

Revista del Foro Canario

80

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y DERECHO DE AGUAS EN CANARIAS

JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

JAIME F. RODRÍGUEZ-ARANA

PRESIDENTE DEL INSTITUTO CANARIO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MAGISTRADO. PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

- I. EL DERECHO DE AGUAS TRADICIONAL DE CANARIAS.
- II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE AGUAS.
 - 1. Planteamiento.
 - 2. Una primera interpretación doctrinal: distribución funcional y territorial de las competencias.
 - 3. Otras interpretaciones doctrinales: criterio territorial para la distribución de competencias.
 - 4. Interpretación que se propone.
 - 5. Sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias.
 - 6. Las aguas subterráneas.
 - 7. Las soluciones de la Ley de Aguas de 1985.
 - 8. Dominio público y atribución de competencias.
 - 9. Dominio público y aguas subterráneas.

I. EL DERECHO DE AGUAS TRADICIONAL DE CANARIAS

Poco a poco el Derecho de Aguas en Canarias ha ido adquiriendo una personalidad propia como consecuencia de las peculiares circunstancias geográficas y territoriales que concurren en el archipiélago. El punto clave, en mi opinión, habría que situarlo en los “Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario” coordinados por el profesor NIETO GARCÍA, a partir de los cuales, el “Derecho de Aguas Especial Canario”, como señala el profesor DE LA CUÉTARA, ha tomado carta de naturaleza en las obras generales de dominio público (GUAITA), en los comentarios legislativos (GONZÁLEZ PÉREZ) y en monografías especializadas (PÉREZ AFONSO, GUIMERÁ PERAZA)⁽¹⁾.

El particularismo de este Derecho Especial deviene de la intensa administración que se superpone al Derecho Civil.

Leopoldo DE LA ROSA, uno de los mejores conocedores del Derecho histórico de las aguas canarias, entendió que el sistema de repartimiento de aguas y tierras en los años de la conquista de las islas era “mutatis mutandis” parecido al utilizado en la última fase de la Reconquista en el Sur peninsular. En síntesis, se trataba de una entrega que se verificaba en favor de los protagonistas de la conquista de tierras y de aguas; denominándose más específicamente heredamientos a la entrega del agua. Poco a poco la entrega, que comenzó haciéndose conjuntamente, de aguas y tierras, se fue dividiendo hasta realizarse aisladamente de manera que, como también señala Leopoldo DE LA ROSA, los repartimientos debieron verificarse teniendo en cuenta el cultivo más rentable —entonces, la caña de azúcar— asignándose las aguas fundamentalmente a los terrenos situados a menos de trescientos metros. Lo cual explica la multitud de pleitos producidos al intentar los dueños de tierras altas negar sus cultivos con las aguas afectadas a las denominadas Costas Bajas.

Los repartimientos de aguas eran limitados⁽²⁾ o se constituían como repartos de nacientes de aguas a favor de otros aprovechamientos como podían ser pequeñas lagunas, terrenos de propios, etc.

La explotación de las aguas en Canarias invita a introducir tres conceptos claves para entender la operatividad del Derecho Especial de Aguas en el

(1) DE LA CUÉTARA, “El Derecho de Aguas en Canarias. Crónica de un conflicto”, *La Ley*, 22 de noviembre de 1988.

(2) Por abrevaderos para el ganado, debido a aprovechamientos a favor de los vecinos del lugar, por la utilización de las corrientes de aguas para molinos.

archipiélago: Heredamientos, Comunidades de Agua y Comunidades de Regantes.

Los heredamientos, que constituían un señorío perpetuo luego transformado en un auténtico derecho de propiedad, eran constituidos en virtud de concesión real como contraprestación de los servicios prestados en la conquista de las islas. Las Comunidades de Aguas, que nacen a fines del siglo XIX, surgen como fórmula para alumbrar aguas en régimen de propiedad privada a través de pozos o galerías.

Las Comunidades de Regantes, según las leyes de aguas de 1866 y 1879, operarían sobre aguas públicas destinadas a riesgos.

La ley de aguas de 1866, como consecuencia del espíritu de sus dos anteproyectos y del proyecto de ley entendió que “cuando se buscara el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos, socavones o galerías, el que las hallara o hiciese surgir a la superficie del terreno, será dueño de ellas a perpetuidad” y estableció la prohibición de perforar el suelo en busca de aguas subterráneas en terrenos de propiedad particular sin expresa licencia del propietario.

Por su parte, la ley de 1879 señaló que las aguas subterráneas pertenecían al alumbrador, no al propietario de la superficie; omitió la referencia al derecho del propietario de la superficie a perforarla y, en materia de derecho a perforar el subsuelo, si hubiera aguas subterráneas, se reconocía el derecho exclusivo del dueño a la perforación del subsuelo con objeto de apropiarse de tales aguas en cuanto salgan a la superficie.

Con la finalidad de aclarar si las Comunidades para la explotación del agua existentes en Canarias eran equiparables a otras figuras jurídicas peninsulares, se promulgó la Ley de Aguas para Canarias de 1956. Ley que, en opinión de GUIMERÁ PERAZA dejaba en libertad absoluta a las agrupaciones ya existentes para adecuar su régimen a la nueva regulación; aunque, claro está, las que se constituyesen después de la Ley habrían de adaptarse a los requisitos establecidos en dicha ley para alcanzar personalidad jurídica. Pues bien, las ventajas de la nueva regulación permitieron que, sin traumas, se lograra la pretendida consecución de personalidad jurídica por las organizaciones de agua. La realidad, sin embargo, parece que llevó a que dichas Comunidades actuaran al margen de la ley y de la Administración, lo cual permitió en algunos casos, la cristalización de situaciones irregulares en beneficio de una minoría. Así, se ha dicho que era absolutamente normal que las galerías no respetasen los límites

impuestos por la autorización administrativa siguiendo orientaciones y profundidades arbitrarias con evidente perjuicio para las explotaciones colindantes. En fin, hoy ya no es defendible la inhibición de la Administración en esta materia. Sobre todo por el interés general concurrente, que ha llevado a los poderes públicos a intervenir, especialmente para garantizar la libertad de empresa y, también, como consecuencia de su función de respeto a la legalidad.

La Ley de 1956 sería desarrollada por un Reglamento de 14 de enero de 1965. En él, se establece para el aprovechamiento de aguas por particulares un régimen presidido por el otorgamiento de la correspondiente autorización administrativa. Se admite la postura clásica respecto al dominio del subsuelo y de las aguas subterráneas, por lo que si el investigador no es el propietario del medio objeto de explotación tendría que solicitar la autorización pertinente. De ahí que el profesor DE LA CUÉTARA afirmase que “en el régimen canario de aguas, el subsuelo se hace depender muy estrechamente del suelo a través de la autorización necesaria para efectuar obras en el primero⁽³⁾.”

En Canarias, de acuerdo con el Reglamento de 1965, todo alumbramiento de aguas subterráneas requiere autorización administrativa, previo informe de los servicios de minas de la respectiva Delegación provincial del Ministerio de Industria y, hasta el 5 de mayo de 1987, de los homólogos de la Administración autonómica. Si del examen del expediente, como señala el artículo 5.3, no apareciera justificada la propiedad o autorización del dueño de los terrenos, o se dedujere que estaban en litigio, no se autorizarán las obras en tanto los tribunales no resuelvan el tema mediante sentencia firme, o hasta que se alegue justificación evidente de la propiedad invocada.

En fin, a grandes trazos ésta ha sido la evolución del régimen jurídico de las aguas en Canarias. Régimen que ha sido radicalmente modificado, primero por la Ley 10/87 de 5 de mayo y, segundo, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988 que, definitivamente, ha reconocido el dominio público de las aguas subterráneas de Canarias, no sin una hábil y artificiosa argumentación claramente estatalista.

(3) DE LA CUÉTARA, *Ideas para una regulación de las Aguas en Canarias*, Santa Cruz de Tenerife, 1986, p. 21.

II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE AGUAS⁽⁴⁾

1. Planteamiento.

Las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, constituyen un tema testigo de un indudable interés para comprobar la incidencia del Estado de las autonomías en la regulación de las diferentes partes del ordenamiento jurídico español.

Pese a los esfuerzos de interpretación que se han realizado para respetar un ámbito competencial de las Comunidades autónomas en materia de aguas continentales, con frecuencia se observa en lo mejor intencionado o bien un arrastre de la concepción unitaria tradicional o sencillamente la convicción de que tal concepción, más o menos descentralizada en algunos aspectos, resulta la más conveniente para el interés común de todos los españoles.

De otra parte, el tema tiene una particular relevancia desde el punto de vista del ordenamiento autonómico porque en él van a jugar los criterios del interés y del territorio que, según se adelantó, son decisivos para la determinación de las competencias. La originalidad de la aproximación consiste en que tales criterios se interrelacionan y pueden llegar a superponerse o fundirse en un criterio superior del que realmente derivan.

La importancia teórica del tema se acrecienta con su innegable trascendencia práctica y se agudiza con la reciente Ley estatal 29/1985 de 2 de agosto de Aguas, que ha supuesto un cambio enérgico en una materia regulada fundamentalmente por una Ley casi —o prácticamente— centenaria.

El artículo 149,1,22 de la CE dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre:

“la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurran por más de una Comunidad autónoma”.

Por su parte, el artículo 148,1,10^o dispone que las Comunidades autónomas podrán asumir competencias en la materia siguiente:

(4) Este epígrafe ha sido elaborado a partir del estudio de J.L. MEILÁN y J. RODRÍGUEZ-ARANA; “Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de aguas: especial referencia a los casos gallego y canario” (en prensa).

“Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad autónoma; las aguas minerales y termales”.

El artículo 132 de la CE, a su vez, dispone que “la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público”, concretando en su apartado 2 que “son bienes de dominio público estatal los que determina la Ley” y los que allí se enumeran, entre los que no figuran las aguas continentales.

Por último, el artículo 128,2 declara que “mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales”⁽⁵⁾.

Desde la vertiente autonómica, el artículo 27 del EG dispone:

“En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias:

...

12. Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149,1,22 de la Constitución.

14. Las aguas minerales y termales. Las aguas subterráneas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149,1,22 de la Constitución y en el número 7 del presente artículo”⁽⁶⁾.

Éste es, en principio, el marco normativo fundamental, en el que incide obviamente la Constitución y el Estatuto en su conjunto. Ha de advertirse que el art. 27,12 y 14 se corresponde con los homólogos del EPV (art. 10,11) y EC (art. 9,16), con la adición en aquél de la referencia al artículo 149,1,22 de la CE. El Estatuto de autonomía de Andalucía sistematiza más adecuadamente la materia en dos artículos: el 13,12 (Recursos y aprovechamientos...) y el 13,13 (aguas minerales y termales).

2. Una primera interpretación doctrinal: distribución funcional y territorial de las competencias.

En esta cuestión puntual se ponen de manifiesto las diferentes posiciones

(5) Han de tenerse también en cuenta los apartados 25 (“Bases del régimen minero y energético”) y el 24 (“obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad autónoma”) del artículo 149,1 de la CE.

(6) En el art. 27,7 del EG figura como competencia exclusiva: “Obras públicas que no tengan la calificación legal de interés general del Estado, y su ejecución o explotación no afecte a otra Comunidad autónoma o provincia”.

de fondo sobre el fenómeno autonómico. Existen lecturas marcadamente centralistas o estatistas y las puede haber autonomistas. Entre las primeras hay que situar las tesis de los profesores Ortiz Díaz⁽⁷⁾, Sánchez Blanco⁽⁸⁾ y los hermanos Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo⁽⁹⁾, manifestadas fundamentalmente antes de que se hubiese promulgado la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985. La del primero resulta especialmente significativa al utilizar en su apoyo los preceptos de la LOAPA, como el artículo 4º, que fueron declarados posteriormente inconstitucionales.

Los puntos esenciales de la interpretación de esta corriente doctrinal consisten en afirmar que en el artículo 149,1,22 de la CE la legislación, ordenación y concesión de recursos constituyen materia sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva, correspondiendo la posible competencia autonómica sólo a los aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas no discurren por más de una Comunidad autónoma. Dicho con palabras de Ortiz Díaz, “las competencias funcionales de legislación, ordenación y concesión de recursos hidráulicos competen al Estado de forma exclusiva en todo caso, con independencia de si las aguas son o no intracomunitarias”⁽¹⁰⁾. El criterio territorial cedería, pues, ante el llamado funcional, que sería predominante.

Para apoyar esta posición, se acude formalmente a la interpretación literal y a la tramitación parlamentaria de la Constitución, en la que se produjeron realmente las dos posiciones al principio enunciadas⁽¹¹⁾. Los hitos fundamentales de la tramitación fueron los siguientes: a) en el anteproyecto inicial de la Constitución se atribuía al Estado competencia exclusiva sobre “los aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurren fuera del territorio de una Comunidad autónoma”, en clara inspiración de la Constitución de 1931, cuya pauta se siguió generalmente; b) en el Congreso de los Diputados se modificó ligeramente la redacción, introduciendo el término concesión (“concesión de aprovechamientos hidráulicos..”); c) en el Senado se modificó significativamente la redacción, atribuyendo al Estado competencia exclusiva sobre la “legislación, ordenación y administración de los recursos hidráulicos”;

(7) ORTIZ DÍAZ, *Competencias establecidas en la Constitución y en los Estatutos de las Comunidades autónomas respecto al sector hidráulico*, RAP, 99 (1982), pp. 37 y ss.

(8) SÁNCHEZ BLANCO, *Recursos y aprovechamientos hidráulicos*, REDA, 34 (1982), pp. 425 y ss.

(9) S. MARTÍN RETORTILLO, *La Ley de aguas*, en diario ABC, 1-2-1985; MARTÍN RETORTILLO, L. *Trabajos parlamentarios*, t. III, p. 2.906 y t. IV, pp. 2.578-9, 3.984-5.

(10) Cfr. SÁNCHEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 429 y ss.; MENÉNDEZ REXACH, A. “La ley de aguas de 2 de agosto de 1985: análisis institucional”, en *El Derecho de aguas*, Madrid, 1986, de GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH A. y DÍAZ LEMA.

(11) Vid. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, p. 547 y p. 565.

d) la Comisión Mixta acuñaría la fórmula definitiva sustituyendo el término administración por concesión y añadiendo al texto del Senado el resto de la frase aprobado por el Congreso, con su referencia al criterio territorial supra o extracomunitario.

La redacción constitucional ha sido criticada como una solución falsamente salomónica, debido a un achacado sincretismo de la misma, combinando, se dice, “criterios contrapuestos de las dos Cámaras en una fórmula híbrida que plantea graves dificultades de interpretación”⁽¹²⁾. Sin embargo, para la orientación doctrinal que se comenta, la interpretación es clara en favor de la tesis de la competencia exclusiva del Estado, en todo caso, sobre la legislación, ordenación y concesión de los recursos hidráulicos.

Sí puede afirmarse con seguridad que ésa fue la posición del profesor y senador Sr. Martín Retortillo⁽¹³⁾ y pudiera llegar a admitirse que del Senado al ser aceptada su enmienda. Pero no puede ignorarse que, para bien o para mal, no concluyó allí la tramitación parlamentaria y que la opinión del Senado no coincidía con la del Congreso de los Diputados. Al empalmar las dos formulaciones, como antes se ha referido, se produce inexorablemente una alteración del alcance que el Senado pretendió darle a la fórmula y no debe olvidarse el carácter predominante que desde el punto de vista legislativo tiene el Congreso. Lo que aquí se sostiene resulta inequívoco en relación con el cambio de administración por concesión. Según la posición maximalista del Senado toda la administración de los recursos hidráulicos era competencia exclusiva del Estado, que quedaría reducida —y no es poco— a la concesión⁽¹⁴⁾.

La dificultad o insatisfacción de la fórmula no se resuelve ciertamente por la vía de los antecedentes parlamentarios que, más bien, demuestran una contraposición de la que, por lo menos, puede decirse que obligó a una solución poco o insuficientemente clara.

La interpretación literal no arroja mayor fuerza a la posición que se expone, pese a los esfuerzos realizados por sus autores que, en realidad, intentan volcar en el texto constitucional un personal o institucional wishful thinking, en el que influye una discutible comparación entre el artículo 149,1,22 y el artículo 148,10 de la Constitución. Se afirma, en ese sentido, que es “la única posible

(12) SÁNCHEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 433: “están claros los antecedentes parlamentarios y la voluntad de los responsables de la elaboración del texto constitucional de reservar al Estado la legislación, ordenación y concesión de los recursos hidráulicos”.

(13) “Trabajos parlamentarios”, IV, pp. 3.984-5.

(14) ORTIZ DÍAZ comenta favorablemente el cambio (*op. cit.*, p. 43-44).

y lógica interpretación derivada de la coherencia existente en la distribución de competencias asignadas al Estado por el artículo 149,22 de la Constitución y las atribuidas a las Comunidades autónomas en el artículo 148,10 del mismo texto constitucional”⁽¹⁵⁾. Pero ya se ha razonado anteriormente que el artículo 148 no atribuye competencias a las Comunidades autónomas, sino que ofrece un marco para que todas las Comunidades autónomas puedan incluir competencias en sus propios Estatutos; marco que se amplía al del artículo 149, para las Comunidades autónomas que se constituyen al amparo del artículo 151 y disposición transitoria segunda de la Constitución.

Y la pretendida interpretación literal no puede salvarse tampoco afirmando que siendo clara la voluntad del constituyente —afirmación no cierta en el sentido que se le atribuye— la no separación de los términos por la adecuada puntuación no constituye más que una deficiencia de estilo. Lo forzado de la tesis, desde la literalidad, se pone de manifiesto observando la necesaria referencia del adjetivo hidráulico a recursos y aprovechamientos, de modo que han de entenderse comúnmente referidos a recursos y aprovechamientos hidráulicos —porque de recursos hidráulicos se trata también— la legislación, la ordenación y la concesión. Falto del apoyo interpretativo del artículo 148,10, la pretendida interpretación literal del artículo 149,1,22 carece de fundamento⁽¹⁶⁾.

Por la misma razón, tampoco encuentra fundamento serio la pretensión de hacer descansar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en la diferencia entre recursos y aprovechamientos⁽¹⁷⁾, desde la perspectiva única de la Constitución.

El problema, por tanto, se traslada, por una u otra vía a los Estatutos; porque es en ellos donde se realiza la asunción de las competencias y porque al asumirlas algunos autores creen encontrar argumentos para confirmar la distribución de competencias que se está exponiendo y criticando.

Como se ha transcrito anteriormente, el EPV en su artículo 10,11 recoge como competencia exclusiva de la Comunidad autónoma los aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran íntegramente dentro del País Vasco y, separadamente, aguas minerales, termales y subterráneas. Otro tanto hace el EC en su artículo 9,16. El EG recoge las mismas expresiones, pero en apartados diferentes: en el 12 y en el 14. En el primero se contiene una referencia que

(15) ORTIZ DÍAZ *op. cit.*, p. 44.

(16) En contra de la interpretación que se combate en el texto, ARIÑO ORTÍZ, *EL proyecto de Ley de Aguas* (Informe jurídico), IEE, Madrid, 1985, p. 95.

(17) En ese sentido, S. MARTÍN RETORTILLO, *loc. cit.*

no existe en los EPV y EG al artículo 149,22 de la CE; referencia que también se hace en el segundo con relación a las aguas subterráneas. Por último, dentro de las Comunidades autónomas del artículo 151 de la Constitución, el EA viene a complicar más la cuestión al incluir, como ya se adelantó, recursos hidráulicos en el homólogo artículo 13,12, sin que ni éste, ni el artículo 13,13 contengan referencia alguna al artículo 149,1,22 de la Constitución.

Toda la regulación autonómica —y no es precisamente una excepción el tema presente— es de imposible interpretación sin situarla en el contexto concreto en que nace cada una de sus partes. No es cuestión de grandes dimensiones temporales; los cambios de escenario suceden con notoria rapidez y brusquedad. Pero si se sigue la técnica de la fotografía y no la de la película se corre el riesgo de fracasar rotundamente en el intento que, de por sí, es difícil.

De los preceptos antes citados se han sacado conclusiones contradictorias en la búsqueda, quizá, de argumentos para confirmar tesis previas. Así, por la dirección doctrinal que aquí se comenta se ha concluido que los Estatutos vasco y catalán —y no digamos el gallego— confirman que han dejado fuera de las competencias exclusivas de las respectivas Comunidades la relativa a los recursos, limitándose a recoger los aprovechamientos a que se refiere el artículo 148,10 de la CE. Pero esta conclusión tropieza con la asunción estatutaria de competencias exclusivas sobre aguas subterráneas que no aparece en el artículo 148 ni en el 149. Y una de dos, o no son recursos o, si lo son, los Estatutos han acogido algo más que aprovechamientos.

La salida, para no desechar la tesis definida, consistirá en afirmar que se trata de recursos, con el objeto de subrayar el carácter unitario del ciclo hidráulico, sobre lo que se asentará más tarde la titularidad estatal del dominio público hidráulico, y ello explica el silencio de la Constitución. Pero, evidentemente, no explica la especificación de los Estatutos vasco, catalán, gallego y andaluz. Y ante la expresa mención de éste también a los recursos, sin referencia alguna al artículo 149,1,22 de la Constitución, la salida es, simplemente, proclamar su anormalidad y su posible inconstitucionalidad⁽¹⁸⁾.

También aquella tesis tropieza con el dato de que la competencia del artículo 148,10 está formulada sobre el interés y, en cambio, los preceptos de los Estatutos vasco, catalán y gallego sobre el territorio (aguas intracomunitarias). También ese escollo podría salvarse, desde aquella perspectiva, superponiendo

(18) ORTIZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 54.

ambos conceptos, presumiéndose el interés autonómico cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunidad autónoma⁽¹⁹⁾.

El examen histórico de los diferentes Estatutos y no intemporal permite aportar elementos interpretativos diferentes. En los Estatutos vasco y catalán no se hizo referencia alguna a los recursos por entender que era innecesaria ya que todo aprovechamiento hidráulico lo es de un recurso⁽²⁰⁾; lo único que habría de recogerse en el Estatuto era el carácter intracomunitario de las aguas que, precisamente, se aprovechaban. Las argumentaciones terminológicas referidas a la Ley de Aguas de 1879⁽²¹⁾ no son convincentes porque en ella no aparece el término técnico de recursos, y porque aquélla no escinde el aprovechamiento del caudal y de las obras y del dominio público necesario (título IV, cap. XI, arts. 147 a 163 de la Ley de 1879).

Por análoga razón al referirse a las aguas subterráneas no se hace mención alguna del territorio, entendiendo que en ellas se cumple el criterio territorial.

Las innovaciones introducidas en el EG por la dirección doctrinal referida se quieren mostrar como un argumento decisivo que “elude dudas y posibles reservas o alternativas equívocas”⁽²²⁾. Si el artículo 27,12 del EG recoge el “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149,1,22 de la Constitución”, y en aquél sólo se alude a aprovechamientos, se concluye, es porque deja fuera los recursos.

3. Otras interpretaciones doctrinales: criterio territorial para la distribución de competencias.

La conclusión sentada en el anterior apartado acerca de la distribución de las competencias en función exclusivamente del territorio, es sostenida por los profesores Ariño⁽²³⁾ y Martín Mateo⁽²⁴⁾, lo que significa el reconocimiento de competencias exclusivas de las Comunidades autónomas sobre las aguas in-

(19) Esta aproximación sustancial del criterio del interés autonómico y del carácter intracomunitario del agua se subraya por MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, p. 562.

(20) Vid. ARIÑO, *op. cit.*, p. 197, recogiendo la posición de la Generalitat catalana.

(21) S. MARTÍN RETORTILLO, *loc. cit.* En el sentido del texto, G. ARIÑO, *loc. cit.* y MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, p. 564.

(22) SÁNCHEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 427.

(23) *Op. cit.*, p. 96.

(24) *El agua: bases institucionales*, en “Revista Valenciana de Estudios Autonómicos”, 1 (1985), pp. 44 y ss.

tracomunitarias⁽²⁵⁾. La diferencia con el Estado no provendrá, en principio, de la naturaleza de las funciones, sino del territorio. De ese modo, se asume la tesis de la identificación entre recursos y aprovechamientos.

También el profesor Menéndez Rexach, en un estudio minucioso del tema, mantiene esa tesis, si bien no admite la identificación entre recursos y aprovechamientos⁽²⁶⁾. Esa tesis se hace posible, antitéticamente a la dirección doctrinal criticada en el apartado anterior porque el cotejo del artículo 148,10 y el 149,1,22 de la CE permiten descubrir una teórica “franja intermedia”⁽²⁷⁾. En realidad la ausencia de mención a la legislación en aquel artículo revela una vez más que las CCAA. de segundo grado no nacían para el constituyente con potestad legislativa.

Pero con ello, no han quedado resueltos todos los problemas. En primer término ha de dilucidarse ¿qué se entiende por aguas inter o intracomunitarias, o para utilizar los términos legales, cuándo las aguas discurren por más de una Comunidad autónoma? o ¿cuándo discurren íntegramente por ésta?

La primera respuesta que encuentra un respaldo mayoritario consiste en referir las aguas al “conjunto de corrientes, embalses, lagunas o canales que integran una cuenca hidrográfica”⁽²⁸⁾, entendida, como se dice en el artículo 14 de la nueva Ley de Aguas, como “el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único”. La consecuencia jurídica, desde el punto de vista de las competencias, es clara, si se tiene en cuenta además lo que dice también el citado artículo: “la cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso, se considera indivisible”. Otro planteamiento, se afirma, “supondría el caos en la ordenación del recurso”.

Por esta vía, tesis del profesor Ariño, las competencias de las Comunidades autónomas sobre aguas intracomunitarias sólo podrían ser ejercidas por Cataluña, Andalucía y eventualmente por las Islas, sin distinguir recursos y aprovechamientos.

Frente a ese criterio el profesor Menéndez Rexach ha adelantado una tesis que permite a las Comunidades autónomas contar con más amplias competencias sobre los aprovechamientos. Porque la de Ariño puede resultar a la postre

(25) En el texto se hace referencia exclusivamente a las Comunidades autónomas plenas o de “régimen especial”, en terminología de MENÉNDEZ REXACH (*op. cit.*, p. 558). También por economía de la exposición se prescinde de las obras hidráulicas.

(26) *Op. cit.*, pp. 559-60.

(27) *Ibidem*, pp. 548 y 560.

(28) ARIÑO, *op. cit.*, p. 101 y, por supuesto, los autores que sostienen una posición “estatalista”.

tan reduccionista para la mayor parte de las Comunidades autónomas como la de Ortiz Díaz, Sánchez Blanco o los hermanos Martín Retortillo, al reconocer, mediante la utilización del criterio de la cuenca, la competencia estatal sobre los aprovechamientos cuando la cuenca comprenda más de una Comunidad autónoma, que es la regla general. Se producirían así diferencias entre Comunidades autónomas de la misma naturaleza, no en razón de los términos estatutarios respectivos, sino en virtud de su interpretación.

Para Menéndez Rexach tendría utilidad, en aquel sentido mantener la diferencia entre recursos y aprovechamientos⁽²⁹⁾ que se acogen en el texto constitucional. Así, “en los aprovechamientos el criterio de la localización del agua se refiere sólo al caudal aprovechado y a la localización del recurso de que dicho caudal procede”⁽³⁰⁾. De ese modo el criterio de la cuenca jugaría exclusivamente para los recursos, siendo competencia del Estado. En cambio, no se aplicaría a los aprovechamientos, de modo que la competencia correspondería a las Comunidades autónomas “cuando el caudal concedido para el aprovechamiento discorra íntegramente por el territorio de aquéllas, lo que sucederá cuando los canales, acequias, conducciones y demás obras construidas para el encauzamiento artificial de las aguas objeto del aprovechamiento se localicen en su totalidad en el territorio de una Comunidad”⁽³¹⁾.

La observación nos parece certera y constituye una solución equilibrada: de un lado, es respetuosa con los preceptos constitucionales y estatutarios, no vaciando en la práctica las competencias de las Comunidades autónomas; y, de otra, no se pone en riesgo el “dogma” de la unidad de gestión de las aguas desde el punto de vista territorial⁽³²⁾.

4. Interpretación que se propone.

A lo largo de la exposición anterior y al hilo de las críticas respectivas ha ido perfilándose la aproximación doctrinal que aquí se defiende, a la vista de los textos constitucional y estatutario. En resumen, podría afirmarse que el criterio decisivo para la distribución de competencias en materia de aguas entre el Estado y la Comunidad autónoma es el territorial, según que las aguas discurran o no por más de una Comunidad autónoma. Ese criterio se entiende

(29) El término “recursos” habría que referirlo al “régimen jurídico de las aguas en general”, y el de “aprovechamiento” a un aspecto concreto del mismo, el de su utilización, *op. cit.*, p. 565.

(30) *Op. cit.*, p. 561.

(31) *Ibidem*.

(32) Punto XI en la carta europea del agua.

referido a todos los aspectos del régimen jurídico de las aguas, tanto por lo que se refiere a la legislación, ordenación y concesión de recursos, como de los aprovechamientos.

No existe inconveniente en admitir que el discurrir de las aguas puede ser interpretado de diferente manera en cuanto se refiera a los recursos y a los aprovechamientos, entendiendo que en el primer caso se opera por cuencas y en el segundo por la realidad física de las aguas aprovechadas. Aunque ha de subrayarse que ésa no fue la “mente” del legislador estatutario catalán y, probablemente, la del vasco y gallego. De todos modos, esa interpretación conduce a que en la práctica, no sólo en la teoría⁽³³⁾, las Comunidades autónomas de Cataluña y Andalucía pueden ejercer sus competencias sobre los recursos que sean intracomunitarios bien porque así se ha reconocido en el Estatuto (caso de Andalucía), bien por entender que los aprovechamientos van implícitos en los recursos (caso catalán). Si en los casos vasco y gallego no puede ejercitarse esa competencia es sencillamente porque la realidad física lo impide⁽³⁴⁾.

5. Sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Los datos que suministra la propia Constitución y el Estatuto de Autonomía de Canarias, junto a la llamada LOTRACA⁽³⁵⁾, invitan inequívocamente a la afirmación de la competencia exclusiva de Canarias en esta materia. Veamos.

La situación hídrica de la Comunidad Autónoma de Canarias es peculiar. Su estructura geológica singular y la escasez de agua ha conducido necesariamente a la promulgación de normas especiales⁽³⁶⁾, como lógicamente admite el párrafo primero de la disposición adicional tercera de la Ley de Aguas nacional.

La autonomía política, definidora de las Comunidades Autónomas, significa el reconocimiento de unos intereses propios (artículo 137 CE) y una participación en el poder legislativo del Estado. De forma que cada Comunidad Autónoma constituye su propio Ordenamiento jurídico, como poder público organizado jurídicamente para la gestión de unos intereses garantizados por la Constitución⁽³⁷⁾.

(33) Posición de MENÉNDEZ REXACH.

(34) Es lo que ocurre con la competencia sobre litoral que, obviamente, no puede existir en Comunidades autónomas del interior.

(35) Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto de Transferencias Complementarias a Canarias.

(36) Aunque, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1956, la legislación especial de Canarias en materia de aguas debe armonizarse con la Ley de Aguas nacional.

(37) Vid. J.L. MEILÁN y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *El Derecho Estatutario Gallego*, 1ª edición en gallego, Santiago, 1988, p 28 y ss.

Pues bien, a nuestro juicio, la competencia exclusiva en materia de aguas en Canarias se deduce “a contrario sensu” del artículo 149,1,22 CE.

La simple lectura de dicho artículo proporciona la solución:

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

22. La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma...”.

Y, es que, en Canarias, forzosamente las aguas habrán de discurrir por la propia Comunidad. Es materialmente imposible que simultáneamente puedan discurrir por otra Comunidad: único caso en el que el Estado gozaría de competencia exclusiva en esta materia⁽³⁸⁾.

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.3 CE, la Comunidad Autónoma Canaria la asumió expresamente a través de su Estatuto de Autonomía. Así, en el artículo 29.6 atribuye a Canarias competencia exclusiva sobre “aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, aguas minerales y termales”. Y el artículo 34 señala que “la Comunidad Autónoma de Canarias ejercerá también competencias, en los términos que en el artículo siguiente se señalan, en las siguientes materias:

A. Competencias legislativas y de ejecución.

2. Aguas superficiales y subterráneas, nacientes y recursos geotérmicos; captación, alumbramiento, explotación, transformación y fabricación, distribución y consumo de aguas para fines agrícolas, urbanos e industriales.

Competencia, ésta del artículo 34.A.2 del Estatuto que ha sido asumida ya en virtud del propio artículo 35 del Estatuto por la LOTRACA. Nótese que el artículo 34.A.2 del Estatuto (EAC) amplía las competencias de partida de las Comunidades que accedieron, como es el caso canario, a la autonomía por el artículo 143 CE. Se asume, por tanto, la competencia exclusiva en esta materia.

Pero ello no es el corolario solamente de lo señalado en el artículo 149.1.22 CE y en los preceptos citados del EAC. También se deduce del artículo 132.1 CE que como ha señalado solemnemente nuestro Tribunal Constitucional “no es una norma atributiva de competencias. Su alcance se limita a implantar la reserva

(38) En sentido análogo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de octubre de 1986 en relación con la autorización para instalaciones de energía eléctrica.

de Ley en este campo”⁽³⁹⁾. Por lo que, si la Comunidad Autónoma posee, como ocurre en nuestro caso, competencia exclusiva, podrá dictar las correspondientes normas en el marco de sus competencias. Lo cual debe entenderse en el sentido de que la reserva de Ley de dicho precepto constitucional no es privativa del Legislador estatal sino también, por el contrario, tiene aplicación sobre el legislador autonómico.

Además, el artículo 149.1.8 CE tampoco es de aplicación en este caso por lo que se refiere a la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil. Sencillamente porque, si bien determinados aspectos del demanio natural se encuentran regulados en el Código Civil, “el dominio público es institución indudablemente integrada en el Derecho Administrativo”⁽⁴⁰⁾. De ahí que la regulación jurídica del demanio público sea objeto natural del Derecho Administrativo.

De igual forma, la posible invocación como título competencial estatal en esta materia del artículo 149.1.1 CE tampoco debe prosperar. Especialmente porque se trata de una competencia exclusiva, como queda demostrado, y porque el principio de igualdad, como ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal Constitucional “no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del Ordenamiento”⁽⁴¹⁾. Así, por ejemplo, nada impide, máxime en caso de competencia exclusiva, que lo que se demanialice en una zona, permanezca en régimen patrimonial en otra. Al menos en este sentido operó la Ley catalana de 7 de diciembre de 1981 que, como es bien sabido, definía bienes de dominio público específicos de esa Comunidad Autónoma.

Nos encontramos, por tanto, en un caso de competencia exclusiva de una Comunidad Autónoma. Lo cual es lo mismo que decir que la competencia legislativa, en este caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, supone una autolimitación de la potestad legislativa de las Cortes Generales y, con ello, el reconocimiento de la prevalencia del Derecho de la Comunidad en este tema. Al menos, así lo establece claramente el artículo 149.3 CE “in fine” y el artículo 42 EAC.

6. Las aguas subterráneas.

También en este punto se han delimitado dos posiciones opuestas, entre

(39) Sentencia de 27 de julio de 1982 del Tribunal Constitucional.

(40) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Aguas*, Madrid, 1987, p. 1.153.

(41) Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981.

las que figuran otras más matizadas. Para unos⁽⁴²⁾ las aguas subterráneas están sujetas a la misma regulación que las superficiales, entrando ambas en el concepto común de recursos. Ello justificaría que no aparezcan expresamente mencionadas en la Constitución, ni en el artículo 148 ni en el 149. Para otros, ese silencio de la Constitución permite que las Comunidades autónomas asuman la competencia exclusiva sobre las aguas subterráneas, como han hecho, con los límites que toda competencia exclusiva conlleva⁽⁴³⁾.

Es un dato que en los Estatutos vasco, catalán, gallego y andaluz las aguas subterráneas constan explícitamente y separadas de las “aguas que discurren”, que se identifican con las superficiales desde la perspectiva estatutaria. Más aún, en el EG aparecen en apartados diferentes (12 y 14). En esa ubicación estatutaria ha influido la inercia de la división ministerial, ya que tradicionalmente las aguas superficiales han sido competencia del Ministerio de Obras Públicas (Cuerpo de Ingenieros de Caminos) y las subterráneas, así como las minerales y termales, del Ministerio de Industria (Cuerpo de Ingenieros Industriales y de Minas)⁽⁴⁴⁾; ¿significa aquel dato locativo que la competencia sobre las aguas subterráneas sigue un criterio distinto al de las aguas superficiales?

La respuesta puede darse en función de lo que conviene o de lo que realmente dice el ordenamiento jurídico. Desde aquella perspectiva bastaría afirmar que científicamente está demostrada la unidad del ciclo hidráulico⁽⁴⁵⁾ para concluir que todas las aguas, subterráneas y superficiales, siguen el mismo régimen jurídico, o si se reconoce que es “una innegable realidad” que los Estatutos asumen su competencia sobre las aguas subterráneas “bajo un título o concepto diferente” al de las aguas superficiales se remate, sin embargo, afirmando que esa solución “resulta muy desaconsejable desde el punto de vista de una política racional de explotación de los recursos”⁽⁴⁶⁾.

Desde un planteamiento estrictamente jurídico puede mantenerse la equivalencia del régimen jurídico de las aguas superficiales y subterráneas en cuanto a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades

(42) ORTIZ DÍAZ, MARTÍN RETORTILLO.

(43) MARTÍNEZ BLANCO, A. *Repercusión de la Constitución española de 1978 en el régimen de aprovechamiento de las aguas*, RAP, 99 (1982), p. 393. También, en parte, MARTÍN MATEO, R. *op. cit.*, p. 48.

(44) Crítica del sistema tradicional en S. MARTÍN RETORTILLO, “Problemas de organización en materia de aguas públicas”, en *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Madrid, 1966, pp. 293 y ss.

(45) Cfr. LLAMAS Y CUSTODIO, “Informe científico-técnico”, en *El proyecto de ley de aguas*, cit., pp. 15-17.

(46) ARIÑO, *op. cit.*, p. 103.

Autónomas, que es de lo que aquí se trata⁽⁴⁷⁾. Cualquiera que fuera la razón histórica de la ubicación de los preceptos reguladores en los Estatutos, resulta claro que la competencia de la Comunidad Autónoma sobre aguas subterráneas coincide con el criterio de territorialidad en el sentido de que se presume que están localizadas dentro del territorio de una Comunidad Autónoma. Su competencia se fundamenta en que las aguas superficiales no discurren por varias Comunidades Autónomas, es decir, lo hacen íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma⁽⁴⁸⁾.

El Estatuto Gallego proporciona un argumento definitivo. El apartado 14 del artículo 27 contiene una referencia al artículo 149.1,22 CE en uso de aguas subterráneas. La competencia sobre aguas subterráneas, por lo tanto, corresponde a la Comunidad Autónoma⁽⁴⁹⁾.

7. Las soluciones de la Ley de Aguas de 1985.⁽⁵⁰⁾

La Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 deja establecido desde su artículo 1º cuál es la opción, de entre las varias posibles, para enfrentarse con el problema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de aguas:

“Es objeto de esta Ley, la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución”.

El fulcro en que apoya la palanca el Estado para delimitar sus competencias y de rechazo la de las Comunidades autónomas es la declaración de dominio público estatal de todas las aguas, rompiendo con la tradicional distinción entre aguas públicas y privadas de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil, englobando en aquél también las aguas “subterráneas renovables”. La explicación se contiene en el apartado 2 del mismo artículo 1:

“Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas re-

(47) Es el criterio de MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, p. 563.

(48) *Ibidem*.

(49) Como señala MENÉNDEZ REXACH con razón, el mismo criterio debería aplicarse a las aguas superficiales “estancadas” o “muertas”.

(50) Sobre el debate parlamentario, cfr. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, pp. 576 y ss. También, GONZÁLEZ BERENGUER, J.L. *Comentarios a la Ley de Aguas*, Madrid, 1985. Sobre el proyecto, además de ARIÑO, *op. cit.*, cfr. LÓPEZ RODÓ, L. *El proyecto de Ley de Aguas*, “Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas”, 62 (1985), pp. 169 y ss.

novables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio hidráulico”.

Que se desarrolla en el artículo 2 y siguientes⁽⁵¹⁾. Las aguas subterráneas, en tanto que son renovables, están integradas en el ciclo hidrográfico y, por esa circunstancia, forman parte de “recurso unitario”.

La declaración de dominio público estatal se realiza, por tanto, respecto de todas las aguas superficiales o subterráneas que integren el ciclo hidrológico, independientemente de que discurran o no por más de una Comunidad autónoma o estén localizadas íntegramente en el territorio de una de éstas. Esa declaración lleva consigo que esas aguas no son de dominio público autonómico —ni local—, circunstancia que no está impedida constitucionalmente⁽⁵²⁾, ha sido utilizada en el Derecho positivo español⁽⁵³⁾, lo es en el Derecho comparado⁽⁵⁴⁾ y en otras pertenencias del dominio público, por ejemplo, carreteras, en España.

Tal declaración supone la atribución al Estado de una serie de competencias que se recogen a lo largo de la Ley y que, en una enumeración confesadamente no exhaustiva, se realiza en el artículo 15⁽⁵⁵⁾, recogiendo las de las Comunidades autónomas en el artículo 16⁽⁵⁶⁾.

(51) Por Real Decreto 849/1986 de 11 de abril se aprobó el Reglamento del dominio público hidráulico. Por la unificación del régimen jurídico de las aguas se habían pronunciado, por ejemplo, MARTÍN RETORTILLO, S. *Aguas públicas...* pp. 192-3 y SÁNCHEZ BLANCO, A. *La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, 1979, pp. 132 y ss.

(52) En ese sentido, GUAITA, A. *Derecho administrativo, Aguas, Montes, Minas*, Madrid, 1982, p. 27.

(53) Art. 17 del Estatuto Catalán de 1932.

(54) Caso italiano de regiones de estatuto especial, cfr. V. PERRUCCI, *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*, Bolonia, ed. 1985, pp. 12 y ss.

(55) Interesan también los artículos 19 y ss. sobre organismos de cuenca. El art. 15 dispone: “En relación con el dominio público hidráulico y en el marco de las competencias que le son atribuidas por la Constitución, el Estado ejercerá, especialmente, las funciones siguientes:

a) La planificación hidrológica y la realización de los planes estatales de infraestructura hidráulica o cualquier otro estatal que forme parte de aquélla.

b) La adopción de las medidas precisas para el cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas.

c) El otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad autónoma.

d) El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad autónoma. La tramitación de las mismas podrá, no obstante, ser encomendada a las Comunidades autónomas”.

(56) El apartado 1 dispone:

“La Comunidad autónoma que en virtud de su Estatuto de autonomía ejerza com-

En los diferentes apartados del artículo 15, salvo la planificación, se auto-limitan las competencias estatales a los supuestos de interés estatal (por lo que se refiere a obras hidráulicas, acuerdos internacionales) o a “cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad autónoma”, de acuerdo con la interpretación anteriormente expuesta. En el caso de la planificación, el artículo 1,3 prescinde de cualquier referencia territorial para declarar qué corresponde, en todo caso, al Estado. El precepto es de delicada interpretación, porque, de un lado, habla de la planificación en los términos que establece esta Ley; pero, de otro, afirma que a la planificación hidrológica “deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidrológico”.

Una consecuencia precipitada, a la vista de la Ley de 2 de agosto de 1985, sentado que por la vía de la planificación se quiere recuperar, reintegrándola al Estado, la unidad del sistema hidráulico nacional, que el agua es “un recurso nacional” y que estamos ante “dominio público nacional”, es que “al Estado, único soberano, le corresponde en todo caso aprobar la legislación, ordenación y planificación básica de su aprovechamiento y explotación⁽⁵⁷⁾. Para llegar a esta conclusión podrían haberse ahorrado todos los esfuerzos de interpretación sobre recursos y aprovechamientos en el artículo 149,1,22 de la Constitución.

Será más aconsejable la vía más paciente —y más segura— de examinar los términos que se establecen en la Ley para la planificación y el alcance de la vinculación de esa planificación, como sugiere la propia ley (art. 1,3).

La planificación, según el artículo 38,2 “se realizará mediante los planes hidrológicos de cuenca y el Plan Hidrológico Nacional”. Aquéllos pueden ser competencia de las Comunidades autónomas (art. 38,6 que se refiere al art. 16), cuando las cuencas hidrográficas estén comprendidas íntegramente dentro de su territorio (art. 16,1), sólo que “son aprobados si se ajustan a las prescripciones de los artículos 38,1 y 40 y se acomodan a las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional” (art. 38,6).

... petencia sobre el dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio, ajustará el régimen jurídico de su administración hidráulica a las siguientes bases:

- a) Aplicación de los principios establecidos en el art. 13 de esta Ley.
- b) La representación de los usuarios en los órganos colegiados de la Administración hidráulica no será inferior al tercio de los miembros que lo integren.
- c) Un delegado del Gobierno en dicha Administración asegurará la comunicación con los organismos de la Administración del Estado, a efectos de la elaboración del plan hidrológico de la cuenca, del cumplimiento de la legislación hidráulica estatal y de las previsiones de la planificación hidrológica”.

(57) ARIÑO, *op. cit.*, p. 98.

De otra parte, los organismos de cuenca que tienen por misión elaborar el plan de cuenca, se constituyen “en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad autónoma” (art. 19,1) y en ese sentido les corresponde “la administración y control de los aprovechamientos de interés general o que afecten a más de una Comunidad autónoma” (art. 21,c).

En principio, pues, parece que puede mantenerse la competencia de las Comunidades autónomas tal como se interpretó el artículo 149,1,22 de la Constitución. El término “aprobación” quizá no sea del todo correcto; en todo caso, es perfectamente asumible que la planificación de la Comunidad autónoma de cuencas intracomunitarias esté limitado por la existencia del Plan Nacional. El ordenamiento comunitario se articula con el del Estado; o, de otro modo, el Estatuto forma parte del ordenamiento jurídico estatal. La técnica de la articulación de los ordenamientos y no la de la jerarquía sirve para explicar la relación entre Comunidades autónomas y Estado⁽⁵⁸⁾. La denominada “aprobación” es, en realidad, una actuación de comprobación de que el plan comunitario se adecua a las determinaciones de la Ley y del Plan Nacional.

Entendemos que la competencia sigue siendo exclusiva de la Comunidad autónoma en ese caso y que la planificación constituye un límite de la misma sin que por esa vía planificadora se haya operado una sustitución en la titularidad de la competencia y sin que se haya transformado en competencia compartida, de desarrollo de bases estatales⁽⁵⁹⁾. Por esa razón, consideramos equívoco e inapropiado, si se toma en su sentido técnico preciso, el término bases que figura en el artículo 16 de la Ley 29/1985 al referirse a las competencias de la Comunidad autónoma. Esas “bases” constituyen otros tantos límites de la competencia autonómica, que tienen su fundamento en obvios títulos del Estado, y que definen el contenido de aquélla⁽⁶⁰⁾.

No hay por qué desnaturalizar el sistema de competencias de nuestro Estado compuesto para preservar “la unidad de nuestro sistema hidráulico”⁽⁶¹⁾, volviendo inconscientemente a un Estado unitario. La unidad puede —y debe— conseguirse de un modo articulado que es algo distinto de la ejecución descentralizada, sobre lo que se volverá más adelante.

(58) Vid. *supra*.

(59) Ésa parece ser la opinión de ARIÑO, *op. cit.*, p. 99, que habla de “planificación básica”.

(60) Vid. *supra* al tratar de las competencias exclusivas de las Comunidades autónomas en general.

(61) Cfr. ARIÑO, *op. cit.*, p. 100.

8. Dominio público y atribución de competencias.

La declaración de las aguas como “bienes de dominio público estatal” puede apoyarse, en principio, en el artículo 132,2 de la Constitución. También podría encontrar fundamento en el artículo 128,2 (“mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales”). En ese sentido no suele discutirse la constitucionalidad de la medida, ni siquiera por quienes sostienen que ello supone una nacionalización configurable como privación de la propiedad sin indemnización para el supuesto de las ya apropiadas⁽⁶²⁾.

Conviene, sin embargo, subrayar que una declaración de ese tipo no es indispensable, como se recordó anteriormente. Por Ley podría declararse dominio público estatal un contenido diferente. De otra parte, reservar al sector público no implica tampoco necesariamente incluir el recurso reservado en la esfera estatal⁽⁶³⁾. Sector público se opone a sector privado, de acuerdo con la coexistencia de planificación y economía de mercado (art. 38 de la Constitución) y pueden existir —y de hecho existen— un sector público estatal, autonómico y local. El artículo 128 no impide la posibilidad de que esa reserva se hiciese para el sector público autonómico. Porque, ni en aquél ni en éste, la declaración de dominio público ni la reserva de recursos puede hacerse violentando la Constitución; o dicho positivamente, tales declaraciones pueden hacerse siempre que estén de acuerdo con el marco constitucional.

Pero, ¿hasta qué punto la declaración de dominio público estatal en relación con las aguas es incompatible o altera el sistema de distribución de competencias? La cuestión puede ser de especial trascendencia, aunque a estas alturas no debiera ofrecer problemas. De todos modos, no deja de ser sintomático lo que contiene la disposición adicional tercera de la Ley 29/1985 en relación con Canarias. Según ella, subsistirá la legislación que se aplica en ese territorio a la entrada en vigor de la Ley, en tanto la citada Comunidad autónoma no dicte su propia legislación. A partir de entonces serán de aplicación los artículos de la Ley 29/1985 “que definen el dominio público estatal y aquellos que supongan modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el Código Civil”; ¿qué influencia puede tener ello en las competencias de la Comunidad autónoma?

(62) Así, ARIÑO, *op. cit.*, pp. 117-118. Claramente a favor GALLEGU ANABITARTE, A. (*op. cit.*, pp. 407 y ss., con examen de Derecho comparado) y GONZÁLEZ BERENGUER, *op. cit.*, pp. 20-23.

(63) Inconscientemente, quizá, es lo que hace GALLEGU ANABITARTE, A. *op. cit.*, p. 363 (“reservar un bien al sector público, es decir, al Estado”). Antes de la Constitución, MARTÍN RETORTILLO, S. (*Aguas públicas...* p. 194) opinaba que la nacionalización del agua era “la única forma que, de modo absoluto, otorgaría al Estado título suficiente y bastante para intervenir de modo eficaz en su explotación”.

De entrada es preciso llamar la atención acerca de la pluralidad de significados jurídicos de la expresión “dominio público”. La observación habría sido formulada en la doctrina por el profesor Guaita⁽⁶⁴⁾ y recientemente y de modo contundente ha sido expuesta por el profesor Gallego Anabitarte⁽⁶⁵⁾, con exhaustiva investigación histórico-jurídica. Ciertamente puede admitirse que el dominio público es “un género que abarca diversas especies” y que no puede identificarse con “propiedad del Estado”, configurado como relación de propiedad, pública, more privato. El profesor Villar Palasí⁽⁶⁶⁾ pioneramente abrió brecha en ese planteamiento predominante en la doctrina⁽⁶⁷⁾ y en la jurisprudencia⁽⁶⁸⁾ como consecuencia de la perspectiva del Código Civil⁽⁶⁹⁾. El “dominio público” será, pues, originariamente un título que legitima la intervención del Estado. “El título se crea a través de la publicatio de los bienes... por la creación de una regalía”⁽⁷⁰⁾.

No interesa ahora seguir la evolución del concepto y sus mutaciones⁽⁷¹⁾. Basta con recordar que el dominio público constituye un título de intervención, que justifica un haz de potestades; aunque no excluye que sea también en ocasiones una peculiar forma de propiedad. La distinción es fundamental para el supuesto de las aguas continentales y subterráneas, concebibles como res comunes y res nullius y explica el por qué de notas jurídicas de bienes pertenecientes a la categoría del dominio como inalienables⁽⁷²⁾.

¿En qué sentido habrá que acoger la declaración de “dominio público hidráulico del Estado” que se formula en la Ley 29/1985? Si el dominio público puede concebirse como un título jurídico para regular determinados bienes parece que ello equivale a reconocer a su titular competencia sobre ellos, como “materia” constitucional del artículo 149,1 de la CE. Desde luego, puede afir-

(64) *Op. cit.*, pp. 24 y 25.

(65) *Op. cit.*, pp. 362 y ss. entre otros pasajes.

(66) Cfr. *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pp. 137 y ss.; *Apuntes de Derecho administrativo. El dominio público*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, curso 1966-67, cap. I.

(67) Cfr. GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho administrativo*, II, 7ª ed. Madrid, 1985, p. 500 y ss. (El Estado, “simultáneamente titular de dominio público y de propiedades privadas”; “el régimen excepcional de la demanialidad sólo está justificado en aquellos casos en que el Estado, dada la naturaleza de los bienes afectos al uso o al servicio público, no está en circunstancias de ejercer normalmente su papel de propietario (p. 507)”). Sobre la influencia francesa, vid. GALLEGO ANABITARTE, A. *op. cit.*, p. 53.

(68) STS. 28 de octubre de 1981 (Az. 4.703); 3 de diciembre de 1982 (Az. 7.774).

(69) En sentido crítico, también L. PAREJO, *Dominio público; un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, RAP, 100-102, vol. III (1983), pp. 2.379 y ss.

(70) Cfr. VILLAR PALASÍ, *La intervención...* p. 137.

(71) Cfr. VILLAR PALASÍ, *ibidem*. y GALLEGO ANABITARTE, A. pp. 325-367.

(72) Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A. *op. cit.*, p. 418.

marse como válida la afirmación opuesta: “la atribución de competencias no significa, necesariamente, atribución de titularidad sobre los bienes objeto de tales competencias”⁽⁷³⁾. Pero la declaración de titularidad de dominio público ha de realizarse respetando el orden de las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas.

Ello puede conseguirse, en nuestra opinión, de una de estas dos formas: o bien considerando el dominio público hidráulico como título jurídico respetando las competencias de las Comunidades autónomas, tal como se ha afirmado anteriormente, sin que como tal título suministre un plus competencial a la situación anterior a la Ley 29/1985, o se concibe aquél como propiedad estatal.

De acuerdo con esta última concepción no existirá incompatibilidad teórica entre la titularidad estatal de los bienes y la competencia de la Comunidad autónoma sobre los mismos, de acuerdo con la doctrina elaborada a lo largo de la pugna entre dominio nacional y jurisdicción municipal en materia de montes o de dominio marítimo⁽⁷⁴⁾. La declaración tendría su base en el artículo 132,2 de la Constitución.

El dominio público como título jurídico para la regulación de las aguas puede fundarse en el artículo 128,2 de la Constitución, pero el alcance de la reserva al sector público estatal, no exigido necesariamente por el precepto en este último ámbito⁽⁷⁵⁾, no puede modificar el sistema constitucional de competencias y, por tanto, las competencias que pueden ser asumidas como exclusivas por las Comunidades autónomas.

Es cierto que con la primera concepción es “muy fácil justificar la constitucionalidad del artículo 1,2 de la nueva Ley de Aguas”⁽⁷⁶⁾, pero sucede entonces que puede dar lugar a auténticas nacionalizaciones, en el sentido riguroso del término⁽⁷⁷⁾ y, por ello, generar derecho a las correspondientes indemnizaciones⁽⁷⁸⁾.

(73) Cfr. las agudas observaciones de GALLEGO ANABITARTE, A. *op. cit.*, p. 418.

(74) Cfr. SALA AQUER, J.M. *Comunidades autónomas y dominio público*, en “Organización territorial del Estado”, IEF, Madrid, 1984, p. 2.811.

(75) Cfr. ROYO VILLANOVA, S. *Los términos municipales y su alteración*, Madrid, 1947; MEILÁN GIL, J.L. *Competencias administrativas en la actividad portuaria*, cit., la diferencia entre jurisdicción y potestad dominical se recoge ya en el Real Decreto de 5 de agosto de 1981. Cfr. en Italia, CASANOVA, M. *Demanio marítimo e poterlocali*, Milán, 1986, pp. 107-119.

(76) En sentido contrario, MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, pp. 580-1.

(77) MENÉNDEZ REXACH, *ibidem*.

(78) Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A., *op. cit.*, pp. 398-405.

Como resulta paladino que, al menos, algunas de las aguas incluidas en el citado dominio hidráulico del Estado como las aguas subterráneas, no son propiedad del Estado, ya que lo contrario no es conforme ni con su destino ni con su funcionalidad, no parece que quepa más opción que la de concebir ese dominio hidráulico como título estatal de regulación de las aguas que respetará las posibles competencias exclusivas de las Comunidades autónomas, operando respecto de ellas como un límite.

El título estatal deriva de la existencia del ciclo hidrológico que permite concebir las diferentes aguas como recurso unitario, y sólo, en tanto en cuanto esto suceda realmente⁽⁷⁹⁾.

La declaración de dominio público, con base en el artículo 128 de la CE, e incluso con base en el 132 de la misma, que constitucionaliza la concepción de la Ley de Patrimonio del Estado (dominio público por determinación de la Ley) encuentra su límite, a su vez, en el propio marco constitucional, del que forma parte, como se ha reiterado, el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. La absoluta libertad de la Ley valía para el Estado unitario vigente cuando se promulgó la citada Ley de Patrimonio del Estado; no para el Estado compuesto de la Constitución de 1978. Porque, no siendo sector público necesariamente estatal, e implicando el dominio un título de intervención, puede afirmarse con fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional, como se ha hecho, “la accesoriedad de los bienes dominiales respecto de las competencias o facultades públicas”⁽⁸⁰⁾.

La declaración de dominio público estatal tendría que ser incompatible con la de dominio público autonómico⁽⁸¹⁾. La unidad del sistema es compatible con la pluralidad de titularidades, como sucede con carreteras y podrá ocurrir realmente con el escalonamiento de planes urbanísticos. Se trataría de conseguir la unidad articuladamente y no monolíticamente, como sucede con el ordenamiento jurídico de un Estado compuesto.

9. Dominio público y aguas subterráneas.

La declaración de dominio público hidrológico del Estado ofrece en la propia Ley 29/1985 una flexibilidad significativa por lo que se refiere a las aguas

(79) Tesis de autores como G. ARIÑO, *op. cit.*, pp. 124-25; LÓPEZ RODÓ, L. *op. cit.*

(80) Por ello resulta discutible predicar esa unidad de Canarias por su insularidad y por la conformación de sus aguas subterráneas.

(81) Cfr. PAREJO, L. *op. cit.*, p. 2.422.

subterráneas, que es el punto sobre el que se han centrado en buena medida las críticas de los contradictores de la Ley⁽⁸²⁾. La disposición transitoria segunda ofrece al titular de aprovechamientos de aguas privadas procedentes de manantiales la alternativa de su inscripción en el Registro de Aguas para su aprovechamiento temporal como tales durante cincuenta años o mantener “su titularidad en la misma forma que hasta ahora”, aunque “no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas”. En esa disposición se fundan los defensores de la tesis no nacionalizadora, con sus consecuencias no indemnizatorias⁽⁸³⁾.

La declaración de dominio público, sin matiz nacionalizador, se deduciría del artículo 12 en relación con el artículo 52,2. El dominio público es un título de intervención, algo más que convertir a la propiedad privada de las aguas subterráneas en propiedad vinculada⁽⁸⁴⁾, si no se precisa bien el alcance de la expresión, en la que no caben del mismo modo montes o propiedad urbanística, por ejemplo.

Su concepción de la Ley resulta coherente con la calificación de las aguas subterráneas como res nullius. Una vez alumbradas son susceptibles de apropiación privada. Las que lo hubiesen sido antes de la vigencia de la Ley pueden seguir siendo privadas y pueden cambiar su naturaleza a voluntad de su propietario, que la seguirá poseyendo a título de concesionario. Precisamente por su carácter de res nullius las aguas subterráneas no alumbradas a la entrada en vigor de la Ley caerían dentro del dominio público hidrológico y este título proporcionaría al Estado las potestades administrativas que se manifiestan en la necesidad de autorización administrativa previa para su uso privativo exentos de ella cuando hayan sido declarados “como sobreexplotados o en riesgo de estarlo” (art. 52,2).

Ahora bien, esa inclusión global de las aguas subterráneas en el dominio público hidrológico del Estado resulta muy cuestionable desde el punto de vista constitucional si, como se ha admitido anteriormente, el dominio público es concebido como un título jurídico de regulación de la materia. La competencia del Estado sobre las aguas —superficiales y subterráneas—, como se sostuvo anteriormente, descansa en el dato físico de que discurran por más de una Comunidad autónoma, incluso referida la expresión a las cuencas intercomunitarias.

(82) “El Estado, como conjunto de las instituciones centrales, pierde facultades que las Comunidades autónomas ganan” (S. TC. 58/1982 de 27 de julio).

(83) Por todos, G. ARIÑO, *op. cit.*, Para Galicia, ALONSO ZATO, J.L., *Las aguas en Galicia: ¿Públicas o Privadas? ¿Qué hacer ante la nacionalización?*, en “La Ley”, 8 de noviembre de 1985.

(84) Así, GALLEGO ANABITARTE, A. *op. cit.*, y GONZÁLEZ BERENGUER, J.L. *op. cit.*

Resulta, de entrada, difícil de admitir que todas las aguas subterráneas discurren de la misma manera que las superficiales. El dato técnico de la unidad del ciclo hidráulico no debe confundir. Unas y otras —y las del mar, las atmosféricas, la nieve, las residuales, las de desalinización— son “fases de un mismo ciclo” y “todas ellas en cierto modo constituyen un recurso unitario, pero no por eso han de recibir similar tratamiento y consideración, ni la forma de gestión y utilización ha de basarse en criterios uniformes”, se ha dicho autorizadamente desde la vertiente técnico-científica⁽⁸⁵⁾. Y, en concreto, esta última afirmación se aplica a las superficiales y subterráneas.

Por tanto, salvo que circunstancias físicas lo confirmen, no pueden lícitamente extenderse las competencias estatales sobre las aguas, basado en el carácter intercomunitario de las cuencas a aquellas aguas subterráneas que no discurren⁽⁸⁶⁾ o cuya conexión con las superficiales no sea clara y determinante del comportamiento de éstas, tratándose siempre de cuencas intercomunitarias.

La propia Ley 29/1985 proporciona algún argumento al atribuir a los organismos de cuenca las facultades de intervención (arts. 53, 54 y 52,2) y éstos se constituyen “en las cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad autónoma” (art. 19). De acuerdo con ello, en Andalucía, en Cataluña y en Canarias —y eventualmente en Baleares— “las competencias sobre las aguas —superficiales y subterráneas— pueden corresponder a la Comunidad autónoma”⁽⁸⁷⁾.

Y en general, sólo desde aquel planteamiento físico puede, a nuestro juicio, entenderse correcta constitucionalmente la fuerza atractiva de la cuenca intercomunitaria, como ámbito de competencias estatales, sobre las aguas subterráneas.

Por ello, entendemos que no es correcto lo afirmado en la disposición adicional tercera acerca de la aplicación del dominio público hidráulico estatal a Canarias, cuando esta Comunidad apruebe su legislación específica sobre aguas.

El carácter de *res nullius* de las aguas subterráneas no impide teóricamente su configuración como dominio público autonómico. Y tampoco aquella

(85) Cfr. LLAMAS, M.R. *Informe científico-técnico*, en “El proyecto de ley de aguas”, cit., p. 15.

(86) El art. 15 del Reglamento del Dominio público hidráulico (R.D. 849/1986) define los acuíferos subterráneos como “aquellas formaciones geológicas que contienen agua, o la ha contenido y por las cuales el agua puede fluir”. Cfr. A. NIETO, *Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico*, RAP, 56 (1968), pp. 60 y ss. La perspectiva es la de la relación de las aguas subterráneas con el fondo, como fundamento del título jurídico de propiedad.

(87) En los dos primeros casos sólo de las cuencas intracomunitarias.

calificación es la única vía posible para regular adecuadamente el recurso, teniendo en cuenta los intereses de la colectividad. Y, en todo caso, las posibles disfuncionalidades que pudieran plantearse desde la perspectiva de las aguas como sistema integrado tienen solución jurídica en la fórmula de las leyes de armonización. De todas formas, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional ha zanjado el tema.