

# LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

*SUMARIO: I. INTERESES DE LA ORGANIZACIÓN VERSUS ORGANIZACIÓN DE INTERESES. LA LUCHA POR LA (IN)CONCRECIÓN DEL INTERÉS GENERAL.– II. DERECHOS ORGANIZADOS Y MODELOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.– III. EL CONFLICTO INTERADMINISTRATIVO Y SU REFLEJO EN LA PARTICIPACIÓN.– IV. LOS ESPEJOS DEL AGUA.– V. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* La gestión de los recursos hídricos, basada en la hipotética consecución de un interés general, también esconde la lucha por la apropiación de derechos exclusivos sobre los mismos. Sin embargo, la participación ha contribuido a legitimar más que a modificar y mejorar la política hidráulica de los diferentes gobiernos.

*Palabras clave:* participación ciudadana; gestión de recursos hídricos; interés general.

*ABSTRACT:* The management of water resources, based on the achievement of a hypothetical general interest, also conceals the struggle for the appropriation of exclusive rights on said resources. However, participation has helped to legitimize rather than to modify and to improve the water policy of different governments.

*Key words:* citizen participation; water resources management; general interest.

Este trabajo se propone analizar el fenómeno de la participación en el ámbito del Derecho de aguas y la recíproca influencia que se da entre ella y algunas de las instituciones que conforman este sector del ordenamiento jurídico. Frente a posiciones asépticas, que se limitan a realizar una bienintencionada descripción de las modalidades de participación existentes en este ámbito, defiendiendo la necesidad de un análisis que vaya más allá de la mera enunciación, más o menos ordenada, de las normas aplicables. Para ello, procuro descifrar el concepto de interés general y determinar cómo se concreta y quiénes intervienen en dicha concreción. También abordo el tema competencial, a sabiendas de la importancia que tienen las relaciones y conflictos interterritoriales en la actuación de los agentes sociales. En resumen, no se puede estudiar la participación sin el conocimiento básico de algunas cuestiones esenciales de nuestro Derecho de

aguas, que explican muchos de los comportamientos de los agentes y sectores sociales llamados a participar.

## **I. INTERESES DE LA ORGANIZACIÓN VERSUS ORGANIZACIÓN DE INTERESES. LA LUCHA POR LA (IN)CONCRECIÓN DEL INTERÉS GENERAL**

La cuestión del interés general es un asunto cardinal para afrontar la modificación y evolución de algunos de los conceptos básicos sobre los que se ha asentado nuestro Derecho de aguas (1). El interés general o el interés público no es un anacronismo propio de un sistema renuente a la evolución. Al contrario, estamos ante una cuestión medular tanto del Derecho europeo como del Derecho norteamericano (2). Y ello es así porque el interés general no está al servicio de la Administración sino la Administración al servicio del interés general. Al fin y al cabo, el interés general se define y se defiende en cuanto está al servicio de la sociedad y, en última instancia, del ciudadano.

Por otro lado, el cuestionamiento del interés general ha venido acompañado de un discurso que ha contribuido al desprestigio de la Administración y, por añadidura, de lo público. En efecto, la desconfianza hacia nuestra Administración es una de las causas del declive de un concepto como el interés general o interés público, que habrá que actualizar y modular, pero del que no podemos prescindir sin atentar gravemente contra los principios básicos en los que se fundamenta nuestro sistema jurídico. Si inicialmente «interés» significa «amor a lo suyo», el interés general supone alterar esencialmente este concepto, pues lo «público» es lo contrario a lo «propio». Los vaivenes de nuestra legislación y de sus aplicaciones han permitido confrontar en un plano casi de igualdad el interés particular y el público, bien porque éste se identifica con el interés del ente público o porque se ha producido una usurpación del ente público.

Por otro lado, la plena extensión del control judicial, perfectamente explicable cuando el interés general aparece en la normativa en su condición de concepto jurídico susceptible de interpretación, es suficiente para paliar o erradicar posibles desmanes o desvaríos en su aplicación. Cabe recordar una vez más que, en las sociedades modernas, deberíamos valer para los demás lo que valen nuestras razones (3). Y esta idea ha de aplicarse a la Administración, en

---

(1) Las reiteradas y súbitas mutaciones que padece nuestro Derecho de Aguas han dado lugar a una importante y significativa bibliografía reciente. Baste señalar, como ejemplo, las obras de DOMÍNGUEZ ALONSO (2008) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2007) y, asimismo, la obra colectiva, *Derecho de aguas* (2006).

(2) Resulta de especial interés lo explicado en relación a, en apariencia, tan dispares ordenamientos jurídicos por GARCÍA DE ENTERRÍA (2009: *in totum*).

(3) Así lo pone de manifiesto T-R FERNÁNDEZ (1994: p.395).

tanto en cuanto el Estado de Derecho significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder (4).

Ahora bien, si descendemos a los problemas concretos comprobaremos que la permanente invocación del interés general, cual bálsamo del Gigante Fierabrás, permite, desde distintas ópticas, defender una cosa y la contraria. En el caso concreto de las obras hidráulicas, se alude al interés general como elemento legitimador de las mismas y, a la vez, como paraguas protector frente a las consecuencias que derivan de su ejecución.

Asimismo, cabe traer a colación que, tradicionalmente, el recurso al interés general ha servido como soporte único e ilimitado de las políticas de agua en España y como impedimento de la participación ciudadana en tales políticas. Bastaba con incluir en un anexo de una norma con rango legal una declaración genérica de interés general que abarcara todo un conjunto de obras hidráulicas para que fuera inviable el control judicial de tales obras a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pues bien, cuando dicha declaración de interés general ha entrado en frontal contradicción con algunas legislaciones sectoriales, especialmente la medioambiental, la jurisdicción ordinaria ha optado en ocasiones por el decaimiento de la declaración de interés general (STS de 14 de julio de 1997). Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 73/2000, de 14 de marzo, sustenta su argumentación jurídica en la declaración de «interés general» de la obra hidráulica para concluir, aún sin decirlo expresamente, que tal declaración es preponderante, aunque la implantación de la infraestructura deteriore gravemente el espacio objeto de protección.

Sin embargo, antes de analizar las consecuencias jurídicas de la indisoluble vinculación de las obras hidráulicas al interés general, creo necesario apuntar una cuestión que, generalmente, pasa desapercibida. La concesión de aguas, la concesión minera y algunas concesiones reguladas en la legislación sobre el dominio público marítimo-terrestre son, propiamente, las únicas concesiones estrictamente demaniales previstas en nuestro sistema jurídico, pues el resto de concesiones demaniales se subsumen en la concesión de servicio público a la que sirven. Y aquí radica precisamente el problema. ¿En qué consiste y dónde se contiene el servicio público o el interés público preponderante que permite excluir formalmente del tráfico jurídico-privado este recurso, aunque no de su aprovechamiento lucrativo por los agentes privados interesados?

Todo ello debe ser objeto de un replanteamiento como consecuencia de la política de aguas que se está diseñando desde la Unión Europea. Ello implica separar, aunque sea implícitamente, la concepción del agua como derecho y su utilización como una «mercancía» aplicable a ciertas actividades económicas. Y ello comporta, asimismo, modificar los parámetros sobre los que se ha venido asentando la relación costes/beneficios en lo que hace referencia a las políticas

---

(4) Véase al respecto Manuel ATIENZA (1995: pp. 5 y ss).

de regulación y construcción de infraestructuras hidráulicas. A tal efecto, no debe caer en saco roto la modificación del artículo 38 que introdujo la reforma de 1999 de la Ley de Aguas. En la anterior redacción, el orden de prelación subrepticamente contenido en el art. 38.1 de la Ley de Aguas («la planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir la mejor satisfacción de las demandas de agua y equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial...») constituía el principal exponente de la ideología que había prevalecido hasta en el momento. Pues bien, tras la reforma acometida por la Ley 46/1999, incorporada al artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Aguas («la planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado ecológico del dominio público hidráulico y la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional...») y su interpretación a la luz del nuevo Derecho europeo, podemos afirmar que los aspectos relacionados con el desarrollo y equilibrio económico, social e interterritorial deberán valorarse en el futuro conjuntamente con las cuestiones relativas a la satisfacción de las demandas de agua, que habrán de justificarse y poner en conexión con los referidos parámetros y con los que dimanar de la concepción del agua como bien público, esto es, como recurso ecológico, paisajístico y de recreo de primer orden garantizador, por tanto, de un equilibrio no solo territorial sino también medioambiental e incluso cultural. Y ello, evidentemente, comportará que el incremento de las disponibilidades del recurso —protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos, como establece el referido artículo— no se articule solo ni predominantemente desde la perspectiva de un incremento de la obra hidráulica de regulación sino desde la mejora de la gestión de los recursos existentes, y con respeto absoluto al criterio predominante, a saber, el buen estado ecológico de las aguas.

El Derecho derivado de la Unión Europea va a insistir y a ahondar en estos principios. En efecto, tal como establece el considerando primero de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, el agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal. Para ello, la Directiva establece el principio de no deterioro y lo formula con carácter general y como objetivo «medioambiental».

El primero de los fines propuestos por la referida Directiva es establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas que prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos [artículo 1.a)].

Véase que la Directiva marco del agua ha de comportar un cambio en todos los parámetros utilizados hasta la fecha en la planificación hidrológica al establecer e la cúspide de la pirámide de intereses los ecosistemas acuáticos.

A tal efecto, no debemos olvidar que la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2012 declara, en un recurso por incumplimiento impuesto por la Comisión Europea, que el Reino de España no ha adaptado a lo dispuesto en la referida Directiva, en la fecha establecida, los planes hidrológicos de cuenca, salvo en el caso del Distrito de la Cuenca Fluvial de Cataluña, ni tampoco ha enviado a la Comisión y a los demás Estados miembros interesados, en el plazo preceptivo, un ejemplar de dichos planes, conforme a los artículos 13, apartados 1 a 3 y 6, y 15, apartado 1, de la citada Directiva. Además, constata que no se ha iniciado en su debido momento, salvo en el caso de los planes hidrológicos de Distrito de la Cuenca Fluvial de Cataluña, Islas Baleares, Tenerife, Guadiana, Guadalquivir, Cuenca Mediterránea Andaluza, Tinto-Odiel-Piedras, Guadalete-Barbate, Galicia-Costa, Miño-Sil, Duero, Cantábrico Occidental y Cantábrico Oriental, el procedimiento de información y consulta públicas sobre los proyectos de los planes hidrológicos de cuenca, conforme al artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva. Por ello, concluye que el Estado español ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dichas disposiciones (5).

En el fondo, y retornando a los principios básicos que han inspirado tradicionalmente nuestro Derecho, lo que se postula es la plena aplicación a las políticas hidráulicas del mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución (en cuyo apartado segundo se dispone que «los poderes públicos velarán 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...»), que constituye un principio económico y social con una extraordinaria fuerza expansiva y con una indudable capacidad para conformar, modular y limitar el significado y contenido de otros preceptos constitucionales —como son el desarrollo económico (artículo 130), la subordinación de las fuentes de riqueza al interés general (artículo 128), el derecho de propiedad (artículo 33), o el reconocimiento de la libertad de empresa (artículo 38)—. De dicho mandato constitucional se deduce, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional desde su primera Sentencia al respecto, que «no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la *utilización racional de esos recursos* con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar la mejor calidad de vida (...)» (STC 64/1982, de 4 de noviembre).

Y, en esa misma línea, la STC 66/1991, de 22 de marzo, insiste en la necesidad de armonizar los valores constitucionales en conflicto cuando afirma

---

(5) Por cierto, ya con antelación, el Tribunal Superior de Justicia, en su sentencia de 11 de septiembre de 2012, en relación a una decisión prejudicial planteada por la «desviación» del curso de un río en Grecia, analiza y determina el régimen jurídico de los diferentes «plazos» contenidos en la Directiva 2000/60 y, en especial, el relativo a la elaboración de los planes hidrológicos de cuenca.

que «el artículo 45.2 de la Constitución encomienda la tarea de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, mandato en el que este Tribunal ha acertado a ver una limitación para el derecho de propiedad que igualmente puede operar respecto de otros derechos o principios constitucionales como los aquí invocados por el Abogado del Estado —libertad de empresa y libre circulación de bienes—. En dicha sentencia encontramos un ejemplo más de la preponderancia de los intereses generales de protección del medio ambiente sobre los intereses al desarrollo económico.

Por tanto, no cabe dudar del carácter plenamente normativo del artículo 45 de la Constitución y de su capacidad para incidir en la aplicación del resto del ordenamiento jurídico, que ha de interpretarse conforme a las exigencias que emanan de dicho precepto (6). Pues bien, la actual y manifiesta ineficiencia en la gestión de los recursos hídricos supone el primer y más grave atentado a dicho precepto constitucional. En suma, hay que reivindicar la utilización del agua como recurso natural, lo que implica su explotación racional desde el punto de vista económico y, desde la perspectiva de su integración en las políticas ambientales, su confrontación con otros valores que, en muchos casos, prevalecen. De ahí que podamos afirmar que el carácter demanial del agua en nuestro país debe vincularse a ese nuevo criterio de afectación al dominio público de ciertos bienes, que se excluyen del tráfico jurídico-privado para garantizar precisamente la eficacia de los mecanismos de protección ambiental.

En cualquier caso, los problemas medioambientales no se resuelven únicamente en el plano normativo. Es fundamental cambiar el modelo de gestión y convertir a las Administraciones hidráulicas en garantes de los derechos existentes en este ámbito, empezando por el derecho pleno a la información ambiental. Todo lo contrario a lo que ha venido sucediendo habitualmente.

En medio de este enredo, acuciado por el conflicto social y territorial, se aprueba la Ley 11/2005, de 22 de junio, de reforma de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, que añade un apartado quinto al artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio —en adelante, Texto Refundido de la Ley de Aguas-) por el que se introduce un instrumento que va a permitir incrementar la participación ciudadana y, asimismo, el control judicial de la actuación administrativa.

En ese precepto se establece que, con carácter previo a la declaración de interés general de una obra hidráulica, deberá elaborarse un informe que justifique su viabilidad económica, técnica, social y ambiental, incluyendo un estudio específico sobre la recuperación de costes. Asimismo, dicho informe habrá de elaborarse, igualmente, con carácter previo a la ejecución de las obras de interés previstas en los apartados 1, 2 y 3 de dicho artículo.

---

(6) Sobre la existencia de un derecho constitucional ambiental ya se pronunció CANOSA USERA (1996: pp. 73 y ss.)

Además, el legislador prevé la revisión cada seis años de dichos informes en el caso de que las obras no se hayan llevado a cabo, lo que es muy relevante, dado que la declaración de interés general debe estar sometida a las nuevas contingencias sociales y económicas que propicia el transcurso del tiempo. Además, la publicidad de los informes y de sus revisiones periódicas es una novedosa y afortunada aportación del legislador.

Por lo tanto, y desde una interpretación no lata sino lógica del precepto, cabe colegir que dicho informe deberá afectar a todas las obras hidráulicas declaradas de interés general y no ejecutadas en la actualidad.

Todo ello supone un giro copernicano en la concepción de las obras hidráulicas, que han de apoyarse en un presupuesto legitimador, la declaración de interés general.

Poco ha aportado —y, en realidad, poco podía aportar desde una perspectiva apriorística y abstracta— el Tribunal Constitucional cuando declaró que «el interés general es un concepto abierto e indeterminado» (STC 68/1984, de 11 de junio).

Bien podemos afirmar que este concepto aparece en el Derecho público cumpliendo una triple función: como criterio para la interpretación y la aplicación de normas; como concepto jurídico necesario de interpretación, y como elemento nuclear de las decisiones administrativas (7).

Es su segunda caracterización, como concepto legal que necesita ser interpretado, la que aquí nos concierne. El interés general, entendido como interés común de los ciudadanos, al incorporarse al texto de una ley, aplicándose a una situación específica, alcanza un grado de concreción tributario de su conexión con un contexto reducido de circunstancias que permiten su explicación. Y en este caso esas circunstancias se explicitan en la Ley. Cuando el legislador decide cambiar el orden de prelación de los fines que ha de perseguir la planificación hidrológica no está haciendo un mero brindis al sol, está definiendo los criterios en que se concreta este concepto jurídico en relación al Derecho de aguas. Y ello, al final, será determinante a la hora de la toma de decisiones administrativas y de interpretar conforme a Derecho la aplicación que dichas decisiones han hecho de la norma.

Por último, no debemos olvidar el carácter polivalente del concepto de interés general en relación a la distribución competencial entre el Estado y los demás entes públicos. En efecto, como ya se señaló en su día, este concepto puede actuar como parámetro de distribución competencial y como técnica de subrogación o sustitución de unos entes públicos respecto a otros (8).

---

(7) SAINZ MORENO (1976: p. 322).

(8) La multifuncionalidad del concepto es expuesta ya por BERMEJO VERA (1984: pp. 103 y ss.)

No obstante, parece claro que solo cuando la Constitución lo invoque expresamente en alguno de los títulos competenciales contenidos en el artículo 149 de la Constitución estaremos en presencia de una distribución de la competencia que descansará en último extremo sobre un círculo omnicompreensivo de carácter estatal o general. Es el caso, por ejemplo, del artículo 149.1.24º de la Constitución, que atribuye la competencia al Estado sobre las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma. Precisamente, las obras hidráulicas de interés general van a constituir una de las cuestiones medulares de nuestro moderno Derecho de aguas.

## **II. DERECHOS ORGANIZADOS Y MODELOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

Desde la perspectiva del análisis económico, se ha intentado aclarar la relación entre la definición jurídica del agua y su conceptualización económica, es decir, entre la titularidad demanial del recurso que establece nuestra legislación sobre aguas y una realidad económica que nos conduce a identificarla como un bien público —definición que no guarda relación con la titularidad del bien sino con su dinámica de demanda y provisión—. Sin embargo, en muchas ocasiones el agua no se comporta como un bien público, en términos económicos, sino como un recurso o factor de producción. Y ahí se produce una clara divergencia entre la naturaleza jurídica del agua y su utilización o aprovechamiento por los particulares. En este caso, cuando el agua constituya un recurso o factor de producción, su gestión no debería reproducir los mecanismos de regulación institucional, definición de derechos y asignación o provisión del agua entendida como bien público, ya que tal dinámica conduce a la aparición de unas disfunciones que se arrastran históricamente en nuestro Derecho de aguas.

Se ha insistido en que el agua actúa económicamente con arreglo a una doble función: la primera y principal consiste en ser un «bien de fondo», un «activo ecosocial», valedor de ecosistemas, un auténtico bien público económico que satisface necesidades y derechos de uso y servicio público; la segunda función consiste en ser un recurso natural que se pone a disposición de diversas funciones productivas para la obtención de bienes y servicios. En ambos casos el agua sigue manteniendo una única naturaleza jurídica, su naturaleza de bien de dominio público, pero esta titularidad demanial no debería ser la que condicionase su gestión institucional y la definición de derechos. Estos aspectos deben regirse por la naturaleza económica del bien y no por su naturaleza jurídica.

A tal efecto, cabe afirmar que la configuración como dominio público de los recursos hidráulicos no ha sido óbice para su «privatización» mediante el mecanismo de la concesión administrativa, máxime cuando este título de aprovechamiento del agua ha supuesto una forma de asignación administrativa del recurso al margen de las variables que conforman las funciones de oferta y demanda, lo que conlleva privatizarlo de manera rígida a muy largo plazo.



En tal sentido, no solo ha faltado una mayor concreción legal de las potestades administrativas tendentes a mejorar los mecanismos de protección del recurso, así como a su utilización de acuerdo al interés general, sino que la propia Administración ha hecho una dejación manifiesta de las funciones que le confería el ordenamiento. Y, a tal efecto, es preciso recordar una vez más que la ausencia de planificación hidrológica o la calculada imprecisión de sus determinaciones son factores que pueden permitir la falta de concreción de ese interés general que, en principio, justificaría la exoneración de las leyes del mercado.

Por ello, cabe recordar que el único derecho de los ciudadanos que genera una obligación mínima de crear un servicio disponible para el conjunto de la comunidad es el derecho relacionado con el abastecimiento de agua a poblaciones, ya que el artículo 26 de la LRBRL establece que todos los Municipios deberán prestar, en todo caso, el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable. El contenido de dicho servicio ha sido reconducido a sus justos términos por la jurisprudencia, ya que no ha extendido el derecho consustancial a dicho servicio a los riegos y actividades industriales incluidas en el correspondiente término municipal y, a su vez, ha recordado que no todos los vecinos del municipio están obligados a costear mediante una tarifa unitaria los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento, al margen del coste efectivo del servicio que efectivamente reciben, ya que cuando el municipio cuenta con poblaciones dispersas a las que se presta el servicio de abastecimiento de agua y saneamiento mediante instalaciones individualizadas para cada localidad no resulta discriminatoria la aplicación de una tarifa específica en función del coste del servicio que reciben los vecinos de cada una de las localidades (9).

No obstante, y con independencia del acogimiento de nuevas fórmulas —como los bancos de agua—, en las que la Administración se reserve una papel arbitral, que le permita mantener una posición de intermediación y de preservación de los intereses generales en las transacciones del recurso, bastaría en ocasiones con que la Administración ejerciera las importantes potestades administrativas inherentes a la demanialidad del recurso que el ordenamiento jurídico le confiere para alcanzar los fines perseguidos por el interés general.

A tal efecto, cabe recordar que la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, por la que se modificó la norma de 1985, representa el típico ejemplo de cómo se traslada a la responsabilidad de los particulares el fracaso de un modelo de gestión pública como consecuencia de la no utilización por los poderes públicos de las potestades que le atribuye el ordenamiento jurídico vigente. En efecto, la caducidad de las concesiones de aguas, la medida que debería adoptarse siempre que se produjera un incumplimiento de las condiciones de la concesión, es una figura puramente retórica, ya que apenas se recurre a ella, por no decir nunca. Estamos ante una de las partes del ordenamiento jurídico que produce

---

(9) Véase al respecto el trabajo de CALVO MIRANDA (2010: pp. 295 y ss.).

menos litigiosidad debido a la dejación de funciones, al inejercicio de sus competencias por la Administración. Por otro lado, la aprobación de los Planes Hidrológicos de Cuenca no ha producido ningún proceso de revisión concesional, constituyendo, en contra del espíritu y de la letra de la Ley de Aguas, un mecanismo de consagración y consolidación de las situaciones jurídicas y económicas existentes. Ningún buen futuro cabe augurar al contrato de cesión de derechos del uso del agua, que introduce la referida Ley, mientras se mantenga esta situación. Por cierto, dicho contrato es una manifestación más de la «patrimonialización» de este bien público por los particulares.

Es reseñable la falta de crítica existente en nuestra doctrina ante la posibilidad de transmisión de un derecho concesional, de un derecho creado a raíz de una decisión administrativa, de un derecho privado sobre un bien público. Y deberíamos plantearnos si esta visión privatista de la transmisión de derechos sobre bienes de dominio público sería trasladable a otros sistemas en los que impera la noción de servicio público. Me pregunto en concreto si sería posible mercadear con el día asignado para una operación de cataratas o una mamografía o qué consideración nos produciría la cesión de la plaza escolar obtenida en un colegio público o concertado.

Por otro lado, ninguna modificación normativa tiene visos de prosperar si no va acompañada de la correspondiente reforma de la organización administrativa que la debe aplicar. Llegados a este punto, cabe recordar que las Confederaciones Hidrográficas, cuya creación data de los años veinte, representan un modelo de organización administrativa que es incapaz de responder a los nuevos retos de la gestión de los recursos hídricos. Los expedientes se eternizan en sus oficinas, las funciones de inspección y control no se ejercen en la práctica y la propia gestión administrativa cotidiana, no exenta del ejercicio de funciones públicas, se «atribuye» a empresas privadas de consultoría. En el colmo de las paradojas, debemos recordar, una vez más, que las Confederaciones Hidrográficas desconocen realmente cuál es el nivel de explotación y aprovechamiento de los recursos hidráulicos que gestionan y se inhiben sistemáticamente ante la usurpación por terceros del dominio público hidráulico (10).

---

(10) MOREU BALLONGA (2011: p. 987), expresa con rotundidad lo que muchos llevamos pensando hace tiempo: «Menos mal, en este sentido (y exclusivamente en éste), que la Administración hidráulica española es institucionalmente bastante débil y carece de la capacidad de asumir la enorme carga de trabajo burocrático y jurídico que representaría el intento en serio de sancionar a todos los propietarios de España que no hubieran respetado la llamada «congelación» de la propiedad privada del agua, y (o) de impedirles que siguieran ejercitando ilícitamente (de creer a la Sentencia de 27 de octubre de 2009) sus derechos de propiedad privada sobre el agua. La Administración hidráulica está ya desbordada y agobiada por sus meros cometidos ordinarios, así que no anda sobrada de energías. Todavía no ha sido capaz de terminar de resolver los varios cientos de miles de complejos expedientes administrativos a que dieron lugar las deficientes disposiciones transitorias de la Ley de Aguas de 1985. Y este sector de la Administración hidráulica es de los que da abundante trabajo también a la jurisdicción contencioso administrativa.»

Lo sorprendente del caso es que los usos comunes del agua, aquellos que no requieren ni autorización ni concesión administrativa porque carecen de cualquier connotación económica, los que recoge el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley de Aguas —beber y bañarse en los cauces naturales, entre otros— son derechos de imposible ejercicio en la mayoría de nuestros ríos, dado su estado de degradación. Los usos comunes han cedido ante las exigencias derivadas de los usos privativos, y todo ello ante la inactividad de quienes deberían haber velado por los intereses de todos.

Hemos asistido en los últimos lustros a conflictos relacionados con el agua que se han condensado en frases del estilo «agua para todos». En las «guerras del agua» entre Comunidades Autónomas ocasionadas por el anuncio o el proyecto de un trasvase o entre diferentes territorios de una misma Comunidad por un proyecto de embalse, se utiliza con demasiada frecuencia el recurso a eslóganes que contienen una intrínseca falsedad. El agua no es de todos. El agua es un bien de dominio público de titularidad estatal. Su principal destino es su uso privativo por terceros, ya que, como hemos reseñado, los usos comunes ni tienen importancia ni son viables en muchas ocasiones. Por ello, no es baladí recordar que, tras estos enfrentamientos entre el desierto interior y la superpoblada costa o entre el llano y la montaña, subyace la utilización como arietes de muchos ciudadanos. Sin embargo, cuando se acometen y terminan las obras hidráulicas, no son los beneficiarios objetivos de la nueva situación. Sabemos que, con harta frecuencia, detrás de cada gran reivindicación existe una gran panoplia de intereses individuales, legítimos o no. Y sabemos también que las elites políticas y económicas cultivan algunas bajas pasiones a favor de sus intereses.

Y todo ello está directamente relacionado con los modelos de participación de los ciudadanos en las administraciones hidráulicas. Hasta el momento, el sistema de participación de los agentes sociales en las Confederaciones ha girado sobre un modelo de participación orgánica que se caracteriza por su dimensión sectorial (exclusivamente hasta 1994 y primordialmente desde 1995 solo intervienen los usuarios del agua, con la consiguiente preterición o postergación del movimiento asociativo ciudadano y, especialmente, del ecologista) y sectorial (ya que no participan los afectados por las obras de regulación; solo intervienen los usuarios). Estamos, por tanto, ante un modelo de participación de los que han sido excluidos tradicionalmente quienes ostentan la condición de cedentes del recurso. Entendemos que 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—. De lo contrario, se 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 grandes 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 (11).

Este modelo de participación tiende, en apariencia, a dotar de derechos políticos a quienes ostentan intereses o derechos patrimoniales sobre este bien de dominio público (12). Este modelo trasladado al ámbito de la protección de la naturaleza implicaría que en el órgano rector o patronato de un parque natural deberían estar representados los cazadores, los ganaderos y las empresas madereras. No obstante, y aunque parezca sorprendente, este estrambótico modelo tampoco ha sido ajeno a las veleidades normativas de nuestro ordenamiento (13).

---

(11) No obstante, el modelo siempre se halla en plena recomposición, tal como demuestra la nueva regulación del Consejo Nacional del Agua, acometida mediante el Real Decreto 1383/2009, de 28 de agosto. Cabe recordar que este reglamento desarrolla el órgano previsto en el artículo 19 del Texto Refundido de la Ley de Aguas. El Consejo Nacional del Agua es el órgano superior de consulta y de participación en la materia. En el Consejo están representados la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, los Entes Locales a través de la asociación de ámbito estatal con mayor implantación, los organismos de cuenca, las organizaciones profesionales y económicas más representativas de ámbito estatal relacionadas con los distintos usos del agua, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal y las entidades sin fines lucrativos de ámbito estatal cuyo objeto esté constituido por la defensa de intereses ambientales. Si nos atenemos al ámbito específico de las Confederaciones Hidrográficas, podemos poner como ejemplo lo que sucede en relación a la cuenca del Ebro. El Real Decreto 1366/2011, de 7 de octubre, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua en la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Ebro atribuye los siguientes vocales a la parte «social»:

- en representación de los usuarios, treinta y dos vocales,
- y en representación de las asociaciones y organizaciones de defensa de intereses ambientales, económicos y sociales relacionadas con el agua, los siguientes vocales: asociaciones agrarias, dos vocales; asociaciones ecologistas, dos vocales; asociaciones empresariales, un vocal y organizaciones sindicales, un vocal.

(12) Una acertada crítica, premonitoria de tantos entuertos posteriores, sobre la ineficacia en la asignación de los recursos hídricos, y sus nefastas consecuencias a nivel territorial, se encuentra en BARTOLOMÉ NAVARRO y CAMPO OLIVAR (1995). Estos autores ya habían expresado con meridiana claridad sus planteamientos al respecto de esta cuestión en «Pirineos y Plan Hidrológico: Usuarios y Usados», Comunicación al Congreso «Pirineos y desarrollo sostenible», organizado por la Comunidad de Trabajo de los Pirineos (Andorra, noviembre de 1994). Estos autores fueron pioneros en la denuncia de un determinado modelo de participación, que había sido encumbrado hasta ese momento.

(13) El profesor LÓPEZ RAMÓN denuncia en varios trabajos, a principios de los ochenta, la tendencia a configurar las vías participativas en la Administración de la fauna de una forma cerrada, a través únicamente de propietarios y cazadores. Véase, al respecto, LÓPEZ RAMÓN (1980: pp. 61 y ss.) y (1981: pp. 523 y ss.). Por otro lado, Michael C. BLUMM (1994: pp. 405 ss.) aplica la teoría del *Public choice* al proceso de toma de decisiones sobre asignación de derechos en terrenos públicos en EEUU y afirma que la gestión multifuncional, paradigma para la mayoría de los terrenos públicos, enfatiza la

La gestión del agua en España se ha caracterizado por el impulso público de un oligopsonio, de un oligopolio de la demanda, que en el que los ciudadanos son desplazados por las entidades que dicen representarles y, en especial, por las comunidades de usuarios, ejemplo prototípico de un sistema en el que los vectores funcionan de arriba a abajo. Tanto los oligopolios como los oligopsonios tienden necesariamente a generar formas propias de la timocracia, es decir, a consolidar modelos de administración de los intereses en juego basados en el gobierno de los propietarios o, en este caso, de los grandes titulares de derechos de carácter administrativo sobre el agua (14).

Para ello se procede al «revestimiento», a través de fórmulas de personificación y actuación públicas o semipúblicas, de intereses exclusivamente privados, que contribuyen a desvirtuar el papel de los agentes participantes. No se ha recapacitado suficientemente sobre los riesgos que implica unir los derechos públicos inherentes al concepto de participación en la toma de decisiones públicas con la titularidad de derechos reales administrativos de naturaleza individual y excluyente, cuando además la planificación pública se demora en exceso o responde a paradigmas estereotipados.

Dicho de otro modo, el tradicional y vigente marco institucional relativo al régimen y gobierno de las Confederaciones Hidrográficas obedece más a un modelo propio de la llamada «democracia orgánica» que a un régimen moderno de participación social. Por otro lado, deberíamos comprender que la buena

---

producción de frutos en detrimento de otros valores tales como la protección de los cuencas hídricas y la conservación de la fauna. La teoría del *Public choice* predice que los pequeños grupos de interés sectoriales, normalmente bien organizados, pueden terminar dominando a mayorías difusas y menos dotadas. Los especuladores presionan a los gestores de terrenos públicos para mantener niveles existentes de pastoreo y saca de madera en procedimientos administrativos de toma de decisión presididos por la multifuncionalidad. Y la falta de estándares razonables para la definición de la multifuncionalidad implica un control judicial extraordinariamente deferente con la Administración, que es a su vez cautiva de los intereses de parte. Blumm recomienda el abandono de un modelo de toma de decisiones basado en la multifuncionalidad porque produce decisiones desequilibradas, dirigidas a generar beneficios económicos a una determinada clase de especuladores, que debilitan la sostenibilidad a largo plazo de los bienes públicos. En cambio, se debería redefinir un nuevo concepto de multifuncionalidad fundado en los estándares de la normativa forestal y de tutela de la fauna, en aras de la protección de los terrenos públicos más vulnerables.

(14) Existe, por el contrario, una autorizada opinión doctrinal que elogia la participación de los usuarios en los órganos y organismos que gestionan los recursos hídricos y, en consecuencia, unos recursos integrados en el dominio hidráulico. Como ejemplo de esta corriente, cabe citar a SÁNCHEZ BLANCO (1989: pp. 163-164), donde se reafirma en lo dicho anteriormente (1985: pp. 25 y ss). Una visión mucho más próxima a las exigencias de la realidad actual, en la que han adquirido un importante cariz las cuestiones medioambientales, lo encontramos en PALLARÉS SERRANO (2008: pp. 331 y ss). Esta autora aborda el contenido del derecho a la participación del público en el proceso de elaboración de planes y programas en materia de medio ambiente y distingue, siguiendo las pautas normativas, entre el «público» y quienes ostentan la condición de persona interesada, lo que le permite discernir quién es realmente el sujeto activo que ostenta el derecho de participación, que va más allá del siempre derecho a obtener la información ambiental.

salud de la que ha gozado la llamada «autoadministración» en el ámbito del dominio público hidráulico ha estado directamente vinculada a la profusión en nuestra historia de regímenes de corte autocrático, que veían en determinadas expresiones corporativistas una forma de legitimación de su orden político y social.

Tampoco se ha insistido lo suficiente en la habilidad que han tenido los poderes públicos para convertir las reivindicaciones de algunos colectivos sociales, previamente instigados o portadores de intereses tan legítimos como lucrativos, en demandas sociales (15).

A todo ello hay que unir una cuestión que pasa desapercibida a menudo. En muchos casos, se produce un dominio de la situación y, por tanto, una apropiación de la representación en estos órganos y organismos por las denominadas «minorías activas». Y no es además infrecuente que quienes asumen ese papel de «minoría activa» estén vinculados a determinados partidos políticos u organizaciones sindicales o pasen a estarlo en el futuro. Y todo ello termina desvirtuando la descentralización institucional acometida (16).

No obstante, si nos atenemos a las funciones reales de estos órganos y a su composición, haciendo abstracción de la procedencia de entes públicos o semipúblicos que caracteriza a algunos de sus representantes, podemos llegar a la conclusión de que existe una mayoría de miembros nombrados, directa o directamente, desde la Administración General del Estado, que condicionan la toma de decisiones de estos órganos, destinados más a consagrar una determinada política gubernamental que a planificarla o a enmendarla.

En ese sentido, no debemos olvidar que las comunidades de usuarios, que han recogido el testigo de las tradicionales comunidades de regantes, aunque constituyen un típico ejemplo de autoadministración, de administración corporativa, dependen de un modo cuasi-jerárquico de los organismos de cuenca. De ahí que, bajo la apariencia de un modelo participativo, lo que realmente subyace es un sistema piramidal ordenado desde la cúspide.

Por otro lado, no debemos olvidar que, junto a este modelo de participación orgánica, que permite el acceso a órganos y organismos públicos de determi-

---

(15) Sobre esta cuestión tuve la ocasión de pronunciarme en el trabajo redactado junto a BARTOLOMÉ NAVARRO (1996: pp. 63 y ss.).

(16) Georges VEDEL (1978: p. 83), analiza este fenómeno desde la perspectiva de la autonomía universitaria y llega a la conclusión de que ésta corre peligro debido a los resultados de la participación, ya que la politización es centralizadora. En efecto, los partidos políticos y los sindicatos politizados tienen objetivos a nivel nacional e internacional y, en consecuencia, los problemas de ámbito local y universitario se abordan con una estrategia supralocal y global, que conlleva un determinado grado de centralización. Si bien es preciso aclarar que, en el ámbito universitario, la participación se articula a través de mecanismos que comportan una auténtica alternativa institucional. De ahí que los desajustes en la definición de los criterios de representación pueden producir graves problemas de representatividad.

nados grupos sociales, también nos encontramos con la llamada participación funcional, que implica la posibilidad de participar desde fuera del aparato administrativo. Desde esa perspectiva, es especialmente interesante analizar el artículo 14 de la Directiva marco de aguas, que determina los plazos que se han de tener en cuenta con relación al acceso a la información y la participación pública en referencia a una serie de documentos que determinan las etapas del proceso de elaboración y actualización de los planes hidrológicos de cuenca. Dicho artículo fue copiado casi literalmente por el legislador estatal, tal como puede observarse a tenor de la lectura de la Disposición Adicional Duodécima del Texto Refundido de la Ley de Aguas. Por otro lado, a través de esta misma reforma, acometida en el 2003, se modifica el artículo 35 de dicho Texto Refundido para determinar que, en el ámbito de las demarcaciones con cuencas intercomunitarias, el fomento de la información, la consulta pública y participación activa en el proceso planificador corresponden al Consejo del Agua de la demarcación y que para hacer efectiva la participación pública «se determinará reglamentariamente» la organización y el procedimiento.

Ahora bien, observamos una vez más que la traslación literal del texto de una Directiva puede comportar, curiosamente, su inaplicación, ya que la remisión al desarrollo reglamentario posterior del objetivo fijado en la norma comunitaria provoca la indeterminación del mecanismo mediante el cual se ha de articular el acceso a los documentos y a la información de referencia (17). Y esto ha dejado de ser una crítica formulada desde el ámbito académico para convertirse en una triste realidad, tal como ha puesto de manifiesto la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia comunitario de 4 de octubre de 2012.

Por último, no debemos obviar que algunos de nuestros mejores tratadistas han sostenido la existencia histórica de un «mando único» para todas aquellas actividades comprendidas dentro del concepto de administración de las aguas públicas, que respondía hasta ahora a los intereses propios de la concepción imperante en relación al reparto y aprovechamiento de las aguas (18). No obstante, asistimos en la actualidad al fraccionamiento de las competencias sobre aguas, a la infravaloración del principio geográfico y racional de la unidad de las cuencas hidrográficas, al fracaso de los mecanismos de coordinación y cooperación entre diferentes Administraciones, que abocan al troceo de la gestión del agua en función de fronteras políticas y administrativas.

---

(17) Véase PALLARÈS SERRANO (2008: p. 348).

(18) La expresión «mando único» se la debemos a Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (1976, p. 107). En esa misma línea se pronuncia PÉREZ PÉREZ (1981: p. 111) cuando reivindica la existencia de un «Órgano Superior que detente la Autoridad Única del Agua» (sic). En este mismo sentido EMBID IRUJO recuerda en «Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales», capítulo integrante del libro que dirige (1995: p. 59), que fue ya 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.

En suma, cuando estamos en presencia de una participación que ya hemos calificado de sectorial —en cuanto solo quedan representados los intereses de un sector de la colectividad— y sectaria —pues solo una de las partes que intervienen en la gestión institucional del agua está representada (la vinculada a la faceta consumidora)—, la Administración participada orgánicamente se convierte en un mero instrumento para la defensa corporativa y corporativista de determinados intereses privados, que también actúan como legitimadores sociales de las propuestas públicas.

### III. EL CONFLICTO INTERADMINISTRATIVO Y SU REFLEJO EN LA PARTICIPACIÓN

A lo largo de las páginas anteriores hemos avanzado ya algunos problemas que se han suscitado en relación a las pugnas que mantienen las diferentes Administraciones territoriales en relación a la gestión de los recursos hídricos. Tras este conflicto subyacen también intereses económicos y sociales de primer orden. También resulta curioso comprobar que la normativa destinada a regular la participación e integración de los entes territoriales en los organismos de cuenca o en la gestión de la política hidráulica es más abundante y densa que la destinada a regular la participación de los diferentes agentes sociales.

La constante reivindicación por parte de las Comunidades Autónomas de determinadas competencias en materia hidráulica ha propiciado en la última década un frenesí normativo que ha sido objeto de una reciente e interesante jurisprudencia constitucional (19).

El esfuerzo destinado a ampliar el haz competencial autonómico ha tenido diversas manifestaciones. Por un lado, en algunas ocasiones, se ha intentado articular mecanismos de cooperación entre los diferentes territoriales en ámbitos que tradicionalmente estaban bajo la égida del Estado a través del ejercicio de sus funciones de coordinación. Por otro lado, se ha procedido a través de algunas reformas estatutarias a la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias específicas sobre esta materia, como las relativas a la policía del dominio público hidráulico. Todo ello va a ser objeto de un análisis más pormenorizado en este apartado.

Con carácter previo, cabe señalar que todas estas cuestiones resultarían irrelevantes si no fuera porque se ha constatado la ineficiencia del sistema. Y dicha constatación ha tenido su punto culminante en la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2012 en la que,

---

(19) Y también ha permitido la aparición de una interesante doctrina administrativista y constitucionalista, que ha denunciado algunos de los «excesos» producidos. Véase al respecto FANLO LORAS (2007: *in totum*), GARRORENA MORALES y FANLO LORAS (2008: *in totum*) y FANLO LORAS (2009: pp. 11 y ss.)



para justificar el manifiesto retraso en el cumplimiento de determinados preceptos de la Directiva 2000/60, el Reino de España alega ante la corte que la complejidad del sistema jurídico e institucional español ha motivado el referido incumplimiento. El Tribunal de Justicia europeo le recuerda a nuestro país que un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos en una directiva (20).

En consonancia con lo dicho anteriormente, debemos recordar, en primer lugar, que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo el artículo 36.bis en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, por el que se procedió a regular el Comité de Autoridades Competentes, destinado a garantizar la adecuada cooperación en la aplicación de las normas de protección de las aguas en las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias y, con ello, favorecer la resolución pactada de algunos de los conflictos que pudieran suscitarse.

La creación del Comité de Autoridades Competentes de la demarcación hidrográfica no afectó, en principio, a la titularidad de las competencias que en las materias relacionadas con la gestión de las aguas correspondían a las distintas Administraciones Públicas, que continuaron ejerciéndose de acuerdo con lo previsto en cada caso en la normativa que resultaba de aplicación.

El Comité de Autoridades Competentes está integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales, representados en función de su población dentro de la demarcación, a través de las correspondientes Federaciones Territoriales de Municipios.

Asimismo, en el caso de demarcaciones hidrográficas de cuencas intracomunitarias, las Comunidades Autónomas competentes garantizarán la cooperación en el ejercicio de las competencias que en relación con su protección ostenten las distintas Administraciones Públicas y, especialmente, preservarán el principio de unidad de gestión de las aguas y respetarán las competencias que corresponden a la Administración General del Estado en materia de dominio público marítimo terrestre, portuario y de marina mercante.

Mas con la cuestión de la participación ocurre como con los vasos comunicantes, que el aumento de los órganos de cooperación interadministrativa termina afectando a las funciones de los órganos destinados a dar cabida a la participación ciudadana. En otras palabras, el conflicto institucional y sus consecuencias ensombrecen todas las cuestiones relativas a la participación orgánica de las entidades de carácter social. A tal efecto, debemos recordar que la cooperación, al contrario que la coordinación, que implica la existencia de un

---

(20) Véase, en particular, la Sentencia de 13 de julio de 2006, Comisión/Portugal, C-61/05, apartado 31 y la jurisprudencia allí citada.

sujeto con competencias últimas de carácter unilateral, implica la relación entre iguales y, por tanto, entronca directamente con la esencia de una participación directa y sin ambages.

Cabría recordar que el sistema de gestión de los recursos hídricos descansa en la planificación hidrológica. En ese sentido, no habría que olvidar que la coordinación interadministrativa se articula fundamentalmente sobre los instrumentos de planificación. Y, en relación a los mismos, es preciso apuntar que el rango normativo (con valor de ley en el caso del Plan Hidrológico Nacional y meramente reglamentario en el caso de los planes hidrológicos de cuenca) no coincide con la exigencia de un determinado orden cronológico en su aprobación, pues, por razones obvias, los planes hidrológicos de cuenca deben aprobarse con anterioridad al Plan Hidrológico Nacional, habida cuenta de que fijan los recursos «sobrantes» existentes en sus respectivas demarcaciones (21).

A todo ello se ha unido la pretensión por «territorializar» la gestión del agua, fragmentándola según los límites geográficos de cada Comunidad Autónoma, lo que ha merecido el reproche inequívoco del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 30 y 32/2011, de 16 y 17 de marzo, relativas a la gestión del Guadalquivir y Duero, atribuidas a Andalucía y Castilla y León por sus respectivos Estatutos de Autonomía. Este ir y venir, semejante al de las mareas, motiva un desquiciante tejer y destejer normativo. Valga, como ejemplo, el Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, que introduce una nueva redacción a la Disposición Adicional decimocuarta del Texto Refundido de la Ley de Aguas, que implica la derogación de la atribución de las funciones de policía en las cuencas hidrográficas intercomunitarias a las Comunidades Autónomas que tuvieran prevista esta competencia ejecutiva en sus respectivos Estatutos de Autonomía (22).

Lo curioso del caso es la extraña coincidencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a la hora de valorar una misma cuestión jurídica. Así, tres Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 14 de junio de 2011 (recursos núm. 1/2009, 2/2009 y 66/2008) y otra de 19 de julio de 2011 han anulado el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes

---

(21) Ya tuve ocasión de pronunciarme sobre este asunto en el Capítulo Tercero del libro coordinado por BERMEJO VERA (1995: pp. 97 y ss.)

(22) Dicha norma deroga la disposición adicional decimocuarta introducida por el Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, que habilitaba a determinadas Comunidades Autónomas para el ejercicio de facultades de policía de dominio público hidráulico en las cuencas intercomunitarias, así como para la tramitación de los procedimientos a que dieran lugar sus actuaciones hasta la propuesta de resolución. Se trata de preservar el principio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas intercomunitarias, elevado a principio constitucional por el Tribunal Constitucional en sus sentencias y 30 y 32/2011, recogiendo la doctrina que ya había expuesto en las 227/1988, de 29 de noviembre, y 161/1996, de 17 de octubre.

a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma. Son fallos derivados, obviamente, de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del artículo 51 del Estatuto de Autonomía andaluz que sirvió de cobertura al referido traspaso.

#### IV. LOS ESPEJOS DEL AGUA

España es un país de ríos ciclofímicos, lo que ha condicionado históricamente su política hidráulica. El Derecho de aguas de cada nación se encuentra muy condicionado por su climatología. En los países áridos, como el nuestro, existe una abundante legislación de calidad técnica notable, que muestra una clara y progresiva tendencia a declarar el carácter público de todo tipo de aguas y un determinante papel de la actuación administrativa.

No obstante, desde el Antiguo Régimen sabemos que los mismos problemas pueden ser abordados a través de diferentes soluciones. Ya en aquella época encontramos dos sistemas bien distintos: el ribereño castellano y el regaliano de los territorios que componían la Corona de Aragón. Este último constituye un singular precedente del régimen jurídico actual, si bien las instituciones y los términos definitorios respondían, como no podía ser de otra manera, a otro paradigma jurídico. En el ámbito de la Corona de Aragón, el aprovechamiento de las aguas públicas, concepto que comprendía las aguas corrientes y las perennes, requería licencia real y, en consecuencia, la satisfacción de los correspondientes derechos de regalía. Y todo ello se articulaba a través de un contrato de censo enfitéutico.

Ahora bien, la pregunta que debemos formularnos en este momento es por qué los españoles viven de espaldas a sus ríos, solo encelados con el mar. ¿Qué hace que el buen estado ecológico de las aguas continentales suponga un lastre con el que debemos convivir? ¿Por qué perseguimos la calidad en las aguas costeras mientras esquilamos las subterráneas? Esta realidad no obedece ni a una cuestión atávica ni a un estado transitorio de enajenación mental. La mentalidad que subyace tras estas prácticas es el resultado de una política consciente, de una estrategia diseñada históricamente desde la Administración hidráulica, con la complicidad y cobertura de los mecanismos de participación implantados en este ámbito y que ya hemos analizado.

No es casual, como ya hemos indicado, que los usos comunes y generales del agua, los vinculados a los ríos como espacios lúdicos, recreativos y paisajísticos, estén desprotegidos jurídicamente frente a los usos privativos, aquellos que implican la patrimonialización de un bien público por los agentes económicos hasta convertirlo en un recurso privado destinado a producir un pingüe enriquecimiento. Sin embargo, como la principal riqueza del mar es su buen estado ecológico, las Administraciones públicas han invertido históricamente en la recuperación y en la limpieza de las costas y de las aguas costeras.

A tal efecto, cabe recordar que las Leyes de 3 de agosto de 1866 y 13 de junio de 1879 configuraron un régimen jurídico similar para las aguas continentales. La principal diferencia venía dada por la regulación conjunta que sobre aguas marítimas y continentales establecía la Ley de Aguas de 1866. La Exposición de Motivos de esa Ley continúa hoy siendo una pieza literaria fundamental en la historia del Derecho administrativo español. Tras la escisión del régimen jurídico de los diferentes tipos de aguas se produjo también un cambio en el modelo de aprovechamiento, en la organización administrativa y en la relación de los poderes públicos con los particulares. Las consecuencias que ha traído ese modelo han deparado algunos de los problemas que hemos intentado esbozar con anterioridad.

No obstante, los reflejos del agua, con su capacidad para reflejar e invertir imágenes, contribuyen a alterar nuevamente el significado de algunas palabras. En relación al agua y sus intereses se han generado un mito y un timo. Los agricultores, y su desesperación, les sirven a algunos sectores económicos para reivindicar y legitimar la demanda de más obras hidráulicas, cuyos beneficios serán irrelevantes desde la perspectiva del interés del sector primario, aunque dejarán cuantiosos dividendos en el sector de las consultorías y de las grandes empresas de la construcción. En una sociedad verdaderamente democrática bastaría con denunciar el timo para desvanecer el mito. En nuestro caso es preciso explicar el mito para desenmascarar el timo.

Y, mientras tanto, seguimos sin encontrar un equilibrio ponderado a la dualidad existente entre la explotación y la conservación de nuestros recursos naturales, que genera una tensión social que parece irresoluta. Cuando esa dualidad deviene en enfrentamiento entre diferentes grupos sociales supone un fracaso de los profusos mecanismos de participación articulados y de las pane-gíricas invocaciones al interés general.

Ese infecundo tejer y destejer que caracteriza nuestra historia, y que tantas veces ha lastrado nuestro progreso, se ha dado también a la hora de plantear unas políticas racionales y razonables sobre nuestras aguas continentales. No es baladí recordar en estos momentos la nueva orientación que pretendió darse a la gestión de nuestros recursos hídricos, que son mucho más que meros recursos económicos, y que se reflejó en el espejo cóncavo de la política. En su discurso de investidura para la Presidencia del Gobierno, pronunciado en el Pleno de 15 de abril de 2004, el candidato Sr. Rodríguez Zapatero señaló lo siguiente:

*«En este contexto, quiero anunciar una nueva política del agua, una política que tomará en consideración tanto el valor económico como el valor social y el valor ambiental del agua, con el objetivo de garantizar su disponibilidad y su calidad, optimizando su uso y restaurando los sistemas asociados. Para ello el gobierno aprobará una profunda reforma de las Confederaciones Hidrográficas y revisará el Plan Hidrológico Nacional vigente... Esta revisión, que implicará la paralización de determinadas infraestructuras y su sustitución por proyectos más*

*eficientes, más baratos y menos conflictivos, se llevará a cabo en forma concertadas con las comunidades autónomas».*

Una vez más habría que evocar la célebre frase de Lucas MALLADA: «¡magníficas ideas, pero exiguos resultados!». Exiguos y contradictorios, no solo a tenor de los resultados obtenidos por la anterior política hidráulica sino porque asistimos a su postergación en la actualidad. En efecto, la cuestión hídrica apenas aparece mencionada en el discurso pronunciado en la sesión de investidura del Sr. Rajoy Brey del 19 de diciembre de 2011, en la que se limitó a repetir un lugar común:

*«La política medioambiental debe, sobre todo, preservar nuestra diversidad, una de las más amplias de Europa, dar un tratamiento adecuado a los residuos y a la calidad del aire y las aguas».*

Tal parquedad parece postular una vuelta a los espejos convexos del agua, aquellos que convierten a los ríos en aguas sobrantes.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (1995): «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentario a una polémica» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, pp. 5-26.
- BARTOLOMÉ NAVARRO, José Luis y CAMPO OLIVAR, José María (1995): «Ineficiencia económica y desorden territorial: el Pacto del Agua», Comunicación al II Congreso de Ordenación Territorial, D.G.A., Zaragoza.
- BERMEJO VERA, José (1984): «El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional» en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, II, pp. 103-138.
- BERMEJO VERA, José (director) (1995): *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, pp. 202.
- BLUMM, Michael C. (1994): «Public Choice Theory and The Public Lands: Why Multiple Use Failed», en *Harvard Environmental Law Review*, vol. 18, pp. 405-432.
- CALVO MIRANDA, José Luis (2010): «Abastecimiento de agua potable y saneamiento de las aguas residuales urbanas en España», en esta REVISTA, núm. 36, pp. 295-311.
- CANOSA USERA, Raúl (1996): «Aspectos constitucionales del derecho ambiental», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 94, pp. 73-111.
- DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia (2008): *La Administración hidráulica española e iberoamericana*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, p. 612.

- EMBIID IRUJO, Antonio (Director) (1995): *Las obras hidráulicas*, Civitas, Madrid, pp. 334.
- FANLO LORAS, Antonio (2007): *La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, pp. 441.
- (2009): «La unidad de cuenca en la jurisprudencia constitucional», *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 14, pp. 11-79.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1994): en «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 83, pp. 381-401.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel y BARTOLOMÉ NAVARRO, José Luis (1996): «Consideraciones en torno a algunos aspectos relacionados con la gestión institucional del agua», en esta REVISTA, núm. 9, pp. 63-84.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (2009): *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 346.
- GARRORENA MORALES, Ángel y FANLO LORAS, Antonio (2008): *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos en materias de aguas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, pp. 220.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coordinador) (2007): *Nuevo Derecho de Aguas*, Aranzadi, Pamplona, pp. 726.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1980): *La protección de la fauna en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, pp. 140.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1981): «Aspectos organizativos de la protección de la fauna silvestre», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 30 pp. 505-528.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1976) *Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos*, COPLANARH, Venezuela, 1976, pp. 242.
- MOREU BALLONGA, José Luis (2011): «La propiedad privada «congelada» del agua, según el Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo III, julio-septiembre, pp. 931-988.
- PALLARÈS SERRANO, Anna (2008): «La participación pública en el proceso de elaboración de planes y programas en materia de medio ambiente. Especial referencia a los planes hidrológicos de cuenca», en *Revista de Administración Pública*, núm. 176, pp. 331-361.
- PÉREZ PÉREZ, Emilio (1981): *Legislación y administración del agua en España*, Editora Regional de Murcia, pp. 137.
- SAINZ MORENO, Fernando (1976) *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, pp. 364.
- SÁNCHEZ BLANCO, Ángel (1985): «Usuarios 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», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 45, pp. 25-44.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel (1989): «La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 119, pp. 133-172.

VEDEL, Georges (1978) *La experiencia de la reforma universitaria francesa: autonomía y participación*, Civitas, Madrid, pp. 96.

VV. AA. (2006): *Derecho de aguas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, pp. 1300.

