un comunero más, que, mientras los demás aportaron trabajo y dinero, él aportó finca, constituida por su subsuelo. La Comunidad, unas veces existía antes de la adquisición de éste; las más, se constituye de hecho y de derecho en el momento de la enajenación, adquiriéndolo los fundadores por cuotas partes indivisas. Esta

(20) Sobre este punto de las distancias entre alumbramientos, puede verse nuestro citado trabajo *Auxilios...* (invocado en la nota 1), págs. 4 y siguientes, y el que se citará a continuación.

(21) Sobre este tema, puede verse nuestro trabajo *El derecho de subsuelo (Aguas subterráneas)*, "Anuario de Derecho Civil", Madrid, 1961, tomo XIV, fascículo I, págs. 121 y siguientes.

fórmula de segregación y venta del subsuelo, con o sin determinación de resto, se ha inscrito en casi todos los Registros de la propiedad de Canarias, donde se ha presentado, inscribiendo el dominio a favor de los adquirentes; e incluso llegando a la agrupación de dichos subsuelos con otros elementos integrantes de la Comunidad, por constituir una unidad orgánica de explotación.

Las participaciones de la Comunidad suelen ser en número de 360, que es el resultado de multiplicar el número de horas del día por los quince días de cada medio mes, período el más usual entre uno y otro riego; por lo que el titular de una participación sabe que tiene derecho a disfrutar de todo el caudal descubierto durante una hora cada quince días.

Lo típico es que estas modernas Comunidades desean constituirse en régimen de heredamiento, asumiendo desde el principio el nombre de tales; pudiendo leerse con frecuencia en las escrituras fundacionales de ellas:

“... los comparecientes han decidido constituir un Heredamiento de aguas, es decir, una colectividad análoga o similar a las que, con nomenclatura de Heredades, Heredamientos, Comunidades Hidráulicas, Comunidades de regantes y otras parecidas, han venido surgiendo en el transcurso de los siglos con tal profusión y afines características que constituyen un verdadero derecho consuetudinario de esta Isla de Gran Canaria...”

Ha podido decir HERNÁNDEZ RAMOS (obra citada), partidario de los viejos heredamientos, que en el sur de Gran Canaria, con la apertura de pozos, y “sin perjuicio para nadie, en general, han realizado muchos labradores y algunas compañías una fructífera labor agrícola y social”.

3) *Comunidades de regantes.*

Si dedicamos un epígrafe a estas Corporaciones de aguas públicas es porque, ya antes la hemos aludido, se produjo cierta transformación en algunas Heredades, al tiempo de dictarse la vigente Ley de Aguas. El artículo 228 dispone que los aprovechamientos colectivos de aguas públicas, destinadas a riegos, deberán constituirse necesariamente en Comunidad de regantes. Añadiendo la Orden de 10 diciembre 1941 que para cada toma de agua será necesaria la constitución de una Comunidad.

En Canarias existen pocas aguas públicas. Sólo en la Isla de la Gomera tienen importancia y actualidad estas Comunidades de regantes oficiales. Pero, por la razón antes apuntada, no está de más que fijemos sus caracteres y naturaleza.

Su gruesa de aguas es de dominio público (22). Son organismos administrativos que actúan como delegados de la Administración; o, como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 marzo 1879, "cuerpos que ejercen funciones públicas, en parte administrativas y en parte judiciales" (23). No son, pues, *cuerpos intermedios*, sino *Estado* actuando por delegación. Como bien nos decía VALLET, ya hace años, "los comuneros son sólo titulares *ob rem*, es decir, en tanto en cuanto ellos son dueños de las tierras que con las aguas comunes se riegan".

Es, pues, agua pública y agua adscrita a la finca que riega. Cuando uno de los comuneros no desea aprovechar el agua que le corresponde, su parte acrece a la masa común y pasa a engrosar el caudal correspondiente a los demás. No puede el comunero disponer de su agua ni aun en favor de los restantes. Tienen sólo su uso y aprovechamiento, no su dominio absoluto.

Y, sin embargo, en Canarias algunas de sus Heredades seculares se transformaron en Comunidades de regantes, naciendo así unas entidades híbridas, heredamientos mixtificados, que siguen siendo en el fondo verdaderas Heredades. Algunas de ellas obtuvieron la aprobación del Poder público; pero en otras no ocurrió así. En este último aspecto, son de citar la Circular de la Dirección General de Obras Públicas de 21 de julio de 1882 y las Reales Ordenes 11 septiembre 1882 y 6 junio 1883, que rechazaron su adaptación "por ser aguas de propiedad particular".

Entre otros ejemplos, citemos la Heredad del Toronjo, en San Mateo, Gran Canaria, que formuló sus ordenanzas en 16 noviembre 1882, pero a las que, de acuerdo con la Real Orden de 19 de junio de ese año, "no corresponde a la Administración aprobar ni desaprobado las Ordenanzas de una Comunidad de regantes cuyas aguas son de propiedad particular".

El Heredamiento de Icod, en Tenerife, que habiendo acordado adaptarse en 1882, le fueron devueltas sus Ordenanzas en 1884 por el Gobierno, "por tratarse de una entidad de derecho privado".

En la Isla de La Palma destacan, entre estas Heredades adaptadas, las Haciendas de Argual y Tazacorte, con más de 1.300 *hacendados*. Y la Comunidad del Río de los Sauces, que riega unas 600 fanegadas (326 hectáreas), de las que son verdaderamente regables unas 270 hectáreas; sus *celemineros* son más de 2.000; y las fincas regadas pasan de 7.200.

Y no han parado ahí los casos curiosos. De una parte, una comu-

(22) CARLOS LÓPEZ DE HARO, *Comunidades de regantes*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, Reus, 1912, separata; donde hace interesantes distinciones entre tierra de regadío, tierra bajo de riego y tierra de secano, contempladas por el autor de su estancia en Canarias.

(23) Tal naturaleza ha quedado bien explicada por don JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Las aguas públicas y el Registro de la propiedad*, inserto en "Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil", tomo II, Madrid, 1948, pág. 180.

nidad de agua pública que se adapta a la ley privada de 1956; de otra, una comunidad privada que, para poder gozar de los auxilios de la ley de 1962, se transforma en comunidad de regantes.

Es ejemplo del primero la Comunidad de Regantes de la Presa de la Cueva de las Niñas (Majada Alta), en Gran Canaria. Se constituyó como Sindicato Agrícola "Explotaciones agropecuarias" en 24 agosto 1935, a tenor de la ley de 28 enero 1906 y Reglamento de 16 enero 1908. Sus Estatutos fueron aprobados por el Ministerio de Agricultura en Orden de 6 noviembre 1935, y por el de Hacienda el 13 del mismo. Luego se disolvió y se constituyó en Comunidad de regantes en 1944. Y, posteriormente, se adaptó a las prescripciones de la ley canaria de aguas privadas de 27 diciembre 1956. Quizá fuera ello fruto de la opinión de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (24), quien, dados los obstáculos con que tropiezan en Canarias las Comunidades de regantes para aprovechamientos colectivos de aguas públicas para riegos, al no poder adscribir el agua a la tierra, solicita se les autorice "para que puedan adoptar la estructura y revestir la forma de las Comunidades hidráulicas a que se contrae la Ley de 27 de diciembre de 1956".

Pero el caso más pintoresco y que demuestra la tremenda presión a que sometió la Ley de Auxilios de 1962 a las Comunidades canarias de aguas, lo presenta la Comunidad denominada "Los Heres". Esta Comunidad se constituyó el 15 marzo 1953, y sus Estatutos se protocolizaron por escritura de 9 marzo 1955. Por otra escritura otorgada el 27 septiembre 1957, adaptó sus Estatutos a la ley de régimen jurídico de los Heredamientos de aguas de Canarias de 27 diciembre 1956 y los protocolizó seguidamente. Por otra escritura autorizada el 1.º de febrero de 1961, obtuvo dicha Comunidad un préstamo del Instituto Nacional de Colonización para mejoras en su finca, sita en Arafo (Tenerife), consistentes en la transformación en regadío de la zona perteneciente a sus partícipes, mediante la construcción de un embalse. Y de pronto, el periódico *El Día*, del martes 28 septiembre 1965, publica un anuncio de dicha Comunidad convocando a Junta general extraordinaria, en la que la presidencia informaría de las solicitudes de ayudas económicas hechas al Estado y Cabildo Insular para la construcción de ese embalse, en la que se trataría de la "modificación de los Estatutos por que se rige esta Comunidad, a fin de estructurarlos con los mismos órganos y bajo el mismo régimen que la Ley de Aguas establece para las Comunidades de Regantes de Aguas públicas". Así debió de acordarse; pues dos años más tarde, el mismo periódico (domingo 9 abril 67), publica otro anuncio de la Comunidad de regantes "Los Heres", de otra Junta general extraordinaria, con su orden del día.

Y es que, salvo para embalses, la ley de 1962 de nada sirve a los particulares. Y aun para los embalses, han de transformarse en Comunidad de regantes.

(24) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Ponencia...* citada, págs. 33 y 34.

Pese a los buenos deseos manifestados por el entonces ministro de Obras Públicas, señor VIGÓN, en su discurso ante las Cortes de 19 diciembre 1962, acerca de nuestras "instituciones respetables", la realidad fue que la ley exigía que nos ganáramos de nuevo esa respetabilidad, adaptándolas a las normas de las Comunidades de regantes.

Todavía, casi dos años más tarde, el a la sazón subsecretario de Obras Públicas, don VICENTE MORTES ALFONSO, volvía a hacer protestas de "nuestro respeto y nuestra mayor consideración para las Heredades y Comunidades de Aguas, cuya formalidad jurídica y legal debe perdurar y reforzarse; pero razones sociales y económicas de los regadíos a crear en base a los sobrantes de aguas de que disponen, deben apoyarse en una explotación comunitaria de los regantes, a los que obligadamente agrupa la obra de conducción, y más si el Estado contribuye económicamente a su ejecución. El canal o la conducción es el bien común de los regantes y no un peaje interpuesto entre el origen del agua y su destino y, además, la explotación se podrá llevar en común beneficio equitativo, con régimen regulado, por sistema y vía administrativos, por los órganos reglados de la Comunidad de regantes en quien la Administración delegue parte de sus funciones" (25).

La cosa está clara como el agua: protestas de respeto, pero imposición de forma pública. No admisión de la forma privada típica en Canarias. Justificación en la ayuda del Estado, cuando es evidente que era un deber de éste ayudar a las obras hidráulicas de las Islas, realizadas casi íntegramente por la iniciativa particular y a su costa. En definitiva, administrativación del sistema.

¿Dónde quedan el respeto, la consideración y hasta el fomento de las instituciones canarias? Máxime cuando el Decreto de 1933, en su artículo 2.º, contemplando la imposibilidad de adscripción del agua a la tierra, dispensa del canon por unidad de superficie regable, le conserva la posibilidad de adquisición por unidad de volumen y dispensa del plano parcelario, bastando el de conjunto de la zona regable. Así lo ha hecho ver HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (Ponencia citada), estimando que así debe entenderse la exigencia de la adscripción, por zonas regables.

Además, en dicha Ponencia se solicita que se apliquen esos beneficios también a las Comunidades modernas "que no las dediquen (las aguas), directamente ni a través de persona o entidad interpuesta, a la venta y lucro mercantil; sino que en realidad las repartan o distribuyan entre sus partícipes". Sin embargo, esto no parece entenderlo bien MARTÍN-RETORTILLO (obra citada), cuando se extraña de esas afirmaciones de la Ponencia, que reputa contradictorias con la realidad; y con lo que la misma Ponencia afirma, cuando sostiene

(25) Declaraciones del señor MORTES a la prensa de Tenerife, con relación al Plan de Desarrollo, Obras Hidráulicas (v. g. *La Tarde*, lunes 9 marzo 1964.

que las Heredades jamás han vendido agua. Pero nosotros debemos aclarar al ilustre profesor: el agua es de los herederos y son ellos —y sólo ellos— los que pueden venderla; no las Heredades, que son meros órganos de administración, distribución y representación. Como bien ha dicho DÍAZ SAAVEDRA (26), muchas Heredades no tienen el dominio de un solo segundo de la gruesa. Es posible que tal evento pueda darse en las Comunidades modernas, cuando ellas guarden “participaciones en carterá”. Práctica que siempre hemos reputado anómala y que debiera desaparecer. Entonces sí que la Comunidad, como un partícipe más que es, puede, actuando como tal, proceder a la venta de su agua. Pero estos casos, excepcionales, podían haber sido controlados con cualquier forma de intervención que garantizase el destino para fines de riego de las aguas *auxiliadas*. Nada se hizo entonces.

Posteriormente, el Reglamento de dicha ley, aprobado por Decreto de 14 enero 1965, dispone en su artículo 50, 2, al referirse a la adscripción del agua en los Heredamientos y Comunidades “que no dediquen sus aguas a la venta, sino al riego de las tierras de sus partícipes”, que bastará consignar en los Estatutos “que las aguas quedan sujetas o vinculadas a utilizarse para fines agrícolas en la zona regable a que están destinadas”, incorporando “el Plano correspondiente de la zona regable, en sustitución del parcelario exigido a las Comunidades de regantes”. Es decir, más o menos, se ha recogido ahora la propuesta de la citada Ponencia, basada a su vez en el Decreto de Guerra del Río de 1933.

III. NACIONALIZACIÓN, SOCIALIZACIÓN, PUBLIFICACIÓN DE LAS AGUAS

Esquemáticamente, y sin perjuicio de hacer más adelante las ampliaciones y matizaciones que en este tema se han observado en Canarias en este año de 1967, vamos a enumerar ahora los distintos intentos de *publicar* el subsuelo y las aguas, equiparándolo, a estos efectos, al dominio eminente que el Estado tiene sobre las minas y, más recientemente, sobre los hidrocarburos. Esta tesis ha reflorecido ahora, con la tendencia administrativista a declarar públicas las aguas de toda clase y, por tanto, también las privadas, con su consiguiente adscripción forzosa a las tierras donde se riegan. Contra esta tendencia, solapada, como en la ley de Auxilios de 1962, o declarada, como en el Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna, en el curso de 1967, encubierta malamente con el título de *publicatio* (seguramente por temor a emplear la palabra justa, que no es otra que la de socialización), hemos luchado modestamente, y creemos habrá que seguir luchando, sin desmayo. Para ello, la existencia de las viejas Heredades y aun de las modernas Comunidades,

(26) NICOLÁS DÍAZ-SAAVEDRA Y NAVARRO, *La heredad de aguas de riego o régimen del inmueble móvil*, “Revista del Foro Canario”, núm. 11, 1955, pág. 31.

como cuerpos intermedios, es importante. Nosotros damos el ¡alerta! y aportaremos algunos argumentos para resistir a esa corriente.

1. *Joaquín Costa, 1911.*

Costa abogó por la publicación de todas las aguas, en su conocida obra *Política hidráulica* (Madrid, 1911). Allí pide “la nacionalización de las aguas... que todas las aguas sean públicas” (27).

2. *Francisco Cambó, 1918.*

Don Francisco de Asís Cambó y Batlle, en su etapa de ministro de Fomento en el Gobierno nacional de Maura, en 1918, redactó proyectos relativos a minas y aguas (28). En la introducción proclama que su plan era “nacionalizar, en lo posible, el aprovechamiento de nuestro subsuelo” (pág. XIX); y que quería “intensificar el sentido intervencionista y *nacionalista* en que se van modificando las legislaciones mineras de otros países” (pág. XXI).

Pero él mismo, al tratar del ámbito del Código minero (pág. 84), excluye las “aguas superficiales y las subterráneas que alumbren en sus predios particulares los propietarios de ellos para usos domésticos o para riego de estos mismos predios”.

Más adelante, en aparente contradicción, considera *minas* a las aguas subterráneas “que se investiguen con pozos, minas o sondeos”. “Se entenderá por aguas subterráneas las procedentes del interior de la corteza terrestre, o de la inhibición de las rocas en las formaciones geológicas. No estarán incluidas... las que procedan directamente de las lluvias y discurran por el suelo, los lechos de los ríos o el relleno de sus cauces a través del acarreo hasta la roca de la formación general” (pág. 85).

Dedica la Base 6.^a (pág. 89) a tratar de las aguas subterráneas. Para su alumbramiento remite al Código civil, a la Ley de Aguas y a las de ese Código. A partir de su promulgación, “el terrateniente sólo podrá alumbrar, sin permiso o concesión especial, las aguas necesarias para el riego del terreno de su propiedad, para abrevadero de ganados, para sus propios usos domésticos, o para el concurso de las industrias que tuviera establecidas en el lugar que hiciere el alumbramiento. En los demás casos, habrá de solicitar y obtener la concesión especial correspondiente.”

Sin embargo, sigue reconociendo la propiedad privada: “Cuando por virtud de estudios hidrográficos oficiales se designen *terrenos de propiedad particular* para efectuar en ellos, y *directamente por el Estado*, alumbramientos de aguas subterráneas, procederá la *expropiación*...”

(27) JOAQUÍN COSTA, *Política hidráulica*, Madrid, 1911, págs. 73 y 301.

(28) FRANCESC DE A. CAMBÓ, *Vuit messos al Ministeri de Foment. Ma gestió ministerial*, Barcelona. Editorial Catalana, 1919, 322 p. 23 cm.

ción forzosa de las parcelas necesarias para dichos alumbramientos, considerándose el caso como de utilidad pública, y sin más trámites para demostrar la necesidad de la ocupación que el informe oficial correspondiente. Las aguas alumbradas por cuenta del Estado y, por tanto, de propiedad de éste, podrán cederse a las Corporaciones provinciales o municipales, o bien a particulares... y el resarcimiento de los gastos ocasionados por la iluminación.”

“Podrán hacerse concesiones mineras del primer grupo de aguas subterráneas en terrenos de propiedad particular, cuando el dueño de éstos no las hubiere, alumbrado ni se comprometa a alumbrarlas...”

En verdad, y como ha puesto de relieve un moderno historiador de tendencia izquierdista bien clara (29), este fue el primer intento de nacionalización emprendido en España. No llegó a flote por la ruptura producida en el Gobierno nacional, singularmente con la rivalidad y celos entre Alba y Cambó.

3. *El comunismo: 1918, 1936, 1954.*

Diversas leyes marxistas, de distintos países, han propugnado la nacionalización del subsuelo, las aguas, etc. Así:

A) El Decreto de Lenin de 19 febrero 1918, que declaró abolida la propiedad de la tierra, del subsuelo, de las aguas, etc., y se transfirió este derecho a la colectividad de los trabajadores.

B) La Constitución rusa de 5 febrero 1936, que declara propiedad del Estado, o sea, del pueblo, la tierra, el subsuelo, las aguas, etc.

C) La Constitución china de Mao Tse Tung, de 20 de septiembre de 1954, que establece que “los recursos mineros, las aguas, etc., son propiedad del pueblo entero” (30).

¡ Son un buen argumento de autoridad, no cabe duda!

4. *El conde de Guadalhorce, 1927.*

Ha puesto de relieve TUÑÓN DE LARA (obra citada, pág. 141) que por los años de la Dictadura de Primo de Rivera se dio comienzo a una forma de capitalismo de Estado, a un intervencionismo económico del Estado, como la creación de las Confederaciones hidrológicas.

Por lo que hace a Canarias, cuenta don CARLOS NAVARRO (31) que siendo asambleísta, en 7 de octubre de 1927, llevó un proyecto de observaciones para la nueva Ley de Aguas, estudiado por una Comi-

(29) MANUEL TUÑÓN DE LARA, *La España del siglo XX*, París, Librería Española, 1966, pág. 64, nota 1.

(30) Pueden verse citadas en la obra de JOAQUÍN RUIZ GIMÉNEZ, *La propiedad. Sus problemas y su función social*, tomo I, Anaya, Salamanca, 1961, págs. 113, 114 y 116.

(31) CARLOS NAVARRO Y RUIZ, *Páginas históricas de Gran Canaria*, Las Palmas, Tip. “Diario”, 1933, capítulo 43, págs. 431 y sigs.

son de los Heredamientos; y tuvo con el conde de Guadalhorce, ministro de Fomento; varias entrevistas, solicitando una Ley especial de aguas para Canarias, por exigirlo así "las condiciones geológicas de nuestras Islas, el origen de nuestras aguas y la forma en que se desarrollan los riegos de nuestros terrenos". Le pidió facilidades que el Estado debía dar a sociedades y particulares que quieran construir embalses para aprovechar las aguas de lluvias que se van al mar.

Guadalhorce —don Rafael Benjumea— prometió estudiar con interés las observaciones de las Comunidades de regantes (!) y dijo que en breve sometería a la Asamblea el proyecto de ley, "pero incluyendo las aguas en la Ley de Minas, como antiguamente, considerando los subsuelos como propiedad del Estado, y otorgando éste concesiones para obtener una tercera parte del producto que se lograra, abonando el concesionario un impuesto por la parte que le correspondiera". Navarro le hizo ver que eso supondría "detener el progreso de su agricultura, pues en esas condiciones nadie se atrevería a emprender trabajos de esta clase".

La tendencia es, pues, vieja: tiene lo menos cuarenta años. ¡Ya es mérito haberse preservado de ella durante todo ese tiempo! (31 bis).

5. *Martín-Retortillo Baquer, 1966.*

En su citada obra, MARTÍN-RETORTILLO solicita la nacionalización, aunque con distingos (32). Así, primeramente dice que estamos ante "la conveniencia de suprimir la dualidad tradicional en materia de dominio de las aguas, declarando públicas todas las aguas o, al menos, todas las aguas corrientes. Necesidad de proceder, por tanto, a la nacionalización del agua, única forma que, de modo absoluto, otorgaría al Estado título suficiente y bastante para intervenir de modo eficaz en su explotación."

Añade que en esta dirección nacionalizadora marchan las soluciones que el Derecho comparado presenta (Italia, decreto de 11 diciembre 1933; Francia, leyes de 8 abril 1898 y 16 octubre 1919; etc.).

Cita el Anteproyecto de LA CIERVA de 21 julio 1921, que en su Base 1.^a, § 1, dice: "Son públicas todas las aguas vivas procedentes de manantiales o corrientes naturales, sin excepción alguna motivada por la naturaleza jurídica de los terrenos donde brotan o tengan su origen, desde el momento que entren a discurrir por sus cauces naturales..." Y se señala expresamente que en los aprovechamientos de

(31 bis) "Forem i són collectivistes els socialistes teòrics —no pas la massa que volta el socialisme—, els comunistes i pràcticament els representants més típics del capitalisme... Per a comprendre bé el que diem cal no oblidar una cosa. Els projectes d'estatització i de socialització més acusats han estat França obra de la dreta capitalista..." (JOSEP PLA, Obras completas, volumen 4, *Sobre París i França. Petits assaigs sobre França. Notas sobre la política francesa*, Edicions Destino, Barcelona, 1967, pág. 495).

(32) MARTÍN-RETORTILLO, lugar citado, págs. 192 y sigs. y pág. 356.

riegos "es requisito indispensable que el agua quede adscrita a la tierra, constituyendo una propiedad común e insoluble" (Base 5.^a).

Se refiere a un dictamen del Consejo de Estado de 10 mayo 1962, que postula un derecho de propiedad con prohibición de disponer o enajenar las aguas que constituyan el objeto de ese derecho: "Así desaparecería el mercado del agua..." Por nuestra parte, comprobamos que ese es el dictamen invocado por extenso por el ministro Vigón en su discurso en las Cortes, en diciembre de 1962 (32 bis).

Reconoce que habría que revisar el Código civil, y sin alterar la titularidad de las aguas privadas, se limiten las facultades dominicales de sus titulares.

Elogia a Israel y dice que esa maravillosa planificación "sólo ha sido posible teniendo en cuenta dos características... que se dan en la legislación israelí: el carácter público de todas las aguas; por otra, consecuentemente, la vinculación del agua a la tierra" (pág. 356).

IV. EL DERECHO DE SUBSUELO Y LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

En este año de 1967, la cátedra de derecho administrativo de la Universidad de San Fernando, de La Laguna, Tenerife, organizó un Seminario, dedicado al tema general "Aguas canarias". Invitó a tomar parte en sus tareas a distintos profesionales —abogados, jueces, registradores, notarios—. El primer día de trabajo, 11 enero 1967, comenzó a verse la Ponencia "El artículo 350 del Código civil y la legislación de aguas". Se sostuvo en ella, en síntesis, que el propietario del suelo no lo es del subsuelo (32 ter).

Nuestra tesis, contraria, fue leída en la sesión del 17 de febrero siguiente. De entonces acá, nuevos argumentos han venido a reforzar nuestra posición y a ellos aludiremos más adelante.

Los temas básicos que se cuestionan son: el dominio del subsuelo; la facultad de penetrar en él para alumbrar aguas; y la regulación de estos problemas en la Ley de Aguas y en el Código civil. Todo ello contemplando la realidad de las Islas Canarias, algo de la cual creemos haber expuesto anteriormente.

1. El dominio del subsuelo.

Rige en esta materia el art. 350 del Código civil. La inteligencia de este precepto es clara: el dueño del suelo es dueño del subsuelo. Las salvedades que introduce no enervan, contradicen, ni tan siquiera limitan el principio general, aceptado por nuestro Código, del *cujus est solum ejus est ad celum usque ad centrum*.

Tal criterio viene reafirmado por el art. 592 del mismo cuerpo.

(32 bis) Ver el dictamen del Consejo de Estado en la "Revista de Administración Pública", núm. 44, mayo-agosto 1964, pág. 340.

(32 ter) Debe verse, como antecedente en esta tesis *progresiva*, el dictamen del Consejo de Estado de 1.º de diciembre de 1960 (Esp. núm. 26.704), inserto en Consejo de Estado, *Recopilación de Doctrina Legal*, 1960-1961. Madrid, 1967, pág. 181, núm. 86, sobre servidumbre forzosa de acueducto, párrafos finales.

legal, al tratar de las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Es decir, para el legislador de 1889, la propiedad del suelo y del subsuelo es ilimitada.

Y es que el Código civil está en la línea de los post-glosadores, como Cino de Pistoia; de los romanistas; de los documentos de nuestro siglo XIII; de Coepolla, etc. Lo mismo que, si bien más elegantemente, previene el art. 552 del *Code Napoléon*: "La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous".

Es de notar que el art. 350 del Código tiene sus antecedentes prelegislativos en el art. 394 del Proyecto de 1851 y en el 352 del Proyecto de 1882. Es decir, anterior aquel a la primitiva ley de aguas de 1866, y posterior éste a la vigente de 1879. El criterio, pues, se mantuvo igual antes y después de la legislación especial de aguas.

Pero es que además, la teoría del interés —formulada principalmente por Ihering y secundada en nuestra Patria por Giner de los Ríos, De Diego, don Jerónimo, Valverde, Pérez y Alguer, Castán—, aunque no pueda decirse que esté acogida por el Código civil, es claro que sirve, también, para justificar el dominio del subsuelo por el dueño del suelo.

La jurisprudencia es abundante y unánime, en el sentido que sostenemos. Baste citar la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 3 julio 1907; y las sentencias de lo contencioso administrativo de 26 octubre 1949, 4 mayo 1950, 12 febrero 1953, 24 junio 1957, 16 octubre 1959. Muy especialmente es de destacar la sentencia de 28 octubre 1958, entre la Heredad de la Vega Mayor de Telde y la Comunidad de regantes de Malpedrosillo, ambas en Gran Canaria, en la que puede verse cómo las partes, el Juez, la Audiencia y el Supremo proclaman una realidad que no se cuestiona: el dominio del suelo y del subsuelo, en este caso separados, sin contradicción alguna.

En apoyo de esta nuestra tesis podemos citar a destacados autores extranjeros y españoles: Colin y Capitant, Messineo, Alcántara Sampelayo, Gay de Montellá y Massó, Villacañas, De la Rica, Dualde; y muy especialmente, por contemplar la realidad específica canaria, VALLET DE GOYTISOLO —notario que fue de Arucas, en Gran Canaria, hace unos veinte años— en dos trabajos suyos, bien diferentes, escritos últimamente (33); y el citado MARTÍN RETORTILLO Y BAQUER (34), al comentar la legislación de auxilios de 1962 y su reglamento de 1965, donde reconoce que el Proyecto presentado por el Gobierno pretendía la *publificación* de las aguas subterráneas no alumbradas todavía, negando todo derecho sobre ellas al propietario del suelo antes de que fueran alumbradas, mientras que el Reglamento al regular las indemnizaciones reconoce el derecho de los propietarios de los predios bajo los que subyacen las aguas.

(33) JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre Derechos de cosas y garantías reales*, Colección Nereo, Madrazo, 157, Barcelona, 1962, pág. 119.

— *Panorama del Derecho civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1963, tema sexto, pág. 155.

(34) MARTÍN-RETORTILLO, *Aguas públicas...* citada, pág. 117, nota 83.

Por su parte, la práctica canaria ha configurado este derecho de subsuelo a través de la venta del mismo y de la licencia del propietario del suelo. Ya lo hemos visto antes.

Una variante de aquella fórmula la hemos visto en Tenerife: retención del subsuelo, por vía de reserva o deductio, al tiempo de proceder a la enajenación del suelo y vuelo.

Nosotros hemos sostenido desde hace años que la mejor fórmula pudiera ser la de la servidumbre de subsuelo, o sea, "derecho real de subsuelo sobre fincas rústicas ajenas, consistente en una servidumbre de alumbramiento de agua y acueducto bajo de tierra, con autorización para toda clase de servidumbres accesorias". Que se inscribiría en el Registro de la propiedad, en el folio de la finca sobre que recae, gravando la finca en su conjunto, suelo y subsuelo. Pero siempre hicimos constar, expresamente, que "no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho de subsuelo se configure como una desmembración del dominio de una finca entre suelo y subsuelo, atribuyendo la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro" (35).

2. Las aguas subterráneas.

Regula el Código civil esta materia en los citados artículos 414 y 417, que exigen la licencia del propietario de los predios para buscar, usar e investigar en ellos aguas subterráneas. Es decir, lo que la doctrina conoce con el nombre de *derecho de exclusión*. Desarrollo del ya estudiado art. 350. Ambos preceptos tienen sus precedentes en el Proyecto de 1882; es decir, tuvieron en cuenta lo que disponía la legislación especial de aguas, vigente desde hacía años.

También aquí la doctrina *canaria* es bien clara. LÓPEZ DE HARO —registrador de la propiedad que fue de Guía de Gran Canaria desde 1908 a 1918— dedicó varios trabajos a esta materia, singularmente en la Revista de Derecho Privado (36). Exige que para la ocupación del subsuelo obtenga el tercero de la licencia del dueño del suelo. Y en nuestros días, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (en la Ponencia citada), parte de la base de la propiedad del subsuelo aneja a la del suelo.

3. Especialidad de Canarias.

No existe en las Islas Canarias un derecho foral. Tampoco tienen *hechos diferenciales* que las opongan o las separen de otras regiones. Pero sí tienen en materia de aguas singularidades y especialidades, que han determinado al legislador, de todo tiempo y régimen, a tratar

(35) MARCOS GUIMERÁ PERAZA, *El derecho de subsuelo...* citado, págs. 134 y siguientes.

(36) CARLOS LÓPEZ DE HARO Y MOYA, *Fuentes y aguas subterráneas*, "Revista de Derecho Privado", tomo I, octubre 1913-diciembre 1914, págs. 308 y sigs. — *Aguas subterráneas*, "Revista de Derecho Privado", 1917, págs. 33 y sigs.

de regularlas y ordenarlas, en busca de un mejor aprovechamiento de las aguas y de la paz pública.

En tal sentido, fue dictada la ya citada Real Orden de 27 noviembre 1924, y la Orden de 23 de mayo 1938 —también ya citada— que estableció la presentación de la solicitud en las Jefaturas de Obras Públicas de cada provincia —desde 1927, dos provincias en Canarias— autorización que sería otorgada, en su caso, por el Gobernador civil respectivo.

Más tarde, al reorganizarse los servicios de aguas en el Ministerio de Obras Públicas, por Decreto de 8 octubre 1959, la autorización ha de ser solicitada en las Comisarias de Aguas (Orden de 16 enero 1960 y otras). Etc., etc.

Toda esta legislación ha venido a ser refundida en el Reglamento de la Ley de Auxilios de 1962, Decreto de 14 enero 1965.

Muy interesante ha sido, y es de elogiar el legislador, el haber accedido a descentralizar lo relativo a las aguas públicas y privadas de las Islas Canarias, creando, por el Decreto del Ministerio de Obras Públicas de 13 agosto 1966, un Servicio Hidráulico y una Comisaría de Aguas *en cada una* de las dos provincias canarias. Aspiración que habíamos expresado reiteradamente, con base en la necesidad de la paz pública, de la prosperidad de las Islas y, desde luego, en la naturaleza de las cosas.

Por su parte, la ley de Auxilios a las obras hidráulicas, de 24 diciembre 1962, crea la figura jurídica de la reserva de caudales de aguas subterráneas por el Estado (art. 2.º). Ya hemos analizado y criticado tal regulación en otra parte (37). Dispone, en contra de lo que prevenían los dos distintos proyectos de ley presentados —el 20 de julio y el 15 de octubre de 1962— y de acuerdo con el informe de la ponencia de 28 noviembre, que la “reserva se llevará a cabo con las indemnizaciones a que en su caso haya lugar, de acuerdo con la Ley de Expropiación forzosa”. El Reglamento citado de 1965 las regula en el capítulo II, arts. 21 y siguientes. Disponiendo el art. 26 el abono de las indemnizaciones “que deban percibir los propietarios de los predios bajo los cuales subyacen las aguas”.

Por último, también el Reglamento de 1965 recoge la interpretación canaria del dominio del subsuelo y de las aguas subterráneas, viniendo a poner claridad en la contemplación administrativa del problema, precisamente porque “no había disposición administrativa aplicable al caso” (de su Preámbulo). En su articulado, capítulo I, Sección 1.ª, exige (art. 1, 3) acreditar la propiedad de los terrenos en que se pretenda “realizar las obras y de aquellos debajo de los cuales hayan de excavar las galerías”. En su defecto, “la debida autorización de los propietarios correspondientes”. Y en el artículo 13, en caso de transferencia de autorizaciones, exige acreditar “el per-

(37) MARCOS GUIMERÁ PERAZA, *Auxilios...* citado.

miso explícito de ocupación del nuevo beneficiario, renovado por cuantos lo autorizaron en el expediente primitivo”.

4. Juicio crítico.

¿Estaremos en Canarias ante un privilegio inmerecido —“sólo para Canarias”— como se llegó a decir por el Ponente citado?

En primer lugar, aun cuando se tratara en efecto de un *privilegio*, ello no querría decir más que *privata lex*, ley privada: “Contrariamente a lo que se cree, los privilegios no son derechos arbitrarios concedidos a las clases dirigentes. Son las leyes, los derechos privados correspondientes a la función social de cada cuerpo dentro de los límites de su naturaleza particular” (38).

Mas sobre todo, como creemos haber puesto bien de relieve, estamos tan solo ante una legislación singular, demandada por la naturaleza de las cosas. En efecto; en Canarias no existen ríos; son muy escasas las lluvias; cuando llueve, suele hacerlo de forma torrencial que impide la recogida de las aguas y su aprovechamiento; las obras en los barrancos de ciertas Islas —por ejemplo, la de Tenerife—, son costosísimas y de pequeña dimensión, forzosamente; no son suficientes las aguas de nacientes o manantiales... De todo ello se infiere la extraordinaria importancia que tienen en Canarias las aguas subterráneas, y cómo ella sola justifica cuantas disposiciones se dicten para mejorar —o al menos conservar— la debida explotación de las mismas. Hablando en términos generales, en Canarias no hay aguas públicas, al revés que en la península. Donde sí que cuadran bien la concesión, la Comunidad de regantes, la adscripción forzosa del agua a la tierra.

Entonces, ¿habrán de intentarse esas mejoras subvirtiendo la clásica concepción del dominio del subsuelo? ¿Será justo realizar expropiaciones sin indemnización? ¿Bastará a justificar todo ello la llamada función social de la propiedad? Detengámonos en punto en esto.

En fuerza de oír hablar de la función social de la propiedad, maravillosa explanación de lo que debe ser el contenido del dominio, hecha en primer término por la Iglesia Católica, especialmente desde León XIII a Juan XXIII, parece olvidarse que tal función social se monta, precisamente, sobre la propiedad privada, a la que la misma doctrina pontificia 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: “Sería tanto como minar la propiedad y su función misma. Al colocar al Estado en el ámbito de los particulares, se destruiría la libertad y la libre iniciativa” (39), ha recordado VALLET DE GOYTISOLO.

(38) MICHEL CREUZET, *Los cuerpos intermedios*. Parte 2.^a, “Orden jurídico y función supletoria”, VERBO, serie III, núm. 23, pág. 156.

(39) JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, *El orden natural y el Derecho*, VERBO, núm. 53-54, y Separata, pág. 10 y notas 35 y 36.

Los Heredamientos y Comunidades de aguas en Canarias han cumplido —y hasta la fecha siguen cumpliendo— una verdadera función social. Gozan de personalidad jurídica independiente, reconocida por la Ley de 27 diciembre 1956, de la que fue artífice en la Comisión de Códigos don Nicolás Pérez Serrano. Pero es que, además, Canarias, desde mucho antes de las leyes de aguas, y hasta nuestros mismos días, —es decir, sobre siglo y medio al menos— se ha preocupado de esta función social del agua. Nunca hemos sido insolidarios. Puestos a definir, diríamos que hemos sido liberales, con deseos sociales.

Así, en el siglo XIX, la Diputación Provincial de Canarias —entonces una sola provincia, como se sabe— durante el trienio liberal, en 1822, reclamó de las Cortes “una medida legislativa por la que se declare que cuando el dueño de aguas se niegue expresa o tácitamente a aprovecharlas, se repunte como si fueran del común” (Diario de Sesiones, 24 octubre 1822, pág. 577). Y la Junta Provincial de Agricultura de Canarias, en 1848, vio un dictamen acerca de las obras de aprovechamiento de aguas para riego de los terrenos, presentado en la sesión de 6 octubre, en el que se pide se autorice “a los particulares para hacer las obras necesarias, en caso de que los legítimos dueños no lo verifiquen en el tiempo que les prefije la misma ley” (Libro de Actas, folio 10 vuelto).

Hace cuarenta años, OROZCO Y BATISTA (40) criticó el abuso del propietario de un predio cuando se niega a permitir la investigación en él de aguas subterráneas y propone que otro pueda hacerlo, “previa la consiguiente indemnización de los perjuicios que se le ocasionen”. Y propone constituir una servidumbre forzosa de ocupación para las obras de alumbramiento de aguas, reconociendo al propietario el derecho a la justa indemnización por esa expropiación, representado por el cinco por ciento de las aguas que se alumbren. No es ninguna tesis socializante, como se ha dicho por alguno. Como todos los privatistas, parte de la propiedad del suelo y subsuelo; si bien abogue por la expropiación, en ciertos casos, con la consiguiente indemnización.

Sobre 1961, el entonces decano del Colegio de Abogados de Las Palmas, RAMÍREZ SUÁREZ (41), se queja de que la ley no imponga “la obligación de hacer en subsuelos inexplorados y abandonados, a pesar de existir en ellos posibilidades de explotarse una riqueza acuífera”; y propone crear un derecho de acceso al subsuelo inactivo, por parte de quien desee explotarlo eficazmente, mediante justa indemnización o con participación liberada del citado dueño. Al regularlo,

(40) ANDRÉS DE OROZCO Y BATISTA, *Los alumbramientos de aguas de Canarias. Apuntes para su estudio jurídico*, Santa Cruz de Tenerife, Imprenta de Alvarez, plaza Patriotismo, 1. 1926.

(41) CARLOS RAMÍREZ SUÁREZ, *Estudio histórico, legal y jurisprudencial de las aguas de regadío en Canarias. Problemas que se plantean y sus soluciones*. Las Palmas de Gran Canaria, 1962.

exige el previo requerimiento al propietario para que lo explote por sí o permita el acceso al peticionario.

Cuando en el verano de 1962 llega a Canarias el Proyecto de ley de auxilios, que habría de ser ley en diciembre, una enmienda suscrita el 18 de noviembre por el procurador VILALTA CARALT—y que hacemos íntegramente nuestra— ya sostuvo la gravedad social de la resistencia del propietario a alumbrar aguas en el subsuelo de su finca, o a permitir que otros, interesados en su alumbramiento, lo efectúen; pero exigió las garantías mínimas del ordenamiento sobre expropiación forzosa, optando o por la expropiación del dominio del subsuelo, con abono de su justo precio, o por la constitución forzosa de una servidumbre en dicho subsuelo; y en ambos casos, con la justa indemnización. Reguló la intimación fehaciente al propietario para que explote las aguas existentes en el subsuelo de su finca, en un plazo corto; y ante su negativa, la expropiación, con indemnización.

¿Estará entonces el intérprete de la realidad canaria ante un caso de reaccionarismo jurídico y económico, como se ha dicho? Esta nuestra postura, compartida por tantos en momentos tan diferentes, sería inmovilista —de derechas, conservadora, tradicional—, teniendo como tiene su apoyo en el Código civil de 1889; mientras sería una posición avanzada o progresista —sedicentemente heterodoxa, de izquierdas— la que se fundara en las leyes de aguas de 1879, 1866 y así hacia atrás.

¿Será que el Código del 89 es demasiado liberal, y opuesto a la tendencia social que marca con su signo los tiempos que vivimos? Pudiera ser. Pero la consecuencia sería la revisión de esas leyes civiles liberales y su sustitución por otras sociales. O se plantea la cosa en el terreno del derecho constituyente, con los nombres que verdaderamente tiene: socialización, colectivización; o, de lo contrario, sería forzar el derecho vigente, haciéndole decir lo que no dice; y eso no es más que mero arbitrio, pura arbitrariedad. Sería convertir, porque sí, las aguas privadas en aguas públicas, el dominio particular en concesión del Estado, las Heredades en Comunidades de regantes. Sería un retroceso de más de ochenta años. Merecería repetir a su fautor, mudando lo mudadero, lo que el notario don Isidoro Padrón dijo de don Amaranito Martínez de Escobar, asesor de las Heredades transformadas en 1880:

—Don Amaranito sabe tanto, sabe tanto..., ¡que está cambiando las aguas privadas en aguas públicas!

En definitiva, es que hay algo superior a lo liberal y a lo social, que justifica, con caracteres de permanencia a través de los siglos, la interpretación *canaria* del concepto de las aguas subterráneas. Se trata, ni más ni menos, del principio de subsidiariedad, que formulado por S. S. Pío XI, en su Encíclica *Quadragesimo Anno*, § 80, ha sido ratificado por el Papa Juan XXIII, en su *Mater et Magistra*, § 53.

¿Se dan en Canarias tales supuestos? Sin jactancia, pero con legítimo orgullo, se ha venido haciendo constar en todo instante la in-

gente labor de la iniciativa privada para alumbrar aguas subterráneas, con las Heredades y Comunidades, con los pozos y las galerías. Sin rencor, pero con sinceridad, se ha puesto de manifiesto la casi nula actuación del Estado en materia de aguas, que ahora actuaría “postergando el papel que le corresponde en el aprovechamiento de las aguas discontinuas que, a falta de la realización de una política hidráulica en las islas, van a perderse en el mar” (Ponencia de GARCÍA HERNÁNDEZ, 22 octubre 1962).

Hasta el Consejo de Estado, en el dictamen sobre el proyecto de reforma parcial de la ley de aguas, que sirvió de base al ministro VIGÓN en su discurso a las Cortes de 19 diciembre 1962, hubo de proclamar “el respeto que les 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...” (42).

Y RAMÍREZ SUÁREZ (obra citada) se alarma ante el intervencionismo estatal del artículo 2.º del Proyecto de ley de auxilios, al que ve un doble inconveniente:

“a) el propio de toda intervención estatal en problemas que tienen un matiz de derecho privado, aunque con repercusiones económico-sociales evidentes.

b) la suplantación y consiguiente desplazamiento de la iniciativa privada en torno a esta cuestión.”

En síntesis, iniciativa privada fecunda, derechos dominicales respetables. Hasta ahora, con ellos los intereses públicos han sido convenientemente atendidos. Y hoy se quiere no ya sustituir —cuando apenas hay nada que sustituir—, sino verdaderamente suplantar lo particular por lo público. Y eso no es más que una violación de aquel principio de subsidiariedad.

No extrañará que, en esta materia al menos, se vea con prevención el deseo del intervencionismo estatal. Sin que podamos afirmar que él —y su inevitable planificación— lleve indefectiblemente a la publicación, a la tecnocracia y hasta al propio totalitarismo o capitalismo de Estado, la verdad es que existe fundado temor de que así sea. Y ello ha venido evitándose con la iniciativa particular y el respeto a la propiedad privada. Para luchar contra el abuso del derecho —¡qué mal suena aquí la palabra chantaje!— basta la debida corrección de los tribunales.

Tengamos a la vista lo que sobre el particular dice la *Populorum Progressio*, de 26 marzo 1967, sobre propiedad privada y expropiación, iniciativa particular y cuerpos intermedios, colectivización integral y planificación arbitraria, liberalismo de ayer y tecnocracia de hoy...

Y concluyamos sosteniendo que en Canarias, más que a buscar la intervención del Estado, debe tenderse a fomentar y auxiliar la iniciativa privada, de tan fecunda raigambre en las Islas.

(42) *Revista de Administración Pública*, núm. 44, mayo-agosto 1964, pág. 341.