

AGUA, CONSTITUCIÓN Y CONFLICTOS COMPETENCIALES: ¿HACIA UNA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA

Catedrático Derecho Constitucional

JOAQUÍN J. MARCO MARCO

Profesor Agregado Derecho Constitucional

Universidad CEU Cardenal Herrera

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

EL trabajo comienza con un breve análisis histórico de la legislación estatal en materia de aguas para, posteriormente, centrarse en la distribución competencial que sobre dicho punto en cuestión efectuó la vigente Constitución de 1978. El primer gran asunto de relevancia, y en él hacemos hincapié, es si dicha distribución competencial se ha visto alterada (o no) por la Ley de Aguas de 1985 y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentado nuestro criterio al respecto, el trabajo analiza otras cuestiones de indudable interés como la pesca, la potabilización y la desalación de las aguas, siendo especialmente relevante la referencia a la desalación (que, en realidad, es un subtipo de potabilización) por tratarse de una materia que, desde nuestra perspectiva, todavía está virgen por carecer de un análisis doctrinal y jurisprudencial sosegado. Por último, dado que en el tema que nos ocupa destaca sobremedida la cuestión de los recursos hídricos –tan de actualidad en la España de hoy–, no hemos podido dejar de efectuar un particular juicio de constitucionalidad sobre los numerosos preceptos que, al respecto, se están incluyendo en las reformas estatutarias que se han llevado o se están llevando a término en varias de nuestras Comunidades Autónomas.

Palabras clave: agua, Constitución, reforma, competencias.

WATER, CONSTITUTION AND JURISDICTIONAL CONFLICTS: TOWARDS A CONSTITUTIONAL MUTATION?

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA

Catedrático Derecho Constitucional

JOAQUÍN J. MARCO MARCO

Profesor Agregado Derecho Constitucional

Universidad CEU Cardenal Herrera

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

THIS work begins with a short historical analysis of the estate legislation as regards water to, afterwards, concentrate on the distribution of competences that made in this specific matter the valid Constitutional Law of 1978. The first important question in which we emphasize is the one related to whether this distribution has been modified (or not) by the Law of Water published on 1985 or by the jurisprudence of the Constitutional Court. After we have given our opinion about this matter, our work analyses other interesting questions such as fishing, drinkabilisation and desalination of water. It is particularly relevant the question of desalination (which is a subtype of drinkabilisation, in fact) because we think that it is a question about what there has not been studied with calm by the doctrine and the jurisprudence already. In the end, we can not ignore that the question related to the hydric resources stands out exceedingly in this subject, and it has been a very topical subject in Spain nowadays. Therefore, we have done our particular constitutionality trial about some articles related to this matter which are being included in the reforms of Statutes of Autonomy made by several of our Autonomous Communities.

Keywords: water, constitutional law, reforms, competences.

Sumario

1. Introducción. De la Ley de Aguas de 1879 a la Constitución de 1978.
2. El reparto competencial de la materia hídrica en la Constitución de 1978.
3. La Ley de Aguas de 1985.
4. Los litigios constitucionales sobre la Ley de Aguas de 1985.
5. Aguas potables y prepotables: el conflicto sobre el análisis y el problema de la potabilización. Especial referencia a la desalación.
6. Desalación de aguas marinas: ¿quién es competente y sobre qué?
7. Un mismo bien, distintas competencias: los litigios sobre agua y pesca fluvial.
8. El derecho al agua: el litigio del artículo 17.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.
9. El agua en los demás Estatutos de segunda generación.
 - 9.1. El Estatuto de Autonomía de Cataluña.
 - 9.2. El proyecto de Estatuto de Autonomía de Extremadura.
 - 9.3. El Estatuto de Autonomía de Castilla y León.
 - 9.4. El Estatuto de Autonomía de Andalucía.
 - 9.5. El Estatuto de Autonomía de Aragón.
 - 9.6. El proyecto de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.
10. Documentación utilizada.

1. INTRODUCCIÓN. DE LA LEY DE AGUAS DE 1879 A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

En 1977, cuando las recientemente electas Cortes Generales afrontaron el reto de elaborar nuestra actual Constitución, la normativa vigente en materia de aguas era la Ley de Aguas de 1879, una norma sistemática y muy avanzada para su época, cuyo modelo de gestión sirvió de referencia para nuestros constituyentes a la hora de llevar a cabo la distribución competencial de la materia que ahora nos ocupa.

La norma en cuestión, cuya tradición jurídica se remonta al Derecho Romano ¹, consagraba una dualidad de regímenes de los recursos hídricos: así, mientras la mayoría de ellos eran bienes de dominio público, otros, una minoría, resultaban susceptibles de apropiación privada aunque, eso sí, con un régimen dominical peculiar, sujeto a fuertes limitaciones y a intervención administrativa ².

Concretando más, en el sistema de 1879, las aguas superficiales –discurrieran o no– eran bienes de dominio público, lo mismo que los lechos o cauces correspondientes, independientemente de la continuidad o intermitencia de los cursos de agua; de este modo, la ley reposaba sobre una visión fragmentada de los citados recursos, refiriéndose básicamente a los cursos de agua, pero contemplándolos *uti singuli*, de tal modo que cada uno de ellos constituía una unidad. De otro lado, la norma de 1879 daba un trato distinto a los manantiales y a las aguas subterráneas, resultando uno y otras bienes *in commercium* susceptibles de apropiación privada, siguiéndose para la atribución del dominio el criterio del lugar: el predio en el que el manantial brota o en el que se practica el acceso mediante los correspondientes pozos, por más que –mediante técnicas diversas– la propiedad del recurso resultara una propiedad especial.

En la primera mitad del siglo XX el sistema establecido por la Ley de 1879 tuvo que convivir con una muy fuerte intervención pública sobre los recursos de titularidad pública, basada sobre todo en el establecimiento de grandes programas de creación de aprovechamientos mediante obra pública. Tales programas inducían un cambio de perspectiva en la contemplación de los recursos, en especial, aunque no exclusivamente, de los integrados en el dominio público. Así, los ríos dejaban de ser aisla-

¹ Al respecto, puede verse GEREZ KRAEMER, G., *El derecho de aguas en Roma*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 225 y ss.

² También procede del Derecho Romano la publicación de los recursos hídricos destinados al suministro público, aun cuando se trate de recursos que, en principio, son susceptibles de apropiación privada. En cambio, no se conservó la posible existencia de cursos de aguas de titularidad privada que, si bien marginalmente, aquel derecho sí aceptaba.

damente considerados para pasar a ser contemplados como elementos integrados en un sistema hídrico coherente, pasándose de una perspectiva basada en el curso a otra basada en la cuenca, lo que, en consecuencia, provocó la aparición de organizaciones administrativas especializadas para racionalizar la gestión de los recursos y cuyo ámbito de actuación era, obviamente, la respectiva cuenca.

Sin embargo, la regulación y puesta en planta de los organismos de cuenca no supuso, como hubiere sido lógico, una alteración del régimen sustantivo de los recursos. Esa opción legislativa, explicable en tanto en cuanto los organismos de cuenca administraban unos recursos que cuantitativa y cualitativamente estaban casi siempre integrados en el dominio público –mientras que aquellos que pudieran estar en el dominio privado serían secundarios y sujetos a intervención administrativa–, alentaba en el fondo una incongruencia normativa: ésta no derivaba tanto del problema de la titularidad cuanto del hecho de que al articular la administración y la política del agua en torno al concepto de cuenca se estaba abriendo la puerta a una consideración unitaria del recurso, y ésta, a su vez, conducía a cuestionar la primera.

No obstante lo anterior, cuando la cuestión de la autonomía regional entró en la agenda política y apareció el problema del eventual reparto de competencias en materia de aguas, el peso de la tradición jurídica se tornó determinante, y en la mayoría de los casos los criterios utilizados para delimitar las competencias fueron los que provenían de la Ley de 1879, desconociendo u obviando la innovación que había supuesto la aparición de los organismos de cuenca. En buena medida tal fenómeno es explicable porque en la II República la cuestión de la autonomía regional no se planteó con vocación de generalidad y persiguiendo una federalización del Estado, sino que se hizo pensando en la autonomía singular y excepcional de determinados territorios en los que, a mayor abundamiento, no resultaba imprescindible el recurso al concepto de cuenca ni a grandes ríos vertebradores del territorio para la ordenación y estructura del mismo. Así, en la medida en que durante el periodo republicano la autonomía regional se contempló como una solución *uti singuli* y ni en el caso de la *questió catalana* ni en el de la hipotética autonomía vasco-navarra las posibles regiones autónomas que iban a surgir se organizaban en torno a ningún gran río, ni tenían un elevado grado de correspondencia con una determinada cuenca, el problema latente de aquella incongruencia se pudo sobrellevar.

Por otra parte, la asunción del sistema de 1879 hizo que la cuestión de la titularidad del recurso no ocupara ningún papel relevante, planteándose el eventual reparto de competencia en torno al concepto del aprovechamiento. No debe extrañar, en consecuencia, que la delimitación de la competencia se efectuara en torno a la dualidad curso/aprovechamiento. Así lo hacía el Proyecto Romanones de 1919³; ése y no otro era el criterio inspirador del anteproyecto constitucional redactado por la Comisión Jurídica Asesora⁴; y, a la postre, ése fue el criterio al que obedeció el apartado 14 del artículo 14 de la Constitución republicana⁵. En consecuencia, también, ése y no otro fue el criterio que siguieron tanto el artículo 5.º 7 del Estatuto catalán de 1932 como el artículo 2.º f) 1 y 2 del Estatuto Vasco de 1936.

³ Puede verse en SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Editorial Nacional, Madrid, Vol. I., pág. 685.

⁴ Puede verse en SEVILLA ANDRÉS, D. *Op. Cit.*, Vol. II, pág. 147.

⁵ Dicho precepto reservaba a la competencia mínima necesaria del Estado los *aprovechamientos hidráulicos e instalaciones eléctricas cuando las aguas discurran fuera de la región autónoma o el transporte de la energía salga de su término*.

En todo caso, sí conviene señalar que mientras que el Estatuto Vasco no hacía mención alguna de los organismos de cuenca, el texto catalán sí contemplaba tal supuesto, situación que se producía, sin duda, por la preexistencia de la Confederación del Ebro y por la incidencia de la cuenca de dicho río en el territorio catalán ⁶. De haberse consolidado el régimen republicano y, con ello, haber proseguido el proceso de creación de Regiones Autónomas que el Título I de la Constitución de 1931 consentía, puede que las cosas hubieran sido de otro modo. Piénsese que la Guerra Civil interrumpió la tramitación del Estatuto gallego, que ya se había plebiscitado, y que en julio de 1936 estaban en curso procesos de transición a la autonomía en Castilla, Aragón y la actual Comunidad Valenciana.

2. EL REPARTO COMPETENCIAL DE LA MATERIA HÍDRICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Como es bien sabido, el Título VIII de la Constitución vigente sigue el patrón o modelo del Título I de la Constitución republicana, del cual toma no sólo la estructura general, sino buena parte de sus contenidos así como algunos de sus enunciados. Inconscientemente, al adoptar un modelo pensado para resolver algunos casos puntuales y mantener en el resto lo que la Constitución republicana designaba gráficamente como «provincia directamente vinculada al Poder central» (art. 22), el modelo de referencia no contemplaba el escenario de la federalización completa del Estado y, por ello, no contemplaba ni regulaba las instituciones de la República como instituciones comunes a un Estado íntegramente organizado en regiones autónomas, sino meramente como instituciones de gobierno del poder central. Adicionalmente, la percepción de la autonomía como régimen a la vez puntual y particular impedía diseñar un reparto competencial que hiciera coherente el conjunto. Al imitar el modelo republicano, tales propiedades se trasladan a la Constitución de 1978 –en general– y al Título VIII –en particular–, generando dos resultados que no siendo necesarios sí eran previsibles: de un lado, nuestra Constitución no establece un modelo constitucional de Estado de las Autonomías ⁷, mientras, del otro, no existe un diseño de las instituciones centrales de gobierno como instituciones comunes al conjunto de las autonomías. Por ello, no debe extrañar que una consecuencia perversa del sistema constitucionalmente previsto sea su muy elevada litigiosidad ⁸, síntoma evidente de que algo no funciona como debieran en el sistema de relaciones entre las Autonomías y las Instituciones Comunes ⁹.

⁶ El segundo inciso del artículo 5.º 7 del EAC establecía que: *Las Mancomunidades hidrográficas cuyo radio de acción se extienda a territorios situados fuera de Cataluña, mientras conserven la vecindad y autonomía actuales, dependerán exclusivamente del Estado.*

⁷ Si se nos permite citar a un ex ministro del ramo, don Rodolfo Martín Villa, «los planos del Estado de las Autonomías no están en la Constitución».

⁸ Por citar sólo un ejemplo, la estadística elaborada por el Tribunal Constitucional en relación al año 2008 señalaba que, a 31 de diciembre de ese año, se hallaban pendientes de resolución: 112 recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las autonomías contra leyes del Estado; 67 recursos interpuestos por las instituciones del Estado contra leyes autonómicas; y 90 conflictos de competencias, de los que cinco han sido planteados por el Gobierno y los otros 85 por ejecutivos autonómicos. *Vide* <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2008.aspx#A10>

⁹ El problema es especialmente grave porque ni la Constitución facilita ni los Estatutos asumen un modelo de «*dual federalism*» que efectúe el reparto competencial en bloques separados y distintos con predominio de la técnica de la exclusividad

Entrando en materia, hay que indicar, como punto de partida, que el Título VIII de la Constitución contempla un régimen dual del reparto de competencias en materia de aguas: por un lado, el artículo 148.1.10.^a de la Constitución Española (CE) señala la competencia *menos plena* de las Comunidades Autónomas en lo que se refiere a la ejecución de aprovechamientos, mientras que el artículo 149.1.22.^a fija la competencia estatal mínima, determinando el *techo autonómico* en la materia. Dicho precepto es heredero directo del artículo 14 de la Constitución Republicana y articula el reparto sobre los *cursos* de agua, estableciendo que la competencia corresponde al Estado si el curso discurre por dos o más Comunidades, correspondiendo a la Comunidad Autónoma en caso contrario. De tal forma, el precepto no contempla las Confederaciones Hidrográficas.

En todo caso, una vez planteado lo que establece la Constitución, no debemos olvidar que la norma atributiva de competencia es el Estatuto, pero el criterio que siguieron todos los Estatutos de primera generación, de igual modo que hizo la Constitución, fue el de *curso* y no el de *cuenca*, obviando del mismo modo a las Confederaciones. En términos generales, la puerta abierta a la diversificación competencial por razón de la materia y a la consiguiente dispersión del reparto competencial, se ha evitado al optarse por tomar como Estatuto-modelo al primer Estatuto de Autonomía de Cataluña (el de 1979), y adoptar fórmulas de reparto idénticas o funcionalmente equivalentes. No obstante, eso sí, la homogeneización del sistema de reparto operado mediante reformas estatutarias ha tenido por efecto que las Comunidades, que inicialmente contaban con autonomía menos plena, hayan pasado a dotarse de un ámbito competencial propio de la autonomía plena.

La determinación de la competencia estatal mínima que opera el artículo 149.1 de la CE —en esencia refundiendo los arts. 14 y 15 de la Constitución de 1931—, otorga al Estado varios títulos competenciales con posible incidencia en el régimen de aguas, siendo el primero y fundamental el ya referido del artículo 149.1.22.^a, que utiliza como criterio director el del *curso*, asignando la competencia posible según el agua discorra o no por una sola Comunidad Autónoma, y permitiendo la competencia exclusiva regional en las aguas no circulantes y subterráneas. No obstante, el texto constitucional actual se separa de los precedentes al integrar en la competencia exclusiva del Estado los *recursos* además del régimen de aprovechamientos que, como sabemos, era lo tradicional, lo que permite al legislador estatal determinar por sí mismo el régimen dominical de los recursos mismos¹⁰. Además del 149.1.22.^a, algunos títulos competenciales adicionales tienen posible aplicación sobre el derecho de aguas: así, el artículo 149.1.1.^a, en la medida en que la propiedad es un derecho constitucional a gozar en condiciones de igualdad; el artículo 149.1.8.^a, en cuanto reserva al Estado de la

competencial, sino que, más bien al contrario, ambos tipos de norma optan por un «federalismo legislativo» caracterizado por el recurso intensivo a técnicas de concurrencia o compartición competencial, técnicas que, por sí mismas, exigen para su buen funcionamiento que se lleve a cabo una regulación acordada así como políticas públicas compartidas, elementos ambos que no son posibles de modo sistemático y sin un diseño de las instituciones comunes que obliguen a los actores políticos a implantar políticas públicas consociativas mediante acuerdos entre los distintos niveles de gobierno.

¹⁰ En principio, el artículo 138.24 del primer anteproyecto se refería a los aprovechamientos usando unos enunciados muy similares a los de la Constitución de 1931; el texto salió modificado del Congreso (art. 143.1.21) y pasó a referirse a *la concesión de los aprovechamientos*. En el Senado el texto fue objeto de dos enmiendas relevantes: una de la Agrupación Independiente (enmienda 633) que proponía la introducción de los recursos y su régimen, y otra, del Senador por Zaragoza Martín-Retortillo, que proponía reservar al Estado los recursos, la legislación y la ordenación de los aprovechamientos. La aceptación parcial de esta segunda enmienda es la que propició el texto definitivo, esto es, el actual artículo 149.1.22.^a de la CE.

mayor parte del Derecho Civil; el artículo 149.1.18.^a, en cuanto se refiere al régimen jurídico-administrativo; y, por último, el artículo 149.1.13.^a, ya que habilita al Estado para planificar la economía nacional.

Además, la Constitución no contempla el caso de los cursos de agua que discurren, además de por el Reino de España, por otro Estado ¹¹, situación que se produce de manera particular con los ríos Tajo y Duero, que tras nacer y discurrir por territorio hispano, se adentran en Portugal para, tras regar tierras lusas, desembocar en el Atlántico. Indicar, por último, que si bien la Constitución (art. 132.2) incluye el mar territorial y la zona marítimo-terrestre en el dominio público estatal, no contiene previsión alguna sobre la competencia relativa a la desalación de aguas marinas, cuestión que no se contemplaba en los años treinta –sencillamente porque entonces no existía una tecnología con capacidad para operar una desalación económicamente viable–, y que tampoco contempla la Constitución de 1978 –pese a que dicha tecnología ya había comenzado a emerger para entonces ¹²–, pero que sí tiene trascendencia y mucha en la política hídrica de la España del siglo XXI. Posteriormente nos referiremos más detalladamente a esta cuestión.

3. LA LEY DE AGUAS DE 1985

El planteamiento descrito sufrió una radical alteración con la aprobación y entrada en vigor de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, ya que dicha norma:

- a) Introdujo la idea directriz del ciclo hídrico y, por ello, trató de dar una regulación unitaria al Derecho de Aguas, entendiendo que a una concepción unitaria del recurso correspondía una ordenación unitaria del régimen dominical del mismo.
- b) Como consecuencia de ello, estableció la completa demanialización del recurso, que pasó a regirse por el régimen constitucional de dominio público que deriva del artículo 132 de la CE, lo que suponía que todos los aprovechamientos pasaran a ser de régimen concesional, fuera cual fuera el recurso y su ubicación física.

¹¹ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, A. «La realización del principio de la utilización equitativa y razonable en la práctica fluvial hispano-lusa», en *Revista Española de Derecho Internacional* vol. 59, 2007, págs. 697-712.

¹² El problema no es baladí, pues si bien es cierto que las instalaciones necesarias para el aprovechamiento de los recursos hídricos marinos deben ubicarse necesariamente junto al mar y extraer la materia prima del mar territorial (que, ex art. 132.2 de la CE, forma parte del dominio público estatal, sin que pueda afirmarse que sus aguas discurren por territorio de la Comunidad Autónoma), no es menos cierto que la potabilización (pues la desalación, en el fondo, es un tipo de potabilización) sí se produce en el territorio de la Comunidad de que se trate, y por ende es en el mismo donde se sitúa el aprovechamiento como tal. Si, como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional [por ejemplo, STC 149/1991, FJ 1c)], la titularidad del bien no es clase alguna de título competencial, y su financiación tampoco, es preciso concluir que los recursos provenientes de la desalación y esta misma no están comprendidos en el ámbito de la reserva de competencia a favor del Estado, por lo que si los Estatutos los recogieran como competencia autonómica, no estarían vulnerando norma constitucional alguna.

- c) Utilizó el concepto de *cuenca* y no el de *curso* para delimitar las esferas de competencia estatal y autonómica, y lo hizo con la voluntad –en absoluto oculta– de dar una interpretación expansiva a la competencia del Estado.

A la vista de lo expuesto, entendemos que lo más relevante y en lo que debemos hacer hincapié es en que la Ley 29/1985 operó una auténtica *mutación constitucional*. Si afirmamos esto es porque una ley ordinaria cambió, al menos en lo que al alcance competencial se refiere, el significado de los enunciados constitucionales relativos a la materia hídrica. Así, mientras por un lado se amplía la competencia estatal, por otro, el criterio de *cuenca* introducido por la Ley de Aguas, afecta de forma secundaria a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma; toda vez que ésta sólo es posible sobre la cuenca intracomunitaria –cuencas que físicamente suelen ser reducidas y de escasos recursos, cuando no deficitarias–, con el cambio de *curso* a *cuenca* es prácticamente imposible la existencia de ríos intracomunitarios, lo que provoca que, aunque en el territorio de la Comunidad se dieran abundantes recursos hídricos, la competencia autonómica se ve reducida a la inexistencia¹³.

En al menos cinco Comunidades Autónomas el territorio viene estructurado por uno o varios ríos (Aragón, Castilla-León y Andalucía, en el primer caso, y Extremadura y Castilla-La Mancha en el segundo) que, se acoja el criterio que se acoja, son intercomunitarios, de modo tal que la incidencia de esa realidad sobre el ejercicio de otras competencias autonómicas (ordenación territorial, por ejemplo) es muy fuerte. Si a ello se agrega que:

- a) Todos los casos mencionados se hallan insertos en la denominada *España Seca*.
- b) Que el Estado de las Autonomías ha heredado del anterior modelo de Estado unitario centralizado la figura de los trasvases entre cuencas (que curiosamente sólo existen en el seno de la *España Seca*).
- c) Que el crecimiento económico ha tenido por efecto secundario un fuerte crecimiento de una demanda de agua que es vista –por una mayoría considerable de la población–, como un recurso de acceso posible ilimitado y a coste cero; no nos debería extrañar que el problema del agua encerrara un fuerte potencial de conflicto, tanto en lo que afecta a la disponibilidad del recurso, cuanto por lo que toca a la competencia sobre el mismo y los aprovechamientos que sobre el recurso mismo recaen.

Si a ello se une la ausencia de una planificación hidrológica global más o menos consensuada, era lógico pensar que la llegada de la conflictividad no iba a hacerse esperar.

El sistema de la Ley de Aguas de 1985 ha dado lugar a dos clases de litigios constitucionales: de un lado, aquellos en los que cuestionan las cuestiones sustantivas introducidas por la ley (resueltos en las SSTC 227/1988, 119/1989 y 208/1991) y, de otro, aquellos en los que se cuestiona una delimitación precisa entre las competencias regionales sobre pesca y la estatal sobre cuencas supracomunitarias.

¹³ El caso de Castilla-La Mancha nos parece el más agudo de entre los que sufren esta problemática.

munitarias (resueltos en las SSTC 15/1998, 110/1998, 165/2000 y 123/2003). A continuación vamos a analizarlos.

4. LOS LITIGIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA LEY DE AGUAS DE 1985

Aunque sea con brevedad, es ineludible tratar de los litigios que la regulación suscitó, ya que es en ellos –y en las SSTC que los resuelven–, más que en la misma ley, donde hay que buscar las claves del sistema de reparto realmente existente. De entre ellos, hay que destacar, por ser los más relevantes, aquellos recursos que se dirigieron contra la ley misma, y entre ellos merece mención especial la impugnación directa de la ley que dio lugar a la STC 227/1988. Aunque el texto de la decisión del Tribunal es muy extenso y complejo, la misma establece sustancialmente lo siguiente, en relación con lo que aquí nos interesa:

Primero. Se acepta la demanialización del agua, del recurso en sí, que se estima cubierta por la competencia estatal del artículo 149.1.1.^a al tratarse de regulación de «posición jurídica fundamental». Como consecuencia de la aplicación del artículo 132.1 de la CE se estima conforme la reducción de los usuarios o titulares de aprovechamientos a la condición de concesionarios. En sustancia, una *propiedad especial* sujeta a intervención administrativa se convierte en propiedad pública susceptible de concesión¹⁴. Aunque la modificación del estatuto del recurso tiene un impacto social innegable, por sí misma la demanialización no supone problema desde la perspectiva de la distribución de competencias, aunque tenga efectos secundarios sobre la misma¹⁵.

Segundo. Sin gran argumentación, el Tribunal acepta –aunque no por completo– el criterio delimitador de la cuenca. Dicho criterio se aplica:

- a) A las aguas superficiales.
- b) A las aguas subterráneas renovables¹⁶.

En cuanto a las aguas subterráneas no renovables se sigue el criterio tradicional del lugar. Aunque la terminología que usa el Tribunal podría ser más transparente, la idea de fondo es clara y desde su punto de vista hay dos clases de recursos: aquellos integrados en el ciclo hídrico y aquellos otros que están total o parcialmente desconectados del mismo. Los primeros se consideran recursos pro-

¹⁴ STC 227/1988, FJ 12. Además, en el FJ 22, el Tribunal entiende que es competencia estatal el establecimiento del régimen de servidumbres en virtud de la competencia estatal sobre Derecho Civil (art. 149.1.8.^a).

¹⁵ Hay que advertir que la inclusión en el dominio público de los recursos provenientes de la desalación del agua del mar que opera la disposición final primera de la Ley 11/2005, y que supone una modificación del artículo 2.º de la Ley de Aguas, por sí misma, sólo supone demanialización del recurso, pero no supone que el mismo pase a la competencia exclusiva del Estado. *Contra vide* GIL OLCINA, A. y RICO AMORÓS, A.M. *El problema del agua en la Comunidad Valenciana*. Generalitat Valenciana. 2007, pág. 193.

¹⁶ STC 227/1988, FJ 16.

pios de la cuenca y siguen la competencia del titular de ésta, mientras los segundos no, y siguen el criterio tradicional: la competencia la determina el lugar.

Tercero. La administración hidrológica comprende el régimen de protección de los recursos y las normas básicas del régimen concesional, competencia estatal ex artículos 149.1.18.^a y 22.^a ¹⁷. Mientras que la primera puede ser exclusiva (al menos en principio), la segunda es compartida, y así, mientras que una parte del programa normativo (la legislación básica) compete al Estado, a la Comunidad Autónoma puede corresponder, según lo determine el Estatuto correspondiente, la emanación de normas complementarias y la ejecución directa del conjunto de la legislación.

Cuarto. El Plan Hidrológico Nacional (PHN) es competencia estatal por tratarse de un supuesto de ejercicio de la potestad planificadora del Estado ex artículo 149.13.^a ¹⁸, en cuanto a los Planes Hidrológicos de Cuenca (PHC) dependen de la titularidad de la misma. No obstante, como los PHC se deben integrar en el PHN, es constitucional someter la aprobación del PHC de cada cuenca intracomunitaria a la aprobación del Estado, aprobación estatal que en este caso tiene sentido a efectos de coordinación. No obstante, desde una perspectiva material, la competencia estatal no se extiende más allá de los cauces y de la zona de policía.

Quinto. Son de competencia autonómica las determinaciones sobre urbanismo y ordenación del territorio, las normas adicionales de protección de medio ambiente (donde se incluye la competencia sobre vertidos) ¹⁹ y la ejecución de la legislación sobre la producción de aguas potables y, en general, todas las destinadas al consumo humano.

Sexto. Los informes del Consejo Nacional del Agua tienen que estar referidos a cuenca concreta y determinada, deben ajustarse a las previsiones del PHN y no pueden afectar a recursos propios de otras cuencas (STC 118/1998). Si se tratara de una cuenca intracomunitaria, la adaptación del Plan de Cuenca al PHN corresponde a la competencia de la Comunidad Autónoma, del mismo modo que corresponde a ésta la declaración de espacios naturales protegidos, y ello aun cuando materialmente el espacio objeto de protección exceda del territorio de la Comunidad Autónoma.

Séptimo. La participación de las Comunidades Autónomas interesadas en los órganos de gobierno y gestión participativa de los organismos de cuenca es un instrumento de coordinación entre la administración hidráulica autonómica y la general, de lo que se sigue que dicha participación es constitucionalmente debida.

No deja de llamar la atención el hecho de que la sentencia resuelva la cuestión nodal de si el reparto de competencias se debe efectuar según el criterio de cauce o el de la cuenca con la muy reducida argumentación que figura en el fundamento jurídico 15 de la misma, dado que la defensa del criterio de la cuenca se articula del siguiente modo: como premisa mayor se establece que el enun-

¹⁷ STC 227/1988, FJ 18.

¹⁸ STC 227/1988, FJ 20.

¹⁹ STC 227/1988, FJ 22.

ciado constitucional de «las aguas que discurran...» tiene el significado que se sigue de criterios lógico-técnicos²⁰. Éstos son, a juicio del Tribunal, el punto de vista administrativo²¹, y el punto de vista técnico²². No parece irrazonable sostener que, efectivamente, la gestión puede ser más eficaz si se adopta el criterio de la cuenca, pero es que ésa no es la cuestión, la cuestión es que ése no es, clarísimamente, el criterio que sigue el bloque de la constitucionalidad, en el que las cuencas sencillamente no aparecen. Tal vez por eso el criterio *lógico* del que la sentencia habla queda sin usar, convenientemente absorbido por la gestión administrativa. Y es que, claro, si se trata de identificar las «aguas que circulan...» con la *cuenca*, no parece que la lógica tenga mucho que hacer. Por eso hemos dicho que nos hallamos ante un ejemplo de *mutación constitucional*. Una parte nada desdeñable de la litigiosidad posterior a la sentencia misma trae causa de la incongruencia del criterio de la cuenca con otros títulos competenciales. Pero ahí, la *lógica de la gestión administrativa* y el *punto de vista técnico* se han dejado de lado. Tal vez porque tales puntos de vista lo que abonan es otra cosa: que no haya reparto de competencias, que siempre es un lío.

A nuestro juicio, la doctrina sentada por el Tribunal en orden a la interpretación de las reglas del artículo 149.1.22.^a no se adecua a la Constitución misma, y supone un buen ejemplo de un fenómeno de presencia abundante que se halla en el trasfondo del *blindaje* de competencias que operan algunos Estatutos de segunda generación, como el catalán o el andaluz. El Tribunal opera una interpretación del bloque de la constitucionalidad que no se corresponde con los enunciados constitucionales mismos²³ al efecto de imponer una visión reduccionista de la competencia autónoma. En otros términos, en lugar de operar como una *institución común* al poder central y a los poderes autonómicos, opera como una institución del Estado entendido como poder central primariamente, lo que se debe sencillamente a que en su composición sólo interviene una de las partes: las instituciones centrales. Por eso nos parece errónea la política constitucional que subyace al citado blindaje. El problema no radica en la redacción del bloque de la constitucionalidad, sino que lo hace en el deficiente diseño de las instituciones comunes, y sólo convirtiendo a éstas en tales puede recibir solución satisfactoria. En otras palabras: el blindaje se basa en un diagnóstico erróneo de las causas del problema y por ello supone una mala solución al mismo, debiendo haberse utilizado otro mecanismo, la revisión constitucional.

²⁰ Literalmente: la expresión «aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma» es un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia.

²¹ Literalmente: «Desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa, no parece lo más razonable compartir el régimen jurídico y la administración de cada curso fluvial...».

²² Que no es otro que éste: «Desde un punto de vista técnico, es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea...».

²³ Para ser exacto: no se corresponde con la interpretación histórica, sea ésta «originalista» o no; tampoco se corresponde con la interpretación literal stricto sensu, ni cabe hablar en el presente caso de «jurisprudencia de conceptos», pues, por mucho que se manipule el concepto de «curso» no nos parece sostenible que el mismo sea sinónimo o, al menos, incluya el de «cuenca»; cuanto menos, la RAE no lo estima así. Tampoco cabe alegar la interpretación sistemática, que el Tribunal ni siquiera pretende invocar, y que, de facto, más bien abonaría una interpretación distinta. Podría alegarse que estamos ante un caso de «jurisprudencia empírica», pero no es así, pues para decidir como decide, el Tribunal no se fundamenta en clase alguna de dictamen o información científico-técnico. No nos parece desencaminado pensar que aquí nos hallamos ante un ejemplo de la «justicia de cadí», el Tribunal dicta una decisión *ad casum* fundada en una preferencia política.

5. AGUAS POTABLES Y PREPOTABLES: EL CONFLICTO SOBRE EL ANÁLISIS Y EL PROBLEMA DE LA POTABILIZACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA DESALACIÓN

Una cuestión singular, de escasa relevancia jurídica pero considerable trascendencia material, es la suscitada por el conflicto entre el País Vasco y el Estado en relación con las aguas destinadas a consumo humano, controversia que resuelve la STC 208/1991. En resumidas cuentas, la cuestión es: ¿a quién corresponde la competencia para desarrollar la actividad administrativa y técnica dirigida a establecer la aptitud de las aguas al efecto de servir al consumo humano? En el litigio no se discute que dicha competencia corresponda a la Comunidad Autónoma en los casos en los que las aguas pertenezcan a una cuenca intracomunitaria; el objeto es, más bien, si la misma corresponde al Estado o a las Comunidades Autónomas en las aguas pertenecientes a cuencas supracomunitarias ²⁴.

La respuesta del Tribunal pasa por considerar que se exige una interpretación unitaria de la competencia sobre las aguas potables y las prepotables, puesto que la cuestión latente es la misma: ¿a quién corresponde la competencia sobre la producción de aguas potables en cuanto a la determinación de la potabilidad misma? ²⁵ La respuesta dada por el Tribunal conlleva el previo pronunciamiento acerca de cuál sea el título competencial prevalente: o la sanidad del artículo 18.1 del EAPV o la referente a aguas supracomunitarias del artículo 149.1.22.^a de la CE. Aquélla se inclina inequívocamente por la sanidad y por ende por la competencia autonómica: los controles de calidad sobre las aguas, que son determinantes para establecer si la misma es apta para el consumo humano o no, tienen una finalidad sanitaria, y la misma se refiere tanto a las aguas prepotables como a las potables, ya que unas y otras no son estadios de un mismo proceso, el de producción de aguas potables. En consecuencia, aun cuando las aguas afectadas estén integradas en una cuenca supracomunitaria la competencia corresponde a la Comunidad Autónoma.

En principio, la competencia autonómica no se refiere al recurso, esto es, a las aguas, sino a la intervención técnica y administrativa que hace que las mismas sean «aptas para el consumo humano». La decisión no se refiere directamente a la cuestión de ¿en quién recae la responsabilidad y la competencia sobre la potabilización misma?, ya que aquélla se refiere directamente tan sólo a las «medidas de control sanitario sobre las tomas de agua superficiales destinadas a la producción de agua potable» ²⁶, ahora bien, como el desarrollo y ejecución de la normativa básica estatal sobre potabilización corresponde según la sentencia a la Comunidad Autónoma, es preciso admitir que en el objeto de la competencia se incluye la determinación sobre potabilidad misma ya que la intervención de la administración autonómica se refiere al «proceso» de potabilización.

La cuestión deviene trascendente en tanto en cuanto proporciona indicación sobre el criterio a seguir en el caso de la desalación de agua marina. En principio la desalación no resulta contemplada en el texto constitucional, como ya se señaló, ni en los Estatutos de Autonomía (ni de primera

²⁴ Vide STC 208/1991, FJ 2 a).

²⁵ Vide STC 208/1991, FJ 2 c).

²⁶ STC 208/1991, FJ 3.

generación ni de segunda ²⁷ generación). Por la misma razón tampoco cuenta con una disciplina propia en la Ley de Aguas: las marinas no forman parte de «cuenca» alguna. Además, si bien las aguas territoriales son parte del dominio público estatal ex artículo 132.2 de la CE, una vieja y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional viene sosteniendo que la titularidad dominical no es en sí misma título atributivo de competencia alguna. Además, se da la circunstancia que la desalación es un proceso que se efectúa en tierra y, por ende, en el territorio de una Comunidad Autónoma. Cabría entender que puesto que los recursos hídricos que la desalación genera no forman parte de ninguna cuenca, generalmente su red de distribución se ciñe al territorio de la Comunidad Autónoma en la que la planta correspondiente se ubica, y que, por tanto, los recursos hídricos que el proceso genera son competencia de la Comunidad Autónoma, lo mismo que el proceso mismo de tratamiento de aguas. Lo que es indudable es que sí es competencia autónoma el control de calidad de tales recursos que, poco menos que por definición, son producción de aguas destinadas al consumo humano. Pero entendemos que la cuestión es lo suficientemente compleja e interesante como para resolverla en un párrafo, motivo por el que vamos a profundizar en ella a lo largo del siguiente apartado.

6. DESALACIÓN DE AGUAS MARINAS: ¿QUIÉN ES COMPETENTE Y SOBRE QUÉ?

La Constitución no contempla los recursos hídricos marinos. De hecho fuera de la previsión del artículo 132.2 de la CE, que incluye las aguas territoriales en el dominio público estatal, las aguas del mar no tienen presencia en la ley fundamental. En particular ninguno de los enunciados del artículo 149.1 de la CE contiene mención expresa alguna que pueda entenderse como una cláusula en virtud de la cual las aguas marinas adyacentes se integren en la competencia exclusiva del Estado.

Como ya se ha apuntado de pasada, los constituyentes prescindieron por completo de tratar de la competencia sobre el agua del mar a la hora de determinar la competencia estatal mínima necesaria, aun cuando en 1978, a diferencia de lo que sucedía en los años treinta, ya se disponía, bien que de modo todavía poco eficiente, de la tecnología que permitía tratar el agua marina tanto al efecto de volverla susceptible de usos industriales y agrícolas, como de transformarla en agua destinada al consumo humano; tal vez ello se deba a que en el momento de redactarse la Constitución los costes de la desalación eran muy elevados y que el estado de la tecnología entonces existente no hacía verosímil el uso a gran escala de tales aguas. Sea por una razón o por la otra, el hecho incontrovertible es que la potabilización de aguas marinas no forma parte de la competencia estatal mínima necesaria, al menos no de forma expresa, y que ello hace de la potabilización una materia susceptible de ser integrada en la esfera de competencia autonómica.

A falta de una mención expresa cabría plantearse si la competencia sobre tal recurso es inscribible en la vista reserva del artículo 149.1.22.^a de la CE. Por de pronto hay que advertir que en una interpretación literal del precepto no cabe dicha inclusión, toda vez que, como hemos visto, el precepto constitucional limita la competencia estatal mínima necesaria a los «cursos» y siempre que

²⁷ Con la posible excepción de la muy oblicua referencia que puede entenderse contenida en el artículo 32.17 del EAIB.

éstos discurren por el territorio de dos o más de dos Comunidades Autónomas; como las aguas marinas no son «curso» de ninguna clase y, por definición, no «discurren» por el territorio de Comunidad Autónoma alguna, prima facie parece que la inclusión de las aguas marinas y su tratamiento al efecto de hacerlas aptas al consumo humano no son inscribibles en la citada reserva constitucional. De otro lado, si aceptamos el criterio sentado por la STC 227/1988 de conformidad con el cual, como hemos visto, la reserva constitucional a la competencia estatal se predica de la «cuenca», resulta obvio que la conclusión a la que hay que llegar es la misma: las aguas del mar no son aguas continentales y, por ello, no pueden formar parte de cuenca alguna, ni –por lo mismo– puede encomendarse su gestión a los organismos de cuenca. El único punto de apoyo de una eventual competencia estatal sobre la desalación de aguas marinas se halla precisamente en su naturaleza de bien demanial a consecuencia de lo establecido en el artículo 132.2 de la CE. No tiene nada de particular que quienes desean sostener la competencia exclusiva del Estado sobre esa modalidad de potabilización de aguas se aferren a esa cláusula, hasta el punto que cuando el Estado procede a emanar el Real Decreto Legislativo 1/2001, que establece el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA), invoca específicamente ese argumento²⁸, y lo hace porque el legislador estatal es consciente de que no puede invocar al efecto título competencial alguno que se eleve frente a una eventual demanda autonómica de la competencia sobre la materia. Es el dominio, y sólo el dominio, el que ampara las previsiones de los apartados dos a cinco del citado precepto del texto refundido.

La inexistencia de la desalación en el artículo 149.1 de la CE provoca, a sensu contrario, que dicha materia sea susceptible de competencia autonómica, frente a lo cual no hay otro argumento –como ya hemos dicho– que el demanial. Ahora bien, resulta que el criterio demanial no es un argumento jurídicamente válido porque la titularidad de un bien no dice absolutamente nada acerca de la titularidad de las competencias que puedan recaer sobre el mismo bien. Hay al respecto una vieja y consolidada sentencia del Tribunal Constitucional en este sentido, no sólo es que la hay al tratar del problema, en general, es que la mismísima Sentencia 227/1988 lo establece taxativamente aplicando la misma a las competencias en materia hídrica²⁹. El Estado será competente, y lo será en virtud de la regla del artículo 149.1.22.^a, cuando el agua forme parte de los recursos de una cuenca que, por cierto, es la razón por la que el artículo 13.1 del texto refundido diferencia entre *agua marina* y *salobre*, toda vez que puede haber, y de hecho hay, aguas continentales salobres que, precisamente por ser continentales, sí pueden estar comprendidas en una cuenca y, en tal caso, sí serían de competencia estatal al amparo de la mencionada reserva. Es más, la propia redacción del artículo 13.3 del texto refundido revela que la titularidad dominical no es, per se, título competencial alguno desde el momento que establece que las concesiones de aguas desaladas se otorgan por las autoridades estatales cuando las aguas se destinan a consumo en una cuenca supracomunitaria³⁰, cuando una regulación coherente con el título que se pretende invocar conduce lógicamente a incluir en la competencia del Estado toda agua desalada de origen marino. Sencillamente porque toda es *mar territorial* en el sentido del artículo 132.2 de la CE.

²⁸ El artículo 13.1 señala: con carácter general, la actividad de desalación de agua marina o salobre queda sometida al régimen general establecido en esta ley para el uso privativo del dominio público hidráulico. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Costas.

²⁹ Ciertamente, este artículo 132.2 no es en sí mismo una norma de distribución de competencias (STC 227/1988, FJ 14).

³⁰ Las concesiones de aguas desaladas se otorgarán por la Administración General del Estado en el caso de que dichas aguas se destinan a su uso en una demarcación hidrográfica intercomunitaria (art. 13.3).

La ausencia de reserva a favor de la competencia estatal mínima necesaria hace que entre en juego la regla del primer inciso del artículo 149.3 de la CE: la competencia puede ser asumida por las Comunidades Autónomas³¹, cosa que deben hacer mediante la incorporación de la misma a su acervo competencial mediante el correspondiente Estatuto. O una eventual reforma del mismo.

Que la competencia sobre la desalación no sea *eo ipso* de competencia exclusiva del Estado no significa que no pueda devenir tal. Lo sería en aquellos casos en los que materialmente la titularidad y el ejercicio de la competencia sean factibles (lo que excluye las Comunidades mediterráneas) y, sin embargo, la competencia no hubiere sido asumida por la Comunidad Autónoma mediante su Estatuto. En tal caso entraría en juego la cláusula de poder residual del segundo inciso del artículo 149.3 de la CE, excepto para el supuesto que luego expondremos.

En rigor, en relación con la desalación habría que diferenciar tres subáreas: en primer lugar, el recurso sobre el que la desalación opera; en segundo lugar, las instalaciones destinadas a la producción de aguas desaladas; en tercer lugar, las aguas potables mismas. Si el argumento subyacente al artículo 13.1 del texto refundido fuere correcto, la competencia exclusiva del Estado recaería sobre las tres. Pero si eso fuere así carecería de sentido la regla del primer inciso del apartado segundo, toda vez que el mismo limita la competencia estatal a las «obras e instalaciones» que estando destinadas a tal fin sean «declaradas de interés general del Estado», de donde se sigue que la competencia estatal no alcanzaría a las infraestructuras destinadas a la potabilización en ausencia de dicha declaración. Nuevamente la incongruencia reaparece, sólo que en este caso la incongruencia es más significativa que en el caso anterior. Vayamos por partes.

No cabe duda que las aguas marinas adyacentes son competencia exclusiva del Estado, pero ello no se debe tanto a la demanialización que directamente efectúa el artículo 132.2 de la CE citado cuanto por otras razones: de un lado, porque la competencia autonómica es territorial y el mar, aun el territorial, no forma parte del territorio de ninguna Comunidad Autónoma; del otro, porque el régimen jurídico de dicho bien es «legislación civil» que sí se inserta en la competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.8.^a de la CE, como por demás señala el ya citado fundamento jurídico 14 de la STC 227/1988.

Ahora bien, que el régimen jurídico de las aguas a tratar sea de competencia exclusiva estatal no implica que el tratamiento tenga que serlo. Y aquí aparece una curiosa doble referencia en los apartados 2 y 3 del citado artículo 13 del texto refundido. Según dichas disposiciones las «obras e instalaciones» de competencia del Estado son las declaradas de «interés general»³² y las concesiones se otorgan por el Estado mismo sólo en el caso de que el destino de las aguas sea supracomunitario. La razón de esa combinación, que implica que no son competencia exclusiva del Estado las obras que no sean de interés general, y que la Administración General del Estado no otorga las concesiones cuando el uso del agua desalada esté limitado al territorio de una Comunidad es simple: el legislador está invocando para ello un título competencial distinto, concretamente el previsto en el

³¹ Fácticamente, sólo las ribereñas.

³² Cuáles son, lo determina el artículo 46 del texto refundido, en el que ahora no vamos a entrar.

artículo 149.1.24.^a de la CE, cuando dice que es competencia del Estado las «obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma».

El recurso a un título competencial distinto del específico (art. 149.1.22.^a) es necesario porque este último no comprende tales supuestos. De este modo, aun cuando el ya tantas veces citado artículo 13 del texto refundido tuviere en el título competencial que invoca fundamento jurídico suficiente, la competencia estatal no se extendería necesariamente a las infraestructuras y concesiones cuando la obra pública no cuente con la declaración de interés general, y tampoco corresponderían al Estado las concesiones de agua potabilizada cuando se destinaran a usos intracomunitarios. Como ya se ha señalado, tales submaterias son susceptibles de competencia autónoma y sólo serán de competencia estatal en el caso de que la Comunidad Autónoma afectada no las haya asumido mediante su Estatuto. Naturalmente, el régimen de la autoridad concesionaria arrastra la competencia sobre la determinación de las tarifas del apartado 5 del artículo 13 del texto refundido.

Queda el tercer supuesto, esto es, el control de la calidad del producto y, con él, el de la potabilización, caso del que, significativamente, el texto refundido no dice nada. La omisión en este caso no es casual. Dicho silencio trae causa de la STC 208/1991, que viene a resolver un conflicto de competencias entre el Estado y el País Vasco y cuyo objeto específico es, precisamente, determinar a quién corresponde la competencia sobre la potabilización³³. En el litigio, el Estado reconoce que la competencia sobre la potabilización es autonómica cuando afecta a aguas intracomunitarias, pero reclama la competencia cuando las aguas no lo son, y, en todo caso, reclama la competencia no sólo sobre los controles sino sobre la producción de aguas potables. El Tribunal rechaza a estos efectos la diferenciación entre aguas prepotables y potables, pues unas y otras tienen por destino el consumo humano (FJ 5) y los controles sobre las mismas son, en todo caso, cuestión sanitaria, materia en la que la competencia ejecutiva corresponde a la Comunidad Autónoma, sea cual sea la cuenca hidrográfica en la que las aguas se integren (FJ 6 *in fine*). En consecuencia, en todos aquellos casos en los que la Comunidad Autónoma haya asumido la competencia de ejecución en materia de sanidad (en estos momentos, todas) la competencia sobre el control de calidad y con ella la declaración de potabilidad corresponde a la Comunidad Autónoma.

En conjunto, la ausencia de tratamiento constitucional de la desalación conduce a una situación muy compleja que puede racionalizarse así:

Primero. La titularidad de las aguas marinas corresponde al Estado ex artículo 132.2 de la CE; asimismo, corresponde al Estado la competencia sobre la extracción de aguas marinas para su tratamiento toda vez que la misma tiene que hacerse necesariamente en el mar territorial y éste, al estar fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, no puede inscribirse en la esfera de competencia de la Comunidad misma³⁴.

³³ Literalmente: El conflicto se centra, pues, en las tomas de agua destinadas al consumo humano, realizadas en el territorio del País Vasco, respecto de aguas superficiales pertenecientes a cuencas hidrográficas sujetas a la competencia estatal.

³⁴ La extracción se hace sobre las «aguas costeras» que se definen como las inmediatamente adyacentes a la costa y tienen una extensión de una milla náutica.

Segundo. No existe reserva a favor de la competencia exclusiva del Estado sobre la desalación, que es un proceso, un tratamiento, que puede ser asumido a título de competencia exclusiva por las Comunidades Autónomas ribereñas, sencillamente incluyendo la misma en el Estatuto correspondiente, bien directamente, bien mediante reforma. Mientras una o varias Comunidades no lo hagan, la desalación será competencia estatal en virtud del poder residual que corresponde al Estado en los términos del artículo 149.3 de la CE. Insistimos en que es dicho poder residual, y no el dominio, lo que da fundamento jurídico a la competencia ordenada por el artículo 13 del TRLA.

Tercero. La competencia estatal que reclama el citado artículo 13 del TRLA se extiende exclusivamente a una parte de las obras públicas («obras e instalaciones de desalación»), a aquellas que hayan sido declaradas de interés general del Estado³⁵, pero no se extiende a aquellas en las que falte dicha declaración. Dicha reserva es constitucional al amparo de la previsión del artículo 149.1.24.^a de la CE. La referencia del artículo 13.2 del TRLA, en la medida en que reserva la explotación de dichas obras e instalaciones a determinados actores jurídicos, carece de dicha cobertura³⁶.

Cuarto. La competencia sobre la explotación y las concesiones de aguas correspondientes, así como la determinación de las tarifas, previstas en el artículo 13 párrafos 2, 3 y 5 del TRLA, carece de cobertura constitucional. No se trata de un «aprovechamiento» reservado al Estado por el artículo 149.1.22.^a de la CE desde el momento que el objeto del mismo no pertenece a cuenca alguna³⁷. La ordenación de tales aprovechamientos es competencia estatal merced a la cláusula de poder residual del artículo 149.3 de la CE y permanecerá en la esfera de competencia del Estado en tanto en cuanto no sea asumida por la o las Comunidades Autónomas ribereñas mediante su propio Estatuto.

Quinto. La competencia sobre la calidad de las aguas potabilizadas y su control es competencia autónoma, en los términos de la citada STC 208/1991.

Sexto. En todo caso, el TRLA fragmenta la ordenación y gestión de la desalación: las obras e instalaciones no declaradas de interés general y las concesiones de aguas –cuando se destinen a una demarcación hidrográfica que no sea intercomunitaria– no son competencia estatal según el propio texto refundido, con lo que la competencia estatal autoatribuida ni siquiera tiene la virtud de proporcionar una gestión unitaria.

³⁵ No vamos a entrar aquí en la cuestión de la regularidad constitucional del sistema de los artículos 46 y 47 del texto refundido, que operan una determinación abstracta y por ello genérica de las obras de interés general, expandible *uti singuli* mediante ley. Sencillamente, señalar aquí que una declaración del interés general de una obra difícilmente puede hacerse de modo genérico y abstracto, de tal modo que comprenda una categoría entera de tales obras e instalaciones.

³⁶ Y probablemente por eso el enunciado de la regla contempla tal supuesto en términos de posibilidad: «podrán»

³⁷ De hecho, como el legislador es consciente de ello, recurre a una técnica muy curiosa: en primer lugar, crea una figura nueva la «demarcación hidrográfica», usando una terminología tomada de la Ley de Costas, integrada por las aguas de las cuencas y las marinas adyacentes (art.16 bis); en segundo lugar, encomienda la gestión de la demarcación a los organismos de cuenca (art. 16 bis en relación con el 23 y el 42.1). De este modo se reconduce el olvido del constituyente. *Excusatio non petita*... Por cierto, lo que se refiere a la desalación casi siempre aparece como artículo con numeración no correlativa, sino como artículo bis, lo que resulta, cuanto menos, curioso.

7. UN MISMO BIEN, DISTINTAS COMPETENCIAS: LOS LITIGIOS SOBRE AGUA Y PESCA FLUVIAL

Al margen de las sentencias ya aludidas, que cierran en la práctica las disputas competenciales de carácter general, hay que hacer referencia a la STC 118/1998, que limita seriamente el alcance de la competencia estatal al determinar que partes enteras del Reglamento de la Ley de Aguas no contienen normas básicas y sus determinaciones, por tanto, no vinculan a los gobiernos regionales. Ello es especialmente importante en un punto: las Comunidades no están vinculadas por la detallada regulación de la estructura y contenidos del plan que determina el reglamento, lo cual, sin embargo, no cierra la posibilidad de conflictos, pues éstos van a plantearse en torno a la concurrencia de títulos competenciales a raíz de la emanación de leyes territoriales reguladoras de la pesca fluvial, generando así una serie de decisiones cuyo fondo es homogéneo y que afecta a Castilla-La Mancha, Extremadura, Castilla-León y Navarra ³⁸.

Los criterios de decisión adoptados por el Tribunal Constitucional pueden exponerse así:

Primero. Una misma realidad material puede actuar como soporte físico de competencias distintas, pero a condición de que el objeto jurídico de cada una de éstas sea diferente. De ello se sigue que la Comunidad Autónoma puede ejercer competencia exclusiva sobre pesca fluvial aun cuando el río esté integrado en una cuenca supracomunitaria.

Segundo. La Comunidad Autónoma puede establecer medidas de protección que exijan obras o actuaciones determinadas de los concesionarios de aprovechamientos, aun en las aguas que forman parte de cuenca supracomunitarias, pero para ser vinculantes dichas determinaciones deben ser previas al otorgamiento de la concesión, a cuyo efecto la autoridad concesionante debe incorporarlas como requisito de la concesión misma ³⁹.

Tercero. La Comunidad Autónoma, asimismo, está facultada tanto en las aguas de cuenca intracomunitarias como en aguas de cuenca supracomunitarias, para:

- Fijar un caudal mínimo en concepto de norma de protección medio ambiental.
- Fijar requisitos que deben satisfacer las nuevas instalaciones.
- Establecer normas adicionales de protección referidas a los vertidos.
- Exigir la previa autorización administrativa de las modificaciones de la vegetación existente en los cursos de agua.

³⁸ SSTC 15/1998 Castilla-La Mancha; 110/1998, Castilla y León; 165/2000, Navarra; 123/2003, Extremadura. Las decisiones no son rigurosamente idénticas porque las leyes de pesca fluvial de la que traen causa no lo son, si bien hay en ellas un bloque central de doctrina que es común. De todas, la que fija el rumbo que va seguir el Tribunal y opera de precedente de las demás es la 15/1998.

³⁹ Aunque no lo dice expresamente es claro que se trata de evitar una *reformatio in peius* de los términos de la concesión.

- Prohibir en espacios determinados la navegación de recreo por razón de protección de los recursos pesqueros.
- Establecer y aplicar criterios de evaluación de la calidad de las aguas.
- Establecer medidas limitadoras de la actividad en los cauces, pero no una prohibición general de actividad.
- Regular las instalaciones destinadas a dirigir el curso de la fauna acuática en el curso del río.

En sustancia, el bloque de sentencias presentes viene a establecer una doctrina que trata de armonizar el ejercicio de competencias distintas recayentes sobre un mismo bien y cuyos titulares son, asimismo, diferentes, sin por ello sacrificar la competencia autónoma en el altar de la sustantiva competencia estatal. Va de suyo que el hecho de que la competencia autónoma comporte ejercicio de facultades con incidencia en los bienes objeto de la competencia exclusiva del Estado, requiere un recurso intensivo a la cooperación. Lo que no deja de ser notable es que el sistema institucional no contenga sedes o escenarios que favorezcan en unos casos e impongan en otros el presupuesto político de la cooperación, esto es, el diseño compartido de medidas y políticas públicas, la práctica de las decisiones consociativas.

8. EL DERECHO AL AGUA: EL LITIGIO DEL ARTÍCULO 17.1 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

La serie de conflictos sobre pesca fluvial cesa con la sentencia extremeña de 2003. A partir de ese instante se produce un replanteamiento general de la cuestión, derivado de las disputas sobre el aprobado y después desguazado PHN y sobre su reflejo en los Estatutos de Autonomía de segunda generación, Estatutos que ya han provocado un doble pronunciamiento del Tribunal Constitucional a raíz de los recursos presentados contra el derecho al agua recogido en el artículo 17.1 del EACV⁴⁰.

Debemos advertir que, en no pocos de los casos, nos hallamos ante *cláusulas aparentes* cuyo significado se ciñe al terreno de la imagen, aunque en algún caso, en dichas cláusulas, se percibe el propósito de procurar un cambio en la doctrina constitucional. En sí mismas tales cláusulas constituyen un indicador de la creciente tensión intercomunitaria en torno a la distribución de recursos que, además de fundamentales, resultan crecientemente escasos. En ese escenario de tensiones crecientes no cabe duda que la ausencia de un PHN consensuado no constituye un dato ciertamente favorable⁴¹.

⁴⁰ SSTC 247/2007 y 249/2007. La segunda es una mera sentencia de remisión.

⁴¹ Puede entenderse que la disconformidad de criterios políticos recayentes sobre la materia entre dos administraciones de orientación política distinta, dé lugar a que la administración entrante desguace el PHN de la saliente, pero ello no excusa a la segunda de la responsabilidad de adoptar uno nuevo. A la postre, un mal Plan es preferible a ninguno.

Aunque el artículo 17.1 del EACV es una mera cláusula de remisión, al resolver los recursos presentados contra el mismo por los gobiernos de Aragón y Castilla-La Mancha el Tribunal Constitucional intentó fijar en un supuesto de baja conflictividad una doctrina general sobre el régimen autonómico, el papel y contenido de los Estatutos de Autonomía, la posibilidad de configurar en ellos derechos subjetivos y principios rectores, etc., que permitiera una más fácil decisión sobre el proyecto catalán, propósito en parte fallido. Por lo que aquí interesa el Tribunal viene a establecer:

Primero. El contenido del Estatuto no se limita a lo preceptuado en el artículo 147 de la CE, siendo ése un contenido mínimo necesario que no excluye otros contenidos que no lo son, tanto si dimanaran de otros preceptos constitucionales como si no es así.

Segundo. El Estatuto de Autonomía puede establecer determinaciones que delimiten la competencia del Estado precisando su alcance cuando sea necesario para fijar de modo claro la competencia autónoma. Ello no es sino consecuencia del carácter de norma atributiva de competencia que la norma estatutaria tiene en nuestro sistema.

Tercero. La Constitución no contiene la exigencia de una absoluta igualdad en los derechos y deberes de los ciudadanos, lo que sólo sería posible si la legislación fuere uniforme. Dicho en otros términos, igualdad y uniformidad son conceptos distintos, por lo que los derechos subjetivos configurados por las leyes pueden variar como consecuencia de la autonomía y su ejercicio.

Cuarto. El Estatuto puede fijar *principios rectores* que vinculen a los poderes autonómicos en el ejercicio de sus competencias. Las correspondientes normas pueden ser establecidas cuando las mismas aparezcan anudadas a competencias propias de la Comunidad Autónoma ⁴².

Quinto. El artículo 17.1 del EACV contempla un derecho al abastecimiento de agua que se desdobra en un derecho a los excedentes (sobrantes) y un derecho a cantidad suficiente de agua de calidad. No define un derecho subjetivo sino un *principio rector* y éste está vinculado a la esfera de competencia de la Comunidad Autónoma. Además, dicho principio no vincula a la potestad legislativa del Estado, a cuyo ejercicio expresamente se remite, de tal modo que no infringe el artículo 149.1.22.^a porque no limita la capacidad de configuración del legislador estatal. Es aquí, en la afectación o no de la capacidad de configuración del legislador del Estado, donde se halla la divisoria entre la conformidad o no con el bloque de la constitucionalidad. Expresado de otro modo: el artículo 17.1 del EACV contiene dos previsiones; según la primera, los valencianos tienen derecho a un abastecimiento suficiente de agua de calidad, directriz directamente vinculada a la competencia autónoma sobre calidad de agua y abastecimiento del recurso ⁴³; según la segunda, tienen derecho a los excedentes de otras cuencas cuando la obtención de los mismos sea sostenible, en el modo y forma que deter-

⁴² En el caso la razón de ser de esa toma de posición resulta clara si se considera que los «principios rectores» son normas secundarias en el sentido bobbiano, esto es, son normas que no mandan, permiten o prohíben por sí mismas, sino que se trata de normas que tienen por destinatarios a los poderes públicos a los cuales «mandan mandar» sobre materia concreta y en sentido determinado; como en tal caso los destinatarios de la norma sólo pueden mandar válidamente en su esfera de competencia, se entiende sin dificultad por qué el Tribunal adopta ese criterio. Si estamos ante normas de tarea, éstas sólo pueden tener como destinatario a quien esta constitucionalmente habilitado para realizar tales tareas.

⁴³ Vide artículos 49.1.16; 50.1 y 6 y 51.6 del EACV.

minan la Constitución y la legislación del Estado. Esta segunda no supone alteración de la competencia estatal (de ahí la remisión a la Constitución) ni supone alteración alguna de la capacidad conformadora del legislador estatal, por lo que difícilmente puede ser inconstitucional ⁴⁴.

La regulación prevista en el artículo 17.1 del EACV no es sino un caso particular de un fenómeno que viene a generalizarse en los Estatutos de segunda generación, que tienden a contener enunciados que agregan normas de tarea a las constitucionalmente previstas, tanto si siguen las técnicas de redacción introducidas por el nuevo Estatuto catalán (caso del nuevo Estatuto andaluz), como si se separan de dichas técnicas (como es el caso del valenciano, el balear o el proyecto extremeño, sin ir más lejos). No cabe desconocer que en buena medida nos hallamos ante problemas de imagen: como un Estatuto se parecerá más a una Constitución si contiene una declaración de derechos, se procede a incluir una. Lo que ocurre es que ese fenómeno que agrada a unos, porque refuerza ese parecido, molesta a otros, y lo hace, exactamente, por la misma razón ⁴⁵.

9. EL AGUA EN LOS DEMÁS ESTATUTOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

La toma de posición sobre el nuevo Estatuto valenciano es, hasta la fecha, el principal pronunciamiento del Tribunal Constitucional ⁴⁶ sobre las cláusulas hídricas que se recogen en los Estatutos de segunda generación, normas en las que es detectable el propósito de ampliar la respectiva competencia autonómica de tal modo que comprenda, al menos en parte, los recursos y aprovechamientos de las cuencas supracomunitarias. La situación es como sigue:

9.1. El Estatuto de Autonomía de Cataluña.

El precepto hidrológico fundamental del nuevo Estatuto catalán es el artículo 117 del mismo que, al agrupar cuestiones y competencias bien distintas, conviene desglosar.

- a) En primer lugar hay que hacer referencia a la atribución de competencia sobre las cuencas internas de Cataluña, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 117. Agua y obras hidráulicas.

1. Corresponde a la Generalitat, en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso:

⁴⁴ No sería exagerado decir que el segundo inciso del artículo 17.1 carece de valor normativo; sería, pues, una «cláusula aparential» que, a la postre, ha generado su propio efecto-demostración.

⁴⁵ En el trasfondo se halla la similitud estructural entre Constitución y Estatuto: ambos son «norma institucional básica».

⁴⁶ En la STC 31/2010, de 28 de junio, mediante la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por 99 Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley Orgánica 6/2006, que reforma el Estatuto de Cataluña, la cuestión hídrica es poco menos que accesoría.

- a) La ordenación administrativa, la planificación y la gestión del agua superficial y subterránea, de los usos y de los aprovechamientos hidráulicos, así como de las obras hidráulicas que no estén calificadas de interés general.
- b) La planificación y la adopción de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua.
- c) Las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua.
- d) La organización de la administración hidráulica de Cataluña, incluida la participación de los usuarios.
- e) La regulación y la ejecución de las actuaciones relacionadas con la concentración parcelaria y las obras de riego.

Pese a que el Grupo Popular recurrió las letras a) y b) de este apartado primero, entendemos que las disposiciones transcritas, en cuanto se ciñen a las cuencas intracomunitarias, no plantean problema alguno desde la perspectiva constitucional, entre otras cosas porque la técnica del *blindaje*, esto es, la enumeración detallada de las facultades que comprende la competencia, se mueve en el marco de la interpretación que del artículo 149.1.22.^a de la CE hace el propio Tribunal Constitucional.

- b) Lo mismo cabe decir de lo previsto en el apartado segundo ⁴⁷ –también recurrido por el Grupo Popular–, dado que la reserva estatal que proclama el precepto constitucional al que acabamos de referirnos, no incluye potestad ejecutiva fuera de los supuestos de otorgamiento de concesiones y, en todo caso, la competencia autónoma está determinada por las previsiones de la legislación estatal.
- c) Algo similar cabe decir de lo previsto en el apartado tercero –ídem–, de contenido mucho más complejo:

3. La Generalitat participa en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias. Corresponde a la Generalitat, dentro de su ámbito territorial, la competencia ejecutiva sobre:

- a) La adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos.
- b) La ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio.
- c) Las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal.

El precepto contiene primariamente una previsión sobre la participación de la Generalitat en los organismos de cuenca, lo que se ajusta no sólo a la legislación estatal, sino a las

⁴⁷ «2. La Generalitat, en los términos establecidos en la legislación estatal, asume competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general. En estos mismos términos le corresponde la participación en la planificación y la programación de las obras de interés general.»

exigencias que dimanen del principio de cooperación, subordinando la eventual competencia autónoma en los casos de los párrafos b) y c) a la legislación estatal y, en su caso, a los convenios que el gobierno autónomo pueda celebrar con el del Estado. Por lo que toca al párrafo a) nos hallamos ante medidas adicionales de protección de los recursos, que se inscriben en la competencia medioambiental que corresponde a las Comunidades Autónomas.

- d) Algo similar a lo que acabamos de decir, cabe afirmar respecto de las previsiones del apartado quinto del artículo 117⁴⁸.
- e) La única cuestión discutible –en rigor es la única innovación reseñable–, es la previsión contenida en el apartado cuarto:

4. La Generalitat debe emitir un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial.

De conformidad con lo allí previsto, cuando eventualmente se pueda producir una transferencia de recursos⁴⁹ de cuenca supracomunitaria que suponga afectación de los recursos hídricos de Cataluña, la Generalitat está facultada para defender sus intereses mediante la emisión de un informe sobre el mismo y en cualesquiera de sus aspectos. En nuestra opinión, la cláusula no invade la competencia sobre cuencas supracomunitarias atribuida por el bloque de la constitucionalidad al Estado, porque no priva a éste de su competencia; es más, no supone asunción de ninguna competencia y, en todo caso, se trata de un instrumento de coordinación y colaboración que en nada restringe la capacidad de conformación del legislador estatal. Si a ello le añadimos que la cláusula no agrega nada significativo a la influencia que la Generalitat puede tener sobre la decisión –pues ya está presente en los órganos de gestión y gobierno del organismo de cuenca–, se trata de un precepto de significación primariamente simbólica que, aunque merezca el juicio político que se quiera, por sí mismo no incurre en incompatibilidad con el bloque de la constitucionalidad⁵⁰.

Nuestra opinión, escrita para este artículo con antelación a la finalización de la STC 31/2010, de 28 de junio, viene avalada, con los mismos o similares argumentos, por parte del Tribunal Constitucional, que dedica el fundamento jurídico 65 a desestimar la impugnación del artículo 117.

9.2. El proyecto de Estatuto de Autonomía de Extremadura.

El proyecto de nuevo Estatuto de Extremadura no plantea problema alguno de legitimidad constitucional en lo que a la materia hídrica se refiere. El texto adoptado por la Asamblea de Extre-

⁴⁸ «5. La Generalitat participa en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasen o finalicen en Cataluña provenientes de territorios de fuera del ámbito estatal español, de acuerdo con los mecanismos que establece el Título V y participará en su ejecución en los términos previstos por la legislación estatal.»

⁴⁹ A nuestro juicio, en ese sentido debe entenderse en el precepto el término «transvase» y no en el técnico.

⁵⁰ Otra cosa es el juicio que pueda merecer el uso por el Estatuto de una técnica de reparto competencial minuciosa y detallista que procede claramente de la revisión total de la Constitución suiza de 1999. Empero ése es un juicio a mitad de camino entre uno de naturaleza política y otro de mera calidad normativa, como ya se ha visto.

madura contiene tres preceptos atinentes a la cuestión: de un lado, la previsión del párrafo 36 del apartado primero del artículo 9.º, que opera como norma atributiva de competencia; en segundo lugar, la referencia del inciso final del artículo 9.º 1.33 a la producción de aguas para consumo humano; finalmente, el apartado 8 del artículo 8.º, que contempla un principio rector. No obstante, también podemos tener en cuenta que, de forma subsidiaria, todos estos preceptos podrían verse afectados por la previsión contenida en el artículo 13.3 del proyecto.

- a) La regla sobre atribución de competencia en materia de aguas del artículo 9.º 1.36 se descompone en cuatro previsiones distintas. La primera viene referida a la competencia exclusiva sobre aguas propias de cuenca intracomunitaria, formulada en los términos del artículo 149.1.22.^a, esto es, con referencia a las aguas que discurren en su integridad en el territorio de la Comunidad; la segunda se refiere a los aprovechamientos sobre las mismas y sobre las de titularidad estatal no declaradas de interés general; la tercera, que al menos en parte es redundante con la primera, asume la competencia exclusiva sobre aguas minerales, termales y subterráneas, de conformidad con la letra del antecitado precepto constitucional; y, finalmente, el último inciso opera una remisión a favor de la legislación del Estado en orden a la participación de la Comunidad en los órganos de gestión de las cuencas supracomunitarias que afecten a Extremadura. Todo ello se ajusta a las previsiones constitucionales y no genera conflicto alguno.
- b) Tampoco lo genera el inciso final del artículo 9.º 1.33 del proyecto estatutario, en virtud del cual Extremadura asume la competencia sobre producción y tratamiento de aguas para consumo humano en los términos que fijó el Tribunal en el caso del recurso vasco que hemos visto (STC 208/1991).
- c) Por lo que afecta al principio rector, el mismo viene referido a competencia propia de la Comunidad, por lo que satisface el criterio sentado en la STC 247/2007, y, además lo vincula literalmente al *marco constitucional de competencias*, sin más novedad relevante que contener una previsión de compensaciones en el caso de que el uso de los recursos hídricos de conformidad con aquél tuvieran una repercusión negativa sobre los intereses de la Comunidad Autónoma.
- d) Por último, el apartado 3 del artículo 13 prevé la participación de la Comunidad Autónoma en *el ejercicio de competencias estatales que condicionen las competencias autonómicas o afecten a los recursos naturales o riquezas regionales*, lo que no es otra cosa que un mandato genérico de colaboración y cooperación con el Estado. Entendido como mera directriz cuya concreción corresponde a las leyes del Estado, no parece que la cláusula en cuestión sea problemática.

Así, en resumen, las reglas atributivas de competencia sobre aguas son rigurosamente constitucionales al estar apegadas a la letra misma de la norma del artículo 149.1.22.^a. Tanto si la norma constitucional se interpreta en el sentido originario (esto es, en el sentido del curso), como si se hace de conformidad con el sistema de la Ley de Aguas (esto es, en el sentido de cuenca), el proyecto de estatuto de Extremadura será constitucional.

9.3. El Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

El caso del nuevo Estatuto castellano-leonés tiene ciertas similitudes con lo expuesto en relación con el de Cataluña (el 75.5 del EACL, sobre todo), si bien también presenta diferencias (básicamente en el 75.1). Vayamos por partes:

- a) El apartado 5 del artículo 75 del EACL reza así:

Es un principio rector de la acción política de la Comunidad la garantía del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender a las necesidades presentes y futuras de los castellanos y leoneses. En aplicación de este principio y en el marco de la legislación del Estado, la Junta de Castilla y León emitirá un informe preceptivo sobre cualquier decisión estatal que implique transferencia de aguas fuera del territorio de la Comunidad.

Como puede verse el apartado es una refundición del primer inciso del artículo 17.1 del EACV y del artículo 117.4 del EAC, como es lógico cada una de sus partes merece el juicio que ya se ha dado y que no parece pertinente repetir.

- b) Por su parte, el apartado primero del mismo artículo es muy distinto y carece de precedente en los dos Estatutos citados, ya que trae causa de la especial importancia que el Duero tiene para esa Comunidad; el propio enunciado del artículo lo deja bien claro cuando indica:

Dada la relevancia que la Cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León, la Comunidad Autónoma asumirá competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la Cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma.

Aunque de forma moderada –toda vez que no pretende eliminar la competencia estatal sobre la cuenca, sino simplemente limitarla a la legislación básica–, el precepto no puede merecer, a la luz de la doctrina sentada por la STC 227/1988, a la que ya nos hemos referido, un juicio de constitucionalidad favorable. Desde el momento en que el Tribunal ha entendido conforme el uso que hace la Ley de Aguas del criterio de *cuenca* para delimitar la interpretación del artículo 149.1.22.^a primer inciso, no se puede más que concluir, que siendo la del Duero una cuenca supracomunitaria, la competencia sobre la misma esta reservada en su integridad al Estado por dicho precepto constitucional y, en consecuencia, no puede ser asumida e integrada como competencia autonómica por el Estatuto. Es más, no es sólo que el precepto invada la competencia estatal, es que lo hace mediante una norma –el Estatuto– que está retirada de la plena disponibilidad del legislador estatal en virtud del artículo 147.3 de la CE. Esto es, se produce un doble vicio de inconstitucionalidad: de un lado, hay exceso de competencia, y, del otro, dicho exceso se produce mediante norma que priva al Estado de su capacidad de configuración, sencillamente porque el Estado, por sí solo, no la puede emanar.

Cabe plantearse cuál es el sentido que pueda tener una disposición así redactada. A nuestro juicio, la misma pone de relieve el hiato que existe entre el enunciado del artículo 149.1.22.^a de la CE y la interpretación dada al mismo por la STC 227/1988; en otras palabras, tiene sentido cuando y en la medida en que trate de abrir una ventana de oportunidad a una eventual modificación de la doctrina del Tribunal Constitucional. En caso contrario, deja de tener sentido.

9.4. El Estatuto de Autonomía de Andalucía.

Es parcialmente semejante al caso anterior, pues en este supuesto se trata de incorporar a la competencia autonómica las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio andaluz⁵¹. Como en el caso de Extremadura, nos encontramos ante un supuesto en el que una Comunidad Autónoma comprende más de las cuatro quintas partes de una cuenca supracomunitaria, y en la que el curso principal es el que articula el territorio de la Comunidad. No obstante, hay diferencias que influyen en la redacción formal del precepto, no sólo porque en el caso del Guadalquivir no hay obligaciones internacionales que recaigan sobre los recursos del río, sino porque se viene a reclamar una competencia exclusiva a la que se adosa una cláusula «sin perjuicio» que, en realidad y como suele suceder, destruye la exclusividad que corresponde al Estado, reduciéndola a una fórmula aparential.

El juicio que merece es similar al del caso anterior, pues nos hallamos ante un doble vicio de inconstitucionalidad: de un lado, hay infracción del artículo 149.1.22.^a en la interpretación vigente al ser la del Guadalquivir cuenca supracomunitaria; del otro, la introducción de la previsión en el Estatuto, que es norma indisponible para el legislador estatal, priva a éste de toda capacidad de configuración sobre el recurso y sus aprovechamientos.

No podemos finalizar este apartado sin advertir que el artículo 51 del Estatuto de Autonomía de Andalucía que estamos analizando, ha sido recurrido por la Junta de Extremadura ante el Tribunal Constitucional.

9.5. El Estatuto de Autonomía de Aragón.

Tanto el caso de Aragón –que ahora analizamos– como el de Castilla-La Mancha, que viene a continuación, son bastante más complejos.

⁵¹ «Artículo 51. *Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir.*

La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22.^a de la Constitución.»

- a) En primer lugar, su apartado primero del artículo 19 define un principio rector de aplicación al ejercicio de la competencia autónoma, que recuerda en más de un aspecto al artículo 17.1 del EACV⁵². En tanto en cuanto no afecta a la capacidad de configuración del legislador estatal y se corresponde con una competencia de la Comunidad Autónoma sobre cuencas intracomunitarias, el precepto es compatible con el bloque de la constitucionalidad.
- b) El apartado segundo del mismo artículo, que se refiere a directrices sobre política medioambiental, merece el mismo juicio.
- c) A primera vista es distinto el caso del 19.3, muy semejante a la previsión efectuada en el artículo 17.4 del EACV, pues establece el mandamiento a los poderes públicos aragoneses para que velen por evitar las transferencias de recursos entre cuencas cuando las mismas afecten a la sostenibilidad⁵³. Se trata de una regla que ordena al gobierno de la Comunidad Autónoma a utilizar su influencia política para, actuando en un determinado sentido, proteger los intereses de la Comunidad; con todo, no creemos que, en sí mismo considerado, incurra en exceso de competencia.
- d) Distinto es el caso de la disposición adicional quinta:

«La planificación hidrológica concretará las asignaciones, inversiones y reservas para el cumplimiento del principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro y de los derechos recogidos en el artículo 19 del presente Estatuto, considerando que la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 establece una reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 hm³.»

Esta disposición contiene dos normas distintas: de una parte, establece un *principio de prioridad* a favor de la Comunidad Autónoma Aragonesa con referencia a los aprovechamientos de los recursos de la cuenca del Ebro; de otra, fija una determinada reserva de caudal con fundamento en una resolución del Parlamento aragonés de 1992.

Por lo que toca a la primera norma, la misma es entendible en términos políticos, dada la importancia del Ebro para la Comunidad (aunque el peso e importancia sea menor en este caso que en los del Duero en Castilla-León o el Guadalquivir en Andalucía); pero, lo que está estableciendo es una directriz sobre el uso que el Estado debe hacer de su propia competencia, y lo hace mediante norma inmune al legislador estatal, por lo que, de un lado, hay un exceso de competencia, y del otro, una restricción de la capacidad de acción del legislador estatal en uso de su competencia; en consecuencia, nos parece sostenible que el citado *principio de prioridad* es inconstitucional.

⁵² Artículo 19.1 del EAAr: «Los aragoneses, en el marco del desarrollo sostenible, de la participación y de la utilización eficaz y eficiente del recurso, tienen derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender a sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón».

⁵³ Artículo 19.3 del EAAr: «Corresponde a los poderes públicos aragoneses, en los términos que establece este Estatuto y de acuerdo con el principio de unidad de cuenca, la Constitución, la legislación estatal y la normativa comunitaria aplicables. Velar especialmente para evitar transferencia de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras».

Lo mismo cabe decir de la reserva de un caudal determinado (sea cual sea su cuantía). Podría entenderse que dicha reserva es una regla orientadora de la facultad de velar por los propios intereses que se recoge en el artículo 19.3 del Estatuto, lo que es tanto como decir que sólo sería constitucional si se entiende que carece de valor normativo directo, y que nos hallamos ante una mera norma de tarea. De hecho, si nos atenemos al tenor literal del precepto, el mismo viene a decir que en 1992 un legislador carente de competencia sobre cuenca supracomunitaria dijo que quería un determinado caudal de una determinada cuenca. Como deseo, tiene una innegable importancia política: hay una demanda de unos determinados recursos, pero nada más. El titular de la competencia, es decir, el Estado, puede atender o no ese deseo y satisfacer en todo, en parte o en nada esa demanda ⁵⁴.

9.6. El proyecto de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha ⁵⁵.

El proyecto en cuestión ofrece la peculiaridad de tratarse del Estatuto de una Comunidad Autónoma afectada por casi todas las cuencas de importancia, pero en la que todas ellas son supracomunitarias, y ello a pesar de que tres cuencas importantes se configuran a partir de ríos que nacen en la Comunidad; además, en dicho territorio hay un serio problema de sobreexplotación de recursos hídricos. Por todo lo expuesto, no debe sorprender que el proyecto tenga un cariz radical.

El proyecto estatutario castellano-manchego, en trámite en el Congreso, contiene una regulación muy compleja en la que es patente tanto la influencia del texto aragonés, como la del proyecto catalán surgido del Parlament de Catalunya, aunque este último fue posteriormente modificado en la Cámara Baja de las Cortes Generales.

Por lo que aquí interesa podemos distinguir:

- a) El principio rector del artículo 21 j) del proyecto, que establece el uso preferente de los recursos hídricos ⁵⁶ sería, en principio, constitucional, dado que se halla vinculado a una específica competencia autónoma, la que regulan los artículos 100 y siguientes del proyecto. Pero lo es cuando y en la medida en que el precepto venga referido a los recursos hídricos de competencia de la Comunidad Autónoma (de «sus» recursos en la dicción literal), ya que resulta obvio que el Estatuto no puede prescribir normas de tarea a otras autoridades

⁵⁴ Obsérvese que en el caso del Ebro la competencia estatal no se ve afectada por la interpretación que se haga del artículo 149.1.22.ª de la CE: si se acoge el criterio del curso, el Ebro es supracomunitario, pues atraviesa no menos de seis Comunidades Autónomas; si se acoge el de la cuenca, la conclusión es forzosamente la misma. De igual modo sucede con el Tajo, el Guadiana, el Turia, el Júcar y el Segura. Sin embargo, ello no ocurre en el caso del Duero y en el del Guadalquivir.

⁵⁵ Este trabajo estaba finalizado con anterioridad a los trámites parlamentarios que se han producido en el Congreso de los Diputados y en la Asamblea de Castilla-La Mancha durante el mes de abril, que pueden haber modificado algunos de los contenidos que a continuación se relatan. No obstante, si el trabajo fuera seleccionado para su publicación, este aspecto podría actualizarse.

⁵⁶ Artículo 21 j) del Proyecto de Estatuto de Autonomía de CM: «Derecho a un uso preferente de sus recursos hídricos de forma que posibilite su disponibilidad plena para atender a sus necesidades de consumo humano, al desarrollo económico y social, a la sostenibilidad del medio ambiente y a la preservación de nuestro entorno natural».

diferentes de las autonómicas. El citado artículo tiene su correlato en lo que a atribución de competencias se refiere en el párrafo tercero del artículo 98, que establece el *derecho al uso preferente de los recursos hídricos de su territorio*.

- b) Este último artículo, el 98, también resultaría constitucional en tanto en cuanto venga referido a los recursos de las cuencas intracomunitarias, mientras, en contrapartida, no lo sería, si pretendiéramos referirlo a los recursos de cuencas supracomunitarias. En resumen, se trata de un artículo susceptible de una interpretación conforme, aunque si lo tomáramos en términos literales, supondría privar al Estado de una nada desdeñable parte de su poder de configuración, por lo que, desde dicha perspectiva, no sería compatible con el bloque de la constitucionalidad tal y como viene definido.
- c) El artículo 100 contiene una regulación tomada del 19.3 del Estatuto de Aragón ⁵⁷, que merece el mismo juicio que su modelo: en la medida en que no condiciona el ejercicio de la potestad legislativa del Estado y se limita a ser una norma orientadora de la actuación del gobierno autónomo en procura de los intereses de la Comunidad, no parece susceptible de tacha alguna de inconstitucionalidad.
- d) Similar juicio merece la cláusula de informes preceptivos del artículo 102.2 del proyecto. La Comunidad mediante su presencia en los órganos de gobierno y participación de los organismos de cuencas supracomunitarias puede velar por sus intereses y, en tanto en cuanto no determina jurídicamente el ejercicio de la competencia de aquéllos, no resulta incompatible con el bloque de la constitucionalidad.
- e) Por el contrario, las cláusulas del artículo 102.3 ⁵⁸ y la disposición transitoria primera, apartado cuarto, que someten eventuales trasferencias de recursos de cuencas supracomunitarias al informe «determinante» de la Comunidad Autónoma (precepto claramente tomado del anteproyecto catalán) no son constitucionalmente admisibles. Y no lo son porque, de un lado, limitan la capacidad de disposición del legislador estatal sobre una materia que es de la competencia de éste; y, del otro, porque atribuyen a la Comunidad poderes de codecisión sobre asuntos que resultan ajenos a su competencia.

Entiéndase bien: ambos preceptos inciden en un vicio de inconstitucionalidad no porque las mencionadas actuaciones queden sujetas el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma, sino porque éste viene definido como «determinante» y, en consecuencia, el titular de la competencia cuando la cuenca es supracomunitaria (es decir, el Estado) vendría obligado a decidir de conformidad con el criterio de una autoridad, la autonómica, que carece de

⁵⁷ Artículo 100.1 del Proyecto de Estatuto de Autonomía de CM: «Corresponde a los poderes públicos de Castilla-La Mancha en los términos del presente Estatuto y de acuerdo con la Constitución española, con la legislación estatal y con la normativa comunitaria aplicables y conforme al principio de unidad de cuenca, velar para evitar cualquier transferencia de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad que perjudique los intereses de Castilla-La Mancha y remover cualquier obstáculo que impida la consecución de los objetivos previstos en el artículo 98 del presente Estatuto, atendiendo a criterios de sostenibilidad y de garantía de los derechos de los castellanomanchegos».

⁵⁸ Artículo 102.3 del Proyecto de Estatuto de Autonomía de CM: «La Junta de Comunidades emitirá un informe previo, preceptivo y determinante ante cualquier trasvase, cesión, transferencia, transacción o cualquier otro medio de intercambio de aguas tanto públicas como privadas dentro de una misma cuenca hidrográfica o entre cuencas hidrográficas de la Comunidad Autónoma que se plantee y que afecte a los cauces, recursos o infraestructuras que discurren total o parcialmente por su territorio».

competencia sobre la cuenca y sus recursos, con lo que la capacidad de decisión pasaría de quien es competente, a quien no lo es ⁵⁹.

- f) La inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 103 ⁶⁰, que fija la sede de órganos de gobierno de entes estatales –los de cuencas supracomunitarias– en el territorio de la Comunidad Autónoma, es palmaria; además, no deja de ser un precepto pintoresco si se considera que la Comunidad Autónoma es minoritaria en las cuatro cuencas afectadas.
- g) Finalmente, el apartado primero de la disposición transitoria primera, que establece la «extinción» del trasvase Tajo-Segura, obra que afecta a dos cuencas –ambas supracomunitarias–, ha sido el punto que ha conducido a un *impasse* en la tramitación del proyecto estatutario, aunque en sí mismo considerado no es, en modo alguno, el precepto más discutible del texto remitido al Congreso. Por lo que aquí interesa la disposición transitoria primera reza:

Los poderes públicos del Estado y de Castilla-La Mancha velarán para que, en cumplimiento de la disposición adicional primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica el Plan Hidrológico Nacional, el volumen de agua trasvasable desde el Tajo al Segura se reduzca progresivamente a partir de la entrada en vigor del presente Estatuto hasta su definitiva extinción, que en todo caso se producirá en 2015.

Llama la atención que un precepto estatutario acoja la pretensión de fijar normas de tarea para que el Estado pueda ejercer una competencia que le es propia, resultando evidente que el Estatuto es una norma esencialmente inadecuada para desempeñar tal papel. Y no parece que sea necesaria una larga justificación para sostenerlo. El Estatuto, ningún Estatuto, puede contener determinaciones que establezcan en qué sentido deben ejercer sus competencias autoridades que no sean las autonómicas que el propio Estatuto establece; lo contrario supone desconocer la naturaleza misma del Estatuto como «norma institucional básica» de la Comunidad.

De otro lado, la pretensión de fijar –mediante una disposición estatutaria– la caducidad (la «definitiva extinción», dice el texto) de una determinada transferencia de recursos entre cuencas supracomunitarias, adolece de varios vicios de inconstitucionalidad, no sólo porque la Comunidad Autónoma no es competente sobre las cuencas afectadas –al ser ambas supracomunitarias–, y al no serlo, no se entiende cómo la norma estatutaria puede fijar determinaciones sobre el ejercicio de competencias de las cuales la Comunidad no es y no puede ser titular.

Pero, además, la disposición, insostenible desde la óptica del reparto competencial, lo es asimismo desde la óptica del interés (cfr. art. 137 de la CE), sencillamente porque dicha disposición afecta, y lo hace directamente, no sólo a los intereses de la Comunidad que el Estatuto va a regir, sino también a los intereses de terceras Comunidades que, de adoptarse

⁵⁹ Tal vez no esté de más advertir que en la versión original, la del proyecto catalán, adoptado por la ponencia del Parlament de Catalunya, el carácter determinante de los informes de la Generalitat obedecían a un fin distinto: asegurar el principio de bilateralidad en las relaciones entre Cataluña y el Estado.

⁶⁰ Artículo 103.2 del Proyecto de Estatuto de Autonomía de CM: Tendrán sede en Castilla-La Mancha los órganos administrativos de planificación y gestión de la cuencas hidrográficas del Tajo, del Júcar, del Guadiana, del Segura y del Guadalquivir.

la mentada disposición, se verían imposibilitadas para defender su propio interés al no poder intervenir en asunto reservado a otra Comunidad mediante norma inmune al ejercicio de su competencia por Comunidad distinta de aquella a la que el Estatuto rige.

Así, si bien nadie puede discutir razonablemente el evidente interés que la Comunidad de Castilla-La Mancha tiene en el asunto, nadie, tampoco, puede discutir razonablemente que la pretensión de una primacía incondicionada del interés de aquélla no es una idea precisamente feliz. En el fondo la mentada cláusula es un ejemplo singularmente adecuado de una determinada mentalidad: las aguas que discurren o se hallan en nuestro territorio no son comunes, son nuestras.

9. DOCUMENTACIÓN UTILIZADA

AURA Y LARIOS DE MEDRANO, A. «La realización del principio de la utilización equitativa y razonable en la práctica fluvial hispano-lusa», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 59, 2007, págs. 697-712.

GEREZ KRAEMER, G., *El derecho de aguas en Roma*, Dykinson, Madrid, 2008.

GIL OLCINA, A. y RICO AMORÓS, A.M. *El problema del agua en la Comunidad Valenciana*. Generalitat Valenciana. 2007.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC 227/1988.

STC 119/1989.

STC 149/1991.

STC 208/1991.

STC 15/1998.

STC 110/1998.

STC 118/1998.

STC 165/2000.

STC 123/2003.

STC 247/2007.

STC 249/2007.

STC 31/2010.

Recursos de Internet

<http://www.tribunalconstitucional.es>

SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, vols. I y II, Editorial Nacional, Madrid, 1972.