

# Mito, paradoja y realidad en el ordenamiento jurídico de las aguas continentales

Antonio EMBID IRUJO

*Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.*

**RESUMEN:** El trabajo pretende poner de manifiesto las instituciones más notables del derecho de aguas desde la óptica de la paradoja que algunas veces se produce entre ellas y ciertas convicciones socialmente arraigadas. Una vez realizada la exposición, se intenta encontrar una solución jurídica que permita salvar la contradicción que, entonces, es sólo aparente. Cuando ello no es posible, es porque a la paradoja se superpone el mito que el trabajo supone de permanente presencia en el derecho de aguas.

A través de esta metodología surge la consideración de diversas instituciones como la del dominio público frente a las titularidades privadas, el dominio público estatal frente a los poderes de las Comunidades Autónomas, la gratuidad del recurso en aparente paradoja con las cantidades que integran el «recibo del agua» etc... El trabajo realiza diversas propuestas en torno a la gestión administrativa del agua (fundamentalmente reforzando esta gestión pública), que camina de forma paralela a la introducción de algunos medios para permitir aflorar las preferencias sociales en la utilización del agua.

## I. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL SENTIDO DE ESTE TRABAJO

**E**n el presente trabajo pretendo plasmar en el papel las impresiones que un aficionado al estudio del derecho de las aguas continentales ha recibido y sigue recibiendo durante estos años en los que, además de aplicarse el contenido de un derecho, se intenta la construcción de un orden jurídico complementario al mismo en torno a la idea de planificación hidrológica. La Planificación Hidrológica es conceptualmente una decisión fundamental y definitiva de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas (LAG. en adelante en este trabajo) con independencia de que exista una tradición

planificadora en este ámbito que, sin embargo, se ha limitado hasta el momento a referirse a una ordenación más o menos articulada de obras hidráulicas. La gran novedad de la LAG. actualmente vigente es que, además, se configura esta planificación con una evidente naturaleza normativa de la que se pueden derivar, directa o indirectamente, prescripciones que deben ser cumplidas o simplemente respetadas tanto por la Administración como por los particulares (1).

Desde hace varios años y en un proceso curiosamente paralelo a una sequía realmente pertinaz cuyo final todavía no se adivina, se vienen realizando en nuestro país estudios y proyectos tendentes a la realización de las

Recibido: 06-11-95.

(1) Sobre lo indicado en el texto y de forma general vid. A. EMBID IRUJO (1991).

figuras planificadoras que regula la LAg., tanto las de cuenca como la nacional habiendo llegado, incluso, el Consejo Nacional del Agua a informar el llamado Anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional (2).

Durante este proceso que ha sido sustancialmente polémico, el jurista observador ha tenido oportunidad en repetidas ocasiones de confrontar norma y realidad, de comprobar la resistencia de la realidad a adaptarse a la norma y, al contrario, de comprobar cómo la norma escapa o bordea lo que parecen irremisibles e irredentas exigencias sociales. Esa disfunción entre dos ideas (Derecho y Sociedad) que debían por necesidad caminar de forma paralela, tiene muy diversas causas siendo demasiado simple la de imputar a la norma, sin más, su carácter defectuoso por no plegarse o adaptarse a lo que parecen ser deseos imperiosos de una sociedad homogénea y presuntamente sabedora de lo que quiere. En ocasiones y más allá de esos hipotéticos defectos, lo que la observación desapasionada del discurrir del derecho y de los acontecimientos sociales muestra es que el ordenamiento jurídico de las aguas continentales y su presente aplicación en torno a los procesos de elaboración de la planificación hidrológica han puesto de relieve todo un sistema de paradojas y de mitos que sobrevuelan o forman parte de la misma norma y que aparecen a veces confrontados o a veces confundiendo con la realidad.

Hablo de paradojas y de mitos en el más puro sentido que estas palabras poseen. Paradojas en cuanto que la norma puede reflejar ideas contradictorias con el pensamiento de los hombres o con los valores difundidos en la sociedad. Mitos en cuanto que el agua y, también e incluso, el derecho de aguas se configuran o describen frecuentemente de forma fabulosa o fantástica, muy desconectada con el sentir real de lo que un recurso o institución realmente es o representa (3).

En ocasiones esas paradojas lo son sólo de manera aparente, y la profundización en la contradicción formulada permite separar lo falso de la misma y encontrar que existe un funcionamiento más armónico de lo que pudiera pensarse en principio entre apariencia y realidad. En otros momentos ese buceo profundo y hasta esforzado lo único que aporta es un mayor esclarecimiento de los términos de la contradicción que parecen, al final, irresolubles en sí mismos. Esto último suele ocurrir cuando en el mundo conceptual la paradoja está enmascarada, en realidad, por el mito.

En el presente artículo y a través de una serie de proposiciones van a intentar ponerse de relieve unas cuantas de estas paradojas y mitos. El trabajo no tiene como objetivo jurídico, obviamente, el de construir sistemas o conceptos dogmáticos acabados sino que su propósito es mucho más modesto y se limita a la formulación de una esperanza leve en que, de esa forma, pueda proporcionarse algún argumento adicional al futuro planificador o legislador al que, por racional y frío -en teoría-, debería corresponderle la tarea de suprimir del mundo de la norma todo aquello que no respondiera a una necesidad social sentida y fuera respuesta, además, a problemas jurídicos evidentes que existen, desde luego, y son mucho más pequeños que los que se acercan. Pero, en última instancia y al margen de ese efecto quizá demasiado ambicioso para las menguadas fuerzas del autor de estas líneas, pienso que es posible que el mero aficionado al estudio de la consideración jurídica de las aguas continentales pueda encontrar en estas páginas un acompañamiento para su propio proceso de pensamiento y, también, ojalá, alguna guía iluminadora de las paradojas y mitos que, inevitablemente, él también habrá descubierto en su camino de estudio y reflexión.

(2) El informe tuvo lugar en el verano de 1994. Vid. el texto originalmente presentado por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente en abril de 1993 -han existido algunas modificaciones internas posteriores- acompañado de algunos estudios jurídicos en EMBID IRLUJO (dir.) (1994).

(3) Tomo las acepciones de paradoja y mito del conjunto de las que figuran en el Diccionario de la Lengua Española publicado por la Real Academia en su vigésimo primera edición, Madrid, 1992.

**II. PARADOJA: LA LEY DE AGUAS, NO ESTÁ LLAMADA A SER EL ÚNICO TEXTO DE REFERENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS AGUAS CONTINENTALES PERO ELLO NO ES UNA EXCEPCIÓN A LO QUE HA SIDO, HISTÓRICAMENTE HABLANDO, TÓNICA GENERAL DE LA EVOLUCIÓN DE ESTE ORDENAMIENTO**

La rúbrica de este punto es, quizá por excesivamente larga, también bastante esclarecedora de la idea que se enmarca de esa forma. En la misma podemos encontrar el planteamiento resumido de algunos de los reproches o argumentos cruzados en estos tiempos de realización de la planificación hidrológica y, sucesivamente, la explicación de lo equivocado de tal reproche.

Se ha descubierto, así, -algunos lo han hecho, incluso, con aparente escándalo- que en virtud del carácter normativo que la planificación hidrológica tiene en la LAg. y, además, apoyándose en su necesaria aprobación por Ley, podría aprovecharse ese trámite legislativo para reformar o adicionar algunos preceptos jurídicos que afectarían, incluso, a la misma LAg. Ese hecho, se dice, sería criticable porque significaría -simplificando el argumento- que la LAg., el edificio institucional supremo del ordenamiento jurídico de las aguas continentales, ya no sería el único texto de referencia en este ordenamiento válido tanto para el aplicador jurídico como para el usuario, sino que se vería permanentemente amenazado por las modificaciones normativas -mayores o menores- que pudieran derivarse del proceso continuo de planificación hidrológica.

Pues bien, lo que la consideración histórica del derecho de aguas permite observar es que este fenómeno, si viniera a ser cierto finalmente, no sería en modo alguno novedoso sino connatural a la evolución del derecho de

agua y que, por tanto, las críticas a él formuladas se apoyarían en una proposición inicial falsa: que ha existido en el pasado una norma institucional básica en el derecho de aguas contenedora de cualquier regulación sustancial de las mismas de tal forma que el aplicador y el usuario gozaban de una cómoda seguridad jurídica con la mera consulta a tal texto para deducir la regla aplicable a cada una de las mil situaciones que pudieran darse en la vida práctica. En efecto, esa Ley institucional que no podía ser otra que la tan justamente alabada Ley de Aguas de 1879, en modo alguno ha cumplido ese papel -llamémosle, y creo que con justeza, mítico-institucional sino que importantísimas regulaciones jurídicas de las aguas nacieron a su margen hasta tal punto que muchos años antes de su derogación formal, esa Ley institucional básica había quedado, realmente, descolgada del ordenamiento en buena parte de sus preceptos (4).

Poco hay que esforzarse en aportar pruebas del anterior aserto. Piénsese, así, en cómo la regulación de las obras hidráulicas no está presente en el texto de la Ley de 1879 apareciendo normas generales (Ley de 7 de julio de 1911) o particulares (Ley de Riegos del Alto Aragón de 7 de enero de 1915, entre otras), que servían para abordar tal hecho absolutamente capital, como fácilmente puede comprenderse, en el aprovechamiento del agua. Igualmente y ya casi en nuestros días, importantes obras hidráulicas de transferencia de recursos hidráulicos fueron objeto de regulaciones específicas también al margen del pretendido tronco institucional (5).

En otro terreno, la organización administrativa de las obras hidráulicas y de la misma explotación de las aguas conoce una legislación sectorial centrada en torno a las confederaciones hidrográficas y que se inicia con el RD Ley de 5 de marzo de 1926. La política de colonización, en otro ámbito, cuenta

(4) Como había reconocido ya en los años sesenta MARÍN-RETORTILLO (1966: 155) que afirmaba, paralelamente, que el verdadero derecho de aguas se encontraba en el clausulado de las concesiones administrativas, donde se indica, entre otras muchas cosas, que el texto de 1879 había quedado obsoleto y era preciso reformarlo.

(5) Vid. las Leyes 21/1971, de 19 de junio sobre el aprovechamiento conjunto Tajo Segura y la 52/1980, de 16 de

octubre, de regulación del régimen económico de la explotación del acueducto Tajo Segura. Igual la Ley 18/1981, de 1 de julio, sobre actuaciones en Tarragona en materia de aguas. Aprovecho para remitir para la consulta de estas normas y de las citadas en el texto al libro de Embid Irujo, Fanlo Loras y Domper Ferrando (1992).

con una legislación muy rica en la década de los cuarenta y cincuenta que concluirá con el Decreto 188/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario aún vigente (6).

Por fin, el ámbito de la calidad de las aguas o de su protección ambiental, sería susceptible de dar lugar a hablar en mayor medida de la dispersión normativa pudiéndose citar multitud de normas de muy ínfimo rango que a partir de los años cincuenta y sesenta de nuestro siglo comienzan a introducirse en la regulación de una problemática que, simplemente, no podía ser sospechada con ocasión de la elaboración original de una Ley como la de 1879 en momentos en los que esta cuestión como preocupación social era inexistente.

El fenómeno de dispersión es, por ello, permanente y en modo alguno, por tanto, la situación actual –de consolidarse– representaría una ruptura abrupta con un pasado mitificado pero es que, además, conviene indicar que en los momentos actuales se dan como característica sustancial algunos fenómenos nuevos que llevan a que esta dispersión sea no solo, ni mucho menos, un hecho patológico sino, hasta cierto punto, algo connatural a ciertas decisiones adoptadas previamente, algunas dentro del derecho de aguas pero otras a un nivel estructural muy superior y que determinan ineludiblemente, por esa suerte de papel jerárquico, comportamientos, actitudes y reparto de papeles previamente diseñados.

Comenzando por la exposición de lo relativo a esta última idea, parece más que suficiente para sustentar lo indicado mencionar que el Estado compuesto constituido por la Constitución española de 1978 lleva, inevitablemente, a la posibilidad de surgimiento de ordenamientos jurídicos autonómicos de las aguas continentales que desarrollen o complementen lo que la legislación estatal, normalmente considerada como básica, haya dispuesto. El fenómeno, ciertamente novedoso,

es una realidad que no puede ignorarse EMBID IRUJO (dir.) (1993a) y cuyo combate frontal lleva a la esterilidad y, además, a una frustración intelectual de la que conviene prevenirse por higiene mental, máxime cuando ya el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1988 ha validado las líneas maestras –plurales y complejas– de esta situación.

Pero es que, además, en el ámbito específico del ordenamiento de las aguas continentales la dispersión, la territorialización del derecho de aguas en feliz expresión doctrinal (7), es decisión directamente querida por la misma LAg. de 1985 con sus remisiones continuas a la planificación hidrológica EMBID IRUJO (1991: 55 y ss.) que llegan hasta contener la deslegalización de alguno de sus preceptos más significativos como el relativo al orden de los aprovechamientos (art. 58 LAg.) que puede ser variado, porque así lo quiere la LAg., por lo que indiquen los Planes Hidrológicos de cuenca (8).

La dispersión, la posibilidad de modificación de determinadas cuestiones presentes en la regulación actual de la LAg. no es, pues, una variación sustancial sobre las bases firmes de un derecho histórico inmutable en su configuración sino que, al contrario, se presenta de forma coherente con las exigencias constitucionales y la misma construcción jurídica de la actual LAg. Ello no quiere decir, ni mucho menos, que sea deseable un cuestionamiento continuado de la regulación básica del ordenamiento de las aguas continentales, como no es deseable esa puesta en cuestión continua de ningún sector del ordenamiento. Si pese a todo, quisiera realizarse una variación sustancial no cabe ninguna duda de que la técnica legislativa correcta consistiría en acudir directamente a la modificación de la LAg. pero, en cualquier caso, que puedan afectarse puntualmente (como se dice ahora) algunas de las decisiones normativas de la LAg. para adaptarla a las

(6) Se habla de vigencia en cuanto que no ha sido derogado formalmente, sin que debe de desconocerse cómo en muchas CCAA se han dictado normas sobre estructuras agrarias que suponen en buena medida la falta de aplicación en su territorio de dicha Ley.

(7) Que puede encontrarse en la obra de GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA (1986), si bien los autores no son

enteramente coherentes con su planteamiento y se resisten a otorgar al Plan completa naturaleza normativa configurándolo también como una suerte de instrucción administrativa (cfr. pág. 666 y ss.).

(8) Sobre esa deslegalización y su significado jurídico cfr. EMBID IRUJO, (1991: 228 ss).

grandes previsiones de la planificación hidrológica nacional no es, ni mucho menos, una contradicción jurídica insalvable. La paradoja aparente ha quedado, por tanto, explicada y la persistencia en la crítica de una situación que, como se ha visto, ya no merece el calificativo de paradójica haría que, en todo caso, nos adentráramos en el campo de las explicaciones míticas del agua y del derecho de aguas. Pero eso nos aleja de la racionalidad, del argumento, de la explicación y nos sitúa ante un terreno en el que basta con la mera constatación de un resultado dialéctico.

### III. PARADOJA: LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA APARECE VINCULADA AL DESARROLLO DE LA VIDA ECONÓMICA CUANDO YA NO SE PLANIFICA LA ECONOMÍA

Al margen de que conceptualmente la planificación hidrológica en cuanto a las potestades del Estado se incardine estrictamente en la planificación económica regulada en el art. 131 o no —disquisición relativamente interesante a algunos efectos pero no a los que nos ocupan—, lo cierto es que los fines que la LAg. contiene para la planificación hidrológica en el art. 38.1 son significativamente semejantes a los que el art. 131 fija respecto a la planificación hidrológica (9).

Eso lleva, inevitablemente, a constatar cómo a través de la planificación hidrológica puede realmente llevarse a cabo una

planificación de corte económico en un momento en que *de facto* se ha renunciado a cualquier política en ese sentido y el art. 131 ha quedado como una especie de reliquia ideológica de otra época en la que el mito de la planificación económica inundaba cátedras, libros y foros de cualquier tipo si mover a escándalo a casi nadie de los oyentes de la prédica habitual.

Lo paradójico de la cuestión reside en cómo se niega sin ningún tipo de ambages ni restricción mental la posibilidad de la planificación de la vida económica (10) y, al mismo tiempo, se reclama por doquier la implementación de una planificación hidrológica que, en el fondo, debe conducir a resultados de alguna forma semejantes (11). Esta paradoja notada no encuentra resolución pudiendo, quizá, intentarse algún tipo de explicación aproximativa en la situación, ojalá que solo coyuntural, de sequía en nuestro país que sustituye —o complementa— las tradicionales rogativas religiosas con la apelación pagana, a veces implorante, a una planificación hidrológica que, entre otros fines, posibilitaría el ahorro del agua y hasta un, se dice, mejor reparto de la misma.

### IV. PARADOJA Y REALIDAD: UNA POLÍTICA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN EN AUSENCIA DE OTRAS POLÍTICAS NACIONALES

Esta planificación hidrológica nacional (12) reclamada por doquier (13) resulta, además,

(9) Transcribo el art. 38.1 y sugiero su lectura paralela al texto constitucional. Son, así, fines de la planificación hidrológica «conseguir la mejor satisfacción de las demandas de agua y equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales».

(10) La prueba de lo que se dice en el texto es muy sencilla: ninguna fuerza política significativa o con opciones de convertirse en la dirección política del país lleva a las campañas electorales o al Parlamento la propuesta de realización de la planificación económica. Pienso además —quizá con la irresponsabilidad del no experto en la materia—, que hoy sería imposible encontrar un manual de ciencia económica que postulara la realización por el Estado de una planificación económica del corte de la que se conoció en los años sesenta e inicios de los setenta en nuestro país.

(11) Ejemplo claro de todo esto es el acuerdo del Congreso de los Diputados de marzo de 1994 encargando al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente que se elabore un Plan de regadíos como paso previo a la presentación del Plan

Hidrológico Nacional. Fijar las futuras zonas regables en el territorio nacional —que sería, sin duda, una parte de ese Plan de regadíos— equivale a planificar el desarrollo agrícola y, por tanto, económico del conjunto del territorio.

(12) Hablo de nacional con conciencia de lo que indico y sin apelación a niveles territoriales de la misma y hasta a la prioridad temporal que deberían tener para algunos los Planes de cuenca sobre el nacional. Este debate, desde mi punto de vista hueru, es adjetivo en relación a la realidad que se narra en el texto. Sobre la cuestión me remito EMBID IRUJO (dir.) (1994: 49 ss).

(13) La consulta al proceso de información pública presente en el Informe del Consejo Nacional del Agua del verano de 1994 a que me refería *supra* es bien representativa de lo que se dice. Nadie niega sino, al contrario, se reclama la oportunidad de dicha planificación hidrológica que en otro plano, también, es objeto de peticiones de algunos Parlamentos como el de Murcia (marzo de 1995) o de slogan recurrente en diversas manifestaciones de organizaciones sindicales agrarias con motivo de la sequía existente y de sus devastadores efectos sobre las economías familiares agrarias.

curiosamente contradictoria con la ausencia de otro tipo de políticas nacionales de planificación pese a las consabidas previsiones que en ese sentido contienen diversos ordenamientos jurídicos sectoriales. Resulta ocioso, así, referirse comparativamente a la ausencia de realización del Plan Nacional de Urbanismo que desde la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 reclama el ordenamiento jurídico del suelo en sus sucesivas manifestaciones normativas sin que existe, por el contrario, la más mínima posibilidad de su realización (14).

Naturalmente que siempre se podrá aducir la existencia del Plan Nacional de Carreteras o del actualmente en tramitación parlamentaria Plan Director de Infraestructuras para contradecir la idea inicial de que se parte y poner, frente a ella, políticas nacionales de planificación. Baste con indicar sin embargo y para obviar el inconveniente formal esgrimido, que, los Planes mencionados no alcanzan una vida jurídica medianamente relevante en cuanto que, por sus requisitos de elaboración y tramitación (15) estamos ante otro tipo de manifestaciones planificadoras (16) que las presentes en la planificación hidrológica, tanto de cuenca como nacional, faltando, además, el grado de consideración de naturaleza jurídica normativa que posee la planificación hidrológica y que le da un sesgo absolutamente diverso a las mencionadas.

El ordenamiento jurídico de las aguas continentales en cuanto a sus referencias a la planificación hidrológica presenta, paradójicamente, una contradicción con la práctica y realidad normativa de otros sectores más que sugerente y que muy probablemente puede explicarse en la realidad geográfica de los ríos y de las cuencas que no entienden de fronteras administrativas y, también, en el permanente –y en los momentos presentes, acuciante– problema de la distribución del agua en el territorio. Esa explicación permite, a la vez, introducirse en

el ámbito de la sugerencia y de la especulación acerca de los, quizá, benéficos efectos desde el punto de vista de la cohesión nacional que tendría una planificación hidrológica concebida desde la idea del consenso básico y de la aceptación mayoritaria por la sociedad de sus determinaciones. Pero esto, evidentemente, es tarea que supera las posibilidades de un tratamiento que se mueve en el ámbito, tan limitado, de la norma y que solo es capaz de apuntar a otros lugares más ignotos a partir de los resultados que mediante la utilización exclusiva del discurso jurídico es posible alcanzar.

#### **V. PARADOJA Y MITO: UN RECURSO NATURAL ESCASO, PONDERADO HASTA EN EL PLANO DE LA LÍRICA Y QUE, SIN EMBARGO, RESULTA GRATUITO. ALGUNAS CONSECUENCIAS POCO DESEABLES DEL PASO DEL MITO A LA REALIDAD**

No existe discurso social o político y, en muchas ocasiones hasta jurídico, que tomando como objeto de reflexión el agua, deje de enfatizar hasta entrar de lleno incluso en el terreno del lirismo, acerca de la íntima conexión entre agua y vida. Escasez del recurso natural, sustento de la biodiversidad, interdependencia entre agua y ordenación del territorio etc..., son expresiones entre tantas otras que van acompañadas, sin embargo, de un ordenamiento jurídico en el que se parte de la gratuidad del recurso como una de sus partes sustanciales. Y resulta que cuando se pretende discurrir –siquiera sea en los limitados términos de la formulación de hipótesis–, sobre la posibilidad de introducción de un precio por el agua, parece extraño y hasta contradictorio que el lirismo manifestado por muchos usuarios, pueda ir empañado en los dulces términos poéticos

(14) Posibilidad fáctica, por no entrar en la atractiva discusión constitucional acerca de si sería posible un Plan de esa naturaleza en un Estado compuesto del tipo que conocemos.

(15) Sobre el particular caso de la carretera vid. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI (1990), También PEMÁN GAVÍN, (1992: especialmente nota 55, pág. 138).

(16) Perfectamente legítimas, por supuesto, en cuanto que no existe un tipo acabado, uniforme y homogéneo de planificación administrativa.

utilizados habitualmente por una cerrazón feroz a la posibilidad de introducción de tal novedad normativa (17).

Y lo cierto es que en el mundo de las relaciones sociales no hay bien escaso que no tenga un precio (casi estaría tentado de decir que no hay bien que no tenga precio) y que, por ello, no tendría que merecer una oposición radical la idea de intentar proceder mediante el mecanismo de la fijación de precios, a una distribución se supone más racional de ese producto escaso, raro, valioso y tan esencial –como reza el sentir oficial– para el desarrollo de la vida. Al menos desde los parámetros de quienes posean una concepción puramente liberal de la economía estaríamos, creo, ante una conclusión lógica del problema existente (18), conclusión que, por supuesto y a su vez, sería punto de partida para la imaginación de mecanismos eficientes de la asignación del recurso que en buena medida, además, deberían tener una plasmación jurídica inmediata para ser, simplemente, operativos.

Pero, insisto, no hay tal. O no hay tal conclusión de forma mayoritaria en la sociedad española contemporánea y con independencia de los asentimientos teóricos de que pueda gozar esta premisa en determinados, y limitados numéricamente, grupos o movimientos sociales como los ecologistas que en diversas ocasiones han mostrado su conformidad con la introducción de un sistema de precios en el agua.

Estamos, por tanto, ante una paradoja evidente que, no obstante, es susceptible de ser objeto de una explicación. Así, por ejemplo, es muy posible que difícilmente los usuarios, o los ciudadanos en general, estuvieran de acuerdo en el punto de partida del razonamiento, a saber, que el agua sea en sí misma un recurso gratuito (19). Por el contrario sería relativamente sencillo para contradecir tal afirmación la exhibición de recibos correspondientes al abastecimiento

domiciliario, al canon de regulación o a las tarifas de agua, al canon de saltos de pie de presa, al canon de saneamiento o a cualesquiera de las muchas figuras tributarias que la fértil imaginación del plural legislador de cada momento ha sido capaz de concebir y que desmentirían aparentemente la premisa de la gratuidad. Naturalmente que sabemos que ese pago corresponde a la prestación de un servicio o a la amortización de unas infraestructuras y que no es una retribución por la utilización del recurso en sí, pero, no obstante, el sistema establecido da lugar a unos desembolsos pecuniarios reales –simbólicos en ocasiones, sustantivos en otras–, que afectan a un recurso esencial para la vida cotidiana de muchas familias con limitados recursos económicos, o a un sector de la producción –como el agrícola– que está pasando en los últimos años por dificultades evidentes y de no previsible finalización temporal próxima.

Pero es que, además, más allá de la paradoja y de su explicación nos encontramos en este tema de bruces con uno de los mitos del agua, el de su consideración gratuita y, además, abundante, mito que aparece como signo inequívoco e insustituible del bienestar económico de las personas y de los territorios.

Gratuidad y abundancia dan lugar, otra vez, al surgimiento del lirismo con sus múltiples manifestaciones: la identificación de la belleza con el vergel, la equiparación del agua con la vida, la desvalorización de las zonas esteparias o semidesérticas que, como tales, no son susceptibles de aprovechamiento y que deben, en todo caso se dice, ser transformadas para merecer algún tipo de consideración social.

El mito en este punto deviene en ideología y hasta, en ocasiones y lugares, en cruzada pseudomisional. Debe, así, llevarse y expandirse el agua a cualesquiera lugares y, además, a bajo precio. Y todo ello, en muchas ocasiones, con independencia de la reflexión

(17) La historia narrada en el texto no es novedosa entre nosotros si bien ha tenido ocasión de reproducirse con ocasión de la discusión habida sobre el Anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional y dado que en algunos borradores iniciales figuraba la introducción del precio del agua. Sobre la cuestión vid. ARGULLOL MURGADAS y GUTIÉRREZ MUNOYERRO, en EMBID IRUJO (dir.) (1994: 191 ss).

(18) Y, de la misma forma, aunque no se tuviera una fe ciega en la «mano invisible», no cabe duda también de que el precio, a la vez que determinadas medidas intervencionistas de los poderes públicos, podría conducir a esa mayor racionalidad en la asignación de recursos que se postula.

(19) En general una aproximación a la cuestión desde el régimen económico financiero de la LAG, en EMBID IRUJO (1993b: 420 ss).

sobre el beneficio económico y social de tal actuación y hasta de los posibles efectos –tan impredecibles a medio plazo– que sobre una naturaleza tradicionalmente ausente de agua en cantidad sustancial puede tener ese tipo de actuaciones.

De nuevo, entonces, la realidad aparece enmascarada por la paradoja y ésta, cuando se pretende superar por medio del razonamiento, aboca a la mitología. Una mitología que, hasta ahora, ha impedido e impide una discusión correcta y serena sobre la compatibilidad entre dominio público y sistema de precios, a su vez entre precios y subvenciones, la relación hipotética entre eficiencia de la distribución del producto y mercado etc..., y que, además y por ende, arrastra a las Administraciones públicas y con ellas a sus presupuestos, a algunas decisiones que no siempre son sencillas de justificar, al menos desde estrictos parámetros de rentabilidad.

#### **VI. PARADOJA, MITO Y REALIDAD: LA UTILIZACIÓN EN EL DERECHO DE AGUAS DE CONCEPTOS QUE PUEDEN RESULTAR CONTRADICTORIOS CON ALGUNAS PAUTAS DE COMPORTAMIENTO SOCIAL**

Cualquier análisis de la indole del que se persigue en estas páginas arriesga con facilidad ser tachado de parcial y limitado, y quien las firma es bien consciente del riesgo corrido máxime cuando empieza un nuevo punto, el penúltimo en su esquema, en el que la parcialidad y limitación del tratamiento tiene necesariamente que ser máxima. Porque, efectivamente, voy a elegir al azar algunos –solo algunos– conceptos utilizados antes y ahora por nuestro derecho de aguas y que aun funcionales en determinados momentos y situaciones resultan ser en otras tremendamente imprecisos y, para algunos, hasta improcedentes porque en virtud de determinadas circunstancias, van acompañados de una impresionante suerte de

paradojas y mitos que los convierte en esencialmente polémicos y, otra vez para algunos también, en desechables. En otras ocasiones, esos conceptos chocan en su aplicación con valedores difícilmente franqueables en cuanto se refieren a comportamientos sociales en modo alguno limitados. A veces el choque se plantea con la misma inadecuación de las estructuras administrativas para poder transformar los conceptos en realidad efectiva. El resultado en todos los casos, es una discutida y, en ocasiones también, deficiente aplicación del derecho que puede conducir a desapoderar a la norma de la *auctoritas* que como tal debe merecer siempre. Las paradojas, y hasta los mitos, presentes en ese debate dialéctico son evidentes y merecen un esfuerzo de descubrimiento y, si es posible, de comprensión.

a) Me fijo, en primer lugar, en los conceptos de *aguas sobrantes o excedentes*, repetidamente usados en el derecho de aguas. El último de los términos, excedentes, sugerirá al lector de estas páginas, por su candente actualidad, una de las condiciones repetidamente expuestas en la teoría y hasta en su reflejo jurídico, para que pueda haber transferencias de recursos hidráulicos entre cuencas hidrográficas (20). Pero superando esa actualidad debemos notar que ese concepto, aun con diversa funcionalidad que el de sobrantes, tiene similitudes semánticas evidentes con él, y por ello creo que conviene fijarse en este último vocablo de sobrantes, más tradicional y conocido en la simbología jurídica, para observar su funcionalidad y, con esa observación, favorecer el proceso de razonamiento que se persigue.

En esos términos podemos recordar cómo de aguas sobrantes se hablaba en el viejo art. 412 del Ccv. para conceder al dueño de un precio en el que nace un manantial o arroyo, continuo o discontinuo, el aprovechamiento de sus aguas mientras discurrieran por él entrando las *sobrantes* en la condición de públicas -lo que suponía la susceptibilidad de su

[20] Cfr. la mención a aguas excedentes en el art. 1 de la Ley 21/1971 de 19 de junio, sobre el aprovechamiento conjunto Tajo-Segura, o los diversos preceptos en el anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional destinados a determinar el concepto de excedentes (art. 66). Sin utilizar expresamente esta palabra pero

con un régimen jurídico destinado a calcular el excedente que puede ser trasvasado vid. la reciente Ley 17/1995, de 1 de julio, de transferencia de volúmenes de agua de la cuenca del río Guadiana a la cuenca del río Guadalete, art. 1.2.

aprovechamiento general- rigiéndose, por ello, su aprovechamiento por la Ley especial de aguas (21).

El precepto del Ccv., al margen de una determinada regulación jurídica, está sin duda plasmando una concepción de la época que creo que bien arraigada en la sociedad: que un recurso natural no es susceptible de aprovechamiento total, que necesariamente en el marco de ese aprovechamiento surgen restos, sobrantes, y que entonces –en la economía del precepto– esos sobrantes quedan necesariamente a disposición de la colectividad. En una sociedad como la que contempla el nacimiento del Ccv., se tiene buena conciencia de las limitaciones de la técnica que no permite de forma alguna agotar pozos o manantiales sino, solamente, tomar una parte de su caudal dejando naturalmente libre el resto a disposición de los demás. Para esa sociedad, insisto en la idea, siempre habría sobrantes en cualquier tipo de aprovechamientos de los reseñados y el Ccv. refleja, simplemente, esa convicción.

Sin embargo en los tiempos presentes existe un desarrollo tal de la técnica y de las posibilidades de utilización del recurso que permite la utilización global y absoluta del mismo. Ello es especialmente advertible en el ámbito de las aguas subterráneas como la simple observación del agotamiento de ciertos acuíferos, desgraciadamente, nos enseña gráficamente (22). El concepto de sobrante, por tanto, ya no es connatural al aprovechamiento existiendo, además, la convicción de que lo que hoy no es posible utilizar de forma absoluta por cualquier tipo de razones jurídicas, fácticas o técnicas, sí que quedará a disposición del propietario (no entremos todavía en disquisiciones jurídicas de titularidades sobre la utilización del agua) en un futuro relativamente cercano (23).

En última instancia y por si fuera poco todo lo anterior, el concepto de caudal ecológico es configurado por algunos –con un cinismo hidrico resaltable y que no corresponde, obviamente, con la totalidad de las posiciones sociales existentes– como el resultado, el resto que queda después de la utilización de los propietarios de los fondos de aguas arriba de los cursos. Todo lo que éstos no utilizaran sería, así, el caudal ecológico que inevitablemente habría que respetar por los que tuvieran aguas abajo o en otras cuencas hidrográficas (24).

Pero si esta interpretación negatoria del concepto de excedentes puede ser utilizada por aquellos que quieran defender sus presuntos derechos frente a pretensiones de utilización de usuarios aguas abajo o de otras cuencas, estos últimos suelen también manipular el concepto de excedentes interpretándolo al modo de la foto fija de una situación estática con independencia de los avatares futuros que todo legislador o planificador riguroso debería tener en cuenta. De la misma forma este tipo de usuarios potenciales defiende una idea de aprovechamiento total y absoluto del recurso –el suyo preferentemente, claro está–, que subordina, inevitablemente, las necesidades ecológicas al servicio de una productividad máxima.

Centrar, entonces, la posibilidad de transferencias de recursos hidráulicos o de utilización, en general por la colectividad o por los usuarios alejados de la fuente última de nacimiento del recurso, sobre el concepto de aguas excedentes o sobrantes resulta ciertamente arriesgado y lleva en sí mismo una carga de conflictividad nada desdeñable por, entre otras cosas, la indeterminación en relación al método o procedimiento mediante

(21) Escribo en pasado porque este art. ha sido afectado, sin duda, por lo previstos, entre otros, por el art. 52 de la LAg. que fija un tope numérico a las posibilidades de aprovechamiento de los dueños de las líneas.

(22) Probablemente por ello el art. 52 de la LAg. ha tenido que poner un tope de 7.000 hectómetros cúbicos a las posibilidades de utilización de los propietarios sobre las aguas procedentes de manantiales o de pozos sitos en su terreno.

(23) Contemplando la situación con una amplia perspectiva histórica, podríamos decir que se cumple, así, un cierto sueño de los regeneracionistas (Macías Picavea, por ejemplo) y hasta de Ministros reformadores (Mendizábal, se dice por algunos), que

expresaron en variadas ocasiones y con distintos términos la idea de que «España no sería próspera mientras los ríos desembocaran en el mar», es decir, mientras no se posibilitara un aprovechamiento total de los recursos hidráulicos y desapareciera, por ende, el mismo concepto de sobrante.

(24) Y que para algunos y en el máximo avance del cinismo hidrico al que me refiero quedaría, en el futuro, a la disponibilidad de los titulares aguas arriba en cuanto que, aun incorrectamente configurado el caudal ecológico como un «uso» de las aguas, sus pretensiones no chocarían con las de un «usuario» físico o jurídico por lo que serían más fáciles de realizar.

el que pueda procederse al cómputo de lo que se entienda por aguas excedentes. Podría decirse, así, que se produce por un lado una paradoja entre regulación jurídica –basada en el concepto de excedentes– y convicción social que los niega, paradoja irresoluble de forma absoluta porque si se intenta la salida del problema mediante algún tipo de razonamiento llamémosle relativista o posibilista, se llega inevitablemente, ante otro de los mitos presentes en el agua, el de la posibilidad de su completo aprovechamiento.

b) La LAg. de 1985 ha procedido a una prácticamente absoluta demanialización de los recursos hidráulicos cerrando casi en su totalidad los escasos flecos de *propiedad privada* que restaban en el derecho anterior (25). Sin embargo y en muchos sentidos es posible tener la convicción de que diez años después de la promulgación de la LAg. el cambio normativo producido –en relación tanto a las situaciones de propiedad privada consolidadas como a la aplicación del nuevo régimen jurídico a las aguas que antes de la Ley eran privadas y después de ella resultan ser ya públicas–, arriesga no ser otra cosa que uno de tantos esfuerzos nominales realizados en el plano de la creación normativa en cuanto que determinados hechos o acontecimientos tanto fáctico como jurídicos no permiten observar la realización completa de esa demanialización.

Por un lado, así, sospecho –no poseo cifras concretas y, por tanto, mi observación puede ser equivocada– que no ha habido un excesivo número de transformaciones del régimen de propiedad privada en propiedad pública basándose en las disposiciones transitorias segunda y tercera de la LAg. por lo que la opción prevista por la Ley y basada, sin duda, en evitar el mecanismo indemnizatorio que otra apuesta más decidida hubiera supuesto, no ha transformado la realidad jurídica del régimen de propiedad existente que, en todo

caso, deberá esperar –larga y compleja se adivina esta espera– los cincuenta años a que se refieren estas disposiciones transitorias (26). La resistencia de la sociedad –al menos del segmento de la sociedad que resulta propietaria de aguas privadas– a facilitar el cumplimiento de una novedad normativa es evidente y abre incertidumbres acerca del resultado final de la tensión entre norma y sociedad, un resultado final que, muy probablemente, solo estarán en disposición de apreciar las generaciones futuras.

Pero no se trata solo de resistencias sociales sino, también, de determinadas actuaciones normativas de algunos legisladores –recuérdese lo dicho sobre la dispersión normativa como característica insita del ordenamiento de las aguas continentales que vivimos– que parecen actuar olvidándose de las novedades sustanciales que sobre la propiedad privada de las aguas ha tenido la LAg. de 1985 y que continúan legislando con arreglo a los viejos conceptos del Cev. y de la Ley de Aguas de 1897 como acaba de hacer una reciente ley gallega (27).

Pero es que, además, la afirmación con todas sus consecuencias y la defensa de un régimen público de las aguas requiere, necesariamente, no sólo de una convicción social sobre lo adecuado de la misma sino también y paralelamente de la acción administrativa que encauce las energías sociales y, si hace falta, reprima los abusos que pueden cometerse. Y en este punto no cabe duda de que la paradoja que aquí podemos descubrir se produce entre un determinado régimen jurídico publicitario y una estructura administrativa desprovista en la práctica de medios personales y materiales suficientes para llevar a cabo una auténtica labor de policía de las aguas públicas y de represión de los abusos de derecho en la utilización de las privadas, situación que

(25) Sobre esa demanialización y de forma crítica vid. MARCÍN-RETORILLO (1995: 33 ss).

(26) La STC 227/1988 determinó que la transformación que reflejaban estas disposiciones transitorias no llevaba consigo la indemnización en cuanto que, por una parte, no era coactiva y, en segundo lugar, se ofrecía un plazo amplio –los cincuenta años– hasta proceder a la conversión del derecho de propiedad en una concesión administrativa a la que, además, tenía derecho preferente el concesionario.

(27) Vid., por ejemplo, la reciente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia que en su art. 15 atribuye al propietario de una finca el aprovechamiento libre de las aguas de lluvia y de las subterráneas que nazcan o broten en su finca. Eso sí, el art. 17 indica que lo dispuesto en este capítulo «dejará a salvo lo establecido en la vigente legislación de aguas».

sobre todo en relación a las aguas subterráneas –que son las aguas sobre las que, fundamentalmente actúa la decisión publicadora– es esencialmente lastimosa. Sobre esto, no obstante, volveré en el punto siguiente de forma más amplia.

c) Si eso sucede con el concepto y expansión del dominio público, cosa semejante podría decirse en relación a la apelación de «estatal» (art. 1.2 en relación con el art. 2 de la LAg.) con que se completaría la definición jurídica. Dominio público estatal significaría la atribución a un determinado ente, el Estado, de la condición de propietario del dominio público hidráulico en la extensión que éste tiene en la legislación de aguas. Esa condición llevaría, consiguientemente, la atribución al Estado de las facultades normales del propietario y, de forma relevante entre ellas, la de la libre decisión sobre la utilización y aprovechamiento de dicho dominio; libre decisión, obviamente, dentro de las limitaciones y también de los privilegios y potestades con que el ordenamiento jurídico apodera a las Administraciones públicas.

Sin embargo, no es ésta enteramente la situación que la observación de la realidad permite contemplar. Por un lado, el sistema concesional con los largos plazos de las concesiones (prolongados hasta el año 2061 como máximo por la nueva LAg.) y hasta su presunción de renovación inmediata en ciertos casos junto con la presencia vigilante –y justa, desde luego– de los usuarios en los órganos de gestión del dominio y con un peso no desdeñable, permiten poner en duda que el «propietario» de los bienes tenga respecto a ellos la libertad de utilización que teóricamente podría pensarse, observación que, advierto de antemano, es solo una constatación de una situación real y que en modo alguno encierra una crítica desvalorativa.

Por otro lado –y creo que, sin duda, más significativo a los efectos que se persiguen– el Estado compuesto en que nuestro país se estructura, distorsiona en su práctica la clara atribución de la titularidad de las aguas al ente llamado Estado y «fracciona» en la habitualidad del discurso político –y, muchas veces, también en el social y, desde luego, en el periodístico–, esa titularidad en la

aparentemente correspondiente a las distintas Comunidades Autónomas según las aguas que «nacen» o se «originan» en las mismas. Este es un fenómeno, obviamente, muy vinculado a la gran cuestión repetidamente discutida de las transferencias de recursos hidráulicos operando el discurso de la titularidad fraccionada (que no compartida) como uno de los argumentos contradictorios con la posibilidad de decisión sobre esas transferencias.

Es claro que no todas las CCAA tienen la misma posición en relación a la cuestión de la titularidad que indico. Normalmente, son aquellas con más recursos hídricos las que suelen, en su defensa de las aguas «propias», olvidarse de la titularidad estatal sustituyéndola por una suerte de vinculación del agua a la tierra que recuerda no demasiado de lejos al fundamento de un derecho de aguas sobre la titularidad de los títulos de los ribereños. Por el contrario serían las Comunidades Autónomas deficitarias en recursos hidráulicos las más interesadas en sustentar la titularidad estatal y en situarse, por ello, en aparente consonancia con los presupuestos del ordenamiento jurídico. Esto no hace a estas últimas, sin embargo, inmunes a cualquier clase de crítica jurídica porque una vez que se afirma la titularidad del Estado, suele olvidarse esa atribución a la hora de la imaginación del régimen jurídico de los caudales transferidos, puesto que éstos, según se expresa en el lenguaje habitual, una vez llegados a las fronteras administrativas de las CCAA correspondientes quedarían a su libre disposición, al menos en el caso de CCAA con cuencas intracomunitarias, en cuanto que las aguas habrían transmutado su naturaleza de originalmente intercomunitarias y plenamente «estatales», a intracomunitarias y, por ello, de la Comunidad autónoma respectiva.

En este caso la resolución de la paradoja es relativamente sencilla en cuanto que la disquisición sobre el contenido de la expresión «dominio público estatal» puede hacerse con absoluta seguridad jurídica, máxima cuando la STC 227/1988 ya limitó completamente las posibilidades intervencionistas de las CCAA sobre la determinación del régimen jurídico de la propiedad de las aguas, y, obviamente, los

conceptos de titularidad, disposición y uso que se manejan son más políticos que jurídicos. No obstante mucho me temo que en este tema nos encontremos de lleno en el camino hacia la formación de un nuevo mito del agua basado en los derechos preeminentes de las CCAA con olvido de lo que significan expresiones legales tan claras como la del dominio público «estatal» que hemos manejado aquí.

## VII. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Por fuerza, a un tema que en sí mismo inagotable, debe ponerse un determinado final, aunque solo sea un final provisional forzado por las necesidades de espacio disponible en la revista a que está destinado el trabajo. No obstante, no quiero concluirlo sin realizar alguna reflexión final que puede tener la virtualidad de describir alguna posición propia, aun limitada en su objeto, acerca de por dónde podría discurrir la evolución del futuro derecho de aguas.

La primera puede ser típica y definitoria de la profesión de catedrático de Derecho Administrativo que tiene quien firma estas páginas profesión que determina, inevitablemente, un conjunto de preocupaciones –espero que sustentadas en saberes– más amplias que las específicamente surgidas en torno a la consideración del derecho de aguas.

Creo, así, que no se ha prestado en el próximo pasado toda la atención que merecía el ámbito de la organización y gestión administrativa de las aguas y, con ellas, de las obras hidráulicas correspondientes a su aprovechamiento. En el punto anterior he llamado la atención sobre la escasez de medios administrativos en la defensa de las aguas públicas y en la represión de los abusos de derecho que pueden producirse. Ahora debe añadir que no es solamente un problema de defensa y represión el que tiene la estructura administrativa existente sino que el problema básico es, más bien, de gestión. La paradoja reside en que el cambio normativo

que ha representado la LAg. de 1985 ha sido mucho más profundo que el cambio administrativo producido en la estructura de gestión administrativa tradicional, las Confederaciones Hidrográficas, órganos que están más que necesitados de un impulso económico, político y administrativo que los haga capaces, realmente, de cumplir las ambiciosas tareas que el ordenamiento les exige (28).

No es un problema solamente, como fragmentariamente se ha solido presentar hasta ahora, de sustitución o de complementación del papel de las Confederaciones Hidrográficas por empresas públicas que, operando en el ámbito del derecho privado -mercantil, laboral, civil- lo harían con más eficacia por la mayor flexibilidad de este derecho frente al administrativo. Al margen de la realización, otra vez, de una pirueta muchas veces más semántica que otra cosa, de lo que se trata antes de cualquier otra situación, es de dotar a la estructura administrativa existente de más medios económicos y, sobre todo, personales de los que actualmente posee y de otorgarle, al tiempo, la consideración administrativa y política correspondiente con su importante función. Paralelamente, sería necesario que el Legislativo remediara alguna vez el vacío normativo existente respecto a la obra hidráulica, con alguna actuación valiente en la que se trataran sistemáticamente las importantes cuestiones financieras, organizativas, ambientales y de régimen tributario vinculadas a las mismas. Sería un complemento normativo ideal para una nueva, en realidad, organización administrativa de las aguas públicas.

Igualmente y en este orden de la consideración de la estructura administrativa, parece necesario ahora alguna reflexión sobre la Administración General del Estado. En este nivel administrativo fijo mi atención solo en un aspecto de la sustancial reforma administrativa realizada en la primera de 1991 (RD 576/1991, de 21 de abril), para indicar que aun bien intencionada y hasta con, a su favor, de una cierta posibilidad de

(28) Las CCAA con cuencas intracomunitarias han creado sus propias estructuras administrativas internas en cuya consideración no voy a entrar aunque, como parece

comprendible, el «modelo» Confederación Hidrográfica esté presente en todas ellas. Vid. las correspondientes referencias legales en A. EMBID IRLUJO (dir) (1991: 36 ss.).

razonamiento, la idea de separar en dos Direcciones Generales (Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas) la intervención administrativa sobre la gestión del dominio y las obras hidráulicas me parece que produce algunos inconvenientes también que exigirán, en mi opinión, un debate sobre la virtualidad de esa división en el que la opinión de los usuarios debería ser determinante (29).

Dejemos de lado las consideraciones iusadministrativistas y pasemos a otro orden de cosas menos formalizado. He realizado en el punto anterior una consideración del concepto de aguas excedentes en el que alguien habrá podido leer implícitamente hasta una cierta crítica del mismo. No hay tal y, como se ha advertido repetidamente, en este trabajo se trata solamente de resaltar los problemas evidentes y numerosos que plantea la aplicación del derecho de aguas, en virtud de determinadas contradicciones o paradojas con comportamientos o convicciones sociales, que, por otra parte, parecen connaturales en un derecho tan vinculado, como no puede ser de otra forma, con la actividad social. Pero sin no crítica, lo que sí existe respecto al concepto de aguas excedentes es una convicción bastante relativista sobre las virtualidades que del mismo puedan derivarse en función de sus dificultades de determinación. Pienso, entonces, que sin abandonar la sustancia del mismo, la sociedad y con ella el Legislador y los aplicadores jurídicos deberían centrar también sus esfuerzos –y ello, obviamente, no es aplicable solamente no mucho menos al problema de las transferencias de recursos hidráulicos sino al aprovechamiento de las aguas en sí mismas– en la idea de preferencia. Preferencia de muchos tipos en la utilización del agua: preferencia social, preferencia ambiental, preferencia, también y por qué no, económica.

La idea de preferencia nos sitúa ante unas posibilidades más amplias que el muy gastado –por utilizado– concepto de *aguas excedentes*.

Es verdad que preferencia sugiere también inevitablemente una carga de determinación política que no puede negarse, pero política puede ser también la noble actividad que enmarca el proceso de formación de convicciones sociales y no la ocasión de plantear la socorrida oposición maniquea entre política y derecho.

Preferencia significa, así, que no debe centrarse el razonamiento, como supone implícitamente la idea de excedente, en el agotamiento de los caudales del agua en cada lugar y momento mediante su aprovechamiento (30), sino que la cuestión a resolver es la de la determinación de las preferencias sociales en cuanto a la utilización del agua que en algunos momentos pueden resolverse, incluso, en la idea de no aprovechamiento, al menos en la del no aprovechamiento entendido en el sentido productivista clásico. Igualmente la idea de preferencia puede llevar a revisar situaciones aparentemente consolidadas, suprimiendo consumos ficticios, superfluos o lesivos social, ambiental o económicamente y que, de esa forma, permite revisar la existencia de «excedentes» y facilitar nuevas utilizaciones. Por supuesto que nada de esto obvia, cuando sea procedente, la necesaria indemnización a quienes tengan un derecho sustentable jurídicamente que pueda ser perjudicado. Se trata, solamente, de un diverso enfoque al problema del aprovechamiento que permitiría escapar de la sacralización –a veces, otra vez, mítica– de situaciones existentes persiguiendo la consecución de fines diversos –repito, sociales, ambientales, deportivos, económicos etc...– que la sociedad del momento valora preferentemente a otros del pasado.

Esta idea de la preferencia debería ir acompañada de algunas técnicas y mecanismos complementarios. Señalo dos que me parecen especialmente resaltables ahora: por un lado, la construcción de un régimen jurídico más flexible de determinados

[29] Otras muchas cuestiones de índole administrativa merecerían una atención en un trabajo demás espacio que éste, entre ellas la de la ubicación administrativa del juicio ambiental sobre las obras hidráulicas y la relación de dependencia de las Confederaciones Hidrográficas con la estructura de la Administración General del Estado.

[30] No desconozco que todo aprovechamiento lleva consigo retornos necesariamente y que, en algún caso, esos retornos pueden ser muy sustanciales, pero introducir ese nuevo concepto ahora llevaría consigo algunos problemas de razonamiento que, al final, no solventarían los inconvenientes –esos sí sustanciales– centrados en el concepto de excedentes.

aprovechamientos hidráulicos, disminuyendo la fuerza de las titularidades privadas frente a las pretensiones generales preferentes. Una regulación –ahora inexistente, lamentablemente– del precario en el ámbito de las aguas continentales sería más que favorecedora de lo que se está indicando (31).

Por otro lado, y por último, un método inequívoco para saber lo que se debe considerar preferente es dejar a la libre determinación de la sociedad el diseño o dibujo de esta preferencia. No sería, así, contradictorio con la idea de publicación presente en la LAg. –y que, creo, debe mantenerse con generalidad– la introducción legislativa de mecanismos favorecedores de ciertos intercambios sociales de derechos

sobre el agua. De una manera, por supuesto, provisional, transitoria si se prefiere la palabra, pero en cualquier caso suficientemente permisiva, fomentadora de que los reales deseos sociales sobre el agua pudieran aflorar con claridad y, de esa forma, permitir a una Administración fuerte y bien dotada, adoptar de cuando en cuando y con toda la *mayestas* propia del poder público, los golpes de timón necesarios para reconducir la norma a la necesidad, la concesión y la autorización a la finalidad preferente socialmente, para permitir reducir al mínimo las paradojas en el derecho de las aguas y en su aplicación y entronizar en su justo y alejado lugar los mitos, inevitablemente permanentes, sobre el agua.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARGULLOL MURGADAS, E. y GUTIÉRREZ MUÑOTERRO, J. (1994): «El régimen económico financiero en el Plan Hidrológico Nacional», en: EMBID IRUJO (dir.): *El Plan Hidrológico Nacional*. Civitas, Madrid.
- EMBID IRUJO, A. (1991): *La planificación hidrológica. Régimen jurídico*. Tecnos, Madrid.
- (dir.) (1993a): *Legislación del agua en las Comunidades Autónomas*. Tecnos, Madrid.
- (1993b): «Los medios de una política hidráulica finisecular», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 79. Madrid.
- (dir.) (1994): *El Plan Hidrológico Nacional*. Civitas, Madrid.
- FANLO LORAS, A. y DOMPER FERRANDO, J. (1992): *Código de las aguas continentales*. Civitas, Madrid.
- GALLEGO ANABITARTE, E., MENÉNDEZ REXACH, A. y DÍAZ LEMA, J. M. (1986): *El derecho de aguas en España*. MOPU, Madrid.
- MARTÍN RETORTILLO, S. (1966): *Aguas públicas y obras hidráulicas*. Tecnos, Madrid.
- (1995): *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI (1990): *Carreteras. Su régimen jurídico*. Montecorvo, Madrid.
- PEMÁN GAVÍN, J. (1992): «Sobre la regulación de las carreteras en el derecho español: una visión de conjunto» en *Revista de Administración Pública*, núm. 129. Madrid.

(31) Solo se habla del precario en el art. 53 para prever la utilización de caudales reservados por la planificación hidrológica. No parece que la LAg. haya querido limitar la técnica precarial a la existencia de una reserva de caudales realizada, además, mediante la planificación hidrológica. Bastaría entonces –como es la situación existente– con la no realización efectiva de la planificación para que no pudiera existir ningún

aprovechamiento en precario, consecuencia ilógica y, además, perjudicial en el ámbito económico de la utilización de las aguas continentales. El problema, no obstante, es jurídicamente mucho más complejo y sobre el mismo preparo una publicación específica de la que ahora avanzo simplemente alguno de los problemas a tratar.