

SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE AGUAS(*)

POR

SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Valladolid.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LA VICENTE LEY DE AGUAS Y LA NECESIDAD DE SU REVISIÓN.—II. LOS INTENTOS DE REFORMA DESDE 1879: 1. El Proyecto Sagasta de 1902. 2. El Proyecto Canalejas de 1910. 3. El Anteproyecto La Cierva.—III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA POSTERIOR A LA LEY Y LA REGULACIÓN «PRAETER LEGEM» LLEVADA A CABO POR LA ADMINISTRACIÓN.—IV. LA TÉCNICA DE LA REFORMA: REFORMA PARCIAL.—V. AMPLITUD Y SENTIDO DE LA REFORMA: 1. La doctrina de los aprovechamientos especiales. Concesión rogada y planificación de los aprovechamientos. 2. Los «viejos» derechos y privilegios. Normas consuetudinarias. a) La inscripción registral como fórmula de verificación y control. b) La prescripción como medio de adquirir el aprovechamiento especial de las aguas públicas. 3. ¿Nacionalización de todas las aguas corrientes? Limitaciones en las facultades dominicales de los propietarios de aguas privadas. 4. Unidad en la administración de las aguas y unidad jurisdiccional: la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

(*) Este estudio está elaborado sobre el texto de las conferencias que pronuncié el 12 de enero de 1962 en el Salón de Cortes del Palacio de la Generalidad de Valencia, y el 14 de marzo del mismo año en el Instituto García Oviedo, de la Universidad de Sevilla. El Profesor JORDANA DE POZAS, pionero, como es sabido, en el estudio del ordenamiento jurídico de las aguas --vid., entre otros, sus trabajos *Administración de los regadíos*, Madrid, 1919; *Ensayo sobre las entidades públicas representativas y profesionales en el Derecho administrativo español*, *Las organizaciones colectivas en el regadío español*, recogidos ahora en *Estudios de Administración Local y General*, Madrid, 1961, 264 ss. y 351 ss.—, dedicó también al tema que aquí estudiamos la conferencia pronunciada en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia el 22 de enero de 1962, *El derecho español de aguas y la oportunidad de su revisión*, Madrid, 1962, y su estudio *La evolución del Derecho de las aguas en España y en otros países*, en esta REVISTA (1962), núm. 37, 9-61 (citado a lo largo de este trabajo por el nombre de su autor), constituyendo para nosotros verdadero motivo de satisfacción la coincidencia fundamental de nuestra tesis con los puntos de vista sustentados por tan ilustre autor.

I

PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LA VIGENTE LEY DE AGUAS
Y LA NECESIDAD DE SU REVISIÓN.

Uno de los más importantes problemas que en nuestros días tiene la Administración española, en cuanto a la determinación substantiva y material de su actividad, es, ciertamente, el de la revisión de la vigente Ley de Aguas. Problema importante y difícil, decimos, en primer lugar, porque no se trata sólo de la delicada tarea de adaptar, en la parte que pueda ser necesaria, una legislación centenaria a las exigencias y realidades presentes, sino que en este caso concurren también intereses de extraordinario significado económico, en ocasiones contradictorios y en otras, incluso, incompatibles. Además, y por si fuera poco, no son sólo las dificultades que se derivan de la trascendencia del tema las que aquí encontramos, sino que el hecho al que me refiero resulta todavía más complejo si se considera que este tema es punto de encuentro de situaciones sancionadas por muchos siglos de historia —consolidadas a su vez por una eficacia más que demostrada—, con exigencias ineludibles que el mundo de hoy presenta como insoslayables, tanto por lo que se refiere a la actuación de los particulares, como, fundamentalmente, de la propia Administración: la prestación de determinados servicios con una amplitud creciente y progresiva, antes desconocida —piénsese, por ejemplo, en el abastecimiento de agua a poblaciones—, o el establecimiento de los presupuestos materiales para que determinadas prestaciones puedan llevarse a cabo —desde la producción de energía hidroeléctrica a la refrigeración de las centrales atómicas—, son circunstancias que, enmarcadas a su vez dentro de las posibilidades que imponen las inexorables limitaciones existentes para llevar a cabo la explotación de nuestros recursos hidráulicos, agravan y dificultan extraordinariamente el problema, cuya resolución requiere, por ello mismo, extremada prudencia y cautela.

Naturalmente, cualquier intento de reforma o de revisión del ordenamiento jurídico de las aguas, lo primero que exige es que se acredite la insuficiencia del sistema normativo vigente y, consecuentemente, la necesidad de completarlo en el sentido de poder atender de modo eficiente a la resolución de los problemas ciertos y objetivos que se plantean.

En tal sentido —y quiero poner en esta afirmación todo el énfasis posible—, conviene dejar sentado que la perfección técnica de la Ley de Aguas de 1866-79, por todos reconocida (1), y que personalmente he reiterado en distintas ocasiones (2), en modo alguno puede ni debe ser obstáculo para afirmar que el texto vigente ha quedado en algunos puntos realmente anticuado. Porque no es cuestión de repetir nuevos elogios hacia el texto de 1866-79 al proponer precisamente su reforma: su mantenida vigencia y actualidad, contrastando con la mutabilidad misma del sistema administrativo, encuentran explicación, a mi modo de ver, por una parte, en las profundas raíces sociológicas que la Ley ofrece al legalizar en muchos puntos un derecho auténticamente vivido, un derecho consuetudinario, arraigado en la conciencia jurídica nacional (3); por otra, también, en la circunstancia de haber adoptado la Ley un sistema fundamentalmente normativo de carácter amplio y general: la Ley de Aguas fué no tanto una ley *administrativa* cuanto una ley *institucional*; la intención primaria del Legislador se centró, fundamentalmente, más que en establecer el sentido y significado de la acción del Estado, como harían otras disposiciones de aquella época sobre la materia —Ley de 24 de junio de 1849, Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1869, Ley de 20 de febrero de 1870, etc.—, se centró, repetimos, en reconocer y regular *normativamente* una serie de supuestos y de situaciones que recibían así su refrendo legal: que ello es así, lo acredita, no sólo (4) el propio contenido de la Ley de 1866-79, sino también el reconocimiento expreso que de ella formula el Código civil y la remisión general que de la Ley lleva a cabo.

Las afirmaciones anteriores, sin embargo, no pueden ni deben ser óbice para que se reconozca también la radical y absoluta insuficiencia del texto vigente en relación con una serie de puntos y cuestiones. El problema surge, fundamentalmente, como consecuencia del desarrollo normal de determinadas situaciones que ahora es preciso reestructurar con un sentido acaso distinto; pero surge también, como consecuencia

(1) Cfr. JORDANA DE POZAS, *op. cit.*; ALONSO MOYA, *Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado*, en esta REVISTA, núm. 4, 29 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, 77.

(2) S. MARTÍN-RETORTILLO, *De las Administraciones autónomas de las aguas públicas*, Sevilla, 1960, 107 y *passim*; y mi Estudio preliminar a la *Ley de Aguas de 1866*, Madrid, 1964, XVII ss.

(3) Este punto en concreto, en mi trabajo *La Ley de Aguas de 1866*, *cit.*, XIV ss., así como la bibliografía que allí recojo, especialmente LATOUR BROTONS, *Antecedentes de la primitiva Ley de Aguas*, Madrid, 1955.

(4) Por lo que se refiere a los trabajos preparatorios, vid. la documentación recogida en *La Ley de Aguas de 1866*, *cit.*, 157, 566 ss. y *passim*.

de la aparición de nuevas e importantes técnicas relacionadas con los aprovechamientos del agua, aparecidas con posterioridad a la publicación de la Ley, imprevisibles, por tanto, en el texto de aquélla.

Señalemos, en primer lugar, todo el desarrollo del proceso industrial. La observación que, referida al derecho de los caminos, se ha hecho (5) de que nuestra legislación de carreteras procede paradójicamente de una época en la que el automóvil era prácticamente desconocido, es también aplicable a este caso. Piénsese que todo el derecho de la energía hidroeléctrica o que la regulación jurídica de los aprovechamientos hidráulicos para usos industriales ha de ser reconducida —y la circunstancia resulta incluso de un arcaísmo enternecedor—, dentro de los enunciados que la Ley refiere a «molinos y otros artefactos», «molinos y otras fábricas».

La insuficiencia señalada, sin necesidad de entrar en mayor detalle (6), sería ciertamente por sí sola bastante para acreditar la necesidad de revisión de la Ley. Pero es que, además, hay otra serie de razones que avalan la tesis propuesta. Piénsese en la utilización para fines agrícolas de los recursos hidráulicos, que ha sufrido en nuestros días alteraciones de no menor importancia: téngase en cuenta, por ejemplo, la nueva regulación de las corrientes de agua, que garantiza ya la permanencia de unos caudales determinados; la posibilidad de fijar técnicamente los volúmenes exigidos para estos usos agrícolas, según, incluso, los distintos tipos de cultivo, o las posibilidades de bombeo del agua que, en muchos casos, van a modificar todo el sistema tradicional de canalizaciones, etc.

Pues bien, junto a todo ello, «los adelantos en el conocimiento científico del agua y en las técnicas para su prospección, captación, almacenamiento, transformación y distribución» (7), así como en los procedimientos para garantizar o establecer la pureza de las aguas (8), son extremos que no sólo permiten, sino que en algunos casos exigen una

(5) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho de los caminos* (inédito).

(6) Cfr., por todos, JORDANA DE POZAS, nota 14, así como la bibliografía allí citada; también, Jerónimo GONZÁLEZ, *Las aguas públicas en el Registro de la Propiedad*, en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, Madrid, 1948, 185; GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y la práctica de las concesiones en cartera*, en esta REVISTA, núm. 17, 271; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *De las Administraciones*, cit., 110 ss. Vid. también las consideraciones que sobre el tema ofrece WÜSTHOFF, *Einführung in des deutsche Wasserrecht*, 3.^a ed., Berlín, 1962, 17 ss., en relación con el impacto que el desarrollo demográfico y, sobre todo, el desarrollo industrial produjeron en los sistemas de explotación de las aguas.

(7) JORDANA DE POZAS, 16.

(8) JORDANA DE POZAS, 57.

verdadera reestructuración de las situaciones existentes, no sólo en función del «buen orden en el uso y aprovechamiento de las aguas», como dice la Ley, sino también para la mejor, más justa y más amplia explotación de las mismas.

Como es lógico, las necesidades derivadas de las situaciones expuestas, han recibido, sí, la correspondiente regulación jurídica, pero siempre con un carácter en cierto modo accesorio y secundario al margen de la ordenación fundamental de nuestras aguas, que de este modo, bien por derogación expresa de algunos de sus principios, bien por la inaplicación de otros, bien, sobre todo, por la regulación de nuevas situaciones al margen de ella, ha perdido el sentido y significado que en su origen tuvo, como expresión auténticamente unitaria y fundamental de la regulación jurídica de nuestras aguas.

Es preciso evitar, pues, que la reconocida perfección técnica de la Ley de 1866-79 nos impulse a asignarle, en el plano de la aplicación de sus principios, una significación real, de la que realmente carece en nuestros días. De ahí, que el reconocimiento de la necesidad de reforma deba ser aceptado y mantenido hasta sus últimas consecuencias, situación que, por otra parte, ya reconocía el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, y que, a su vez, la propia doctrina ha exteriorizado en ocasiones. Así, el Profesor JORDANA DE POZAS (9), sin regatear elogio alguno al texto vigente e insistiendo en la necesidad de moderar cualquier ímpetu revisionista a ultranza, señala cómo la reforma es en nuestros días necesaria y oportuna: «necesaria, porque durante la última centuria todo lo que se refiere al agua y a sus aplicaciones ha sufrido cambios mayores que en los mil años que precedieron..., y oportuna, porque todas las partes del ordenamiento jurídico del país han de guardar proporción, estar bien ensambladas y responder a la concepción presente del mundo y de las cosas».

II

LOS INTENTOS DE REFORMA DESDE 1879.

Pienso, que para centrar en sus justos límites el tema de revisión de la Ley de Aguas, es necesario, antes que nada, ver los pasos recorridos

(9) JORDANA DE POZAS, 56.

desde la publicación del texto actual hasta nuestros días y analizar también las razones de los distintos intentos de reforma habidos desde entonces. Comencemos por éstos.

1. *El Proyecto SAGASTA de 1902.*

En otra ocasión (10) me he referido ya a la elaboración del texto de 1866, así como a la aparición del vigente de 1879, consecuencia, por una parte, de la necesidad de adaptar aquél a la Ley de 20 de febrero de 1870 y a las de 29 de diciembre de 1876 y 13 de abril de 1877, y por otra, de la segregación que se hace de las normas que pasan a integrar la Ley de Puertos. Pues bien, este debe ser ahora nuestro punto de partida.

Los primeros años de vigencia del texto de 1879 fueron acompañados, como es sabido (11), por una abundante legislación sobre la materia. Se refería, especialmente, a los sistemas de subvenciones y construcción de obras para los aprovechamientos de aguas, así como a la tramitación exigida para el otorgamiento de concesiones. Se dictan también entonces numerosas disposiciones que tienden a garantizar las funciones de la Administración, especialmente a través del establecimiento del correspondiente sistema registral. Pues bien, en este marco ideológico, cuyo significado ya he analizado en otra ocasión (12), va a pretenderse, que nosotros sepamos, una primera reforma de la Ley de Aguas. El Gobierno Sagasta presenta a las Cortes el 21 de febrero de 1902 un Proyecto de ley de reforma y ampliación de la Ley de Aguas de 22 artículos, agrupados en tres capítulos, Proyecto que, sin modificar sustancialmente la Ley vigente, insistía en lo relacionado con la tramitación de expedientes para la construcción de obras y con las competencias de las distintas autoridades administrativas. Se dice textualmente en su Exposición:

«... tal es, en líneas generales, el criterio en que se inspira el adjunto Proyecto de Ley que, sin derogar ni alterar principio alguno de Derecho, viene a sustituir con un cuerpo de doctrina homogéneo la multitud de disposiciones que hoy complican la tra-

(10) Cfr. *La Ley de Aguas de 1866*, cit., LI ss.

(11) VILLAR PALASÍ, *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en esta REVISTA, núm. 14, 28 ss.; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La construcción y explotación de las obras hidráulicas por el Estado y por las Comunidades de Regantes*, Valencia, 1964, 23 ss.

(12) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La construcción*, cit., 28 ss.

mitación y resolución de las importantes cuestiones que se relacionan con la construcción de obras hidráulicas».

El Proyecto, sin embargo, tiene, especialmente en su capítulo primero, mayor significación que la estrictamente procedimental, ya que insiste en el contenido de las concesiones de aguas públicas —agua y terrenos necesarios para su explotación y aprovechamiento—, y en la importancia del Registro establecido en 1901, que de este modo habría de adquirir su sanción legal, hasta el extremo que, además de declarar obligatoria la inscripción en el citado Registro, se señala (art. 4, § 3) que «transcurrido un año desde la publicación de esta Ley, la Administración, sin tener en cuenta los aprovechamientos no inscritos, podrá conceder los que se soliciten sobre las aguas de aquéllos...». El apartado siguiente del mismo artículo, señala además la competencia de la Administración para fijar los caudales necesarios a inscribir en el citado Registro. (Apéndice II al número 4; Legislatura 1902, *Senado*.)

El Proyecto, suscrito por el Ministro VILLANUEVA, fué dictaminado y discutido por el Senado. El Dictamen del Senado lleva fecha 21 de octubre de 1902, y SANTAMARÍA DE PAREDES forma parte de la Comisión que lo formula. Presidiendo MONTERO RÍOS, y después del correspondiente debate, en la sesión del 24 de noviembre del mismo año se acordó que el Proyecto quedara sobre la mesa. Desconozco las razones ciertas que impidieron que siguiera adelante el texto que comentamos.

2. *El Proyecto CANALEJAS de 1910.*

Mayor importancia que el anterior ofrece el Proyecto que el Gobierno CANALEJAS presentó el 22 de octubre de 1910, suscrito por CALBETÓN, que sucedía en la cartera de Fomento y había de ser sucedido a su vez por Rafael CASSET. Se trata de un Proyecto de Ley relativo a concesiones de aprovechamientos de aguas; consta de trece artículos y, además, de las oportunas referencias a materias procedimentales y de organización, se insiste de modo expreso en que, respetando la legislación vigente, se trata únicamente de acoger los impactos que la técnica de entonces había causado ya en la forma de llevar a cabo los aprovechamientos de aguas. Por esto mismo, concede una especial significación a lo relacionado con las concesiones de aguas para producción de fuerza motriz. Se declara también obligatoria la inscripción de los aprovechamientos en el Registro, y el Proyecto sanciona inicialmente (art. 1, § 1) que «para utilizar aguas públicas en aprovechamientos especiales, es necesario la concesión administrativa, que podrá otorgarse con sujeción

a esta Ley y a la especial de aguas». Ninguna posibilidad, por tanto, en relación con la prescripción. (Vid. Apéndice II al número 49; Legislatura 1910, *Senado*.)

Como síntesis de lo que este Proyecto pretendía, creo que nada mejor que recoger de la Exposición formulada a las Cortes el siguiente texto:

«Los principios fundamentales de ambas —[Leyes de 1866 y 1879]—, cuidadosamente estudiados, no reclaman modificaciones en su esencia; pero aunque la amplitud de sus preceptos ha permitido aplicarlos a muchas de las necesidades modernas, no puede negarse que los admirables progresos realizados en las ciencias hidráulicas y en las industrias de los aprovechamientos del agua, exigen nuevas disposiciones para garantizar los intereses del Estado, facilitar el desarrollo de las iniciativas particulares y procurar que la realización de empresas de interés público innegable no encuentren dificultades, a veces insuperables, en el interés legítimo, pero egoísta, de las conveniencias individuales.»

También, en este caso, desconozco las razones que impidieron llegase a feliz término el Proyecto de CANALEJAS. Lo que sí es posible afirmar es que se produjo un fuerte estado de opinión en contra de la reforma, del que bien puede ser testimonio expresivo el siguiente texto de LÓPEZ DE HARO (13), en el que, al margen de su sentido polémico, se contienen juicios no ciertamente desacertados, algunos de ellos todavía ejemplificadores:

«Se trata de hacer una nueva Ley de Aguas y acabo de leer un proyecto de concesión de públicas. Solemos decir los que vivimos en provincias que en Madrid o se legisla para Madrid o se hace legislación de gabinete. Y esto es evidente; hay en las Cortes un puñado de intelectuales y un montón de ineptos. Aquéllos no conocen la vida real; éstos tampoco... Los intelectuales hacen leyes como pudieran escribir libros. Los demás no aportan a la obra de la legislación ni los refranes de Sancho Panza... Si el derecho es vida y la ley sus mandamientos, hay que conocer la vida para formularlos. Y tratándose del derecho de aguas, es más necesario por su naturaleza, esencialmente consuetudinaria... Hay toda una biblioteca en los archivos de las Comunidades de Regantes. Yo he

(13) LÓPEZ DE HARO, *Comunidades de Regantes*, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.» (1912), 121, 296 s.

visto en ellos el origen de las asociaciones de regantes... y cómo se ha urdido la urdimbre de las relaciones jurídicas de los comuneros y la variedad de intereses que los afecta y la manera práctica que han tenido las asociaciones para resolver, con singular acierto, los mil casos que fuera de las leyes se le presentaron.»

3. *El Anteproyecto LA CIERVA.*

Años después, va a volver a plantearse el tema de la reforma de la Ley de Aguas, siendo precisamente LA CIERVA Ministro de Fomento. La Sección de Aguas de la Dirección General de Obras Públicas elaboró un Anteproyecto de reforma de la Ley, referido principalmente a la modificación de la doctrina de los aprovechamientos especiales de aguas públicas. Se trata de un Anteproyecto inicial de quince bases, que fué sometido a información pública mediante Orden de 21 de julio de 1921, ya que, como dice su Exposición, «urge conocer la opinión general sobre estas importantes materias que han sido objeto de medidas provisionales, adoptadas por Real Decreto, que deben ponerse en relación con lo que en definitiva estime el Gobierno necesario someter a las Cortes». No parece sea aventurado afirmar que esas medidas provisionales vienen referidas, fundamentalmente, al Real Decreto de 14 de junio de 1921, que suspende la perpetuidad de las concesiones de agua para producción de fuerza motriz y regula el otorgamiento de concesiones a extranjeros, extremos que detalladamente recogerá el Anteproyecto LA CIERVA.

La propuesta de reforma respeta en su casi totalidad el texto de 1866-79. Las modificaciones que presenta, excepción hecha de la base 1.ª, que se refiere al dominio de las aguas, se relacionan, fundamentalmente, con la doctrina de los aprovechamientos, ofreciendo a este respecto, como vamos a ver, algunas soluciones realmente importantes. Y resulta interesante destacar cómo el Anteproyecto LA CIERVA va a afrontar la reforma de la Ley con toda radicalidad en puntos de gran significación, por su sentido e interés, ofreciendo soluciones, algunas de las cuales, hoy, trascurrido casi medio siglo, ni siquiera nos atrevemos a esbozar, acaso por considerarlas excesivamente innovadoras. Respetados los aprovechamientos existentes con anterioridad a la Ley de 1879, el punto de partida del texto LA CIERVA es la consideración de públicas de todas las «aguas vivas procedentes de manantiales o corrientes naturales, sin excepción alguna motivada por la naturaleza jurídica de los terrenos donde broten o tengan su origen, desde el momento que entren a discurrir por sus cauces

naturales...» (Base 1.^a, § 1). Se prohíbe a los propietarios particulares el otorgamiento de «concesiones» de sus aguas, sin perjuicio, claro es, de los derechos de los usuarios inferiores que con anterioridad las hubiesen aprovechado; la prohibición se extiende expresamente al supuesto de montes públicos pertenecientes a Corporaciones o, incluso, de montes que tengan el carácter de patrimoniales (Base 2.^a, § 2), precepto este último que será antecedente inmediato del célebre Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, conocido como Decreto GUADALHORGE, hoy derogado, y que, a pesar de su buen sentido, tanto revuelo organizó al procederse a la revisión del mismo durante la II República (14).

El Anteproyecto LA CIERVA señala también que, para el reconocimiento de los derechos adquiridos al amparo de los artículos 5, 10, 11 y 149 de la Ley, será preciso que tales derechos aparezcan debidamente inscritos en el Registro de Aprovechamientos (Base 1.^a, § 3); se deroga igualmente el artículo 149 de la Ley, quedando, por tanto, la concesión como el único medio valedero para adquirir los aprovechamientos especiales de aguas públicas (Base 2.^a, § 1); se fija y complementa el orden de prelación de los aprovechamientos especiales (Base 3.^a), señalándose expresamente en los de riegos que es requisito indispensable que el agua quede adscrita a la tierra, constituyendo una propiedad común e indisoluble (Base 5.^a). Es, sin embargo, a los aprovechamientos industriales a los que este texto dedica una mayor atención (Bases 6.^a y sigs.): se declara la temporabilidad de los aprovechamientos industriales, así como la revisión de todas las concesiones, a fin de instruir los oportunos expedientes de caducidad; clasificados los aprovechamientos hidroeléctricos según su potencia, se regulan las concesiones de saltos de pie de presa y de aprovechamientos múltiples, entre éstos, también, los que resulten de obras de regulación construidas por el Estado. Por su parte, al Estado no se le reconoce derecho alguno a obtener determinada cantidad de energía reservada, sino la posibilidad de obtener con carácter preferente, y a tarifas reducidas, tanto para sus servicios como para los municipales, una determinada parte de la energía producida, que puede llegar, incluso, hasta el 10 por 100 de la que en cada aprovechamiento se produzca.

En los pantanos se establece una servidumbre de embalse o remanso; se modifica también todo el sistema de las concesiones rogadas, per-

(14) Sobre el tema, cfr. CÍRULO MARTÍN-REIORTILLO, *Cuestiones jurídico-fiscales sobre los montes de los pueblos*, Barcelona, 1944, 16 ss. Por lo que se refiere a la actual legislación de nombres, vid. la excelente obra de ALEJANDRO NIETO, *Bienes comunales*, Madrid, 1961, 783 ss.

mitiéndose a la Administración que sea ella la que concurre los aprovechamientos, siempre y cuando se trate de aprovechamientos relacionados con obras realizadas por el Estado; se señalan igualmente las condiciones a tener en cuenta para la resolución de estos concursos —importancia del aprovechamiento, canon y tarifas propuestos, plazos de ejecución de las obras y duración de la concesión—. En estos casos, y si la obra hubiera de ser construída por el Estado, podrá, sin embargo, optarse por la fórmula de una cooperación económica por parte de aquél, en cuyo caso los licitantes podrán también «ofrecer rebaja del auxilio económico correspondiente al Estado». El Anteproyecto LA CIERVA regula asimismo lo referente a fianzas y ejecución de obras (Base 13) y caducidad de las concesiones (Base 14), ordenándose en las disposiciones transitorias, una vez más (Base 15), que se lleve a cabo el correspondiente Catálogo de aprovechamientos y, consecuentemente, el Plan de su mejor explotación.

No creo sea necesario insistir en el importante significado que este texto presenta. En él se recogen, en primer lugar, los puntos más importantes que, con posterioridad a la Ley de Aguas, habían sido objeto de distintas regulaciones administrativas: señalemos a este respecto los Reales Decretos de 12 de abril de 1901, 14 de mayo de 1921 y, especialmente, como hemos dicho, el de 14 de junio del mismo año. El Anteproyecto, en base a una valoración real de los problemas existentes, señala también los puntos más polémicos que en aquel entonces presentaba nuestro ordenamiento de las aguas públicas, ofreciendo en tal sentido distintas soluciones, algunas de las cuales serán después sancionadas posteriormente: Real Decreto de 16 de mayo de 1925, sobre saltos de pie de presa; Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, sobre concesiones de aguas para aprovechamientos de interés público; Real Decreto-Ley de igual fecha, ya citado, sobre la naturaleza de las aguas nacidas en los montes municipales, etc. El texto LA CIERVA, por último, aborda igualmente una serie de cuestiones todavía latentes, y que transcurrido cerca de medio siglo, están aún sin resolver en nuestro sistema jurídico administrativo; tendremos ocasión de insistir sobre algunas de ellas.

III

LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA POSTERIOR A LA PUBLICACIÓN DE LA LEY.

Siguiendo en este estudio un proceso lógico, después de haber señalado los intentos habidos para llevar a cabo la reforma de la Ley de Aguas, debemos analizar cuáles han sido las innovaciones más importantes que, desde 1879 hasta nuestros días, ha sufrido la legislación en materia de aguas.

No habré de entrar, sin embargo, en el estudio detenido del tema, por haberlo realizado ya de modo expreso JORDANA DE POZAS (15), a cuyo trabajo, una vez más, me remito. Pocas han sido, ciertamente, muy pocas, las disposiciones con rango legal que en algunos puntos muy concretos han modificado la Ley de 1879. Sin embargo, como el propio JORDANA señala, para formarse una idea real de la evolución sufrida en la materia, más que al rango jurídico de las normas hay que atender al objeto y contenido de las distintas disposiciones, circunstancia que, asumida hasta sus últimas consecuencias, nos acreditará, sí, que la Ley de Aguas no ha sido modificada fundamentalmente, pero nos acreditará también hasta qué extremo —incluso desde una perspectiva institucional— quedan al margen del texto de 1879 aspectos importantísimos y fundamentales de nuestra ordenación jurídica de las aguas.

La observación anterior es necesario valorarla en toda su importancia, hasta el extremo de poder afirmar que la regulación básica en materia de aguas desconoce muchos puntos fundamentales que en el momento presente ofrecen una gran significación. Confesémoslo abiertamente: la mayor parte de la actuación del Estado en esta materia y el mayor número de las relaciones administradas-Administración se refiere en nuestros días a temas cuya regulación sustancial escapa del texto de la Ley vigente, si no en su totalidad, sí, al menos, en parte muy considerable. Y quede bien claro, que no se trata en ningún momento ni de eludir el significado de las normas reglamentarias, ni de convertir el texto legal en un conjunto de disposiciones ejecutivas (16), sino, simplemente, de postular y defender que debe ser en la ordenación básica

(15) JORDANA DE POZAS, 26 ss.

(16) Preocupación constante de los redactores de la Ley actual fué no incluir en ella los aspectos estrictamente reglamentarios; cfr. *La Ley de Aguas de 1866*, cit., 72, 159, 890, 903 y *passim*. Ello es una de las causas de perennidad de la Ley.

de nuestras aguas en la que estas actuaciones y esas relaciones deben encontrar el punto de apoyo, incluso, el arranque de su fuerza y duración. Se trata, insisto, de que la Ley, como ordenamiento fundamental en la materia, recoja y sancione los enunciados primarios, auténticamente institucionales en muchos casos, sin perjuicio, claro es, de la ulterior reglamentación que de ellos haya de hacerse.

En la línea de esta normatividad «complementaria» pueden referirse muchos ejemplos. Señalemos algunos de ellos: el sistema de los Registros administrativos de aprovechamientos de aguas públicas (Real Decreto de 12 de abril de 1901; Reales Ordenes de 30 de abril de 1901 y 12 de marzo de 1902; Decretos de 11 de junio de 1941; Orden de 13 de septiembre de 1941; Decretos de 7 de mayo de 1942 y 29 de marzo de 1944; Orden de 24 de julio de 1963, etc.); lo relativo a la ordenación de las organizaciones superiores de usuarios de aguas públicas (Real Orden de 5 de marzo de 1926; Real Decreto-Ley de 28 de julio de 1928; Orden del 6 de agosto de 1963); lo referente, ni más ni menos que al otorgamiento de concesiones de aprovechamientos de aguas de interés público (Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927), a la reserva de caudales a favor del Estado y a la posibilidad de licitar no sólo aprovechamientos aislados, sino también tramos enteros de ríos; lo relacionado con los saltos de pie de presa (Decreto de 18 de julio de 1943; Decreto de 15 de marzo de 1946, etc.), y con las obras de regulación realizadas por el Estado, así como la consiguiente influencia de las mismas en los derechos correspondientes a los aprovechamientos anteriormente existentes (Decreto de 10 de enero de 1947); la situación de los usuarios de aguas públicas encuadrados en los sistemas de riego realizados por el Estado, etc. Todos éstos, entre otros muchos, son temas cuya importancia y significación actual no es necesario destacar y que, sin embargo, son totalmente desconocidos en el texto de la vigente Ley de Aguas, careciendo algunos de ellos, incluso, de regulación alguna.

El enunciado de los temas expuestos, las causas anteriormente apuntadas acerca de los desarrollos técnicos, así como la firme convicción, sobre la que no es preciso insistir, de que hoy al Estado se le exige algo muy distinto de lo que se le requería en 1866-79, son, queramos o no, razones irrefutables que nos sitúan ante la necesidad de abordar con sentido unitario y de conjunto, la revisión de la vigente Ley de Aguas, bien entendido, además —repetámoslo una vez más—, que el valor y la actualidad que este texto presenta ni puede ni debe ser óbice para que la reforma a proponer quede cerrada en los estrechos límites que acaso pudieran aconsejar una fidelidad literal y excesiva al texto anterior.

IV

LA TÉCNICA DE LA REFORMA: REFORMA PARCIAL.

Las consideraciones anteriores, en el doble plano en que han quedado formuladas —de mantenimiento, por una parte, y de reforma, por otra—, nos sitúan frente a dos posibles caminos a seguir, aún aceptando como principio la conveniencia de mantener en su totalidad el espíritu de la Ley vigente. Por una parte, llevar a cabo en su totalidad la elaboración de una nueva Ley de Aguas; por otra, conscientes de que realmente la necesidad efectiva y cierta de la reforma se concreta sólo en unos cuantos puntos, proceder únicamente a la modificación de éstos.

Argumentando frente a la primera de las dos posibilidades apuntadas, pueden acaso invertirse los términos del problema: la necesidad de reformar la Ley de Aguas, ¿por qué, en vez de conducirnos a una Ley nueva, a la que, incluso, si se quiere, trascienda el espíritu de la Ley vigente, no nos lleva a que se modifique ésta, precisamente en aquellas partes —y sólo en ellas— en que tal reforma se considera como necesaria?

El cambio de perspectiva conduce, sin duda alguna, a consecuencias importantes: la necesidad de una reforma nunca debe degenerar en un talante a ultranza reformista, máxime cuando la técnica de la reforma parcial tiene además en su apoyo una serie de razones muy importantes.

En primer lugar, una Ley totalmente nueva, aparte de no ser una necesidad auténticamente exigida, supondría un cambio radical y rotundo, para el que ni la Administración, ni los Tribunales, ni los propios administrados, se encuentran preparados. Es preciso percibir en sus justas dimensiones hasta dónde llegaría en sus consecuencias el simple hecho de promulgar una nueva Ley de Aguas. No se nos oculta, desde luego, que la legislación vigente, incluso en aquellas partes que defendemos deben mantenerse, puede presentar defectos e incluso lagunas. No obstante, deben ponderarse siempre tales deficiencias, de modo que nunca una nueva Ley puede justificarse por el simple hecho de regular de modo más técnico y completo una serie de materias, sino que es preciso, además, que los innegables perjuicios y alteraciones que el cambio legislativo indefectiblemente produzca sean muy en mucho menores a las posibles ventajas que del mismo cambio pueden derivarse.

Considérese también, avalando el razonamiento anterior, que una

nueva Ley llevaría consigo, en muchos puntos, la invalidez de las decisiones jurisprudenciales y administrativas, decisiones que, sobre muchos problemas dudosos, han dado ya una solución. Estaríamos entonces en la posición de casi tener que volver a empezar en la interpretación de los problemas que el nuevo texto forzosamente habría de traer consigo.

No obstante, en este mismo orden de cosas, no es la consideración anterior la más importante y decisiva, sino aquella otra que se refiere a las disposiciones reglamentarias, de carácter complementario fundamentalmente, que, en principio, una nueva Ley habría de invalidar en su mayor parte, sin que, por el contrario, quepa aducir, para justificar toda una nueva Ley, la simplificación y sustitución de esos preceptos reglamentarios que, precisamente por tener tal carácter, en modo alguno deberían incorporarse a su texto, encontrándonos también entonces, de nuevo, en la situación de tener que completar reglamentariamente y en su totalidad la Ley que en tal caso pudiera promulgarse.

Considérese también cómo la técnica de las reformas parciales tiene en la legislación española el magnífico precedente de la legislación civil, cuyos beneficios resultados pueden percibirse fácilmente, sin que en ningún momento haya habido necesidad de tener que acudir a la total sustitución de todo el texto legal.

Por último, en el caso de la Ley de Aguas hay también razones de carácter substantivo y material que permiten y facilitan su reforma parcial. La propia naturaleza de la materia regulada hace posible que se modifique una de las partes de la Ley, sin que haya necesidad de establecer, siempre y necesariamente, la modificación de todo el resto del articulado, como, por ejemplo, ocurriría tratándose de otro tipo de leyes. Se comprende fácilmente que puede modificarse, por ejemplo, la regulación de los aprovechamientos hidroeléctricos o la doctrina de la concesión, sin que haya necesidad de alterar las normas que se refieren a las servidumbres, a la calificación pública o privada de las aguas, o a la competencia de los Jurados de Riegos.

V

AMPLITUD Y SENTIDO DE LA REFORMA.

Señalado el carácter parcial que debe asumir la reforma, han de determinarse, naturalmente, los puntos a los que de modo fundamental debe referirse, bien entendido, además, que desde una perspectiva es-

strictamente doctrinal en ningún momento se trata de formular propuesta alguna, sino tan sólo de constatar, en relación con los mismos, la adecuación o no de la ordenación jurídica vigente a una realidad que es preciso contemplar siempre en la complejidad misma con que se presenta.

1. *La doctrina de los aprovechamientos especiales.*

Conviene tener presente, en primer lugar, la constante histórica que, mantenida en todos los países y en todos los tiempos, permite afirmar que cuanto más reducido es el margen de los caudales de agua de que se dispone, más cuidadosamente debe fijar entonces el ordenamiento jurídico no sólo las características de esas explotaciones, sino también la compatibilidad y armonización de cada una de ellas entre sí, y de todas ellas en función del mayor rendimiento y utilidad. Y ello para lograr no sólo, como es lógico, un mayor rendimiento de los caudales aprovechados, sino también la desaparición o, al menos, la reducción al máximo de los márgenes residuales que de esos caudales puedan quedar sin explotar. Proveer debidamente este punto es cuestión importantísima, para evitar, sobre todo, que cuando quiera ser afrontado sea ya demasiado tarde.

Nuestro derecho histórico, por su parte (17), nos evidencia cómo precisamente la necesidad de una regulación jurídica de carácter general de los aprovechamientos de aguas públicas, surgió, ni más ni menos, que al desaparecer la posibilidad de que quien quisiera y como quisiera pudiera proceder a su utilización y empleo. Se hizo entonces necesario —terminando así con el sistema anterior— establecer un orden, una compatibilidad, un control sobre todos los aprovechamientos a explotar y sobre el modo de llevar a cabo la utilización de las aguas. Pues bien, consideraciones del todo análogas pueden formularse también en nuestros días. Junto a la importancia del agua como elemento principal y básico en el desarrollo de nuestra economía, la inexorable y cada vez más creciente limitación de los caudales disponibles con los que hay que satisfacer perentorias e ineludibles necesidades; la idea de lograr del modo más directo el mayor rendimiento de la riqueza hidráulica disponible, en base a unos supuestos en función de los cuales no pudo operar el legislador de 1866-79, debe ser el principio rector que señale la ordenación jurídica a establecer.

El interés público, determinante a su vez del bien de la comunidad,

(17) Cfr. *ibidem*, XIX ss.

impone en nuestros días una serie de modificaciones, fundamentalmente, en el sistema estructural que está establecido para los aprovechamientos especiales de aguas públicas. Este sistema, inspirado en principios estrictamente liberales, se ha desarrollado hasta el momento de modo exclusivo en base a la técnica de la concesión rogada, cuando no entraba en juego la doctrina misma de la prescripción adquisitiva. Sólo aquellos aprovechamientos solicitados por los particulares —y en función, incluso, del objeto integrante de esa misma petición— pueden ser otorgados; y ello, además, partiendo de la consideración aislada que individualmente ofrece cada uno de los aprovechamientos (18). ¿Cuáles han sido los resultados de este sistema? Determinados tramos que, sin duda, unidos a otros, hubieran sido de rentable explotación, quedan sin explotar, o tal explotación resulta ya, en estos momentos, ciertamente problemática y dificultosa. El criterio de las concesiones individualizadas, cuya fijación *de facto* queda además, como principio, casi exclusivamente en mano de la iniciativa particular, constituye en la actual legislación de Aguas el punto más necesitado de reforma. Señálese, además, que cuando en ocasiones, cada vez más frecuentes, ha habido necesidad de superar el criterio de la concesión aislada, sustituyéndolo por el otorgamiento y explotación de todo un tramo, ello ha venido haciéndose siempre sin apoyo en texto legal alguno o mediante la aplicación un tanto peculiar de la doctrina de las reservas que, a favor del Estado y para sus servicios, establece el artículo 7 del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, reserva de unos caudales que más tarde eran concursados por el Estado o adjudicados directamente a empresas que, en virtud de un *status* peculiar, han podido gozar de tal situación de privilegio (19).

Resulta, por tanto, necesario proponer una fundamentación legal coherente en función de los fines señalados, de modo que los distintos aprovechamientos queden siempre determinados de acuerdo con las posibilidades que el conjunto hidráulico presenta en cada caso, y con las necesidades que éstas pueden satisfacer. Todo ello, además, en base a una

(18) Expresamente sobre este extremo, Sebastián MARTÍN RETORILLO, *Trayectoria y significación de las Confederaciones Hidrográficas*, en *De las Administraciones*, cit., 122, 177 y *passim*, en cuanto que precisamente era uno de los puntos que en su origen más directamente pretendieron afrontar las Confederaciones Hidrográficas.

(19) Me refiero, principalmente, a algunas Sociedades del Instituto Nacional de Industria, que en ocasiones han gozado del beneficio de la reserva previa a favor del Estado de tramos de distintos ríos, para llevar a cabo el aprovechamiento integral de los mismos; vid., por ejemplo, el Decreto de 21 de octubre de 1955, en relación con el artículo 7 del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927. (Sobre el tema, en particular, mi Ponencia a la «table ronde» del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas de Varsovia, junio 1964. *Las empresas públicas en el Derecho español*.)

explotación planificada que sea la que exclusivamente abra el camino a las concesiones de aprovechamiento de aguas públicas, debiendo ser modificada la situación actual, dando paso a que sea el Estado quien determine los tramos y aprovechamientos a explotar sin que, como es lógico, esto suponga en modo alguno que haya de ser necesariamente la Administración la que proceda después a la explotación de esos aprovechamientos. Todo esto, sin embargo, requiere con carácter previo la formalización del oportuno Plan de aprovechamientos por parte del Estado, en el que se determine la base de las ulteriores licitaciones, Plan de aprovechamiento, desde luego, con un significado y con un contenido del que hoy carece totalmente el vigente Plan Nacional de Obras Públicas (20).

Las consideraciones anteriores nos sitúan también frente a la conveniencia de estructurar y matizar en la nueva Ley una serie de puntos concretos que están en relación con la doctrina general de los aprovechamientos. Señalemos, entre ellos, la regulación de los aprovechamientos múltiples, y especialmente los de saltos de pie de presa; las llamadas concesiones en cartera, de modo fundamental, las referidas a los aprovechamientos de aguas a poblaciones y para producción de energía eléctrica, superando en este punto los criterios, por demás simplistas, de la doctrina de la caducidad (21); la reiteración del principio de que el aprovechamiento sólo concede un derecho de uso y nunca de propiedad, por lo que aunque las aguas entren en cauces privados, e independientemente de los derechos que sobre ellas puedan ostentarse, las aguas siguen siendo siempre públicas (22); la posibilidad de modificar, en su caso, y siempre con las debidas garantías, el orden de prelación de los aprovechamientos que fija el artículo 160 de la Ley de Aguas, cuando así lo requiera el mejor régimen de explotación de la cuenca, pues sabido es cómo no siempre el orden de prelación recogido en el artículo 160 responde hoy día a los criterios de mayor rendimiento y economía (23); fortalecimien-

(20) Sobre el significado del Plan Nacional de Obras Públicas, el actual aprobado por Ley de 11 de abril de 1939, con modificaciones posteriores, cfr. mi trabajo *La construcción*, cit., 42 s.

(21) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema*, cit., 271 ss.

(22) Son válidas todavía, en el sentido señalado en el texto, las afirmaciones de LÓPEZ DE HARO, *Aguas*, «Rev. Dcr. Priv.» (1914), 7, 222. Un análisis de las distintas soluciones jurisprudenciales sobre el tema en la colaboración de LACRUZ BERDEJO en los *Estudios en honor del Profesor Serrano y Serrano*, I, Valladolid, en prensa.

(23) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Consideraciones sobre el régimen jurídico de los aprovechamientos múltiples de aguas públicas* «Rev. Gal. Leg. y Jur.», junio 1962, 9 ss. (de la separata); la ponderación de los intereses que representan los distintos tipos de aprovechamientos constituye hoy día el punto central de un buen derecho de aguas: WÜSTHOFF, 37.

to de las funciones de policía, tanto en su carácter general como por lo que se refiere a la posibilidad de utilizar la acción directa para la recuperación de oficio de las aguas públicas indebidamente aprovechadas, tal y como, con carácter general, se ofrece en nuestro ordenamiento administrativo a las Corporaciones locales en relación con sus bienes de dominio público, etc.

2. *Los «viejos» derechos y privilegios.*

El problema que analizamos presenta todavía más dificultades si consideramos junto a las razones operativas que hemos señalado en el apartado anterior, fijadas en cierto modo hacia un futuro y mejor aprovechamiento de las aguas, la necesidad de compatibilizar tales exigencias con el respeto a unos derechos adquiridos y a unas situaciones alcanzadas, acaso hace ya muchos siglos, hondamente arraigadas además en la conciencia jurídica y social del país, y que a lo largo del tiempo han acreditado muy cumplidamente su eficacia y razón de ser. Derechos y situaciones, que, sin embargo, aunque deban ser respetados, no pueden y no deben ser formulados en nuestros días con un sentido absoluto, como acaso pudieron tenerlo en su origen. El mal uso o el abuso en el aprovechamiento del agua debe ser radicalmente prohibido; el transcurso del tiempo, por mucha historia que queramos aducir para justificar estas situaciones, nunca puede convalidar unos comportamientos abusivos. Además, los procedimientos técnicos de que hoy se dispone permiten no sólo un mayor rendimiento de unos caudales determinados, sino también la justa fijación de los que pueden ser necesarios para satisfacer una serie de necesidades. Lo que no es, en ocasiones, sino simple comodidad para determinados usuarios, no debe nunca transformarse en menoscabo y reducción de posibilidades para que otros puedan también beneficiarse del aprovechamiento del agua.

Surge, pues, la necesidad de compatibilizar los actuales intereses generales de la comunidad con unas situaciones muchas veces un tanto indeterminadas e inconcretas, apoyadas con frecuencia tan sólo en la costumbre o el uso. Compatibilidad que ha de lograrse siempre sobre la base de una equilibrada y justa ponderación de necesidades e intereses, y que obliga, en primer lugar, a que se proceda a una constatación de carácter formal de esas mismas situaciones, mediante el empleo de técnicas catastrales o registrales, que permitan así su exacta determinación y conocimiento, técnicas que, como es sabido, papel tan importante desempeñan en algunos sistemas del derecho compa-

rado, no sólo en cuanto la determinación de los derechos de uso de los administrados, sino, incluso, en cuanto a la fijación de la naturaleza misma de las aguas (24). Ello nos sitúa, sin embargo, ante la necesidad de proceder sistemáticamente a una serie de consideraciones.

a) *La inscripción registral como fórmula de verificación y control.*

La necesidad, en primer lugar, de proceder a una revitalización de los Registros de aprovechamientos de aguas (25), dándoles incluso un sentido distinto al que hoy tienen. Ya hemos visto cómo ésta ha sido preocupación constante en todos los intentos de reforma de la Ley, la ineficacia de los Registros; sin embargo, a pesar de las reiteradas instancias de la Administración a que se llevase a cabo la inscripción, tal inscripción ha estado siempre condicionada por razones de tipo fiscal. Desaparecidas éstas, últimamente, mediante la Ley 41/1964, de 11 de junio (art. 145, § 15), conviene insistir sobre el tema, otorgando incluso al Registro funciones constitutivas, determinantes a los efectos de ordenación de los aprovechamientos que seguidamente referiremos.

En este punto, conviene tener en cuenta que el papel que en el ordenamiento jurídico de las aguas ofrecen las situaciones y normas consuetudinarias obliga, por ello mismo, a un fortalecimiento de estas técnicas registrales, así como del valor a deducir de tales inscripciones. Considérese, además, que la existencia de viejos derechos y antiguas costumbres, así como la relevancia que los mismos juegan en el ordena-

(24) Teniendo en cuenta el sentido que el concepto de bienes públicos recibe en el derecho alemán, cfr. cómo la titularidad de las aguas acostumbra a venir determinada en las Leyes de los distintos Estados, con mayor o menor intensidad desde luego, de acuerdo con el criterio formal de catalogación de las aguas según distintos órdenes: vgl. WÜSTHOFF, 60 ss., 129 ss. y *passim*; especial interés ofrecen los trabajos de GIESEKE, *Sizalbindungen des Eigentums im Wasserrecht*, en *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20 Jahrhunderts*, Fest. Lehmann, I, Berlín-Tübingen-Frankfurt a. M., 1956, 314 ss., y de SIERVERS, *Die natürliche Wasserlauf im Recht*, «Verwaltungsarchiv», 1960, 51, 3, 187 ss., con amplias referencias históricas y al Derecho comparado.

(25) Hay abundantes referencias sobre el tema, de modo especial por lo que se refiere a las relaciones de estos Registros de aprovechamientos con el de la propiedad, analizándose fundamentalmente, como es lógico, aquellas inscripciones de aprovechamientos ganados por prescripción: Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, *La inscripción de aprovechamientos hidráulicos en el Registro especial de aguas*, «Rev. Der. Priv.» (1931), 375; Jerónimo GONZÁLEZ, cit., 184 ss.; M. GUIMERÁ PERAZA, *Las actas de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario. Aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción*, «Rev. Jur. de Cataluña» (1955), 3, 195 ss.; también, recientemente, ORTEGA MARTÍNEZ, *El acta de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario y consideraciones sobre su actual liquidación de derechos reales*, y GIL FGEA, *Inscripción de aprovechamientos de aguas públicas utilizadas por las Comunidades de Regantes*, los dos como Comunicaciones presentadas al I Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, Valencia, 1964.

miento jurídico de las aguas, no es característica exclusiva del sistema español, sino que análogo fenómeno encontramos también en el Derecho comparado (26), en el que precisamente se acude a la fórmula de tami-
zar y verificar a través de las oportunas inscripciones, no sólo la exactitud de sus antiguos derechos, sino también el contenido concreto que los mismos deben ofrecer en cada momento, técnica que juega paralela a la facultad de la Administración de revisar de oficio las inscripciones realizadas en los Registros de aprovechamientos, fundamentalmente, cuando llevadas a cabo las obras de regulación de un determinado curso de agua, se altera de modo sustancial el régimen de los aprovechamientos que en él existen (27).

(26) En relación con el Derecho italiano, vid., por todos, las referencias contenidas en BUSCA, *Le acque nella legislazione italiana*, Torino, 1962, así como el fundamental y clásico trabajo de Pietro BONFANTE, *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, «Arch. Giur.», 87, 1. Es, sin embargo, en el Derecho alemán donde el tema se plantea de modo más intenso y sugestivo: con carácter general, ya MAUNZ, *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts*, München, Berlin und Leipzig, 1933, 36 ss., se refirió a la importancia del Derecho consuetudinario en relación con los bienes públicos contrastando el valor que ofrece en la realidad con el que le otorgan las Leyes, que siempre reducen y menoscaban el valor de esas normas consuetudinarias. El tema ha pasado a primer plano en los últimos tiempos en virtud de lo que dispone el artículo 15 de la Ley federal de «administración de las aguas» de 27 de julio de 1957, que, al sancionar la existencia de los «alte Rechte» y «alte Befugnisse», admite, sin embargo, la posibilidad de que sean limitados o abolidos si el «bien de la comunidad» lo requiere, con indemnización o sin ella, según los casos: en el primer supuesto se hace entrar en juego el artículo 14 de la Ley Fundamental, no habiendo lugar a indemnización si se trata de antiguos derechos que ya podían ser limitados administrativamente. El tema constituye, a mi modo de ver, uno de los puntos más polémicos y sugestivos de la actual literatura jurídica alemana sobre aguas: vid. H. KULZ, *Das «Wohl der Allgemeinheit» im Wasserhaushaltsgesetz*, Fest. P. Gieseke, Karlsruhe, 1958, 187 ss. También, entre los comentarios a la citada Ley, entre otros, KOLB, *Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts*, Köln, 1958, 17, 98 ss.; WITZEL, *Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts*, 3.ª ed., Berlin-Frankfurt a. M., 1961, 56 ss.; SAUER-LAIS-QUIRELL, *Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts*, Stollham, 1958, 78 ss. Por su parte, SIEVERS, *Zum Wasserhaushaltsgesetz der Bundesrepublik*, Fest. P. Gieseke, cit., 279 ss., compara la situación de los «alte Rechte» con que se ha encontrado la Ley sobre «administración de las aguas» con la que hubo de afrontar el BGB en relación con las distintas Leyes de los Länder: importante es también la referencia que recoge (282), relacionada con la elaboración de la Ley en la Comisión del Bundestag, al señalar como fundamental la idea de que el reconocimiento de estos «alte Rechte» supusiese en cierto modo una conversión de los mismos en concesiones administrativas. De especial interés sobre el tema, KRÜGER, *Das neue Wasserrecht und die alten Berechtigunden*, Hamburg, 1961, *in totum*. En relación con el Derecho suizo, pero recogiendo, a su vez, abundantes referencias de Derecho comparado, LIVER, *Die ehehaften Wasserrechts in der Schweiz*, Fest. Gieseke, cit., 241 s.

(27) El tema se ha planteado recientemente en el Derecho español en relación con la inscripción de antiguos aprovechamientos que inicialmente habían sido fijados no en un volumen determinado de agua, sino en parte proporcional a la que pudiera discurrir por el cauce. Realizadas por el Estado distintas obras de regulación y normalización de la corriente, pretendían los usuarios que la inscripción de los caudales en el Registro

b) *La prescripción como medio de adquirir el aprovechamiento especial de aguas públicas.*

El texto vigente, en sus artículos 149 y concordantes, y consecuentemente, el Código civil, en su artículo 409, creemos que deben ser también objeto de modificación en el sentido de que sólo la concesión administrativa abra el camino para cualquier tipo de aprovechamientos especiales de aguas públicas (28).

Es cierto que la prescripción constituye uno de los medios generales de adquisición de derechos, conforme a los principios de nuestro Código civil, con expresión concreta en este caso del aprovechamiento de las aguas públicas. Es cierto, también, que, aun admitida la posibilidad de que por el uso pacífico e ininterrumpido durante más de veinte años se produzca la adquisición del derecho al aprovechamiento, cabría impedir los usos abusivos mediante la actuación de los órganos de la Ad-

de Aprovechamientos no se realizase en volúmenes, sino que se reconociera el derecho a seguir disfrutando de la misma parte proporcional de las aguas que ahora, realizadas las obras, disfrutarían por el río. El Tribunal Supremo, con muy buen criterio, desestimó el recurso interpuesto, en sentencia de 21 de septiembre de 1963 (Ponente, señor ESCOBAR). Dice así textualmente: «El primer pedimento de la demanda, que postula se declare que la Administración, en las inscripciones de aprovechamientos hidráulicos, debe limitarse a registrar los derechos que se invoquen y justifiquen y reconozcan como de origen anterior a la vigente Ley de Aguas, no puede ser atendido en los términos abstractos en que se formula, sino que hay que entender modulada tal facultad administrativa por lo dispuesto: a) en el párrafo 2.º del artículo 152 de la aludida ordenación legal, según la cual, si en los aprovechamientos anteriores a su promulgación no estuviese fijado el caudal, se entenderá concedido únicamente el necesario para el objeto del mismo, lo que se determinará por el Ministerio de Obras Públicas, con audiencia de los interesados; b) en la norma 4.ª de la Real Orden de 12 de marzo de 1902, preceptiva de que las informaciones versarán sólo sobre el hecho de la posesión y no serán válidas en cuanto a la cantidad de agua que se diga utilizada; y c) en la regla 5.ª de la Orden dicha, que faculta a la Administración para fijar el volumen utilizable... En el caso de autos se han observado las disposiciones mencionadas, reconociéndose el derecho a la inscripción del agua precisa para la extensión fijada, como regable según la propia Comunidad y conforme a la que es necesaria por unidad, de acuerdo con estudio técnico-agronómico, y ello señalado en litros-segundo y no en «filas o plumas», por ser este término de confusa y vaga significación, de lo que se deduce la indeterminación anterior del caudal, e incluso se prevé, en la observación primera del asiento registral impugnado, un aumento de dotación, en el momento que la misma consigna para el atendimiento de las tierras extremas cuya extensión se fija, y que en la actualidad sólo disponen de las aguas sobrantes. Según queda razonado, el cumplimiento exacto de las normas aplicables impide acceder a la solicitud de la demanda de que se anulen las resoluciones recurridas, por no ser cierto que ellas han desconocido derechos adquiridos por la Comunidad, sino que, por el contrario, por imperio de la normativa legal y reglamentaria que se ha detallado en el Considerando anterior...»

(28) JORDANA DE POZAS, 59, tampoco excluye la solución propuesta de suprimir la prescripción como forma de adquirir los aprovechamientos especiales de aguas públicas.

ministración, que, en ejercicio de las funciones de policía, podrían impedir que se consolidase ese aprovechamiento, en principio, abusivo. Esta solución, sin embargo, resulta utópica a todas luces. Existe, por una parte, la imposibilidad práctica de llevar a cabo, con la amplitud que pudiera requerirse, esa función de vigilancia. Por otra, no puede dejar de valorarse el hecho de la frecuencia con que se producen los aprovechamientos abusivos de aguas públicas y la realidad de que en muchas ocasiones tales aprovechamientos surgen, ni más ni menos, que ante la expectativa de su consolidación por el transcurso de veinte años, eludiendo así trámites ulteriores —comenzando por la propia competencia de proyectos— que pudieran ser requeridos para la obtención normal de una concesión administrativa.

La supresión de la prescripción como medio de adquirir el aprovechamiento de aguas públicas, si tiene consecuencias muy importantes en orden a la eficacia en la explotación de los recursos hidráulicos, en la realidad no es, sin embargo, una medida tan radical como pudiera deducirse del simple enunciado de tal propósito.

Efectivamente, la imposibilidad de adquirir por prescripción comienza por no ser, desde luego, extraña en nuestro Derecho de aguas; así, ya la Real Orden de 23 de marzo de 1843 afirmó la competencia de la Administración para autorizar obras y aprovechamientos de aguas y la imposibilidad legal de ganar por prescripción derechos que o pertenecían al Estado o habían sido suprimidos como privilegios señoriales. El Real Decreto de 29 de abril de 1860 mantiene esta posición, y sólo pensando en un reconocimiento de las situaciones existentes, y nunca en que se generalizara para el futuro, la Ley de 1866 recoge la posibilidad de recoger la prescripción como título legítimo para llevar a cabo el aprovechamiento especial de aguas públicas por respetar las situaciones de hecho *entonces* existentes. Esta admisión la lleva a cabo el texto de 1866-79 con un innegable carácter transitorio, y además, con un carácter ciertamente subsidiario en relación con el procedimiento ordinario que con carácter general establece la Ley, y que es el de la concesión administrativa; así se deduce, por ejemplo, del artículo 147 de la Ley vigente, donde se establece tajantemente el principio general de la concesión como medio normal de obtener los aprovechamientos especiales de aguas públicas, y sólo al considerar unas situaciones existentes —el propio texto de la Ley es a este respecto importante—, el artículo 149 permite la consolidación del hecho posesorio, dando entrada a la prescripción. La Exposición de Motivos es a este respecto ciertamente aleccionadora. Dice textualmente:

«La índole de estos aprovechamientos exige que se obtengan por autorización del Poder público. Este es el principio general sentado por la Comisión, con muy pocas excepciones. Mas esta autorización ¿deberá ser siempre expresa o podrá admitirse la tácita o presunta? Cuestión es ésta más difícil de resolver de lo que a primera vista parece, porque, aun exigida la expresa, tal podría llegar a ser, andando el tiempo, su antigüedad, que no fuera posible o, por lo menos, fácil presentar su título fehaciente. En Cataluña y Valencia, desde el tiempo de la Conquista, en que se reservaron los Reyes la facultad de conceder el aprovechamiento del agua, no se ha construído ningún artefacto que la utilice como fuerza motriz sin la competente autorización; y, sin embargo, pocos, ninguno quizá, de los más antiguos podrá presentar el título que la acredite, después de los innumerables tránsitos que ha experimentado la propiedad. Esta tolerancia, imputable a la Administración, cuyos agentes deben impedir el establecimiento de aprovechamientos ilegales, equivale a una concesión tácita, y la Comisión cree que debe dársele fuerza de tal, so pena de mantener la legitimidad de los aprovechamientos, tanto más incierta cuanto mayor fuere el número de años que exigiera por su prescripción.»

Parece evidente, pues, sin que haya necesidad de insistir sobre ello, que estas razones concretas que abonaron la posición mantenida en la actual Ley de Aguas no existen hoy desde el momento en que se han consolidado tales situaciones anteriores a 1866, así como otras muchas iniciadas posteriormente, cuyo *status* jurídico en ningún momento se trata de menoscabar con la supresión de la prescripción adquisitiva, sino simplemente de impedir ulteriores reconocimientos en aras de una mayor eficacia y racionalidad en el aprovechamiento y explotación de los caudales públicos.

3. *¿Nacionalización de todas las aguas corrientes? Limitaciones en las facultades dominicales de los propietarios de aguas privadas.*

Problema importante a considerar es el de la distinta naturaleza, pública o privada, de las aguas. Sabida es la solución realmente progresiva que para su tiempo adoptó en este punto la Ley de 1866-79, de modo especial, por lo que se refiere a las aguas corrientes. En las fórmulas recogidas por la Ley hay, como ha señalado JORDANA DE POZAS (29), un

(29) JORDANA DE POZAS, 24; también ALONSO MOYA, 34 s. Sobre el fundamento políticamente dialéctico que presentan siempre estas distintas soluciones, cfr. expresamente MAUNZ, 311 ss.

evidente predominio del punto de vista administrativo sobre el civil, perspectiva que, consecuentemente, influirá en la clasificación de las aguas que se hace. A este respecto, y por lo que se refiere a las aguas corrientes, el punto central es el artículo 5, bien entendido que, a mi modo de ver, una correcta interpretación del mismo atribuye, sí, la propiedad de las aguas al dueño del fundo en que nacen, pero sólo *para su uso y aprovechamiento*, y *ello además mientras discurren por dichos predios*. No es aventurado afirmar, por tanto, que el texto de la Ley no otorga a los propietarios de las aguas facultad alguna de disponer de ellas.

Esta interpretación ha sido además la que generalmente ha venido dando tanto la Administración activa como la Administración consultiva, no obstante la fuerte oposición de aquellos propietarios —principalmente Corporaciones locales— que pretendían disponer de esas aguas y gozar de la plenitud de su dominio, aun *no habiéndolas aprovechado de ningún modo*. Y ello, incluso, aunque se invocase la derogación cierta del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 como acreditativo de la intangibilidad de su pretendido dominio (30).

No obstante, el sentido efectivo de esta interpretación queda más que condicionado, no sólo por el aprovechamiento eventual sucesivo que el apartado 2.º de este mismo artículo establece, sino porque, como es sabido, el Código civil privatizará algunas de las soluciones propuestas por la Ley (31), especialmente por lo que se refiere a la amplitud con

(30) CiriLO MARTÍN-RETORTILLO, *Cuestiones*, cit., 16; muy interesantes son también a este respecto las consideraciones recogidas en el Dictamen del Consejo de Obras Públicas de 10 de enero de 1961, referente a la reforma parcial de la Ley de Aguas. Vid., recientemente, Alejandro NIETO, *Bienes comunales*, cit., 783. Sobre la posibilidad de aprovechar estas aguas por sus titulares, mientras discurren por sus predios, considérese el muy importante Decreto resolutorio de competencia, de 22 de mayo de 1963, que la señala a favor del Ministerio de Obras Públicas, por tratarse de un aprovechamiento a realizar ya fuera del monte. Cfr. recogido este Decreto en el núm. 41 de esta REVISTA, 180 ss., que a este respecto establece que «la naturaleza de dominio privado de las aguas sólo se mantiene, tanto conforme a la Ley de Aguas como con arreglo al Código civil, mientras las aguas no salen del predio privado en el que nacen o discurren, sólo dentro del cual pueden ser aprovechadas por su propietario o por otra persona a quien éste conceda el aprovechamiento... (por lo que) las aguas de escorrentías del monte X, de propiedad del Estado, podrán ser aprovechadas por sí o por un concesionario, por la Administración Forestal únicamente mientras se encuentren dentro de los terrenos de dicho monte, pero no cuando salgan de ellos. Tanto si se trata de aguas de lluvias caídas en el monte como si han nacido de manantiales dentro del mismo: en cuanto salen de sus linderos o artificialmente, se hacen aguas de dominio público y la concesión de su aprovechamiento ya no corresponde al ramo de Montes».

(31) Cfr., por todos, el acertado análisis que sobre este extremo hace ALONSO MOYA, *in totum*.

que el artículo 408 de este último cuerpo legal configura a las aguas privadas.

Esta dualidad ha sido y es origen constante de no pocos litigios, siempre en menoscabo de un auténtico y verdadero aprovechamiento exhaustivo de las aguas. A ello se une, como ha señalado JORDANA DE POZAS (32), el problema de las aguas subterráneas, cuya propiedad privada configura la propia Ley con un sentido más amplio que en relación con las aguas corrientes, en cuanto que *en ocasiones su aprovechamiento va a condicionar el de las aguas superficiales, debiendo considerarse también «la revolución originada por los progresos efectuados sobre el conocimiento, prospección y captación de las mismas»*. Lo dicho en relación con las aguas subterráneas debe extenderse también a las llamadas aguas subálveas, cuyo aprovechamiento, es evidente, condiciona todavía mucho más el de las aguas superficiales de las que aquéllas proceden.

Todo esto, queramos o no, nos sitúa frente a un problema fundamental, y es el de la conveniencia de suprimir la dualidad tradicional en materia de dominio de las aguas, declarando públicas todas ellas o, al menos, todas las aguas corrientes. Necesidad de proceder, por tanto, a la nacionalización del agua, única forma que, de modo absoluto, otorgaría al Estado título suficiente y bastante para intervenir de modo eficaz en la explotación de todas las aguas.

No creo que haga falta decir que la asunción de la fórmula propuesta no es óbice, naturalmente, ni para que los administrados puedan ostentar en tales casos auténticos y verdaderos derechos públicos subjetivos, jurídicamente protegidos y tutelados, ni para que al dueño del predio en que nacen las aguas se le reconozca la titularidad de unos determinados derechos al aprovechamiento de esas mismas aguas (33).

Hay además un dato importante que debe considerarse, y es que en

(32) JORDANA DE POZAS, 57 s.

(33) El Consejo de Estado, en su Dictamen de 10 de mayo de 1962, dice a este respecto: «... cabría ya diferenciar el origen del derecho de aprovechamiento, para perfilar, junto a los ya reconocidos, el del dueño del predio en que las aguas nacieran, cuyo derecho de uso y aprovechamiento, no el de propiedad, se entendería como accesorio del predio; o bien podría considerarse titular de una concesión, no administrativa, sino legal, puesto que su otorgamiento tendría lugar por ministerio de la Ley y no por decisión de la Administración. Naturalmente, tal derecho de uso y aprovechamiento se entendería exclusivamente para las necesidades del fundo, sin facultad alguna de enajenación separadamente de dicho fundo, y, por tanto, sujeto al requisito de su inscripción registral, con facultad administrativa de modulación, de acuerdo con las necesidades del fundo. Se cumpliría así, por otra parte, la finalidad del Registro de facilitar a la Administración conocimiento exacto de todos los derechos de uso existentes a efectos de mejor planificar el aprovechamiento racional de nuestros recursos hidráulicos.»

esta dirección nacionalizadora marchan las soluciones que el derecho comparado presenta (34), acentuándose cada día más, incluso en países de riqueza hidráulica muy superior a la nuestra. Sin embargo, al margen de este planteamiento debo reconocer que esta solución, que fué ya defendida, entre nosotros, por Joaquín COSTA (35), puede presentar algunas dificultades formales en cuanto a su aceptación, pese a que, como hemos visto, fué propugnada hace ya muchos años en algunos de los Proyectos de reforma de la Ley de Aguas. Pienso, además —y el tema roza con la extensión misma que se dé al concepto de dominio público (36)—, que acaso pudiera ser conveniente abandonar de una vez para siempre el fácil camino que viene caracterizando en los últimos años a la Administración española de extender de modo equívoco el concepto de dominio público, en cuanto que, sin necesidad de que el Estado asuma titularidad dominical alguna, pueden alcanzarse finalidades en cierto modo análogas, haciendo entrar en juego técnicas, si se quiere secundarias, pero de una eficiencia y virtualidad por demás comprobada (37). Con-

(34) Cfr. las referencias recogidas en JORDANA DE POZAS, 29, 43 y *passim*. También, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *El régimen jurídico de las aguas en el Estado de Israel*, en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, I, Madrid, 1961, 337 ss. En relación con el Derecho italiano, BUSCA, 11 ss., siendo en el sistema italiano de especial significación la solución que recoge el artículo 1.º del Decreto de 11 de diciembre de 1933, que establece un criterio cuantitativo de gran interés, al considerar como públicas todas las aguas —corrientes, fluyentes o subterráneas— que, bien consideradas por su caudal, o bien por la importancia de la respectiva cuenca en relación con el sistema hidrográfico al que pertenecen, sean aptas para un uso público y de general interés. Definitivas son, a este respecto, las palabras que en su voluminosa obra recoge ANIBAL GILARDONI, *Acque pubbliche e impianti elettrici col commento al T. U. 11 dicembre 1933*, Roma, 1935-37, I, 202: «La rapidità del movimento politico sociale..., le stesse materiali necessità dell'industria non tollerano più che un titolo di pretesa proprietà idrica, costituisca per mesi e per anni, l'ostacolo attorno al quale bisogna moltiplicare i contrasti per ottenere ad esempio una grande derivazione... E l'utilizzazione dell'acqua nella vita delle nazione conta più che non un istituto giuridico sorpassato...» En el Derecho francés, vid. especialmente el sistema que ya implantaron las Leyes de 8 de abril de 1898 y 16 de octubre de 1919. Sobre el Derecho alemán, recogiendo también referencias al Derecho comparado, todas en el sentido que se señala en el texto, SIEVERS, *Die natürliche*, cit., 208 ss.; LIVER, 227.

(35) Cfr. las reiteradas referencias al tema en J. COSTA, *Política hidráulica. Misión social de los regadíos*, Madrid, 1911.

(36) Me remito al trabajo de próxima publicación de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Sobre el concepto de dominio público*.

(37) Sobre la función de estas técnicas de acción colateral, pero de no menor eficacia, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios*, cit., 167 ss.; también, REINHARDT-SCHULNER, *Verfassungsschutz des Eigentums*, Tübingen, 1954, especialmente de la colaboración del primero de los autores, 7 y ss. En relación expresa con el tema de las aguas, y en el mismo sentido, R. KULZ, 205 ss. y *passim*; GIESEKE, 308, que precisamente parte de la premisa del especial significado de las limitaciones administrativas a la propiedad de las aguas privadas, limitaciones que clasifica después de haberlas estudiado desde el punto de vista constitucional: especial interés presenta el problema que GIESEKE

sidérense, a este respecto, las posibilidades que en este punto ofrece la fórmula de las limitaciones administrativas a la propiedad privada sin tener necesidad de hacer asumir a la Administración la titularidad dominical de determinados bienes. Por otra parte, el ejemplo que el sistema alemán ofrece en este punto puede ser realmente aleccionador, si consideramos la amplitud con que en él se recogen las aguas privadas, encuadradas, sin embargo, dentro de unos esquemas rígidos de importantes limitaciones administrativas (38).

Esta solución, que acaso por razones de política administrativa fuera la aconsejable, no niega, por tanto, la propiedad privada de las aguas. El problema lo sitúa, sin embargo, en terreno distinto: en el contenido y extensión que se dé a ese derecho de propiedad.

A tal fin debe recordarse que, aunque no haya obstáculo alguno para proceder por medio de la Ley a la nacionalización del agua, si el respeto a la propiedad privada es principio esencial de nuestro sistema jurídico, proclamado por las Leyes fundamentales, tal principio está condicionado simultáneamente, en cuanto a su extensión y eficacia, por la función social que esa propiedad debe siempre satisfacer, lo que, consecuentemente, supone la posibilidad de establecer mediante Ley las limitaciones correspondientes. Y debe observarse, además, que no deja de ser extraño cómo esta función social de la propiedad, por todos reconocida y proclamada, ha venido siendo referida en nuestro Derecho casi con carácter exclusivo a la propiedad fundiaria y a la propiedad urbana,

formula en base a determinadas decisiones jurisprudenciales de que un plan de aprovechamientos o de construcciones establezca limitaciones de este tipo.

(38) La existencia de aguas privadas en el Derecho alemán, si bien con un sentido cada día más restrictivo, presenta todavía una gran importancia, que en modo alguno es incompatible con los rígidos planes que para la explotación de las mismas ha venido a imponer la Ley federal de 27 de junio de 1957, una de las Leyes técnicamente más acabadas en la materia, resaltando el valor no sólo de los distintos planes de explotación, sino también de los correspondientes Registros de Aguas. Vid. *supra*, nota anterior. Los Registros contienen no sólo la descripción de los cursos de agua, sino también las obras de todo tipo que en ellos existen, los derechos que sobre cada uno de ellos recaen, las autorizaciones y concesiones, la zona de protección requerida por cada curso de agua, etc.; sobre el valor jurídico de estos Registros, WÜSTHOFF, 131 ss.; WITZEL, 101 s.; SAUER, 121. Sobre los Planes de aprovechamiento y la vinculación jurídica de los mismos, WITZEL, 99; SAUER, 119 ss.; KOLB, 174; el Plan, referido a toda una cuenca o a un espacio económico determinado, se establece fundamentalmente en base a tres factores: aprovechamientos económicos del agua, protección contra las aguas y purificación de las mismas. El Plan pretende, en cada caso, ordenar las relaciones entre necesidades y existencias de agua, constituyendo el fundamento de la explotación económica de aquélla con determinados efectos desde el punto de vista jurídico; no se trata, sin embargo, de un acto administrativo que se dirija a terceros, sino de una indicación interna para las autoridades administrativas.

sin que se pensase en referirla también a la propiedad de otros bienes, como puede ser precisamente las aguas, cuyo contenido y extensión en modo alguno debe concebirse al margen de esa función social. De ahí la ineludible necesidad que existe, frente a necesidades de orden superior, de limitar también los derechos de propiedad privada de las aguas, tesis que, por otra parte, no fué desde luego del todo ajena al legislador de 1866-79, pues, a pesar incluso de las enfáticas afirmaciones que en sentido contrario recoge la Exposición de Motivos, la Ley, como hemos visto en su artículo 5, concede la propiedad de las aguas al dueño del fundo en que nacieran, pero sólo y exclusivamente para su directo uso y aprovechamiento (39).

Las argumentaciones precedentes pueden señalar en este punto el camino de la revisión que proponemos, que necesariamente habrá de incidir también sobre nuestro Código civil. Se trata, por tanto, de que sin alterar la titularidad de las aguas hasta ahora privadas, se limiten las facultades dominicales de sus titulares en el sentido de que el ejercicio de las mismas no condicione ni limite, como hasta ahora ocurre, la ulterior explotación de las aguas públicas, con claro y evidente perjuicio para el interés general.

4. *Unidad en la administración de las aguas y unidad jurisdiccional: la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

La revisión de la Ley podría ser, además, ocasión para afrontar dos cuestiones importantes. Una de ellas todavía sin resolver en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar del sentido unitario que apunta la Ley de la jurisdicción contenciosa; la otra, consecuencia de las distintas reestructuraciones de nuestra Administración, que, al seccionar las funciones propias del antiguo Ministerio de Fomento, ha roto con el principio de unidad en la administración de las aguas.

No creo sea necesario insistir en relación con este segundo punto (40), por constituir un principio obvio cuya necesidad está por todos admitida, absolutamente por todos. Principio de unidad en la administración de

(39) Sobre este extremo, cfr. el citado Dictamen del Consejo de Estado de 10 de mayo de 1962, que recoge razonamientos realmente contundentes y definitivos, haciendo entrar en juego el artículo 348 del Código civil, para postular la posibilidad de configurar un derecho de propiedad con prohibición de disponer o enajenar las aguas que constituyen su objeto. «Así desaparecería el mercado de agua, y al imponerse simultáneamente al propietario la prohibición de alterar el régimen de las aguas», se conseguirían ciertamente las finalidades perseguidas.

(40) Cfr. mi trabajo *Problemas de organización en materia de aguas públicas*, en el núm. 33 de esta REVISTA, 47 ss.

las aguas roto en el ordenamiento administrativo español y que es preciso restablecer. Incluso si, siguiendo la línea trazada por los redactores de la Ley de 1866-79, se pensase que aspectos tan estrictamente administrativos deberían quedar al margen de la reforma, creo, sin embargo, que, a pesar de las razones ciertas que en tal sentido pueda haber, debe acometerse de modo indefectible el establecimiento del principio señalado, abordando frontalmente el tema de una vez para siempre y con todas las consecuencias. Porque, en definitiva, no parece sea muy lógico que, en virtud de intereses y competencias seccionales de determinados grupos de nuestra Administración (41) —porque esto es, en definitiva, lo que ocurre—, quiebre el principio señalado con las consecuencias y perjuicios inevitables que ello supone. Llévase a cabo las reformas administrativas que se estimen oportunas, supérese de una vez el criterio de determinar la competencia administrativa en ciertos sectores según la competencia técnica de los distintos Cuerpos de la Administración, agrúpense orgánicamente y de acuerdo con un criterio material todas las técnicas, absolutamente todas las técnicas (42) que se dan cita en la administración de las aguas, y restablézcase el principio expuesto, que, por otra parte, además de su reconocimiento por la casi totalidad de los sistemas que el Derecho comparado ofrece, ha recibido en fecha reciente su máxima sanción al ser expresa y directamente formulado por las Naciones Unidas, nada menos que al establecer el Programa de Acción para el Desarrollo, que, como es sabido, caracteriza en el decenio iniciado el año 61 la acción promocional de las Naciones Unidas.

En el informe que sirve de base a la Resolución 1.710 (XVI), al tratar de «los recursos naturales en el decenio para el desarrollo», se dice textualmente (IV, B, i):

«Si se quiere planear eficazmente el aprovechamiento de los recursos hidráulicos de un país dado, es esencial hacer una eva-

(41) *Ibidem*, 70 ss.; también JORDANA DE POZAS, 60, se refiere a la necesidad de afrontar los aspectos orgánicos en materia de aguas públicas. Con carácter general, sobre la influencia de los grupos en el desarrollo de la función administrativa, vid. Alejandro NIETO, en *El mito de la Administración prusiana*, el capítulo *Contribución a la teoría de la burocracia*, Sevilla, 1962, 259 ss.

(42) A esta necesidad de agrupar materialmente las distintas técnicas relacionadas con la administración de las aguas me he referido ya en mi trabajo citado en nota 40; también *De las Administraciones*, cit., 177 s., pues precisamente esta consideración material, sancionada actualmente con carácter general en todos los sistemas, fué la que inspiró la concepción originaria de las Confederaciones Hidrográficas —Servicios de Construcción, de Explotación, de Aplicaciones Agronómicas, Forestales e Industriales—, hoy rota, como es sabido, por el retorno a técnicas organizativas totalmente diferenciadas como determinantes de la competencia de los distintos órganos o entidades.

luación general de los recursos hidráulicos necesarios actualmente y en el futuro en cada una de las regiones del país, así como reunir información acerca de los recursos hidráulicos superficiales y subterráneos de que se dispone. La experiencia ha demostrado que, en muchos casos, un estudio nacional efectuado, con éxito, con la colaboración de los diversos departamentos gubernamentales *pondrá de relieve la necesidad de que una oficina central del Estado determine la política hidráulica general* y coordine el aprovechamiento de los recursos hidráulicos. Creando esa oficina central, los países en curso de desarrollo pueden evitar que proliferen los organismos de la ordenación de los recursos hidráulicos, como ha ocurrido en algunas partes.»

El otro aspecto al que me refiero es el de la conveniencia de aprovechar la posible revisión de la Ley de Aguas para sancionar, al menos en un punto concreto, el principio de unidad jurisdiccional, señalando la competencia general de la jurisdicción contencioso-administrativa en todas las *litis* en que intervenga la Administración pública, cualquiera que sea, por otra parte, el tema debatido.

Sabido es, a este respecto, la superioridad del sistema español de justicia administrativa sobre aquellos otros que, como el italiano, hacen entrar en juego, alternativamente, tanto a los Tribunales administrativos como a los Tribunales ordinarios. El problema en el Derecho español se presenta sólo en puntos muy concretos —contratos, responsabilidad, propiedad y dominio, etc.—, en relación con los cuales la doctrina (43), con una unanimidad no frecuente, no ha dejado de señalar las graves dificultades que de tal dualidad se derivan, así como la conveniencia de simplificar el sistema, unificándolo. La atracción de competencia a favor de la jurisdicción contenciosa, encuentra hoy día su razón de ser y su máxima garantía en la ordenación actual de los citados Tribunales, dentro de unas estructuras orgánicas y funcionariales que, ciertamente, no se daban cuando se redactó la Ley de Aguas.

Pues bien, en materia de aguas no han faltado tampoco, en relación con el extremo que analizamos, las consiguientes colisiones derivadas de

(43) Vid., entre otros, GARCÍA-TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España*, en el núm. 34 de esta REVISTA, 12 y *passim*; PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963, 10 ss.; LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción*, en el número 42 de esta REVISTA, 172 ss. Conectando la distinción sobre la naturaleza de las aguas con el problema del reparto de competencias entre Justicia y Administración, SIEVERS, *Die natürliche*, cit., 194.

la dualidad de competencias jurisdiccionales. Como es sabido, el criterio que generalmente ha sustentado la jurisprudencia ha sido el de determinar la competencia de unos Tribunales o de otros, según la naturaleza del derecho lesionado, criterio que, a su vez, ha sido completado con el de la naturaleza del título que dió origen a ese derecho (44). El estudio detenido de tal fundamentación nos pone de manifiesto, sin embargo, no sólo las contradicciones que razonamientos de tal naturaleza encierran, sino también la convencionalidad misma de argumentos de este género, a los que, ciertamente, han dado base las referencias contenidas en los artículos 253 y siguientes de la Ley de Aguas. Es cierto que en el momento actual la competencia de la jurisdicción contenciosa puede quedar muy ampliada en base a lo que establece la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956 en sus artículos 1 y 4. No obstante, el problema sigue sin resolverse, y ciertamente se obviaría mediante la atribución expresa que la Ley de Aguas hiciera a favor de la jurisdicción contenciosa de todas las materias en las cuales interviniera la Administración, independientemente de la naturaleza de la situación jurídica discutida, fórmula que, además, encaja perfectamente en el cuadro de posibilidades que a este respecto ofrece el 3, c), de la Ley jurisdiccional.

VI

CONSIDERACIONES FINALES.

Al llevar a cabo el anterior análisis únicamente he pretendido formular una serie de consideraciones sobre un tema que, como es sabido, tiene en estudio nuestra Administración. He afirmado que si se afronta la revisión de la Ley de Aguas, la reforma, por un exceso de fidelidad al texto actual, no puede plantearse dentro de unos límites estrechos y mezquinos, de modo que desconozca los problemas reales y ciertos que en el momento presente ofrece la ordenación jurídica de nuestros recursos hidráulicos. Ello, sin embargo, no deber ser óbice para que una vez más insistamos en la prudencia y mesura con que debe abordarse tal revisión (45). El sentido de la ponderación y del equilibrio deben re-

(44) Recojo a modo de ejemplo, entre otras muchas, las sentencias de 21 de enero y 25 de septiembre de 1911; 20 de abril de 1912; 2 de junio de 1954; 14 de noviembre de 1955; 2 de octubre de 1957; 30 de enero, 19 de febrero y 11 de marzo de 1959; 22 de febrero y 27 de septiembre de 1962; 20 de marzo y 11 de noviembre de 1963, etc.

(45) JORDANA DE POZAS, 56 y *passim*.

clamarse de modo insistente en este punto. No habrá de facilitar, ciertamente, la trama de intereses que entran en juego, incluso de intereses que entran en juego en el seno de la propia Administración. Porque en este punto, como en tantos otros, nuestra Administración, que, al menos en apariencia, pretende vivir novedosos aires de reforma, habrá de recordar la admonición de GARCÍA DE ENTERRÍA (46) al referirse a la revisión de estructuras. La reforma de la Ley de Aguas habrá de ser, sí, enérgica, pero también prudente y mesurada. Los beneficios del proceso de reforma únicamente pueden producirse dentro del punto óptimo de tensión; sobrepasarlo nos sitúa no «en un proceso de revisión, sino de destrucción, algo enormemente grave en toda organización, pero especialmente en la organización pública, que no es pensable detener sin producir una auténtica catástrofe social».

(46) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española*, Madrid, 1964, 2.^a ed., 229, así como las referencias que recoge este autor, principalmente, a la obra de MARCH Y SIMÓN.

