

CONSIDERACIONES EN TORNO A ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA GESTIÓN INSTITUCIONAL DEL AGUA

J. L. BARTOLOMÉ NAVARRO y A. GARCÉS SANAGUSTÍN

SUMARIO: — I. LA SUPERVIVENCIA DE UNA CONCEPCIÓN ANCESTRAL. — II. LA FALACIA DE LA DEMANIALIZACIÓN: A) Demanialización y concesión administrativa; B) Demanialización y servicio público; C) Demanialización jurídica y rendimientos económicos; D) Demanialización y usuarios; E) Demanialización y obras hidráulicas; F) El coste de la demanialización. — III. EL MITO DE LA AUTOADMINISTRACIÓN.

I.- LA SUPERVIVENCIA DE UNA CONCEPCIÓN ANCESTRAL

El «Bronce de Contebria», fechado en el año 87 antes de Cristo, y hallado en Botorrita, localidad próxima a Zaragoza, contiene un texto que representa la muestra más antigua conocida en nuestro país de un pleito sobre lo que, genéricamente, podríamos denominar Derecho de Aguas (1). Los problemas suscitados en dicho litigio en relación al aprovechamiento del agua y la resolución que a los mismos se les da no difieren mucho de la concepción actual sobre esta materia que impera en gran parte de nuestra sociedad e impregna nuestra legislación.

(1) Véase al respecto el texto contenido en la *Gran Enciclopedia Aragonesa*, Zaragoza, 1980, vol. IV, siendo la transcripción de Guillermo FATÁS. Asimismo dicho texto abre el *Código de las aguas continentales*, Civitas, Madrid, 1992, cuya autoría corresponde a A. EMBID IRUJO, A. FANLO LORAS y J. DOMPER FERRANDO. En relación a la importancia que tiene y que se da a esta cuestión en nuestra tierra, y aunque suponga adelantar ciertos conceptos que serán objeto de estudio en un epígrafe posterior, creemos oportuno recordar las palabras que el Ministro de Obras Públicas y Transportes, D. José Borrell, vertiera en la intervención de clausura al III Seminario sobre Derecho del Agua, publicada en *El Plan Hidrológico Nacional*, (EMBIG IRUJO —director—) Civitas, 1993, pp. 279 y ss.:

«De hecho, si me permiten, el concepto de política hidráulica nació en Aragón. Y aquí es donde el debate tiene, hoy en día, su máxima expresión. Momento y lugar adecuados para abordar el Plan Hidrológico Nacional que es, ni más ni menos, que la definición de la política hidráulica que España tendrá que hacer en los próximos veinte años: sesenta años después de que un aragonés, Manuel Lorenzo Pardo, creador y primer director de la Confederación Hidrográfica del Ebro, elaborase el Plan Nacional de Obras Hidráulicas que Indalecio Prieto llevó a las Cortes y que todavía ahora estamos ejecutando» (p. 281).

Tras dicha concepción, de telúrica dimensión intrahistórica, se halla subyacente el mensaje que los regeneracionistas de finales del Siglo pasado difundieron, empeñados en la ardua labor de doblegar la tozudez de la naturaleza y desviar el curso de las aguas para convertir zonas de desierto en paraísos del regadío.

En efecto, algunos regeneracionistas, convencidos de que la iniciativa privada resultaba insuficiente, apelaron al Estado para que procediera, por un lado, a asignar directamente a quién debe corresponder el aprovechamiento —y ulterior patrimonialización privada— de los recursos hidráulicos y a sufragar, al mismo tiempo, con cargo al erario público la infraestructura de regulación de los mismos (2).

Sin embargo, en este proceso, los poderes públicos del Siglo pasado y las clases dominantes que los sustentaban habían encontrado ya las fórmulas para hacer viable dicha demanda, pues coincidía con sus más genuinos intereses. Por ello, vamos a dedicar las siguientes páginas a poner en tela de juicio algunos de los mitos sobre los que descansa el Derecho de Aguas (3).

Las desgarradoras descripciones costistas sobre el estado de postración del campo español a principios del siglo no parecen trasladables a un contexto de agricultura mecanizada con problemas de sobreproducción en un mercado globalizado.

El contexto económico y social de los regeneracionistas era un contexto de crisis de producción —por defecto— y de hambre y atraso en el campo, y de prevalencia del sector primario en la estructura económica del país. Contexto que poco o nada tiene que ver con una sociedad que, en la actualidad, vive fundamentalmente de los sectores industrial y de servicios, y donde el problema del sector primario no es un problema de

(2) Sobre la vigencia del pensamiento regeneracionista en la defensa de determinados intereses es buena muestra la alusión a Joaquín COSTA que se hace en 1975 en el libro *Aspectos jurídicos del trasvase del Ebro*, editado por la Caja de Ahorros de la Inmaculada. En efecto, en la p. 11 de dicho libro (primera página del texto) se dice por S. MARTÍN-RETORTILLO: «¿Cómo si no hacer realidad el pensamiento de J. Costa que sigue siendo todavía el más válido postulado en orden a los principios inspiradores de la política hidráulica?». Pues bien, a Joaquín Costa se alude también en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Plan Hidrológico Nacional donde se justifican las transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de Cuenca.

(3) Son cada vez más los autores que ponen en tela de juicio algunas de las bases que han sustentado tradicionalmente el ordenamiento jurídico de las aguas. A título de ejemplo baste reseñar el reciente trabajo de A. EMBID IRUJO, *Mito, paradoja y realidad en el ordenamiento jurídico de las aguas continentales*, «Ciudad y Territorio», Estudios territoriales, III, n.º 105, 1995, pp. 589 y ss.

producción —o, mejor dicho, sí lo es, pero de excedentes—, sino de mantenimiento de rentas, no necesariamente vía producción.

La invocación y cita de las referidas descripciones decimonónicas obedecen o bien a una alarmante falta de análisis de la realidad sobre la que se opera o bien a la adopción de posturas interesadas en impulsar la suma de las obras hidráulicas no tanto desde el interés del sector primario —que siempre viene bien para reivindicar y legitimar socialmente las demandas— sino del sector de las consultorías y de las grandes empresas de la construcción.

II.- LA FALACIA DE LA DEMANIALIZACIÓN

A) Demanialización y concesión administrativa

No resulta una cuestión baladí recordar que, aunque la expresión «dominio público» fue utilizada ya con anterioridad por la legislación ferroviaria, se empleó por primera vez entre nosotros con rigor técnico-jurídico en la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, alcanzando su más genuina expresión en la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (4).

En relación a este conjunto de leyes, resulta curioso apreciar no sólo su temprana aparición, anterior incluso a la de muchos de los discursos que conformaron o anticiparon el regeneracionismo, sino también la increíble longevidad de esta última norma, derogada en 1985, pero con una capacidad para producir efectos, a través de los derechos nacidos al amparo de ella, que se proyecta hasta mediados del S. XXI.

No es casual, por tanto, que la legislación sobre aguas haya gozado de la perennidad inmanente a otros sectores del ordenamiento jurídico, como los vinculados a las relaciones jurídico-privadas. Y ello es así, porque el carácter de dominio público del recurso hidráulico no ha sido óbice para su «privatización» mediante el mecanismo de la concesión administrativa. Dicho mecanismo ha supuesto, en realidad, una forma de asignación administrativa del recurso al margen de las variables que conforman las funciones de oferta y demanda. Dicho de otro modo, la sustracción del tráfico jurídico-privado que comporta la «demanialización» del agua no ha implicado su «socialización»; por el contrario, ha propiciado su aprovechamiento privado en condiciones de gratuidad o a través de un mero «precio político» por determinados agentes económicos.

(4) Vid. Aurelio GUAITA, *Aguas, montes, minas*, Civitas, 1982, pp. 27 y ss. y T. FONT I LLOVET, *La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo*, «RAP» núm. 123, pp. 7-81.

En efecto, el mecanismo jurídico de las concesiones administrativas ha permitido que un recurso natural, conceptualmente legalmente como dominio público, se privatice a largo plazo de manera rígida, impidiendo de ese modo una movilidad del factor agua que permitiese una reasignación de usos en función de las rentabilidades y necesidades sociales existentes en cada momento. Y ello obedece a varios factores: por un lado, la planificación, que ha de definir el «interés público» prevalente, ha brillado tradicionalmente por su ausencia; por otro lado, y como consecuencia en cierto modo de lo anterior, la concesión administrativa ha derivado en un derecho cuasi-absoluto a la apropiación del recurso, ajeno a las vicisitudes de un «servicio público» no definido, y con algunas manifestaciones tan propias del ámbito jurídico-privado como la «prescripción adquisitiva» o la recepción de la costumbre como fuente del Derecho. Por tanto, la concesión se convierte en una asignación del recurso formalmente pública, que sirve para sustraerlo de las leyes del mercado, y que termina privatizándolo de forma rígida a muy largo plazo.

En este sentido, cabe recordar que el Derecho de Aguas se ha ido sedimentando tradicionalmente en torno al reconocimiento de una serie de derechos, usos y costumbres que la legislación ha venido a recoger y sancionar. A tal efecto, es preciso señalar el valor que la costumbre sigue manteniendo en relación al aprovechamiento y gestión de las aguas por los usuarios y, en especial, por los regantes, lo que tiene su manifestación en el art. 76, apartados 4.b) y 6, de la Ley de Aguas —en adelante LAg.— (5).

No hemos de perder de vista que esta problemática remite a una fase ulterior a la de la concesión administrativa, pues, de conformidad con la terminología contenida en el art. 76.4.b) de la LAg., compete a la Junta de Gobierno de la Comunidad de usuarios dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales.

En consecuencia, estamos ante derechos históricos, ajenos a la problemática de las concesiones administrativas o de otros derechos de naturaleza administrativa, que se esgrimen en el marco de un aprovechamiento colectivo, y cuyas vicisitudes compete resolver, por tanto, a los Tribunales ordinarios. El ámbito consustancial a la administración pública del agua no les afecta por incidir en una esfera distinta, tal como se deduce de la propia interpretación sistemática de los artículos citados an-

(5) A tal efecto, cabe recordar que E. GARCÍA DE ENTERRÍA en *Curso de Derecho Administrativo I*, 6.ª ed., Civitas, pp. 68-71, hace referencia al Derecho de Aguas como uno de los sectores en los que excepcionalmente se aplica la costumbre en el Derecho Administrativo.

teriormente con el resto de preceptos de la Ley de Aguas. Son, pues, derechos «ad intra» desde la perspectiva del aprovechamiento colectivo, derechos que se circunscriben al ámbito de la preferente utilización del agua, sin que ello implique ninguna modificación en el caudal concedido por vía administrativa o suponga afectación alguna a los derechos de terceros (6).

B) Demanialización y servicio público

En el ámbito de la propiedad urbana se ha creado una auténtica «función pública», que acarrea la existencia de personas que adoptan la posición de «cuasi-concesionarios», sin que se haya acometido, en ningún caso, la demanialización del bien sobre el que recae la actividad urbanística (7). En el ámbito del dominio público hidráulico, se ha producido la «demanialización» de un bien, que ha reportado un desmesurado «coste» al erario público en infraestructuras y política de gestión, sin que se hayan definido los intereses públicos que han de perseguirse y, en

(6) No es extraño, pues, que haya aparecido recientemente un libro que escrito desde el ámbito del Derecho privado lleve por título *El aprovechamiento privado del agua y su protección jurídica*. En dicho libro, cuya autora es Esperanza ALCAIN MARTÍNEZ y que ha sido publicado por Bosch Editor en 1994, se contienen, partiendo del ensalzamiento de aspectos tales como el establecimiento del Código civil como Derecho supletorio de la LAg., afirmaciones como las siguientes:

«Sin lugar a dudas, las relaciones integrantes del Derecho de Aguas son complejas, y lo son desde el momento que confluyen el interés público y el interés privado. Así pues, situando al particular como punto de referencia existirán unas relaciones con la Administración Pública, las cuales se regirán por las normas de Derecho administrativo, y unas relaciones entre particulares, que tendrán su regulación en la legislación civil, fundamentalmente en el Código civil.

Es, por tanto, errónea la tesis según la cual el Derecho privado ha visto reducido su ámbito; por el contrario, existe la necesidad de delimitarlo, fundamentalmente porque la Ley de Aguas de 1985 ha sido imprecisa respecto al tema».

Se olvida con frecuencia algo que, por elemental, no debería repetirse constantemente y que resumiera del siguiente modo J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, 2.ª ed., Civitas, 1989, pp. 34-35: «Es indudable que todos los derechos reales que recaigan sobre dominio público han de ser administrativos, pues los derechos reales civiles son incompatibles con el dominio público». Es más, el problema esencial radica en la actualidad en constatar precisamente lo contrario, a saber, que la distinción básica entre dominio público y bienes patrimoniales de la Administración pública se resiente en sus mismos fundamentos, dada la exorbitancia propia de los bienes patrimoniales, tal como explica L. PAREJO ALFONSO en *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, «RAP» núms. 100-102 (1983), p. 2.379.

(7) Véase lo dicho al respecto por L. PAREJO ALFONSO en *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 579.

consecuencia, sin que se haya constituido un auténtico servicio público (8).

A tal efecto, cabe recordar que no estamos en presencia del típico bien de uso público destinado genéricamente a un uso común, aspecto completamente baladí en el ámbito de la materia hidráulica. La configuración de un «demanio natural» en este ámbito responde a la necesidad de controlar la disponibilidad de un bien supuestamente escaso, cuyo aprovechamiento, articulado a través de la técnica de la concesión administrativa, va a consistir en un uso mayoritariamente «consuntivo» del mismo. Por ello, es preciso vincular esta demanialización tanto a los intereses públicos en juego como a su conexión con la consecución de los fines de otros servicios públicos.

A ello hay que unir la tradicional tergiversación de los términos, pues frente a la concepción de «usuarios del agua» que se ha impuesto habría que reparar en que la mayoría de los usos que se hacen de este recurso son «consuntivos» y, en consecuencia, estamos en presencia de auténticos «consumidores». Pero es más, el sistema está configurado de tal forma que el consumidor del agua más que como un usuario de un hipotético servicio público se comporta o adopta la posición de un «beneficiario» de un servicio asistencial. En este contexto, el aumento del nivel de renta de los consumidores finales y el escaso significado de las tarifas del agua se conjugan para provocar despilfarro, pues no existe una repercusión real del coste sobre el usuario, sobre todo cuando éste lleva a cabo un consumo desmedido o improductivo. Es imposible pensar en una modernización de nuestro agro a través de inversiones que contri-

(8) Puede sorprender que la concesión comporte tal «patrimonialización del derecho» que su revisión, cuando así lo exija la valoración del interés público plasmada en los correspondientes Planes Hidrológicos, esté sujeta a indemnización «de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa» (art. 63 LAg.), lo que unido a lo establecido en el art. 51.1.c) LAg. nos remite a la institución de la expropiación forzosa, y no a la de la responsabilidad patrimonial de la Administración —todavía regulada parcialmente en la Ley de Expropiación Forzosa—, que sería mucho más lógica desde la perspectiva de la salvaguarda del interés público. Es cierto, como apunta F. LÓPEZ RAMÓN al hilo del estudio de las concesiones demaniales en *Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas*, «REALA», 1989, p. 583, que el rescate de la concesión no es sino un supuesto expropiatorio (y así lo demuestra el art. 41 de la Ley de Expropiación Forzosa) acomodado al contrato concesional. No obstante, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos —tal vez como consecuencia de la inexistencia de un derecho real administrativo—, cabe recordar que tanto el art. 170.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como, con carácter sectorial, el art. 83 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, al regular el rescate de las concesiones en este ámbito, se remiten de manera expresa o implícita a la legislación sobre responsabilidad patrimonial de la Administración para determinar, cuando proceda, la indemnización que corresponda, y ello a pesar de lo dispuesto en el art. 41.1.2 de la referida Ley de Expropiación Forzosa.

buyan a un ahorro progresivo de agua si los regantes pagan su consumo en función exclusivamente de sus hectáreas de regadío o si se les responsabiliza de la administración y gestión de un cauce en el que su deterioro —y la pérdida económica a él consustancial— no suponen coste adicional alguno para los beneficiarios del recurso. Es preciso vincular la sujeción de ciertos bienes públicos a las leyes del mercado, y, en concreto, a la fijación para los mismos de unos precios que reflejen los costes de gestión y transformación, con objeto de contribuir a su asignación óptima y a su empleo eficiente. De lo contrario, seguiremos transitando en un sistema en el que los poderes públicos, anclados en la necesidad de alcanzar una rentabilidad electoral inmediata, y ante la percepción de un número ilimitado de usuarios y de una demanda creciente por usuario, seguirán empeñados en incrementar la oferta a cualquier coste, desatendiendo los problemas relativos a la gestión de la demanda.

Por otro lado, la LAg. vincula constantemente y desde su inicio —ya en el art. 1.3 se establece que toda actuación sobre el dominio público hidráulico estará sometida a la planificación hidrológica— el régimen de utilización de las aguas con las disposiciones contenidas en los Planes Hidrológicos. Por tanto, la ineludible conexión entre servicio público y usuarios pasa necesariamente en el Derecho de Aguas por el eje que forman planificación hidrológica y concesión administrativa (9). La inexistencia de aquella permite dotar de una extemporánea relevancia a ésta. Pero es más, y como analizaremos posteriormente, la conjunción de unos derechos previos y la tergiversación de los cauces de participación institucional pueden demorar o desvirtuar el significado de la planificación hidrológica. En suma, la planificación hidrológica constituye el punto de conexión entre la demanialización del bien —que pone de manifiesto la presencia de una actividad dominada por la idea de servicio público con la consiguiente asunción de dicha actividad por el poder público— y la definición de los intereses, obviamente también de carácter público, que han de presidir la gestión de dicho bien, y, en consecuencia, los principios de actuación del servicio.

Otra problemática distinta, pero no de menor interés, alude a la incidencia del demanio hidráulico en otros servicios públicos. Es preciso recordar que el art. 58.3 «in fine» de la LAg. establece que el orden de prioridades que pudiera establecerse específicamente en los planes hidrológicos de cuenca deberá respetar en todo caso la supremacía del uso consignado en el apartado 1.º («abastecimiento de población») de la enu-

(9) Dicha relación ha sido objeto de un minucioso estudio por A. EMBID IRUJO, *La planificación hidrológica*, «RAP» núm. 123, pp. 122-125. Este mismo autor analiza los efectos de la planificación hidrológica en la actividad de los particulares en *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 158 y ss.

meración contenida en dicho precepto. Por otro lado, el abastecimiento y depuración de aguas constituyen un servicio público, en sentido estricto, residenciado en el ámbito local (10). En consecuencia, el único interés público preferente que se salvaguarda desde la propia LAg., y que conecta directamente con lo que es un servicio municipalizado, es el abastecimiento de población. De ahí la «fungibilidad» e intercambiabilidad del resto de usos, que no sólo no están conectados a determinados servicios públicos sino que representan la manifestación de determinados intereses económicos.

Tal vez, por ello, y en relación a las manifestaciones como servicio público que comportan ciertos aprovechamientos hidráulicos, las Directivas 90/351/CEE, 92/13/CEE y 93/38/CEE sobre adjudicación de contratos en los sectores del agua, energía, transporte y telecomunicaciones, que afectan a los contratos de obra, suministro y servicios más importantes de las empresas que actúan en estos ámbitos, extienden a estos sectores el sometimiento a procedimientos públicos de contratación (11). Resultaría sorprendente que la inclusión paulatina de criterios de competitividad en relación a la gestión de determinados servicios públicos en el ámbito que venimos analizando no acarree un replanteamiento global de las formas de asignación del recurso a otros usos —en los que constituye uno de los *inputs* fundamentales en sus respectivas funciones de producción—, que resultan en la actualidad claramente ineficientes.

C) Demanialización jurídica y rendimientos económicos

Ya se ha aludido a la temprana aparición en nuestro ordenamiento jurídico de la demanialización formal del agua y la persistencia, sin embargo, de un proceso real de patrimonialización del recurso a través de un mecanismo no menos longevo en nuestra cultura jurídica: la concesión administrativa.

El art. 2 de la LAg. extendió la reserva demanial a todo el ciclo hidráulico e incluyó también las aguas subterráneas en un nuevo avance, glosado como progresista, respecto a la situación anterior.

(10) A. FANLÓ LORAS, *Obras hidráulicas de saneamiento y depuración en Las obras hidráulicas*, (EMBD IRUJO —director—), Civitas, 1995, p. 149, advierte que la reserva como servicio esencial de la «depuración de aguas» es equívoca, inclinándose a pensar, en función de lo que se desprende de los antecedentes legislativos, que únicamente se incluye en esa reserva el servicio de abastecimiento de agua «potable» a la población.

(11) Vid. G. SAMANIEGO BORDIU, *La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las comunicaciones*, «REDA» núm. 71, pp. 357-374 y J.M. GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública*, Civitas, 1995, pp. 56-57.

Ha sido, sin embargo, este incontrovertido carácter público del agua el que, paradójicamente, ha provocado la pervivencia de un mecanismo de asignación ajeno al mercado, propio de la «planificación centralizada», en favor de unos agentes económicos que, al incorporar un factor o *input* a sus procesos de producción, estaban en realidad absorbiendo un importante volumen de transferencias públicas equivalente al valor de los costes de producción y de oportunidad de dichos recursos, bajo la perversa identidad planteada entre «dominio público» y «bien público».

Un bien público es un bien o servicio de «consumo» colectivo, cuyo consumo por parte de una persona singular no reduce la disponibilidad del mismo para otros miembros de la sociedad. La provisión de una unidad adicional del bien en cuestión no implica —al menos en grandes tramos— incremento de costes marginales sociales. En la medida en que se ponga a disposición de un agente un bien o servicio público, automáticamente está disponible, a coste cero, para otro agente a quien no se puede excluir —porque tiene derecho a su disfrute—. El verdadero problema económico de los bienes públicos es la identificación de su curva de demanda, debido a que la revelación o manifestación de las preferencias y beneficios marginales de los demandantes es problemática, conscientes como son de que en la práctica es difícil excluírles del disfrute del bien. Ejemplos típicos de estos bienes o servicios son la defensa nacional, las carreteras, los sistemas generales de las ciudades (infraestructuras, equipamientos y parques urbanos) y los sistemas públicos de educación y sanidad. El que la curva de demanda de mercado sea en estos casos una pura conjetura teórica ha implicado históricamente la inexistencia de precios en sus mecanismos de asignación y la financiación alternativa de sus costes mediante tributos. En la generalización y perfeccionamiento de este sistema se encuentra uno de los pilares del llamado Estado del Bienestar y en las alternativas a su modelo de financiación (precios sombra, precios públicos, tasas, etc.) uno de los debates más complejos en la actualidad (12).

El agua tiene un esencial componente de bien público en cuanto constituye un recurso ecológico, paisajístico y de recreo de primer orden garantizador del equilibrio no solo medioambiental sino incluso territorial y cultural. Pero esta faceta del agua que debiera constituirse en prioridad absoluta y al mismo tiempo poderosa restricción, se traduce en la ocupación de un lugar —no ciertamente de privilegio— en la rígida je-

(12) La STC 185/1995, de 14 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra determinados preceptos de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, no ha dejado el tema zanjado y exige del legislador una respuesta clara sobre la configuración jurídica de dicha realidad económica.

rarquización de usos —la cual ni siquiera tiene que ver con la eficiencia económica de los mismos— de nuestro ordenamiento.

Y aquí nos encontramos con que el agua/bien público cede su prioridad y se mezcla con el agua/bien privado y privatizado. O lo que es lo mismo, el agua, que económicamente es un bien público en cuanto a su uso medioambiental y jurídicamente un dominio público, se transforma en un bien privado (convertido en factor de producción que se incorpora como *input* a distintos procesos de transformación) que aun guardando su «protección» demanial —y seguramente ésta es la fuente de los efectos perniciosos del proceso— se privatiza por distintos mecanismos jurídicos (concesiones administrativas, jerarquías de usos, declaraciones de interés nacional, reservas de caudales ...) en beneficio de agentes económicos privados que extraen de su utilización plusvalías privadas.

El sistema, al no obedecer ni por asomo a un mecanismo de mercado que produjera un equilibrio en precios y cantidades, arrastra una ineficiencia asignativa de la que la sociedad, en general, y los afectados por las obras de regulaciones, en particular, asumen los tremendos costes en términos contables y de oportunidad.

D) Demanialización y usuarios

Las contradictorias derivaciones que de la demanialización del agua se extraen en el ámbito de su tratamiento como bien o como servicio público han sido ya expuestas en los epígrafes anteriores. Si profundizamos en las anteriores consideraciones terminaremos encontrando al sujeto titular o beneficiario de ese «bien» o «servicio público» en que hemos convertido al agua.

Es aquí donde volvemos a topar con rancias concepciones jurídicas llenas de tradición pero, en realidad, confusas en su definición y peligrosas en las consecuencias prácticas que de ellas se han derivado. El concepto de «usuario» aplicado a los consumidores-demandantes del factor productivo agua es, seguramente, uno de los conceptos que resulta más útil a los mismos en la defensa de su posición privilegiada en el aspecto económico e institucional. Evidentemente, el concepto de «usuario» guarda cierta lógica con el tratamiento de los bienes o servicios públicos, tal y como nos hemos aproximado a ellos, pero ya hemos visto que el agua, utilizada en su función de *input* de un proceso productivo generador de plusvalías privadas, no se comporta como tal.

Por tanto, si el «usuario» no está consumiendo un bien o servicio público mal puede mantener dicha titulación y los privilegios jurídicos que nuestro ordenamiento hace derivar de tal condición. El que viaja por

una carretera, el enfermo internado en un hospital público, el lector de una biblioteca son verdaderos «usuarios» de un bien o servicio público. Las empresas hidroeléctricas que producen kilovatios en un salto o refrigeran una central nuclear, los agricultores que siembran panizo en vez de cereal de secano, el club deportivo que riega un campo de golf o los promotores que instan la «reclasificación» del suelo no son «usuarios», son sencillamente demandantes consumidores de un factor de producción, y la demanda de ese factor tiene un reflejo en la correspondiente curva de demanda y en la relación de elasticidad demanda-precio que de la misma se deriva.

El tratamiento como usuarios de estos agentes económicos demandantes de agua, bien a través de su reconocimiento expreso y directo en el caso de los Sindicatos de Riegos y empresas hidroeléctricas, bien de forma más implícita e indirecta en el caso de los agentes promotores de usos terciarios e inmobiliarios, los coloca —llegándose a creer— en el auténtico papel de tales, lo que comporta la reivindicación de una demanda infinitamente elástica a un precio inexistente o, lo que es lo mismo, agua en cantidad y gratuidad.

E) Demanialización y obras hidráulicas

La gran política hidráulica e hidroeléctrica acometida ha tomado a las tierras cedentes no sólo como suministradoras de agua sino sobre todo como contenedores de la regulación. Dicha política ha tenido un reflejo paradigmático en el espacio pirenaico, manifestándose a través de embalses que han provocado nefastas consecuencias de índole demográfica, económica y social sobre el conjunto del territorio pirenaico. (13)

La existencia de una norma que regula con carácter específico las obras hidráulicas, y que data de 1911, refleja una vez más la necesidad

(13) No es fácil asumir esta perspectiva que atañe a los problemas propios de los territorios cedentes. Permanece vigente una percepción de la obra hidráulica en la que ésta se convierte en impulsora del diseño de políticas de desarrollo territorial, cuando en realidad ha generado importantes desequilibrios interterritoriales. Dicha visión parece latir en el libro de F. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios jurídicos sobre la ordenación del territorio*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 70-71, donde se dice:

«Planteamientos y experiencias de la economía, la geografía y el urbanismo confluyen, pues, en el diseño de políticas de equilibrio territorial. Aunque, en realidad, la difusión de la idea es mucho más amplia, insertándose también en acciones sectoriales o verticales. Basta, en tal sentido, con recordar cómo el primer ejemplo histórico de política de desarrollo regional que suele citarse es el de la creación en 1933 de la *Tennessee Valley Authority*, cuyas actuaciones se tradujeron en un programa de obras hidráulicas; experiencia que, por cierto, debería conectarse con el precedente español de las Confederaciones Hidrográficas (1926), como señaló S. MARTÍN RETORTILLO».

de primar la resolución de aquellos problemas relacionados con la materia hidráulica (14). Dicha Ley, vestigio histórico de una determinada manera de entender el progreso, ha representado una vez más un claro ejemplo de una política destinada no sólo a cubrir las necesidades presentadas por los demandantes, sino a financiar con cargo a fondos públicos el coste que acarrea su materialización (15).

Esta concepción decimonónica que vincula indisolublemente la política del agua a la «obra hidráulica» —y, por tanto, a la gestión de la oferta— ha hecho olvidar las políticas de regulación y gestión de la demanda. Resulta anecdótico a este respecto que el órgano administrativo encargado de dictar a nivel estatal la política en materia de aguas sea todavía una «Dirección General de Obras Hidráulicas» copada por un Cuerpo administrativo específico, el de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Como si la política de aguas, en un sentido moderno del término, no debiese abarcar aspectos económicos, biológicos y ecológicos,

(14) Sobre el grado de vigencia de la referida Ley, así como su afectación por la LAg. y por la legislación autonómica promulgada al efecto, véase EMBID IRUJO, *Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales*, pp. 49 y ss. en la obra colectiva *Las obras hidráulicas*, Civitas, 1995.

(15) S. MARTÍN-RETORTILLO en *Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos*, COPLANARH, Venezuela, 1976, dice en relación a la Ley de 7 de julio de 1911: «Fijado el ámbito de aplicación de la Ley, conviene señalar, sin embargo, que de los tres procedimientos expuestos, el segundo de ellos —construcción por los particulares con auxilio del Estado—, establecido, ciertamente, para impulsar y promover la iniciativa privada, sin que los gastos de inmediata ejecución hayan de recaer siempre sobre la Hacienda del Estado, ha dejado de tener efectividad y aplicación práctica por la limitación de la cifra máxima de auxilio global que la Ley permite recibir. La circunstancia expuesta, por tanto, ha sido causa de que la Ley de 1911 haya quedado reducida, en la práctica, de modo exclusivo a regular la actividad del Estado en la construcción de obras hidráulicas, con o sin participación de los regantes...». En relación a todas estas cuestiones, parece obligada la consulta al libro del mismo autor *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Tecnos, Madrid, 1976. Por otro lado, cabe apuntar que en los casos excepcionales en que la iniciativa ha surgido del sector privado, la Administración, a través de la permisividad —cuando no de la incitación—, ha aceptado presupuestos «inflados», con lo que la subvención otorgada en aquellos casos que la obra partía de la iniciativa privada, servía para cubrir el coste real de la inversión realizada.

El problema radica en la remisión a un Ministerio, que comienza llamándose de Obras Públicas, algo que trasciende la simple referencia a una denominación histórica e incide en el núcleo esencial que ha conformado tradicionalmente su haz competencial, en el que la incorporación de materias sectoriales (urbanismo, transportes, comunicaciones, medio ambiente...) ha ido sedimentándose en torno a esa gran política de obras públicas. Recuerda, por otro lado, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que el Derecho Administrativo de nuestros días debe mucho a la obra pública «auténtico tronco institucional de la disciplina y motor de su evolución en la segunda mitad del siglo pasado» (*Las obras públicas*, «RAP» 100-102, vol. III, p. 2.438), aunque posteriormente incidirá en la calificación del Estado franquista como Estado de obras (pp. 2.446-2.447), no sin antes resaltar el papel de Costa al respecto (pp. 2.445-2.446).

no siempre asociados a la práctica instrumental de la «obra hidráulica». (16)

Por otro lado, el justiprecio asociado a la ejecución de la «obra hidráulica», derivado de una estrecha visión de valoración de perjudicados o afectados, ha supuesto la coartada jurídico-económica de un trasvase no sólo hidráulico, sino económico y social, de gentes e ilusiones del vasto espacio pirenaico a los insaciables llanos del sur. No han existido mecanismos de restitución o compensación territorial en las fases de ejecución de las grandes obras de regulación. Pero es más, tampoco se han articulado adecuadamente los instrumentos de reasignación de rentas derivadas de las obras. En efecto, la defensa de la posición que ocupan los grandes grupos de consumidores del agua se completa con una regulación fiscal claramente proteccionista de sus intereses.

Esta deuda histórica del conjunto de la sociedad, y de los beneficiarios de la regulación hidráulica, en particular, con las zonas de montaña exige su restitución a través de la elaboración de alguno de los instrumentos de ordenación territorial previstos en la normativa vigente, con objeto de fijar las medidas de compensación y restauración territorial que fueron ignoradas en su día.

No obstante, esta fórmula resultará, en su caso, claramente insuficiente. Por un lado, la planificación territorial o urbanística se encuentra supeditada a los postulados de la planificación hidrológica, tal como se deduce de lo dispuesto en el art. 41.3 de la LAg., por lo que la restitución o compensación sería una decisión independiente y posterior que adoptaría además un Ente Público distinto al competente en materia de

(16) Sobre las funciones de la Dirección General de Obras Hidráulicas, vid. EMBID IRUJO, *Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales*, pp. 65-68. En dicho trabajo se hace alusión a la creación de la Dirección General de Calidad de las Aguas, con la consiguiente atribución de un determinado haz competencial en relación a algunas de estas obras. Contrasta esta situación con la existente en algunas Comunidades Autónomas que, como Aragón, cuentan con una Dirección General del Agua. Por otro lado, y para entender la dimensión del problema, debemos referirnos nuevamente a la intervención de D. José Borrell en el III Seminario sobre Derecho del Agua, cuyas ponencias, comunicaciones e intervenciones fueron recogidas, como ya hemos señalado, en el libro titulado *El Plan Hidrológico Nacional*, en cuya página 282 el Ministro reconoce que «...hemos tenido que construir a lo largo de una historia obras hidráulicas que, si las tuviésemos que construir hoy, nos costarían 5 billones de pesetas...». En la actualidad, esta materia se ha integrado en el Ministerio de Medio Ambiente, creado por el RD 758/1996, de 5 de mayo, de reestructuración de los Departamentos ministeriales, y cuya estructura orgánica trae causa del RD 839/1996, de 10 de mayo, habiendo sido completada por RD 1894/1996, de 2 de agosto, en los niveles inferiores a Dirección General. Dentro de dicha estructura orgánica, se encuentra la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, dependiente de la Secretaría de Estado de Agua y Costas.

planificación hidrológica (17). Por otro lado, la problemática de la restitución o compensación interterritorial se ha planteado, a raíz de las cuestiones surgidas en torno a los trasvases, como un problema interregional, primero, e intercomunitario, después; soslayándose que la cuestión esencial radica en la dicotomía territorios cedentes/territorios demandantes de agua, y en las servidumbres y perjuicios consustanciales a la primera posición, que no tienen que ser menores cuando los territorios demandantes se encuentran en la misma Comunidad Autónoma. (18)

Pues bien, lejos de entender e impulsar estas ideas, los poderes públicos continúan anclados en un discurso y una política destinada exclusivamente a contentar los intereses y demandas de los sectores tradicionalmente favorecidos por las grandes obras hidráulicas. De este modo, se explica la inclusión en el Pacto del Agua o en un Plan Hidrológico de Cuenca de determinadas obras que servirán para satisfacer, entre otras, las «demandas futuras». Si esto es así, ¿dónde radica la causa específica de «utilidad pública» que permitirá acometer en un futuro cercano un macroprocedimiento expropiatorio de esta envergadura?; ¿volverá a ser la «utilidad pública» un simple «desideratum» del poder público correspondiente?; ¿un concepto jurídico indeterminado es acaso una «indeterminación» que da un «cheque en blanco» a los poderes públicos para actuar en función de las presiones que reciben?; ¿hemos inventado, acaso, la utilidad pública «diferida» o «supuesta»? (19).

(17) En relación a las políticas de contenido autonómico con incidencia en la planificación hidrológica, véase M. SÁNCHEZ MORÓN, *Planificación hidrológica y ordenación del territorio*, «RAP» núm. 123, pp. 83-113, así como la reseña bibliográfica contenida en esta última página; y, del mismo autor, *Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente en el anteproyecto del Plan Hidrológico Nacional*, en la ya reseñada obra *El Plan Hidrológico Nacional*, pp. 115 y ss. La interrelación existente entre la «función horizontal» de ordenación del territorio y las regulaciones sectoriales ha sido objeto de estudio por F. LOPEZ RAMON en *Estudios jurídicos sobre la ordenación del territorio*, pp. 195 y ss. donde se recoge un trabajo, previamente publicado en «Autonomías» núm. 14 (1992), pp. 41 y ss., bajo el sugerente título de *Fundamentos de una ordenación del territorio sectorial*. Por último, cabe reseñar el muy interesante trabajo de Gabriel ESCOBAR GÓMEZ, *Ordenación del territorio y planificación hidrológica*, «Ciudad y Territorio», Estudios territoriales, III, n.º 106, 1995, pp. 825-840.

(18) En relación a la aplicación del principio de solidaridad, si bien circunscrito a los problemas que plantea la posible transferencia o trasvase de caudales entre cuencas hidrográficas, véase lo expuesto por V. TENA PIAZUELO y J.M. GIMENO FELIU en el Capítulo II del libro *Constitución y planificación hidrológica*, J. BERMEJO VERA (Director), Civitas, 1995, y, en especial, las páginas 89-95.

(19) Sobre la necesidad de formular una justificación completa y argumentada de la utilidad pública de las obras hidráulicas, véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 1995 sobre la presa de Itoiz. En relación al enjuiciamiento de la actividad discrecional de la Administración, la citada Sentencia somete la actuación administrativa a un control de coherencia en el que se plasman diferentes técnicas jurídicas: con-

F) El coste de la demanialización

El coste económico consustancial a este proceso no debe plantearse sólo desde la perspectiva de los costes sociales que provoca la ineficiencia asignativa inherente al mecanismo de demanialización y administración del bien, sino que ha de aludir, asimismo, a los importantes costes de oportunidad de los gastos públicos que acarrea la puesta a disposición y el idóneo aprovechamiento de este recurso por parte de sus usuarios.

En primer lugar, llama la atención el régimen jurídico contenido en las Disposiciones Transitorias, donde se prevé en determinados casos un derecho más consolidado y de mayor duración para los titulares de una concesión administrativa que para quienes ostentaban la titularidad de un derecho sobre aguas privadas. Pero es más, la LAg., lejos de iniciar una política de rescate de determinadas concesiones cuyo aprovechamiento difería en gran medida de las circunstancias que concurren en el momento del otorgamiento del título concesional, acomete una «legalización» de situaciones obviamente disconformes con la legalidad anterior, consolidando el aprovechamiento de aguas públicas mediante la sola acreditación de un «acta de notoriedad». Este apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera no sólo es contrario al espíritu de una «ley demanializadora» sino que supone el reconocimiento implícito de una cierta «prescripción adquisitiva» sobre un bien de dominio público que es, en principio, imprescriptible, contraviniendo incluso lo dispuesto con carácter general en el art. 50.2. (20) En ese sentido cabe recordar la naturaleza de los usos privados consuntivos, en que el aprovechamiento lo es en sentido jurídico en cuanto el bien concedido pasa al patrimonio

control de los hechos determinantes, exigencia de planificación previa... (Fundamentos de derecho viegesimoquinto a vigesimoséptimo).

(20) Es cierto que el problema radica en dar salida a las situaciones nacidas al amparo del art. 149 de la Ley de Aguas de 1879, cuyo régimen jurídico caso de no ser afectado por la proclamación constitucional del principio de imprescriptibilidad de los bienes demaniales, debiera haber sido objeto de una regulación más restrictiva de conformidad con los principios que sustentan la vigente legislación en materia de aguas. El planteamiento de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, está mediatizado por el principio de congruencia y por el enfoque que dieron a sus pretensiones quienes interpusieron el recurso de inconstitucionalidad, claramente decantados por la defensa de los derechos de los particulares. No obstante dicha Sentencia se pronuncia en el sentido de que la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico «iure privato». Pues bien, al analizar la posición jurídica del concesionario, conformada por una haz de facultades que pueden imponerse frente a la Administración, incluso cuando ésta procede a definir cuál es el concreto interés público en juego, parece que ha prevalecido el principio contrario, a saber, el de la «exorbitancia de la exorbitancia».

del particular concesionario (21). Por otro lado, en este proceso de reconocimiento de derechos preexistentes, no se articula ningún mecanismo concreto para ajustar el caudal de aguas que se viene utilizando a las necesidades reales del momento.

En segundo lugar, la demanialización no ha acarreado una nueva visión del bien como recurso natural que merece una protección en sí mismo considerado. Los mecanismos de protección contenidos en la actual legislación (arts. 6, 54, 88.3 y 90), salvo en el supuesto de los «vertidos», no dejan de ser o principios bienintencionados o meros vestigios de cierta actividad de policía o alusiones a técnicas de protección medioambiental en supuestos deliberadamente no definidos. La tradicional concepción del «agua» como un recurso cuya finalidad es el «consumo», en realidad su utilización como *input* en alguna función de producción —agrícola, hidroeléctrica, recreativa, de formación o «reclasificación» del suelo urbano...—, sigue manteniéndose vigente con toda su crudeza en la LAg. La reserva de determinados caudales ecológicos o la protección del entorno que alberga el dominio hidráulico serán elementos accesorios en el procedimiento de otorgamiento del título concesional, cuya preservación dependerá en gran medida de la coyuntural orientación política que inspire las actuaciones del Organismo de Cuenca. Dicha situación sólo podrá ser contrarrestada, caso de que existan mecanismos suficiente de concreción, apelando al art. 41 de la LAg. por el cual se dota de prevalencia a la protección medioambiental sobre la planificación hidrológica (22).

En tercer lugar, la demanialización no sólo acarrea una sustracción del tráfico jurídico-privado sino también la imposibilidad de aplicar los criterios propios de las leyes que rigen la oferta y la demanda en un bien que actúa en el marco de un proceso productivo (23).

Por último, cabe recordar que, con estos precedentes, los períodos de «sequía» o de escasez de agua sirven para consolidar determinados

(21) Vid. R. PARADA, *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, 5.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 86-87.

(22) Vid. A. EMBID IRUJO, *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, pp. 185-187, F. DELGADO PIQUERAS, *Derecho de aguas y medio ambiente*, Tecnos, Madrid, 1992, «in totum» y J. OLIVÁN DEL CACHO, *La planificación hidrológica y el respeto a la posición constitucional sobre la protección ambiental*, Cap. IV del libro *Constitución y planificación hidrológica*, J. BERMEJO VERA (Director).

(23) Una crítica de la ineficiencia asignativa del mecanismo de utilización del agua y de sus nefastas consecuencias a nivel territorial puede verse en BARTOLOMÉ NAVARRO, J.L. y CAMPO OLIVAR, J.M., *Ineficiencia económica y desorden territorial: El Pacto del Agua*, Comunicación al II Congreso de Ordenación Territorial, D.G.A., Zaragoza, marzo-1995.

derechos «históricos» y no para aminorarlos o adaptarlos a las necesidades reales. Tal vez podría afirmarse que «las pertinaz sequías» más que un concepto meteorológico es el resultado de decenios de penosa utilización del mecanismo de la concesión administrativa y de atribución claramente ineficiente desde la perspectiva económica de un bien que constituye un factor de producción más (24).

III.— EL MITO DE LA AUTOADMINISTRACIÓN

El recurso a la autoadministración debe partir de una premisa previa, a saber, que el interés público en juego no quede supeditado a la consecución de los intereses privados —de exclusiva naturaleza económica— en juego (25). A tal efecto, cabe recordar que el demanio hidráu-

(24) Para el correcto análisis de esta problemática son de interés los datos aportados por A. GONZÁLEZ-ROMERO y S.J. RUBIO, *El problema de la planificación hidrológica: una aplicación al caso español*, publicado en la Revista de Economía Aplicada, núm. 1, vol. 1, Facultad de Ciencias Económicas de Zaragoza (1993), pp. 33 y ss, donde se observa que España es el tercer país de la OCDE en consumo de agua «per cápita», concentrándose dicho consumo en los regadíos. En este sentido, cabe traer a colación el dato contenido en el «Avance del Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad de Zaragoza» de septiembre de 1993 donde se dice que el volumen total de agua captado por la Capital tiende a disminuir desde 1973, con un ahorro del 20% en esos años, como consecuencia de la adopción de una serie de medidas de control del agua y de repercusión de sus costes sobre el usuario, que analiza F.J. MARTÍNEZ GIL, *Aportaciones al debate sobre el Plan Hidrológico Nacional*, RArAP núm. 3, p. 79.

(25) Por ello, sorprende la pacífica aceptación de estas fórmulas de autoadministración por la doctrina. En efecto, J. ORTIZ DÍAZ en *Las Confederaciones Hidrográficas y las Comisaría de Aguas* ante las modificaciones de nuestro ordenamiento jurídico, «RAP» núm. 100-102, III afirma: «Estos criterios, con los que España se adelantó mundial y paradigmáticamente en el tema, poseen plena vigencia y actualidad, sobre todo, en los puntos relativos a la unidad de administración y gestión del agua y al carácter participativo de los respectivos usuarios» (p. 2.346). Asimismo, A. SÁNCHEZ BLANCO en *La participación como coadyuvante del Estado Social y Democrático de Derecho*, («RAP» núm. 119, p. 149) dice en relación a la LAg. «En relación a la normativa de aguas, no puede ser considerada novedosa una técnica que supone retomar los mejores momentos de nuestra brillante historia legislativa en materia de aguas...», lo que le permite hacer la oportuna remisión a su trabajo contenido en la «REDA» núm. 45 *Usuario e intereses generales en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985. La dinámica entre un modelo de producción agrario y el equilibrio intersectorial y los intereses generales*, pp. 25-44. En un sentido parecido se pronuncia A. FANLO LORAS en *La Administración hidráulica en el Plan Hidrológico Nacional*, en la constantemente aludida obra colectiva *El Plan Hidrológico Nacional*, pp. 63 y ss. En el referido número 119 de la Revista de Administración Pública existen ya trabajos que contienen un mayor espíritu crítico en relación a la problemática de la participación administrativa, como el de A. PÉREZ MORENO, *Crisis de la participación administrativa*, pp. 91-132. No obstante, será M. SÁNCHEZ MORÓN, *Participación, neocorporativismo y administración económica*, en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor E. García de Enterría*, vol. V, Civitas, 1991, pp. 3967-

lico queda afectado por principios constitucionales no vinculados a la problemática de la explotación económica del mismo. Sirva como ejemplo lo dispuesto en el art. 45 de la Constitución, en el que expresamente se exige a los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. (26)

Pues bien, el «revestimiento» a través de fórmulas de personificación y actuación públicas o semipúblicas de intereses exclusivamente privados contribuye a desvirtuar el papel de los poderes públicos y, en concreto, de la Administración, ocasionando riesgos mayores para la consecución de los intereses públicos que los generados por la consabida «huida del Derecho Administrativo», fenómeno que paradójicamente también se intenta introducir en este ámbito al preverse en el Anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional una Entidad de Derecho Público regida por el Derecho Privado. Y en este estado de cosas propicio a la confusión —Entes Públicos sometidos al Derecho Privado con la consiguiente aparición de ámbitos exentos de control y entes de composición e intereses rabiosamente privados gestionando funciones intrínsecamente públicas— parece lógico prever que terminará imponiéndose la voluntad de los «más fuertes», es decir, del oligopsonio del agua (27).

3968, quien se distanciará ya de la opinión dominante al decir: «No deja de ser significativo que la amplia participación prevista se reduzca a las organizaciones económicas y profesionales y a los usuarios del agua, sin que la Ley haga referencia alguna a la representación de otros intereses, especialmente los relacionados con la defensa del medio ambiente, a pesar del énfasis que la propia Ley pone en salvaguardar la calidad de las aguas y en el objetivo de conservar y restaurar la naturaleza». Un ejemplo de tratamiento del problema de la participación consistente en el análisis de las ventajas y desventajas que conlleva lo encontramos en J. BERMEJO VERA, *La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública*, en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, I, Civitas, 1993, pp. 639-646.

(26) Se ha afirmado que con esta redacción del precepto, la CE está decantándose por una protección activa medioambiental de la que la LAG. es una muestra más de entre las muchas que pueden encontrarse en el ordenamiento (A. EMBID IRUJO, *Principios generales sobre el ordenamiento jurídico-administrativo de la calidad de las aguas*, en *La calidad de las aguas*, Civitas, 1994, pp. 28-29).

(27) En este contexto L. MARTÍN REBOLLO, *Las transferencias de recursos hidráulicos en el Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional*, Ponencia al III Seminario sobre Derecho del Agua, publicada en *El Plan Hidrológico Nacional*, p. 186 reflexiona sobre la acción pública que recoge dicho Anteproyecto como instrumento jurídico de defensa del medio ambiente en los siguientes términos: «Si se tratara de reclamar o impugnar decisiones de la EHNA, ¿cómo se llevará a cabo tal impugnación sobre la ubicación de una infraestructura, por ejemplo, supuesto que la actividad de la entidad se rige por el Derecho Privado?» Por otro lado, y en relación a la configuración del «oligopsonio del agua» —oligopolio de demanda— nos remitimos nuevamente a BARTOLOMÉ NAVARRO,

Por ello, no resulta extraño que las Confederaciones Hidrográficas u Organismos de Cuenca —piedra angular de la organización administrativa sobre la que se sustenta el sistema, en cuanto instrumento necesario para acometer una política hidráulica consistente en la realización de obras hidráulicas a gran escala— hayan sido dotadas históricamente de una considerable autonomía orgánica y funcional respecto al Ministerio responsable (28). Esta autonomía se ha visto reforzada tanto por una participación directa en la Administración de determinados sectores interesados en la gestión del recurso como por una encubierta o expresa, consustancial o artificial, naturaleza pública de algunos de dichos sectores. No obstante, una cosa es cierta, sólo los demandantes-consumidores del agua han podido participar en la gestión de este recurso económico. La tradicional exclusión de quienes padecen la condición de cedentes del recurso pone de manifiesto la primacía de los intereses corporativos o particulares en el proceso de toma de decisiones que afectan a la globalidad de los ciudadanos. Por tanto, estamos en presencia de una participación que bien puede calificarse de *sectorial*, pues sólo quedan representados los intereses de un sector o sección de la colectividad, y *sectaria*, ya que además sólo una de las partes intervinientes en la gestión hidráulica —la vinculada a la concepción consumidora— está representada (29).

J.L. y CAMPO OLIVAR, J.M., *Ineficiencia económica y desorden territorial: El Pacto del Agua*, Comunicación al II Congreso de Ordenación Territorial, D.G.A., Zaragoza, marzo-1995.

(28) No ha sido baladí el esfuerzo de algunos tratadistas en la materia exigiendo el establecimiento de un «Mando único» (sic) para todas aquellas actividades comprendidas dentro del concepto de administración de las aguas públicas (S. MARTÍN-RETORTILLO, *Problemas actuales ...*, pp. 107 y ss.), que responde plenamente a los intereses propios de la concepción imperante en relación al actual reparto y aprovechamiento de las aguas. En esta misma línea se pronuncia E. PÉREZ PÉREZ, *Legislación y administración del agua en España*, Editora Regional de Murcia, 1981, p. 111 cuando reivindica la existencia de un «Órgano Superior que detente la Autoridad Única del Agua» (sic). En este sentido, recuerda A. EMBID IRUJO en el citado *Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales*, p. 59, que fue ya M. GARCÍA PELAYO quien llamó expresivamente la atención sobre la necesidad de una sociedad centralizada y fuertemente organizada para poder realizar con éxito la obra hidráulica. Actualmente, y por su minucioso estudio de la evolución histórica y naturaleza jurídica de este tipo de Administraciones, es obligada la cita al libro de A. FANLO LORAS, *Las confederaciones hidrográficas y otras Administraciones hidráulicas*, Civitas, 1996. Por último, cabe recordar que en el anterior número de esta Revista, el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER publicó un excelente artículo con el título *Dos antecedentes aragoneses de las Confederaciones Hidrográficas: el Plan de Riegos del Alto Aragón y el I Congreso Nacional de Riegos de 1913*, RARAP, n.º8 (1996), pp. 11 y ss.

(29) La aparición de las Confederaciones Hidrográficas está íntimamente vinculada a la concepción y realización de las obras hidráulicas, tal como recuerda A. EMBID IRUJO, *Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales*, pp. 43-44.

Por otro lado, el desmesurado proceso de delegación de funciones públicas en entes asociativos de base sectorial privada, con la consiguiente proliferación de personas jurídico-públicas revestidas de los más importantes privilegios referidos a la autotutela administrativa, ha generado uno de los fenómenos más estrambóticos de nuestra vasto bagaje de dislates organizativos, la de Corporaciones de Derecho Público —en especial, Comunidades de Regantes—, unidas en la demanda de agua a pesar de representar intereses históricamente antagónicos, y enfrentadas en infinidad de litigios, algunos de ellos de naturaleza civil, con objeto de lograr un derecho preferencial en la gestión de este sobreexplotado recurso económico.

En consecuencia, y como ya se ha indicado con acierto, el vigente marco institucional relativo al régimen de gobierno y administración de las Confederaciones Hidrográficas obedece más a un modelo de «democracia orgánica» que a un régimen de participación. En efecto, la participación ha de afectar a la globalidad de los intereses particulares en juego y a aquellos colectivos caracterizados por la defensa de derechos e intereses ajenos a la concepción del agua como un simple recurso económico —de carácter medioambiental, de carácter científico o simplemente ligados a la defensa de intereses generales afectados por la materia hidráulica— (30). De lo contrario ha de limitar dicha participación al ámbito de las funciones de carácter consultivo, en ningún caso vinculantes u obstativas respecto a la adopción de decisiones. Sin embargo, la participación de los usuarios —en realidad estamos hablando de las Comunidades de Regantes, las empresas hidroeléctricas y los centros urbanos— es, al menos, de un tercio del total de vocales de la Junta de Gobierno y del Consejo del Agua en las Confederaciones y es mayoritaria en las Juntas de Explotación y en las Juntas de Desembalse (31).

(30) De ahí el salto cualitativo, pero testimonial, que supone la aparición del Real Decreto 439/1994, de 11 de marzo, por el que se modifica la composición del Consejo Nacional del Agua y del Consejo del Agua de los organismos de cuenca, dando entrada en los mismos a las organizaciones ecologistas y a las universidades y centros de investigación, en una proporción ciertamente simbólica y testimonial frente a los votos del oligopsonio.

(31) Ha llegado el momento de recordar lo dicho al respecto por BARTOLOMÉ NAVARRO, J.L. y CAMPO OLIVAR, J.M. en *Pirineos y Plan Hidrológico: Usuarios y Usados*, Comunicación al Congreso «Pirineos y desarrollo sostenible» (Comunidad de Trabajo de los Pirineos, Andorra, Noviembre-1994):

«El régimen de participación, convertido en muchos casos en poder de decisión, se reserva por lo tanto a aquellos sectores demandantes cuyo objeto es maximizar su beneficio mediante un incremento del consumo, conscientes de que los costes marginales crecientes y las externalidades provocadas son asumidas en primer lugar por los afectados y en última instancia por la sociedad entera.

Es como si en los Patronatos y Organos rectores de los Parques Nacionales y Reser-

Prácticamente nadie ha recapacitado sobre el absurdo que representa unir los derechos políticos inherentes al concepto de participación en la toma de decisiones públicas con la titularidad de derechos reales administrativos de naturaleza individual y excluyente, además cuando previamente no se ha definido en qué consiste el interés general inherente al servicio público que ha de comportar la demanialización del agua, debido a la demora en la aprobación de los correspondientes Planes Hidrológicos. En este contexto, no resulta extraño advertir que la buena salud de la que ha gozado secularmente la «autoadministración» en el ámbito del dominio hidráulico no se ha visto correspondida con la existencia en España de regímenes democráticos, respetuosos de la soberanía popular.

De ahí que sea preciso insistir en la importancia que han tenido los colectivos demandantes de agua, verdaderos grupos de presión, para entender la cuestión del agua. Las grandes Comunidades de Regantes, los núcleos urbanos e industriales y las grandes compañías hidroeléctricas —junto a las empresas constructoras adjudicatarias de las ingentes inversiones en obras públicas de infraestructura hidráulica y a sus subsidiados gabinetes técnicos de consultoría— han creado un sistema corporativo de gestión del agua que beneficia exclusivamente a los titulares de este auténtico oligopsonio, si bien han sabido revestirlo bajo los ropajes de lo que se ha presentado como una forma de participación institucional de la sociedad.

Es curioso comprobar que Corporaciones que todavía actúan como personas jurídico-públicas, y en virtud de ello poseen su privilegiada cuota de representatividad en los organismos de cuenca, forman su voluntad no en función de las mayorías de sus miembros, de conformidad con el principio de «un hombre, un voto», sino con el más discutible de tantas hectáreas tengo, tantos votos poseo. Este último principio resulta dudosamente democrático pero responde plenamente a las exigencias del modelo institucional y jurídico de «autoadministración» diseñado para la defensa del oligopsonio (32).

vas Naturales sólo participasen las asociaciones ganaderas, las empresas madereras y las sociedades de cazadores».

(32) La Disposición Final 4.ª de la LAg., que prevé la revisión de los Estatutos u Ordenanzas de las Comunidades de Usuarios a los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática, no deja de ser una declaración bienintencionada que pretende articular dos principios tan distantes cuando nos movemos en el ámbito de estas auténticas comunidades de intereses. La prueba de su escasa virtualidad ha sido la concreción de estos principios en los requisitos mínimos establecidos en el art. 201.8 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, con el que se pretende modificar situaciones abusivas heredadas de la etapa anterior como la privación del derecho de voto o de ejercer los cargos de la comunidad a quienes no alcancen determinadas superficies.

Por último, y a modo de recapitulación, cabe recordar que en la actualidad el inusitado incremento de la llamada participación administrativa es una consecuencia del progresivo desarrollo de la cláusula de «Estado Social» que acarrea tanto un mayor grado de intervención pública como una variación y diversificación de los fines que el Estado persigue (33), lo que permite articular una participación ciudadana en los servicios públicos no a título «uti singulus» sino como ciudadano afectado por el interés general, a título «uti cives» (34). Esta concepción de la participación, que puede encontrar amparo y legitimidad en una serie de preceptos constitucionales —cabe reseñar, sin ánimo exhaustivo, los arts. 9.2, 20.3, 23.1, 27.5 y 7, 47, 51.2, 125, 129 y 131.2— no tiene punto de engarce alguno con la forma de articular la participación de los consumidores del agua en los diferentes órganos y organismos administrativos. Es más, y a mayor abundamiento, es preciso destacar que, con buen criterio, no existe referencia alguna de índole participativa en el artículo 103 de la Constitución relativo a la caracterización general de las Administraciones Públicas (35). Y ello es así, porque como ya se ha apuntado con acierto, la participación en la organización y actividad administrativas está limitada por los postulados inherentes al principio de legalidad, el carácter servicial de la Administración y la idea de eficacia que ha de presidir sus actuaciones (36). Pues bien, todos estos límites han sido vulnerados, como ya hemos visto, en la articulación de los mecanismos de participación de los consumidores del dominio público hidráulico, cuyos intereses particulares mal casan con la consecución de un hipotético y ajeno interés general.

(33) Vid. FONT I LLOVET, *Algunas funciones de la idea de participación*, «REDA» núm. 45, p. 46.

(34) Con carácter general, sobre los riesgos que acarrea admitir la participación en determinadas circunstancias propicias a generar situaciones de corporativismo y clientelismo, vid. SÁNCHEZ MORÓN, *El principio de participación en la Constitución española*, en «RAP», núm. 89, p. 199 y A. NIETO, *La organización del desgobierno*, Ariel, 4.ª ed. (1988), pp. 62 y ss.

(35) Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administración Pública (Los postulados constitucionales de la reforma administrativa)*, Civitas, 1983, pp. 104 y ss.

(36) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *La participación en la Administración Pública. Principios y límites*, en *La participación*, Anuari de la Facultat de Dret, Estudi General de Lleida, 1985.