

rar nada, supuesto que encargada de la conservacion de los intereses generales, aquellos habian de ser un obstáculo para cumplir con un deber tan sagrado. La discusion y el recurso contencioso, están igualmente prohibidos al propietario que ha obtenido el permiso de edificar, mientras se abre un camino, ó mientras se establece un mercado. Mas si en la autorizacion no se hubiere expresado condicion ninguna, sino que el permiso hubiese sido puro y sencillo, llegando la vez de abrir el camino ó de establecer el mercado, el caso seria de expropiacion, por causa de utilidad pública.

Para reconocer, pues, en los permisos y tolerancias el verdadero carácter del acto administrativo, es preciso atenerse á la condicion impuesta al individuo autorizado, condicion que patentizará la justa libertad en que queda la administracion para hacer suprimir las obras, luego que lo juzgue á propósito.

Es tan ingenioso el interes particular para disfrazarse en diversas posiciones, que no seria difícil multiplicar las especies de permisos y tolerancias, en que solo el interes particular se compromete, sin que haya derecho que pueda reclamarse; pero creyendo bastantes los ejemplos que se han puesto de una doctrina clara y evidente en sí misma, darémos fin á este punto, y con él á la leccion que con tanta benevolencia habeis escuchado, y que me atrevo á reclamar para la siguiente, en que continuaremos ocupándonos de las atribuciones de la administracion graciosa. —HE DICHO.



LECCION SESTA.

SUMARIO.

Continúan las atribuciones de la administracion graciosa.—Concesiones.—Aguas.—Minas.—Deseccacion de pantanos.—Balcones y saledizos.—Cambios de nombres.—Cartas de naturaleza y ciudadanía.—Patentes de invencion.—Favores.—Gratificaciones.—Sueldos y pensiones.—Indemnizaciones.—Tarifas de peages.

SEÑORES.

UNA de las facultades de la autoridad administrativa, es la de acordar ó rehusar ciertos permisos, segun lo exija el interes público. Estos permisos son de dos maneras: unos toman el nombre especial de *concesiones*, otros conservan el nombre genérico de *favores*, ó se designan con el de *indemnizaciones*, *gratificaciones*, y otros semejantes.

La *concesion* de parte del que la hace, es un permiso perpetuo ó temporal, acordado para el fin de que puedan ejercerse ciertos derechos ó facultades, cuyo goce estaba antes prohibido. De parte de aquel á quien se hace, es el goce temporal ó per-

petuo de ciertos derechos ó facultades, concedido por el poder legislativo, ó por el ejecutivo. En su resultado, las concesiones son ó aplicaciones de alguna cosa á un objeto á que el propietario no podia aplicarla sin prévia autorizacion; ó adjudicaciones de los trabajos públicos á un particular el que bajo ciertas condiciones es sustituido á los derechos del Estado. En el caso de aplicacion, la propiedad aplicada á un nuevo uso, no cambia de carácter, permanece como antes, propiedad particular; en el caso de adjudicacion, el trabajo ó la obra ejecutada conserva el carácter de dominio público, no obstante que haya sufrido una apropiacion privada. Ciertos trabajos del Estado pueden hacerse ejecutar por empresarios, que no adquieran sobre el resultado de estos mismos trabajos derechos algunos temporales ó perpetuos. Los siguientes ejemplos darán á esta materia la suficiente claridad.

Cualquiera tiene derecho de hacer de su casa el uso que le parezca conveniente; mas si quiere convertirla en un taller insalubre ó incómodo, tiene que sujetarse á los reglamentos establecidos para tales fábricas, y recabar la autorizacion conveniente. Esta concesion en su resultado, no será mas de la aplicacion de la casa de habitacion á un nuevo uso; pero este uso no cambia el carácter de la propiedad, y el dueño de la casa queda lo mismo que antes, dueño de la fábrica. Tiene la administracion necesidad de establecer un camino de fierro,

y no teniendo con que erogar los gastos que tal obra demanda, la adjudica á un empresario para que la haga, concediéndole el que por un número determinado de años cobre el peage para cubrirse de los gastos que haya hecho. Concluida la obra, el camino pertenece al dominio público, no obstante que haya sufrido la consignacion individual al empresario para que se cubra de sus erogaciones. Pero si la adjudicacion se hace bajo otras condiciones, sin reservar al empresario derecho alguno temporal ni perpetuo en el camino, la concesion no importará entonces apropiacion alguna individual, y el dominio público del camino será del todo libre.

Nada hay que despierte en mas alto grado la solicitud y cuidado de la administracion que las concesiones, porque de ellas nace regularmente un derecho, y toda violacion de este derecho produce lo contencioso. Mientras mas importante sea el objeto de la concesion, mas debe procurar la administracion que el mas digno sea el que obtenga este favor. En la distribucion de estos favores, es en lo que se conoce el tacto de la administracion. El exámen de todas las circunstancias en que se encuentran los que solicitan las concesiones, el de los medios con que cuentan para llevar al cabo las empresas que acometen, su utilidad y conveniencia, son otros tantos puntos difíciles y delicados en que debe fijar su consideracion la autoridad administrativa. En fin, para hacer estas concesiones con

discernimiento y equidad, se necesita rectitud, probidad, y una larga experiencia. Tal vez sea esta la parte mas difícil de la administracion.

Las aguas, las minas, y la desecacion de los pantanos, dan lugar á frecuentes concesiones.

Los diversos cursos de las aguas, llamados ríos, ya sean navegables que puedan sostener embarcaciones, ó *flotables*, capaces de llevar algunas balsas, son de la dependencia del dominio público, y se hallan sometidos á las reglas administrativas. Colocados bajo la vigilancia de la administracion, nadie puede adquirir en ellos propiedad, ni servirse de sus aguas sin una concesion particular. Estas concesiones hacen adquirir derechos de que nadie puede ser despojado, sino por medida de orden público, cuando así lo exija la utilidad general, ante la que debe la administracion hacer que cedan los intereses, y á veces aun los derechos individuales.

A sólo la administracion graciosa corresponde, pues, el derecho de conceder la autorizacion para establecer un ingenio, ya sea con condiciones ó sin ellas, sobre un río navegable ó no navegable, flotable ó no flotable. Así como tambien la facultad de practicar una toma de agua en un río navegable ó flotable.

Un estanque no es un curso de agua, y si se ha formado de las aguas de una fuente que nace en el fundo propio del que lo ha construido ó de las aguas de las lluvias, no necesitará una prévia autorizacion: sin embargo, si el estanque es tan grande

que pudiera interesar á la salubridad pública, seria prudente obtener la autorizacion. Y esta seria absolutamente necesaria, si el estanque se ha formado interceptando las aguas de algun río por medio de un dique.

Una simple toma de agua, sin dique ni compuertas, tratándose de ríos navegables ó de canales que pertenecen al Estado, necesitaria de una autorizacion que seria graciosa, y en todo tiempo revocable. Tratándose de ríos no navegables, la ley puede establecer un derecho que pueda ejercerse por los propietarios de las riberas, sin necesidad de prévia autorizacion, quedando siempre expedita la administracion para formar el reglamento que estime mas conveniente en bien de la agricultura ó de la industria.

En todos los casos en que se necesita una concesion, el que la solicita se dirige á la autoridad administrativa para obtener lo que no tiene, ni derecho de tenerlo, es, pues, un favor el que se pide, y el carácter del acto administrativo que lo concede no puede ser dudoso, es enteramente de gracia. Si la autoridad encargada de balancear el interés general y los intereses individuales, juzga que la concesion no puede acordarse, su denegacion no hiere derecho alguno primitivo ni adquirido, una gracia es la que se deniega, y el recurso contencioso no puede interponerse.

Tampoco puede hacerse valer contra las condiciones que se impongan en la concesion por onerosas

sas que sean; v. g., en la concesion de un molino, se impone la obligacion de fabricar un puente que facilite las comunicaciones que tal vez intercepta el mismo molino, el concesionario no tendria el recurso contencioso para reclamar la condicion.

Entre las que establece la administracion, una de ellas puede ser la de demoler el ingenio ó fábrica cuando así lo exija la utilidad pública. Llegado el caso de la condicion, el concesionario podrá usar del recurso contencioso para que se justifique, si efectivamente existe la utilidad general que se alega, porque si bien es cierto que la administracion con la mira del interes comun, puede establecer una cláusula tan onerosa como la demolicion, no es decir que se haya de verificar cuando quiera la administracion, sino cuando sea justo y racional el hacerlo; y esta justicia y razon debe *discutirse* y aclararse, si la niega el dueño del ingenio ó fábrica. En tal evento, ha *adquirido un derecho* para que su fábrica no se demuela sino en el caso de la condicion; y nace de aquí el recurso contencioso.

Un ingenio ó fábrica, construida sin autorizacion no tiene existencia legal. La autoridad administrativa puede mandarla destruir; y contra este acto no se da recurso contencioso; mas seria preciso para esto que no hubiera duda acerca de la falta de la autorizacion, porque si el dueño del ingenio pretendiese tener derecho en virtud de una autorizacion, cualquiera que fuese, deberia este derecho

discutirse, y para ello se admitiría el recurso. El dueño de un ingenio autorizado podrá repararlo sin necesidad de nueva autorizacion; pero sin ella no podrá modificarlo, aumentarlo, desnaturalizarlo, cambiar, v. g., las tomas de agua, ni practicar otros actos que pueden juzgarse comprendidos en la autorizacion. Y la razon es muy sencilla: la primera concesion es un favor restringido dentro de ciertos límites, y el acto administrativo que lo concede lleva implícitamente la condicion de que el agraciado no ha de poder estenderlo ni modificarlo sin consentimiento de la administracion, porque ésta estipula á nombre del interés público, y es preciso que á este no se opongan las variaciones ó modificaciones que se pretendan. Si la autoridad administrativa niega la nueva autorizacion, no habrá recurso contencioso, porque su acto es puramente del poder gracioso, que no juzga conveniente otorgar un nuevo favor.

Seria llevar los principios hasta la exageracion si se exigiese una nueva concesion para volver á levantar el ingenio autorizado que ha sido destruido por una inundacion, por un incendio ó por cualquiera fuerza mayor. Porque aunque sea cierto que la cosa perece para su dueño, éste por su parte ha cumplido exactamente con las condiciones en que se funda la concesion, y no ha estado en su mano resistir á la fuerza que ha destruido la fábrica. Podrá, pues, reedificarla siempre que se limite á los términos de la primitiva concesion.

Mas si por su voluntad deja por largo tiempo de hacer uso del ingenio, cesando en sus trabajos, el poder administrativo puede retirar la concesion, que se hace siempre bajo la condicion esencial de usar de ella. En esta especie se versa indudablemente el derecho adquirido por la concesion, y por lo mismo no puede negarse el que se discuta por la via contenciosa.

Estos principios relativos á las concesiones á que dan ocasion las aguas, no son del todo estraños á nuestra legislacion. Segun ella, los rios pertenecen á todos los hombres, de manera, que aun los estraños pueden usar de ellos, y á fin de que este uso no se estorbe, nadie puede hacer en los rios, molino, casa ni otro edificio alguno, y si lo hiciere debe ser derribado, porque no seria justo que la utilidad general se estorbese por la particular (1). Pero ni estos principios generales, ni la doctrina de los comentadores que distinguen el rio de la agua que por él corre, para aplicar el primero al soberano, y mas en particular á las ciudades por donde atraviesa, y el uso del agua á todos los hombres, bastarian para el arreglo de la policia administrativa de la nacion en las concesiones de las aguas, si tales principios no se fijan de una manera clara y exacta; y si no se les da el desarrollo suficiente combinando el interés público con los derechos é inte-

(1) Leyes 6.^a y 8.^a, tít. 28, part. 3.^a

reses de los particulares, que es todo el objeto del derecho administrativo.

La utilidad pública exige que las riquezas minerales del suelo no queden sin aprovecharse, y que su interesante y difícil laborio se haga de manera que sea provechoso y se eviten los peligros de que está rodeado. De aquí la necesidad de que el poder público intervenga en la concesion de las minas.

El carácter de las funciones administrativas, ya de gracia, ya contenciosas en esta clase de concesiones, no podria comprenderse claramente sin el conocimiento de los principios dominantes en la materia que brevemente expondremos.

El antiguo derecho romano consideraba las minas como partes integrantes de los fundos en que se encontraban. De manera que si los fundos eran públicos, las minas eran del soberano, y si los fundos eran de propiedad particular, las minas eran del dueño del fundo, que propietario de la superficie con pleno dominio lo era de todas las materias metálicas encerradas en el seno de la tierra (1).

El derecho bajo los emperadores fué modificado por razones de interés social. Las minas de metales preciosos fueron consideradas como objetos de derecho público; mas los emperadores concedian la facultad de trabajarlas si el propietario no lo hacia, bajo la condicion de que los trabajadores paga-

(1) L. 7, § Si vir., tít. 3, lib. 24 del Digesto.

sen dos diezmos, uno al tesoro y otro al propietario de la superficie (1).

Dividido el imperio romano en diversos reinos y naciones, se siguieron sobre este particular diversos usos y costumbres.

En Francia los primeros reyes siguieron la misma regla que los emperadores romanos, concediendo el laborio de las minas con la reserva del censo que se les debian pagar. El feudalismo trasladó á los señores el derecho de censo sobre todas las minas, derecho que los reyes de Francia, en diversas ordenanzas procuraron recobrar desde 1321, hasta que al fin se logró por la de Carlos VI de 30 de Mayo de 1413, que sirvió de base á todas las que se expidieron despues, y en la que se estableció el derecho del rey á la décima parte de las minas *con exclusion* de los señores, y se concedió libertad á todos de buscar y descubrir las minas, indemnizando á los dueños de los terrenos.

En el siglo XVI en que se consolidó el poder absoluto de la monarquía, las minas fueron consideradas bajo otra relacion: no es ya el derecho real del diezmo el que se tenia con la satisfaccion debida al propietario, es el derecho que se llamó de Regalía, que se extiende sobre las mismas minas para hacer de ellas una propiedad *domanial*. Los reyes, como se ve por un edicto de Enrique II de 1548, las concedian por privilegio, mandando siem-

(1) Ley 3.^a, tit. 6, lib. 11 del Código.

pre que “se indemnizara á los propietarios de las tierras el daño é interes con respecto al valor de las dichas tierras solamente y no de las minas que ahí se encontraran.”

Así, segun este derecho de Regalía, la propiedad de las minas y la propiedad de la superficie eran del todo distintas; la de la superficie pertenecia al dominio privado y daba derecho á la indemnizacion si era dañada; la otra pertenecia al dominio de la corona y era objeto de privilegios y concesiones que se multiplicaron, y muchas veces sin indemnizar al propietario del suelo. Este es el principio del derecho de Regalía, que segun Laferriere, ha regido á las minas en Francia hasta la revolucion.

Y este mismo principio fué adoptado por casi todas las naciones, que en sus estatutos y leyes particulares declararon por Regalía y Patrimonio de los soberanos las venas de metales preciosos donde quiera que se hallasen, ora fuera en lugares públicos, ora en fundos ó terrenos de los particulares. Así sucedió en Alemania, España y Portugal. Mas sigamos con Laferriere, la historia de la propiedad de las minas en Francia, á reserva de exponer lo dispuesto por nuestra propia legislacion.

La asamblea constituyente examinó la cuestion de si las minas debian ser consideradas como propiedades particulares ó como propiedades públicas, y distinguiendo la propiedad de la superficie de la propiedad de la mina, declaró en 12 de Julio de 1791 el *derecho de la sociedad* con respecto á

las minas, rechazando el derecho de Regalía del siglo XVI que hacia de ellas una dependencia de alto dominio. Reconoció la necesidad de conciliar por medio de una indemnizacion los derechos de la propiedad individual con el derecho de la sociedad sobre un objeto que es de interés general, y decretó: "que las minas estaban á disposicion de la nacion en el sentido solamente de que las sustancias minerales no podian ser extraidas sino *con su consentimiento* y bajo su vigilancia, con obligacion de indemnizar á los propietarios de la superficie," dándoles la preferencia en el laborío de las minas que pudieran encontrarse en sus fundos.

El artículo 552 del código civil, despues de haber sentado el principio de que el propietario del suelo, es propietario de lo superior y de lo inferior, y que por lo mismo puede hacer todas las escavaciones que estime convenientes, y sacar todos los productos que pueda encontrar, establece por excepcion la que resulte de las leyes, con respecto á las minas. El legislador reconoció aquí que las minas no eran una propiedad ordinaria, á la que pudieran aplicarse la definicion de los otros bienes y los principios generales sobre su posesion. La ley de 21 de Abril de 1810, unió la idea de la propiedad definitiva de las minas á la *concesion*. Propiedad inmueble, perpetua, trasmisible y separada de la propiedad de la superficie. Propiedad nueva, que consiste en la *concesion* que se otorga por la autoridad administrativa al que reu-

ne las mejores condiciones para el laborío. Hé aquí la institucion de una *propiedad subterránea*, distinta de la del suelo en que aquella se encuentra.

Cuando la ley, como en Francia, resolviendo uno de los mas difíciles problemas del derecho de propiedad, ha fijado los principios que deben observarse en materia de concesiones y régimen de las minas, el carácter de los actos administrativos sobre tales materias no puede ser dudoso.

La concesion de una mina, respecto del propietario de la superficie, es un acto contencioso, porque el dueño de la superficie lo es de todo lo que en ella se encuentre, mientras no se haga la declaracion de propiedad de la mina por medio de la concesion. Esta constituyendo una nueva propiedad, causa la desmembracion de la que el dueño del suelo tenia en su superficie, afecta su *derecho* de propiedad, y el recurso contencioso debe quedar expedito.

Mas la concesion, considerada respecto de aquel á quien se da la facultad de trabajar la mina, la eleccion entre los diversos concurrentes que se presentan, la preferencia acordada á uno de ellos, todos estos actos de la administracion no tocan sino *intereses*, no salen por lo mismo de los límites del poder gracioso, y no pueden dar lugar á la discusion en la via contenciosa. Si en la concesion no se observaren las formalidades establecidas por la ley, ó si en ella se atacase á una concesion anterior, no hay duda que el recurso tendria lugar en

el primer caso por el abuso ó exceso de poder, y en el segundo, porque se ofenderia un derecho adquirido.

Segun nuestras leyes, la concesion y el régimen de las minas no son materias administrativas, sino judiciales.

Por las leyes de Partida (1) se declararon las minas pertenecientes á la regalía y dominio de los reyes, para que con ellas atendieran á su subsistencia y á los gastos públicos, excusando tributos á los pueblos. Don Alonso XI, en el ordenamiento real (2) declaró que todas las minas de oro, plata y cualquiera otro metal, pertenecian al señorío real, y que ninguno pudiera trabajarlas sin especial licencia ó privilegio. Moderóse despues esta disposicion por la de Don Juan I en que (3) estableció que cualquiera pudiera cavar y labrar minas en sus tierras y heredades; y en las agenas con licencia del dueño, y deducidos todos los costos tomar el tercio, pagando los otros dos al rey. Don Felipe II para obviar dificultades que nacia de los privilegios concedidos, y queriendo consultar á la utilidad pública, incorporó en la corona todas las minas de cualesquiera partes y lugares que fuesen, públicos ó privados, revocando las mercedes anteriores á cuyos dueños se recompensaria (4).

(1) Leyes 5, tít. 15, P. 2.^ª y 11, tít. 28 P. 3.^ª

(2) Ley 2, tít. 13, lib. 6, R. C.

(3) Ley 3, tít. 13, lib. 6, R. C.

(4) Ley 4 del mismo tít. y lib.

Esta incorporacion, como se expresa la ley, no se hizo con el fin de que solo por cuenta del rey se descubrieran y labraran las minas, sino para que todos *participasen* de ellas, ocupándose en buscarlas en todos los terrenos públicos y particulares, sin necesidad de prévia licencia, pagando á los dueños el daño que se les hiciera, y sometiéndose á las reglas que se prescribieron en las antiguas ordenanzas, que forman la ley 5.^ª, tít. 13, lib. 6.^º de la Recopilacion de Castilla.

Estas ordenanzas se derogaron por las que se llamaron del nuevo cuaderno que estaba añadido á la antigua Recopilacion, hasta que se insertaron en ella en la edicion de 1642, y forman la ley 9.^ª del mismo título 13, libro 6.^º Mas al derogar las antiguas, se expresa que únicamente se hace en lo que á las nuevas sean contrarias, y se declara en toda su fuerza y vigor la pragmática de Felipe II que incorporó las minas en el patrimonio real. Y bajo este principio de la incorporacion en la corona, conceden las nuevas ordenanzas el que se puedan descubrir las minas, y que los que las descubrieren, las hayan y tengan como suyas propias en posesion y propiedad, guardando así en lo que deban pagar al rey *por su derecho*, como en todo lo demas lo prescrito en las mismas ordenanzas.

Por las leyes de Indias (1), se habia igualmente declarado que las minas de oro, plata y demas

(1) Ley 1.^ª, tít. 19, lib. 4, R. Ind.

metales, son comunes á todos y en todas partes y términos, con solo que no resulte perjuicio á los indios ni á otro tercero, y permiten á todos que las descubren y beneficien libremente y sin ningun género de impedimento. Tan amplia concesion sirvió de fundamento á algunos escritores, como Lagunes y el cardenal de Luca, para opinar que las minas en las Indias no debian estimarse como Regalía sino como bienes libres. Con mejores fundamentos, otros escritores tambien respetables como Solórzano, Escalona y nuestro compatriota Don Francisco Javier Gamboa, sostuvieron que los minerales en las Indias eran de la Regalía y se hallaban incorporados en la corona.

Esta opinion dejó de serlo, y se convirtió en una verdad legal á vista de la decision expresa de la última ordenanza de Minería de 25 de Mayo de 1783, que en el título 5.º declara en términos precisos, que las minas son propias de la corona, así por su naturaleza y origen como por su incorporacion dispuesta en la ley 4.ª, título 13, libro 6.º de la Nueva Recopilacion; que sin separarlas del real patrimonio, se conceden á los particulares en propiedad y posesion, de tal manera que puedan venderlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia ó manda, ó de cualquiera otra manera enagenarlas; y que tal concesion se les hace bajo de dos condiciones: la primera, que hayan de contribuir á la hacienda pública con la parte de metales señalada; y la segunda, que han de labrar

y disfrutar las minas, cumpliendo con las ordenanzas.

Segun ellas, es fuera de toda duda que el título para adquirir las minas es la *concesion*; pero esta no es propia del poder administrativo sino de los tribunales especiales que las mismas ordenanzas establecen, y á quienes compete el conocimiento de los registros y denuncios, concediéndoles jurisdiccion contenciosa para todas las causas en que se versaren cuestiones relativas á la adquisicion, conservacion y pérdida de las minas. Solo en el caso de pretender la habilitacion de muchas minas, ú otra considerable empresa de este género, corresponde hacer la *concesion* al gobierno con informe del tribunal general á quien debia ocurrirse con la solicitud.

Tales eran los principios adoptados por el legislador, y tales las disposiciones relativas á la adquisicion y régimen de las minas que se hallaban vigentes al tiempo de consumarse la grande obra de la independencian nacional. Declarada la nacion mexicana libre é independiente del gobierno español y de cualquiera otra potencia, acabó absolutamente el señorío del rey de España sobre las minas, como concluyó todo el dominio y soberanía que ejerciera sobre el territorio de la nacion. ¿Cuáles son, pues, los principios reconocidos en el dia por la legislacion, en cuanto á la propiedad de las minas?

El legislador no se ha ocupado todavía de hacer