



Semana temática: Agua, Recurso único: aguas compartidas, gobemanza, geopolítica del Agua y Cuencas.

Eje temático: Gobernanza y Gobernabilidad.

Título de la ponencia: *Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.*

Autor: Embid Irujo, Antonio

Catedrático de Derecho Administrativo (Universidad de Zaragoza, España), c/ Pedro Cerbuna 12, 50001 ZARAGOZA (ESPAÑA). Correo electrónico: aembid@unizar.es; tfno. + 34. 976.76.14.33

Resumen: En los regímenes descentralizados políticamente la problemática de la gestión del agua presenta unos signos característicos en relación a aquellos Estados unitarios. Conforme mayor es el grado de descentralización política, más fuertes suelen ser las competencias de las partes del Estado descentralizado sobre el agua. Cuando se superpone a la división política la división natural de las cuencas hidrográficas, se plantean algunos retos de gestión difíciles de superar, pues en muchas ocasiones las cuencas superan en extensión al territorio de los Estados (Provincias, Regiones), no siendo posible en algunos países la gestión de cuencas comunes más que a través de acuerdos semejantes a los Tratados internacionales. En España se ha alcanzado una solución consistente en atribuir al Estado la gestión de las cuencas que abarcan el territorio de más de una Comunidad Autónoma y a éstas la gestión de las cuencas que se encuentran íntegramente en su territorio. No obstante, se trata de una solución sometida a tensiones y en la que las últimas reformas de algunos Estatutos de Autonomía plantean nuevos retos de gobemación. Cuestión problemática en estos regímenes políticos es siempre la de la transferencia de recursos hídricos (trasvases de agua) lo que lleva consigo conflictos territoriales en algunos casos de importante magnitud.

Palabras clave: Competencias, Comunidades Autónomas, cuenca hidrográfica, Organismos de cuenca, Transferencias de agua entre cuencas hidrográficas.

1. Introducción.

El título de esta ponencia evoca, con otro nombre, la relación esencialmente crítica que siempre se establece entre las cuestiones de agua y territorio. Esa relación crítica une situaciones que se dan en todo tipo de países, tanto en los de estructura política descentralizada como en los de estructura política centralizada y ello por una razón común y relativamente simple de observar: las necesidades hídricas suelen derivar de asentamientos humanos que se fijan en lugares donde no existe el agua suficiente.

Es fácil constatar, así, que el agua dulce (por tanto la susceptible de ser consumida con o sin potabilización previa) existe, sobre todo, en las montañas, con un nivel determinado de altitud que hace difícil la aclimatación del hombre y que determina que allí no vivan grandes cantidades de personas.

Por el contrario el hombre ha tendido a desplazarse a las orillas del mar o, en todo caso, a lugares cálidos. En ambos supuestos suele existir una característica común: la ausencia de agua dulce, al menos en cantidades apropiadas para los que se establecen a vivir en esos lugares. Vivir significa consumir agua y, además, en grandes cantidades, pues la vida no solo es el hecho residencial sino que, igualmente, es parte de la vida todo lo vinculado a los procesos productivos que tienen lugar, sean éstos agrícolas (los cultivos consumidores de grandes cantidades de agua nunca se hacen en las montañas), industriales o de otro tipo. Esto ha sucedido siempre, pero en los tiempos actuales y por razón del desarrollo, se incrementan enormemente los consumos de agua que resultan vinculados al incremento exponencial de los desplazamientos de población motivados, entre otras cosas, por la facilidad de las comunicaciones¹. Las consecuencias de lo que indico son de múltiples direcciones, pero en el ámbito que nos interesan se traducen siempre en la demanda de nuevos recursos una vez que se agotan los locales y ello significa cosas tales como solicitud de trasvases desde otras cuencas hidrográficas, planteamiento de la desalación o de la reutilización de aguas residuales depuradas como formas de allegar los nuevos recursos necesarios, convencionales en el caso de los trasvases o no convencionales en el de la desalación y reutilización.

Esta es una primera forma de contemplar la situación que se ha traducido en estas páginas en una mera descripción que en absoluto es jurídica. Una segunda, ya de contenido jurídico, es la observación de cómo tiene lugar el reparto de competencias para la gestión del agua, tema que es de singular importancia en el caso de los países descentralizados políticamente y en el que se pueden empezar a constatar diferencias con el otro grupo de países. A la cuestión en España dedicaré el siguiente apartado de la ponencia (2) pero en

¹ El fenómeno es general, como digo, pero pueden ponerse ejemplos singulares demostrativos de la realidad de lo que se indica. Piénsese en el caso de Estados Unidos, así, en los grandes desplazamientos hacia Phoenix (Arizona), de personas normalmente con buena calificación técnica y que siguen o acompañan a las empresas de tecnología punta que allí se instalan desde los años 80 del pasado siglo. En pleno desierto, añadiría, lo que explica, entre otras cosas, el trasvase del río Colorado hasta allí, trasvase que no ha sido, precisamente, un éxito desde ningún punto de vista (social, económico y ambiental). Igualmente y en el caso español el desplazamiento hacia las cuencas mediterráneas ha sido muy notable durante la última década, y no solo se refiere a población activa, sino también a personas jubiladas, y no solo españolas, que se establecen permanentemente allí diferenciándose, de esta manera, el fenómeno temporal del turismo masivo que ya tenía lugar desde la década de los años sesenta del pasado siglo.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

este momento introductorio quiero hacer algunas reflexiones generales, válidas para países centralizados y descentralizados políticamente.

Así, es claro que en ambos casos se pueden repartir competencias sobre el territorio, pero en los países centralizados políticamente, éstas, si existe un cierto nivel de desconcentración administrativa, se pueden atribuir a unidades administrativas que forman parte del Estado central y que en modo alguno van a entrar en competición con él. Las contradicciones entre las distintas unidades administrativas que disfrutan competencias, si se dan, se resolverán en el seno del mismo aparato del Estado jugando el principio de jerarquía –básico para la consideración de cualquier Administración pública- como elemento decisivo para la adopción de decisiones.

En el caso de los países basados en estructuras de descentralización política, suele existir un gran peso en las competencias sobre el agua en las partes de ese Estado descentralizado, y éstas no son meras unidades administrativas, sino que constituyen auténticos poderes políticos (Estados, Länder, Provincias, Regiones, Comunidades Autónomas) con capacidad de expresar propias convicciones políticas y de entrar en contradicción con otras unidades descentralizadas políticamente y con el propio Estado.

Hasta aquí una mera constatación acerca de la diferente situación –obvia- en uno u otro tipo de países. Pero es lo cierto que existe un concepto con un determinado contenido que puede volver a unir las situaciones de los Estados centralizados y descentralizados políticamente: el de la cuenca hidrográfica. La cuenca hidrográfica como necesaria unidad de gestión del agua tal y como afirman variadas legislaciones, múltiples documentos internacionales y prácticamente todos los teóricos que escriben sobre estas cuestiones. La cuenca hidrográfica, como superficie territorial basada en criterios naturales, geográficos, no como las unidades administrativas o políticas que siempre son entidades “artificiales” (por mucha antigüedad que tengan), planteándose, como consecuencia lógica, que hay que buscar una coincidencia entre las divisiones políticas y las geográficas lo que implica, necesariamente, que la unidad política concreta tiene que englobar en su territorio a la unidad natural cuenca hidrográfica y, si así sucede, es la unidad política la responsable de la gestión de la unidad geográfica que existe en su interior, de la cuenca hidrográfica.

Visto todo lo cual parece imprescindible partir de un concepto de cuenca hidrográfica para saber con más exactitud lo que se quiere transmitir con todas las palabras anteriores. Reproduzco el que contiene la legislación española, a estos efectos constituida por el art. 16 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

“A los efectos de esta ley, se entiende por cuenca hidrográfica la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta. La cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso se considera indivisible”².

² La virtualidad de esta definición es que procede del art. 2 de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

No es éste el único concepto posible de cuenca hidrográfica aunque, en mi opinión, sí el más correspondiente con las características “naturales” de división hidrográfica a la que me refiero y en el que destaca la desembocadura en el mar de la o las distintas corrientes de agua que forman la cuenca. La observación de las realidades de otros países permite constatar que la cuenca así definida, como unidad de gestión es una rara avis y que, al contrario, es dable encontrar también la utilización de otros conceptos -que para el anterior ejemplo serían, simplemente, subcuencas- que son, más bien, las que pueden tomarse como referencia de gestión. En realidad son las concretas características de cada país las que suelen determinar esas definiciones³.

En otras ocasiones, es el mismo tamaño de las cuencas (cuando éste es enorme) el que les hace de muy difícil gestión unitaria en cuanto que abarcan varios o muchos países y es difícil articular organizaciones –necesariamente internacionales- capaces de realizar una gestión integral de las aguas de toda la cuenca, bien que el derecho internacional fluvial esté avanzando poderosamente en esta dirección⁴.

En algunos países federales, los poderes de los Estados federados sobre el agua son tantos, que en cuanto existan ríos o cuencas que sobrepasen los límites de los Estados o de las unidades políticas autónomas reciban el nombre que reciban, solo el pacto entre esas unidades políticas permitirá un “reparto” de los caudales y una gestión compartida de aguas que, es evidente, trascienden del puro interés territorial local. Es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos y de la República Argentina cuyos Estados y Provincias, respectivamente, tienen constitucionalmente aseguradas la mayor parte de las competencias sobre aguas y que, por tanto, tienen que recurrir a la suscripción de acuerdos entre Estados (EEUU, donde se denominan “compact”) y Provincias (Argentina) para la gestión de los ríos supraestatales o interjurisdiccionales. En el primer supuesto, el pacto más conocido, y también polémico, es el “compact” del río Colorado de 1921 que se traduce en un mero reparto de caudales entre siete Estados, lo que podría ser aceptable en 1921 pero en la actualidad la ausencia en el mismo de referencias a calidad o formas de gestión causa múltiples problemas (GETCHES). También en Argentina existen varios tratados entre Provincias de esta índole asistiéndose en los últimos años a un intento por parte del poder central de recuperar competencias sobre aguas determinando legislativamente (con la base de los llamados “presupuestos mínimos” que son semejantes a la legislación básica española) las competencias de las Provincias, lo que una buena parte de la doctrina (MATHUS) considera inconstitucional estando pendiente una sentencia sobre el particular que resuelva el problema.

³ Imagínense países sin salida al mar o cortados por cadenas montañosas de las que parten cursos de agua que pronto se integran en otros países. Es evidente que en estos casos la definición española (y europea) no aporta ninguna utilidad a ese concreto país porque la desembocadura en el mar o no existe o tiene lugar allende las propias fronteras; eso a no ser que existan Tratados internacionales que algo determinen en relación a gestión conjunta con otros países de lo que no serían, desde el punto de vista del derecho interno, sino subcuencas.

⁴ Pensar en gestión integral de la cuenca del Amazonas (con 6.144.727 km²) o de la del río Congo (3.730.474 km²) o de la del río Nilo (3.254.555 km²) no deja de ser un planteamiento utópico bien que en todos los casos indicados y en función de la potencialidad que muchas declaraciones y conferencias internacionales han dado al concepto de cuenca hidrográfica, haya habido notables avances en los últimos años en el camino de la consecución de elementos de coordinación, al menos.

2. El reparto competencial en España sobre agua y obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La situación derivada de las reformas estatutarias de 2005-2008.

Paso ya a la cuestión del reparto competencial sobre agua y obras hidráulicas en España que se ha anunciado en el anterior apartado y que, en realidad, debe constituirse en elemento central de esta ponencia. Y ello para advertir que estamos ante una cuestión esencialmente discutida y debatida, tanto en el origen mismo de nuestro actual sistema jurídico, la Constitución española de 1978, como ahora. Precisamente en la actualidad se vive un proceso de reforma estatutaria que ha dado sus frutos con la reforma de los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana, de Cataluña, de Andalucía, de les Illes Balears, de Aragón y de Castilla-León⁵ y allí el tema agua y el reparto competencial entre el Estado y las CCAA, ha sido muy debatido hasta el punto de que el TC ya ha debido dictar una primera –e importante– Sentencia, la 247/2007, de 12 de diciembre, en los varios recursos de inconstitucionalidad formulados y que tienen como objeto de recurso único o importante, determinadas decisiones de los EEAA sobre el agua⁶.

Voy a analizar sucesivamente las competencias sobre aguas (A), sobre obras hidráulicas (B) y la cuestión de la cesión de la parte andaluza del Guadalquivir y de la castellano-leonesa del Duero a las Comunidades Autónomas de Andalucía y de Castilla-León respectivamente (C).

A) Las competencias sobre aguas.

La situación polémica se generó ya con la misma promulgación de la Constitución española de 1978 y continuó con la promulgación posterior de los EEAA, proceso que duró de 1979-1983. En aquellos años el origen formal de la discusión fue la indefinida frase del art. 149.1.22 CE utilizada para describir las competencias en materia de aguas del Estado que operaban sobre “las aguas (que) discurren por más de una Comunidad Autónoma” lo que equivalía a dejar un “hueco” para las competencias de las Comunidades Autónomas en relación a las aguas que discurrieran únicamente por su territorio si, obviamente, estas CCAA podían, además, optar a tales competencias en función del procedimiento de elaboración de su Estatuto de Autonomía (Comunidades Autónomas de autonomía inicial

⁵ El proceso se ha desarrollado entre los años 2005 (reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana) y 2007 (Estatuto de la Comunidad de Castilla-León, último de los reformados), todo dentro de la legislatura 2004-2008. Exactamente se han reformado seis de los diecisiete EEAA existentes siendo de esperar que en la presente legislatura (2008-2012) continúe el proceso pues ya estaban presentados pero no pudieron tramitarse los EEAA de Islas Canarias y Castilla-La Mancha.

⁶ Así, la Sentencia que se ha citado en el texto procede de un recurso formulado por la Comunidad Autónoma de Aragón contra el art. 17.1 del Estatuto de la Comunidad valenciana que pretendía conferir a los ciudadanos de la Comunidad valenciana un derecho a la redistribución de las aguas sobrantes de las cuencas excedentes, pero también se han interpuesto recursos contra el Estatuto de Cataluña (casi todos sus arts., incluyendo las menciones al agua), contra el Estatuto de Aragón en los preceptos relativos al agua y por parte de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y contra los Estatutos de Andalucía y de Castilla-León por parte de la Comunidad Autónoma de Extremadura por las cesiones de la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir que se hace a Andalucía y por la parte castellano-leonesa de la cuenca del Duero que se hace a Castilla-León. La sentencia citada determina que los EEAA no pueden regular derachos subjetivos, por lo que queda descargado de cualquier virtualidad el precepto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana recurrido por Aragón.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

plena o de primer grado como en la época fueron definidas). Pero lo que el precepto constitucional –y los estatutarios que le siguieron– dejaba sin solventar era el entendimiento de la expresión “aguas que discurren” que tanto podía ser equivalente a ríos aislados que desembocaran en el mar, como a afluentes de ríos como a una cuenca hidrográfica en su conjunto.

Y es evidente que la interpretación no era neutral, pues el Estado podría aspirar a tener prácticamente el monopolio de las competencias sobre las aguas en España, si el equivalente de la expresión constitucional del art. 149.1.22 CE era el de la cuenca hidrográfica (mayor superficie referenciada, por lo tanto) mientras que serían las CCAA las que podrían aspirar a tener competencias muy sustantivas sobre aguas si la interpretación jurídica se decantaba por el concepto río o afluente que implicaba mucha menor superficie y, por tanto, probabilidades de que la misma pudiera estar incluida en el territorio de una sola Comunidad Autónoma.

Como es bien sabido, las polémicas sobre la cuestión no finalizaron formalmente hasta la aparición de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que consideró adecuado a la Constitución el criterio de reparto competencial de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, consistente en entender que la constitucional expresión “aguas que discurren” era semejante a la de “cuencas hidrográficas” y concluir, entonces, en que las cuencas hidrográficas (en la definición que de las mismas daba la Ley 29/1985⁷) que se extendieran por el territorio de dos o más CCAA eran las de competencia del Estado y que las incluidas en el territorio de una sola Comunidad Autónoma, eran las susceptibles de ser objeto de la competencia de dicha Comunidad si la misma podía, en virtud del origen de su proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía, acceder legítimamente a dicha competencia⁸. En el caso concreto se daba la paradoja de que una de las CCAA recurrentes ante el TC, la Comunidad de las Islas Baleares (como entonces era denominada) aun insular y, por tanto, con aguas exclusivamente encerradas en sus límites territoriales, no podía ostentar competencias sobre sus cuencas por haber elaborado su Estatuto por el procedimiento marcado en el art. 143 CE y, por tanto, ver limitadas sus competencias al listado del art. 148 CE en el que no se encontraban las aguas⁹.

Esa decisión por la cuenca hidrográfica de la Ley 29/1985, de Aguas, no era, obviamente, la única forma posible de entender el art. 149.1.22 CE pero, en opinión del TC,

⁷ El art. 14 indicaba que “a los efectos de la presente Ley, se entiende por cuenca hidrográfica 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 cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso se considera indivisible”.

⁸ Cfr. arts. 15 y 16 de la Ley de 1985. La limitación “política” de la que se habla en el texto no se superaría hasta la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre (resultado del Pacto Autonómico de febrero de ese mismo año). A partir de ese momento, el requisito para tener competencias en materia de aguas era únicamente el geográfico: el tener espacios territoriales dentro de los límites de la Comunidad Autónoma que respondieran al concepto de cuenca hidrográfica utilizado por la Ley de Aguas de 1985.

⁹ Esta opción de la Ley de Aguas de 1985 era acompañada de una configuración de los Organismos de cuenca (Confederaciones Hidrográficas) como organismos autónomos estatales, sí, pero a los que podían incorporarse las CCAA cuyo territorio se encontrara en el ámbito específico del respectivo Organismo de cuenca (cfr. arts. 20 y ss.). Todas las CCAA hicieron las opciones específicas y se incorporaron a los Organismos de cuenca que les correspondían. Sobre el particular, en general A. FANLO LORAS (1996).

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

la decisión del Legislador de 1985 era congruente con la Constitución desde criterios técnicos, lógicos y de experiencia (fdo. jdo. 15), sin que fuera –insisto en ello- la única forma posible de desarrollar la Constitución.

En fin, se estaría tentado a decir que todo esto es historia, aunque historia que merece la pena recordar porque necesariamente hay que partir de lo sólidamente establecido cuando se tiene que emitir un juicio sobre las novedades normativas contenidas en los nuevos EEAA. En todo caso lo que ahora no debe hacerse es un estudio exhaustivo –otro más- de esa jurisprudencia ni de la doctrina que la precedió o explicó posteriormente, al menos desde la perspectiva del objeto de este trabajo, de finalidad tan concreta en cuanto a las referencias al actual momento normativo.

Lo cierto es que la STC 227/1988, si bien representó una cierta pacificación en buena parte de los temas hidráulicos hasta ese momento debatidos, no acabó completamente con las insatisfacciones que determinadas CCAA manifestaban en relación a cuestiones relativas a la gestión de las aguas. La prueba es que el TC tuvo que intervenir posteriormente¹⁰, siempre en una línea de respeto hacia lo establecido en su Sentencia 227/1988, congruente, es obvio, con el mantenimiento de la vigencia de la legislación (Ley 29/1985 de Aguas) que sirvió de base para su emanación¹¹. En todo caso y al margen de los conflictos formalizados, se siguieron expresando por muy distintos representantes políticos y también en la doctrina opiniones acerca de las contradicciones existentes entre la afirmación en los EEAA de determinadas competencias exclusivas de las CCAA (por ejemplo, sobre agricultura o industria) y la falta de directa intervención de esas mismas CCAA sobre el agua, elemento auxiliar imprescindible para el ejercicio de dichas competencias, sobre todo en el caso de la agricultura. Esta idea, por cierto, puede compartirse plenamente pues no es sino una conclusión lógica de un estado de cosas existente y sobre la que, objetivamente, no puede decirse otra cosa que constatarla.

No hacía falta, por tanto, ser profeta para saber que si se volvía a poner en marcha un procedimiento normativo en el que debiera decidirse algo sobre las competencias de las CCAA sobre el agua, también volverían a aparecer opiniones contrarias a determinadas partes del statu quo y que ello tendría su correspondiente reflejo normativo, al menos en

¹⁰ Recuérdese la legislación de distintas CCAA sobre caudales ecológicos o mínimos que en ocasiones ha llegado al TC con sentencias de éste que, con mayor o menos énfasis, son desautorizatorias de los intentos autonómicos. Cfr. STC 15/1998, de 22 de enero, 110/1998, de 21 de mayo, 166/2000, de 15 de junio y 123/2003, de 19 de junio.

¹¹ Muy representativo de ese tipo de respuesta es el contenido de la STC 161/1996 de 17 de octubre, emitida en un recurso contra una normativa catalana sobre Administración hidráulica. El TC afirmará que “el modo más directo que tiene la Comunidad Autónoma para incidir en los intereses afectados por la administración de las aguas en las cuencas que, como la del Ebro o la del río Garona, se extienden más allá de su territorio, es mediante su participación en los órganos de gobierno de las correspondientes Confederaciones Hidrográficas, en los términos previstos por la legislación estatal...respetando siempre el marco constitucional que incluye como principio esencial el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas...Las actuaciones que pueda llevar a cabo directamente cada una de las Administraciones autonómicas sobre las aguas de las cuencas hidrográficas que discurren por varias Comunidades Autónomas no son más que complemento de las que desarrollan participando en la dirección y gestión de la propia Confederación Hidrográfica y sólo son factibles en la medida en que no interfiera la actuación de ésta ni la perturbe”.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

cuanto al contenido de los proyectos aparecidos y con independencia del resultado final de los procesos de elaboración estatutaria. Si a ello se le suma, además, el resquemor que la agria polémica habida con motivo de la regulación del trasvase del Ebro a las cuencas mediterráneas por la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, y su derogación posterior (por Real Decreto-Ley 2/2004 recurrido en inconstitucionalidad por las CCAA Valenciana y de la Región de Murcia y un grupo político luego elevado a la Ley 11/2005, de 22 de junio también recurrida), ha dejado en las distintas CCAA “partes” de dicho trasvase sea como territorios “cedentes” o “receptores” del recurso, resulta que están proporcionados todavía más elementos para el “fuego” o la catarsis de la elaboración estatutaria. Además y en el caso de alguna Comunidad Autónoma como la de Castilla-La Mancha, el trasvase Tajo-Segura es una realidad presente, no un hipotético futurible como sucedía con la Ley 10/2001, de 5 de julio, y ello es considerado desde esa región como una herida territorial permanente que se pretende curar con ocasión de la elaboración del nuevo Estatuto de Autonomía para, a partir de su promulgación, conseguir progresivamente la futura utilización de las aguas de la cuenca del Tajo solo en el territorio de la propia cuenca. Sobre todo ello volveré en el apartado 4 de este trabajo.

B) Las competencias sobre obras hidráulicas.

Me refiero ahora a las competencias sobre obras hidráulicas. Aquí hay que referirse al concepto de “obras hidráulicas de interés general” que son las de competencia del Estado¹² asumiendo el Estado tradicionalmente tal competencia por medio de la declaración del interés general de una obra¹³ aun cuando hay una especificación legal de lo que se entiende por obras hidráulicas de interés general desde la reforma de la Ley 29/1985, de Aguas, operada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre¹⁴. También y según la CE (art. 149.1.24) las obras públicas –y por tanto igualmente las hidráulicas– que afectan a dos o más CCAA son de competencia del Estado. Desde antiguo se ha dejado bien sentada la independencia del régimen y de las competencias sobre las obras hidráulicas en relación a las competencias y régimen sobre las aguas, pues es perfectamente posible que el Estado ejerza competencias sobre obras hidráulicas dentro del territorio de una cuenca intracomunitaria y, a su vez, que las CCAA ejerciten competencias sobre obras hidráulicas (de interés autonómico, pues) dentro del territorio de una cuenca intercomunitaria. Todo depende, insisto, de que la obra pueda considerarse de interés general del Estado (ahora según los criterios presentes en el art. 46 TRLA) y, por tanto, de la asunción formal, o no, de la competencia sobre la misma por parte del Estado¹⁵.

¹² La CE se refiere, genéricamente, a la competencia del Estado sobre las obras públicas en el art. 149.1.24.

¹³ Cfr. A. EMBID IRUJO (1995). Posteriormente S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER (2000).

¹⁴ Y que da lugar al art. 46 TRLA presidido por un casuismo excesivo.

¹⁵ Dada la evidente relatividad de la distinción competencial sobre obras hidráulicas, en mi trabajo “Las obras hidráulicas” (1995) me pregunté sobre el “criterio” último que serviría para diferenciar o separar las obras del Estado de las de competencia de las CCAA. Y entonces, en ausencia de norma legal definitiva, respondí que el criterio no podía ser otro que el tamaño o importancia de la obra hidráulica que arrastra una

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

Sobre esa realidad sucintamente descrita inciden varios artículos de los EEAA considerados en los que se trata de hacer derivar hacia la Comunidad Autónoma las competencias “ejecutivas” de las obras de interés general eso sí “en los términos establecidos en la legislación estatal”. Eso es lo que afirma el art. 117.2 del EC añadiendo que “en estos mismos términos le corresponde la participación en la planificación y la programación de las obras de interés general”.

En el caso de Andalucía, el art. 50.2 de su Estatuto reconoce a la Comunidad Autónoma la competencia ejecutiva sobre ejecución y explotación de obras de titularidad estatal previo convenio. En la misma línea se mueve el art. 72.3 del EAr. que manifiesta que le corresponde a la Comunidad Autónoma “la ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal, si se establece mediante convenio...”.

Pues bien, todos los preceptos nombrados son perfectamente adecuados a la Constitución en cuanto que no atribuyen directamente competencias a las CCAA referidas sobre las obras hidráulicas de competencia del Estado sino en el marco de convenios (Andalucía y Aragón) o en los términos establecidos en la legislación estatal (Cataluña). Esta remisión a la legislación estatal representa también, entre otras cosas, una forma de nombrar a los convenios dada la previsión genérica de éstos en el art. 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y al margen de las menciones específicas que puedan existir en la normativa hídrica específica. Desde luego son múltiples los convenios que sobre el particular han tenido lugar entre Estado y CCAA¹⁶ y lo mismo, creo, sucederá en el futuro.

En todo caso, que un Estatuto de Autonomía pueda atribuir competencias de gestión sobre obras de interés general del Estado no sería, en ningún supuesto, novedad del presente proceso de reforma estatutaria. Puede recordarse, así, como el art. 11.8 del EC de 1980 (entre otros EEAA) atribuía a la Generalitat competencia ejecutiva sobre “puertos y aeropuertos con calificación de interés general, cuando el Estado no se reserve su gestión directa”. Los EEAA reformados, en cuanto que reconocen competencias de gestión sobre obras hidráulicas en el marco de convenios o pactos o con sujeción a lo que indique la legislación estatal, son más tímidos –aunque conduzcan al mismo resultado– que el ejemplo que he puesto del pasado estatutario catalán.

C) La cesión de la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir a Andalucía y de la parte castellano-leonesa de la cuenca del Duero a Castilla-León.

a) Uno de los preceptos más resaltables del EA es su art. 51 que trata de las competencias “exclusivas” de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad

determinada financiación que no podría ser asumida por la Comunidad Autónoma (cfr. pp. 94 y ss y 115 y ss). Esa es la causa de que, hasta el momento, no haya habido problemas especiales en este ámbito y sí un sumo interés por parte de todas las CCAA de conseguir del Estado la declaración por éste de obras de interés general o de, más recientemente, ubicar una obra dentro de las genéricamente establecidas en el art. 46 TRLA, lo que, por cierto, suele afectar siempre a las de coste económico más importante.

¹⁶ Hasta el punto de que llegué a sugerir la existencia de un “tertium genus” de obras hidráulicas al lado de las de interés general y las de interés autonómico: las convenidas entre Estado y CCAA. Sobre el particular EMBID IRUJO (1995), pp 116 y ss

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

Autónoma. Sin duda es el hecho de que muy buena parte de la cuenca del Guadalquivir es andaluza (por extensión territorial, por importancia de los aprovechamientos y por el número de personas afectadas) lo que está en el origen de un texto que, sin embargo, no parece en principio enteramente adecuado a la Constitución, entendiendo por adecuación a la Constitución la interpretación de la frase del art. 149.1.22 (“aguas –que- discurren por más de una Comunidad Autónoma”) según el concepto de cuenca que primero decidió la Ley 29/1985 de 2 de agosto, de Aguas, y que posteriormente el TC en su Sentencia 227/1988, fdo. jdo. 15, consideró adecuada a la Constitución por criterios “lógicos, técnicos y de experiencia” tal y como he referido anteriormente.

El texto andaluz somete a un conjunto de “precauciones” la atribución de competencia “exclusiva” sobre la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir. Así, la competencia es exclusiva, sí, pero siempre y cuando las aguas no afecten a otra Comunidad Autónoma, todo ello 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 de la Constitución”. Las menciones que realiza el artículo son muy importantes y algunas de ellas merecen un comentario específico.

El EA ha querido poner un acento especial en la mención a que las aguas que se cedan no afecten a otra Comunidad Autónoma. Así, se piensa, se respetaría la dicción constitucional (art. 149.1.22) que atribuye al Estado, simplemente, las aguas que “discurren” por el territorio de más de una Comunidad Autónoma¹⁷. El Estado seguiría gestionando las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren por más de una Comunidad Autónoma y que afectan a Comunidades Autónomas distintas de la andaluza, mientras que la Comunidad Autónoma andaluza gestionaría las que aun pertenecientes a una cuenca que se extiende por el territorio de más de una Comunidad Autónoma –en esto no puede haber dudas- no afectan a otras Comunidades de la cuenca. Dicho lo anterior se comprenderá que nos encontremos ante una disquisición casi de corte escolástico en la que, sustancialmente, lo que se pide del lector, primero, es una creencia en que ese tipo de aguas existen y, segundo, que se puede delimitar claramente, en la práctica, esa existencia y, por lo tanto, proceder al correspondiente proceso de traspaso de medios personales y materiales correspondientes a la competencia asumida por el Estatuto, igual que sucede en el resto de las atribuciones estatutarias sobre distintas materias.

Es posible que ello sea así desde un punto de vista técnico, aunque me parece bastante difícil su demostración y, desde luego y sobre todo, bastante difícil de realizar tal demostración en el seno de una Comisión mixta de transferencias que es lo que debería ser consecuencia lógica del criterio del art. 51 del EA. Quizá –y uniendo con otra de las menciones del precepto- solo podría realizarse con el presupuesto previo de una nueva planificación hidrológica que hubiera señalado –porque ése sería uno de sus objetivos

¹⁷ El origen intelectual de este concepto “afectar” a otra Comunidad Autónoma y referido a las aguas podría estar en el art. 149.1.24 CE que en relación a las obras públicas atribuye al Estado la competencia sobre las de interés general y también sobre aquellas “cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma”. El Estatuto de Autonomía de Andalucía habría mezclado, pues, menciones constitucionales relativas a las aguas y a las obras hidráulicas en la búsqueda de un nuevo criterio de reparto competencial adecuado a la Constitución.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

primordiales- cuáles son esas aguas de la cuenca hidrográfica del Guadalquivir que al no afectar a otras Comunidades son susceptibles de cesión a la andaluza sin lesión constitucional, en cuyo caso habría que diferir la efectividad del precepto hasta que se hubiera aprobado tal planificación hidrológica (o sea y si se cumplen las previsiones del TRLA, en un plazo que concluiría el 31 de diciembre de 2009). En cualquier supuesto también me parece que debería resolverse una cuestión temporal evidente: la “no afección”, ¿se refiere a un estado actual de cosas o es proyectable hacia el futuro también? Quiero decir que es perfectamente posible que unas aguas pudieran ser teóricamente cedidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía porque no afectarían en la actualidad a otra Comunidad por razón, por ejemplo, de la ausencia de construcción de infraestructuras hidráulicas que permitieran su derivación hacia otra Comunidad Autónoma¹⁸, pero que ello no fuera descartable, en modo alguno, en el futuro pues no hay que olvidar que nos encontramos ante una sola cuenca hidrográfica con todas las virtualidades que ello tiene. Lo indicado aquí sirve para reiterar lo muy problemático –por no decir imposible- de la existencia de una negociación en el seno de una Comisión Mixta de Transferencias nada más producirse la entrada en vigor del Estatuto y la necesidad de diferir cualquier decisión a la clara demostración de no afección a otra Comunidad Autónoma en el bien entendido, claro está, de que la fórmula pudiera entenderse como constitucional¹⁹.

Y ello porque, finalmente, restaría la última mención del precepto que comento al art. 149.1.22 CE, constituida como la final de las condiciones del ejercicio de esa competencia exclusiva por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Esa frase –en el estado actual de la legislación estatal y de la jurisprudencia del TC- puede significar, aunque no se haya reparado en ello, la negación de las competencias que el comienzo del precepto parece afirmar. No sería posible, así, tener competencias sobre parte de una cuenca hidrográfica con sujeción a lo dispuesto en el art. 149.1.22 de la Constitución, si este mismo precepto constitucional, por la interpretación llevada a cabo por el TC en la Sentencia 227/1988, es, precisamente, quien niega la posibilidad de tales competencias a las Comunidades Autónomas en cuanto que las reserva de manera exclusiva al Estado porque las aguas –las cuencas- son intercomunitarias con independencia de que afecten, o no, a otra Comunidad Autónoma. Todo ello, insisto, en el bien entendido, claro está, de que el TC sólo ha dicho hasta ahora que la interpretación de la Ley de Aguas de 1985 es adecuada a la Constitución, no que no pudieran existir otros desarrollos legislativos que también pudieran ser adecuados.

Resulta de todo ello un precepto ciertamente confuso y en el que se producen contradicciones internas que conducirían a la conclusión final de la negación de las competencias a la Comunidad Autónoma que, paradójicamente, el mismo precepto parece

¹⁸ En esto es claramente advertible cómo un criterio del EA que, como antes he indicado, parece inspirado en la dicción del art. 149.1.24 CE relativa a las competencias sobre obras, puede no ser tan exactamente trasladable a un elemento esencialmente fluyente –las aguas- y cuya utilización en una u otra Comunidad Autónoma puede depender, precisamente, de la realización de obras hidráulicas.

¹⁹ Debiendo tenerse en cuenta también otro argumento que no me parece en modo alguno insustancial: en la Comisión Mixta de Transferencias se procedería a un diálogo exclusivamente entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre aguas que pudieran ser parte de otras CCAA, nacer en ellas etc...

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

asumir y sin que deba tenerse en cuenta en este caso, por lo tanto y como primera condición, el hecho de que las aguas afecten, o no, a otra Comunidad Autónoma²⁰. Como ya he indicado anteriormente, el precepto ha sido recurrido al TC por la Comunidad Autónoma de Extremadura quien tendrá, por tanto, ocasión de resolver las serias dudas que acabo de plantear.

Y lo cierto es, sin embargo, que existen razones objetivas más que suficientes para que Andalucía pueda gestionar efectivamente la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir en tanto en cuanto su gestión no ponga en peligro –ni ahora ni en el futuro– las posiciones de otras Comunidades Autónomas ni los poderes del Estado y, en todo caso, ser el elemento determinante de la mayor parte de decisiones a adoptar sobre la misma²¹, pero ello no puede conseguirse (a menos que el TC matice sustancialmente lo que indicó en su Sentencia 227/1988), por medio de la técnica presente en el art. 51 del EA sino utilizando otras posibilidades constitucionales cuyo uso, en el futuro, no tendría por qué descartarse. Sobre ello habrá de volverse con más atención y extensión, en otro momento.

b) También el ECL dispone la cesión a la Comunidad y como competencia exclusiva (art. 75.1), 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” y ello “dada la relevancia que la cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León”.

Aun con palabras distintas, en el fondo el criterio utilizado es semejante al que acabamos de contemplar en el caso de la asunción de competencias del Guadalquivir por Andalucía. En este supuesto la clave era que las aguas cuya competencia se asumía “no afecten” a otra Comunidad Autónoma. Aquí se trata de que “deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma”. Si el presupuesto básico es el mismo, también debe decirse lo mismo en relación a esta competencia, a saber su presunta incompatibilidad con la interpretación que el TC dio al art. 149.1.22 CE en su Sentencia 227/1988 a no ser que la misma fuera cambiada por una nueva Sentencia. Y, desde luego,

²⁰ La confrontación de esta frase del art. 51 del EA debería realizarse con los criterios “lógicos, técnicos y de experiencia” a que alude el TC, lo que nos llevaría bastante más lejos de lo que en este lugar puede emprenderse. En todo caso, la “afcción” es un concepto jurídico indeterminado que obligaría necesariamente a realizar labores de interpretación jurídica (¿qué es afectar?) evidentemente reservadas al legislador estatal, no siendo imposible que alguien tachase, incluso, a esa misma legislación estatal de contraria al art. 149.1.22 de la Constitución por el mero hecho de su existencia.

²¹ Hay otras razones que subyacen a toda la problemática examinada y que no puedo dejar de mencionar aquí: la reserva completa al Estado, tal y como hoy sucede, de las posibilidades de decisión en torno al agua, empequeñece en grado sumo otras de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas en las que el elemento agua es decisivo para su ejercicio: piénsese, sobre todo, en la agricultura pero igualmente entraría aquí la industria, ámbitos los dos, en los que todos los Estatutos de Autonomía afirman la existencia de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. En el tema del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de agua, no está todo dicho, ni mucho menos, y es exigencia insoslayable la profundización en el conjunto de los criterios de nuestro sistema constitucional, materiales y organizativos, sin visiones parciales y teniendo en cuenta, además, la directriz general de eficacia que como principio constitucional válido para todas las Administraciones Públicas contiene el art. 103.1 de la Constitución española.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

la necesidad de que hubiera un previo proceso normativo y/o planificador que aclarara de forma absolutamente indubitable de qué aguas se está hablando.

En todo caso lo que sí me parece necesario es descartar radicalmente que el carácter “internacional” (más bien comunitario) de la cuenca del Duero sea un obstáculo a su posible cesión parcial a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Eso no se sostiene con el ordenamiento jurídico actual y lo único que sucede es que el Estado español debe cumplir una serie de obligaciones (hacia Portugal y hacia las instituciones europeas) derivadas del carácter de la cuenca, pero sin que al derecho internacional (estoy pensando en el llamado Convenio de Albufeira de 1998 suscrito entre el Reino de España y Portugal y los convenios anteriores en lo que restan de vigencia) o al comunitario (la existencia de una demarcación supranacional²² en el sentido de la Directiva marco de aguas de 2000) interese en lo más mínimo qué organismos del Estado dentro de las fronteras nacionales ejercitan unas determinadas competencias.

Y concluyo afirmando para Castilla y León lo mismo que ya indiqué para Andalucía pero, en este caso, todavía con mayor énfasis: por la extensión territorial, por la importancia de los aprovechamientos y por la población afectada, la cuenca del Duero es prácticamente castellana-leonesa y debería existir un modo de actuación para que la Comunidad Autónoma tuviera una importancia decisiva sobre el conjunto de las aguas que pueden considerarse “propias” de la Comunidad. Dejando de lado lo que el TC pueda decir en su momento sobre este Estatuto, existen otros procedimientos constitucionales para dar una relevancia decisiva a la Comunidad de Castilla y León en la gestión del Duero y, por otra parte, con determinadas modificaciones normativas de la organización de los Organismos de cuenca estatales, podría conseguirse la misma finalidad. La rigidez de las interpretaciones constitucionales no puede conducir nunca a la falta de eficacia en la vida de las organizaciones y de las instituciones, y papel de los juristas, al margen de la tan fácil –muchas veces– afirmación de inconstitucionalidades, es la de encontrar caminos para que derecho y eficacia sean términos que puedan conjugarse conjuntamente.

3. Reflexiones sobre el papel de las cuencas hidrográficas en España.

En el apartado anterior, sobre todo en la letra A), ya ha aparecido la importancia decisiva de la cuenca hidrográfica a los efectos del reparto competencial entre Estado y CCAA. Ahora querría referir de una forma breve, cuál es el papel que, además del citado, representa la cuenca hidrográfica como “unidad de gestión” en España.

Lo primero que debo resaltar es la antigüedad del concepto y del rol de la cuenca hidrográfica en España, antigüedad más resaltante todavía si se tiene en cuenta la llegada tan tardía del mismo a la mayor parte de los países. Así, la cuenca como base para la confección de un plan coordinado de obras hidráulicas aparece ya en el Real Decreto-Ley de 15 de marzo de 1926 de creación de las Confederaciones Hidrográficas. Estos entes, que primitivamente solo tenían competencia sobre obras hidráulicas y que basaban su originalidad, además de en tomar la cuenca como elemento para la planificación y

²² Por eso el RD 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, se ha referido a la “parte española de las demarcaciones hidrográficas correspondientes a las cuencas hidrográficas compartidas con otros países” (art. 3).

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

ejecución de obras en la participación en los mismos de los usuarios, los propietarios agrícolas de la cuenca, evolucionarán para asumir dentro de las mismas la gestión de las aguas, ámbito en el que el elemento participativo será muy tenue correspondiendo dicha gestión exclusivamente a la parte “administrativa” de las Confederaciones.

Además de eso en la actualidad la cuenca es en el derecho español:

a) La base de la Administración hídrica estatal: El TRLA crea, así, organismos de cuenca con el nombre de Confederaciones Hidrográficas²³ a los que se pueden incorporar las CCAA que tengan territorio en el de la cuenca gestionada por el Estado²⁴. Hoy y en virtud del nuevo concepto de Demarcación Hidrográfica que procede de la Directiva marco de aguas de 2000²⁵, los Organismos de cuenca extienden su competencia al conjunto de la Demarcación debiendo coordinar sus competencias con las de otras Administraciones competentes en el llamado Comité de Autoridades competentes. También las CCAA con cuencas propias que gestionar, construyen su Administración hídrica con la base de las cuencas hidrográficas y avanzando en la idea de “autonomía” para dichos órganos²⁶.

b) La base territorial de la planificación hidrológica (de cuenca). Una de las decisiones más importantes de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, fue la de estructurar jurídicamente la planificación hidrológica y hacer de ella una norma. Los Planes hidrológicos de las cuencas de gestión del Estado se aprobaron en 1998 y también se han ido aprobando los Planes de las cuencas de gestión autonómica. La Planificación hidrológica, con alguna orientación distinta, ha sido también recogida por la Directiva marco de aguas y ahora se están elaborando en España los Planes hidrológicos adaptados a las prescripciones de la Directiva que deberán estar aprobados antes del 31 de diciembre de 2009.

c) El elemento decisivo a la hora de la gestión de las aguas. Si la planificación hidrológica es de cuenca (con la posibilidad de existencia de un Plan Hidrológico Nacional que fue aprobado por Ley 10/2001, de 5 de julio) y la organización administrativa también, puede concluirse en que la gestión “ordinaria” de las aguas es la que se lleva a cabo en la cuenca hidrográfica. “Saltar” los límites de la cuenca regulando una transferencia de aguas de una cuenca a otra, requiere la inserción de la misma en el Plan Hidrológico Nacional que se aprueba por Ley y no es una regulación “libre” sino que deben aparecer en ella las “condiciones” de dicha transferencia. A las transferencias dedicaré el siguiente apartado de este trabajo.

²³ Jurídicamente son Organismos Autónomos cuyas decisiones agotan la vía administrativa y solo son susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Está clara, pues, la voluntad del Estado de conseguir la mayor autonomía administrativa posible para los Organismos de cuenca.

²⁴ Todas las CCAA están incorporadas a los Organismos de cuenca correspondiente. Aragón, así, pertenece a las Confederaciones Hidrográficas del Ebro, del Júcar y del Tajo, que son las cuencas hidrográficas en las que existe territorio aragonés.

²⁵ Las Demarcaciones Hidrográficas suman al territorio tradicional de las cuencas, las aguas de transición y las aguas costeras con las definiciones que para las mismas ofrece el art. 17 TRLA.

²⁶ Se está generalizando la fórmula de las “Agencias” (Catalana del Agua, Andaluza del Agua, Vasca del Agua...) como denominación y peculiaridad organizativa de estos órganos de las CCAA.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

Los límites territoriales de los Organismos de cuenca –y por tanto de las cuencas hidrográficas– quedaron fijados en 1987 y han permanecido intocados hasta ahora. Recientemente se ha aprobado la creación de un nuevo Organismo de cuenca estatal –el del Miño-Limia– y está por ejecutar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 que anuló determinados preceptos del Plan Hidrológico de la cuenca del Júcar porque extendían su vigencia a territorios que eran cuencas hidrográficas en sí mismos y quedaban dentro de la Comunidad Autónoma Valenciana debiendo, consiguientemente, ser gestionados por ella²⁷.

4. La problemática de las transferencias de agua entre distintas cuencas hidrográficas. Su presencia en los Estatutos de Autonomía recientemente reformados.

Quizá sea éste de las transferencias de agua el elemento decisivo, al menos para España, donde se manifiestan más claramente las tensiones que lleva consigo la relación agua-territorio. Ya se ha anunciado anteriormente el elemento conflictivo que en España han representado siempre las transferencias de agua entre cuencas hidrográficas. Elemento conflictivo en el ámbito de lo político y de lo social. En el presente apartado voy a tratar de las transferencias y de su problemática en general (A) y luego de la presencia de las mismas en los Estatutos de Autonomía recientemente reformados (B).

A) Las transferencias de aguas entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de cuenca.

La rúbrica de la que se parte corresponde a la dicción contenida en el art. 43.1 c) de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que encomendó la regulación de las transferencias así definidas, incluyendo sus “condiciones”, a la Ley aprobatoria del Plan Hidrológico Nacional; [hoy el texto es art. 45.1.c) del TRLA de 2001]²⁸. Pero antes de ellas y a se habían producido regulaciones específicas y hasta intentos de producir una gran transferencia basándose, simplemente, en el otorgamiento de una concesión administrativa. Todo ello había conducido en muchos casos a una gran polémica política y social.

Así hay que comenzar hablando de los críticos acontecimientos de 1973-1974, cuando se formuló un anteproyecto de trasvase de 1.400 Hm³ desde la cuenca del Ebro a la del Pirineo Oriental que no llegó a ejecutarse y que se quería fundamentar en una mera concesión; finalmente y ante las resistencias mostradas, se desechó la iniciativa. En 1981 se reguló por Ley 18/1981 un llamado “ministrasvase” (por su tamaño relativamente pequeño, 125 Hm³, en relación al anterior) desde la cuenca del Ebro a la provincia de Tarragona (obsérvese el ámbito territorial limitado, no se trataba del destino, sin más, a otra cuenca hidrográfica, la del Pirineo Oriental como entonces se llamaba) que sí se ejecutó. El trasvase más importante de todos los existentes es el denominado Tajo-Segura, regulado por Leyes de 1971 y 1980 que no fueron polémicas en su momento pero que hoy conocen

²⁷ Sobre la capital cuestión de la forma de ejecución de esta Sentencia vid. el trabajo de EMBID IRUJO (2006 a) cit. en la bibliografía final.

²⁸ Sobre la cuestión EMBID IRUJO (1991) p. 211 y ss.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

una contienda constante cada vez que se trata de decidir los volúmenes de agua que se tienen que trasvasar periódicamente. El trasvase se diseñó para mover cada año 1.000 Hm³ de agua, pero se limitó inmediatamente a 600 Hm³ que solo raramente se han podido trasvasar por inexistencia de agua en los embalses de cabecera. La Comunidad de Castilla-La Mancha pretende declarar la caducidad de este trasvase incorporando una disposición específica a su Proyecto de Estatuto de Autonomía que luego examinaré.

Las mayores polémicas que se conocen han tenido lugar con ocasión de la regulación por la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, de la transferencia desde la cuenca del Ebro a las del arco mediterráneo (cuencas internas de Cataluña, Júcar, Segura y provincia de Almería). Al margen de los trastornos sociales (manifestaciones variadas), por la Comunidad Autónoma de Aragón se formularon recursos de inconstitucionalidad, denuncias ante la Comisión Europea por infracción de directivas comunitarias, múltiples recursos contencioso-administrativos...hasta que la transferencia fue derogada por Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, elevado a Ley 11/2005, de 22 de junio²⁹.

Recientemente vuelven a surgir las tensiones en virtud de la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2008, de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona (BOE núm. 97, de 22 de abril), que supone una autorización temporal para trasvasar el agua no utilizada procedente de la autorizada a trasvasar por la Ley 18/1981 (la reguladora del minitrasvase a Tarragona que previó un volumen de trasvase de hasta 4 m³/s no utilizándose en la actualidad en la provincia de Tarragona más que 2'8 m³/s), a la provincia de Barcelona (que, por tanto, podría aprovechar hasta 1'2 m³/s pues el Real Decreto-Ley 3/2008 ordena respetar las utilizaciones actuales). Se trata de una norma amparada en una situación de sequía extraordinaria que, justamente, ha comenzado a cambiar con abundantes lluvias nada más llegar el Real Decreto-Ley 3/2008 al BOE. La Comunidad Autónoma de Aragón ha anunciado un recurso de inconstitucionalidad contra un artículo del mismo y diversas medidas dirigidas a conseguir su derogación por haber desaparecido ya, en su opinión, la situación de sequía extraordinaria a la que apela precisamente el mismo Real Decreto-Ley 3/2008 en su disposición final tercera dedicada a su vigencia³⁰.

B) Las transferencias de recursos hídricos en los nuevos Estatutos de Autonomía.

A continuación refiero cómo los nuevos EEAA tratan las transferencias de recursos hídricos, singularmente el de la Comunidad Autónoma de Aragón.

a) Así ésta debe “velar” para que no existan trasvases tal y como dice el art. 19.3 EAr:

“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

²⁹ Los motivos de la oposición a esta transferencia aparecen en el libro del GOBIERNO DE ARAGÓN, Alegaciones... (2001)

³⁰ Así, la vigencia desaparece cuando lo haga la situación extraordinaria que ha sido la causa y, en todo caso, a los treinta días de la entrada en servicio de una desaladora que se está construyendo en Barcelona y que se prevé que esté operativa en junio de 2009.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

evitar transferencias 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”.

El precepto que contemplamos puede ser entendido dentro de lo que podrían denominarse “principios” de la actuación de los poderes públicos y que la CE regula en el Capítulo III del Título I. Los EEAA ahora reformados –también en algún caso los de la primera etapa, la inmediatamente posterior a la promulgación de la CE- han optado por configurar principios de la actuación de sus poderes públicos, regularmente al lado del establecimiento de los derechos de los ciudadanos. En el caso que nos ocupa y vista la redacción final que ha tenido el texto, puede observarse que lo que se encarga a los poderes públicos aragoneses no es velar en relación a cualquier tipo de transferencia de recursos hídricos sino, solamente, sobre aquéllas que afecten a intereses de sostenibilidad; podría pensarse, entonces, que en realidad se está encargando a los poderes públicos una actuación dirigida a la observación del ordenamiento jurídico, pues difícilmente puede pensarse en una adecuación a derecho de una transferencia de aguas que no responda a intereses de sostenibilidad. Al menos no tras el art. 45.2 de la CE y su principio de “utilización racional de los recursos naturales” y, sobre todo, tras la Directiva marco de aguas de 2000 y su mandato de obtención de un buen estado ecológico de las aguas a conseguir para el 2015 [cfr. art. 4.1.a)] y con un claro objetivo de que en modo alguno se deteriore el estado de las aguas superficiales y subterráneas a partir de la entrada en vigor de tal texto.

b) Igualmente en los nuevos EEAA se prevé la formulación de informes por las CCAA antes que por parte del Estado se aprueben transferencias de recursos hídricos. Es el caso del EC y del EAr. Así, el art. 117.4 EC indica que: “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”. El EAr. en su art. 72.4 relaciona el informe con “la defensa de los derechos relacionados con el agua contemplados en el artículo 19” y para ello “la Comunidad Autónoma emitirá un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio” añadiéndose que “el Gobierno de España deberá propiciar de forma efectiva el acuerdo entre todas las Comunidades Autónomas que puedan resultar afectadas”.

Finalmente, el art. 75.5 segundo inciso del ECL, también regula el informe al que nos referimos y que ahora aparece vinculado al principio rector de la acción política para garantizar un abastecimiento de agua en condiciones de calidad y lo hace con las siguientes palabras: “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”.

Pues bien, sobre la tónica general indicada puede decirse que la regulación de estos informes es plenamente adecuada a la Constitución aunque ello se encuentra a discusión en el TC. No es posible concluir, así, que en un Estado como el de las Autonomías, con las características con las que lo regula la CE, pueda resultar inconstitucional –o sea, que repugne al sistema institucional que los españoles se han dado libremente- la existencia de un informe no vinculante y que tiene la doble virtualidad de permitir que las CCAA expresen su opinión sobre proyectos del Estado de incidencia territorial innegable y, a la vez, que el Estado pueda recibir formalmente la opinión de las CCAA a través de las cuáles pueda orientar mejor su decisión final. Es obvio que si a eso condujera el sistema

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

constitucional de un Estado como el nuestro, debería ser cambiado inmediatamente para propiciar formalmente la existencia de procedimientos mediante los cuáles pueda conseguirse un principio mínimo de comunicación y no el enfrentamiento radical, que es a lo que lleva inexorablemente la expulsión del sistema constitucional de procedimientos tan razonables –y limitados en su alcance- como los indicados.

c) Por otra parte y aunque no habla directamente de transferencias, debe verse como una norma relacionada con ellas la previsión del EAr. en su disposición adicional quinta según la cual:

“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”.

Aun cuando han existido discusiones sobre este precepto en cuanto la cuenca del Ebro es de gestión del Estado (intercomunitaria) y la Comunidad Autónoma de La Rioja ha incluido el mismo en su recurso de inconstitucionalidad contra el EAr., el contenido de la disposición me parece adecuado a la Constitución pues se encomienda a la planificación hidrológica estatal –respondiendo a la misma funcionalidad de dicha planificación- que concrete las asignaciones, inversiones y reservas. La cifra de 6.550 Hm³ aparece de una forma en absoluto vinculante, pues simplemente se recuerda que procede de una Resolución de un Parlamento territorial.

d) Refiero, por último, el mandato de caducidad del trasvase Tajo-Segura que se encuentra en el Proyecto de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Sin ninguna duda el texto que refiero (la disposición transitoria primera de este Proyecto de Estatuto) es la norma más “radical” que en relación a los trasvases contienen los textos que se examinan y ello porque, simplemente, dispone la extinción de tal trasvase en el año 2015. Me parece que eso es signo de clara inconstitucionalidad, pues la regulación de las transferencias entre ámbitos de distintos Planes Hidrológicos de cuenca pertenece a la competencia del Estado ex art. 149.1.22 CE y debe, por tanto, ser libremente decidida por su legislación y con las condiciones que el propio Estado fije en ella [cfr. art. 45.1.c) TRLA]. Creo que esto es algo que tampoco desconocen los promotores de la iniciativa normativa³¹ que lo que, simplemente, hacen es ofrecer una filosofía política “alternativa” a la realización y ejecución de este trasvase y dentro de la cuál como elementos resaltables estarían los siguientes:

-La vinculación de la extinción del trasvase al plazo básico fijado por la Directiva marco de aguas de 2000 (y su transposición al derecho español), el año 2015, o sea el momento en el que, finalmente, debe conseguirse –si no antes- un buen estado ecológico de

³¹ Sin que deba olvidarse, en modo alguno, que la disposición adicional primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, ya contenía unos mandatos dedicados a la reducción de los caudales trasvasables en el contexto de otras medidas destinadas a la más importante utilización por parte de la Comunidad de Castilla La-Mancha, de las aguas del Tajo.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

las aguas superficiales y subterráneas tal y como ya hemos contemplado en este trabajo. Lo que se trasmite con un proyecto de norma como la disposición transitoria primera que comento es que la existencia de ese trasvase impide en la cuenca del Tajo la consecución de ese buen estado ecológico³² de donde la extinción del trasvase sería la plasmación de una medida esencialmente ambiental y de cumplimiento del derecho comunitario, además.

-El planteamiento ambiental se refuerza ordenándose que una vez entre en vigor el Estatuto se lleve a cabo “la ordenación y reestructuración de los usos del agua, especialmente el regadío, de acuerdo a la oferta de agua disponible en la cuenca hidrográfica del Segura”. La misma disposición transitoria segunda, en la que se encuentra este texto entrecomillado, dispone que cualquier nuevo recurso hídrico generado en la cuenca hidrográfica del Segura, se destine a la sustitución de los recursos trasvasados a través de la infraestructura del Tajo-Segura.

-Los ahorros que para la cuenca del Tajo se ofrecerían con tal política llevan consigo que se ordene que el nuevo Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo contenga ya la cadencia de la disminución de los recursos trasvasables y, coherentemente, la utilización de éstos dentro de la cuenca del Tajo y para atender “las necesidades de la propia cuenca hidrográfica”. La amplitud de esta expresión permite deducir claramente que no se está pensando en necesidades ambientales sino en utilización de las aguas no trasvasadas para fines múltiples, incluyendo la posibilidad de los ambientales, claro está.

Además de lo indicado, la disposición prevé la emisión de informe sobre múltiples actuaciones relativas a transferencias de aguas entre cuencas³³ disponiéndose también la presencia de los representantes de la Junta de Comunidades, con voz y voto, en los órganos de gestión del trasvase hasta que éste se extinga.

5. Reflexiones finales.

Debo concluir este trabajo llamando la atención sobre algunas consecuencias del mismo. Fundamentalmente para resaltar la aparente paradoja de que el avance en la descentralización política en España (avance constituido por las últimas reformas de los EEAA) plantea algunos problemas en relación al gobierno del agua.

Esos problemas vienen, singularmente, del cuestionamiento del papel de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión que realizan los EEAA de Andalucía y de Castilla-León. No cabe duda de que la posibilidad de “fraccionamiento” de cuencas hidrográficas y de la cesión de una parte de las mismas a estas CCAA (la que no afecte a otras CCAA) es un mecanismo distinto de gestión que el planteado por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de

³² Por eso, el último inciso del apartado primero de la disposición transitoria primera indica que: “Se deberá garantizar que el río Tajo y los espacios ambientales asociados a la explotación del mismo disponen de agua en calidad y cantidad suficiente para alcanzar los objetivos mencionados”.

³³ Este es el texto: “La Junta de Comunidades emitirá un informe preceptivo y determinante sobre cualquier propuesta de trasvase, transferencia, cesión, transacción o intercambio de agua dentro de una misma cuenca hidrográfica o entre cuencas hidrográficas que utilice infraestructuras o afecte a cauces que discurren total o parcialmente dentro del territorio de Castilla La Mancha, reservándose el derecho de ejercer la asignación y utilización preferente de dichos recursos para atender necesidades de la propia región”.

Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España.

Aguas (y prolongado en el TRLA de 2001). Al margen de la cuestión de su constitucionalidad y hasta de la misma compatibilidad con lo preceptuado en la Directiva marco de aguas de 2000³⁴, también debería existir un planteamiento de “funcionalidad”, de “eficacia” sobre la buena gestión de las aguas que no parece haberse realizado con ocasión de esos procesos normativos. En todo caso llama la atención cómo el país pionero en construir una administración de las aguas basada en el criterio de la cuenca hidrográfica, puede orientarse a desmontar –siquiera sea parcialmente³⁵– dicha forma de administración.

Por otra parte y aunque solo he hecho referencia muy limitada a la cuestión que sigue, también debe resaltarse la presencia en los EEAA reformados de un “derecho al agua” que se traduce en la afirmación de posiciones específicas de ciudadanos de las CCAA en relación al abastecimiento y al saneamiento hasta para llevar a cabo “actividades económicas”. No cabe duda de lo atractivo de la expresión “derecho al agua”³⁶, pero la misma en los planteamientos internacionales habituales sólo hace referencia al abastecimiento para agua de boca y al saneamiento. Nada que ver con un pretendido “derecho” a la realización de actividades económicas que sería, además, contradictorio con las bases constitucionales del dominio público en nuestro país³⁷. En todo caso, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, afirmando la imposibilidad de que los EEAA regulen derechos subjetivos, ha desvalorizado cualquier posibilidad de deducir consecuencias de tales pretendidos derechos al agua.

³⁴ He estudiado el papel de la cuenca en la Directiva marco de aguas en EMBID IRUJO (2007) pp. 54 y ss.

³⁵ Aun cuando la referencia “parcial” la pronuncio con cautela, pues cuando se acepta una primera excepción a un principio, no puede sospecharse nunca cuántas surgirán posteriormente, fundamentadas en los mismos razonamientos que dieron lugar a la primitiva excepción.

³⁶ Cfr. EMBID IRUJO (2006, b) pp. 15 y ss.

³⁷ Cfr. art. 132 CE y la STC 227/1988. Nadie tiene un “derecho” a que se le otorgue un aprovechamiento para realizar actividades económicas. Eso sería contradictorio con la posición constitucionalmente asegurada del titular del dominio público hidráulico, el Estado.

BIBLIOGRAFÍA.

- EMBED IRUJO A. (1991), La planificación hidrológica: régimen jurídico, Tecnos, Madrid.
- EMBED IRUJO A. (1995) “Las obras hidráulicas de interés general”, en Las obras hidráulicas (A. EMBED IRUJO dir.), Civitas, Madrid.
- EMBED IRUJO, A. (2006 a), “La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 en relación a las cuencas internas de las Comunidades Autónomas Valenciana y de Castilla-La Mancha desde la perspectiva de su ejecución y cumplimiento”, RAP 169, pp. 429-455.
- EMBED IRUJO A (2006 b). “El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas”, en las pp. 15-56 de A. EMBED IRUJO (dir.), El derecho al agua, Thomson-Aranzadi, CizurMenor.
- EMBED IRUJO A (dir.) (2007), Agua y territorio. Consideración especial de la reforma de los Estatutos de Autonomía, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 313 pp.
- FANLO LORAS A. (1996), Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones Hidráulicas, Civitas, Madrid.
- FANLO LORAS A., (2007) La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas, Fundación Instituto Euromediterráneo del agua, Murcia.
- GETCHES D. H, (1999), “Resolución jurídica de los conflictos sobre aguas transfronterizas en los Estados Unidos, en A. EMBED IRUJO (dir.), Planificación hidrológica y política hidráulica. (El Libro Blanco del Agua), Civitas, Madrid, 1999, pp. 19-67.
- GOBIERNO DE ARAGON (2001), Alegaciones al Plan Hidrológico Nacional de 2000, Civitas, Madrid
- MARTIN-RETORTILLO, S. (1997), Derecho de aguas, Civitas, Madrid.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER S. (2000), Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas, Civitas, Madrid.
- MATHUS ESCORIHUELA M., (2007), “Los conflictos de competencia sobre las aguas en países federales. La situación en Argentina”, en A. EMBED IRUJO (dir.), Agua y territorio, op. cit.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CCAA.....	Comunidades Autónomas.
CE.....	Constitución Española.
EA.....	Estatuto de Andalucía
EA.....	Estatuto de Aragón.
EC.....	Estatuto de Cataluña
ECL.....	Estatuto de Castilla y León.
EEAA.....	Estatutos de Autonomía.
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TC.....	Tribunal Constitucional.
TRLA.....	Texto Refundido de la Ley de Aguas.