

PLANES HIDROLOGICOS Y PLANES DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO ()*

JOSE MANUEL DIAZ LEMA

*Profesor adjunto contratado de Derecho administrativo
Universidad autónoma de Madrid*

A. INTRODUCCION

La planificación del agua, parte importante de la ordenación del territorio y medio ambiente, está de actualidad en el Derecho español por dos razones: una, la necesidad de adaptar a las situaciones presentes la vieja Ley de Aguas de 1879, usando los medios jurídicos pertinentes para ello entre los que la planificación ocupa un puesto destacado; la otra hace referencia a la distribución de competencias entre la Administración central y las Comunidades autónomas en materia de aprovechamientos hidráulicos impuesta en los artículos 148 y 149 de la Constitución, y recogida ya en varios Estatutos de Autonomía.

En la doctrina iuspublicista, sin embargo, el tema de la planificación del agua es una constante en las dos últimas décadas. Martín-Retortillo (S.), sobre todo, ha defendido de manera insistente la planificación de los aprovechamientos de las aguas, llegando a decir que éste

(*) El presente trabajo constituye el texto de una comunicación presentada al I Congreso nacional de Derecho de Aguas, celebrado en Murcia en mayo de 1982. La puesta al día se incluye como "Addenda" al trabajo originario.

es “el punto más necesitado de reformas de la Ley de Aguas” (1), Ley que se basa, como es sabido, en el sistema de concesión individualizada y en el orden de preferencias establecido en el artículo 160. Puede decirse, por tanto, que la idea de la planificación del agua está firmemente asentada en el panorama jurídico-público español (2).

No obstante lo anteriormente dicho, la formulación concreta de lo que signifique la referida planificación no es uniforme. Para demostrarlo, basta con traer a colación por una parte el Decreto de 7 de Diciembre de 1979 (Ar. 117 de 1980) que regula la planificación hidrológica, y por otra la Sentencia de 29 de febrero de 1980 (Ar. 634).

El Decreto sobre planificación hidrológica establece en su art. 2 que estos planes incluirán el inventario de recursos hidráulicos con las disponibilidades actuales y futuras, las previsiones para su utilización en el momento de redactarse, así como la evolución previsible de las demandas, la ordenación de los recursos para satisfacerlas... (3). Es decir, se trata de un estudio de las disponibilidades y de las demandas de agua en el momento en que el plan se dicta, y de una previsión de ambas a largo plazo, que constituye el objeto propiamente dicho de la planificación.

Por el contrario, el llamado “plan integral de aprovechamiento” analizado en la sentencia de 29 de febrero de 1980 no tiene nada en común con los planes hidrológicos mencionados. Este plan de aprovechamiento “regulaba el uso de las aguas del río Guadalupe con sus afluentes y el río Regallo, reservándose dichas aguas a los regadíos ya existentes y a los futuros que el propio Plan preveía” (Considerando 1º de la sentencia). Este segundo tipo de plan o plan de aprovechamiento ordena

(1) Ver Martín-Retortillo, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en “Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos”, Madrid, 1966, p. 181. Del mismo, *Consideraciones sobre los aprovechamientos múltiples de aguas públicas*, en “Aguas públicas... cit.”, p. 229. Y más recientemente, en “Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos”, Caracas, 1976, pp. 48 s.

En el mismo sentido, ver Alvarez Rico, M., *Las concesiones de aguas públicas superficiales*, Madrid, 1970, p. 241. Y Ministerio de Obras públicas, *Esquema del Derecho de aguas español*, Madrid, 1975, p. 25, que cita la planificación entre las grandes líneas que en todo caso han de estar presentes en la modificación de la Ley de Aguas de 1879.

(2) Lo mismo ha de afirmarse de otros Ordenamientos, como el alemán, francés, inglés, a los que nos referiremos a lo largo de estas páginas, en particular el alemán.

(3) En términos muy similares define el art. 16 del anteproyecto de Ley de Aguas el plan hidrológico. De hecho, esto viene a significar una modificación sustancial de la Ley de Aguas por un camino improcedente: por vía reglamentaria. Repetidamente tendremos ocasión de ver normas similares que recogen disposiciones del anteproyecto citado.

y define los usos consuntivos del agua, algo que en los planes hidrológicos del Decreto de 1979 no aparece formulado.

A continuación, vamos a ahondar en las diferencias que, al menos inicialmente, parecen separar ambos tipos de planes. Para ello, será de sumo interés el análisis del Derecho positivo español anterior al Decreto de Planes hidrológicos de 1979, así como del Derecho Comparado, particularmente el alemán.

B. LA DICOTOMIA PLANES HIDROLOGICOS-PLANES DE APROVECHAMIENTO

1. ¿Qué es un plan hidrológico? Sus elementos

Es cierto que el Decreto de 7 de diciembre de 1979 extiende la planificación hidrológica a todo el territorio nacional, según dispone su art. 1 (4). Antes de esa fecha, sin embargo, con los mismos términos u otros similares, y para zonas determinadas, se habían dictado planes hidrológicos. Entre ellos cabe citar el "Plan General hidrológico del Bajo Ebro", cuya formulación ordenaba la Orden de 28 de agosto de 1970 (5); la Ley de 30 de junio de 1969 (Ar. 1218), cuyo art. 1 preveía la formación de un "estudio regional de recursos hidráulicos totales" para las Islas Baleares, "que ha de servir de base a la adopción de medidas encaminadas a su utilización óptima para hacer frente a la demanda actual y futura de los diferentes usos consuntivos del agua". Dicho estudio regional ha sido aprobado por Decreto de 21 de diciembre de 1973 (Ar. 124 de 1974), y tal como preveía la Ley de 1969 el "estudio regional" sirvió de fundamento a las normas para la ejecución de nuevos alumbramientos y la ampliación de los existentes (art. 4 y 6 del Decreto).

Con posterioridad al Decreto de 7 de diciembre de 1979, la Ley de 3 de marzo de 1980 (Ar. 541), sobre actuaciones urgentes en la provincia de Almería, contempla en el art. 3 la "redacción del Plan hidrológico integral de la provincia de Almería comprensivo de los aspectos siguientes

(4) Aunque el Decreto de 1979 citado no lo especifica, el marco territorial de los planes hidrológicos es el de las Confederaciones hidrográficas. Así, en aplicación de este Decreto, las distintas Confederaciones han elaborado sus correspondientes planes siguiendo las instrucciones de un denominado "Documento de trabajo. Planes hidrológicos", aprobado por el MOPU en mayo de 1981. Sobre esto, ver *infra* p. 29 ss.

(5) Citado por Bermejo Vera, J., *Aspectos jurídico-formales del trasvase del Ebro*, en Martín-Retortillos, S. (y otros), *Aspectos jurídicos del trasvase del Ebro*, Zaragoza, 1975, p. 55.

tes: a) evaluación de los recursos de aguas superficiales; b) evaluación de los recursos de aguas subterráneas; c) inventario de usos actuales; d) propuesta de programa de actuación con definición de las obras necesarias para la regulación y explotación integral de los recursos y acciones aconsejables, dentro y fuera de la cuenca sudoriental, para la mejora de la regulación natural y lucha contra la erosión; e) plan de infraestructura sanitaria y reutilización de las aguas de vertido para abastecimiento de la demanda agrícola”.

Un Decreto posterior de 26 de septiembre de 1980 levantaba la prohibición de alumbramiento en la zona del Bajo Andarax (Almería), al tiempo que preveía un procedimiento especial para los nuevos aprovechamientos “hasta que entren en vigor las medidas que se establezcan en el Plan hidrológico integral” (art. 2), anteriormente citado.

Toda esta normativa confirma el punto de vista inicial acerca del carácter de los planes hidrológicos: se trata de un inventario de los usos actuales del agua, junto con la previsión de disponibilidades y demandas futuras. Por otra parte, es constante la alusión a medidas administrativas que tienen su origen en el plan hidrológico (6). Tales medidas plantean dos cuestiones: 1ª ¿cuáles pueden ser éstas?; y 2ª si se integran o no en el plan hidrológico propiamente dicho.

La Ley de 3 de marzo de 1980 que prevé la redacción del Plan hidrológico de Almería se refiere, como hemos visto, a un programa de actuación con definición de las obras necesarias para la regulación y explotación integral de los recursos, y a continuación incluye en el plan hidrológico un plan de infraestructura sanitaria y reutilización de las aguas de vertido. Se trata, pues, de la programación de determinadas obras hidráulicas, necesarias para alcanzar los objetivos del Plan: adecuación futura de la oferta y la demanda de agua (7).

También la Ley de 30 de junio de 1969 (Plan hidrológico de las Baleares) aludía a unas medidas que se adoptarían como consecuencia del

(6) Ver el Decreto de 21 de diciembre de 1973, el de 26 de septiembre de 1980 y el mismo Decreto de planificación hidrológica de 7 de diciembre de 1979 (“... y señalarán las medidas administrativas necesarias para su desarrollo”, art. 2).

(7) Explícitamente, el “Documento de trabajo. Planes hidrológicos”, cit. en nota 4 dedica el anexo 6 a las “Acciones que comprende el plan”, entre las que enumera como posibles: obras hidráulicas, trasvase entre cuencas, etc. Se tiende, por tanto, a integrar los programas de obras hidráulicas en los planes hidrológicos. En el mismo sentido, el anteproyecto de la Ley de Aguas, art. 21. Sin perjuicio de que se incorporen también al Plan general de Obras Públicas.

Plan. Y, en efecto, el Decreto de 21 de diciembre de 1973 citado contiene normas específicas sobre autorizaciones para la ejecución de nuevos alumbramientos y la ampliación de los existentes (arts. 4 y 6). En este segundo caso, se trata de regulaciones especiales de los usos del agua con efecto directo e inmediato sobre los particulares, que vienen motivadas por las conclusiones del plan hidrológico correspondiente.

Programas de obras hidráulicas y reglamentos especiales sobre usos o aprovechamientos de las aguas forman parte de los planes hidrológicos, al menos desde un punto de vista formal (9).

A continuación debemos plantearnos si estos varios elementos que componen el plan hidrológico tienen objetiva y materialmente una unidad interna y despliegan unos mismos efectos jurídicos o, por el contrario, se trata de actos con una finalidad determinada en el futuro, pero cuya eficacia jurídica es dispar. Los que hemos denominado reglamentos especiales sobre usos o aprovechamientos de las aguas no se distinguen en nada de otras normas reglamentarias: fijan situaciones jurídicas, derechos y deberes de la administración y los particulares. El Decreto de 21 de diciembre de 1973 por ejemplo prevé con todo detalle el régimen de las autorizaciones de nuevos alumbramientos.

En cuanto al programa de obras hidráulicas contenido en un plan hidrológico no tiene, por supuesto, eficacia alguna respecto a los particulares. Su valor se reduce a ser un estudio interno de la Administración, ni siquiera puede considerarse como una instrucción de servicio. Como veremos más tarde, no puede afirmarse lo mismo de lo que constituye el núcleo del plan hidrológico: previsión de disponibilidades y demandas de agua (10). No genera, desde luego, derechos o deberes de los particulares, como es el caso de los reglamentos especiales. Pero, por otra parte, la Administración está obligada a respetar estos planes hidrológicos, al menos cuando dicta planes de aprovechamiento. Sobre esto volveremos más adelante.

(8) El mismo "Documento de trabajo..." citado en nota 4 trata en el anexo 6 también las "medidas legales y administrativas a adoptar".

(9) El art. 23 del anteproyecto de Ley de Aguas dice: "Los planes hidrológicos señalarán también las medidas administrativas necesarias para su desarrollo". Expresión recogida en el Decreto de planificación hidrológica de 9 de diciembre de 1979, art. 2,1. La integración en los planes hidrológicos de los elementos citados en el texto es, pues, evidente.

(10) Esta previsión se hace a corto y a largo plazo. En el "Documento de trabajo" citado en nota 4, el 1º es 1990 y el 2º 2010. Uno de los proyectos de planes hidrológicos que he podido consultar —el de la cuenca del Segura— fija, no obstante, un horizonte temporal más reducido: el año 2000.

En conclusión, puede afirmarse que los planes hidrológicos en el actual Derecho positivo español presentan un contenido heterogéneo, con una eficacia jurídica dispar, integrándose en dichos planes tanto reglamentos administrativos como programas de obras públicas (obras hidráulicas). Estos, aunque funcionalmente tengan una unidad, han de ser distinguidos desde un punto de vista jurídico de lo que constituye el núcleo del plan hidrológico: previsión de disponibilidades y demandas de agua.

En una breve referencia al Derecho Comparado podemos señalar:

a) El Derecho inglés. La Water Act de 1973 prevé la formulación de "planes de desarrollo hídrico" con una vigencia de 20 años. Estos planes comprenden un inventario de los recursos presentes, la estimación de la demanda futura de agua, así como las intervenciones para asegurar su disponibilidad. Cada siete años deben ser revisados estos planes, según las previsiones de la Ley (11).

b) El Derecho alemán. La planificación hidrológica aparece regulada por primera vez en el Derecho alemán en el art. 36 de la Wasserhaushaltsgesetz de 27-7-1957, modificada por Ley de 16 de octubre de 1976, aunque en este punto se mantuvo la redacción originaria. La Ley denomina a estos planes "Wasserwirtschaftliche Rahmempäne", no dejando lugar a dudas sobre su verdadera finalidad al decir que tratan de asegurar los necesarios recursos de agua para el desarrollo de la economía y de la vida en general (12). Deben tener en cuenta los recursos de agua disponibles, las exigencias de protección contra las crecidas y el mantenimiento de la limpieza de las aguas.

2. Los planes de aprovechamiento en el Derecho español. Su aplicación a los regadíos. Competencias

La sentencia de 29 de enero de 1980 comentada anteriormente definía el Plan de aprovechamiento como la regulación del uso de las aguas, comprendiendo tanto la fijación de uno a varios usos aplicables a un determinado caudal de agua (riegos, aprovechamiento hidroeléctrico, etc.), como la ordenación de los futuros aprovechamientos o concesiones (13).

(11) Ver Bonomi, C., *I modelli organizzativi per la gestione della politica delle acque in Gran Bretagna*, Riv. trim. Dir. publico, 1977. T. IV, p. 1.760.

(12) Art. 36,1: "Um die für die Entwicklung der Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse notwendigen wasserwirtschaftlichen Voraussetzungen zu sichern".

(13) A este segundo aspecto de la planificación del agua, o plan de aprovechamiento, se refiere precisamente la doctrina que se ha ocupado de este tema en el Derecho español. Ver nota 1.

Es cierto que en la Ley de Aguas de 1879 no existe el menor indicio de esta figura jurídica. Lo es también que un uso racional de las aguas exige hoy su planificación. Pero ya no sería exacto afirmar que para la Administración española de las aguas el plan de aprovechamiento sea un gran desconocido. Ni mucho menos. Al margen de la Ley de Aguas, y creo que en parte en contradicción con ella, el Ministerio de Obras Públicas (MOP) ha dictado planes de aprovechamiento que no siempre han tenido acceso al BOE (14).

Similar al Plan de aprovechamiento integral del río Guadalupe y sus afluentes, en las provincias de Teruel, Castellón y Zaragoza, dictado en 1971 (ver Considerando 3º de la sentencia citada de 29 de febrero de 1980), es el Plan de aprovechamiento del río Segura, al que no dudo en calificar de modélico en su género, aprobado por Orden de 25 de abril de 1953 (Ar. 588). En efecto, el Decreto de 25 de abril de 1953 (Ar. 578) autorizaba en su art. 1 al Ministro de Obras Públicas “para ordenar los aprovechamientos de riego en la cuenca del río Segura con las aguas reguladas por los pantanos construídos y en construcción por el Estado, procedentes de este río y de sus afluentes...”. La Orden de ejecución, que contiene el Plan de aprovechamiento, parte en su art. 1 del cálculo de aguas disponibles que se cifra en 533 millones de metros cúbicos. A continuación, el art. 2 precisa la superficie regada, y el art. 3 la dotación media anual necesaria para los distintos cultivos. La consecuencia es que existe un sobrante de regulación media anual de 163 millones de metros cúbicos, que el Plan distribuye entre las distintas zonas de la cuenca (Alta, Media, Baja) para la concesión de nuevos aprovechamientos para regadíos. El art. 5 ordena los regadíos, estableciendo las superficies y los volúmenes de agua correspondientes a cada una de las zonas.

Con la misma finalidad del aprovechamiento para riego conoce el Derecho español en la actualidad los llamados “Planes generales de transformación de zonas regables”, previstos en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, art. 94 y ss. (15). La competencia para dictarlos reside en el Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministerios de Agricultura y MOPU (16). Corolario del Plan general citado es el plan coordina-

(14) Como sucede en el caso del propio plan del río Guadalupe, objeto de la sentencia comentada en el texto, que no ha sido publicado. Ver infra p. 14.

(15) Las disposiciones de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario sobre estos planes son una refundición de la Ley de 21 de abril de 1949, sobre colonización y distribución de la propiedad de las zonas regables.

(16) “Con la finalidad de coordinar las actuaciones de los Ministerios de Obras públicas y Urbanismo y de Agricultura en materia de transformación y mejora en regadíos”, la Orden de 28 de abril de 1978 (Ar. 1.071) creó una Comisión interministerial compuesta

do de obras (art. 103 ss. de la Ley citada), en el que se relacionan las obras que van a ser ejecutadas por cada uno de los Ministerios antedichos (17). Es preciso, por lo demás, advertir que la competencia del MOPU en estos planes no deriva tan sólo de la programación y ejecución de determinadas obras hidráulicas (como parece dar a entender la Orden citada en nota 16: “dominadas por obras hidráulicas construidas...”), sino, ante todo, de su competencia en materia de aguas (18).

Pero si las aguas proceden de caudales subterráneos alumbrados por el IRYDA, sean precisas o no obras hidráulicas (normalmente lo son), la elaboración y la ejecución del plan de aprovechamiento reside únicamente en este Instituto, sin participación alguna del MOPU, si bien la aprobación del plan compete como en los anteriores al Consejo de Ministros.

En dos supuestos relativamente recientes se puede constatar lo afirmado. El Decreto de 24 de julio de 1980 (Ar. 2249), que aprobó la 1ª fase del plan general de transformación de la zona regable con aguas subterráneas de El Serral de Yecla, contiene en su art. 4 una disposición “explicativa” de por qué es competencia de Agricultura la ejecución de este plan general: “Las obras necesarias para la puesta en riego y transformación de la zona que se enumeran en el art. anterior son de la competencia del Ministerio de Agricultura, por tratarse de aguas alumbradas

por funcionarios de ambos Ministerios. Entre sus competencias conviene destacar aquí la prevista en su art. 3, b): “La propuesta a los Ministros de Obras públicas y Urbanismo y de Agricultura de Decretos que acuerden la transformación de zonas regables (dominadas por obras hidráulicas construidas o auxiliadas por el Estado)”.

(17) Ver varias Ordenes de Presidencia con fecha 26 de diciembre de 1977 (Ar. 301, 302, 303, 304 de 1978), por las que se aprueban distintos planes coordinados de obras. Y con fecha 15 de febrero de 1978, las Ordenes publicadas en Aranzadi con los números 559, 560, 561 del mismo año.

(18) Competencia ésta que, contra lo que comúnmente se dice, es ejercida conjuntamente con el Ministerio de Agricultura no sólo a la hora de proponer planes de riego (como lo demuestran los “Planes generales de transformación de zonas regables” de la LRYDA), sino en el mismo otorgamiento de concesiones para regadíos reguladas y previstas en un plan de aprovechamiento anterior, por lo menos en algún caso. Sirva de ejemplo la Orden de 19 de junio de 1978 (AR. 1.353), que dicta normas para la transformación en regadío por la iniciativa privada de 17.250 hectáreas del Bajo Guadalquivir. En este caso las obras hidráulicas necesarias para el riego serán ejecutadas por los particulares (no existe plan coordinado), propietarios de las fincas situadas en la margen izquierda del Canal, que resulten adjudicatarios del concurso convocado al efecto. Pues bien, tanto la convocatoria del concurso y la aprobación del pliego de condiciones, como la resolución del mismo, “se hará por ambos Ministerios conjuntamente”, como dice el art. 4 de la referida Orden ministerial. No se me escapa el carácter “heterodoxo” de esta Orden, que pone en entredicho la autoridad del MOPU en la concesión de aprovechamientos.

por el IRYDA, sin que sea precisa la intervención del MOPU, bastando que se redacte el correspondiente plan de mejoras territoriales y obras por dicho Instituto, conforme a lo previsto en el apartado 4 del art. 103 de la LRYDA y sometiéndose el referido plan a la aprobación del Ministerio de Agricultura” (19).

En efecto, el art. 103-4 de la LRYDA contempla tres supuestos en los que la transformación de la zona regable se lleva a cabo por el IRYDA: cuando las aguas son propias del Instituto, o concedidas a éste, o en cualquier otro en que no sea precisa la intervención del MOP. ¿Cuál de éstos sirve de fundamento a los Decretos anteriormente tratados? No existe, desde luego, una concesión del MOPU al IRYDA (20); más bien se trata de “aguas propias” del IRYDA, alumbradas por éste y en consecuencia de su propiedad. Bien entendido que cuando el art. 103-4 habla de “aguas propias” se está refiriendo a aguas “de propiedad privada” de este Instituto, sometidas al régimen del Código civil (21).

He aquí como el art. 103-4 de la LRYDA, permitiendo la calificación como “propias” de aguas alumbradas con fines de riego por el Instituto, atribuye de hecho una competencia a éste tanto para planificar estos aprovechamientos como en definitiva para otorgar las concesiones singulares. Naturalmente, esta construcción es ficticia, porque es obvio el carácter “público” de aguas alumbradas por el Estado con fines de

(19) Sin esta justificación, aunque en idéntico sentido, el Decreto de 10 de febrero de 1978 (Ar. 554), que aprobó el plan general de transformación de la zona regable de El Sillar. Art. 4: el plan de obras y mejoras habrá de ser aprobado por Orden del Ministerio de Agricultura.

El anexo justificativo de este Decreto contiene los datos esenciales del plan: superficie a regar, recursos hidráulicos (caudales subterráneos alumbrados: 400 litros/segundo. “Se espera obtener los otros 310 litros/segundo necesarios para el total de la superficie de riego, mediante nuevos sondeos”), orientación productiva, etc.

(20) Las concesiones de aguas entre Ministerios se hallaban reguladas en el Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, art. 21. En nuestra mentalidad jurídica actual la existencia de relaciones jurídicas entre órganos administrativos de una misma Administración es un despropósito. En su lugar, se ha creado la figura de la “mutación demanial” (LPE), para estos casos en que el objeto es un bien de dominio público. Sobre esto, ver Martín-Retortillo L., *Necesidad de una Ley para ordenar el trasvase*, en “Aspectos jurídicos del trasvase del Ebro”, cit. p. 161.

Es de destacar, sin embargo, como la LRYDA, que es de 1973, recoge sin ningún empacho esta figura. Por otra parte, cabe preguntarse qué sentido tendrá una “mutación demanial” sobre un determinado caudal de aguas públicas. Aquí parece quebrar la concepción actual sobre el dominio público, trasladado del dominio privado del Código civil.

(21) En este extremo, la LRYDA recoge el art. 3 del Decreto de 5 de febrero de 1954, que se cita a continuación en nota 22: “Las aguas alumbradas serán propiedad del Instituto nacional de Colonización...”

riego, previa la correspondiente expropiación forzosa de los terrenos (22).

Del análisis anterior conviene extraer algunas conclusiones que nos serán de utilidad en el resto de la exposición:

1ª. El Derecho español conoce la figura del plan de aprovechamiento de aguas públicas desde hace décadas (el del río Segura es de 1953, los planes de transformación de zonas regables tienen su origen en la Ley de 21 de abril de 1949 —nota 15—), debiendo constatarse a renglón seguido que se trata siempre de planes de aprovechamiento para regadíos (23).

2ª. La competencia para dictar estos planes radica bien en el MOPU, bien en el Consejo de Ministros por lo que se refiere a los “Planes generales de transformación de zona regable” de la actual LRYDA. Estos “Planes generales” no son ni más ni menos que planes de aprovechamiento de aguas públicas. El plan coordinado de obras a cargo del MOPU y el Ministerio de Agricultura es una consecuencia del anterior, pero perfectamente diferenciable del mismo: una cosa es la ordenación del aprovechamiento de las aguas, otra distinta las obras hidráulicas necesarias para su ejecución.

3ª. La elaboración y propuesta del “Plan general de zona regable” radica conjuntamente en los Ministerios de Agricultura y MOPU, la aprobación en el Consejo de Ministros y su ejecución (convocatoria de concursos, otorgamiento de concesiones) en el MOPU, si bien se ha citado un plan en que ambos Ministerios otorgaron conjuntamente las concesiones.

(22) Estas expropiaciones han sido reguladas por un Decreto de 5 de febrero de 1954, comentado por Fernández Rodríguez, T.R., *Las competencias administrativas en materia de aguas subterráneas*. RAP. 72, p. 21. El riego es el factor determinante de la competencia de Agricultura en este terreno (p. 20).

Nótese, sin embargo, que la expropiación tiene por objeto el terreno, no las aguas subterráneas. Respecto de éstas, habría que calificar la actuación administrativa de “apropiación”, dado el carácter de res nullius de estas aguas. Sobre este tema, ver Guaita, A., *Derecho Administrativo especial*. T.V. Zaragoza, 1970. P. 171. Para una visión completa de las competencias en materia de aguas repartidas entre distintos Ministerios, Guaita, *Ibidem*, p. 22 ss.

(23) Por lo demás, no juzgo necesaria habilitación legal para que la Administración pueda dictar dichos planes de aprovechamiento desde el punto de vista de una aplicación correcta del principio de legalidad, puesto que la Administración puede —y debe— planificar su actividad. Cosa distinta es que por razones prácticas —e incluso de seguridad jurídica— sea aconsejable el establecimiento de un marco jurídico en que se desenvuelvan dichos planes.

4ª. Finalmente, si el agua que sirva de base al plan de aprovechamiento para riegos ha sido alumbrada por el IRYDA, la elaboración y propuesta del plan compete a éste, su aprobación al Consejo de Ministros, y en último término su ejecución (otorgamiento de concesiones) también al Instituto.

En suma, cabe decir que la IRYDA atribuye al Ministerio de Agricultura importantes competencias sobre las aguas públicas, siempre que estén destinadas al regadío, tanto en lo que respecta a la planificación del aprovechamiento, como a las concesiones singulares. Todo ello, obviamente, en detrimento de la competencia general del MOPU sobre las aguas públicas (24).

3. La eficacia de los planes de aprovechamiento

Definíamos anteriormente el plan de aprovechamiento como la fijación de los usos de un determinado caudal de aguas públicas y la ordenación de su aprovechamiento. Ante todo, es incuestionable el carácter normativo de estos planes, que la propia sentencia de 29 de febrero de 1980 se cuidará de recalcar diciendo que “el Plan viene a establecer el marco normativo de las sucesivas actuaciones administrativas de carácter concreto e individualizado, dando coherencia y armonía —significado, finalidad y función de todo Plan— a todas las actuaciones que se desarrollen en el espacio que constituye su ámbito, de ahí su respeto por todos los administrados y, en especial, por la propia Administración...” (Considerando tercero).

Llama la atención, sin embargo, que el Tribunal no se haya planteado la no publicación en el BOE del mismo, requisito necesario de eficacia de todas las normas. Los restantes supuestos examinados —Plan del río Segura, Planes de transformación de zonas regables— han sido debidamente publicados. La eficacia respecto a terceros —los posibles

(24) Estimo que la colaboración de ambos Ministerios en la planificación de riegos es lógica y acertada. No hay motivo para rasgarse las vestiduras por el hecho de que se menoscaben con ello las tradicionales competencias del MOP (Ministerio de Fomento), (las de Agricultura tienen, como se ha visto, una antigüedad también notoria).

Por el contrario, no me parece conveniente que Agricultura se reserve el alumbramiento de aguas subterráneas para riegos, junto con la elaboración de los respectivos planes y el otorgamiento de concesiones. Esto puede contradecir el objetivo que se pretende con los planes hidrológicos. Cierto que, como se verá, éstos obligarán a todos los órganos de la Administración, pero una mayor coordinación con la “autoridad general” sobre aguas —MOPU— parece aconsejable. La solución adecuada es seguir el mismo procedimiento que si se tratara de aguas superficiales (competencias conjuntas de ambos Ministerios).

futuros concesionarios— es evidente, en contraste con el carácter interno del plan hidrológico que se ha examinado.

Establecido el carácter normativo de estos planes, se plantean seguidamente dos problemas que hemos de dilucidar: 1º si pueden afectar y cómo al sistema de preferencias previsto en el art. 160 de la Ley de Aguas; 2º si crean derechos en favor de los particulares que soliciten una concesión de aguas, tal y como haya sido regulada en el plan de aprovechamiento. Esta última cuestión será tratada más adelante, en la influencia sobre las concesiones singulares de los planes hidrológicos y los planes de aprovechamiento.

En cuanto a la primera, es preciso advertir de entrada que los planes dictados respetan los derechos preexistentes (trátese del mismo uso que se fija o de otro), como no podía ser menos. Valga como ejemplo el plan de aprovechamiento del río Segura (Orden de 25 de abril de 1953), que contempla en sus arts. 6 y 9 la suspensión del aprovechamiento en aquellas épocas de extraordinaria sequía en tanto no queden satisfechas las necesidades de los regadíos precedentes, y la reducción del consumo de agua también en favor de los regadíos tradicionales. En lo que respecta a aprovechamientos hidroeléctricos preexistentes, tanto el Decreto de 25 de abril de 1953 (art. 5) como la Orden citada (arts. 6 y 13) preven que “la comisión de desembalses conjugará semanalmente los desagües de los pantanos con las necesidades de los riegos” (art. 13) “evitando el despilfarro de agua por desembalses obligados por las concesiones de aprovechamientos hidroeléctricos” (preámbulo del Decreto).

Esta prevalencia inicial en favor de los riegos y en contra de los aprovechamientos hidroeléctricos preexistentes es corregida posteriormente mediante la compensación de energía eléctrica no producida por los obligados desembalses, que en último extremo será pagada por los propios regantes mediante un aumento proporcional en sus tarifas (25).

El respeto a los derechos preexistentes es, pues, total (26). Por sí

(25) La consecuencia que se extrae de esta ordenación es que difícilmente pueden existir aprovechamientos múltiples de aguas a gran escala, sin la previa planificación de los mismos. Sobre éstos, ver Martín-Retortillo, S., *Consideraciones sobre los aprovechamientos múltiples de las aguas públicas*, en “Aguas públicas y obras hidráulicas... cit.”, p. 225 ss.

(26) El anteproyecto de Ley de Aguas citado supra deja bien claro en su art. 25 que “Los planes hidrológicos respetarán en todo caso los aprovechamientos legítimos existentes y determinarán la forma de aprovechamiento de los caudales no concedidos y de los concedidos con reserva de revocación”.

Del mismo modo, y como consecuencia de lo anterior, el art. 74,1 dice: “Las declara-

mismo, el plan no tiene efectos respecto a las concesiones anteriores a su promulgación. Pero fija los usos futuros de las aguas no concedidas. De tal manera que el sistema de preferencias del art. 160 de la Ley de Aguas pierde su razón de ser: la Administración no puede conceder otro uso o usos que no sean los regulados en el plan, ni en puridad existen ya tales preferencias. Puede suceder como en el caso de la sentencia de 29 de febrero de 1980 que el uso fijado (regadío) sea preferente al aprovechamiento hidroeléctrico, que la Administración pretendía conceder contra el criterio del Sindicato de regantes (27). Pero también pudo suceder lo contrario; esto es, que el aprovechamiento previsto fuera el hidroeléctrico, en cuyo caso las concesiones posteriores para riegos serían ilegales. La conclusión, ciertamente rotunda, se impone: el plan de aprovechamiento de aguas anula el sistema de preferencias del art. 160 de la Ley de Aguas o cualquier otro a radice, con independencia de que altere o no el orden establecido en este artículo.

4. El reconocimiento de los planes de aprovechamiento en el Derecho comparado y en el anteproyecto de la Ley de Aguas

a) *En el Derecho francés.* La Ley de 16 de diciembre de 1964 relativa al régimen y al reparto de las aguas y la lucha contra su polución contempla en el art. 46 y ss. los denominados “plans de répartition des ressources hydrauliques” en determinadas zonas: “zones spéciales d’aménagement des eaux”. Ni que decir tiene que estos planes del Derecho francés son muy similares a los planes de aprovechamiento del Derecho español analizados. Están limitados, sin embargo, a zonas especiales de aprovechamiento de aguas; no pueden ser dictados por tanto en todo el territorio nacional. Todo aprovechamiento de aguas en dichas zonas, ya sean aguas superficiales o subterráneas, está sometido a autorización administrativa (art. 47 de la Ley). Por lo que, de hecho, esta Ley vino a consagrar en el Derecho francés la demanialidad de todas las aguas en

ciones de prioridad que pueden establecerse en los correspondientes planes hidrológicos o de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 72, no lo serán a efectos expropiatorios a no ser que expresamente se establezca en ellos”.

(27) Aunque el argumento central de la sentencia no ofrece duda al derivar la nulidad de la concesión para aprovechamiento hidroeléctrico del previo plan de regadíos, en el considerando 2º señala también que “el uso a que iba a ser destinada la concesión que nos ocupa no goza de prioridad alguna sobre aquéllos” (regadíos). Parece, pues, que el argumento de la preferencia legal juega un cierto papel.

Ahora bien, esta conclusión no sería acertada, porque en el término “aquéllos” aprovechamientos (regadíos) incluye el Tribunal tanto los ya concedidos como los futuros (previstos en el plan, pero no concedidos). Y es obvio que unos aprovechamientos inexistentes no pueden gozar de la preferencia del art. 160 de la Ley de Aguas.

las zonas especiales a que nos venimos refiriendo (28).

b) *En el Derecho alemán.* La Wasserhaushaltsgesetz de 27-7-1957 regulaba únicamente los “Rahmenpläne” del art. 36 tratados anteriormente, que equivalen a los planes hidrológicos del Derecho español. La doctrina y la práctica administrativa introdujeron los llamados “Generalpläne” que, como veremos en las páginas siguientes, eran una derivación del “Rahmenplan” (29), y perfectamente equiparables a nuestros planes de aprovechamiento. En la reforma posterior de la Ley, de fecha 16 de octubre de 1976, se añadió un art. 36 b) (“Bewirtschaftungspläne”) que no es sino la plasmación legislativa de los “Generalpläne” tratados por la doctrina. La traducción más adecuada del término es precisamente “plan de aprovechamiento”. Y, en efecto, el contenido de estos planes es muy similar a los planes del Derecho español estudiados: determina los usos a que debe servir el agua, las características que el agua debe poseer en su curso, las medidas para alcanzar o mantener estas características, así como los plazos para su cumplimiento, y otras medidas (art. 36 b), 3) (30).

(28) La polémica sobre la demanialidad de todas las aguas estuvo presente en los debates de esta Ley, como lo está hoy en los de la futura Ley de Aguas española. Precisamente, el anteproyecto de Ley de Aguas español parte de la demanialidad total de las aguas.

Ver un breve comentario de Dupouy, G., en la *Revue Administrative*. 1965. P. 65 s. Sobre otros aspectos organizativos de la Ley francesa, ver Fenet, A., *L'administration de l'eau en France. Aspects institutionnels de l'application de la loi du 16 décembre 1964*. “La *Revue Administrative*”, (1973). N° 154, p. 384 ss.

Conviene, sin embargo, advertir que la planificación de las aguas no exige como una consecuencia forzosa la demanialidad de las mismas. Si es necesario que todo plan de aprovechamiento se dicte para ordenar aguas públicas (supuesto normal en las aguas superficiales; tratándose de aguas subterráneas ha de preceder la expropiación de los terrenos y la apropiación de las aguas alumbradas, como es el caso de los planes de riego del IRYDA con aguas subterráneas examinados supra). El plan hidrológico, por el contrario, abarca todas las aguas, públicas, privadas y resnullius, sin distinción. Si es preciso recurrir a la expropiación de las segundas es una cuestión ulterior.

Que la planificación no implica per se la demanialidad del agua lo prueba, por supuesto, el Derecho español ya examinado, y a mayor abundamiento la Ley alemana —Wasserhaushaltsgesetz— (ya citada), que en el art. 1 a) reconoce la propiedad privada sobre el agua, y en el art. 36 ss. prevé diversas formas de planificación.

(29) Ver por ejemplo el comentario al citado art. 36 de la WHG, de Zimniok, K., *Bayerisches Wasserrecht*. München, 1964, p. 111. Igualmente, Wolff-Bachof, *Verwaltungsrecht*, I. Münche, 1974, pp. 401-2.

(30) Art. 26-b-3: “In den Bewirtschaftungsplänen für oberirdische Gewässer oder Gewässerteile werden unter Berücksichtigung der natürlichen Gegebenheiten festgelegt: 1. die Nutzungen, denen der Gewässer dienen soll; 2. die Merkmale, die das Gewässer in seinem Verlauf aufweisen soll; 3. die Massnahmen, die erforderlich sind, um die festgelegten Merkmale zu erreichen oder zu erhalten, sowie die einzuhaltenden Fristen; 4. sonstige wasserwirtschaftliche Massnahmen”.

c) *En el anteproyecto de la Ley de Aguas.* La expresión “aprovechamiento integral” de los ríos o sus tramos y “planes para ese aprovechamiento integral” aparece recogida en los art. 80 y 81 del anteproyecto, debiendo la Administración disponer la licitación en concurso de las concesiones (31). Sin embargo, no está del todo clara en el texto del anteproyecto —y esto es muy importante— la línea divisoria entre estos planes y los hidrológicos. En efecto, algunos de sus arts. como el 25 (“Los planes hidrológicos determinarán la forma de aprovechamiento de los caudales no concedidos...”) o el 16 (“El plan hidrológico recogerá el orden de preferencia de las demandas...”) atribuyen veladamente a los planes hidrológicos funciones que en el esquema trazado en esta comunicación sólo corresponde a los planes de aprovechamiento. Me refiero sobre todo a la fijación del uso.

Desde un punto de vista práctico es difícilmente concebible, por otra parte, que el plan hidrológico pueda señalar para toda una cuenca todos los usos que en el curso del agua sean más convenientes. Más bien, al contrario, el plan hidrológico debe limitarse a prever genéricamente las necesidades de agua (para riegos, abastecimientos, etc.) y todas las disponibilidades, dejando al plan de aprovechamiento la fijación de los usos en los distintos tramos. El propio anteproyecto alude a esta inserción entre ambos tipos de planes en el art. 19,2, cuando dispone que “compete al MOPU la aprobación de los planes que sean desarrollo de los objetivos previstos en otros ya aprobados de ámbito superior” (y éstos no pueden ser otros que los hidrológicos a los que se dedica ese art. y todo el capítulo en general). Sobre este tema versa el apartado siguiente (32).

5. *Relación entre planes de aprovechamiento y planes hidrológicos*

Hemos dicho que el plan hidrológico es ante todo un estudio de necesidades de agua en un momento futuro y de las disponibilidades para atender áquellas. La cuestión clave para comprender la relación entre unos planes y otros radica en precisar el carácter jurídico de ese “estudio” que es el plan hidrológico.

Ha quedado afirmado ya que no vincula a los particulares ni puede

Nótese, sin embargo, que estos planes sólo pueden dictarse para aguas superficiales, mientras que el Derecho español no pone reparos a que se trate de aguas subterráneas ya apropiadas por la Administración. Aunque, de acuerdo con Guaita, *Derecho Administrativo especial*. T.V., cit. p. 167, éstas ya no son aguas subterráneas propiamente dichas.

(31) En nota 18 hemos visto un caso en que se acudió a esta fórmula.

(32) El Decreto de planificación hidrológica de 1979, repetidamente citado, con más corrección que el anteproyecto evita entrar en el tema de la definición de los usos.

crear situaciones jurídicas que les favorezcan o les perjudique: no tiene efectos ad extra. ¿Y ad intra, en el seno de la propia Administración, sobre todo en el órgano competente para dictar planes de aprovechamiento? Los términos del art. 19,2 del anteproyecto de Ley de Aguas aluden al *desarrollo* de objetivos previstos en otro plan (hidrológico). Según esto, el plan hidrológico señalaría unos objetivos genéricos que son concretados o desarrollados por los planes de aprovechamiento. Es decir, las previsiones del plan hidrológico vinculan a la Administración cuando dicta planes de aprovechamiento.

A una conclusión similar, aunque quizás más elaborada, llegó la doctrina alemana al comentar los planes hidrológicos introducidos novedosamente en la Ley de 1957. Por su evidente interés conviene detenerse en este punto. Ante todo, parecía claro que los “Rahmenpläne” del art. 36 constituían el fundamento o nivel previo para los posteriores “Generalpläne” o “Bewirtschaftungspläne” de la Ley de 1976. Dado que los primeros no tenía eficacia ad extra, la conclusión que se impuso unánimemente fue —y es— que el “Rahmenplan” es una instrucción administrativa (“Verwaltungsanweisungpläne”) o, en palabras de Wolff-Bachof, se trata de “planes que vinculan a otros planes”. Es decir, que tienen por destinatario a una autoridad administrativa competente para dictar planes, en el marco de los primeros (33).

¿A qué autoridades están dirigidos los planes hidrológicos? El citado art. 19 del anteproyecto de Ley de Aguas habla solamente del MO-PU, pero ya hemos visto con anterioridad, al tratar los planes de transformación de zonas regables, que también el Ministerio de Agricultura tiene competencias en esta materia. Y en último término, las Comunida-

(33) Ver Wolff-Bachof, *Verw. Recht. I*, cit. p. 402. Igualmente, Zimniok, K., *Baye-risches Wasserrecht*, cit. p. 111-112. Y Friesecke, A., *Der Plan im neuen Wasserrecht*. “Deutsches Verwaltungsblatt”, 1961. pp. 809 ss.

He de añadir que, como señalan Wolff-Bachof en loc. cit., esta construcción que ha sido descrita en el texto ha sido trasladada del campo de la planificación urbanística a la hidrológica. Concretamente, en aquella se trata de conjugar los planes supramunicipales (“Flächennutzungsplan” de los arts. 3,5 y 7 de la Ley de 23 de junio de 1960 —cuya última modificación es de 6-7-1979—) y los planes municipales de urbanismo del art. 8 y ss. (“Bebauungsplan”): los primeros obligan a las autoridades municipales a respetar y adaptar los planes de urbanismo a los supramunicipales, cuyo contenido se limita a una exposición básica de las intenciones o proyectos administrativos para la urbanización de la zona. Como sucede en los planes hidrológicos, tampoco éstos generan situaciones jurídicas que afecten a los particulares directamente. Ver sobre el tema, Stich, R., *Die Planstufen der Orts-, Regional- und Landesplanung*. Deutsches Verwaltungsblatt. 1973, p. 589 ss., 592-5. La misma solución aplicada al Derecho español, en: García de Enterría-Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Madrid, 1979, p. 219 ss.

des autónomas, cuestión que trataremos en el apartado final de este trabajo.

C. INFLUENCIA DE LA PLANIFICACION HIDROLOGICA Y DE APROVECHAMIENTO SOBRE LAS CONCESIONES SINGULARES

1. Influencia del plan hidrológico sobre las concesiones singulares

Analicemos, en primer término, el plan hidrológico. Si bien éste no tiene trascendencia externa, ¿puede afectar indirectamente a los particulares en la fase de otorgamiento de concesiones? Sobre esta cuestión, el anteproyecto de Ley de Aguas contiene dos importantes disposiciones: el art. 20 según el cual “La Administración, por efecto de la vinculación negativa del Plan, no puede otorgar concesiones ni aprobar la realización de obras que vayan en contra de las disposiciones del mismo”; y el art. 22: “Las disposiciones de los planes hidrológicos, así como sus modificaciones, no pueden dar lugar en ningún caso a la creación de derechos en favor de particulares o de Entidades”.

La rotundidad de ambos artículos permite sospechar que el redactor pensaba más en los planes de aprovechamiento que en los hidrológicos. Es obvio que un estudio de disponibilidades y necesidades de agua no puede crear derechos subjetivos. Por el contrario, cuando el anteproyecto regula los planes de aprovechamiento (arts. 80-81), no se refiere a este tema, aunque aquí sí es realmente una cuestión decisiva, como se verá a continuación. Todo ello no es sino una consecuencia de la falta de claridad en la distinción entre unos y otros tipos de planes de que adolece el anteproyecto, que se pone de manifiesto cuando se atribuye al plan hidrológico la definición de los usos.

Con esta salvedad importante, el art. 22 es tanto y aún más aplicable a los planes hidrológicos. Por supuesto que estos no crean derechos. El verdadero efecto del plan hidrológico sobre la Administración que otorga concesiones es el de limitar la esfera de discrecionalidad, que se expresa en el anteproyecto con los términos “vinculación negativa” (34).

(34) En el Derecho alemán, y refiriéndose también a los planes hidrológicos, ver Frie-secke, *Der Plan...* cit. p. 811 dice que constituyen “pautas” (“Richtschnur”) para la autoridad concedente. Igualmente, Zimniok, K., *Bayerisches Wasserrecht*, cit. p. 112: “Der-gestalt kann dann aus dem wasserwirtschaftlichen Rahmenplan auch für den Einzelfall die wasserwirtschaftlich zu verfolgende Linie abgelesen werden”.

La importancia de este tema se multiplica cuando la Administración no ha dictado todavía planes de aprovechamiento que “desarrollen” el plan hidrológico. En caso contrario, puede afirmarse que no existe. Por lo demás, es indiferente que la concesión de aprovechamiento sea otorgada por la Administración estatal o la autonómica: la eficacia del plan hidrológico sigue siendo la misma (35), (36).

2. *Influencia del plan de aprovechamiento sobre las concesiones singulares*

La relación entre planes de aprovechamiento y concesiones singulares tiene un cariz distinto. Martin-Retortillo (S.) sostiene que existe un auténtico derecho subjetivo a exigir el otorgamiento de la concesión en dos circunstancias (37): 1ª “cuando se omite el principio de la concesión rogada, siendo la propia Administración la que de acuerdo con las “bases” que a tal fin establece “concurra” el aprovechamiento”; 2ª cuando, aún actuando dentro del principio de la concesión rogada, está la Administración condicionada por una serie de valoraciones sustantivas que el Ordenamiento le fija y que necesariamente debe tener en cuenta

En un tema similar, cual es el de las licencias de construcción sin plan de urbanismo formulado o al margen de su alcance territorial, la jurisprudencia alemana ha tenido ocasión de analizar el alcance del “Flächennutzungsplan” (ver nota anterior), si bien con resultados contradictorios. Ver diversas sentencias y comentarios en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1964, p. 527 (Urteil 29.4.1964 —BVerwG—). *Deutschen Verwaltungsblatt*, 1971, p. 527 (Urteil 4.11.1970 —OVG Lüneburg). *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1965, p. 289 (Urteil 25.6.64 —OVG Münster—).

No se me escapa, sin embargo, que, aunque planes hidrológicos y los “Flächennutzungspläne” del Derecho alemán son funcionalmente similares, por razón del objeto que regulan su eficacia sobre los actos administrativos no necesariamente tiene que coincidir. Porque no es lo mismo denegar una licencia de construcción, sin plan de urbanismo existente pero con un plan que preveía a grandes rasgos la ordenación de la zona, que denegar una concesión de aguas porque va contra el plan hidrológico. La diferencia es obvia: en un caso, el particular ejercita un derecho que sólo un plan de urbanismo puede limitar y ordenar (Administración de intervención); en el otro, no tiene derecho alguno, siendo la posición de la Administración mucho más sólida (Administración de prestación).

(35) Ver infra, p. 27 ss.

(36) Un buen ejemplo de la relación entre concesiones o actos singulares en materia de aguas y los planes hidrológicos se encuentra en el denominado “Estudio regional de recursos hidráulicos totales de Baleares”, aprobado por Decreto de 21 de diciembre de 1973 (Ar. 124), (como se ha visto, se trata de un plan hidrológico). El art. 4 establece la siguiente norma: “(Ejecución de nuevos alumbramientos). Para establecer los límites de autorización de extracciones anuales adicionales a las existentes, se tendrán en cuenta las disponibilidades estimadas en el Estudio regional... y la evolución de los niveles piezométricos y calidad del agua”.

(37) Ver *Sobre la tramitación de las concesiones de aguas públicas*, en “Aguas públicas y obras hidráulicas”, cit. p. 263.

(aquí se trata efectivamente de actuación reglada). También en este caso “se establece un auténtico derecho a que la concesión sea otorgada”, concluye este autor.

Ambos supuestos pueden plantearse con un plan de aprovechamiento previo o sin él. Puede suceder, en efecto, que la Administración saque a concurso una o varias concesiones de aguas, aunque lo normal es que, en ejecución de un plan de aprovechamiento, se proceda a concursar las concesiones (38). En el segundo caso, las “valoraciones sustantivas que condicionan la actuación administrativa” (y que convierten la concesión en reglada) pueden proceder de la misma Ley de Aguas u otra norma, reglamentaria por ejemplo, y sobre todo de un plan de aprovechamiento que al ordenar el otorgamiento de concesiones puede imponer determinados criterios.

Pues bien, el concurso del otorgamiento de concesiones no significa en modo alguno generación de derechos en favor del particular. Como he escrito en otro lugar, “El concurso sirve únicamente para concretar en un breve plazo de tiempo las solicitudes y examinarlas conjunta y comparativamente, cosa que no se puede hacer si se presentan en un largo plazo de tiempo y se examinan individualmente. El concurso, por tanto, no hace más que ayudar a un correcto ejercicio de la discrecionalidad administrativa (principio de igualdad)” (39).

Tampoco cuando la concesión es reglada, porque la norma impone a la Administración todos los criterios a tener en cuenta, puede hablarse de creación de derechos subjetivos. Ciertamente, cuando la norma prevé un derecho subjetivo, la decisión es siempre reglada. Pero no es correcto invertir la proposición, y entender que *siempre* que la decisión es reglada tiene el particular derechos subjetivos (40).

(38) Ver nota 18.

(39) En mi tesis doctoral (de próxima publicación) *Subvenciones a la Economía y crédito oficial en el Derecho español*, p. 92, nota 82. La misma postura reseñada en el texto para las concesiones de aguas es mantenida por Martín-Retortillo, S., para la concesión de créditos oficiales previamente concursados en *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*. Madrid, 1975, p. 247.

(40) Lo mismo mantengo en mi tesis doctoral, cit. en nota anterior, p. 157, al comentar la más reciente legislación de promoción industrial (ejs. Decreto de 30 de diciembre de 1980, art. 4; Decreto de 19 de junio de 1981), que sujeta la concesión de beneficios “a unos criterios e índices de ponderación” muy estrictos, y sin embargo, no puede hablarse de derechos subjetivos.

La coincidencia entre sectores administrativos tan dispares entre sí como son la promoción económica y los aprovechamientos de aguas no es casual: en ambos nos hallamos ante la Administración prestadora, en la que por regla general la norma no reconoce dere-

En consecuencia, determinar cuando existen derechos subjetivos en el otorgamiento de concesiones de aguas sólo puede hacerse examinando la norma (planes de aprovechamiento). Y los planes estudiados no prevén —ni creo que esto sea posible— derechos subjetivos. El anteproyecto de la Ley de Aguas citado, en el art. 22, niega asimismo que las disposiciones de los planes hidrológicos “den lugar a la creación de derechos subjetivos”. En parte ha sido comentada ya esta norma. Conviene aquí añadir que el anteproyecto no distingue con nitidez planes hidrológicos y de aprovechamiento, puesto que asigna a los primeros la definición de los usos (o prioridades, en la terminología del anteproyecto). De este modo, al ser el plan hidrológico del anteproyecto en parte plan de aprovechamiento, la disposición del art. 22 sirve perfectamente —y creo que ésta es la *ratio legis*— para probar que tampoco puede generar derechos subjetivos este segundo tipo de planes.

¿Significa esto que la aprobación de un plan de aprovechamiento no tiene trascendencia alguna para los potenciales usuarios a los que va dirigido? Piénsese en el siguiente supuesto: plan de aprovechamientos fijando un determinado uso (riegos, por ejemplo), en que los posibles regantes solicitan una concesión en los términos del plan, y existiendo naturalmente aguas sobrantes. ¿Puede la Administración negarse a acceder al otorgamiento de la concesión? ¿Sería esto correcto? La solución a esta cuestión sólo puede provenir de la teoría general de la discrecionalidad administrativa, porque lo más frecuente será que se trate de decisiones discrecionales. Pues bien, puede darse el caso de que una norma que prevea en abstracto la discrecionalidad de la Administración, cuando se aplica a un supuesto de hecho concreto, queda limitada a una única decisión posible. Una decisión distinta sería ilegal porque no existan las condiciones fácticas o fundamentos de Derecho que la justifiquen (lo que en el Derecho alemán se conoce como “*Ermessensschumpfung*” o reducción —a cero— de la discrecionalidad) (41), (42).

chos subjetivos frente al Estado (al contrario de lo que sucede en la Administración de intervención), pero la actuación administrativa puede ser —y de hecho así sucede— perfectamente reglada. Lo reglado/discrecional se refiere a la relación norma/Administración; derechos subjetivos/no derechos subjetivos a la relación norma/particulares. Sobre la discrecionalidad ver la tesis doctoral inédita de Mozo Seoane, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial y legislativo, 1894-1978*, leída en la UAM (marzo de 1982).

(41) Ver para el Derecho alemán, Wolff-Bachof, *Verw. Recht. I*, cit. p. 203. Como consecuencia de ello, el juez puede dictar sentencia obligando a la Administración a una concreta decisión.

(42) La misma expresión “reducción de la discrecionalidad” es usada en el Derecho español con un sentido más amplio, y en cierto modo distinto. Por todos, ver García de Enterría-Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo. I*. Madrid, 1974, p. 299.

La conclusión es que, aunque los planes de aprovechamiento de aguas públicas no reconozcan derechos subjetivos y permitan a la Administración decidir de forma discrecional, pueden darse situaciones en que la discrecionalidad se vea de tal modo reducida, que la Administración tenga que otorgar necesariamente la concesión. Pero nótese bien que se han invertido los términos de la cuestión: como norma, el plan de aprovechamiento no genera derechos subjetivos, tanto si se ejecuta previa licitación de las concesiones como si se otorgan éstas de forma individualizada (43), (43 bis).

3. El control judicial en el otorgamiento de concesiones de aguas: problemas de legitimación

El control de las decisiones desestimatorias de concesión de aguas, con un plan de aprovechamiento o hidrológico previos, no se diferencia en nada del control judicial de las decisiones discrecionales. Ahora bien, ¿es posible exigir judicialmente la anulación de una concesión que vaya contra lo dispuesto en el plan de aprovechamiento? ¿Quién está legitimado? En el único asunto llegado al Tribunal Supremo —la sentencia repetidamente citada de 29 de febrero de 1980— el Sindicato de regantes de la cuenca del río Guadalupe pudo recurrir contra la concesión de un aprovechamiento hidroeléctrico porque éste mermaba los aprovechamientos existentes. El perjuicio y la legitimación son evidentes. Pero, ¿estarían legitimados en éste o en otro caso un sindicato de regantes o éstos individualmente para pedir la anulación de una concesión contra el plan, cuando no menoscaba sus aprovechamientos?

Dado el carácter esencialmente “subjetivo” de la jurisdicción contenciosa, siendo el cumplimiento de la norma únicamente tarea de la Ad-

Dentro de las “técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad” incluyen: el control de los elementos reglados (el control del fin y la desviación de poder), el control de los hechos determinantes, el control por los principios generales del Derecho.

(43) La solución que da el Derecho francés a este problema está contenida en el art. 47 de la Ley de 16 de diciembre de 1964, citada supra. Dice así: “Les demandes d’autorisation sont examinées compte tenu des plans de répartition et des programmes de dérivation des eaux prévues à l’article 46. Elles ne peuvent être refusées que si elles font obstacle à leur exécution”.

Sin duda, esta disposición constriñe más a la Administración que el art. 20 del anteproyecto español de Ley de Aguas: “La Administración, por efecto de la vinculación negativa del Plan, no puede otorgar concesiones ni aprobar la realización de obras que vayan en contra de las disposiciones del mismo”.

(43 bis) En el mismo sentido, y en un tema similar, ver Menéndez Rexach, A., *La ordenación de playas y sus problemas jurídicos. En especial, el tema de las competencias concurrentes*. “Rev. Der. Urb.”. I, 1982, p. 76.

ministración, siempre que no afecte a derechos o intereses de particulares, es imposible obligar judicialmente a la Administración al cumplimiento del plan. A mi modo de ver, esto constituye el punto débil de los planes de aprovechamiento, y en general de toda la planificación del agua: mientras la Administración respete los aprovechamientos existentes, con mucha dificultad se podrá anular una concesión contra el plan, y, desde luego, en todo momento puede la Administración dictar un nuevo plan de aprovechamiento para las aguas no concedidas (que contemple otros usos por ejemplo).

D. LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS SOBRE AGUAS EN LA CONSTITUCION DE 1978 Y SU APLICACION A LA PLANIFICACION DE LAS MISMAS

1. *Distribución de competencias en la Administración del Estado (re-capitulación)*

Resumamos, en primer lugar, lo dicho hasta ahora acerca de la distribución de competencias en el seno de la Administración del Estado para dictar planes en materia de aguas.

Los planes de aprovechamiento son acordados en general por el MOPU que ostenta la autoridad general en las aguas. Dentro del organigrama del MOPU, es sabido que la planificación de los aprovechamientos constituyó una de las competencias inicialmente atribuidas a las Confederaciones hidrográficas (44). Así, todavía los Decretos de 8 de octubre de 1959 y 13 de agosto de 1966, por los que se reorganizaron éstas, incluían entre sus funciones “la formación de los planes de aprovechamiento en la respectiva cuenca”.

La normativa más reciente al respecto —Decreto de 14 de septiembre de 1979 (Ar. 2489)— ha modificado sustancialmente el criterio anterior, puesto que tan sólo se habla de “participar en la elaboración de la planificación hidrológica” (art. 3: funciones de la asamblea) y “formular la *propuesta* para el Plan de obras y aprovechamientos de la cuenca” (art. 7: funciones del Director de la Confederación). Resulta, pues,

(44) Ver Martín-Retortillo, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en “Aguas públicas y obras hidráulicas”. Cit. p. 181, nota 18, con bibliografía que cita.

que la planificación de los aprovechamientos reside en la Administración centralizada o activa (45).

Hemos visto también que, cuando el destino de las aguas es el regadío, interviene en el planeamiento el Ministerio de Agricultura. Sea en coordinación con el MOPU (planes de transformación de zonas regables con aguas superficiales), o con carácter exclusivo en la elaboración de estos planes, si la zona ha de ser regada con aguas subterráneas. Ambos han de ser definitivamente aprobados por el Consejo de Ministros.

Por lo que respecta a los planes hidrológicos, el Decreto de diciembre de 1979 (Ar. 127 de 1980) creaba una Comisión de planificación hidrológica (interministerial) para dirigir la elaboración de los planes y coordinar la intervención de los distintos Departamentos ministeriales (46). Pero la aprobación de los Planes reside en el Consejo de Ministros (47).

Que la aprobación de los planes hidrológicos resida en el Consejo de Ministros es, desde luego, un acierto, y es además congruente con el carácter de instrucción administrativa que le hemos adjudicado. En efecto, por razones obvias un plan hidrológico con rango de instrucción del MOPU será difícilmente aceptable por el Ministerio de Agricultura (o por el de Industria, con competencias también en la materia, aunque no de planificación), por mucho que este Ministerio participe en la Comisión hidrológica. Si el plan hidrológico es una instrucción administrativa que ha de ser observada por los inferiores jerárquicamente al dictar planes de aprovechamiento; si el Ministerio de Agricultura puede elaborar —

(45) En Ministerio de Obras Públicas (SGT), Esquema del Derecho de Aguas español. Madrid, 1975, pp. 35 y 36, se insiste en este aspecto: "Para terminar, parece oportuno destacar que el problema planteado, con carácter de urgencia, a la Administración de nuestros días es el de localizar un punto nuevo de equilibrio que permita la sintonización de los principios descentralizador y democrático con la coordinación exigida por la planificación de la explotación de unos recursos hidráulicos que, como ya ha sido reiterado, tienen carácter limitado y en gran medida insustituible. Este planteamiento suscita la duda de si las Confederaciones no jugarán como obstáculo en la hora del aprovechamiento solidario de los recursos nacionales que parece exigir el bien común. Quizás convenga recordar en este sentido que la administración del agua, esto es, tanto la elección de su destino a través de planeamientos generales como la concesión concreta de su aprovechamiento, corresponde a los órganos de la Administración directa del Estado, por lo que, en rigor, las confederaciones no pueden constituir factores de entorpecimiento".

La "duda" ha quedado disipada en el Decreto de 1979 citado en el texto.

(46) Su composición ha sido modificada por Decreto de 20 de agosto de 1981 (Ar. 2528). Otro Decreto de igual fecha (Ar. 2158) creaba una Comisión mixta especial para las Islas Canarias.

(47) El art. 17 del anteproyecto de la Ley de Aguas atribuye también esta competencia al Consejo.

como efectivamente hace— planes de aprovechamiento, se deduce la necesidad de la aprobación de los planes por el Consejo de Ministros. Afecta además a competencias de diversos Ministerios, como lo demuestra la misma composición de la Comisión hidrológica.

2. Competencias de las Comunidades Autónomas en la planificación del agua

Más compleja es ya la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a tenor de la Constitución de 1978. El art. 148, 1-10º y el 149, 1-22º parten las competencias sobre las aguas públicas según el criterio de que las aguas (superficiales) transcurran íntegramente por una Comunidad Autónoma (y por tanto son de su interés e incumbencia), o no (en cuyo caso son de competencia estatal). Los estatutos de autonomía repiten esta distribución (48), si bien ha de notarse que el estatuto gallego y el andaluz señalan como exclusivas también las competencias sobre aguas subterráneas “cuando su aprovechamiento no afecte a otro territorio” (49).

A la luz de estas disposiciones, se plantean cuestiones desconocidas en relación con la planificación del agua. ¿Pueden las Comunidades Autónomas dictar planes hidrológicos para los cursos de agua que discurran íntegramente por su territorio? Nada dice al respecto el Decreto de planificación hidrológica de 1979. ¿Y planes de aprovechamiento en el mismo caso?

a. ¿Pueden dictar planes hidrológicos las Comunidades Autónomas?

En cuanto a los planes hidrológicos, sabemos ya que contienen un estudio de las disponibilidades de agua y de sus necesidades en un plazo determinado. Sabemos también que se refieren a “todas” las aguas: públicas y privadas, subterráneas y superficiales. Pero conviene a continuación añadir dos datos del mayor interés: 1º el marco natural por excelencia del plan hidrológico es la cuenca hidrográfica; 2º y, sobre todo, éste ha de ser dictado en atención a toda una serie de planes mutuamente interdependientes, y sin cuya articulación perderían ellos —y el plan

(48) Estatuto vasco: Ley de 18 de diciembre de 1979 (Ar. 3028) art. 10,11. Estatuto catalán: Ley de la misma fecha (Ar. 3029), art. 9,16. Estatuto andaluz: Ley de 30 de diciembre de 1981 (Ar. 47 de 1982), art. 13,12. Estatuto gallego: Ley de 6 de abril de 1981 (Ar. 990), art. 27, 12.

Sin embargo, hasta este momento —marzo de 1982— la Administración del Estado no ha transferido competencia alguna en relación con estas materias.

(49) Art. 13,12 del Estatuto andaluz; art. 27,14 del Estatuto gallego.

hidrológico— toda su razón de ser: piénsese en la ordenación del territorio, planes de urbanismo, energéticos, de promoción de la economía (sobre todo, de localización industrial).

Que los planes hidrológicos tienen como marco las cuencas hidrográficas —sustrato, a su vez, de las actuales Confederaciones hidrográficas— no se dice expresamente en el Decreto de planificación hidrológica de 1979 (50). Pero ésta es la solución más razonable, teniendo en cuenta el carácter de estudio de “todas” las aguas de una zona geográfica, en lo que se incluyen, ante todo, ríos principales, afluentes, aguas subterráneas. Pus bien, si la cuenca hidrográfica debe ser el marco natural del plan hidrológico, el plan afectará, salvo contadísimas excepciones, a varias Comunidades Autónomas, lo cual le convierte automáticamente en una competencia estatal (51). Por otra parte, el dato decisivo que lleva a considerar las aguas como competencia estatal o autonómica es que discurran íntegramente o no por la Comunidad Autónoma. Si el plan hidrológico afecta a todas las aguas, ¿cómo distinguir cuando un curso subterráneo de agua discurre íntegramente o no por una Comunidad Autónoma, lo cual permitiría a ésta dictar planes hidrológicos?

La segunda cuestión planteada hace referencia a las distintas planificaciones involucradas en la hidrológica. Algunas de estas competen-

(50) Así se establece, por el contrario, en el art. 17 del anteproyecto de la Ley de Aguas: “Dentro del Plan hidrológico nacional se elaborarán planes regionales sobre la base territorial de las cuencas hidrográficas”. Las propuestas de planes hidrológicos que, en aplicación del Decreto de 1979, elevaron las Confederaciones hidrográficas, tienen precisamente este ámbito. No falta, sin embargo, algún plan hidrológico, como el de Almería estudiado supra, con un marco natural distinto.

(51) En un Estado federal como el alemán, la Wasserhaushaltsgesetz (WHG), si bien atribuye la competencia para dictar planes hidrológicos y de aprovechamiento a los Estados —art. 36 y 36 b)—, prevé para lo primeros que se acomodarán a “instrucciones” dadas por el Gobierno con el acuerdo del Bundesrat (son de fecha 6-9-1966). Y para los segundos, el Gobierno, también previo acuerdo del Bundesrat, dicta normas sobre las características que debe reunir el agua, que deben ser tenidas en cuenta en los planes de aprovechamiento (normas sobre contenido mínimo de estos planes de 19-9-1978).

La primera competencia del Gobierno federal se justifica precisamente porque la planificación hidrológica rebasa las fronteras de los Estados miembros. Ver Zimniok, K., *Bayerisches Wasserrecht*, cit. p. 112.

La Ley alemana (WHG) prevé que la cuenca (o una parte de la misma) será el marco de la planificación hidrológica, como es el caso español. Pero admite también la posibilidad de otros espacios económicos distintos a la cuenca (art. 36,1). La competencia para aprobar planes sigue siendo en todo caso de los Estados.

En Derecho español, como la competencia viene determinada por que las aguas (superficiales) discurran íntegramente por la Comunidad Autónoma, es indiferente el marco geográfico que se considere: de este hecho se deducirá la competencia, que debe ser estatal por las razones expuestas en el texto.

cias corresponden a las Comunidades Autónomas, singularmente la ordenación del territorio (52); otras a los Ayuntamientos (planes de urbanismo); otras, en fin, al Estado (localización industrial). La conjunción de todos estos planes debe ser asumida por la Administración del Estado, y concretamente, como prevé el Decreto de planificación hidrológica de 1979, por el Consejo de Ministros.

Pero bien entendido que esta “conjunción” no puede significar el desplazamiento de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos o la imposición subrepticia —vía plan hidrológico— de criterios de la Administración central en asuntos que son competencia de aquellos. La conjunción aludida tiene un doble camino, de ida y vuelta. Ante todo, debe tener en cuenta —como un dato— la ordenación del territorio y los planes de urbanismo, así como otros planes estatales. Por otra parte, estas planificaciones tendrán que ser coherentes y estar coordinadas con la planificación hidrológica (53), (54). En conclusión, la planificación hidrológica supone el nacimiento de derechos y obligaciones recíprocos de Comunidades Autónomas y Administración estatal. Los conflictos que sobre estos se planteen serán tratados seguidamente.

b. ¿Pueden las Comunidades Autónomas dictar planes de aprovechamiento?

Se sobreentiende sobre aguas (superficiales) que discurren íntegramente en su territorio. La respuesta que se impone es positiva: si las Comunidades Autónomas pueden en estos casos otorgar concesiones singulares, pueden igualmente dictar planes de aprovechamiento. A lo que se ha de añadir que estos planes también están sometidos a las instrucciones de los respectivos planes hidrológicos. El plan hidrológico, que en el seno de la Administración del Estado se justifica como una instrucción dirigida a órganos subordinados, respecto a las Comunidades Autónomas no es sino expresión de la tutela general del Estado sobre aquéllas.

c. La resolución de conflictos entre Comunidades Autónomas y Administración estatal sobre la planificación de las aguas

(52) Ver art. 10,31 del Estatuto vasco citado. El art. 13,8 del andaluz, etc.

(53) En estos términos se expresan varios borradores para un “Anteproyecto de Ley de armonización en materia de aguas” que he podido consultar.

(54) En el mismo sentido, la WHG alemana, ya citada, art. 36,2: “Die wasserwirtschaftliche Rahmenplanung und die Erfordernisse der Raumordnung sind miteinander in Einklang zu bringen”. En este caso, sin embargo, la coordinación es más sencilla porque las competencias para dictar planes hidrológicos y de ordenación del territorio residen ambas en los Estados, si bien atribuidas a autoridades de distinto rango jerárquico.

He aquí como la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de aguas lleva forzosamente a la creación de relaciones jurídicas entre el Estado y las propias Comunidades Autónomas, relaciones que pueden proceder de la adaptación de los planes hidrológicos a otros planes (territoriales, etc.) o viceversa y de la inserción de los planes de aprovechamiento de las Comunidades Autónomas en el marco de los planes hidrológicos. Los distintos planes crean, en suma, derechos y obligaciones entre las distintas Administraciones públicas, que son una concreción de las competencias que constitucionalmente les están atribuidas. ¿Cómo pueden resolverse las posibles desavenencias? Obviamente, dichas desavenencias constituyen conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, regulados en los arts. 62 y ss. (y, sobre todo, 76 y 77) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 (Ar. 2383). El art. 76 de esta Ley convierte en conflicto constitucional cualquier desavenencia surgida entre el Estado y las Comunidades Autónomas a propósito de resoluciones o disposiciones reglamentarias de estas últimas. En nuestro caso, esto significa que una concesión otorgada por una Comunidad Autónoma que vulnere supuestamente un plan hidrológico puede dar origen a un conflicto de esta naturaleza (consecuencia desmesurada, pero cierta!) (55).

Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no prevé en su integridad el conflicto que en estos casos puede plantearse. En efecto, el art. 66 dice que: "La sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia...". El dato decisivo, la única función del juez, es aquí la atribución de una competencia controvertida: la "titularidad", y por tanto una de las Administraciones en conflicto es incompetente.

Desde luego, el problema de la titularidad de la competencia puede plantearse en los planes de aprovechamiento. Pero parece más lógico pensar que surgirán más conflictos por otras razones, con independencia de que la atribución de competencia sea discutida o no. Puede dudarse de si un plan hidrológico respeta o contradice la ordenación territorial, o viceversa; también puede ponerse en duda si un plan de aprovechamiento de una Comunidad Autónoma se inserta en el plan hidrológico co-

(55) Ver sobre este tema, Serrera Contreras, P.L., *Las Comunidades Autónomas y las impugnaciones del art. 161,2 de nuestra Constitución*, en El Tribunal Constitucional (ed. Instituto de Estudios fiscales). Madrid, 1981. T. III, pp. 2.519 ss. Y Tolivar Alas, L., *Un supuesto excepcional de control: el n.º 2 del art. 161 de la Constitución española*, en Idem, p. 2.661 ss.

rrespondiente. No se discute la competencia, sino si una parte de una relación jurídica cumple una obligación que deriva en último extremo de la ordenación constitucional de competencias dentro del Estado, en un procedimiento en cierto modo similar al tradicional control de las normas (delegaciones, reglamentos ejecutivos, etc.) (56), (57).

ADDENDA (febrero de 1983)

El presente trabajo fue preparado para el I Congreso de Derecho de Aguas celebrado en la ciudad de Murcia en mayo de 1982. Desde esa fecha hasta la actualidad se han producido en el tema de la planificación de las aguas algunos hechos significativos, en torno a los cuales giran los comentarios que se hacen a continuación. Estos hechos son: la ordenación de la planificación estatal y autonómica contenida en el art. 9 de la polémica Ley orgánica de armonización del proceso autonómico (LOA-PA), ahora Ley de Proceso autonómico, que tendía a una coordinación un tanto forzada de ambas Administraciones; la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 (BOE de 18 de agosto), sobre la citada Ley: en el fundamento jurídico 14 están los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad

(56) En algunos borradores para un "Anteproyecto de Ley de armonización en materia de aguas" (ver nota 53) se alude, para resolver este problema, a dos instituciones: una, un Delegado del Gobierno en el Organismo de la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la gestión del agua, con poderes de veto suspensivo contra los acuerdos que vulneren el plan hidrológico y el Ordenamiento en general; otra, un Consejo nacional de Recursos hidráulicos, en que estén representados el Estado, los Organismos de Cuenca, las Comunidades Autónomas y los usuarios, y cuya misión sería sustanciar las diferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No me parece ésta una solución adecuada. Puede, si se quiere, intervenir como órgano de asesoramiento, pero la resolución de estas cuestiones debe reservarse al Tribunal Constitucional, extendiendo los límites estrechos y excesivamente formales del art. 66 de su Ley orgánica.

(57) La Ley fundamental de Bonn, art. 93-1, 1 y 3, emplea unos términos mucho más amplios que la "titularidad de la competencia". Habla de la "extensión de los derechos y obligaciones" y de "diferencias de opinión sobre derechos y obligaciones del Estado federal y los Estados miembros..." ("Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten" y "Meinungsverschiedenheit über Recht und Pflichten des Bundes und der Länder..."). Ver sobre este tema, Leibholz/Rupprecht, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Rechtssprechungskommentar*. Köln, 1968, p. 188 ss. Así como, Maunzdürrig-Herzog, *Grundgesetz Kommentar*. T. III. München, 1976. Comentario al art. 93, p. 14, 29, 30, 31. Y Meyer, *Comentario al art. 92 ss. de la Ley fundamental*, en "Grundgesetz Kommentar" (ed. por Ingo v. Münch). T. III. München, 1978, p. 477 ss.

Para el análisis de las relaciones jurídicas entre personas jurídicas de Derecho público, ver Wolff-Bachof, *Verw. Recht*. I. Cit. p. 118.

del citado art. 9; y en tercer lugar, el Anteproyecto de Ley de Aguas dado a conocer en el transcurso del año 1983, en el que se encuentran reguladas ciertas cuestiones ausentes del anteproyecto anterior (manejado para la redacción del trabajo en 1982), que en lo fundamental tratan de la adaptación de la legislación de aguas a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas prevista en la Constitución.

Se plantean tres cuestiones especialmente relevantes: 1ª la discusión sobre la titularidad del dominio de las aguas públicas; 2ª la que vamos a denominar solución “participativa” (Estado-Comunidades Autónomas), por la que se decanta el anteproyecto de la Ley de Aguas en lo que respecta a su ordenación y gestión; y 3ª, el carácter de los planes hidrológicos, tal como se configuran en el anteproyecto.

1) *La titularidad del dominio de las aguas públicas*

Vamos a centrarnos exclusivamente en el análisis del art. 149.1.22 de la Constitución —el que afecta a las Comunidades de autonomía plena—, que está dando lugar a una contradictoria interpretación doctrinal. Por otra parte, a medida que las Comunidades Autónomas de carácter ordinario vayan asumiendo competencias del art. 149, se va a plantear respecto de ellas exactamente el mismo problema.

La cuestión escuetamente formulada es: de acuerdo con el art. 149.1.22 de la Constitución, ¿pueden ser titulares de dominio de aguas públicas las Comunidades Autónomas?

Aparentemente, esto es lo que se deduce del texto de dicho artículo: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre: 22. La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma”.

A sensu contrario, debe entenderse que, si las aguas discurren sólo por una Comunidad Autónoma, serán de competencia de ésta.

Pues bien, ésta no es la opinión de una parte de la doctrina administrativista, que debe ser reseñada con atención porque se refleja en el anteproyecto de la Ley de Aguas, como veremos.

Según algunos autores (58), es preciso distinguir entre “recursos”

(58) Ortiz Díaz, *Competencias establecidas en la Constitución y en los estatutos de las Comunidades Autónomas respecto al sector hidráulico*. RAP. 99, p. 37 ss. Y Sánchez

y “aprovechamientos” en el citado 149.1.22: sobre los recursos —sobre las aguas públicas, cabe decir— el Estado ejercita todas las competencias, tanto de legislación y ordenación como de concesión, con absoluta independencia del territorio por el que discurran las aguas. Mientras que son competencia del Estado ciertos aprovechamientos: los de las aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma. Si, por el contrario, las aguas discurren íntegramente por una Comunidad Autónoma, dichos aprovechamientos son de su competencia.

El punto clave es el concepto de aprovechamiento. Tradicionalmente, ha sido entendido como el acto por el que el Estado autoriza o concede a otros (particulares, normalmente) la utilización del dominio público. Sin embargo, es común a la postura doctrinal comentada el considerar dichos actos de administración del agua dentro del apartado “concesión de los recursos”. Así pues, las Comunidades Autónomas especiales verían reducidas sus competencias en esta materia a meras facultades de policía de las aguas, cuando éstas transcurran íntegramente por su territorio (59).

El anteproyecto de Ley de Aguas parece inclinarse de forma terminante por esta interpretación: en el art. 2 trata del dominio público hidráulico estatal, en el que parecen incluirse todas las aguas. En el art. 14 se conceden al Estado, entre otras, las facultades de planificación hidrológica y concesiones y autorizaciones de dicho dominio público hidráulico. En resumen, la titularidad de las aguas públicas es únicamente estatal, nunca autonómica (60). En el punto siguiente veremos como la solución “participativa” adoptada contradice el punto de partida respecto a la titularidad.

Blanco, *Recursos y aprovechamientos hidráulicos*. Redaz 34. 1982, p. 425 ss.

(59) Ortíz Días, *Competencias-respecto al sector hidráulico*. Cit. p. 50. “Respecto a los aprovechamientos, cuando se trata de aguas intracomunitarias a las Comunidades Autónomas competirían los proyectos, construcción y explotación. En esta explotación deben comprenderse las potestades de inspección y vigilancia de dichos aprovechamientos, la tutela jurídica y gestión pública relativa a las Comunidades de regantes y Jurados de riego, obras hidráulicas, expropiaciones, imposición de servidumbres, etc.

Todo ello resumido por Muñoz Machado, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*. I. Madrid, 1982, p. 529, al decir que: “El aprovechamiento, separado de la concesión de recursos, apenas si contiene otras intervenciones públicas destacables que la policía de aguas”. Esta interpretación es rechazada por Muñoz Machado acertadamente a nuestro juicio, como veremos.

(60) Lo cual no impedirá el ejercicio de las facultades de policía, en los términos antes vistos. Por otra parte, el Estado puede conceder aprovechamientos a las Comunidades Autónomas (así, el art. 40.1 del citado anteproyecto), en la misma forma en que hasta ahora podía hacerse a favor de los Ayuntamientos para el abastecimiento de poblaciones, por

En este trabajo sobre los Planes hidrológicos y de aprovechamiento de aguas no se trataba directamente la titularidad de las aguas públicas. Indirectamente, sin embargo, sí: se afirmaba (D.2.b) por ejemplo que teniendo las Comunidades Autónomas especial competencia para otorgar concesiones singulares, también deben tenerla para dictar planes de aprovechamiento. No se entraba en la discusión de qué aguas exactamente eran de titularidad estatal y cuáles autonómicas, pero obviamente se partía de una interpretación del 149.1.22 muy distinta de la reseñada: se partía de que las Comunidades Autónomas especiales —y las demás en su momento—, según la Constitución, son titulares del dominio de ciertas aguas públicas (las que discurran íntegramente por su territorio). Esta interpretación es corroborada por los Estatutos de autonomía de dichas Comunidades Autónomas. A nuestro juicio, ésta sigue siendo la interpretación correcta: del tenor literal del art. 149.1.22 permite a las Comunidades Autónomas conceder (y autorizar) aprovechamientos si las aguas son intracomunitarias (61).

2) *La ordenación y gestión "participativa" (Estado-Comunidades Autónomas) de las aguas públicas*

El anteproyecto de Ley de Aguas de 1983, dominado por la idea de mantener la unidad de cuenca geográfica, establece la gestión integrada y unitaria del dominio público hidráulico por los Organismos de cuenca o Confederaciones hidrográficas (art. 16). Dichos Organismos tendrán facultades decisivas, según el anteproyecto, de las que ahora no disponían. Singularmente, interesa mencionar las dos siguientes: la administración de las aguas (concesiones, control, etc) y la elaboración del plan hidrológico de cuenca (art. 22) —la aprobación corresponde al Gobierno de la Nación (art. 39.3)—.

En los distintos órganos de gobierno y administración de las Confederaciones tendrán una importante participación representantes de las Comunidades Autónomas (art. 24 y ss), de las distintas Comunidades Autónomas cuyo territorio forme parte de la cuenca hidrográfica. Esta es la solución "participativa" antes indicada.

Ante todo, conviene dejar patente la contradicción en que incurre

ejemplo. Como bien se puede comprender, esta interpretación reduce las competencias de las Comunidades Autónomas plenas al mismo nivel que las ordinarias: art. 148.1.10: "Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y riego de interés de la Comunidad Autónoma".

(61) En el mismo sentido, Muñoz Machado, *Derecho Público*. Cit. p. 527 ss.

el anteproyecto: si según éste, las aguas son siempre y en todo caso dominio público estatal, está fuera de lugar la integración de las Comunidades Autónomas en la gestión del agua. Es más: sería inconstitucional. ¿Por qué se produce dicha integración? Probablemente, porque se tiene clara conciencia de que el art. 149.1.22 de la Constitución crea un dominio público autonómico sobre las aguas —reducido, desde luego—. Esto rompe el sistema tradicional español en materia de aguas, como sucede en tantas otras cuestiones. En lugar de resolver el problema de articulación que se plantea entre el Estado y las Comunidades Autónomas —sobre todo, las periféricas—, se opta por dar entrada por vía participativa a *todas* las Comunidades Autónomas en la gestión y planificación de *todas* las aguas, cuando lo cierto es que según la Constitución no tienen tal competencia (62).

Con anterioridad a este anteproyecto de Ley de Aguas, la LOAPA intentaba coordinar la planificación estatal y la autonómica en el art. 9. Su párrafo 1 supeditaba a la Ley de planificación del art. 131 de la Constitución los planes que afectan la utilización del territorio y al aprovechamiento de recursos naturales (ejemplo, un plan de aprovechamiento de aguas públicas). El párrafo 2 imponía a ambas Administraciones la obligatoriedad del común acuerdo en los planes de una que afectase a competencias de la otra. Las diferencias entre ambas serían resueltas por el Consejo del art. 131.2 de la Constitución.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 5 de agosto de 1983 (BOE 18 de agosto), fundamento jurídico 14, ha declarado inconstitucional dicho art. 9. En cuanto al párrafo 1, porque el legislador no puede dictar normas meramente interpretativas de la Constitu-

(62) Viene a ser una solución parecida a la que propone Muñoz Machado, op. cit. p. 531. De acuerdo con el criterio de que por un lado “la plena disponibilidad por las Comunidades Autónomas de sus propias aguas puede repercutir en la política hidráulica general”; por otro, “no es indiferente para una Comunidad Autónoma el uso que se haga de cauces fluviales importantes que pasan por su territorio, aunque salgan de él”, entiende este autor que se impone la cooperación entre ambas Administraciones, la “formación participada” de los planes de aprovechamientos hidráulicos, sobre la base de la unidad de cuenca y las Confederaciones hidrográficas. De acuerdo con su interpretación del art. 149.1.22 de la Constitución de que las Comunidades Autónomas pueden otorgar aprovechamientos, dirá Muñoz Machado que esta concentración en las Confederaciones debe lógicamente partir de la “cesión de los titulares” (voluntaria, desde luego), que son el Estado y las Comunidades Autónomas. Que se sepa, esto no se ha producido.

La idea de que es necesaria la cooperación en esta materia de forma primordial es difícilmente rebatible. De lo que se trata es de encontrar fórmulas “constitucionales” para instrumentar dicha cooperación. Creemos que la articulación planes hidrológicos - planes de aprovechamiento puede ser una fórmula útil.

ción, por lo que no prejuzga si es constitucional o no la necesaria adecuación de los distintos planes que trata este párrafo a la Ley de planificación del art. 131 de la Constitución.

Mucho más interés ofrece para el presente trabajo la inconstitucionalidad del párrafo 2 que el Tribunal basa en dos motivos: primero, el carácter necesario y vinculante del acuerdo, que excluye el que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas puedan ejercitar por sí las competencias que les corresponden. Segundo, la atribución al Consejo de funciones arbitrales —aunque en realidad, más parecen judiciales— supone la creación “de un mecanismo para la resolución de conflictos competenciales no previsto constitucionalmente”. En suma, para el Tribunal dicho párrafo 2 “supone una limitación de potestades atribuidas constitucionalmente a diversos Organos y la creación de controles sobre la actuación de las Comunidades Autónomas que no aparecen en la Ley fundamental” (fundamento 14, in fine).

A nuestro entender, el primer argumento excluye el modelo “participativo” tan caro al anteproyecto de Ley de Aguas: cada Administración debe ejercitar su competencia (63). El segundo, aunque no lo dice expresamente, deja bien claro que el único Tribunal competente para resolver dichos conflictos en último extremo es el Constitucional, como veíamos en la parte final del trabajo.

3) *El carácter de los planes hidrológicos en el anteproyecto de Ley de Aguas de 1983.*

Tal como sucedía en el anteproyecto anterior, en el de 1983 el Plan hidrológico quiere a la vez ser plan hidrológico y de aprovechamientos. Así, el art. 39 prevé que el Plan hidrológico comprenderá el inventario de los recursos, los usos y demandas existentes y previsibles, etc., y los criterios de preferencia entre los distintos usos (64). A nuestro juicio, la fijación de los usos debe hacerse a una escala más reducida: a este fin sirve el plan de aprovechamiento. Piénsese que los mismos ríos discurren por zonas de muy distinta contextura económica. Aplicar un rígido

(63) Nos parece incluso de dudosa constitucionalidad una “cesión” voluntaria de competencias de las Comunidades Autónomas o del Estado en ciertos Organismos (como las Confederaciones) de carácter integrador, como viene a proponer Muñoz Machado (ver nota anterior).

(64) Si el Plan no contiene las preferencias de uso, se estará a lo que dispone el art. 57 con un mecanismo de preferencias siguiendo el modelo de la vigente Ley de Aguas, aunque el orden de las preferencias en concreto haya sido alterado.

sistema de preferencias, aunque sea sólo en el ámbito de cada cuenca, no parece sugerir la deseable adaptación a las necesidades de cada zona.

Por otra parte, el art. 38 del anteproyecto dispone que los planes hidrológicos no crean derechos en favor de los particulares. Este extremo ha sido ampliamente analizado en el trabajo. Si bien es cierto que los planes hidrológicos (o los de aprovechamiento) no generan derechos, no cabe duda de que la posición de los particulares es más sólica con un previo plan que fije el uso del agua. Que la Administración está más vinculada, es indudable. Es posible que esto no sea deseable en algunos casos, pero en líneas generales debe contribuir a una mayor racionalización en el uso del agua. Pretendiendo pues evitar la presión de los afectados, se sacrifica la racionalización que sólo los planes de aprovechamiento pueden generar. En fin, de convertirse en su día en Ley el actual anteproyecto se habrá perdido una excelente ocasión para dar entrada por la puerta grande a —y regular— los planes de aprovechamiento, que, como se ha visto en este trabajo, constituyen una figura con cierta raigambre en la Administración de aguas española.