

LES COMPETÈNCIES DE L'ESTAT I DE LES COMUNITATS AUTÒNOMES EN MATÈRIA D'AIGÜES, AMB UNA REFERÈNCIA ESPECIAL ALS CASOS GALLEC I CANARI

José Luis Meilán

Catedràtic de Dret administratiu

Jaime F. Rodríguez-Arana

Professor titular de Dret administratiu
de la Universitat de la Laguna

1. Plantejament

Les aigües continentals, tant superficials com subterrànies, constitueixen un tema de gran interès per comprovar la incidència de l'Estat de les autonomies en la regulació de les diferents parts de l'ordenament jurídic espanyol.

Tot i els esforços d'interpretació que s'han realitzat per respectar un àmbit competencial de les comunitats autònomes en matèria d'aigües continentals, sovint s'observa en els més ben intencionats o bé una influència de la concepció unitària tradicional, o senzillament la convicció que aquesta concepció, més o menys descentralitzada en alguns aspectes, resulta la més convenient per a l'interès comú de tots els espanyols.

D'altra banda, el tema té una particular rellevància des del punt de vista de l'ordenament autonòmic, ja que hi entren en joc els criteris de l'interès i del territori, que són decisius per a la determinació de les competències. L'originalitat de l'aproximació consisteix en el fet que aquests criteris s'interrelacionen i poden arribar a superposar-se o fondre's en un criteri superior, del qual realment deriven.

La importància teòrica del tema augmenta a causa de la seva innegable transcendència pràctica, i al mateix temps s'aguditza amb la recent Llei estatal 29/1985, de 2 d'agost, d'Aigües, que ha significat un canvi enèrgic en una matèria regulada fonamentalment per una llei gairebé centenària.

L'article 149.1.22 de la Constitució espanyola disposa que l'Estat té competència exclusiva sobre:

«La legislació, ordenació i concessió de recursos i aprofitament hidràulics si les aigües passen per més d'una comunitat autònoma».

Per la seva banda, l'article 148.1.10 disposa que les comunitats autònomes podran assumir competències en la matèria següent:

«Els projectes, la construcció i l'explotació dels aprofitaments hidràulics, canals i regatges d'interès de la Comunitat autònoma; les aigües minerals i les termals».

L'article 132 de la Constitució, al seu torn, disposa que «la llei regularà el règim jurídic dels béns de domini públic», mentre que en el seu apartat 2 concreta que «són

béns de domini públic estatal els que la llei determini» i els que s'hi enumeren, entre els quals no figuren les aigües continentals.

Finalment, l'article 128.2 declara que «mitjançant llei es podrà reservar al sector públic recursos o serveis essencials».¹

Des del vessant autonòmic, l'article 27 de l'Estatut de Galícia disposa:

«En el marc del present Estatut correspon a la comunitat autònoma gallega la competència exclusiva de les matèries següents:

(...)

»12. Aprofitaments hidràulics, canals i regatges quan les aigües passin íntegrament dins el territori de la Comunitat, sense perjudici del que disposa l'article 149.1.22 de la Constitució.

(...)

»14. Les aigües minerals i termals. Les aigües subterrànies, sense perjudici del que disposa l'article 149.1.22 de la Constitució i el número 7 del present article».²

Aquest és, en principi, el marc normatiu fonamental en el qual incideixen òbviament la Constitució i l'Estatut en el seu conjunt. Cal advertir que l'article 27.12 i 14 es correspon amb els homòlegs de l'Estatut del País Basc (art. 10.11) i l'Estatut de Catalunya (art. 9.16), amb la diferència que l'article galleg la referència a l'article 149.1.22 de la Constitució. L'Estatut d'Autonomia d'Andalusia sistematitza més adequadament la matèria en dos articles: el 13.12 (Recursos i aprofitaments...) i el 13.13 (Aigües minerals i termals).

II. Una primera interpretació doctrinal: distribució funcional i territorial de les competències

En aquesta qüestió puntual es fan paleses les diferents posicions de fons sobre el fenomen autonòmic. Unes lectures són marcadament centralistes o estatistes, mentre que d'altres són autonomistes. Entre les primeres cal situar les tesis dels professors Ortiz Díaz,³ Sánchez Blanco⁴ i els germans Sebastián i Lorenzo Martín Retortillo,⁵ manifestades fonamentalment abans que s'hagués promulgat la Llei d'Aigües, de 2 d'agost de 1985. La del primer resulta especialment significativa ja que es recolza en els preceptes de la LOHAPA, com l'article 4, que posteriorment van ser declarats inconstitucionals.

Els punts essencials de la interpretació d'aquest corrent doctrinal consisteixen a afirmar que en l'article 149.1.22 de la Constitució la legislació, ordenació i concessió de recursos constitueixen matèria sobre la qual l'Estat té competència exclusiva entre

1. Cal tenir també en compte els apartats 25 («Bases del règim miner i energètic») i el 24 «Obres públiques d'interès general o que la seva realització afecti més d'una Comunitat Autònoma») de l'article 149.1 de la Constitució.

2. A l'article 27.7 de l'Estatut galleg figura com a competència exclusiva: «Obres públiques que no tinguin la qualificació legal d'interès general de l'Estat, i la seva execució o explotació no afecti una altra Comunitat Autònoma o província».

3. Ortiz Díaz, J., «Competencias establecidas en la Constitución y en los Estatutos de las Comunidades Autónomas respecto al sector hidráulico», *RAP*, núm. 99 (1982), pp. 37 i ss.

4. Sánchez Blanco, A., «Recursos y aprovechamientos hidráulicos», *REDA*, núm. 34 (1982), pp. 425 i ss.

5. Martín Retortillo, S., «La Ley de Aguas», dins el diari *ABC*, 1-2-1985; Martín Retortillo, L., *Trabajos parlamentarios*, t. III, p. 2.906, t. IV, pp. 2.578-9 i 3.984-5.

que a la competència autonòmica correspon només els aprofitaments hidràulics quan les aigües no passin per més d'una Comunitat autònoma. Dit amb paraules d'Ortiz Díaz, «les competències funcionals de legislació, ordenació i concessió de recursos hidràulics són competència de l'Estat de forma exclusiva, independentment de si les aigües són o no intracomunitàries». ⁶ El criteri territorial cediria, doncs, davant de l'anomenat funcional, que seria predominant.

Per defensar aquesta posició, es recorre formalment a la interpretació literal i a la tramitació parlamentària de la Constitució, en què es van produir realment les dues posicions al principi enunciades. ⁷ Els punts fonamentals de la tramitació van ser els següents: *a)* A l'avantprojecte inicial de la Constitució s'atribuïa a l'Estat competència exclusiva sobre «els aprofitaments hidràulics, quan les aigües passin fora del territori d'una comunitat autònoma», disposició que mostra una clara inspiració de la Constitució de 1931, que en general va servir de model; *b)* En el Congrés dels diputats se'n va modificar lleugerament la redacció, introduint-hi el terme concessió («concessió d'aprofitaments hidràulics...»); *c)* Al Senat se'n va modificar significativament la redacció, atribuint a l'Estat competència exclusiva sobre la «legislació, ordenació i administració dels recursos hidràulics»; *d)* La Comissió Mixta encunyaria la fórmula definitiva substituint el terme «administració» per «concessió» i afegint al text del Senat la resta de la frase aprovada pel Congrés, amb la seva referència al criteri territorial supra o extracomunitari.

La redacció constitucional ha estat criticada com una solució falsament salomònica, a causa de seu sincretisme, que combina, es diu: «criteris contraposats de les dues Cambres en una fórmula híbrida que planteja greus dificultats d'interpretació». ⁸ Tanmateix, per a l'orientació doctrinal que comentem, la interpretació és clara en favor de la tesi de la competència exclusiva de l'Estat, en tots els casos, sobre la legislació, ordenació i concessió dels recursos hidràulics.

Sí que es pot afirmar amb seguretat que aquesta va ser la posició del professor i senador Martín Retortillo, ⁹ i fins i tot es podria admetre que la del Senat, des del moment que va acceptar la seva esmena. Per a bé o per a mal, però, no es pot ignorar que no va concloure allí la tramitació parlamentària, i que l'opinió del Senat no coincidia amb la del Congrés dels Diputats. En unir les dues formulacions, com abans hem dit, es produeix inexorablement una alteració de l'abast que el Senat va pretendre donar a la fórmula, i cal no oblidar tampoc el caràcter predominant que des del punt de vista legislatiu té el Congrés. El que aquí se sosté resulta inequívoc en relació amb el canvi d'administració per concessió. Segons la posició maximalista del Senat, tota l'administració dels recursos hidràulics era competència exclusiva de l'Estat, que quedaria reduïda —i Déu n'hi do— a la concessió. ¹⁰

La dificultat o insatisfacció de la fórmula no es resol certament per la via dels antecedents parlamentaris que, més aviat, demostren una contraposició de la qual es pot dir, pel cap baix, que va obligar a una solució poc o insuficientment clara.

6. Cfr. Sánchez Blanco, *op. cit.*, pp. 429 i ss.; Menéndez Rexach, A., «La ley de aguas de 2 de agosto de 1985: análisis institucional», dins *El Derecho de aguas*, Madrid, 1986, de Gallego Anabitarre, A., Menéndez Rexach, A. i Díaz Lema, J. M.

7. Vegeu Menéndez Rexach, *op. cit.*, pp. 547 i 565.

8. Sánchez Blanco, A., *op. cit.*, p. 433: «són clars els antecedents parlamentaris i la voluntat dels responsables de l'elaboració del text constitucional de reservar a l'Estat la legislació, ordenació i concessió dels recursos hidràulics».

9. «Los recursos... Estado», *Trabajos parlamentarios*, IV, pp. 3.984-5.

10. Ortiz Díaz comenta favorablement el canvi (*op. cit.*, pp. 43-44).

La interpretació literal no proporciona excessiva força a la posició que exposem, tot i els esforços realitzats pels seus autors que, en realitat, intenten traspasar al text constitucional un personal o institucional *wishful thinking*, en el qual influeix una discutible comparació entre l'article 149.1.22 i l'article 148.10 de la Constitució. S'afirma, en aquest sentit, que és «l'única possible i lògica interpretació derivada de la coherència existent en la distribució de competències assignades a l'Estat per l'article 149.1.22 de la Constitució i les atribuïdes a les comunitats autònomes a l'article 148.10 del mateix text constitucional».¹¹ Com ja hem raonat anteriorment, però, l'article 148 no atribueix competències a les comunitats autònomes, sinó que ofereix un marc perquè totes les comunitats autònomes puguin incloure competències en els seus propis Estatuts; marc que s'amplia al de l'article 149, per a les comunitats autònomes que es constitueixen a l'empara de l'article 151 i disposició transitòria segona de la Constitució.

I la pretesa interpretació literal no es pot salvar tampoc afirmant que, essent clara la voluntat del constituent —afirmació incerta en el sentit que se li atribueix—, la no separació dels termes per l'adequada puntuació no constitueix més que una deficiència d'estil. El caràcter forçat de la tesi, des de la literalitat, es posa de manifest observant la necessària referència de l'adjectiu «hidràulic» a recursos i aprofitaments, de manera que s'han d'entendre comunament referits a recursos i aprofitaments hidràulics —perquè de recursos hidràulics es tracta també— la legislació, l'ordenació i la concessió. Mancat del suport interpretatiu literal de l'article 148.10, la pretesa interpretació literal de l'article 149.1.22 no té fonament.¹²

Per la mateixa raó, tampoc no troba fonament seriós la pretensió de fer descansar la distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en la diferència entre recursos i aprofitaments,¹³ des de la perspectiva única de la Constitució.

El problema, doncs, es trasllada, per una o altra via, als Estatuts; perquè és en aquests on es realitza l'assumpció de les competències i perquè en assumir-les alguns autors creuen trobar arguments per confirmar la distribució de competències que estem exposant i criticant.

Tal com hem transcrit anteriorment, l'Estatut del País Basc, en el seu article 10.11, recull com a competència exclusiva de la Comunitat Autònoma els aprofitaments hidràulics quan les aigües passin íntegrament dins el País Basc i, separadament, aigües minerals, termals i subterrànies. Una cosa semblant fa l'Estatut de Catalunya, en el seu article 9.16. L'Estatut de Galícia recull les mateixes expressions, però en apartats diferents: en el 12 i en el 14. En el primer s'hi conté una referència que a l'article 149.1.22 de la Constitució no apareix en els Estatuts basc i galleg; referència que també es fa en el segon en relació amb les aigües subterrànies. Per acabar, dins de les comunitats autònomes de l'article 151 de la Constitució, l'Estatut d'Andalusia ve a complicar més la qüestió ja que inclou, com ja hem avançat, recursos hidràulics a l'article homòleg 13.12, sense que ni aquest ni l'article 13.13 no continguin cap referència a l'article 149.1.22 de la Constitució.

Tota la regulació autonòmica —i precisament no n'és una excepció el tema pre-

11. Ortiz Díaz, *op. cit.*, p. 44.

12. En contra de la interpretació que es combat al text, Ariño Ortiz, G., *El proyecto de Ley de Aguas (Informe jurídico)*. IEE, Madrid, 1985, p. 95.

13. En aquest sentit, Martín Retortillo, S., *loc. cit.*

sent— és impossible d'interpretar-la si no se situa en el context concret en què neix cada una de les seves parts. No és qüestió de grans dimensions temporals; els canvis d'escenari s'esdevenen amb gran rapidesa i brusquedat. Però si se segueix la tècnica de la fotografia i no la de la pel·lícula es corre el risc de fracassar de mig a mig en l'intent, que ja per si sol és difícil.

Dels preceptes abans citats s'han tret conclusions contradictòries, potser per l'afany de buscar arguments per confirmar tesis prèvies. Així, per la direcció doctrinal que aquí comentem, hem conclòs que les Estatuts basc i català —i no diguem el gallec— confirmen que han deixat fora de les competències exclusives de les respectives comunitats la relativa als recursos, i s'han limitat a recollir els aprofitaments a què es refereix l'article 148.10 de la Constitució. Aquesta conclusió, però, topa amb l'assumpció estatutària de competències exclusives sobre aigües subterrànies que no apareix a l'article 148 ni al 149. I una de dues, o no són recursos o, si ho són, els Estatuts han acollit alguna cosa més que aprofitaments.

La solució, per no contradir la tesi definida, consistirà a afirmar que es tracta de recursos, per tal de remarcar el caràcter unitari del cicle hidràulic; sobre això es basarà més tard la titularitat estatal del domini públic hidràulic, cosa que explica el silenci de la Constitució. Evidentment, però, no explica l'especificació dels Estatuts basc, català, gallec i andalús. I davant l'esment exprés d'aquest també als recursos, sense cap referència a l'article 149.1.22 de la Constitució, la sortida és, simplement, proclamar la seva anormalitat i la seva possible inconstitucionalitat.¹⁴

L'esmentada tesi xoca també amb el fet que la competència de l'article 148.10 està formulada sobre l'interès i, en canvi, els preceptes dels Estatuts basc, català i gallec ho està sobre el territori (aigües intracomunitàries). Aquest escull també es podria salvar, des de la nostra perspectiva, superposant tots dos conceptes, és a dir, pressuposar l'interès autonòmic quan les aigües passen íntegrament dins del territori de la comunitat autònoma.¹⁵

L'examen històric dels diferents Estatuts i no intemporal permet d'aportar elements interpretatius diferents. En els Estatuts basc i català no es va fer cap referència als recursos per tal com es va considerar que era innecessari donat que tot aprofitament hidràulic ho és d'un recurs;¹⁶ l'única cosa que s'havia de recollir a l'Estatut era el caràcter intracomunitari de les aigües que, precisament, s'aprofitaven. Les argumentacions terminològiques referides a la Llei d'Aigües de 1879¹⁷ no són convincents perquè a la citada Llei no apareix el terme tècnic de recursos, i perquè no escindeix l'aprofitament del cabal i de les obres i del domini públic necessari (títol IV, cap. XI, arts. 147 a 163 de la Llei de 1879).

Per la mateixa raó, en referir-se a les aigües subterrànies no es fa cap esment del territori, ja que s'entén que en aquestes aigües es compleix el criteri territorial.

Pel que fa a les innovacions introduïdes a l'Estatut gallec, la direcció doctrinal referida les vol mostrar com un argument decisiu que «eludeix dubtes i possibles reserves o alternatives equívokes».¹⁸ Si l'article 27.12 de l'Estatut gallec recull el

14. Ortiz Díaz, *op. cit.*, p. 54.

15. Aquesta aproximació substancial del criteri de l'interès autonòmic i del caràcter intracomunitari i de l'aigua apareix subratllat a Menéndez Rexach, *op. cit.*, p. 562.

16. Vegeu, Ariño, G., *op. cit.*, p. 197, que recull la posició de la Generalitat de Catalunya.

17. Martín Retortillo, S. *loc. cit.* En el sentit del text, Ariño, G., *loc. cit.* i Menéndez Rexach, *op. cit.*, p. 564.

18. Sánchez Blanco, *op. cit.*, p. 427.

«sense perjudici del que disposa l'article 149.1.22 de la Constitució», i només al·ludeix a aprofitaments, és, conclou, perquè deixa fora els recursos.

És possible, sense entrar ara en el difícil joc d'endevinar les intencions, que aquesta fos la intenció dels promotors governamentals del precepte;¹⁹ amb tot, la pretensió resultava inútil, donat que a l'Estatut gal·lec s'inclouen les aigües subterrànies, que també són un recurs hidràulic, i la referència, anàloga a moltes altres d'aquest i altres Estatuts, es limita a reproduir el contrapunt de la regulació constitucional per la via del que anteriorment s'ha anomenat «eco loco», que va de la Constitució a l'Estatut i d'aquest a la Constitució. L'abast de la referència no va més enllà de respectar —no més faltaria— la competència de l'Estat que a la Constitució està formulada territorialment en relació amb les aigües intercomunitàries i a l'Estatut amb les aigües intracomunitàries. Les aigües no aporten cap novetat a l'esquema de distribució de competències que s'ha utilitzat entre Constitució i Estatuts, aspecte sobre el qual ja hem opinat anteriorment.

Aquesta tesi es veu reforçada amb l'Estatut d'Andalusia. Resultaria xocant que d'acord amb la «naturalesa de les coses» la pretensió andalusa fos de més ampli abast competencial que la catalana; teòricament és admissible,²⁰ però resulta difícil d'admetre en la dinàmica real del procés autonòmic, quan els nacionalistes bascos i catalans han realitzat interpretacions autèntiques del contingut dels respectius preceptes estatutaris. Descartada la inconstitucionalitat, que no va ser promoguda pel Govern de la Nació, caldrà veure en la regulació de l'Estatut andalús un aclariment dels dubtes anteriors. No existeix una partició funcional, sinó territorial, segons si les aigües són inter o intracomunitàries.

III. Altres interpretacions doctrinals: criteri territorial per a la distribució de competències

La conclusió a què hem arribat a l'apartat anterior sobre la distribució de les competències en funció exclusivament del territori és sostinguda pels professors Ariño²¹ i Martín Mateo,²² cosa que significa el reconeixement de competències exclusives de les comunitats autònomes sobre les aigües intracomunitàries.²³ La diferència amb l'Estat no provindrà, en principi, de la naturalesa de les funcions, sinó del territori. D'aquesta manera, s'assumeix la tesi de la identificació entre recursos i aprofitaments.

També el professor Menéndez Rexach, en un estudi minuciós del tema, manté aquesta tesi, si bé no admet la identificació entre recursos i aprofitaments.²⁴ Aquesta tesi es fa possible, antitèticament a la direcció doctrinal criticada a l'apartat anterior, perquè l'anàlisi dels articles 148.10 i 149.1.22 de la Constitució permet descobrir

19. Entre ells figurava Martín Retortillo, S., com a assessor del Govern.

20. Aquesta és l'opinió de Menéndez Rexach, *op. cit.*, p. 559.

21. *Op. cit.*, p. 96.

22. «El agua: bases institucionales», *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, núm. 1 (1985), pp. 44 i ss.

23. En el text es fa referència exclusivament a les Comunitats Autònomes plenes o de «règim especial», en terminologia de Menéndez Rexach (*op. cit.*, p. 558). També per economia de l'exposició prescindim de les obres hidràuliques.

24. *Op. cit.*, pp. 559-60.

una teòrica «franja intermèdia».²⁵ En realitat, el fet de no esmentar la legislació en aquell article revela una vegada més que les comunitats autònomes de segon grau no naixien per al constituent amb potestat legislativa.

Amb això, però, no han quedat resoltos tots els problemes. En primer lloc cal dilucidar què s'entén per aigües inter o intracomunitàries, o utilitzant els termes legals, quan les aigües passen per més d'una comunitat autònoma o quan passen íntegrament per una de sola.

La primera resposta que troba una acceptació majoritària consisteix a referir les aigües al «conjunt de corrents, pantans, llacunes o canals que integren una conca hidrogràfica»,²⁶ entesa, com diu l'article 14 de la nova Llei d'Aigües, com «el territori en què les aigües flueixen al mar a través d'una xarxa de llits secundaris que convergeixen a un llit principal únic». Les conseqüències jurídiques, des del punt de vista de les competències, és clara, si es té en compte a més el que diu el citat article: «la conca hidrogràfica, com a unitat de gestió del recurs, es considera indivisible». Un plantejament diferent, s'afirma, «suposaria el caos en l'ordenació del recurs».

Per aquesta via, tesi del professor Ariño, les competències de les comunitats autònomes sobre aigües intracomunitàries només podrien ser exercides per Catalunya, Andalusia i eventualment per les Illes, sense distingir recursos i aprofitaments.

Davant d'aquest criteri, el professor Menéndez Rexach ha avançat una tesi que permet a les comunitats autònomes disposar de competències més àmplies sobre els aprofitaments. Perquè la d'Ariño pot resultar, en última instància, tan reduccionista per a la major part de les comunitats autònomes com la d'Ortiz Díaz, Sánchez Blanco o els germans Martín Retortillo, ja que reconeix, mitjançant la utilització del criteri de la conca, la competència estatal sobre els aprofitaments quan la conca compregui més d'una comunitat autònoma, que és la regla general. Es produirien així diferències entre comunitats autònomes de la mateixa naturalesa, no per raó dels termes estatutaris respectius, sinó en virtut de la seva interpretació.

Per a Menéndez Rexach, seria útil en aquest sentit mantenir la diferència entre recursos i aprofitaments²⁷ que es recullen en el text constitucional. Així, «en els aprofitaments el criteri de la localització de l'aigua es refereix només al cabal aprofitat i a la localització del recurs del qual procedeix aquest cabal».²⁸ D'aquesta manera el criteri de la conca s'aplicaria exclusivament per als recursos, que serien competència de l'Estat. En canvi, no s'aplicaria als aprofitaments, de manera que la competència correspondria a les comunitats autònomes «quan el cabal concedit per a l'aprofitament passa íntegrament pel territori d'aquelles, cosa que succeirà quan els canals, sèquies, conduccions i altres obres construïdes per a la conducció artificial de les aigües objecte d'aprofitament es localitzin en la seva totalitat en el territori d'una Comunitat».²⁹

L'observació ens sembla encertada i constitueix una solució equilibrada: per un cantó, és respectuosa amb els preceptes constitucionals i estatutaris, sense buidar a la

25. *Ibidem.* pp. 548 i 560.

26. Ariño, *op. cit.*, p. 101 i, per descomptat, els autors que sostenen una posició «estatalista».

27. El terme «recursos» s'hauria de referir al «règim jurídic de les aigües en general», i el d'«aprofitament» a un aspecte concret d'aquest, el de la seva utilització, *op. cit.*, p. 565.

28. *Op. cit.*, p. 561.

29. *Ibidem.*

pràctica les competències de les comunitats autònomes; i per un altre, no es posa en risc el «dogma» de la unitat de gestió de les aigües des del punt de vista territorial.³⁰

IV. Interpretació que proposem

Al llarg de l'exposició anterior i comentant les crítiques respectives hem anat perfilant l'aproximació doctrinal que aquí defensem, a la vista dels textos constitucional i estatutari. En resum, es podria afirmar que el criteri decisiu per a la distribució de competències en matèria d'aigües entre l'Estat i la comunitat autònoma és el territorial, segons si les aigües passen o no per més d'una comunitat autònoma. Aquest criteri s'entén referit a tots els aspectes del règim jurídic de les aigües, tant pel que fa a la legislació, ordenació i concessió de recursos, com dels aprofitaments.

No hi ha inconvenient a admetre que el pas de les aigües pot ser interpretat de manera diferent segons si es refereix als recursos o als aprofitaments, entenent que en el primer cas s'opera per conques i en el segons per la realitat física de les aigües aprofitades. Val a dir, però, que aquest no va ser el pensament del legislador estatutari català i, probablement, el del basc i el del gallec. De tota manera, aquesta interpretació permet, a la pràctica i no només a la teoria,³¹ que les comunitats autònomes de Catalunya i Andalusia puguin exercir les seves competències sobre els recursos que siguin intracomunitaris, ja sigui perquè així s'ha reconegut a l'Estatut (cas d'Andalusia), ja sigui perquè s'entén que els aprofitaments van implícits en els recursos (cas català). Si en els casos basc i gallec no es pot exercir aquesta competència és senzillament perquè la realitat física ho impedeix.³²

V. Especial referència a la competència exclusiva de les Canàries en aquesta matèria.

Les dades que subministra la Constitució i l'Estatut d'Autonomia de les Canàries, juntament amb la LOTRACA,³³ inviten inequívocament a l'afirmació de la competència exclusiva de les Canàries en aquesta matèria. Vegem-ho.

La situació hídrica de la comunitat autònoma de les Canàries és peculiar. La seva estructura geològica singular i l'escassetat d'aigua ha conduït necessàriament a la promulgació de normes especials,³⁴ com lògicament admet el paràgraf primer de la disposició addicional tercera de la Llei d'Aigües nacional.

L'autonomia política, definidora de les comunitats autònomes, significa el reconeixement d'uns interessos propis (art. 137 de la Constitució) i una participació en el poder legislatiu de l'Estat. Així, doncs, cada comunitat autònoma constitueix el seu

30. Punt XI a la carta europea de l'aigua.

31. Posició de Menéndez Rexach.

32. És el que passa amb la competència sobre litoral que, òbviament, no pot existir en comunitats autònomes de l'interior.

33. Llei Orgànica 11/1982, de 10 d'agost, de Transferències Complementàries a Canàries.

34. Encara que, com assenyala la Sentència del Tribunal Suprem de 16 de novembre de 1956, la legislació especial de les Canàries en matèria d'aigües s'ha d'harmonitzar amb la Llei d'Aigües nacional.

propi ordenament jurídic, com a poder públic organitzat jurídicament per a la gestió d'uns interessos garantits per la Constitució.³⁵

Doncs bé, al nostre parer, la competència exclusiva en matèria d'aigües a les Canàries es dedueix «a contrario sensu» de l'article 149.1.22 de la Constitució.

La simple lectura d'aquest article proporciona la solució:

«L'Estat té competència exclusiva sobre les matèries següents:

»22. La legislació, ordenació i concessió de recursos i aprofitaments hidràulics quan les aigües passin per més d'una Comunitat autònoma...»

I és que, a les Canàries, les aigües forçosament han de passar per la pròpia Comunitat. És materialment impossible que simultàniament puguin passar per una altra Comunitat: únic cas en què l'Estat gaudiria de competència exclusiva en aquesta matèria.³⁶

Per tant, d'acord amb el que estableix l'article 149.3 de la Constitució, la Comunitat autònoma canària la va assumir expressament a través del seu Estatut d'Autonomia. Així, a l'article 29.6 atribueix a les Canàries competències exclusives sobre «aprofitaments hidràulics, canals i regatges aigües minerals i termals». I l'article 34 assenjala:

«La Comunitat de les Canàries exercirà també competències, en els termes que assenjala l'article següent, en les matèries que segueixen:

»A. Competències legislatives i d'execució.

»2. Aigües superficials i subterrànies, naixents i recursos geotèrmics; captació, enllumenat, explotació, transformació i fabricació, distribució i consum d'aigües per a finalitats agrícoles, urbanes i industrials».

Aquesta competència de l'article 34.A.2. de l'Estatut ja ha estat assumida en virtut del mateix article 35 de l'Estatut per la LOTRACA. Noteu que l'article 34.A.2 de l'Estatut amplia les competències de partida de les Comunitats que van accedir, com en el cas canari, a l'autonomia per l'article 143 de la Constitució. Assumeixen, doncs, la competència exclusiva en aquesta matèria.

Això, però, no és el corollari solament del que assenjala l'article 149.1.22 de la Constitució i els preceptes citats de l'Estatut canari.

També es dedueix de l'article 132.1 de la Constitució que, com ha assenyalat solemnement el nostre Tribunal Constitucional, «no és una norma atributiva de competències. El seu abast es limita a implantar la reserva de llei en aquest camp».³⁷ Així, doncs, si la Comunitat autònoma posseeix, com s'esdevé en el nostre cas, competència exclusiva, podrà dictar les corresponents normes en el marc de les seves competències. Això s'ha d'entendre en el sentit que la reserva de llei d'aquest precepte constitucional no és privatiu del legislador estatal sinó que, contràriament, també té aplicació sobre el legislador autònom.

35. Vegeu Meilán, J. L., i Rodríguez-Arana, J., *El Derecho estatutario gallego*. 1.ª ed. en gallec, Santiago, 1988, pp. 28 i ss.

36. En un sentit anàleg, la Sentència del Tribunal Constitucional de 20 d'octubre de 1986 en relació amb l'autorització per a instal·lacions d'energia elèctrica.

37. Sentència de 27 de juliol de 1982.

A més a més, l'article 149.1.8 de la Constitució tampoc no és d'aplicació en aquest cas pel que fa a la competència exclusiva de l'Estat sobre la legislació civil. Senzillament perquè, si bé determinats aspectes del domini natural es troben regulats en el Codi Civil, «el domini públic és institució indubtablement integrada en el Dret administratiu».³⁸ D'aquí que la regulació jurídica del domini públic sigui objecte natural del Dret administratiu.

Semblantment, la possible invocació com a títol competencial estatal en aquesta matèria de l'article 149.1.1 de la Constitució tampoc no ha de prosperar. Especialment perquè es tracta d'una competència exclusiva, com s'ha demostrat, i perquè el principi d'igualtat, com ha tingut oportunitat d'assenyalar el Tribunal Constitucional, «no pot ser entès de cap manera com una rigorosa i monolítica uniformitat de l'ordenament».³⁹ Així, per exemple, no hi ha res que impedeixi, especialment en cas de competència exclusiva, que el que es converteixi en demani en una zona es mantingui en règim patrimonial en una altra. Almenys en aquest sentit va operar la llei catalana de 7 de desembre de 1981 que, com és ben sabut, definia béns de domini públic específics d'aquesta Comunitat Autònoma.

En trobem, doncs, davant un cas de competència exclusiva d'una comunitat autònoma, que és el mateix que dir que la competència legislativa, en aquest cas de la comunitat autònoma de les Canàries, suposa una autolimitació de la potestat legislativa de les Corts Generals, i, amb això, el reconeixement de la prevalença del Dret de la Comunitat en aquest tema. Almenys així ho estableix clarament l'article 149.3 de la Constitució «*in fine*» i l'article 42 de l'Estatut canari.

VI. Les aigües subterrànies

Una consideració especial mereixen les aigües subterrànies des del punt de vista del Dret propi de Galícia, ja que sobre elles es plantegen els problemes més importants, que tenen a veure amb la singularitat del cas galleg, com succeeix, per raons diferents, amb les Canàries.

També en aquest punt s'han perfilat dues posicions oposades, entre les quals n'hi ha d'altres de més matisades. Per a uns,⁴⁰ les aigües subterrànies estan subjectes a la mateixa regulació que les superficials, i per tant entren totes dues en el concepte comú de recursos. Això justificaria que no apareguin expressament esmentades a la Constitució, ni a l'article 148 ni a l'article 149. Per a altres, aquest silenci de la Constitució permet que les comunitats autònomes assumeixin la competència exclusiva sobre les aigües subterrànies, com han fet, amb els límits que tota competència exclusiva comporta.⁴¹

És un fet objectiu que en els Estatuts basc, català, galleg i andalús les aigües subterrànies consten explícitament i separades de les «aigües que flueixen», que s'identifiquen amb les superficials des de la perspectiva estatutària. És més, a l'Estatut galleg apareixen en apartats diferents (12 i 14). En aquesta ubicació estatutària ha influït la inèrcia de la divisió ministerial, ja que tradicionalment les aigües superfi-

38. González Pérez, J., *Comentarios a la ley de Aguas*. Madrid, 1987, p. 1.153.

39. Sentència del Tribunal Constitucional de 16 de novembre de 1981.

40. Ortiz Díaz, Martín Retortillo.

41. Martínez Blanco, A., «Repercusión de la Constitución española de 1978 en el régimen de aprovechamiento de las aguas», *RAP*, núm. 99 (1982), p. 393. També, en part, Martín Mateo, R., *op. cit.*, p. 48.

cials han estat competència del Ministeri d'Obres Públiques (Cos d'Enginyers de Camins) i les subterrànies, així com les minerals i termals, del Ministeri d'Indústria (Cos d'Enginyers Industrial i de Mines);⁴² significa això que la competència sobre les aigües subterrànies segueix un criteri diferent del de les aigües superficials?

La resposta es pot donar en funció del que convé o del que realment diu l'ordenament jurídic. Des de la primera perspectiva n'hi hauria prou d'afirmar que científicament està demostrada la unitat del cicle hidràulic⁴³ per concloure que totes les aigües, subterrànies i superficials, segueixen el mateix règim jurídic, o si es reconeix que és «una innegable realitat» que els Estatuts assumeixen la seva competència sobre les aigües subterrànies «sota un títol o concepte diferent» del de les aigües superficials, es replica afirmant que aquesta solució «resulta molt desaconsellable des del punt de vista d'una política racional d'explotació dels recursos».⁴⁴

Des d'un plantejament estrictament jurídic, es pot mantenir l'equivalència del règim jurídic de les aigües superficials i subterrànies pel que fa a la distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes, que és del que aquí es tracta.⁴⁵ Qualsevol quina hagi estat la raó «històrica» de la ubicació dels preceptes en els Estatuts, és clar que la competència de la comunitat autònoma sobre aigües subterrànies coincideix amb el criteri de territorialitat en el sentit que es presumeix que estan localitzades dins del territori d'una comunitat autònoma. La competència d'aquesta es fonamenta en el fet que les aigües (superficials) no passen per diverses comunitats autònomes, és a dir, ho fan íntegrament pel territori de la comunitat autònoma; les aigües subterrànies estan localitzades en aquest territori, entenen que no flueixen. En tot cas les aigües que flueixen seguiran el règim de les superficials si amb elles s'identifica l'article 149.1.22 de la Constitució.⁴⁶

L'Estatut de Galícia proporciona un argument, al nostre parer decisiu, sobre aquesta qüestió. L'apartat 14 de l'article 27 conté una referència a l'article 149.1.22 de la Constitució en el cas de les aigües subterrànies. La competència sobre les aigües subterrànies, per tant, correspon a la comunitat autònoma, llevat que es tractés d'aigües subterrànies fluents, que passessin per més d'una comunitat autònoma.⁴⁷

VII. Les solucions de la Llei d'Aigües de 1985⁴⁸

La Llei d'Aigües de 2 d'agost de 1985 estableix des de l'article primer quina és l'opció, d'entre les diverses possibles, per afrontar el problema de la distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèria d'aigües:

42. Crítica del sistema tradicional a Martín Retortillo, S., «Problemas de organización en materia de aguas públicas», a *Aguas públicas y obras hidráulicas*. Madrid, 1966, pp. 293 i ss.

43. Cfr. Llamas, R., i Custodio, E., «Informe científico-técnico», dins *El Proyecto de Ley de Aguas*, op. cit., pp. 15-17.

44. Ariño, op. cit., p. 103.

45. És el criteri de Menéndez Rexach, op. cit., p. 563.

46. *Ibidem*.

47. Com subratlla Menéndez Rexach amb raó, el mateix criteri s'hauria d'aplicar a les aigües superficials «estancades» o «mortes».

48. Sobre el debat parlamentari, cfr. Menéndez Rexach, op. cit., pp. 576 i ss. També González Berenguer, J. L., *Comentarios a la Ley de Aguas*. Madrid, 1985. Sobre el projecte, a més a més d'Ariño, op. cit., cfr. López Rodó, L., «El Proyecto de Ley de Aguas», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 62 (1985), pp. 169 i ss.

«És objecte d'aquesta llei la regulació del domini públic hidràulic, de l'ús de l'aigua i de l'exercici de les competències atribuïdes a l'Estat en les matèries relacionades amb aquest domini en el marc de les competències delimitades a l'article 149 de la Constitució.»

El fulcre en el qual descansa la palanca de l'Estat per delimitar les seves competències i de retruc la de les comunitats autònomes, és la declaració de domini públic estatal de totes les aigües, trencant amb la tradicional distinció entre aigües públiques i privades de la Llei d'Aigües de 1879 i del Codi Civil, incloent-hi també les aigües «subterrànies renovables». L'explicació apareix a l'apartat 2 del mateix article 1:

«Les aigües continentals superficials, així com les subterrànies renovables, integrades totes elles en el cicle hidrològic, constitueixen un recurs unitari, subordinat a l'interès general, que forma part del domini públic estatal com a domini hidràulic.»

Aquest domini es desenvolupa a l'article 2 i següents.⁴⁹ Les aigües subterrànies, en la mesura que són renovables, estan integrades en el cicle hidrogràfic i, per aquesta circumstància, formen part de l'esmentat «recurs unitari».

La declaració de domini públic estatal es realitza, doncs, respecte a totes les aigües superficials o subterrànies que integrin el cicle hidrològic, independentment de si passen per més d'una comunitat autònoma o estan localitzades íntegrament en el territori d'una d'aquestes. Aquesta declaració comporta que no són de domini públic autònom —ni local—, circumstància que no impedeix la Constitució:⁵⁰ ha estat utilitzada en el Dret positiu espanyol,⁵¹ ho és en el Dret comparat⁵² i en altres pertinències del domini públic, com per exemple les carreteres.

Aquesta declaració significa l'atribució a l'Estat d'un seguit de competències que són recollides al llarg de la llei i que, en una enumeració confessadament no exhaustiva, realitza l'article 15,⁵³ mentre que l'article 16 recull les de les comunitats autònomes.⁵⁴

49. Per Reial Decret 849/1986, d'11 d'abril, es va aprovar el Reglament del domini públic hidràulic. Per la unificació del règim públic de l'aigua s'havien pronunciat, per exemple, Martín Retortillo, S., *Aguas públicas...* op. cit., pp. 192-3, i Sánchez Blanco, A., *La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, 1979, pp. 132 i ss.

50. En aquest sentit, Guaita, A., *Derecho administrativo. aguas, montes, minas*, Madrid, 1982, p. 27.

51. Article 17 de l'Estatut català de 1932.

52. Cas italià de regions d'estatut especial, *cf.* Perruci, V., *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*, Bolonya, 1985, pp. 12 i ss.

53. Interessen també els articles 19 i ss. sobre organismes de conca. L'article 15 disposa:

«En relació amb el domini públic hidràulic i en el marc de les competències que li atribueix la Constitució, l'Estat exercirà, especialment, les funcions següents:

»a) La planificació hidrològica i la realització dels plans estatals d'infraestructura hidràuliques o qualsevol altre d'estatal que en formi part.

»b) L'adopció de les mesures necessàries per al compliment dels acords i convenis internacionals en matèria d'aigües.

»c) L'atorgament de concessions referents al domini públic hidràulic en les conques hidrogràfiques que excedeixin de l'àmbit territorial d'una sola Comunitat Autònoma.

»d) L'atorgament d'autoritzacions referents al domini públic hidràulic, així com la tutela d'aquest, en les conques hidrogràfiques que excedeixin de l'àmbit territorial d'una sola Comunitat Autònoma. La tramitació d'aquestes autoritzacions, però, podrà ser encomanada a les Comunitats Autònomes.»

54. L'apartat 1 disposa:

«La Comunitat Autònoma que en virtut del seu Estatut d'Autonomia exerceixi competència sobre el domini públic hidràulic en conques hidrogràfiques compreses íntegrament dins del seu territori, ajustarà el règim jurídic de la seva administració hidràulica a les bases següents:

»a) Aplicació dels principis establerts a l'article 13 d'aquesta llei.

»b) La representació dels usuaris en els òrgans col·legiats de l'Administració hidràulica estatal i de les previsions de la planificació hidrològica.»

En els diferents apartats de l'article 15, llevat de la planificació, s'autolimiten les competències estatals als supòsits d'interès estatal (pel que fa a obres hidràuliques, acords internacionals) o a «conques hidrogràfiques que excedeixin de l'àmbit territorial d'una comunitat autònoma», d'acord amb la interpretació anteriorment exposada. En el cas de la planificació, l'article 1.3 prescindeix de qualsevol referència territorial i declara que correspon, en tots els casos, a l'Estat. La interpretació del precepte és delicada, ja que, d'una banda, parla de la planificació en els termes que estableix aquesta llei; però, d'una altra, afirma que s'haurà de sotmetre a la planificació hidrològica «tota actuació sobre el domini públic hidrològic».

Una conseqüència precipitada, a la vista de la Llei de 2 d'agost de 1985, donant per evident que per la via de la planificació es vol recuperar, reintegrant-la a l'Estat, la unitat del sistema hidràulic nacional, que l'aigua és «un recurs nacional» i que som davant d'«un domini públic nacional», és que «a l'Estat, únic sobirà, li correspon en tots els casos aprovar la legislació, ordenació i planificació bàsica del seu aprofitament i explotació».⁵⁵ Per arribar a aquesta conclusió es podien haver estalviat tots els esforços d'interpretació sobre recursos i aprofitaments a l'article 149.1.22 de la Constitució.

És aconsellable de triar la via més pacient —i més segura— d'examinar els termes que s'estableixen a la llei per a la planificació i l'abast de la vinculació d'aquesta planificació, com suggereix la mateixa llei (art. 1.3).

La planificació, segons l'article 38.2, «es farà mitjançant els plans hidrològics de conca i el Pla Hidrològic Nacional». Aquells poden ser competència de les comunitats autònomes (art. 38.6 que es refereix a l'art. 16), quan les conques hidrogràfiques estiguin compreses íntegrament dins el seu territori (art. 16.1), però només seran aprovats «si s'ajusten a les prescripcions dels articles 38.1 i 40 i s'acomoden a les determinacions del Pla Hidrològic Nacional» (art. 38.6).

D'altra banda, els organismes de conca que tenen per missió elaborar el pla de conca, es constitueixen «en les conques hidrogràfiques que excedeixin de l'àmbit territorial d'una comunitat autònoma» (art. 19.1) i en aquest sentit els correspon «l'administració i control dels aprofitaments d'interès general o que afectin més d'una comunitat autònoma (art. 21.c).

En principi, doncs, sembla que es pot mantenir la competència de les comunitats autònomes, tal com s'ha interpretat l'article 149.1.22 de la Constitució. El terme «aprovació» potser no és del tot correcte; en tot cas, és perfectament assumible que la planificació de la comunitat autònoma de conques intracomunitàries estigui limitada per l'existència del Pla Nacional. L'ordenament comunitari s'articula amb el de l'Estat; o dit d'una altra manera, l'Estatut forma part de l'ordenament jurídic estatal. La tècnica de l'articulació dels ordenaments i no la de la jerarquia serveix per explicar la relació entre comunitats autònomes i Estat.⁵⁶ L'anomenada «aprovació» és, en realitat, una actuació de comprovació que el pla comunitari s'adequa a les determinacions de la llei i del Pla Nacional.

Entenem que la competència continua esent en aquest cas exclusiva de la comunitat autònoma, i que la planificació constitueix un límit que aquesta té sense que per aquesta via planificadora s'hagi operat una substitució en la titularitat de la compe-

55. Ariño, *op. cit.*, p. 98.

56. Vegeu *supra*.

tència i sense que s'hagi transformat en competència compartida, de desenvolupament de bases estatals.⁵⁷ Per aquest motiu, considerem equivocada i inapropiada, si es pren en el seu sentit tècnic precís, el terme bases que figura a l'article 16 de la Llei 29/1985 en referir-se a les competències de la Comunitat autònoma. Aquestes «bases» constitueixen límits de la competència autonòmica, que tenen el fonament en obvis títols de l'Estat, i que defineixen el contingut de l'esmentada competència.⁵⁸

No hi ha cap motiu per desnaturalitzar el sistema de competències del nostre Estat compost per preservar «la unitat del nostre sistema hidràulic»,⁵⁹ ja que si no es torna inconscientment a un Estat unitari. La unitat s'ha d'aconseguir —i es pot fer— d'una manera articulada, que és diferent de l'execució descentralitzada, aspecte sobre el qual tornarem més endavant.

VIII. Domini públic i atribució de competències

La declaració de les aigües com a «béns de domini estatal» es pot fonamentar, en principi, en l'article 132.2 de la Constitució. També podria trobar fonament en l'article 128.2 («mitjançant llei es podrà reservar al sector públic recursos i serveis essencials»). En aquest sentit, no se sol discutir la constitucionalitat de la mesura, ni tan sols ho fan aquells que sostenen que això significa una nacionalització configurable com a privació de la propietat sense indemnització per al supòsit de les ja apropiades.⁶⁰

Convé subratllar, però, que una declaració d'aquesta mena no és indispensable, com hem recordat anteriorment. Per llei es podria declarar domini públic estatal un contingut diferent. D'altra banda, reservar al sector públic no implica tampoc necessàriament incloure el recurs reservat en l'esfera estatal.⁶¹ Sector públic s'oposa a sector privat, d'acord amb la coexistència de planificació i economia de mercat (art. 38 de la Constitució) i poden existir —i de fet existeixen— un sector públic estatal, autonòmic i local. L'article 128 no impedeix la possibilitat que aquesta reserva es fes per al sector públic autonòmic. Perquè, ni en aquell ni en aquest, la declaració de domini públic ni la reserva de recursos no es pot fer violentant la Constitució; o dit positivament, aquestes declaracions es poden fer sempre que estiguin d'acord amb el marc constitucional.

Fins a quin punt, però, la declaració de domini públic estatal en relació amb les aigües és incompatible o altera el sistema de distribució de competències? La qüestió pot tenir una especial transcendència, si bé a aquestes altures no hauria d'oferir problemes. De tota manera, no deixa de ser simptomàtic el que conté la disposició addicional tercera de la Llei 29/1985 en relació amb les Canàries. Segons aquesta disposició, subsistirà la legislació que s'aplica en aquest territori a l'entrada en vigor

57. Aquesta sembla ser l'opinió d'Ariño, *op. cit.*, p. 99, que parla de «planificació bàsica».

58. Vegeu *supra* en tractar de les competències exclusives de les comunitats autònomes en general.

59. *Cfr.* Ariño, *op. cit.*, p. 100.

60. Així, Ariño, *op. cit.*, pp. 117-118. Clarament a favor Gallego Anabitarte, A. (*op. cit.*, pp. 407 i ss, amb examen de Dret comparat), i González Berenguer, *op. cit.*, pp. 20-23.

61. Inconscientment, potser, és el que fa Gallego Anabitarte, A., *op. cit.*, p. 363 («reservar un bé al sector públic, és a dir, a l'Estat»). Abans de la Constitució, Martín Retortillo, S. (*Aguas públicas... op. cit.*, p. 194), opinava que la nacionalització de l'aigua era «l'única forma que, amb caràcter absolut, atorgaria a l'Estat poder suficient per intervenir de manera eficaç en la seva explotació».

de la llei, mentre la citada comunitat autònoma no dicti la seva pròpia legislació. A partir d'aleshores seran d'aplicació els articles de la Llei 29/1985 «que defineixen el domini públic estatal i aquells que suposin modificació o derogació de les disposicions contingudes en el Codi Civil»; quina influència pot tenir això en les competències de la comunitat autònoma?

D'entrada, cal cridar l'atenció sobre la pluralitat de significats jurídics de l'expressió «domini públic». L'observació hauria estat formulada a la doctrina pel professor Guaita⁶² i no fa gaire, i de manera contundent, ha estat exposada pel professor Gallego Anabitarte,⁶³ amb una investigació històrico-jurídica exhaustiva. Certament, es pot admetre que el domini públic és «un gènere que abraça diverses espècies» i que no pot identificar-se amb «propietat de l'Estat», configurat com a relació de propietat, pública, *more privato*. El professor Villar Palasí⁶⁴ va ser pioner a obrir camí en aquest plantejament predominant en la doctrina⁶⁵ i en la jursiprudència⁶⁶ com a conseqüència de la perspectiva del Codi Civil.⁶⁷ El «domini públic» serà, doncs, un títol que legitima la intervenció de l'Estat. «El títol es crea a través de la publicació dels béns... per la creació d'una regalia».⁶⁸

Ens interessa ara seguir l'evolució del concepte i les seves mutacions.⁶⁹ Només cal recordar que el domini públic constitueix un títol d'intervenció que justifica tot un ventall de potestats, si bé no exclou que sigui també de vegades una peculiar forma de propietat. La distinció és fonamental per al cas de les aigües continentals i subterrànies, concebibles com a *res communes* i *res nullius*, i explica el perquè de notes jurídiques de béns pertanyents a la categoria del domini com a inalienables.⁷⁰

En quin sentit s'haurà d'acollir la declaració de «domini públic hidràulic de l'Estat» que formula la Llei 29/1985? Si el domini públic es pot concebre com un títol jurídic per regular determinats béns sembla que això equival a reconèixer al seu titular competència sobre ells, com a «matèria» constitucional de l'article 149.1 de la Constitució. Evidentment, es pot considerar vàlida l'afirmació oposada: «L'atribució de competències no significa, necessàriament, atribució de titularitat sobre els béns objecte de tals competències.»⁷¹ Però la declaració de titularitat de domini públic s'ha de realitzar respectant l'ordre de competències de l'Estat i de les comunitats autònomes.

Això es pot aconseguir, en la nostra opinió, d'una d'aquestes dues formes: o bé

62. *Op. cit.*, pp. 24 i 25.

63. *Op. cit.*, pp. 362 i ss. entre altres passatges.

64. *Cfr. La intervenció administrativa en la indústria*. Madrid, 1964, pp. 137 i ss.; *Apuntes de Derecho administrativo*. «El dominio público», Facultat de Dret, Universidad Complutense, Madrid, curs 1966-67, cap. 1.

65. *Cfr. Garrido Falla, F., Tratado de Derecho administrativo*. II, 7.ª ed., Madrid, 1985, p. 500 i ss. L'Estat, «simultàniament titular de domini públic i de propietats privades»; «el règim excepcional de la demanialitat només esrà justificat en aquells casos en què l'Estat, donada la naturalesa dels béns afectes a l'ús o al servei públic, no està en condicions d'exercir normalment el seu paper de propietari» (p. 507). Sobre la influència francesa, vegeu Gallego Anabitarte, A., *op. cit.*, p. 53.

66. Sentència del Tribunal Suprem del 28 d'octubre de 1981 (Az. 4.703); 3 de desembre de 1982 (Az. 7.774).

67. En sentit crític, també I. Parejo, «Dominio público; un ensayo de reconstrucción de su teoría general», *RAP*, núms. 100-102, vol. III (1983), pp. 2.379 i ss.

68. *Cfr. Villar Palasí, La intervención...* p. 137.

69. *Cfr. Villar Palasí, ibídem*, i Gallego Anabitarte, A., pp. 325-367.

70. *Cfr. Gallego Anabitarte, A., op. cit.*, p. 418.

71. *Cfr. les agudes observacions de Gallego Anabitarte, A., op. cit.*, p. 418.

considerant el domini públic hidràulic com a títol jurídic respectant les competències de les comunitats autònomes, tal com hem afirmat anteriorment, sense que per la seva condició de títol subministri un plus competencial a la situació anterior a la Llei 29/1985, o bé es concep el domini públic com a propietat estatal.

D'acord amb aquesta última concepció, no hi haurà incompatibilitat teòrica entre la titularitat estatal dels béns i la competència de la comunitat autònoma sobre aquests, d'acord amb la doctrina elaborada al llarg de la pugna entre domini nacional i jurisdicció municipal en matèria de muntanyes o de domini marítim.⁷² La declaració tindria la seva base en l'article 132.2 de la Constitució.

El domini públic com a títol jurídic per a la regulació de les aigües es pot fundar en l'article 128.2 de la Constitució, però l'abast de la reserva al sector públic estatal, no exigint necessàriament pel precepte en aquest últim àmbit,⁷³ no pot modificar el sistema constitucional de competències i, per tant, les competències que poden ser assumides com a exclusives per les comunitats autònomes.

És cert que amb la primera concepció és «molt fàcil de justificar la constitucionalitat de l'article 1.2 de la nova Llei d'Aigües»,⁷⁴ però succeeix aleshores que pot donar lloc a autèntiques nacionalitzacions, en el sentit rigorós del terme⁷⁵ i, per tant, generar dret a les corresponents indemnitzacions.⁷⁶

Com resulta evident, almenys algunes de les aigües incloses en l'esmentat domini hidràulic de l'Estat com les aigües subterrànies, no són propietat de l'Estat, ja que el contrari no està d'acord ni amb la seva destinació amb la seva funcionalitat; per tant, no sembla que hi hagi altra opció que la de concebre aquest domini hidràulic com un títol estatal de regulació de les aigües que respectarà les possibles competències exclusives de les comunitats autònomes, i operarà respecte a elles com un límit.

El títol estatal deriva de l'existència del cicle hidrològic que permet concebre les diferents aigües com un recurs unitari, i només en la mesura que això succeeixi realment.⁷⁷

La declaració de domini públic, sobre la base de l'article 128 de la Constitució, i fins i tot de l'article 132, que constitucionalitza la Llei de Patrimoni de l'Estat (domini públic per determinació de la llei) troba el seu límit, al seu torn, en el mateix marc constitucional, del qual forma part, com hem reiterat, el sistema de distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes. L'absoluta llibertat de la llei valia per a l'Estat unitari vigent quan es va promulgar l'esmentada Llei del Patrimoni de l'Estat, no per a l'Estat sorgit de la Constitució de 1978. Perquè, no essent sector públic necessàriament estatal, i implicant el domini un títol d'intervenció, es pot afirmar amb fonament en la doctrina del Tribunal Constitucional, com s'ha fet, «el

72. Cfr. Sala Aquer, J. M., «Comunidades Autónomas y dominio público», dins *Organización territorial del Estado*. IEF, Madrid, 1984, p. 2.811.

73. Cfr. Royo Vilanova, S., *Los términos municipales y su alteración*. Madrid, 1947; Meilán Gil, J. L., *Competencias administrativas en la actividad portuaria*. cit., la diferència entre jurisdicció i potestat dominical és recollida ja al Reial Decret de 5 d'agost de 1981.

Cfr. a Itàlia, Casanova, M., *Demanio marittimo e poteri locali*. Milà, 1986, pp. 107-119.

74. En sentit contrari, Menéndez Rexach, *op. cit.*, pp. 580-1.

75. Menéndez Rexach, *ibidem*.

76. Cfr. Gallego Anabitarte, A., *op. cit.*, pp. 398-405.

77. Tesis d'autors com Ariño, *op. cit.*, pp. 124-125; López Rodó, L., *op. cit.*

caràcter accessori dels béns demaniais respecte a les competències o facultats públiques». ⁷⁸

La declaració de domini públic estatal hauria de ser incompatible amb la de domini públic autonòmic. ⁷⁹ La unitat del sistema és compatible amb la pluralitat de titularitats, com succeeix amb carreteres, i podrà esdevenir-se realment amb l'escalament de plans urbanístics. Es tractaria d'aconseguir la unitat articuladament i no monolíticament, com succeeix amb l'ordenament jurídic d'un Estat compost.

IX. Domini públic i aigües subterrànies

La declaració de domini públic hidrològic de l'Estat ofereix en la Llei 29/1985 una flexibilitat significativa pel que fa a les aigües subterrànies, que és el punt sobre el qual s'han centrat en bona part les crítiques dels opositors a la Llei. ⁸⁰ La disposició transitòria segona ofereix al titular d'aprofitaments d'aigües privades provinents de deus l'alternativa de la seva inscripció en el Registre d'Aigües per al seu aprofitament temporal com a tals durant cinquanta anys, o mantenir-ne «la titularitat en la mateixa forma que fins ara», si bé «no podran gaudir de la protecció administrativa que es deriva de la inscripció en el Registre d'Aigües». En aquesta disposició es funden els defensors de la tesi no nacionalitzadora, que evita en conseqüència les indemnitzacions. ⁸¹

La declaració de domini públic, sense matís nacionalitzador, es deduiria de l'article 12 en relació amb l'article 52.2. El domini públic és un títol d'intervenció, alguna cosa més que convertir la propietat privada de les aigües subterrànies en propietat vinculada, ⁸² si no es precisa ben bé l'abast de l'expressió, on no caben de la mateixa manera muntanyes o propietat urbanística, per exemple.

La seva concepció de la llei resulta coherent amb la qualificació de les aigües subterrànies com a *res nullius*. Una vegada s'han fet aflorar són susceptibles d'apropiació privada. Les que s'haguessin fet aflorar abans que entrés en vigència la llei poden continuar essent privades i poden canviar la seva naturalesa a voluntat del seu propietari, que la continuarà posseint a títol de concessionari. Precisament pel seu caràcter de *res nullius*, les aigües subterrànies que no s'han fet aflorar a l'entrada en vigor de la llei caurien dins el domini públic hidrològic, i aquest títol proporcionaria a l'Estat les potestats administratives que es manifesten en la necessitat d'autorització administrativa prèvia per al seu ús privatiu, si bé n'estaran exempts quan hagin estat declarades «sobreexplotades o en risc d'estar-ho» (art. 52.2).

Ara bé, aquesta inclusió global de les aigües subterrànies en el domini públic hidrològic de l'Estat resulta molt qüestionable des del punt de vista constitucional si, com s'ha admès anteriorment, el domini públic és concebut com un títol jurídic de regulació de la de la matèria. La competència de l'Estat sobre les aigües —superficials i subterrànies—,

78. Per això resulta discutible predicar aquesta unitat de les Canàries per la seva insularitat i per la conformació de les seves aigües subterrànies.

79. Cfr. Parejo, L., *op. cit.*, p. 2.422.

80. «L'Estat, com a conjunt de les institucions centrals, perd facultats que les Comunitats Autònomes guanyen» (Sentència del Tribunal Constitucional 58/1982, de 27 de juliol).

81. Per tots, Ariño, *op. cit.* Per a Galícia, Alonso Zato, J. L., «Las aguas en Galicia: ¿públicas o privadas? ¿Qué hacer ante la nacionalización?», dins *La Ley*, 8 de novembre de 1985.

82. Així, Gallego Anabitarte, A., *op. cit.*; i González Berenguer, J. L., *op. cit.*

com hem sostingut anteriorment, descansa en el fet físic que passin per més d'una comunitat autònoma, fins i tot referida l'expressió a les conques intercomunitàries.

D'entrada resulta difícil d'admetre que totes les aigües subterrànies flueixin de la mateixa manera que les superficials. El requisit tècnic de la unitat del cicle hidràulic no ens ha de confondre. Tant les unes com les altres —i les del mar, les atmosfèriques, la neu, les residuals, les de dessalinització— són «fases d'un mateix cicle» i «totes elles en certa manera constitueixen un recurs unitari, però no per això han de rebre un tractament i una consideració similars, ni la forma de gestió i utilització s'ha de basar en criteris uniformes», s'ha dit autoritzadament des del vessant tècnic-científic.⁸³ I, en concret, aquesta última afirmació s'aplica a les superficials i subterrànies.

Per tant, tret que circumstàncies físiques ho confirmin, lícitament no es poden estendre les competències estatals sobre les aigües, basant-se en el caràcter intercomunitari de les conques, a aquelles aigües subterrànies que no flueixin⁸⁴ o que la seva connexió amb les superficials no sigui clara i determinant del comportament d'aquestes, sempre en el cas de conques intercomunitàries.

La mateixa Llei 29/1985 proporciona algun argument en atribuir als organismes de conca les facultats d'intervenció (arts. 53, 54 i 52.2) i aquests es constitueixen «en les conques hidrogràfiques que excedeixin l'àmbit territorial d'una comunitat autònoma» (art. 19). D'acord amb això, a Andalusia, Catalunya i les Canàries —i eventualment a les Balears— «les competències sobre les aigües —superficials i subterrànies— poden correspondre a la comunitat autònoma.»⁸⁵

I, en general, només des d'aquell plantejament físic es pot entendre, a parer nostre, constitucionalment correcta la força atractiva de la conca intercomunitària, com a àmbit de competències estatals, sobre les aigües subterrànies.

Així, doncs, entenem que no és correcte el que afirma la disposició addicional tercera sobre l'aplicació del domini públic hidràulic estatal a les Canàries, quan aquesta Comunitat aprovi la seva legislació específica sobre aigües.

El caràcter de *res nullius* de les aigües subterrànies no impedeix teòricament que es configuren com a domini públic autonòmic. I tampoc aquella qualificació no és l'única via possible per regular adequadament el recurs, tenint en compte els interessos de la col·lectivitat. I, en qualsevol cas, les possibles disfuncionalitats que es poguessin plantejar des de la perspectiva de les aigües com a sistema integrat tenen solució jurídica en la fórmula de les lleis d'harmonització.

X. Les aigües i el Dret estatutari gallec

Les conclusions a què s'ha anat arribant anteriorment són, òbviament, aplicables a Galícia com a Comunitat Autònoma. Però també aquí la seva identitat, que resulta en el present cas de conjuminar tradició jurídica i geografia, aporta peculiaritats que cal atendre des del punt de vista del Dret.

83. Cfr. Llamas, M. R., «Informe científico-técnico», dins *El Proyecto de Ley de Aguas. op. cit.* p. 15.

84. L'article 15 del Reglament del Domini Públic hidràulic (R. D. 849-1986) defineix els aqüífers subterrànies com «aquelles formacions geològiques que contenen aigua, o n'han contingut, i per les quals l'aigua pot fluir». Cfr. Nieto, A., «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», *RAP*, núm. 56 (1968), pp. 60 i ss. La perspectiva és la de la relació de les aigües subterrànies amb el fons, com a fonament del títol jurídic de propietat.

85. En els dos primers casos només de les conques intracomunitàries.

Un apologista de la Llei 29/1985 ha dit que en matèria d'aigües cal atreir-se especialment «als manaments de la natura».⁸⁶ I és fàcilment comprovable la incidència que en la regulació jurídica de les aigües té la climatologia, com tòpicament es repeteix,⁸⁷ i com l'existència de zones àrides estimula la necessitat de regular un recurs indispensable per a la vida. Tanmateix, per la mateixa raó que els desequilibris del citat recurs entre unes i altres zones requereix l'actuació equilibradora de l'Estat, la diversitat exigeix també no imposar un règim uniforme a fets diferenciats, concretament el model de l'Espanya seca a l'Espanya humida.⁸⁸

Des del punt de vista del Dret estatutari gallec, ens cenyirem a les aigües subterrànies. La naturalesa física de les aigües subterrànies de Galícia, per regla general i si més no pel que fa a la normalitat de la seva problemàtica jurídica, permet afirmar que no proporcionen el fonament físic per a la seva inclusió en el domini públic hidrològic estatal. L'atracció de competències estatals per aquesta via és abusiva, basada en el caràcter intercomunitari de les conques hidrogràfiques a què pertany Galícia. Les dades tècnico-científiques sobre les aigües subterrànies de Galícia sembla que ho confirmen, i constitueixen un element essencial per a la determinació de la competència. Es tracta de conceptes jurídics indeterminats oberts a possible comprovació i no de l'exercici de cap potestat discrecional, ni d'una lliure disposició legislativa que està vinculada pels preceptes constitucionals.

La inclusió de totes les aigües subterrànies de Galícia dins del domini públic estatal és contrari, al nostre parer, a la Constitució, a l'Estatut d'Autonomia i violenta una tradició jurídica que manifesta una manera peculiar d'assentar-se sobre la terra i d'aprofitar-la.

Per això, reconeguda la competència com a regla general de la Comunitat Autònoma de Galícia sobre aquestes aigües, caldrà inquirir quins podrien ser els principis rectors d'una llei autonòmica sobre la matèria.

Entenem que la solució no és la seva inclusió en el domini públic autonòmic com un títol exercible per la comunitat autònoma, anàloga a la de l'Estat. Sembla que la necessària intervenció en aquesta matèria per superar els insuficients remeis que des del Dret privat s'han arbitrat, per impedir que l'ús antisolidari o antisocial d'aquest recurs —encara que no sigui escàs— i que és a la base de tants plets, consisteix en el seu tractament jurídic com si fos propietat urbanística.

Les aigües subterrànies no són *res nullius*, però el seu aflorament i aprofitament no es pot deixar a l'impuls d'una concepció burgesa o quiritària de la propietat. El contingut d'aquesta propietat privada es pot i s'ha de delimitar per la llei, i fins i tot per plans, en cas que calgués. D'aquesta manera la propietat privada, sense deixar de ser-ho, cosa que respon a una concepció arrelada sobre la terra, no estaria allunyada de la prescripció de l'article 33.2 de la Constitució.

Una Llei d'Aigües de Galícia constitueix, doncs, una necessitat imperiosa, sobre-tot pels equívocs que ha plantejat la Llei 29/1985.⁸⁹

86. González Berenguer, J. L., *op. cit.*, p. 25.

87. *Cfr.* Jordana de Pozas, L., «La evolución del derecho de aguas en España y en otros países», *RAP*, núm. 37 (1969), pp. 9 i ss.

88. En aquest sentit, Alonso Zaro, J. L., *op. cit.*, y Vázquez Bonome, A., «Las aguas subterráneas en Galicia ante una nueva ley», *Foro Gallego*, núm. 181, 1985, pp. 3 i ss.

89. Tàcticament, en relació amb aquesta llei, es podria argumentar que les aigües subterrànies a Galícia no encaixen en el concepte que figura a l'article 1.2 de la llei («aigües subterrànies renovables, integrades en el cicle hidrològic»).

