

TRIBUNA

Revista española de derecho administrativo

«Tratemos el agua con seriedad»

Antonio Fanlo Loras

La sequía que, desde hace meses, castiga la mayor parte de España con sus negativas secuelas (pérdida de la cosecha cerealista, incendios inhabituales en zonas de la España húmeda, embalses con mermadas reservas, incertidumbre sobre los cultivos del regadío estival, escasa producción hidroeléctrica, estrés hídrico de los ecosistemas, etc.), vuelve a poner de actualidad los problemas de gestión del agua y la funcionalidad de nuestro modelo organizativo. La sequía meteorológica no ha supuesto, sin embargo, una sequía hidrológica, pues nuestros embalses —valiosísimo patrimonio fruto de una continuada política de obras más que centenaria— contaban con importantes reservas gracias a las generosas lluvias de los últimos años. No ha habido, por el momento, cortes en el abastecimiento urbano —el más perceptible para los ciudadanos—, pero es presumible que no puedan atenderse las demandas del regadío estival y se multipliquen en los próximos meses las tensiones por el uso del agua.

La relativa bonanza hidrológica que hemos disfrutado los tres últimos años —para muestra, la sorprendente recuperación de las Tablas de Daimiel y de algunos de los secos «ojos» del Guadiana, en el acuífero castellano-manchego o la abundancia de reservas en las cuencas de la España meridional, la llamada «España seca»— contrasta con otra gran «sequía» tan perjudicial y nociva como la meteorológica, la institucional, que arrastramos desde hace años. Nuestro modelo institucional de administración del agua ha sido contaminado por planteamientos políticos partidarios y localistas, carentes de la necesaria visión global de la multiplicidad de intereses presentes en el aprovechamiento de las aguas de las cuencas, contaminación que ha deteriorado gravemente su funcionalidad, que corre un riesgo real de fragmentación, vaciamiento y descomposición, si no se rectifica con firmeza la deriva que ha tomado, en línea con la doctrina constitucional a la que luego me referiré.

En efecto, la crisis del agua en España es, sobre todo y en el último decenio, una crisis de «buen gobierno», propiciada o facilitada desde las mismas instancias centrales del Estado que han renunciado a ejercer sus competencias —en una insólita e irresponsable acción de vaciamiento de sus títulos competenciales constitucionales— y han cedido a la presión de intereses territoriales localistas. El tratamiento del agua en las reformas de los Estatutos de Autonomía, aprobadas por el legislador orgánico estatal a partir de 2005, constituye la manifestación paradigmática de esta crisis, pues las opciones en ellos recogidas afectan de manera frontal al sistema constitucional de reparto de competencias en materia de aguas en dos aspectos esenciales: a) alteran el criterio territorial constitucional establecido en el artículo 149.1.22.^a CE, comprometiendo la administración unitaria de las cuencas, al fragmentar y «patrimonializar» su gestión según los confines geográficos de las Comunidades Autónomas (caso del Guadalquivir y Duero); b) pretenden condicionar

la posición del Estado en relación con el destino y disponibilidad del agua (derecho a las aguas sobrantes de otras cuencas excedentarias, reservas de agua para uso exclusivo de los usuarios de una región, informes previos sobre trasvases, etc.), lo que afecta a la solidaridad territorial.

La pretendida «territorialización» del agua por las Comunidades Autónomas denota una inexplicable incompreensión de nuestra experiencia administrativa, de nuestro modelo constitucional de administración del agua y de las exigencias de gestión por cuencas, así como de su plasmación institucional, las Confederaciones Hidrográficas, organismos de cuenca estatales que integran, en su compleja estructura organizativa, a las Administraciones Públicas e interesados en la gestión del agua y que constituyen, en un sistema político descentralizado, como es España, un ejemplo paradigmático del llamado «federalismo cooperativo». Estas figuras constituyen la gran aportación española al Derecho de Aguas universal. Sus principios configuradores, decantados a lo largo de una accidentada evolución histórica casi centenaria, condicionados y moldeados por una realidad física singular (gestión por cuencas hidrográficas; autoridad especializada y única en la cuenca; planificación como instrumento de ordenación de los múltiples aprovechamientos y de protección de la calidad del agua; participación de las Administraciones Públicas y de los interesados en la gestión del agua; cierta autonomía de gestión), han sido recogidos por distintas declaraciones y normas internacionales. Es el caso de la Directiva Marco del Agua de 2000, la Carta de Zaragoza de 2008 o el reciente VI Foro Mundial del Agua, celebrado en Marsella, en marzo de 2012.

El modelo español de gestión del agua por cuencas hidrográficas no es el resultado casual de una ocurrencia técnica ni, menos todavía, un postulado ideológico, resabio de un centralismo superado por nuestra actual organización descentralizada del poder aplicable al agua. Si las cuencas hidrográficas coincidieran con las regiones, no habría inconveniente constitucional para atribuir su gestión a éstas. Pero la práctica totalidad de España —con la salvedad de pequeños y estrechos espacios en la orla litoral— está surcada por ríos que discurren por más de una Comunidad Autónoma (son supracomunitarios) o son internacionales lo que determina que su gestión corresponda al Estado, que la ejerce por medio de esos organismos singulares que son las Confederaciones Hidrográficas.

La administración unitaria de las cuencas constituye una necesidad para garantizar el aprovechamiento conjunto, solidario e integral de los múltiples intereses sectoriales y territoriales contrapuestos que concurren en la utilización del agua. La aprobación de un plan de aprovechamiento armónico y de conjunto fue el objeto para el que fueron creadas las Confederaciones Sindicales Hidrográficas, en 1926, singular fórmula de organización cooperativa del Estado y los usuarios en la promoción y gestión de infraestructuras hidráulicas de regulación. Y es que, los aprovechamientos realizados en la cabecera afectan a los del curso medio o a los de la desembocadura y a la inversa y su compatibilidad debe ser considerada en el marco de la unidad de gestión natural que es la cuenca. La gestión por cuencas es el mejor instrumento para el uso eficiente y sostenible del recurso, garantizando la solidaridad entre los distintos territorios y aprovechamientos. Esta necesidad técnica ineludible resulta acentuada en el caso de España atendida la singularidad hidrológica de las cuencas peninsulares. Su irregularidad y aprovechamiento conjunto ha obligado, como ha quedado apuntado, a un extraordinario esfuerzo inversor, de iniciativa estatal, imprescindible para garantizar las demandas de la cuenca en su integridad. Los

sistemas de explotación de los recursos hídricos raramente coinciden con los confines geográficos de las Comunidades Autónomas, razón por la que las demandas de sus usuarios se satisfacen, por lo general, con recursos regulados aguas arriba de su territorio. Existe de facto una interdependencia que sólo en el ámbito de las unidades naturales que son las cuencas hidrográficas puede satisfacerse. Sería ilógico e ineficiente romper estas unidades naturales y sus sistemas de explotación, en algunos casos, centenarios. La gestión del agua según los límites de las regiones compartimenta y fragmenta el régimen jurídico y la administración de cada curso fluvial, impidiendo la administración equilibrada de las aguas de la cuenca, en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando las cuencas se extienden al territorio de más de una región, son manifiestamente supracomunitarios. Al Estado corresponde, en consecuencia, asegurar la administración unitaria de estos recursos, en beneficio de los intereses generales de la cuenca.

Desde una perspectiva territorial más general, no debe olvidarse, además, que existen desequilibrios hidrológicos entre las distintas cuencas, consecuencia de la irregularidad espacial de nuestro régimen de precipitaciones. Las instancias centrales del Estado son por ello las garantes de la solidaridad interterritorial y del desarrollo económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español (artículos 2 y 138.1 CE) que, en cuanto a la disponibilidad de agua, se ha plasmado históricamente en el trasvase de recursos de unas cuencas a otras (abastecimiento urbano de Bilbao y su entorno desde el Ebro; trasvase bidireccional a Santander desde dicho río; abastecimiento de Barcelona desde el Ter; de Tarragona y provincia desde el Ebro; del Levante español y zona manchega a través del acueducto Tajo-Segura y otros de menor entidad de cuya enumeración prescindo).

Estas ideas elementales para cualquier conocedor de la complejidad e interdependencia de nuestro sistema de gestión del agua están en la base de la acertada y rotunda rectificación que el Tribunal Constitucional ha hecho de las previsiones de los Estatutos de Autonomía de Andalucía y Castilla y León, en relación con la gestión fragmentada de los ríos Guadalquivir y Duero, pertenecientes a demarcaciones hidrográficas supracomunitarias e internacionales, respectivamente, cuya administración unitaria asegura el Estado. En las SSTC 30 y 32/2011 ha declarado inconstitucionales y nulos los artículos. 51 y 75.1 de dichos Estatutos, por ser contrarios al artículo 149.1.22.^a CE, en cuanto establecen un criterio fragmentador de la gestión de dichas cuencas y asumen competencias que corresponden al Estado (*inconstitucionalidad material*), no siendo el Estatuto de Autonomía el instrumento adecuado para concretar —de manera distinta— el criterio territorial de delimitación de las competencias reservadas al Estado (*inconstitucionalidad formal*).

Estas sentencias tienen extraordinaria relevancia, pues *constitucionalizan* la gestión por cuencas hidrográficas, ínsita en el concepto constitucional «aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma», interpretado con «criterios técnicos, lógicos y de experiencia». Su acertada doctrina sienta las bases firmes para descontaminar y reconstruir el modelo institucional de gestión del agua en España, tan frívolamente cuestionado. Pese a ciertos equívocos dialécticos, que no empañan la contundencia argumental de las nuevas decisiones del Tribunal, la gestión por cuencas es una exigencia impuesta por la Constitución y no una simple decisión del legislador ordinario susceptible, en ese caso, de desplazamiento por las previsiones estatutarias. Los preceptos declarados inconstitucionales lo son por su oposición frontal a la Constitución, no porque puedan ser contrarios —que también— a las

opciones organizativas seguidas por el legislador estatal de aguas. La *ratio decidendi*, el canon aplicado por el Tribunal no es de «legalidad» —como alguno ha sostenido— sino de estricta y rigurosa «constitucionalidad». Y esta es la gran novedad de dichas sentencias respecto de la STC 227/1988. No estamos ante una sentencia «creativa», desvinculada de la literalidad del precepto constitucional. La «supraterritorialidad» hidrológica inherente al concepto de cuenca hidrográfica determina la competencia del Estado y excluye la de las regiones. Y ello es coherente con los antecedentes republicanos de la expresión «aguas que discurren», con nuestro pionero y tradicional modelo de gestión por cuencas y con los antecedentes parlamentarios de la Constitución de 1978.

Tan importante o más que la función de depuración del ordenamiento jurídico realizada por el Tribunal (expulsar del mismo los preceptos incompatibles con la Constitución) es la identificación de criterios o límites materiales que garantizan la intangibilidad de las reglas constitucionales sobre el reparto de competencias en materia de aguas, de modo que el legislador ordinario no pueda desvirtuar o burlar las exigencias, en nuestro caso, de la administración unitaria de las cuencas hidrográficas supracomunitarias. En efecto, el legislador estatal de aguas —el «sólo y único legislador», pues esta operación no puede hacerla un Estatuto de Autonomía—, al concretar las «diversas modalidades técnicas» de la administración unitaria de estas cuencas, al establecer cualquier otra eventual concreción del criterio territorial establecido en el art. 139.1.22.^a CE, «nunca podrá comportar un entendimiento *fragmentador* de la cuenca hidrográfica». Precisa y certera exigencia la establecida por el Tribunal.

La identificación de este criterio material es la mejor prueba de la naturaleza «constitucional» del parámetro utilizado por el Tribunal Constitucional, pues opera frente al mismo legislador estatal de aguas, fijando un límite infranqueable, un «cortafuegos» que asegura la «administración unitaria» de las cuencas, de acuerdo con nuestro tradicional modelo de gestión por cuencas hidrográficas. Es más, debe operar, dada su sustantividad y densidad normativa, como criterio interpretativo de la propia doctrina constitucional, en aquellos de sus fallos en los que se aprecia —propiciado por el abuso de la técnica de la interpretación conforme— una cierto desfallecimiento o contradicción con la exigencia constitucional de la administración unitaria. Es el caso, que simplemente apunto, de la gestión de los *vertidos* por las Comunidades Autónomas en las cuencas hidrográficas supracomunitarias [caso del artículo 144.1.g) del Estatuto de Cataluña], competencia que debe corresponder —en mi opinión— a las Confederaciones Hidrográficas (véase la contradicción de la STC 138/2010, F.J. 4, con lo dispuesto en la STC 227/1988, F.J. 26 y la doctrina de la «administración unitaria» establecida en las SSTC 30 y 32/2011). En este sentido, la administración unitaria de las cuencas supracomunitarias no queda asegurada —sino fragmentada— cuando el legislador estatal, mediante normas de urgencia, acuerda atribuir la función ejecutiva del dominio público hidráulico, en cuencas supracomunitarias, a las Comunidades Autónomas, que hayan asumido esa competencia en sus Estatutos de Autonomía, como ha hecho el —para mi, inconstitucional— Real Decreto-Ley 12/2011, de 26 de agosto. No ha de extrañar que el reciente Real Decreto-Ley 17/2012, de 4 de mayo, lo haya derogado y recuperado para el Estado la policía del dominio público hidráulico.

En resumen, la gestión de las cuencas hidrográficas supracomunitarias no puede fragmentarse según los confines geográficos de las Comunidades Autónomas. Al

Estado le corresponde asegurar su administración unitaria y ejercer las funciones que la Constitución le atribuye. El aparente desapoderamiento competencial de las Comunidades Autónomas queda compensado mediante su integración en los órganos de las Confederaciones Hidrográficas, integración orgánica que constituye el «modo más directo» que tienen las Comunidades Autónomas de participar en la gestión del agua en las cuencas supracomunitarias. Por esa razón he calificado esta integración orgánica como manifestación del «federalismo cooperativo», complementado con técnicas de cooperación funcional. El «buen gobierno» de las cuencas supracomunitarias requiere esa integración cooperativa, sin necesidad de duplicar los servicios actualmente existentes de las Confederaciones Hidrográficas. En materia de gestión de aguas, los ajustes y reformas a acometer del modelo de administración del agua pasan simplemente por cumplir los mandatos constitucionales. La recuperación del liderazgo estatal bastaría para corregir las graves disfunciones advertidas en estas breves consideraciones, recuperando nuestra mejor tradición organizativa, enriquecida con la participación de las Comunidades Autónomas. La cooperación es una exigencia inherente a nuestro modelo de organización territorial, como ha reiterado el Tribunal Constitucional

Logroño, 5 de mayo 2012