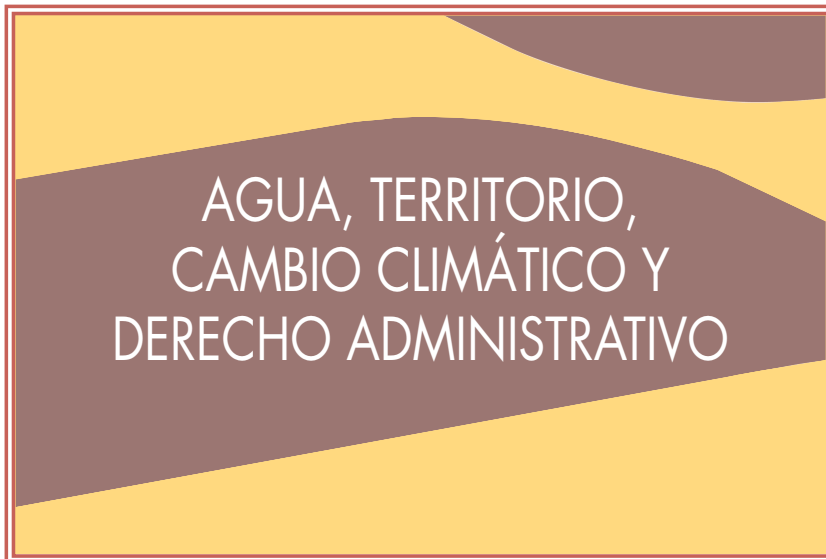


**XVII CONGRESO ÍTALO-ESPAÑOL DE PROFESORES DE
DERECHO ADMINISTRATIVO**

(Zaragoza, 23-25 de octubre de 2008)



Zaragoza, 2009

**XVII CONGRESO ÍTALO-ESPAÑOL DE PROFESORES DE
DERECHO ADMINISTRATIVO**

(Zaragoza, 23-25 de octubre de 2008)

AGUA, TERRITORIO, CAMBIO CLIMÁTICO
Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Zaragoza, 2009

REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en disquete de ordenador.

2. Los epígrafes que subdividan la exposición debieran responder a la siguiente secuencia:

I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales. Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.

El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.

3. Las citas bibliográficas debieran responder a los siguientes modelos:

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del libro*, Ciudad, Editorial, año, p. X (o p. X ss.).

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del capítulo o de la colaboración*, en el vol. col. dirigido por Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del volumen colectivo*, Ciudad, Editorial, año, p. X (o p. X ss.).

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del artículo*, en «Nombre de la Revista» (o en abreviaturas, tipo RAP; si se trata de la RArAP se indicará «en esta REVISTA»), núm. H (año), p. X (o p. X ss.).

En sucesivas citas, bastará con indicar APELLIDO APELLIDO, *Título, incluso abreviado*, cit., p. X (o X ss.).

También cabe organizar las citas exclusivamente por el sistema de lista alfabética final, incluyendo en el texto referencias del tipo: APELLIDO APELLIDO (año), p. X (o p. X ss.).

4. Los originales se someterán a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo de Redacción (11 de cuyos miembros son externos al Gobierno de Aragón, que publica la Revista, y que cuenta con otros 7 miembros). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la Revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la Revista una lista de dichos evaluadores.

5. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, su correspondiente NIF, su dirección completa y un número de teléfono de contacto o, en su caso, dirección de correo electrónico.

6. La aceptación de la publicación de un trabajo en la *Revista Aragonesa de Administración Pública* conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

Suscripciones: Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Presidencia

I.S.S.N.: 1133-4797

Depósito Legal: Z. 730-93

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

ÍNDICE

	Páginas
<i>Lista de colaboradores</i>	7
PRESENTACIÓN ESPAÑOLA (R. ENTRENA CUESTA)	9
PRESENTACIÓN ITALIANA (F. MERUSI)	11

PRIMERA SESIÓN AGUA Y TERRITORIO

P. STELLA RICHTER: <i>Acqua e territorio</i>	19
A. EMBID IRUJO: <i>Agua y territorio. Nuevas reflexiones jurídicas</i>	23
P. URBANI: <i>Il governo delle acque</i>	71
J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: <i>Observaciones acerca de la competencia estatutaria de Castilla y León sobre el Duero</i>	87
M.A. SANDULLI y G.B. CONTE: <i>Le grandi derivazioni a scopo idroelettrico: uso di una risorsa strategica fra problemi di competenza legislativa e tutela comunitaria del diritto di stabilimento e della concorrenza</i>	95
I. GALLEGO CÓRCOLES: <i>La deficiente regulación de los trasvases como medida de vertebración territorial</i>	105
A. AZZENA y P. PIRAS: <i>L'acqua come risorsa paesaggistico-ambientale</i>	131
P. DOMÍNGUEZ ALONSO: <i>Las competencias de las administraciones locales españolas en materia de aguas</i>	155
S. AMOROSINO: <i>Le acque più «pregiate»: i regimi amministrativi delle acque minerali e termali</i>	179
M.A. CABIDDU: <i>La nozione giuridica di territorio</i>	191
A. CARULLO: <i>La gestione reddituale del demanio idrico regionale in finanza di progetto</i>	201

SEGUNDA SESIÓN AGUA, DERECHO Y CAMBIO CLIMÁTICO

M.J. MONTORO CHINER: <i>Agua, derecho y cambio climático</i>	227
F. DELGADO PIQUERAS: <i>La irrupción del cambio climático en el derecho europeo de aguas</i>	267

ÍNDICE

S. ROSADO PACHECO: <i>Incidencia del plan nacional del cambio climático sobre las políticas de gestión y uso del agua</i>	281
I. GONZÁLEZ RÍOS: <i>Incidencia del cambio climático en los recursos hídricos. Medidas de mitigación y adaptación</i>	307

TERCERA SESIÓN

PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

J.A. MORENO MOLINA: <i>La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo</i>	337
I. MARTÍN DELGADO: <i>La administración electrónica como problema actual para la investigación y la docencia en el derecho administrativo</i>	355
X. LAZO VITORIA: <i>Los actos administrativos no vinculantes: el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008 en materia de publicidad en televisión</i>	377
J.M. AGUIRRE I FONT: <i>El nuevo régimen jurídico del litoral español</i>	383

LISTA DE COLABORADORES

AGUIRRE I FONT, Josep M.:

Profesor Asociado de Derecho Administrativo, Universidad de Girona.

AMOROSINO, Sandro:

Ordinario di Diritto dell'Economia, Università La Sapienza di Roma.

AZZENA, Alberto:

Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Pisa.

CABIDDU, Maria Agostina:

Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Politecnico di Milano.

CARULLO, Antonio:

Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Bologna.

CONTE, Giovanni Battista:

Avvocato del Foro di Roma.

DELGADO PIQUERAS, Francisco:

Catedrático acreditado de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.

DOMÍNGUEZ ALONSO, Patricia:

Investigadora, Área de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.

EMBED IRUJO, Antonio:

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

ENTRENA CUESTA, Rafael:

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona, Presidente de la Sección Española de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel:

Profesora Contratada Doctora, Universidad de Castilla-La Mancha.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel:

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

LAZO VITORIA, Ximena:

Universidad de Alcalá de Henares.

MARTÍN DELGADO, Isaac:

Profesor Contratado Doctora, Universidad de Castilla-La Mancha.

LISTA DE COLABORADORES

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis:

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

MERUSI, Fabio:

Presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo.
Ordinario nell'Università di Pisa.

MONTORO CHINER, María Jesús:

Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

MORENO MOLINA, José Antonio:

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.

PIRAS, Paola:

Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Cagliari.

ROSADO PACHECO, Santiago:

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SANDULLI, Maria Alessandra:

Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Roma Tre.

STELLA RICHTER, Paolo:

Ordinario di Diritto Amministrativo, Università La Sapienza di Roma.

URBANI, Paolo:

Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Chieti-Pescara.

PRESENTACIÓN ESPAÑOLA

Sesión Inaugural

RAFAEL ENTRENA CUESTA

Los días 16 a 18 de mayo de 1966, se celebró en Sevilla el I Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo y 40 años después, también en el mes de mayo tuvo lugar la última de nuestras reuniones, celebrada en Génova. A través de estos encuentros hemos ido estudiando temas centrales y siempre actuales de nuestra disciplina: desde los aspectos administrativos del turismo, que se trataron en el primer Congreso, hasta las Externalizaciones, de que nos ocupamos en el Congreso celebrado en Génova. Y entre uno y otro atrajeron nuestra atención el Régimen Jurídico-Público del Crédito (Venecia, 1968); el Comercio, con particular referencia a las Cámaras de Comercio (Santiago de Compostela, 1970); los aspectos Jurídicos-Administrativos de la Planificación Económica (Taormina-Catania, 1972); la vinculación de la Propiedad Privada por los Planes y Actos Administrativos (Marbella, 1975); la tutela del ambiente, con particular referencia a los Centros Históricos (Florencia, 1976), las Comunidades Autónomas: poder legislativo, competencia y organización (Lanzarote, 1979); la Sanidad de los Alimentos (Peruggia, 1981); la Provincia (Granada, 1984); las Ciudades Metropolitanas (Bolonia-Florencia, 1993); la Realización y Gestión de las Infraestructuras Públicas (Barcelona-Gerona, 1996); los Contratos de las Administraciones Públicas y la Disciplina de las Aguas y Fondos comunitarios y Ayudas del Estado (Bari, 1998); la enseñanza del Derecho Administrativo, las Fundaciones del Voluntariado y los Recorridos de Interés Histórico Cultural (Salamanca, 2000); los Ordenamientos Italiano y Español entre Europa y las autonomías territoriales (Catania, 2002), y, en fin, el Derecho de la Energía en Sevilla, 2004.

Me he atrevido a exponer esta larga relación, en primer lugar, para que sirva en el futuro de referencia histórica; en segundo lugar, para que ilustre a quienes hoy se incorporan a estas sesiones, y, por último y sobre todo, para poner de manifiesto la estrecha relación entre el objeto de nuestro estudio y los problemas que en cada momento acuciaban a nuestra sociedad y preocupaban a nuestra doctrina.

Esta relación pocas veces resulta tan evidente como en el caso del tema central de este Congreso, dada su extraordinaria actualidad aquí y ahora:

aquí porque nos encontramos en Aragón y en Zaragoza donde la preocupación por el régimen jurídico administrativo del agua constituye una constante, que se acentúa en nuestro tiempo, tanto por la situación de escasez vivida en fechas recientes como por la pugna competencial entre las distintas Comunidades autónomas, que plasma en sus estatutos renovados o en curso de renovación. Altamente expresivo de esta sensibilidad y preocupación es el dato de que el agua constituyese el tema central de la Exposición Universal recientemente clausurada y que en el seno de ésta haya figurado la Tribuna del Agua como foro de debate de la muestra internacional, que ha permitido sentar unas Conclusiones que confío sirvan de guía para futuras actuaciones en la materia.

Los problemas a analizar son interminables y profundos, y no exentos de dificultades, entre las que no es la menor el peligro de que las tesis que se sostengan puedan ser utilizadas en la lucha jurídica y política que acabo de apuntar. Para desbrozarlos contamos con la preparación de unos Ponentes que, con la ayuda de todos y bajo la dirección de los Iltrés. Colegas que en cada caso ocuparán la presidencia, estoy seguro que ofrecerán sólidos criterios a seguir para alcanzar la solución apropiada en cada caso.

Mi agradecimiento, por ello, desde ya, en la representación con que actúo, a los Profesores BERMEJO VERA, LOPEZ RAMÓN y EMBID IRUJO, generosos y eficaces integrantes de la Comisión organizadora; a la Universidad que nos acoge en la sede de su Facultad de Derecho; a cuantas entidades y organismos, públicos y privados, han hecho posible con su ayuda esta realidad, y a los Ponentes y Comunicantes, el resultado de cuyas investigaciones estamos impacientes por conocer.

Y mi recuerdo, para quienes a lo largo de estos años han participado por parte italiana y española en estos encuentros periódicos en los que cada vez se estrecha mas la colaboración científica y la amistad entre nosotros, junto con mi bienvenida a los jóvenes profesores que ahora se incorporan a la vida de la Asociación.

No quiero terminar sin transmitirles los saludos del Profesor ROVERSI MÓNACO, Presidente de la sección italiana, que por razones de última hora y muy en contra de sus deseos no ha podido acompañarnos, y que me indica les proponga la Universidad de Bolonia como sede de nuestra próxima reunión.

PRESENTACIÓN ITALIANA

ACQUE E ISTITUZIONI

Una premessa italiana

FABIO MERUSI

1. Direi che la scelta di dedicare il XVII Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo alla disciplina giuridica dell'acqua è stata particolarmente felice perché permette di affrontare un ampio spettro di problemi che vanno dalle origini stesse del diritto amministrativo (almeno di quello italiano), al mutare nel tempo della disciplina dei beni demaniali, dei quali l'acqua è forse l'esempio problematicamente più completo, per finire ai nuovi modelli di fare amministrazione sollecitata dal diritto comunitario.

Cominciamo dalle origini stesse del diritto amministrativo.

Di solito si indica in Romagnosi il padre del diritto amministrativo italiano perché nei *Principi di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* avrebbe messo a fuoco le caratteristiche dell'atto amministrativo e della discrezionalità amministrativa (cfr. specificamente L. MANNORI, *Uno stato per Romagnosi*, vol. II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987). Ma altrettanto importante per la genesi del diritto amministrativo italiano è stata un'altra opera di Romagnosi il *Della ragion civile delle acque nella rurale economia* (che di seguito si cita nella edizione di Milano del 1829) nella quale è ricostruita la logica della disciplina pubblicistica di determinati beni ed, in particolare, delle acque, logica della quale si è sottolineata, di recente, la valenza «universale» in relazione ad ogni singolo bene pubblico al di là del caso specifico delle acque (da G.D. COMPORI, *Energia ed ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, 259).

La logica in base alla quale è ricostruita la disciplina del bene acqua è di tipo funzionale. La disciplina pubblica o privata dipende dalla funzione del bene stesso. Una teoria funzionale dei beni così sintetizzata dall'Autore stesso (op. cit., 250 e 251): «... a fine di evitare ogni equivoco, disegnare si debbono i beni col nome o di semplicemente *demaniali*, o di strettamente pubblici. I primi sono assoggettati alle regole ordinarie del civile diritto. I secondi sono assoggettati ai regolamenti di pubblica amministrazione e diretti dai rapporti della cosa pubblica. Parlando poi in particolare del soggetto delle acque,

e più strettamente di ciò che riguarda la loro condotta, dire dovremo, che la destinazione e l'uso di una massa o corrente di acqua si è quella che la contraddistingue legalmente. E però quella dovrà dirsi acqua pubblica, la quale per la sua destinazione e pel suo uso è riservata o consacrata a tutti i membri che compongono un dato pubblico. Acque private per lo contrario dovranno dirsi tutte quelle le quali non rivestono questa destinazione e questo uso. ... Tutto fin qui detto risulta in via di vero diritto naturale e filosofico. Vano per altro sarebbe nella pratica di certi paesi di proclamare queste idee se la legislazione positiva dei medesimi non corrispondesse coi principi di ragione ...».

Donde poi la necessità di una verifica di diritto positivo, che all'epoca in cui Romagnosi scriveva il suo *Trattato* sulle acque risultò favorevole.

Ma in seguito?

In seguito nel diritto amministrativo italiano si è assistito ad un fenomeno non infrequente nel mondo del diritto: al cimento processuale fra principi generali del diritto e diritto legislativo.

La teoria di Romagnosi della doppia natura dell'acqua, pubblica se finalizzata ad usi collettivi, privata se il suo uso non contrastasse col possibile uso collettivo (ad esempio l'irrigazione non contrastante con la navigazione o la potabilizzazione), ebbe un grandissimo successo e fu periodicamente riproposta in varie forme dalla giurisprudenza delle corti italiane, di merito e di Cassazione, nonostante che il legislatore dell'Unità nazionale italiana, cioè il diritto positivo, sembrasse aver optato per la demanialità, e perciò per il regime pubblicistico di tutte le acque (vicende giurisprudenziali recentemente ricostruite da B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 299 ss.).

Per arrivare ad una esplicita dichiarazione di pubblicità delle acque non più correggibile da parte della giurisprudenza con alcun principio generale bisognerà attendere la c.d. legge Galli n. 36/1994, la quale, per fugare ogni possibile «interpretazione» normativa da parte della giurisprudenza, enuncia in questo modo l'«ontologica» pubblicità delle acque: «tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una riserva che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà» (principio di recente riaffermato anche dal codice dell'ambiente, D.Lgs. n. 152/2006).

2. Ma l'acqua non sempre scorre e tocca al diritto indirizzarla verso usi ritenuti di interesse collettivo. L'acqua è perciò spesso oggetto di normative speciali: le leggi sulle bonifiche; sulle derivazioni idroelettriche; sui canali navigabili; sulle acque aventi particolari qualità minerali (le acque termali e minerali), così come è stato analiticamente descritto in alcune relazioni di settore.

Ma succede anche il contrario: che sia l'acqua ad imporre mutamenti istituzionali fino addirittura a generare novità all'interno delle istituzioni.

Ed è proprio in questi ultimi anni che sembra essere ritornati all'originario metodo di Romagnosi, quello di cavar dall'acqua il suo regime giuridico.

Con la differenza che è la natura dell'acqua che genera il diritto positivo, realizzando quello stato di natura auspicato da Romagnosi a proposito dell'uso dell'acqua in agricoltura («la ragion civile ... nella rurale economia»).

E' dapprima emerso il problema della qualità dell'acqua a seguito dell'inquinamento industriale diretto o indiretto (da prodotti industriali). Con normative di difesa dall'inquinamento e, dopo che l'inquinamento era già stato realizzato, di recupero della qualità dell'acqua compatibile con gli usi e con il suo «inserimento» nell'ambiente circostante. Nell'ordinamento italiano il primo problema è stato affrontato dalla c.d. legge Merli (1976), il secondo dalla c.d. legge Galli (1994).

Ma è nel suo rapporto col territorio che l'acqua sta dimostrando le sue potenzialità di mutamento istituzionale, tanto da poter essere indicata come campo di indagine per studi neo-istituzionali del genere di quelli che hanno preso piede nella storia economica e che si stanno «espandendo» anche nel diritto amministrativo, dove peraltro le tendenze istituzionaliste, ispirate da una delle «anime» presenti nell'«ordinamento giuridico» di Santi Romano hanno già informato, più o meno esplicitamente, numerosi interventi dottrinali nei più disparati settori della dottrina.

Per comprendere il fenomeno occorre tener conto della particolare articolazione degli enti territoriali locali nell'ordinamento italiano, non solo riconosciuta dalla Costituzione, ma, di recente, enfatizzata, in una modifica della stessa.

Dei tre enti previsti, Regioni, Province e Comuni, soltanto le Province presentano un qualche nesso fra territorio e funzione, perché il loro territorio è anche concepito in funzione di decentramento dell'Amministrazione statale.

I Comuni sono stati recepiti da tutte le leggi comunali succedutesi dal 1859 ad oggi sulla base del criterio della loro preesistenza storica, tanto che si è a lungo discusso se si trattasse di un «ente naturale», o comunque di un ente avente nelle vicende storiche la sua fonte costituente (basti rinviare ai classici studi di Santi Romano su *Il comune in Trattato Orlando* (1908), ora in *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, e di Teodosio Marchi, *L'istituto giuridico dell'autarchia*, Modena, 1904).

Il risultato è una gran quantità di comuni dalle più svariate dimensioni territoriali, dai comuni c.d. «polvere» alle città metropolitane, senza alcun nesso fra organizzazione e funzioni svolte.

Già Mazzini e Cattaneo predicarono che doveva essere previsto dalla legge (dal diritto positivo per riprendere l'espressione di Romagnosi a proposito delle acque) un nesso fra funzioni e territorio, ma la soluzione «transitoria» adottata dal legislatore piemontese durante la seconda guerra di indipendenza nazionale è rimasta inalterata in tutte le leggi sui comuni succedutesi nel tempo.

Per farla breve, in Italia non ci sono mai state leggi di riforma degli enti locali territoriali, per razionalizzare il rapporto fra organizzazione e funzioni, leggi di riforma che hanno invece caratterizzato quasi tutti gli altri ordinamenti europei nel secondo dopoguerra.

Qualcosa del genere è successo anche all'Assemblea Costituente a proposito delle Regioni quando lo Stato italiano fu trasformato in Stato regionale sul modello di quanto era stato fatto in Spagna con la Costituzione del 1931. Le Regioni furono istituite senza alcun nesso con il territorio, bensì in base a criteri storico-folcloristici. Ci sono pertanto Regioni grandi e Regioni piccole, Regioni territorialmente omogenee e Regioni territorialmente differenziate, e perciò Regioni che, come vedremo, hanno rapporti alquanto diversificati con l'acqua nelle sue varie manifestazioni, marine e terrestri.

Ma l'acqua ha, per natura, un suo rapporto con il territorio, il che genera, inevitabilmente, un problema di organizzazione dell'amministrazione quando diviene necessario provvedere ad amministrare l'acqua.

Poiché l'acqua è diventata un bene scarso, bisognoso di una buona gestione da parte di un'amministrazione pubblica, e atteso che l'acqua, come abbiamo visto, è, per definizione legislativa, demaniale, la legge Galli ha previsto l'istituzione degli ATO (Ambiti Territoriali Ottimali) per la gestione del servizio idrico integrato, consistente nell'insieme dei servizi pubblici di captazione, distribuzione nonché collettamento, depurazione e smaltimento delle acque reflue.

Detta legge prevede che le Regioni, sentiti gli altri enti interessati, individuino gli ATO con lo scopo di combinare il rispetto dell'unità di bacino, cioè con il comprensorio territoriale dei singoli sistemi idrici, con la pianificazione degli acquedotti e di garantire l'efficienza dei servizi idrici attraverso il superamento della frammentazione delle gestioni dei singoli usi dell'acqua.

Ma lo spazio dell'acqua, lo spazio del servizio idrico integrato, non coincide, se non per un accidente del tutto casuale, con il territorio amministrato dalle Regioni e tanto meno dei Comuni. Il legislatore ha allora pensato all'unico ente che ha una delimitazione territoriale che si presta all'attribuzione di funzioni di area vasta, tali da poter ricomprendere gli ambiti territoriali ottimali dell'acqua, le Province. Di recente la legge finanziaria per il 2008, la

legge 27 dicembre 2007, n. 244, ha previsto che le Regioni procedano alla «rideterminazione degli ambiti territoriali ottimali» fissando come criterio la valutazione prioritaria dei territori provinciali quali ambiti ottimali. Il fine è quello dell'attribuzione alle Province delle funzioni in materia di servizio idrico integrato. Nel caso di bacini più ampi del territorio provinciale l'attribuzione potrà avvenire a favore delle Regioni stesse, delle Province interessate, previo accordo fra di loro, o, infine, a favore di forme consortili fra Comuni o fra Comuni e Province. Ipotesi tutte residuali rispetto alla tendenziale utilizzabilità della Provincia per il governo integrato delle acque.

Sembrirebbe dunque che almeno l'acqua stia contribuendo alla razionalizzazione delle funzioni degli enti locali territoriali sulla base di uno almeno dei possibili rapporti fra territorio e funzione amministrativa.

Ma quasi contemporaneamente è partita una tendenza istituzionale opposta, quella per il c.d. federalismo fiscale, cioè per la riscossione dei tributi da parte non dell'amministrazione statale, come avviene ora, bensì da parte degli enti locali territoriali.

L'idea di decentrare il fisco, a parte altre possibili obiezioni e paventati inconvenienti, ha subito attirato l'attenzione sul carattere non funzionale del riparto territoriale fra i tre enti locali, le Regioni, le Province e i Comuni. Ma per semplificare la macchina amministrativa di un fisco decentrato non è stata proposta la razionalizzazione dei Comuni, bensì l'abolizione delle Province, per l'abolizione delle quali è stata addirittura organizzata una petizione popolare.

L'effetto istituzionalizzante dell'acqua si troverà pertanto a confliggere con il potenziale effetto deistituzionalizzante del federalismo fiscale.

3. Ma gli ATO non sono stati il solo effetto istituzionalizzante dell'acqua.

L'acqua ha un altro naturale rapporto col territorio: scorre e si raccoglie secondo naturali «inclinazioni» geologiche che gli studiosi di scienze naturali riassumono nel concetto di «bacino idrografico». L'acqua ha, in altre parole, una sua naturale omogeneità territoriale. Una «omogeneità territoriale» suscettibile di diventare un fattore istituzionale qualora ci si ponga il problema di «amministrare le acque».

Ma a chi va affidata l'amministrazione dell'unità territoriale delle acque riassunte nella nozione geografica di «bacino idrografico»?

La non coincidenza del territorio naturale dell'acqua con la delimitazione territoriale degli enti locali, in particolare delle Regioni, ha indotto alla creazione di soggetti *ad hoc*, le autorità di bacino, che si sovrappongono, con la loro attività di necessaria pianificazione dell'«amministrazione delle acque», alle competenze proprie delle Regioni, delle Province e dei Comuni creando

tensioni e, soprattutto ritardi e resistenze nell'attuazione, che gli «irenici» inviti alla collaborazione fra Stato ed enti locali della Corte Costituzionale (ora recepiti anche dal codice dell'ambiente) non sempre risultano idonei a superare.

Situazione che risulta ora ulteriormente complicata da una direttiva della Comunità Europea che, per unificare l'amministrazione dell'acqua nei vari Paesi della Comunità, ha adottato una diversa nozione per definire il rapporto dell'acqua con il territorio, quella di distretto idrografico, un ambito territoriale più ampio del bacino e funzionalmente previsto per la gestione unitaria di una pluralità di bacini. La direttiva, per il momento parzialmente recepita solo a livello «teorico» (nel senso della non immediata attuazione) da parte del codice dell'ambiente, metterà ancor più in evidenza la irrazionale delimitazione territoriale di molte Regioni col presumibile risultato di spostare ancor più il pendolo istituzionale a favore dello Stato nell'amministrazione delle acque.

Ma per più diffuse indicazioni su questi problemi si rinvia alla relazione di Urbani su «Il governo delle acque».

4. Va infine segnalato un altro effetto istituzionale dell'acqua, almeno di quella dolce. Le acque hanno un loro giudice, il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e in alcune materie tassativamente indicate anche un giudice di primo grado, i Tribunali Regionali delle Acque Pubbliche, in cui, per le particolari caratteristiche dell'oggetto del contendere, accanto a giudici togati, si vedono anche tecnici esperti in materia di acque.

PRIMERA SESIÓN
AGUA Y TERRITORIO

ACQUA E TERRITORIO

PAOLO STELLA RICHTER

1. Oggetto del presente intervento non è l'acqua in sé, come oggetto di diretta disciplina, ma la normativa relativa all'incidenza dell'acqua sulla disciplina del territorio.

Da questo punto di vista rilevano due distinti complessi di norme, l'uno volto a regolare il paesaggio segnato dalla vicinanza dell'acqua (mare, lago o fiume che sia) e l'altro volto invece a difendere il territorio dai pericoli di sconvolgimento (erosione, alluvione, ecc.) o di inquinamento del territorio causato appunto dall'acqua.

La singolarità della vicenda, naturalmente per quanto riguarda l'ordinamento italiano, sta nel fatto che in entrambi i casi la legge ha creato procedimenti distinti da quelli di pianificazione generale del territorio, attribuendo il potere regolatorio a enti diversi da quelli ordinari; così dando luogo a una moltiplicazione di discipline, che è fonte di notevole confusione e che allontana il nostro ordinamento dall'attuazione di quella che ho sempre ritenuto debba essere la regola aurea in materia: un territorio, una autorità, un piano.

Vediamo brevemente come si articola oggi il diritto positivo.

2. Una legge del 1984 ha assoggettato di diritto a vincolo paesaggistico tutte le aree comunque adiacenti al mare o ad acque pubbliche interne.

Con questo provvedimento legislativo — che al contempo ha assoggettato a vincolo paesaggistico numerose altre zone come le montagne, le foreste, le zone umide, le aree gravate da usi civici e quelle di interesse archeologico — la nozione di paesaggio accolta dal diritto positivo è profondamente mutata: da entità territoriale connotata da «*non comune bellezza*», soprattutto naturalistica, da tutelare quindi per il suo valore estetico, il paesaggio è divenuto l'insieme delle porzioni di territorio da conservare indipendentemente dall'eventuale pregio estetico, in quanto comunque racchiudenti elementi identitari del luogo. Il simultaneo assoggettamento a vincolo paesaggistico *ex lege* di tanta parte del territorio nazionale e il connesso mutamento della nozione di paesaggio appena ricordato hanno avviato un processo, il cui punto di arrivo

è oggi costituito dall'attribuzione a ciascuna Regione del potere di adottare un piano paesaggistico esteso all'intero proprio territorio e contenente le più diverse prescrizioni. Il potere di pianificazione territoriale è stato così sostanzialmente sottratto ai Comuni, cui pure secondo le indicazioni della Costituzione dovrebbe in principio appartenere.

3. Il secondo profilo di rilevanza dell'acqua non come bene in sé, oggetto di apposito T.U. risalente al 1933, ma per il condizionamento della disciplina del territorio, ha origine in una legge del 1989, nota come legge sulla «difesa del suolo». Ivi è stabilito che «l'intero territorio nazionale, ivi comprese le isole minori, è ripartito in bacini idrografici», i quali vengono distinti «in bacini di rilievo nazionale, interregionale e regionale». Alla prima categoria sono preposti appositi enti, detti Autorità di bacino; relativamente alle altre due categorie le funzioni amministrative sono affidate alle Regioni. Ora — e qui è il punto — tali funzioni consistono essenzialmente nell'approvazione di un «piano di bacino», il quale «ha valore di piano territoriale di settore» ed è espressamente dichiarato direttamente vincolante e prevalente rispetto agli strumenti urbanistici, che devono essere adeguati alle sue prescrizioni, eventualmente anche d'ufficio ad opera della Regione. Nella prassi, avallata dalla giurisprudenza, i piani di bacino regolano compiutamente il territorio e localizzano opere pubbliche al di fuori di qualsiasi previsione dei piani urbanistici.

4. Il settore dell'influenza dell'acqua sulla disciplina del territorio, sopra sintetizzato, rappresenta perfettamente l'evoluzione subita dall'ordinamento nel suo complesso, dal momento che anche la legislazione regionale va ormai introducendo la categoria dei «piani tematici», che tutelano i più vari interessi specifici, che sono per definizione la negazione della pianificazione urbanistica generale, intesa come strumento di composizione di tutti gli interessi comunque attinenti alla utilizzazione del territorio.

E' ben vero che la pianificazione urbanistica generale si è trovata in ogni tempo a convivere con la tutela degli interessi differenziati, ma occorre tenere ben distinte le due situazioni. Gli interessi differenziati costituivano espressione di particolari caratteristiche di certi beni volta a volta puntualmente identificati, che richiedevano una tutela sostanzialmente solo conservativa. In sostanza la pianificazione generale rimaneva libera di disciplinare l'uso del territorio, con la sola limitazione del rispetto dell'esigenza di non alterazione di quelle (limitate) porzioni.

Con i piani tematici l'istanza settoriale si estende all'intero territorio imponendo le proprie previsioni alla pianificazione generale, cui quindi non residuano che margini decisionali limitatissimi. Il rapporto ne risulta quindi completamente ribaltato.

Altri dirà se il nuovo sistema ha i suoi lati positivi; io posso per ora solamente prendere atto che certamente la pianificazione urbanistica generale, così come l'abbiamo fin qui conosciuta e studiata, è ormai morta e sepolta e che occorre quindi avviare l'elaborazione del sistema su basi del tutto nuove.

AGUA Y TERRITORIO. NUEVAS REFLEXIONES JURÍDICAS (*)

ANTONIO EMBID IRUJO

SUMARIO: RELACIÓN DE ACRÓNIMOS.— I. INTRODUCCIÓN GENERAL.— II. 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 2006-2008: 1. *Las competencias sobre aguas. Concepto y extensión de las competencias «exclusivas» de las CCAA sobre aguas de sus propias cuencas.* 2. *Las competencias sobre obras hidráulicas.* 3. *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) El caso de la cesión de la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir a Andalucía. B) La cesión de la parte castellano-leonesa de la cuenca del Duero a Castilla-León.* 4. *La emisión por las CCAA de informes en procedimientos administrativos en los que debe decidir el Estado.*— III. EL CONCEPTO DE CUENCA HIDROGRÁFICA Y SU PAPEL EN ESPAÑA.— IV. LA PROBLEMÁTICA DE LAS TRANSFERENCIAS DE RECURSOS HÍDRICOS ENTRE DISTINTOS ÁMBITOS TERRITORIALES DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA DE CUENCA. SU PRESENCIA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA REFORMADOS: 1. *Las transferencias de recursos hídricos entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de cuenca.* 2. *Las transferencias de recursos hídricos en los nuevos Estatutos de Autonomía.*— V. LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS DE 2000 Y LOS PRINCIPIOS QUE DE ELLA SE DERIVAN SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LAS CUENCAS HIDROGRÁFICAS.— VI. NOTAS CONCLUSIVAS.— BIBLIOGRAFÍA.

(*) El texto constituye sustancialmente la ponencia presentada al XVI Congreso italo-español de Profesores de derecho administrativo, Zaragoza, 23-25 de octubre de 2008, con alguna ligera adecuación. El título de «Agua y territorio. *Nuevas reflexiones jurídicas*» hace referencia a que a comienzos de 2007 dirigí un libro titulado con la primera frase solamente de este estudio en el que se incluía un trabajo personal relativo a la problemática jurídica planteada por el contenido en materia de agua de los Estatutos de Autonomía hasta entonces aprobados (Comunidad Valenciana, Cataluña e Illes Balears). Este nuevo estudio concebido de forma completa, constituye una profundización en las cuestiones que ya entonces se estudiaron introduciéndose como objeto de trabajo los nuevos EEAA aprobados, bibliografía adicional publicada así como datos singulares aparecidos, entre ellos la muy importante STC 247/2007, de 12 de diciembre, sin que ello signifique alterar las conclusiones fundamentales alcanzadas en aquél estudio.

RELACIÓN DE ACRÓNIMOS

- CCAA Comunidades Autónomas.
- CE Constitución Española (1978).
- EA Estatuto de Andalucía (2007).
- EAr Estatuto de Aragón (2007).
- EC Estatuto de Cataluña (2006).
- ECL Estatuto de Castilla y León (2007).
- ECV Estatuto de la Comunidad Valenciana (2006).
- EEAA Estatutos de Autonomía.
- EIB Estatuto de las Illes Balears.
- LO Ley Orgánica.
- REDC Revista Española de Derecho Constitucional.
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS Sentencia del Tribunal Supremo.
- TC Tribunal Constitucional.
- TRLA Texto Refundido de la Ley de Aguas (2001).
- TS Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

Se celebra este Congreso hispano-italiano de profesores de derecho administrativo, en unos momentos en los que en España hace tiempo que se viene realizando un fuerte debate acerca del reparto competencial sobre el agua entre el Estado y las Comunidades Autónomas así como sobre otras cuestiones en materia de aguas que la nueva fase de reforma de los Estatutos de Autonomía ha traído otra vez a la actualidad si es que alguna vez había desaparecido de ella. En ese marco de discusión existen distintas controversias en torno a lo acertado o desacertado, constitucional y técnicamente hablando, de algunas de las fórmulas empleadas en dichos Estatutos. Con estas líneas introductorias solo pretendo resaltar el profundo significado político de las actuales discusiones frente a las que los argumentos jurídicos pasan necesariamente casi desapercibidos, aun cuando la resolución de muchas de estas polémicas deberá, necesariamente, tener una vestidura jurídica dada la apelación que se ha realizado al TC contra algunos de estos EEAA como luego recordaré.

Efectivamente, ese proceso de reformas estatutarias comenzó en 2005 con la tramitación parlamentaria de los EC y ECV y continúa en la actualidad. Estaríamos en la segunda fase de reformas estatutarias tras la redacción inicial de los EEAA (1979-1983) y las reformas de los EEAA de las CCAA de autonomía inicial limitada que se llevaron a cabo a partir de 1994 y hasta el 2000. En estos momentos y en esa segunda fase se han alcanzado aprobaciones de reformas del ECV (LO 1/2006, de 10 de abril), EC (LO 6/2006, de 19 de julio), EIB (LO 1/2007, de 28 de febrero), EA (LO 2/2007, de 19 de marzo), EAr (LO 5/2007, de 20 de abril) y ECL (LO 14/2007, de 30 de noviembre). También se formularon proyectos en relación a las Islas Canarias y Castilla-La Mancha que no llegaron a concluir su tramitación en la legislatura que concluyó en marzo de 2008. En los momentos en que se concluyen estas páginas (mediados de febrero de 2009), está tramitándose en el Congreso de los Diputados el proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha que también contiene importantes referencias en torno al agua, la más singular de todas ellas la de la declaración de caducidad del trasvase Tajo-Segura prevista para 2015.

Como he mencionado, este proceso de reformas ha llevado consigo fuertes polémicas con apelaciones hasta al Tribunal Constitucional, pues se han formulado recursos de inconstitucionalidad contra varios de los EEAA mencionados (1). Así, Aragón formuló un recurso de inconstitucionalidad contra el ECV, en concreto contra su art. 17.1 que regulaba un derecho de los ciudadanos y ciudadanas valencianos al reparto de las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias. La STC 247/2007, de 12 de diciembre, resolvió el recurso afirmando la imposibilidad de que los EEAA regularan derechos relacionados con las competencias de las CCAA respectivas, con lo que el precepto mencionado quedaba reducido a un principio rector dirigido a los poderes públicos valencianos que, en todo caso, deberían estar supeditados a lo que el Estado indicara en relación a las aguas de las cuencas intercomunitarias (2).

(1) Ello quiere decir que una sentencia del TC aparecida en cualquier momento —por ejemplo, un día antes de ver la luz este trabajo— puede convertir en absolutamente prescindibles algunos o muchos de los argumentos que en él se contengan. Esa es una de las variadas servidumbres que el trabajo especulativo y de reflexión jurídica lleva consigo y que hace bastante tiempo se han aceptado con entera naturalidad por quien firma estas líneas. La intención de estas páginas no es sino la de acompañar el trabajo jurídico que la doctrina española seria y responsable realiza sobre éste y otros particulares, no la de pretender influir —ni se me pasa por la imaginación ese objetivo— sobre el difícil trabajo que el TC tiene por delante.

(2) La Sentencia citada, al margen de lo que resumo en el texto que es ciertamente significativo, es muy importante también por algunas otras de sus afirmaciones que, incluso, pueden estar predeterminando otras futuras Sentencias del TC en relación a la doctrina que se sienta sobre el

Igualmente la Comunidad Autónoma de Extremadura ha formulado recursos de inconstitucionalidad contra los preceptos de los EEAA de Andalucía y de Castilla-León que prevén la cesión de la parte andaluza y castellano-leonesa de las cuencas de los ríos Guadalquivir y Duero, respectivamente.

La Rioja, por su parte, ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra los EEAA de Cataluña y de Aragón también en relación a distintos preceptos que suponen intervención de las CCAA sobre aguas. Como podrá advertirse, solamente la Comunidad de les Illes Balears ha permanecido al margen de estos recursos (entendiendo por permanecer al margen no demandar ni ser demandada), a lo que muy probablemente coopera su carácter de Comunidad insular y, por tanto, la pertenencia al ámbito competencial de la Comunidad de cualesquiera aguas que se encuentren en su territorio.

En realidad esta polémica no es nueva sino que ha existido desde el mismo momento de la redacción de la Constitución española (1978) y de los primeros EEAA (1979-1983). Como vamos a advertir en el apartado II de este trabajo, la CE buscó una fórmula de reparto competencial en su art. 149.1.22 basada, en principio, en criterios hidrológicos (referencia a «aguas» con ciertas características) pero necesitada irremediabilmente de interpretación ante lo sumamente indeterminado de la misma. Necesidad de interpretación que se ha extendido posteriormente a las fórmulas utilizadas por los EEAA de 1979-1983 que siguieron, cómo no, la difusa senda constitucional y que solo fue resuelta, parece que provisionalmente, por la STC 227/1988, recaída en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que operó una determinada forma de lectura de los preceptos constitucionales y estatutarios que fue considerada por el TC como adecuada a la CE sin ser la única fórmula posible según advirtió el mismo TC en la Sentencia mencionada.

En realidad en un país con fuerte descentralización política como lo es España, la causa de las polémicas —al margen de la evidente importancia que tiene lo evanescente del criterio constitucional de reparto— reside en la difícil forma de articular principios de gobierno que se derivan de la autonomía política de las CCAA que se pretende ejercer sobre todo su territo-

papel de los EEAA en cuanto delimitador del reparto competencial entre el Estado y las CCAA (en general, no solo sobre el agua) y dada la práctica «desconstitucionalización» de la mayor parte del marco jurídico del Estado de las Autonomías. Vid. críticamente FERNÁNDEZ FARRERES (2008) que desautoriza el conjunto de la Sentencia y la respuesta a ese trabajo en alguna de sus afirmaciones del magistrado constitucional M. ARAGÓN REYES (2008) pp. 149-152. En términos de crítica, pero solo para la doctrina sentada en dicha Sentencia en relación a la imposibilidad de que los EEAA regulen derechos de los ciudadanos relacionados con las competencias de las CCAA, vid. EMBID IRUJO (2008).

rio, con lo que podría deducirse del concepto, apellidado justamente como «natural», de la cuenca hidrográfica. Poder político territorial y división hidrográfica natural, no suelen ser conceptos coincidentes y su articulación con un cierto grado de coherencia es en todos los países que comparten principios de construcción territorial descentralizada del Estado, muy problemática (3) (III).

Todo esto conduce a controversias continuas que, incluso, se exacerban grandemente cuando el Estado decide realizar transferencias de aguas entre ámbitos territoriales de distintos Planes hidrológicos de cuenca, lo que implica movimientos de agua entre distintas CCAA también (o dentro de la misma Comunidad como sucede, paradigmáticamente, con el caso de Cataluña aunque también existen ejemplos en Andalucía) lo que hace que los conflictos afloren de una forma impresionante como sucedió con el Plan Hidrológico Nacional de 2001 y su apuesta por realizar una gran transferencia de aguas desde la cuenca del Ebro a distintas cuencas del arco mediterráneo, regulación que fue derogada cuando el Gobierno cambió de signo político como consecuencia del resultado de las elecciones generales del 14 de marzo de 2004 (IV).

La compleja problemática jurídica que se está narrando se desarrolla, como corresponde a un país miembro de la Unión Europea, en el contexto de la aplicación de la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, y cuyas líneas fundamentales en relación a cuestiones organizativas conviene examinar (V). Finalizaré el trabajo con unas notas conclusivas (VI).

II. EL REPARTO COMPETENCIAL EN ESPAÑA SOBRE AGUA Y OBRAS HIDRÁULICAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA SITUACIÓN DERIVADA DE LAS REFORMAS ESTADUARIAS DE 2006-2008

Comienzo, entonces, con 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 este trabajo. Y

(3) Eso es claramente advertible en muchas de las ponencias presentadas en una Conferencia Internacional sobre la gestión del agua en los países federales y semejantes a los federales que he dirigido en julio de 2008, como uno más de los acontecimientos vinculados a la Expo 2008 celebrada en Zaragoza y que, hasta que aparezcan en forma de libro, pueden consultarse en <http://www.fundacionmgimenezabad.es>

ello para volver a 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 (4).

Como elementos sustanciales de esta rúbrica voy a analizar sucesivamente las competencias sobre aguas (1), sobre obras hidráulicas (2), 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 que ha tenido lugar en las últimas reformas estatutarias (3) y la emisión de informes por las CCAA en procedimientos administrativos que debe decidir el Estado (4).

1. Las competencias sobre aguas. Concepto y extensión de las competencias «exclusivas» de las CCAA sobre aguas de sus propias cuencas

La situación polémica, como indicaba, se generó con la misma promulgación de la Constitución española de 1978 y continuó con la aprobación 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) discurran 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 plena o de primer grado como en la época fueron definidas) (5). Pero lo que el precepto constitucional —y los estatutarios que le siguieron—

(4) Todo el tema competencial con referencia a los nuevos EEAA es analizado con algo más de detenimiento en A. EMBID IRUJO (2007 a), pp. 13 y ss. y en EMBID IRUJO (2007 b), pp. 313 y ss, en la voz «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas». Allí pueden encontrarse referencias bibliográficas válidas para el contenido de la CE (1978) y de los EEAA de la primera fase (1979-1983) que ahora por motivos obvios omito sin desconocer la valía evidente de muchas de estas intervenciones doctrinales (las de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER o A. MENÉNDEZ-REXACH, merecen una cita singular, por ejemplo). Una posición específica hay que conceder, en todo caso, al magnífico libro de GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH Y DÍAZ LEMA (1986) en el que las cuestiones competenciales ocupan también un lugar relevante. Vid. también el libro de plural contenido de CARO-PATÓN y MACERA (2002).

(5) Con esa frase no quiero decir que no siga siendo la dicción constitucional contenida en el art. 149.1.22 CE, también en la actualidad, el punto de partida para cualquier debate jurídico sobre reparto competencial que quiera desarrollarse. Es obvio.

dejaba sin solventar era el entendimiento de la expresión «aguas que discurran» 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 tendría prácticamente el monopolio de las competencias sobre las aguas en España, si el equivalente de la expresión constitucional del art. 149.1.22 CE fuera 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 discurran» era semejante a la de «cuenca hidrográfica» y concluir, entonces, que las cuencas hidrográficas (en la definición que de las mismas daba la Ley 29/1985 (6)) que se extendieran por el territorio de dos o más CCAA eran 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 de la fundamentación constitucional de su proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía, acceder legítimamente a dicha competencia (7). 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 en lengua española) 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 competen-

(6) 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».

(7) 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.

cias al listado presente en el art. 148 CE en el que no se encontraban las aguas (8).

Esa decisión por la cuenca hidrográfica de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, no era, obviamente, la única forma posible de entender el art. 149.1.22 CE pero, en opinión del TC, 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 porque la cuestión puede tener incidencia evidente en el futuro— la única forma posible de desarrollar la Constitución (9).

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 establecido cuando se tiene que realizar un estudio y emitir un juicio en torno a las novedades normativas contenidas en los EEAA reformados. En todo caso lo que ahora no debe emprenderse 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 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 (10). La

(8) 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).

(9) FANLO LORAS A (2007) p. 293 y LÓPEZ MENUDO (2008) p. 54, consideran poco relevante la reserva que el TC hace a que pueda haber otras interpretaciones jurídicas distintas de la que en la STC 227/1988 se considera adecuada a la CE. No me parece, sin embargo, que deba pasarse por alto ninguna expresión utilizada por el TC en su jurisprudencia, máxime cuando en este caso concreto pasar por alto esta expresión equivaldría a considerar consagrado constitucionalmente —o sea, para siempre, hasta una posible reforma constitucional que afectara a dicha interpretación— el criterio de la cuenca hidrográfica como decisivo para el reparto de competencias Estado-CCAA, lo que sería —en mi conocimiento— el único caso en el que una Constitución de un Estado descentralizado políticamente, utiliza tal criterio (en el caso español lo sería no expresamente, sino en virtud de una interpretación del TC que para estos autores ya estaría explicitada; no considero, e insisto expresamente en ello, que esa sea la consecuencia que deba extraerse de la STC 227/1988).

(10) Es constatable, y merecería una reflexión profunda que trasciende, obviamente, del plano de lo jurídico, cómo el número de CCAA insatisfechas con la política y el reparto competencial sobre el agua (de manera global, o en relación a cuestiones concretas) se ha incrementado gran-

prueba es que el TC tuvo que intervenir posteriormente (11), siempre en una línea de respeto hacia lo establecido en su Sentencia 227/1988, respeto congruente, es obvio, con el mantenimiento de la vigencia de la legislación (Ley 29/1985 de Aguas) que sirvió de base para su emanación (12). En todo caso y al margen de los conflictos formalizados, se siguieron expresando por muy distintos representantes políticos —y también en la doctrina, obviamente— 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. 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 expresarse otra cosa que su constatación.

No hacía falta, por tanto, ser profeta para saber que si se volvía a poner en marcha un procedimiento de elaboración normativa en el que pretendiera decidirse algo sobre las competencias de las CCAA sobre el agua (la reforma estatutaria), también volverían a aparecer opiniones contrarias a determinadas partes del statu quo y que ello tendría su correspondiente reflejo normativo, al menos en cuanto al contenido de los proyectos aparecidos y con independencia del resultado final de los procesos de reforma estatutaria. Si a ello

demente hoy en día en relación a las CCAA que acudieron en 1985 al TC. Andalucía, Aragón, Castilla la Mancha, Castilla-León y Cataluña —al menos— se suman hoy como lo prueban múltiples hechos y datos de contenido jurídico y político, a las entonces recurrentes desde ese punto de vista de la insatisfacción.

(11) Recuérdese la legislación de distintas CCAA sobre caudales ecológicos o mínimos que en ocasiones ha sido impugnada ante el TC con sentencias de éste que, con mayor o menos énfasis, son desautorizatorias de los intentos autonómicos de atribuirse competencias con exclusividad sobre la fijación de estos caudales. 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.

(12) 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».

se le suma, además, el resquemor que la agria polémica habida con motivo de la regulación de la transferencia desde la cuenca 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 dicha transferencia sea como territorios «cedentes» o «receptores» del recurso, resulta que están proporcionados todavía más elementos para el «fuego» o la catarsis de la elaboración de la reforma 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 más adelante.

Ahora quiero insistir en que los nuevos EEAA se sitúan, en general, en la línea de la jurisprudencia constitucional ya conocida (con las importantes matizaciones que se resaltarán en este trabajo) si bien hay algunas particularidades como la mayor profusión en la utilización del concepto de «competencias exclusivas» de las CCAA sobre las aguas de sus propias cuencas (13). Ello parece chocar con las competencias que el Estado mantiene también sobre dichas aguas y que en ocasiones tienen la característica de la exclusividad y, en otras, de establecimiento de legislación básica (14) lo que induciría a creer en un exceso de los nuevos EEAA en esta cuestión conceptual previa.

En realidad la cuestión que se enuncia en este lugar y como ha dicho autor relevante en estos problemas competenciales, es de mera perspectiva, pues si se construye el concepto de exclusividad en relación solamente a algún aspecto de una potestad o al conjunto de una potestad concreta de que disfruta una Comunidad Autónoma en relación a una determinada materia, puede decirse que tiene competencia exclusiva sobre ella en cuanto que en ese concreto ejercicio no puede ser obstaculizada por el Estado (15).

(13) En esa línea vid. art. 117.1 EC, art. 50.1 EA, art. 72.1 EAr....

(14) La exclusividad también era nota de algún Estatuto de Autonomía de la primera época. Vid., así, el art. 9.16 del EC de 1980.

(15) Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES (2005), p. 305, nota. 16.

En esas condiciones, y recordando expresamente el art. 117.1 EC que sirve de modelo o de inspiración a los demás, la competencia exclusiva de Cataluña sobre las aguas de sus propias cuencas (16) abarca:

«a) La ordenación administrativa, la planificación y la gestión del agua superficial y subterránea, de los usos y de los aprovechamientos hidráulicos, así como de las obras hidráulicas.

b) La planificación y la adopción de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua.

c) Las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua.

d) La organización de la administración hidráulica de Cataluña, incluida la participación de los usuarios.

e) La regulación y la ejecución de las actuaciones relacionadas con la concentración parcelaria y las obras de riego».

El conjunto del precepto me parece plenamente adecuado a la Constitución al margen de que no se haya recordado expresamente en el mismo la existencia de algunos condicionamientos constitucionales que matizan la dimensión de esa competencia exclusiva y ofrecen su verdadero perfil. Pero que no se recuerde expresamente la Constitución no quiere decir que ésta no exista (17) y que, por lo tanto, en el plano de la interpretación jurídica no tenga que servir para completar —como sucede en tantos ámbitos de la vida práctica del derecho— el régimen jurídico de una determinada regulación parcial. Así, cómo no tener en cuenta en este plano interpretativo la existencia del art. 149.1.18 CE en cuanto a las competencias estatales (básicas) sobre las concesiones administrativas o sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Ese precepto constitucional existe y el EC no ha podido obviarlo. Simplemente no ha repetido la mención siguiendo de esa forma la tónica de los EEAA de la primera época tanto en el ámbito del agua como en otras materias distintas al agua, lo que no quiere decir que los operadores jurídicos no tengan en cuenta la dicción constitucional en el respectivo trabajo que

(16) También los EEAA refieren la existencia de competencias sobre las aguas intercomunitarias, las de gestión del Estado. Sobre las mismas y dada la necesidad de contener este trabajo en límites de espacio razonables, me remito a EMBID IRUJO (2007 a y b).

(17) En algún trabajo he hablado de «hartazgo de lealtad constitucional» con las continuas citas a la CE que siguen a apelaciones que claramente parecen inconstitucionales, como es el supuesto del art. 17.1 del EV y su regulación del derecho de reparto de las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias. Vid. 2007 a), p. 33.

les corresponda en su momento en cuanto a la aplicación de los correspondientes preceptos estatutarios.

Y lo mismo sucede en lo relativo a la planificación hidrológica. Se afirma estatutariamente la competencia exclusiva sobre dicha planificación en relación a las cuencas intracomunitarias, pero el art. 149.1.13 CE contiene el papel del Estado en cuanto a la coordinación de la planificación económica, y es esa actividad de coordinación la que el TC adujo en su Sentencia 227/1988 para sostener la constitucionalidad de la atribución al Estado de la aprobación de la planificación hidrológica de las cuencas intracomunitarias llevada a cabo por la Ley de Aguas de 1985 y que no operaría, entonces, como una manifestación de jerarquía administrativa —imposible en la relación entre Estado y CCAA basada en la autonomía de éstas ex arts. 2 y 137 CE— sino como elemento de coordinación con otras manifestaciones de la planificación administrativa y con el mismo Plan Hidrológico Nacional [cfr. fdo. jdo. 20 d) en relación al art. 38.6 de la Ley de Aguas de 1985].

En el caso del Estatuto de Andalucía, es el art. 50 en su apartado primero el que narra las competencias sobre las «aguas que transcurran íntegramente por Andalucía» con lo que se enlaza terminológicamente con lo que expresa el art. 149.1.22 CE dedicándose el apartado segundo a describir las competencias sobre las aguas o cuencas intercomunitarias (apartado en donde aparece la expresión «aprovechamientos hidráulicos intercomunitarios»). El texto es ligeramente distinto al del EC pero presidido por la misma idea de competencia exclusiva; e igualmente y como en el caso anterior, me parece su contenido plenamente ajustado a la Constitución pudiendo llevarse a cabo la misma lectura interpretativa de la expresión «competencia exclusiva» que ya he indicado anteriormente.

Así, esa competencia andaluza juega sobre «recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas transcurran por Andalucía» y nada hay que oponer desde el punto de vista de la constitucionalidad a esta mención que se corresponde perfectamente con la que, al contrario, reserva al Estado el art. 149.1.22 CE.

Otorga el precepto comentado también competencias a Andalucía sobre «aguas subterráneas cuando su aprovechamiento no afecte a otro territorio». La expresión parece chocar, inicialmente, con la interpretación que el TC en su Sentencia 227/1988, fdo. jdo. 16, ofreció a la cuestión del reparto competencial sobre aguas subterráneas. En aquel supuesto y en relación a las aguas subterráneas «renovables», el Tribunal afirmó la inclusión de éstas dentro de la cuenca respectiva y, por tanto, las competencias sobre dichas aguas subterráneas pertenecían al ente que las tuviera sobre la cuenca. No es, por tanto, el criterio del «aprovechamiento» que no afecta a «otro terri-

torio» (18) el determinante para el TC del reparto competencial, sino el respeto a los principios del ciclo hidrológico y, por tanto, la inclusión de las aguas subterráneas renovables controvertidas en la cuenca a la que pertenecen, aquélla en la que se entabla una determinada relación de continuidad con las aguas superficiales.

Ahora bien, no puede desconocerse que la definición de cuenca hidrográfica ha variado como consecuencia de la transposición de la Directiva marco de aguas de 2000 realizada en 2003. El art. 16 TRLA, que es el que define a las cuencas hidrográficas, hace referencia solamente a una «*superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos...*»; por tanto ninguna mención o posibilidad de incluir directamente en la definición —como sí sucedía en la vieja definición de cuenca de la Ley 29/1985— a las aguas subterráneas.

Pero las aguas subterráneas se tienen ahora en cuenta en la definición del nuevo concepto de demarcación hidrográfica que contiene el art. 16 bis TRLA para el que «se entiende por demarcación hidrográfica la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, *subterráneas* y *costeras asociadas a dichas cuencas*». Las aguas subterráneas surgen, pues, en el contexto de la definición de demarcación hidrográfica y como una realidad material «asociada» a una cuenca (que comprende inicial y exclusivamente aguas superficiales) lo que lleva, como lógica, su incorporación al más amplio territorio de la demarcación hidrográfica que es desde el que se las tiene en cuenta. Se ha producido, pues, un cambio en la configuración general de estas aguas subterráneas aun cuando no pienso que el mismo sea de tal calibre como para conducir a variaciones sustanciales sobre lo ya conocido y sobre lo que conviene profundizar algo más.

Así, no debe ignorarse la regulación vigente acerca de la existencia de acuíferos (o Unidades hidrogeológicas) compartidos entre distintas cuencas hidrográficas y cómo se han llevado a cabo repartos de la gestión sobre los mismos. El principio general lo formula el art. 16 bis 3 TRLA (19) (precepto adicionado con ocasión de la transposición de la Directiva marco de aguas

(18) Por cierto que la palabra «territorio» es bastante equívoca en este contexto y también precisada de interpretación. Solo puede referirse a que no afecte a otro territorio distinto del andaluz, o sea a otra «Comunidad Autónoma».

(19) El precepto indica que «los acuíferos que no correspondan plenamente a ninguna demarcación en particular, se incluirán en la demarcación más próxima o más apropiadas, pudiendo atribuirse a cada una de las demarcaciones la parte de acuífero correspondiente a su respectivo ámbito territorial, y debiendo garantizarse, en este caso, una gestión coordinada mediante las oportunas notificaciones entre demarcaciones afectadas».

en 2003) profundizando sobre la base previa de los arts. 7 y 8 y del Anexo I de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. En esta última Ley se definen los acuíferos compartidos como los que están situados «en ámbitos territoriales de dos o más Planes Hidrológicos de cuenca» (art. 7.1 de la Ley 10/2001) previéndose tanto un sistema de delimitación como la asignación de recursos hídricos de cada acuífero compartido entre las distintas cuencas (art. 7.2) (20). Eso determina una forma de gestión que lleva a cabo cada Organismo de cuenca en relación a los volúmenes asignados pero bajo el principio de cooperación y con la posibilidad de encomiendas de uno a otro Organismo (art. 8).

Parece que ésta sería la única forma de interpretar de manera adecuada a la Constitución la mención a las aguas subterráneas que lleva a cabo el art. 50 del EA. Andalucía, a través de los Organismos de cuenca de sus propias cuencas intracomunitarias, ejercería competencias sobre las aguas subterráneas asociadas a dichas cuencas o, en todo caso, sobre los recursos que se le asignaran por la legislación o planificación estatal sobre los acuíferos compartidos entre varias cuencas (entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de cuenca, deberíamos decir con completa propiedad) que sería el supuesto en el que las aguas subterráneas no afectarían a otros territorios.

El EA otorga también competencias exclusivas sobre aguas minerales y termales, en lógica correspondencia con lo establecido en el art. 148.1.10 de la Constitución.

Finalmente el EA dispone la existencia de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma sobre la participación de los usuarios, la garantía del suministro, la regulación parcelaria y las obras de transformación, modernización y consolidación de regadíos y para el ahorro y uso eficiente del agua. Son conceptos muy distintos los que acabo de transcribir en los que subyacen distintas realidades jurídicas por lo que conviene profundizar algo más.

Así y en primer lugar, nada decisivo se opondría a esa competencia exclusiva sobre la participación de los usuarios, aun cuando hoy no debe olvidarse la existencia de un precepto en el TRLA [(art. 18.1.b)] que vincula a las CCAA a reservar una representación a los usuarios en los órganos colegiados de la Administración hidráulica no inferior al tercio de los miembros que los inte-

(20) En el caso de cuencas hidrográficas situadas en territorio andaluz, el Anexo I que se comenta asigna recursos entre las cuencas del Guadiana I y del Guadalquivir (Unidad hidrogeológica del Campo de Montiel), Guadiana II y Guadalquivir (Unidad hidrogeológica de Almonte-Marismas), y Guadalquivir y Sur —que hoy es cuenca transferida a Andalucía— (Unidades Hidrogeológicas de Sierra de Líbar, Sierra de Cañete, Sierra Gorda-Polje de Zafaraya y Tejera-Almijara-Las Guájaras) en unas determinadas cantidades que son indiferentes en este trabajo.

gren. Esta norma es básica y su carácter básico fue aceptado como tal por el TC (21), por lo tanto y si no desaparece dicha mención de la legislación estatal, está vinculando a la Comunidad Autónoma de Andalucía lo que pone en canción —en el estado actual de cosas, insisto—, el carácter exclusivo de esa competencia que, más bien, sería en la práctica compartida. La interpretación, posible, acerca de que el Estatuto habría querido dejar sin aplicación en Andalucía un precepto como el art. 18 1 b) TRLA, se opondría —otra vez— a la realidad de las competencias del Estado derivadas del art. 149.1.18 CE sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas, pues la determinación de la presencia de los usuarios en distintos órganos administrativos, es muestra inequívoca de tal régimen básico de la Administración hidráulica, con independencia del porcentaje que pudiera establecerse (22) u otra forma específica de referirse a tal presencia.

La garantía de suministro es un concepto extraño a cuanto estamos comentando en este lugar porque, en estricto sentido, hace referencia a aspectos de los servicios locales de abastecimiento urbano o, en todo caso, a los caudales otorgados concesionalmente sea cual sea su destino, por lo que sería una referencia que debería jugar dentro del régimen concesional y sus principios correspondientes, dentro de los que está la posibilidad de establecimiento de legislación básica por parte del Estado (art. 149.1.18 CE).

Finalmente los últimos conceptos reflejados en el precepto examinado guardan relación con actuaciones que deben entenderse incluidas dentro de la materia agricultura (donde las CCAA poseen competencias exclusivas según sus EEAA) sabiendo, no obstante, la dificultad con que a veces tiene que juzgarse sobre el reparto competencial en el ámbito de la agricultura de regadío. En todo caso y conociendo que tanto las competencias en materia de aguas que comento como las de agricultura operan dentro de las cuencas intracomunitarias andaluzas, ello no presentará dificultades especiales de interpretación y de gestión en el futuro (23).

(21) Cfr. STC 227/1988, fdo. jdo. 21 letra e) que habla del carácter «natural» de esta norma básica.

(22) Siempre podría discutirse, no obstante, si el establecimiento de un porcentaje «fijo» como, en este caso, del tercio no podría ser mejorado desde la perspectiva de la relación legislación básica-legislación de desarrollo (y la posición constitucional de las CCAA), con referencias en la normativa básica a un «marco», a un ámbito más flexible que el del porcentaje fijo.

(23) En todo caso me parece conveniente recordar aquí que el único precepto del EA recurrido al TC (por la Comunidad Autónoma de Extremadura) es el art. 51, relativo a la competencia exclusiva de Andalucía sobre la parte de la cuenca andaluza del Guadalquivir. En modo alguno lo ha sido el art. 50, que es sobre el que se ha realizado el proceso discursivo que se contiene en el texto.

2. Las competencias sobre obras hidráulicas

Me refiero ahora a las competencias sobre obras hidráulicas para lo que hay que referirse necesariamente al concepto de «obras hidráulicas de interés general» que son las de competencia del Estado (24) asumiendo el Estado tradicionalmente tal competencia por medio de la declaración del interés general de una obra (25) 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 diciembre (26). También y según la CE (art. 149.1.24) son de competencia del Estado las obras públicas —y por tanto igualmente las hidráulicas— que afectan a dos o más CCAA.

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 (las declaradas de interés general) dentro del territorio de una cuenca intracomunitaria (de competencia de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre dicha cuenca) y, a su vez, que las CCAA ejerciten competencias sobre obras hidráulicas (de interés autonómico, pues) dentro del territorio de una cuenca intercomunitaria (de competencia del Estado). Todo depende, insisto, de que la obra se considere 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 Estado (27). Y si no es declarada de interés general del Estado, es que lo será de interés autonómico y con posibilidad de proyección, realización y explotación por parte de la Comu-

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

(25) Cfr. A. EMBID IRUJO (1995). Posteriormente S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2000) y luego EZQUERRA HUERVA (2007).

(26) Y que da lugar al art. 46 TRLA presidido por un casuismo excesivo.

(27) 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 de competencia del Estado de las de competencia de las CCAA. Y entonces, en ausencia de norma legal definitoria (como luego lo ha sido el art. 46 TRLA), respondí que el criterio no podía ser otro que el tamaño o importancia de la obra hidráulica que arrastra una 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.

nidad Autónoma respectiva con independencia del lugar donde se encuentre dicha obra.

Sobre esa realidad sucintamente descrita inciden varios artículos de los EEAA recientemente reformados en los que se trata de hacer derivar hacia la respectiva 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 EA_r 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 la ejecución y explotación de 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, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, 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 hasta ahora entre el Estado y las CCAA (28) y lo mismo, creo, sucederá en el futuro, incluso de manera acrecentada, según todos los signos que aparecen.

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, cómo 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

(28) 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.

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.

3. 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) El caso de la cesión de la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir a Andalucía

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 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 en relación al total de los que viven en la cuenca) lo que está en el origen de un texto que, sin embargo, no parece en principio enteramente adecuado a la Constitución, entendiéndolo por adecuación a la Constitución la interpretación de la frase del art. 149.1.22 CE («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 y teniendo en cuenta que en ningún caso el TC expresó que su doctrina fuera la única forma posible de interpretar el art. 149.1.22 CE.

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 Comuni-

dad Autónoma (29). 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, 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.

Como indiqué en mi trabajo originalmente publicado en 2007, 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. No obstante, el acuerdo de transferencias se ha firmado con fecha 20 de septiembre de 2008 habiéndolo aprobado el Consejo de Ministros en su reunión de 17 de octubre de 2008 y para tener efectos desde 1 de enero de 2009. En todo caso —y uniendo esta idea con otra de las menciones del precepto— una delimitación perfecta, incontestable, solo podría realizarse con el presupuesto previo de una nueva planificación hidrológica que hubiera señalado (30) —porque ése sería uno de sus objetivos 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 en la realidad la eficacia 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

(29) 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 formalmente, 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.

(30) De la forma participativa, transparente, con aportaciones de todos, como es el régimen jurídico de la planificación hidrológica desde un punto de vista formal.

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 Autónoma (31), 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 y posibilidades que ello tiene.

Todo lo indicado hasta ahora sirve para afianzar las ideas anteriormente expuestas acerca de la dificultad del tema que nos ocupa y lo acertado de que sea, finalmente, el TC quien deba emitir un juicio sobre la constitucionalidad de la previsión estatutaria (32).

En todo caso restaría un comentario a la última mención del precepto que comento, la referencia 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, y pongo hincapié en la palabra «actual»— 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 competen-

(31) 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. En todo caso también hay que recordar que la afección de una obra hidráulica siempre tiene que hacer referencia a la afección del recurso que la misma regula o canaliza. Es claro, finalmente, que aun con transferencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía nada impide que en el futuro, se realice una obra hidráulica que permita reconducir aguas en este momento atribuidas a Andalucía a otra Comunidad Autónoma de la cuenca. Todo depende, sustancialmente, de lo que sobre el particular decida la planificación hidrológica y del respeto a los procedimientos administrativos previstos para la aprobación y ejecución de esas obras.

(32) Al margen de los argumentos aquí indicados, más adelante trato el tema de la adecuación de este precepto estatutario (y del correspondiente del ECL) a la Directiva marco de aguas de 2000, cuestión que anticipo que me parece que no tiene problemas aun cuando, en todo caso, la relación entre el EA y la Directiva marco de aguas nunca se establecería en el plano de la constitucionalidad, obviamente. Quiero indicar, finalmente, que aun cuando se decida la adecuación constitucional en el marco de los correspondientes condicionantes que ya se contienen en abstracto en el art. 51 EA, quedará la adecuación del TRLA a la nueva situación jurídica, puesto que el TRLA guarda entera relación con otro marco normativo que fue considerado adecuado a la CE por la STC 227/1988 como ya se ha dicho supra en este trabajo.

cias 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 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, es adecuada a la Constitución, no que no pudieran existir otros desarrollos legislativos que también pudieran ser adecuados, pues el mismo TC ha afirmado que no estamos ante la única forma posible de interpretar la expresión presente en el art. 149.1.22 CE (33).

Resulta de todo ello un precepto ciertamente confuso y en el que se producen contradicciones internas que conducirían, en su caso, a la conclusión final de la negación de las competencias a la Comunidad Autónoma que, paradójicamente, el mismo precepto parece 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 Autónoma (34). Como ya he indicado anteriormente, el precepto ha sido recurrido por la Comunidad Autónoma de Extremadura al TC 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

(33) Ya he indicado con anterioridad que la hipotética decisión del TC sobre que el único entendimiento posible de la expresión constitucional de «aguas que discurren» del art. 149.1.22 CE fuera el de cuenca hidrográfica, representaría el único supuesto —en lo que yo conozco— del constitucionalismo mundial —en lo relativo a los Estados descentralizados políticamente, obviamente— en el que el criterio de la cuenca hidrográfica fuera la única forma posible de interpretar o entender la Constitución a los efectos del consiguiente reparto competencial que en todo Estado descentralizado políticamente debe existir entre la «Federación» o Estado central, y los entes o estados federados. En todo caso y finalmente, lo que subyace a toda esta problemática es el entendimiento de la expresión «cuenca hidrográfica» que en absoluto es el mismo en el conjunto de los Estados. Existe, sí, un determinado concepto en la Directiva marco de aguas de 2000 (aplicable hoy, por tanto, a 27 países europeos), pero los conceptos de cuenca hidrográfica varían en la teoría y en la práctica en otros países distintos de los mencionados. Sobre ello vuelvo más adelante en el texto.

(34) 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 «afección» es un concepto jurídico indeterminado que obligaría necesariamente a realizar labores de interpretación jurídica (¿qué es afectar?) 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 (recuérdese, a esos efectos, el contenido de la STC 5/1983 relativa a la LOAPA, y en la que el TC negó facultades interpretativas al legislador estatal, si bien luego se ha producido un notable cambio jurisprudencial en este tema llegando la STC 247/2007 a afirmar la capacidad interpretativa de la CE de los EEAA a reserva, obviamente, de que tal interpretación pueda juzgarse desde un punto de vista material como adecuada a la Constitución).

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 misma (35), pero ello no puede conseguirse [a menos que el TC matice sustancialmente lo que indicó en su Sentencia 227/1988 fundamentándose, como primera parte de su razonamiento, en lo que ya indicó en dicha Sentencia acerca de que la fórmula de la Ley 29/1985 no era la única posible para interpretar la CE (36)], por medio de la técnica presente en el art. 51 del EA sino utilizando otras posibilidades constitucionales cuyo uso, en el futuro, no tendría porqué descartarse. Sobre ello habrá de volverse con más atención y extensión, en otro momento.

B) La cesión de la parte castellano-leonesa de la cuenca del Duero a Castilla-León

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

(35) 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.

(36) Y matización en la que debería jugar un papel clave la referencia a la planificación hidrológica, como instrumento del Estado por el cual se actualizan en cada momento la extensión de las aguas que por no afectar a otra Comunidad Autónoma, son susceptibles de gestión exclusiva por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Autónoma». Si el presupuesto básico es el mismo, también debe decirse lo mismo en relación a esta competencia: 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, 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 supranacional (37) 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, si cabe: por la extensión territorial, por la importancia de los aprovechamientos y por la población afectada, la cuenca del Duero es prácticamente castellano-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. Con la expectativa acerca de 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 de la cuenca del Duero «castellano-leonesa» 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.

(37) 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).

4. La emisión por las CCAA de informes en procedimientos administrativos en los que debe decidir el Estado

En esos términos de la generalidad con que trato estas cuestiones, debo ahora referirme a otra característica también general del actual momento de reforma estatutaria, como es la previsión de distintas formas de participación de las CCAA en procesos cuya decisión final pertenece al Estado. Se regula en los nuevos textos estatutarios considerados, así, la emisión de informes o la simple participación en el proceso de adopción por el Estado de decisiones sobre obras hidráulicas de interés general, transferencias u otras.

Se ha escuchado o leído que la regulación de estos informes representaría una inmisión o perturbación en las competencias del Estado y que, por ello, su presencia en los EEAA reformados sería inconstitucional (38). Mi opinión, sin embargo, es la contraria y, además, creo que debe entenderse como síntoma de buena salud constitucional la intervención de CCAA en procesos en los que la competencia final de resolución es del Estado y no se discute el contenido de su decisión ni su competencia sino que se pretende, solamente, que el Estado cuente con una opinión más y que ésta se formalice expresamente: la de la Comunidad Autónoma a la que pueda afectar tal decisión y que se pronuncia desde su evidente «interés», territorialmente hablando, en relación (y, quizás, prevención) a la decisión final que se adopte.

Es posible —no lo sé— que en el momento fundacional del Estado de las Autonomías pudiera haberse expresado con más rotundidad y fuerza de convicción la posición que ahora combato abiertamente, pero me parece que a casi 30 años vista de la aprobación del primer Estatuto de Autonomía (el del País Vasco en 1979), con la experiencia real del funcionamiento del Estado y la jurisprudencia del TC existente sobre cuestiones como la que trato, rechazar, por inconstitucional, que en los EEAA reformados pueda aparecer como previsión la emisión de informes no vinculantes por parte de las CCAA o la mera participación en procesos de decisión por parte del Estado, representa un mal entendimiento de lo que significa la Constitución y el mismo Estado de las Autonomías y ello porque:

a) Como el TC ha dicho repetidas veces, la colaboración entre las entidades públicas es un principio constitucional no escrito expresamente y que resulta esencial para el funcionamiento del Estado de las Autonomías (39).

(38) Por ejemplo, en el recurso formulado por diputados del grupo parlamentario popular contra el EC. Pero también hay escritos doctrinales con ese contenido.

(39) La STC 34/1993, de 30 de julio, habla del deber de colaboración como de un «elemental principio de relación» y la STC 18/1982, de 4 de mayo, dice que es un «deber general que no es menester justificar en preceptos concretos...se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución».

Que fórmulas típicas de la colaboración como las que ahora estoy tratando, puedan considerarse inconstitucionales por su presencia en una norma relevante del bloque de la constitucionalidad me parece aberrante (40) o, desde otro punto de vista, también podría interpretarse como una confesión por parte de quien así se exprese de lo lamentable de la pérdida del Estado centralista antes conocido, aunque no sea ésta la directa opinión de quien se manifieste de la forma que discuto (41).

b) Las leyes ordinarias han ido recogiendo poco a poco, la existencia de procesos de colaboración como los que ahora encuentran cobijo en los EEAA que estudio y la jurisprudencia del TC ha señalado como perfectamente constitucionales tal tipo de intervenciones siempre que no pretendan ser vinculantes (cfr. STC 40/1998). Se dirá que estos hechos que narro se han desarrollado en leyes estatales libremente modificables por el Estado, y es cierto. Pero también han aparecido en leyes autonómicas no recurridas —regularmente— por el Estado (42) y todas estas presencias normativas no son otra cosa que el reconocimiento de ese principio constitucional no escrito expresamente —insisto en la idea— de la colaboración.

(40) Es lugar común en la doctrina —por ello no hacen falta citas específicas— expresar el lamento por la falta expresa de mecanismos de colaboración Estado-CCAA en la Constitución. Solo se regulan en el art. 145.2 CE los acuerdos y convenios de colaboración entre las CCAA. Por ello no puede expresarse sino satisfacción por el hecho de que se incorporen a un elemento relevante del bloque de la constitucionalidad los informes de los que se trata en el texto.

(41) Por otra parte, el TC en su Sentencia 227/1988, ya se había referido a la necesidad de colaboración de Estado y CCAA con las siguientes palabras que, aun pronunciadas de forma general, luego se aplicarán al ámbito concreto del agua: «La proyección sobre un mismo medio físico o recurso natural de títulos competenciales distintos en favor del Estado o de las CCAA impone la colaboración entre ambas Administraciones; colaboración que «resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías» como ha señalado este Tribunal, por relación genérica a supuestos como el que ahora se plantea, en la STC 76/1983, de 5 de agosto. Más aún, este entrecruzamiento de competencias obliga, como queda dicho, a la coordinación entre las Administraciones implicadas, según se declara también en aquella Sentencia; coordinación que corresponde al Estado en la medida en que resulten afectados los objetivos de la planificación económica. Sentado esto, procede afirmar también que ni la competencia en materia de coordinación ni la competencia sobre las bases de la planificación autorizan al Estado para atraer hacia su órbita de actividad cualquier competencia de las CCAA por el mero hecho de que su ejercicio pueda incidir en el desarrollo de las competencias estatales sobre determinadas materias».

(42) Distintas Leyes de Ordenación del Territorio de CCAA reconocen la existencia de informes preceptivos de las CCAA sobre procesos de planificación del Estado. Vid., así, la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía de 1994 que prevé informes de órganos andaluces sobre la planificación hidrológica elaborada por el Estado. Igualmente la Ley 1/2001, de Aragón (recurrida por el Gobierno de la Nación, por cierto, ante el TC por recoger la necesidad de informes de un órgano autonómico —el Consejo de Ordenación del Territorio— sobre la planificación hidrológica estatal aunque posteriormente el TC levantó la suspensión de la Ley aragonesa y el Gobierno de la Nación retiró finalmente el recurso) va en el mismo sentido.

c) Tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre, parece innegable que estas fórmulas de colaboración que refiero pueden formar parte, perfectamente, del contenido de los EEAA y que en modo alguno, además, esa inserción se opondría a la Constitución, único parámetro posible de la constitucionalidad de los EEAA. Obsérvese cómo en el fdo. jdo. 12 de la Sentencia citada, después de un amplio estudio sobre la función constitucional de los EEAA presente en el art. 147.2 CE, se afirma con rotundidad la posibilidad de que los EEAA contengan previsiones que vayan más allá de lo estrictamente previsto en el art. 147.2 CE y que se refieran, por ejemplo, a relaciones entre los poderes autonómicos y los estatales, relación en la que entraría —sobre ello creo que no puede haber dudas, al menos sustentadas en un proceso de razonamiento jurídico— todo lo relativo al principio de colaboración:

«De todo ello se desprende, en fin, que los Estatutos de Autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, *sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicos, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro*» (el resalte tipográfico es mío).

Y un poco más adelante se complementa esta decisiva afirmación inicial con las siguientes palabras, también muy importantes:

«Cuando se ha señalado justifica que hayamos de considerar que el contenido legítimo de los Estatutos no se restringe a lo literalmente previsto en el art. 147.2 y 3 CE y restantes previsiones constitucionales expresas, sino que dicho contenido se vincula al principio dispositivo en los términos expuestos. Sin embargo, dicho contenido no puede ser entendido de manera difusa, en atención, entre otras razones, a la especial rigidez que les caracteriza. *En definitiva, el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía incluye tanto el que la Constitución prevé de forma expresa (y que, a su vez, se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 147.2 CE y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los Estatutos), como el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma*» (el resalte tipográfico es mío).

d) Finalmente y en otro orden de consideraciones, la presencia de informes o participaciones en determinados procedimientos de competencia esta-

tal, no debe verse, en absoluto, como una suerte de «imposición» de la Comunidad Autónoma sobre el Estado. Al contrario, creo que tanto interés tiene la Comunidad Autónoma en emitir una opinión formal en relación al ejercicio de competencias estatales, como el Estado de conseguir esa opinión para tener más seguridad en el acierto de su decisión final. En tal sentido, el origen de las normas de que trato podría encontrarse tanto en la iniciativa de reforma estatutaria ejercida por las CCAA, como en los procedimientos parlamentarios de las Cortes Generales de tramitación de tales iniciativas estatutarias. Ello es indiferente porque, insisto, el mecanismo de que tratamos parece esencial para la eficacia en el funcionamiento del Estado de las Autonomías y por ello no debería considerarse nunca inconstitucional su presencia en normas tan relevantes del bloque de la constitucionalidad sino muestra representativa del vigor y eficacia del Estado de las Autonomías.

Posteriormente volveré sobre el tema de los informes cuando trate de la cuestión de las transferencias de aguas entre ámbitos territoriales de distintos Planes hidrológicos de cuenca, tema en el que también se prevé expresamente en distintos EEAA la posibilidad de emanación de informes por las CCAA afectadas.

III. EL CONCEPTO DE CUENCA HIDROGRÁFICA Y SU PAPEL EN ESPAÑA

Visto todo lo cual y dadas las múltiples referencias realizadas hasta ahora al papel de las cuencas hidrográficas, parece imprescindible reflejar el concepto normativo 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» (43).

(43) La virtualidad mayor 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. En el apartado V llevo a cabo algún breve comentario sobre esta Directiva en cuestiones relacionadas con la gestión de las cuencas.

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 muchos países. En realidad son las concretas características de cada país las que suelen determinar esas definiciones (44).

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 dirección (45).

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 reciben 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

(44) Imagínese —no es complicado este ejercicio de imaginación— 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. Remito aquí otra vez y hasta la publicación impresa del correspondiente libro, a la página de la red donde se encuentran las ponencias presentadas a la Conferencia internacional sobre gestión del agua en países federales y semejantes a los federales que he dirigido (en julio de 2008) como prueba contundente de lo que indico <http://www.fundacionmgimenezabad.es>.

(45) 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 (ahora y también en un futuro lejano) bien que, al margen de los mismos problemas internos de gestión en cada país miembro de esas cuencas, 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.

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) (46). También en Argentina existen varios tratados entre Provincias de esta índole (47) 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 doctrina relevante (MATHUS) considera inconstitucional estando pendiente una sentencia de la Corte Suprema sobre el particular que resuelva el problema.

Pues bien, en función de todo lo anterior puede reflexionarse sobre el papel de la cuenca hidrográfica en España.

Lo primero que debo resaltar, entonces, 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, cuando ha llegado. 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 Sindicales (como entonces se denominaron) 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 ejecución de obras, en la participación en dichos procesos de los usuarios (o sea, de 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 puramente «administrativa» de las Confederaciones (a través de la Comisaría y del Presidente en última instancia).

(46) No hay que desconocer, por otra parte, que la Federación siempre puede influir sobre la gestión sobre las aguas de los Estados, a partir de normas basadas en los poderes ambientales de la Federación. Recuerdo así, sin más referencias, el decisivo papel de las Leyes federales sobre el agua limpia o sobre los ríos escénicos.

(47) El último que conozco, entre las provincias de Mendoza y La Pampa y suscrito también por el Estado a través de dos Ministerios, es de 7 de agosto de 2008 y trata sobre el río Atuel, con lo que se soluciona felizmente un largo conflicto jurídico y político entre las dos provincias.

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

a) *La base de la Administración hídrica estatal*: El TRLA regula, así, la existencia de organismos de cuenca con el nombre de Confederaciones Hidrográficas (48) a los que se pueden incorporar las CCAA que tengan territorio en el de la cuenca gestionada por el Estado (49). Hoy y en virtud del nuevo concepto de Demarcación Hidrográfica que procede de la Directiva marco de aguas de 2000 (50), los Organismos de cuenca extienden su competencia al conjunto de la Demarcación debiendo coordinar sus competencias con las de otras Administraciones en el llamado Comité de Autoridades competentes (con solo funciones de coordinación y consultivas, no decisoras). 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 órganos (51).

b) *El ámbito 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 (52). 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 de 2000 y ahora se están elaborando en España los Planes hidrológicos de cuenca con ámbito de Demarcación, adaptados a las prescripciones de esta Directiva y 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 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»

(48) 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.

(49) Todas las CCAA están incorporadas a los Organismos de cuenca correspondientes.

(50) 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.

(51) 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. Pero su naturaleza jurídica suele ser la de entidades de derecho público que funcionan con arreglo al derecho privado. En modo alguno nos encontramos con realidad semejante a la de las Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos que refleja la Ley 28/2006, de 18 de julio, y que están caracterizadas por una gran autonomía orgánica, contractual, presupuestaria, financiera, de gestión de personal etc...

(52) Sobre el particular EMBID IRUJO (1991) y unánimemente la doctrina posterior.

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 (mejor, de un ámbito territorial de planificación hidrológica de cuenca a otro), requiere, como regla general, 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 [cfr. art. 45.1.c) TRLA]. A las transferencias dedicaré el siguiente apartado de este trabajo.

Los límites territoriales de los Organismos de cuenca —y por tanto de las cuencas hidrográficas— quedaron fijados en 1987 y han permanecido intocados prácticamente hasta ahora. Recientemente se ha aprobado la creación de un nuevo Organismo de cuenca estatal —el del Miño-Limia, que surge por segregación de un territorio de la cuenca (impropiamente llamada así) del Norte— 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 ella dados los términos de su Estatuto de Autonomía (53).

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LAS TRANSFERENCIAS DE RECURSOS HÍDRICOS ENTRE DISTINTOS ÁMBITOS TERRITORIALES DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA DE CUENCA. SU PRESENCIA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA 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 (54). 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 (1) y luego de la presencia de las mismas en los Estatutos de Autonomía recientemente reformados (2).

(53) Sobre la capital (y difícil) cuestión de la forma de ejecución de esta Sentencia vid. el trabajo de EMBID IRUJO (2006 a) cit. en la bibliografía final en el que se incluyen referencias a otra doctrina de no necesaria cita ahora.

(54) En la última doctrina vid. el excelente trabajo de MENÉNDEZ REXACH (2007).

1. Las transferencias de recursos hídricos 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] (55). Pero antes de ellas ya se habían producido regulaciones específicas (56) 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 años 1973-1974, cuando se formuló por la Administración un anteproyecto de trasvase de un volumen anual 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 el otorgamiento de una mera concesión iniciándose la tramitación de la misma por la publicación de una Nota-anuncio en el Boletín oficial de la Provincia de Tarragona donde tendría lugar la captación; finalmente y ante las resistencias mostradas, se desechó la iniciativa (57).

En 1981 se reguló por Ley 18/1981 un llamado vulgarmente «ministrasvase» (por su volumen relativamente pequeño, 125 Hm³ de trasvase anual, en relación al anterior) desde la cuenca del Ebro a la provincia de Tarragona (obsérvese el ámbito territorial limitado, pues no se trataba del destino, sin más, a otra cuenca hidrográfica, la del Pirineo Oriental como entonces se llamaba, sino a una división administrativa —una provincia— en parte ubicada dentro de otra cuenca hidrográfica, la del Pirineo Oriental) 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 esencialmente polémicas en su momento pero que hoy conocen 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 jurídicamente de forma inmediata a 600 Hm³ que solo

(55) Sobre la cuestión en sus orígenes EMBID IRUJO (1991) p. 211 y ss.

(56) Debo advertir que muchas de las transferencias existentes (algunas bien poco relevantes desde el punto de vista de los volúmenes de agua comprometidos) no cuentan con una propia regulación sino que arrancan de tiempos bastante lejanos en los que, cuando más, se dio una concesión administrativa como legitimadora de la actuación, pero en ocasiones ni siquiera ésta existe.

(57) Es esencial sobre el tema el libro de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, J. BERMEJO VERA y L. MARTÍN REBOLLO (1975).

raramente se han podido trasvasar por inexistencia de agua en los embalses de cabecera lo que mueve a la reflexión sobre la evidente imperfección técnica con la que se diseñó, lo que constituye una de las causas, sin duda, de muchas de las actuales críticas que recibe el mismo. 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 hasta el momento 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 (con manifestaciones variadas en distintas ciudades), 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 contra distintas actuaciones administrativas llevadas a cabo para ejecutar la transferencia...hasta que la transferencia fue derogada por Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, elevado a Ley 11/2005, de 22 de junio (58).

Recientemente han vuelto a surgir 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 minitransvase a la provincia de 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) (59). Se trata de una norma amparada en una situación de sequía extraordinaria que, justamente, comenzó a cambiar con abundantes lluvias nada más llegar el Real Decreto-Ley 3/2008 al BOE. El texto

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

(59) El art. 3 del Real Decreto-Ley preveía que los volúmenes a trasvasar pudieran obtenerse por medio de la celebración de contratos de cesión de derechos de uso de agua con regantes del Ebro y, por tanto, al margen del sistema de la Ley 18/1981. Sobre el significado de esta técnica en relación con las previsiones del Estatuto de Autonomía de Aragón sobre informes previos a emitir por esta Comunidad en relación a transferencias de recursos hídricos (cfr. los arts. 19.3 y 72.3 del EAr.) vid. el Dictamen 81/2008, de 12 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón.

contaba, por otra parte, con una curiosa disposición final tercera que ordenaba el cese de la vigencia del Real Decreto-Ley cuando cesara la causa de la situación extraordinaria o, 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. El Consejo de Ministros celebrado el 6 de junio de 2008, y mediante Acuerdo ha considerado que la situación extraordinaria de sequía había cesado y, por tanto, el Decreto-Ley ya no estaría en vigor (60).

2. 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 que es el que cuenta con más referencias a estos efectos.

a) Así esta Comunidad Autónoma debe «velar» para que no existan transferencias, tal y como dice el art. 19.3 EAr (61):

«Corresponde a los poderes públicos aragoneses, en los términos que establece este Estatuto y de acuerdo con el principio de unidad de cuenca, la Constitución, la legislación estatal y la normativa comunitaria aplicables, velar especialmente para evitar 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».

(60) La cuestión que en el plano especulativo podría plantearse es la de cuándo ha cesado, en realidad, la vigencia del Real Decreto-Ley, pues la disposición final tercera no exige, en absoluto, el acuerdo del Consejo de Ministros para que se produzca la derogación. Muy probablemente y desde luego antes del 6 de junio de 2008, ya no se daba la situación de extraordinaria y urgente necesidad y en los términos literales de la disposición final tercera, ya había cesado la vigencia del Real Decreto-Ley 3/2008. Se trata de una forma singular de cese de la vigencia que en otras circunstancias podría haber tenido determinadas consecuencias jurídicas (piénsese en la legitimación jurídica, o no, de contratos o expropiaciones habidas conforme a un texto normativo que ya tuviera necesariamente que considerarse derogado en los términos del propio Real Decreto-Ley). Sobre las características generales desde el punto de vista jurídico de esta curiosidad normativa creo que resulta adecuado remitirse al Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón 81/2008, de 12 de mayo, que prevé la forma de producirse la derogación del texto lo que aun tardaría en constatarse oficialmente cerca de un mes.

(61) Una interpretación jurídica del conjunto de los preceptos del EAr. sobre transferencias puede seguirse en el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón 81/2008, de 12 de mayo, emitido en respuesta a la consulta formulada por el Gobierno de Aragón sobre el Real Decreto-Ley 3/2008.

El precepto que contemplamos puede ser entendido dentro de lo que podrían denominarse «principios» de la actuación de los poderes públicos (los 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 (62) 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 con 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)] que tiene el 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 (63).

b) Igualmente en algunos de 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».

(62) Operaría aquí el EAr desde la vertiente de su característica de texto cabecera del ordenamiento jurídico aragonés, con encargos específicos dirigidos a los poderes públicos aragoneses, tal y como la STC 247/2007, de 12 de diciembre, ha descrito con rotundidad para hablar de la doble virtualidad de los EEAA: como normas estatales y como cabeceras de ordenamientos autonómicos. Cfr. fdos. jdos. 10-12.

(63) Y sobre lo que pueda significar jurídicamente «velar», remito otra vez al Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 81/2008 en el que se contiene una amplia exposición del significado jurídico de tal vocablo.

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 tal y como he referido anteriormente (apartado II del trabajo) cuando he tratado estos informes de manera general. E insisto ahora en mi punto de partida general: no es posible concluir 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 constitucional 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 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 (64).

c) Por otra parte y aunque no habla directamente de transferencias, debe verse como una norma relacionada con ellas (65) 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

(64) Es conveniente reiterar, otra vez, que al margen de todo lo ya dicho en el texto, con la STC 247/2007, de 12 de diciembre y sus párrafos resaltados supra, quedan perfectamente justificados todos los preceptos estatutarios que han aparecido sobre este tipo de informes.

(65) Pues en el origen de la resolución parlamentaria que se lee en el texto citado, está la articulación de una línea de defensa de la Comunidad Autónoma de Aragón frente a las consecuencias indeseables que pudieran derivarse de las transferencias de aguas previstas en el Plan Hidrológico Nacional elaborado por la Administración del momento entre los años 1992 y 1993 y que no pasó de la categoría de Anteproyecto de Ley pues ni siquiera llegó a aprobarse por el Consejo de Ministros como Proyecto de Ley.

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 dado que 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 plenamente adecuado a la Constitución, pues con él no se hace otra cosa que encomendar a la planificación hidrológica estatal —respondiendo a la misma funcionalidad jurídica de dicha planificación según el TRLA, arts. 38 y ss.— que concrete las asignaciones, inversiones y reservas (66). 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 y que debe ser tenida en cuenta o considerada por la planificación hidrológica estatal.

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 que no pudo ser aprobado en la pasada Legislatura (2004-2008) y cuya tramitación parlamentaria en la actual ha comenzado con su toma en consideración por el Congreso de los Diputados (habida el 14 de octubre de 2008). 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 las transferencias contienen los EEAA 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 territoriales 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] no pudiendo un Estatuto de Autonomía, creo, manifestarse de esa forma unilateral en función, entre otros argumentos, de la pérdida de libre disponibilidad sobre el contenido de los EEAA que tiene el Estado en función de lo previsto sobre la reforma de los EEAA no estando, tampoco, incluida tal posibilidad estatutaria en el amplísimo ámbito que la STC 247/2007, de 12 de diciem-

(66) Y en relación a la mención a los «derechos» recogidos en el art. 19 del EAr., sabemos desde la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que los EEAA no pueden regular derechos de los ciudadanos relacionados con las competencias de la Comunidad, luego en el art. 19 no hay que ver otra cosa que un principio rector que se dirigirá a los poderes públicos aragoneses en la medida en que éstos tengan competencias sobre la gestión de las aguas y, desde luego, no vincula para nada a los poderes públicos estatales.

bre, (en el texto que antes he reproducido en el apartado II de este trabajo) ha otorgado a la capacidad de los EEAA. Creo que esto es algo que tampoco desconoce la iniciativa normativa (67) que lo que, simplemente, hace es ofrecer una filosofía política «alternativa» a la realización y ejecución de este trasvase y dentro de la cuál como elementos resaltables deduzco que 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 debe conseguirse —si no antes— un buen estado ecológico de las aguas superficiales y subterráneas tal y como ya hemos contemplado en este trabajo (y con la posibilidad de extensión hasta el año 2027, en casos extremos, de la consecución de esos objetivos ambientales). 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 ecológico (68) 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

(67) 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. En la doctrina, vid. en DELGADO PIQUERAS (2007) una explicación de las razones a que obedecería la previsión de caducidad contenida en el proyecto de Estatuto y en FANLO LORAS (2008) una defensa encendida de la regulación del trasvase Tajo-Segura existente.

(68) 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».

atender «las necesidades de la propia cuenca hidrográfica». La amplitud de esta expresión permite deducir claramente que no se está pensando solo 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 cuencas (69) 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.

V. LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS DE 2000 Y LOS PRINCIPIOS QUE DE ELLA SE DERIVAN SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LAS CUENCAS HIDROGRÁFICAS

El hecho de ser España un país de la Unión Europea induce a realizar, finalmente, una breve incursión en el contenido de la Directiva marco de aguas de 2000 desde la perspectiva de las cuestiones analizadas en este trabajo. Esto es necesario a los efectos de observar la congruencia, o no, de sus decisiones con el contenido de los distintos EEAA examinados en este trabajo, sobre todo lo relativo a la relación entre la cuenca del Guadalquivir y Andalucía y la cuenca del Duero y Castilla y León en sus respectivos EEAA.

Y ello con algunas advertencias previas: es la primera que es obvio que las normas comunitarias no tienen en cuenta la estructura constitucional interna de un país y, con arreglo a principios ya muy viejos de interpretación del derecho comunitario, existe una cierta indiferencia en las normas comunitarias sobre la estructura orgánica interna de los Estados. Lo que importa para el derecho comunitario es que sus mandatos sean cumplidos por cada Estado, con independencia de cuál sea el órgano estatal que proceda a su cumplimiento, cuestión que será determinada por la estructura constitucional respectiva.

En segundo lugar, es evidente que se llegue a los resultados que se lleve en el análisis que ahora se inicia, nada de lo que aquí se observe tiene aplicación al juicio de constitucionalidad pendiente sobre diversos EEAA ante el TC. El derecho comunitario podrá (es) ser parámetro de la legalidad de las

(69) 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».

normas españolas, pero en modo alguno sus preceptos (incluyendo los del derecho originario) juegan respecto a las normas españolas en el plano de la constitucionalidad, ni siquiera como elemento auxiliar para apoyar, interpretativamente, determinados juicios que quieran establecerse en relación a las distintas cuestiones pendientes ante el TC y que se han ido mencionando a lo largo del trabajo.

Y, finalmente, digamos que el derecho comunitario no es, precisamente, un prodigio de técnica normativa y claridad de lo que, por cierto, son bien conscientes los propios órganos comunitarios que continuamente expresan la idea de que conviene proceder a una simplificación y claridad del derecho comunitario (70). Ello es más que advertible en la muy deficiente, hablando solamente desde el punto de vista técnico, Directiva marco de aguas de 2000, deficiencia que será causa segura (lo es ya) de distintos problemas de interpretación en el futuro en relación a cuestiones nada baladíes. En el presente caso tendremos ocasión de advertir uno de ellos, pues no es posible deducir del texto de la Directiva con completa seguridad cuestión tan simple como la de si debe existir una única autoridad competente en cada demarcación hidrográfica o puede haber más de una, aun cuando, en mi opinión y sopesando los distintos argumentos posibles basados todos ellos en lo expresamente dicho en la Directiva, más bien la interpretación jurídica de los distintos textos a considerar se inclinaría por esta última opción. Veámoslo más despacio (71).

Hay que comenzar indicando que para la Directiva marco de aguas hay dos conceptos básicos desde la perspectiva que ahora nos interesa: cuenca y demarcación hidrográfica que aparecen definidos en el artículo 2 (72). Estos conceptos son esenciales a la hora de regular los objetivos medioambientales a cumplir, el marco jurídico de la planificación hidrológica de cuenca con ámbito de demarcación y la forma de gestión de las cuencas en la misma Directiva. Y en ese contexto importa resaltar que la Directiva quiere que la gestión del agua se base en las cuencas hidrográficas y en su agrupación en

(70) Las citas en este lugar podrían ser muy variadas, pero por su importancia recuerdo el «Acuerdo interinstitucional relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria de 22 de diciembre de 1998» [DOCE n° C 73, de 17 de marzo de 1999].

(71) Cfr. una visión general de esta Directiva en la monografía de C. TIRADO ROBLES (2004), pp 57 y ss. especialmente. Igualmente vid. CARO-PATÓN, (2006) y DELGADO PIQUERAS (2001).

(72) Así, cuenca hidrográfica es 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 y demarcación hidrográfica es la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, designada con arreglo al apartado 1 del artículo 3 como principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas.

demarcaciones tal y como prevé el art. 3, pero es dudoso que exija una única «autoridad competente» (es la terminología de esta Directiva) para cada una de ellas. Así, existe un precepto del que podría derivarse tal principio de autoridad única (art. 3.2) (73), pero ello es desmentido en otro conjunto de preceptos construidos bajo el principio de que debe informarse a las autoridades comunitarias de «las» autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica nacional. Ese es el objeto del art. 3.8 precisando algo más en ese sentido el Anexo I del que también se desprende que puede haber más de una autoridad competente en cada demarcación hidrográfica (74) lo que desde la amplitud con que se define a la demarcación hidrográfica en la Directiva, es más que prudente y no solamente desde la perspectiva específica de una situación de gobierno territorial tan compleja como la española. En fin, en unión de todos los preceptos anteriores puede ser decisiva en la interpretación que aquí se sigue, la definición de autoridad competente contenida en el art. 2. 16 según el cual por tal debe entenderse «*la o las autoridades designadas con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 3*».

Estas afirmaciones de la Directiva marco de aguas de 2000 deben tenerse en cuenta en relación a las competencias de las CCAA de Andalucía y Castilla y León sobre las partes «andaluza» y «castellano leonesa» del Guadalquivir y del Duero, ya examinadas. En concreto, se podrán hacer reproches de distinto fuste a dichos textos jurídicos —como los contenidos en este trabajo— pero no desde la perspectiva del incumplimiento de lo previsto en la Directiva marco de aguas de 2000, aun con las dudas interpretativas que se han formulado. Y ello porque la Directiva marco de aguas es tan poco clara en esta cuestión (75) —como en otras— que de la misma se puede deducir

(73) El precepto indica que «Los Estados miembros adoptarán las disposiciones administrativas adecuadas, *incluida la designación de la autoridad competente apropiada*, para la aplicación de las normas de la presente Directiva en cada demarcación hidrográfica situada en su territorio». El apartado 7 del mismo precepto indica que «Los Estados miembros *designarán la autoridad competente* a más tardar en la fecha mencionada en el artículo 24». El art. 24 se refiere al 22 de diciembre de 2003.

(74) Así, en este Anexo I se utiliza el plural para referirse a la lista de las autoridades competentes que se debe enviar: «En aplicación del apartado 8 del artículo 3, los Estados miembros facilitarán la información siguiente *sobre todas las autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica nacional...* Y el plural sigue cuando se pide que se envíe también «una descripción de las responsabilidades legales y administrativas de *cada* autoridad competente y su función en el seno de la demarcación hidrográfica» y en lo relativo a la composición se dice que «cuando la autoridad competente se haga cargo de la *coordinación de otras autoridades competentes*, debe facilitarse una lista de estas autoridades junto con un resumen de las relaciones institucionales establecidas para garantizar la coordinación».

(75) Esa puede ser la causa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de noviembre 2006, recaída en el asunto C-32/05, Comisión vs. Luxemburgo. La Sen-

perfectamente y como yo he hecho, la posibilidad de existencia de distintas autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica (76) con lo que la situación que reflejan los EEAA andaluz y castellano-leonés es plenamente adecuada al texto comunitario. Naturalmente que lo que sí exigiría la Directiva marco, supuesta la perfecta posibilidad de distintas autoridades competentes, es una efectiva coordinación en la actuación entre todas ellas, coordinación que tendría como primer presupuesto la planificación hidrológica de cuenca con ámbito de demarcación, puesto que en eso sí que no hay la más mínima duda acerca de la existencia de un único plan demandado por dicha Directiva. Esta cuestión no es discutida, en absoluto, en los dos textos estatutarios examinados.

VI. NOTAS CONCLUSIVAS

Finalmente es llegado el momento de formular algunas conclusiones específicas deducidas de todo lo examinado anteriormente. Y lo primero que en ese sentido tiene que hacerse es resaltar la aparente paradoja de que el avance en la descentralización política en España (avance constituido por las últimas reformas de los EEAA) plantee algunos problemas en relación al gobierno del agua. Desde mi punto de vista, sin embargo, esa paradoja es solo «aparente», como ya he dicho, pues lo que cualquier observación del derecho comparado en Estados federales o semejantes a los federales (Estados de descentralización política, en todo caso) muestra, es la tensión que se establece entre el gobierno político del territorio y los principios «naturales» de gestión del agua por cuencas, tan difíciles siempre de realizar (77).

tencia resulta de lectura obligada, sobre todo en lo relativo a los principios generales sobre la aplicación del derecho comunitario y sobre la consideración de la Directiva marco de aguas que «no busca una armonización total de la normativa de los Estados miembros en el ámbito del agua» (del apartado 42 de la Sentencia). En las cuestiones que ahora nos ocupan, la Sentencia deduce la obligación de Luxemburgo de llevar a su legislación interna la definición de los conceptos de cuenca y de demarcación hidrográfica, bien que no deban sacarse excesivas consecuencias de ello puesto que, como Luxemburgo aduce, en su territorio no existen demarcaciones nacionales sino partes nacionales de demarcaciones internacionales reguladas por convenios internacionales; luego es en el marco de estos convenios y de los órganos por ellos regulados en los que debe procederse al cumplimiento de los objetivos medioambientales establecidos por la Directiva para las demarcaciones como específicamente establece la Sentencia.

(76) Cuestión distinta sería que se introdujeran en este lugar valoraciones respecto a la «eficacia» de los preceptos citados o al verdadero «espíritu» de la Directiva marco de aguas. Ello es perfectamente posible hacerlo y en un trabajo de distinto objetivo y metodología que éste, hasta sería conveniente realizarlo. Pero aquí me he querido ceñir, exclusivamente, a lo que el legislador comunitario ha escrito textualmente sobre el particular.

(77) Remito otra vez a las ponencias de la Conferencia internacional que he mencionado y que se encuentran en <http://www.fundacionmgimenezabad.es>

Esos problemas que noto en la nueva situación estatutaria española tienen una raíz singular en el cuestionamiento del papel de la cuenca hidrográfica como unidad indivisible 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 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 2000 como se ha examinado cumplidamente en páginas anteriores, también debería existir un planteamiento de «funcionalidad», de «eficacia» sobre la buena gestión de las aguas que no parece haberse realizado por completo con ocasión de esos procesos normativos pero que hay que esperar que se produzca en los nuevos documentos normativos que vayan apareciendo (78). 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 como unidad de gestión indivisible, puede orientarse a desmontar —siquiera sea parcialmente (79)— dicha forma de administración si bien y en última instancia, una única planificación hidrológica por cuenca y en manos del Estado serviría para coordinar las actuaciones de los distintos órganos de gestión existentes si, obviamente, el TC diera por buena la fórmula de los EEAA examinada. Este hecho resaltaría en grado sumo el papel de la planificación hidrológica, ámbito en el que también España es pionera en su consideración como norma (80) y en el descubrimiento de las múltiples virtualidades de la misma, apareciendo ahora una más derivada del fraccionamiento de las cuencas hidrográficas y del papel de esta planificación en la coordinación de la gestión de las mismas.

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 espe-

(78) En ese sentido habrá que esperar a la publicación del RD de transferencia de funciones y servicios a Andalucía aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 17 de octubre (no publicado todavía en la fecha que se redactan estas líneas) y, sobre todo, es necesario remitirse al futuro Plan Hidrológico de la Demarcación del Guadalquivir, plan único, obviamente, en relación a cualquier ámbito de gestión administrativa que en dicha cuenca exista.

(79) 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. Sobre eso creo que hay que ser claro prediciendo con facilidad un futuro en función de todo lo que ha venido sucediendo en el pasado.

(80) Cfr. EMBID IRUJO (1991) in totum.

cíficas 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» (81), 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 país (82). En todo caso, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, afirmando la imposibilidad de que los EEAA regulen derechos subjetivos relacionados con las competencias de las CCAA, ha desvalorizado cualquier posibilidad de deducir consecuencias de tal pretendido derecho al agua.

Indico, finalmente, mi confianza en que estas polémicas políticas y jurídicas alcancen, finalmente, una componenda constitucionalmente correcta y técnicamente adecuada, que permita continuar lo esencial de las fórmulas de gestión que tienen una antigüedad y prestigio evidente entre nosotros. Pero ello sin que deba realizarse una servil adoración hacia un pasado al que debe examinarse con lupa y nunca con visión utópica y acrítica. Cada generación debe ir buscando sin excesivos condicionamientos previos y no sólo en el ámbito del agua, las fórmulas jurídico-organizativas que crea más apropiadas para la resolución de los problemas que, también cada generación, afronta de manera singular. En ese sentido, las recientes llamadas al realismo de LÓPEZ MENUDO (83) son muy adecuadas y se sitúan claramente en esta línea conec-

(81) Cfr. EMBID IRUJO (2006, b) pp. 15 y ss. Los argumentos utilizados en el trabajo referido para demostrar la inexistencia de un derecho al agua para la realización de actividades económicas, han sido luego reproducidos casi literalmente en un trabajo sin cita de su origen intelectual. El hecho de que el trabajo que contiene tal incorrección en relación a los usos habituales en el ámbito de la ciencia jurídica tenga solo pretensiones profesionales y no científicas, rebaja un punto, bien es verdad, lo reprochable de esta actuación.

(82) Cfr. art. 132 CE y la STC 227/1988. Nadie tiene un «derecho» a que se le otorgue un aprovechamiento de aguas. Eso sería contradictorio con la posición constitucionalmente asegurada del titular del dominio público hidráulico, el Estado.

(83) Copio textualmente: «El tercer punto de partida consiste en admitir del modo más realista que lo importante a retener por el Estado son las grandes decisiones, entendiendo por tales la legislación, la planificación hidrológica con su séquito de medidas necesarias para hacer efectivo el principio de solidaridad interterritorial consagrado en el artículo 2 de la Constitución, ello con el complemento del acervo de medidas compensatorias para la justa distribución de la riqueza. Aunque seguramente la pérdida del monopolio estatal en la gestión de los «asuntos corrientes» de carácter administrativo pueda considerarse como la pérdida de un valor estimable, no parece que hubiera que lamentarse excesivamente por ello si los pilares fundamentales del sistema quedan debidamente controlados. No parece que el sistema deba quedar cerrado a la desconcentración de competencias ejecutivas, a las fórmulas de colaboración intercomunitarias, a la coordinación estatal, quedando el Estado en todo caso en un papel subsidiario para cuando esas fórmulas de gestión se revelasen insuficientes» (LÓPEZ MENUDO, 2008, p. 82).

tando perfectamente con lo que he defendido aquí y en distintos trabajos anteriores acerca de la necesidad de adaptación a las exigencias propias de un Estado de las Autonomías, de fórmulas organizativas nacidas bajo circunstancias muy distintas, tanto de configuración territorial del Estado como de su misma sustancia liberal-democrática. Sin que ello signifique, obviamente, despreciar ni dejar atrás lo más notable y útil de aquello que nuestros antecesores nos han legado. La Constitución de 1978 permite y alienta, sin duda alguna, la consecución de fórmulas organizativas adecuadas para la gestión de las aguas basadas en la mejor de nuestras tradiciones que se fundamenta en un espíritu de colaboración y cooperación territorial que en forma alguna debe despreciarse.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M. (2008) «A propósito de la crítica de Germán Fernández Farreres a la STC 247/2007», en REDC 83, pp. 149-152
- CARO-PATÓN CARMONA, I., MACERA, B.F. (2002), *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección ambiental y aguas*, Universidad de Valladolid, Valladolid.
- CARO-PATÓN CARMONA, I. (2006), «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 9, pp. 37 y ss.
- DELGADO PIQUERAS, F. (2001), «El nuevo marco comunitario de la política de aguas: la Directiva 2000/60/CE», en *European Public Law Series*, vol. XVIII, Esperia Publications, London.
- DELGADO PIQUERAS, F. (2007), «Organización de las cuencas hidrográficas», en las pp. 185 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.), *Agua y territorio. (Consideración especial de la reforma de los Estatutos de Autonomía)*, Thomson-Civitas, Madrid.
- EMBID IRUJO, A. (1991), *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid.
- EMBID IRUJO, A. (1995) «Las obras hidráulicas de interés general», en *Las obras hidráulicas* (A. EMBID IRUJO dir.), Civitas, Madrid.
- EMBID 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.

- EMBID 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. EMBID IRUJO (dir.), *El derecho al agua*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- EMBID IRUJO, A. (2007 a), «Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto de competencias sobre el agua y las obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en las pp. 13 y ss de A. EMBID IRUJO (dir.), *Agua y territorio. Consideración especial de la reforma de los Estatutos de Autonomía*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 313 pp.
- EMBID IRUJO, A. (dir.) (2007 b), *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007.
- EMBID IRUJO, A (2008), «El derecho al medio ambiente en los nuevos Estatutos de Autonomía», en *El derecho a un medio ambiente adecuado* (A. EMBID dir.), Iustel, Madrid.
- EZQUERRA HUERVA, A. (2007), *El régimen jurídico de las Obras Hidráulicas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia.
- 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.
- FANLO LORAS, A. (dir.), (2008), *La ordenación jurídica del trasvase Tajo-Segura*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005), «Planteamientos generales», en A. EMBID IRUJO (dir.) *Derecho Público Aragonés*, 3ª ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza.
- FERNÁNDEZ FARRERES G. (2008), *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico? Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Thomson-Civitas, Madrid.
- GALLEGRO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A., DÍAZ LEMA, J.M. (1986), *El derecho de aguas en España*, dos vols, MOPU, Madrid.
- GETCHES, D. H, (1999), «Resolución jurídica de los conflictos sobre aguas transfronterizas en los Estados Unidos, en A. EMBID IRUJO (dir.), *Planificación hidrológica y política hidráulica. (El Libro Blanco del Agua)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 19-67.
- GOBIERNO DE ARAGÓN (2001), *Alegaciones al Plan Hidrológico Nacional de 2000*, Civitas, Madrid.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2008), «Agua y territorio», pp. 46-83 de *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., BERMEJO VERA J. y MARTÍN REBOLLO, L. (1975), *Aspectos jurídicos del trasvase del Ebro*, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1997), *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid.
- MARTÍN-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. EMBID IRUJO (dir.), *Agua y territorio*, Thomson-Civitas, Madrid.
- MENÉNDEZ-REXACH, A. (2007), «Transferencias de recursos hidráulicos», en las pp. 913 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.) *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid.
- TIRADO ROBLES, C., (2004), *La política del agua en el marco comunitario y su integración en España*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

IL GOVERNO DELLE ACQUE

PAOLO URBANI

SUMARIO: I. IL CONTESTO LEGISLATIVO.— II. LA FRAMMENTAZIONE DELLE DISCIPLINE: 1 Le opere idrauliche. 2 La polizia delle acque. 3. Il demanio idrico. 4. Il servizio idrico integrato. 5. Le acque come beni pubblici. Il regime domenicale.— III. LA PIANIFICAZIONE DELLE ACQUE PERNO CENTRALE DI TUTTO IL SISTEMA: 1. I piani di assetto idrogeologico. 2. Il regime concessorio.— IV. IL COSIDDETTO CODICE AMBIENTALE: D.LEGL.152/06: 1 Piano di bacino distrettuale. 2. Piano di gestione e bilancio idrico. 3. I piani di tutela delle acque. 4. Conclusioni.

I. IL CONTESTO LEGISLATIVO

L'analisi degli aspetti istituzionali in tema di risorse idriche non può che evocare il concetto di «governo delle acque» sotto il profilo dei suoi usi, della loro difesa dagli inquinamenti, della difesa dalle acque.

Si tratta di discipline assai risalenti contenute nella legislazione dei primi del novecento poi riunita per gli usi regolati nel TU del 1933, via via integrata in rapporto alle varie esigenze — piano generale degli acquedotti (1962), piani di risanamento delle acque (l.319/76) — per arrivare alla l.183/89 e 36/94 e al d.legsl 152/99 che allargano lo sguardo alla programmazione generale degli usi, alla salvaguardia delle aspettative delle generazioni future, al risparmio ed al rinnovo della risorsa ai fini della sostenibilità ambientale. Recentemente con il d.legsl.152/06 più volte emendato in attuazione della legge delega 308/04 si è riunificata la materia in un unico testo normativo, senza tuttavia apportare modifiche sostanziali al sistema organizzatorio ed al regime delle acque (1). Oggi la politica e la disciplina delle acque non sono più con-

(1) E' questo uno dei principali motivi per cui nel testo si continuano a citare le fonti normative— soprattutto l.183/89 e 36/04 — poiché il d.legsl.152/06 abrogando tali disposizioni, nulla ha, tuttavia, innovato in materia, ad eccezione della trasformazione (poi sospesa) della trasformazione delle Autorità di bacino in Autorità di distretto in ossequio alla direttiva 2060, con conseguente ridisegno degli ambiti dei bacini che dovrebbero divenire tutti di rilievo nazionale. Le Autorità di distretto che dovrebbero sostituire le Autorità di bacino — organi misti stato-regioni per i bacini nazio-

siderate parte a sé, viste come un tempo nella logica del privilegio degli usi produttivi della risorsa ma fanno parte integrante della politica dell'ambiente secondo gli indirizzi delle politiche comunitarie.

Cosicché pur essendo la nostra legislazione nazionale specie quella più recente — si allude soprattutto alla l. 183 e alla l. 36 — ancorata ad una visione di ampio respiro sulla base di principi fondanti assai moderni e condivisibili, l'ordinamento comunitario ne arricchisce i contenuti introducendo il principio di precauzione, quello dell'azione preventiva, della correzione, del recupero dei costi dei servizi idrici compresi quelli ambientali e delle risorse, del principio chi inquina paga.

Ma come sappiamo la politica comunitaria, attraverso la Direttiva 2000/60 ed i numerosi atti ad essi collegati, compie un salto di qualità assai rilevante guardando alle acque in modo unitario e circolare — il ciclo integrato dell'acqua — sia di quelle superficiali sia di quelle sotterranee nonché di quelle marine, al fine di assicurarne un uso sostenibile, equilibrato ed equo basato sull'intervento pubblico nell'economia idrodipendente. Siamo di fronte cioè ad un *diritto europeo dell'acqua* che impone regole generali agli ordinamenti interni, ai poteri pubblici ai produttori ed ai consumatori.

Vista in quest'ottica, il bene pubblico acqua e la sua disciplina incidono trasversalmente sulle molteplici discipline delle attività umane (dal governo del territorio, allo sviluppo produttivo, all'agricoltura) fungendo da catalizzatore delle politiche connesse con quelle discipline, così da divenire sempre più *un'invariante* del sistema economico e sociale. Se si pone mente a queste riflessioni che considerano l'acqua come *risorsa finita e come l'incipit dello sviluppo* il governo delle acque implica il coinvolgimento di una pluralità di attori dal centro alla periferia, pubblici e privati, così come le funzioni pubbliche riguardano i profili della conoscenza prima, della programmazione poi, della direzione o indirizzo, della pianificazione, della gestione e del controllo.

In questo quadro s'inserisce il d.legisl 152/06 che è oggetto di revisione da parte del legislatore delegato e di cui si terrà conto marginalmente poiché tradendo i principi ispiratori della legge delega ambientale n. 308/2004 non ha portato significative innovazioni al sistema.

Detto questo, sembra che per dare un quadro sia pur sintetico ma esaustivo delle innovazioni queste possano essere lette secondo diverse chiavi:

- riorganizzazione dell'assetto organizzativo centrale e ampia regionalizzazione delle funzioni di governo delle acque;

nali — ed eliminare le autorità di bacino regionali o interregionali a composizione esclusivamente regionale, prevedevano una composizione penalizzante le regioni e di conseguenza ne è stata sospesa la costituzione.

- collegamento sistematico e organico tra acque e difesa del suolo;
- riconsiderazione degli usi delle acque sotto il profilo quantitativo e qualitativo ai fini della loro utilizzazione compatibile con i profili ambientali e della tutela dagli inquinamenti;
- inserimento nel sistema dell'uso della risorsa idrica a fini della distribuzione per usi civili, di fognatura e di depurazione del principio di produttività del servizio pubblico;
- introduzione del principio di pubblicità delle acque *ex lege* avendo riferimento all'uso limitato della risorsa.

II. LA FRAMMENTAZIONE DELLE DISCIPLINE

Prima di dar conto delle innovazioni occorre riconsiderare molto brevemente come la frammentazione della disciplina e la differenziazione della materia delle acque da quello della difesa del suolo oggi sostanzialmente riunificata nel piano di bacino ha radici risalenti ai primi anni di questo secolo.

Va ricordato, infatti, che nella legge fondamentale sui lavori pubblici del 1865 (L.20.3 1865 n. 2248 all.F) la materia delle acque era contenuta nella sua interezza e nelle sue diverse componenti nel Titolo III «*acque soggette a pubblica amministrazione*»; di conseguenza la disciplina delle opere pubbliche intesa come *difesa dalle acque* (le cosiddette opere idrauliche, per allora a difesa degli abitati e delle campagne), quella delle opere avente ad oggetto le acque per renderle adatte ai principali usi (opere di navigazione), quella delle derivazioni delle acque per destinarle ad usi diversi, esclusivi e non, (agricoli, industriali etc. da un lato e di navigazione e fluitazione dall'altro); quella della cosiddetta *polizia delle acque* intesa come insieme di divieti ed autorizzazioni con oggetto opere o interventi di soggetti terzi sul demanio idrico, erano riuniti in una unica normativa (2). Successivamente la disciplina si frammenta, si perde l'unitarietà del settore, con conseguente disaggregazione dell'apparato amministrativo organizzativo; vengono individuate *diverse categorie di usi*, e diverse categorie di opere relative alle acque pubbliche. Quanto alle prime, la normazione speciale che culmina nel T.U. 1775/33 ha inizio, in realtà fin dal 1884 (L.10 luglio n. 2644) (il primo catasto delle utenze viene introdotto da questa legge); le seconde trovano una disciplina di settore nel R.D. 25 luglio 1904 n. 523 sulle opere idrauliche (il cui contenuto si amplia fino a considerare le opere «intorno» alle acque pubbliche) e contiene anche

(2) V. CERULLI IRELLI, *Acque e opere idrauliche*, in Seicentosedici: dieci anni dopo, Cons. reg. Veneto Atti del convegno, Venezia 18-20 nov. 1987, 514 ss., Roma 1988.

la regolamentazione delle attività afferenti la polizia idraulica delle acque. Altri interventi legislativi regolano oggetti specifici di tutela che comunque hanno attinenza con il suolo e la sua difesa o con l'uso non esclusivo delle acque: boschi e territori montani (RD 30 dicembre 1923 n. 3267), igiene e sanità (RD 27 luglio 1934 n. 1265), navigazione interna e fluitazione (RD 11 luglio 1913 n. 959), l'amministrazione dei canali demaniali e dei navigli lombardi (RR DD 1 marzo 1896 n. 83 e 3 maggio 1937 n. 899), dighe di ritenuta (DPR 1 novembre 1959 n. 1363), pertinenze idrauliche (RD 16 ottobre 1923 n. 2440, RD 1 dicembre 1895 n. 726, RD 18 maggio 1931 n. 544); occorre infine attendere la L.4 febbraio 1963 n. 129 e il DPR 3 agosto 1968 n. 1015 per la regolazione generale delle risorse idriche ad usi civili attraverso *il piano generale degli acquedotti*. Restano fuori da quest'analisi, la disciplina della pesca, come quella sugli scarichi industriali e le più recenti leggi sulla tutela delle acque dagli inquinamenti.

Su questa straordinaria polverizzazione della materia e degli apparati organizzativi centrali (Min. Ambiente, LL.PP. (oggi Infrastrutture), Industria) e periferici (uffici speciali, Magistrato alle Acque, Uffici del Genio civile e provveditorati alle oo.pp.) Regioni (grazie ai pochi poteri conferiti in base al DPR18/72 e 616/77), si è innestata la legge 183/89, dal titolo «norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo», lodevole quanto compromissorio tentativo di riunificazione della materia nell'ambito dell'istituto del *piano di bacino*, e con l'introduzione nell'ordinamento delle relative *Autorità*, riforma rivelatasi nella concreta attuazione un artificio, in presenza del permanere di un ritaglio di competenze funzionale e territoriale tra stato e regioni che non ha eguali in altre materie.

Alle insufficienze della l.183/89 ha rimediato l'intervento del legislatore della l.59/97 (cosiddetta terza regionalizzazione di funzioni e compiti). Non avendo agito sulla separatezza della disciplina il tentativo è stato quello di riunificare *il governo delle acque* attorno al sistema dei poteri regionali e locali spostando quindi il baricentro verso la periferia — ma mantenendo però al centro del sistema le Autorità di bacino, in linea con quanto stabilito dalle direttive comunitarie — e attuando nel contempo un collegamento sistematico tra «contenitore» inteso in senso lato e «contenuto», tra acque e difesa del suolo.

Ma va sottolineato anche un altro aspetto quello cioè dello spostamento — a livello d'apice, ma anche a livello di periferia — della materia delle acque e della difesa del suolo all'interno del più ampio settore della difesa dell'ambiente. (intuizione che già era emersa nella commissione Giannini nel 1976 per la predisposizione del DPR 616/77 (detta anche seconda regionalizzazione) ma non accolta nel testo legislativo delegato «*Le acque sono un elemento essenziale del territorio e la disciplina del loro regime e della loro uti-*

lizzazione é una delle fonti principali di caratterizzazione, conservazione e modificazione dell'ambiente, con immediate e continue ripercussioni sulla vita delle comunità territoriali e locali» scriveva Giannini nella Relazione generale sul trasferimento delle funzioni amministrative a regioni ed enti locali (3).

Lo stesso Titolo V della Cost. modificato nel 2001 fa rientrare il settore delle acque e della sua tutela nell'ambito della materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (art. 117).

Sulla base della breve ricostruzione della articolazione della disciplina sembra più agevole ora analizzare il complesso delle funzioni amministrative trasferite alle regioni e agli enti locali in base al D.LegL.112/98: queste possono essere divise in tre grandi partizioni: le prime attengono alla *difesa dalle acque* tra le quali rientrano anche quelle relative alla difesa delle coste e degli abitati costieri; le seconde agli *usi plurimi delle acque*: le altre alle *utilizzazioni diverse del suolo*, delle spiagge prospicienti o interessate direttamente dalle acque interne.

1. Le opere idrauliche

Aderendo al principio di unicità e di completezza previsti dall'art. 4 3 co. della L.59/97 e riproducendo un criterio di conferimento comune a tutti i settori nei quali vi siano opere pubbliche da realizzare (strade art. 98 e 99, porti art. 105 1 co lett. e), opere statali, art. 93) la progettazione, realizzazione e gestione delle opere idrauliche di qualsiasi natura viene integralmente trasferita al livello territoriale più vicino agli interessi della collettività locale (art. 89 d.legsl. 112/98). La generalità del trasferimento supera la distinzione in categorie di opere per bacini prevista dalla legislazione previgente. Manca l'indicazione di chi per programma le opere. Sul punto le interpretazioni possono essere diverse. Occorre fare riferimento all'art. 1 co 2 del D. legsl. 112 che espressamente stabilisce che il conferimento comprende, in assenza di norma esplicita anche le funzioni di organizzazione e le attività connesse e strumentali all'esercizio delle funzioni conferite, quali fra gli altri la programmazione.

Secondo questa interpretazione, quindi, anche la programmazione rientrerebbe tra le competenze trasferite alle regioni. Tuttavia tale funzione — in presenza dei bacini idrografici previsti dalla l.183/89 — dovrebbe essere ad appannaggio delle Autorità di bacino (nazionali, interregionali o regionali) poiché a queste spetta programmare gli interventi di difesa del suolo (e in particolare le opere idrauliche, idraulico-forestali o idraulico-agrarie) nell'ambito dei piani di bacino (art. 17 3 co lett.f) legge 183/89) anche stralcio. D'al-

(3) Commissione per il completamento dell'ordinamento regionale, gennaio 1977, 29.

tronde, lo stesso comma 4 dell'art. 89 parla, a chiusura, di «esercizio delle funzioni conferite in modo da garantire l'unitaria considerazione delle questioni afferenti ciascun bacino idrografico».

Una seconda interpretazione potrebbe essere invece quella che riserva allo stato (art. 88 1 co. lett.a) la programmazione e il finanziamento degli interventi di difesa del suolo. Ma tale lettura oltre ad essere, a nostro avviso, riferita alla ripartizione generale dei finanziamenti, entrerebbe in contraddizione con l'articolazione per bacini e con i poteri conferiti alle Autorità di bacino che sono gli unici soggetti in grado di redigere un programma delle opere da realizzare, in base alle funzioni conoscitive spettanti o all'acquisizione di dati da parte degli enti territoriali.

Se la programmazione delle opere idrauliche spetta, quindi, alle regioni, e per esse, alle Autorità, la legge o le leggi regionali (in caso di bacini sovra-regionali) dovrebbero riordinare tra gli enti territoriali — in primo luogo le province ai sensi dell'art. 19 del TU 267//2000 — la distribuzione delle competenze relative alla fase della cosiddetta realizzazione e gestione. Anzi la norma sembra ribadire che la prima attività non possa essere disgiunta dalla gestione (come nel caso delle strade) evitando così che opere realizzate non siano poi mantenute. Va osservato che tale riordino si prospetta decisivo poiché anche se il trasferimento di tali funzioni viene effettuato a livello regionale, permane la divisione in categorie di opere (dalla 1 alla 5 di cui al R.D. 523/1904), distinzione che rileva sia ai fini delle caratteristiche e finalità delle opere, sia ai fini dell'individuazione del soggetto competente (provincia come ente di media area, comuni, consorzi di bonifica o l'amministrazione regionale).

Trasferite anche tutte le funzioni — dalla programmazione alla gestione — degli interventi di *difesa delle coste e degli abitati costieri* (art. 89 1 co. lett.h): si tratta di completamento organico rispetto alla delega parziale già operata dall'art. 10 co. 7 della 1.183/89. Per quanto riguarda la polizia idraulica si tratta di funzione strettamente connessa alle opere, finalizzata al buon regime delle acque, minuziosamente disciplinata sia dal RD 523/1904 che prevede un ampio potere dell'autorità amministrativa sia di autorizzare sia di vietare opere o interventi che possano incidere sulla difesa e conservazione del suolo (art. 93 ss.), ma anche dal RD 2669/1937 che al Capo I «Vigilanza e guardia dei corsi d'acqua, delle linee di navigazione e delle opere di bonifica» art. 11, individua nell'ufficiale idraulico colui il quale ha compiti di vigilanza settimanale in loco, percorrendo sistematicamente il tronco di propria competenza, sorvegliando canali di scolo, manufatti, opere di bonifica, ed anche opere private, canali opere arginali, vie alzaie e vasche di navigazione etc. e segnalando al guardiano idraulico, — il «cantoniere» delle vie d'acqua — che

svolge servizio di guardia — art. 12 — tutto ciò che egli ritenga doversi eseguire per mantenere il buono stato delle acque. Compiti attualmente di competenza del Genio Civile (oggi regionalizzato) ma che risultano, in molti casi, da tempo desueti, con conseguenza assai gravi per la sicurezza.

Il servizio di polizia idraulica delle acque dovrebbe essere strettamente legato alla tipologia delle opere idrauliche, tuttavia vigilanza e guardiana sono stati mantenuti allo stato (non v'è traccia nel DPR n. 8/72 e negli artt. 90 e 91 del decreto del. 616/77) e solo con la legge 183/89 — art. 10 1 co lett. f) — è stato affidato alle regioni solo nell'ambito dei bacini regionali e interregionali, per la parte di propria competenza, compreso il pronto intervento idraulico.

Ora nella nuova dizione della lett. a) 1 co dell'art. 89 del d.legsl. 112/98 che trasferisce la fase esecutiva delle opere idrauliche di qualsiasi natura, la polizia idraulica delle acque è da ritenersi passata interamente in ambito regionale/locale, comprendendo oltre al pronto intervento anche tutte le azioni di limitazione e divieti all'esecuzione di opere o interventi, anche fuori dell'area demaniale idrica, che possano incidere anche indirettamente sul regime dei corsi d'acqua (4).

2. La polizia delle acque

La lett. g) dello stesso art. 89 prevede il trasferimento della polizia delle acque, peraltro già delegata dal DPR 616/77 art. 90 comma 2 lett.e), ma questa riguarda le acque in senso stretto (vedi l'espresso riferimento al TU delle acque pubbliche).

Si tratta qui di quell'azione di controllo sulle derivazioni di acqua pubblica sotto il profilo della corretta utilizzazione (funzionamento delle bocche, restituzione dell'acqua utilizzata, eccedenza negli usi, etc.) che possono creare danni a terzi o alla pubblica incolumità. In base a quanto disposto dalla lett.i) tale funzione, limitata alle piccole derivazioni di acqua pubblica, è estesa ora anche alle grandi derivazioni di acqua pubblica.

3. Il demanio idrico

La gestione del demanio idrico attiene sia al regime degli usi produttivi (agricoli, irrigui, industriali, idroelettrico) delle acque di cui al T.U. 1775/33 regolato dal sistema delle concessioni di derivazione di acqua pubblica sia a

(4) In tal senso la massima del TSAP 22 marzo 1996 n. 29 cui si è ispirato il legislatore delegato, in Riv. giur. Ambiente 1996, 710 ss.

quello autorizzatorio connesso con la ricerca, estrazione ed eventuale utilizzazione delle acque sotterranee, compresi i limiti connessi con la loro tutela: queste ultime già delegate (art. 90 2 co. lett.d dpr 616/77) così come l'istruttoria e il rilascio delle concessioni di piccola derivazione di acqua pubblica (limitatamente a quelle senza domande concorrenti o opposizioni, art. 91 1 co n. 2). Va qui segnalato che con l'affidamento a regioni ed enti locali della gestione del demanio idrico si realizza una sorta di separazione tra titolarità del bene e titolarità della sua gestione, perché la norma non parla di delega ma di funzioni trasferite, ma in questo modo si è evitato di creare un demanio regionale delle acque pubbliche, lasciando aperta la possibilità di un intervento statale in caso di interventi di riequilibrio idrico tra regioni, cosa che sarebbe divenuta problematica in caso di proprietà regionale del bene.

Lo spostamento a livello regionale di tutto il complesso della gestione degli usi plurimi delle acque costituisce una vera e propria «rivoluzione» rispetto alle precedenti regionalizzazioni che si erano rivelate su questi aspetti assai prudenti. Anche nella legge 183/89 — nel delineare i contenuti del piano di bacino (art. 17) — il legislatore non si era spinto fino a questo punto poiché prevedeva solo il rilievo conoscitivo delle derivazioni in atto — lett.p) — e non la determinazione dei diversi usi possibili nell'ambito di un quadro pianificatorio anche se poi alla lett. e) enfaticamente viene attribuito al piano la funzione di programmazione e distribuzione delle risorse idriche (5). La portata della norma rileva anche per quanto riguarda le concessioni di grandi derivazioni di acqua pubblica a fini idroelettrici che — secondo l'art. 29 comma 3 del d.legisl. 112/98 — sono rilasciate d'intesa tra stato e regioni compatibilmente con il regime previsto ora dal d.legisl.79/99 in attuazione, nell'ordinamento interno, della direttiva comunitaria 96/1992. Attuazione che dovrebbe rompere quella «riserva in bianco» a scopi idroelettrici delle acque pubbliche (cosiddette concessioni «perpetue») in favore dell'ENEL (L.6 12 1962 n. 1643, parzialmente mod. dalla L.7 8 1982 n. 529) ai fini di una riconsiderazione delle compatibilità di questi con gli altri usi delle acque e di apertura al regime di concorrenza (6). La gestione dell'utilizzazione delle acque pubbliche a fini produttivi — motivo ricorrente e determinante di tutta la legislazione in materia a partire dal T.U. 1775/33 (7) risulta, peraltro oggi in aperta contraddi-

(5) M. CONTE, *L'utilizzazione delle acque prima e dopo la legge sulla difesa del suolo* in Il regime giuridico delle acque in Italia e Spagna in ISR I CNR quaderni per la ricerca n. 21/1990, 55 s.

(6) Vedi art. 36 della l. 128/98 e l'art. 12 del d.legisl 79/99.

(7) Sul punto i penetranti studi di Colucci, Rampulla R.Mainardi, *Piani e provvedimenti nel passaggio dall'amministrazione al governo delle acque* in RTDP 1974, 1285 s. e R.Mainardi, *Censimento delle acque e titolarità delle concessioni: problemi istituzionali e di gestione* in Ec.Pubblica, n. 4/5 1980, 151 s.

zione con l'art. 1 della 1.36/94 — in particolare il comma 3 — che indirizza il loro uso al risparmio ed al rinnovo della risorsa per non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la fauna, le risorse acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici. Disposizione richiamata dall'art. 88 1 co. lett.p) del d.legisl.112/98 che riserva allo stato le direttive nella gestione del demanio idrico, ai fini di un'equa ponderazione degli interessi in campo tra i possibili usi, norma messa ad evidente compensazione della disciplina concessoria conferita alle regioni in materia. Analoga funzione compensativa hanno anche le disposizioni di cui al 2 e 3 comma in materia di distribuzione della risorsa idrica tra più regioni.

Che l'utilizzazione differenziata delle acque pubbliche non possa più essere oggetto di provvedimenti puntuali collocati solo in una visione concorrenziale sia tra i possibili fruitori sia tra gli usi «più» produttivi, disinteressandosi del coordinamento tra le varie utilizzazioni in vista di una gestione globale del corpo idrico (8) sembra finalmente essere acquisizione non più solo dottrinale ma giuridica, espressamente richiamata dall'ultimo comma dell'articolo in commento, ove si ribadisce l'unitaria considerazione delle questioni afferenti ciascun bacino idrografico.

E' evidente che una prospettiva del genere apre tutto il problema del rapporto tra programmazione-regolazione degli usi delle acque nel bacino e il regime delle concessioni in atto, la compatibilità degli usi e delle riserve esclusive, la rinegoziazione delle utenze, i diritti acquisiti dei concessionari: in breve il rapporto tra usi e pianificazione di bacino (9) e di conseguenza, ruolo e poteri delle Autorità di bacino che dovrebbero assumere sotto il profilo della coerenza sistematica della disciplina, un posto centrale nel governo delle acque e della difesa del suolo (10).

Completano il trasferimento — art. 89 lett.d, e, f — il rilascio delle concessioni di estrazione di materiale litoide nei corsi d'acqua, quelle di spiagge lacuali, superfici e pertinenze dei laghi e delle pertinenze idrauliche. Se si collega questa disposizione con l'art. 105 1 co lett.l) che prevede il conferimento alle regioni delle concessioni in materia di demanio marittimo (già apparentemente delegate dall'art. 59 del 616 e solo con la legge 494/93 effettivamente esercitate) e delle zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle

(8) U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque* in RTDP 1969 1025 s.

(9) P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di bacino* in Riv giur. amb 1997, 843 s.

(10) P. URBANI, *Le Autorità di bacino nazionale: pianificazione, regolazione e controllo nella difesa del suolo* in Riv. Giur Ed. 1995, 22 ss. In tal senso, Comitato paritetico per l'indagine conoscitiva sulla difesa del suolo: 13 Comm. Senato, VIII Comm. Camera Deputati -Documento finale XVII n. 5 approvato, Atti Senato 23 3 1998).

dell'approvvigionamento di energia, si riunifica a livello locale tutto il sistema di utilizzazione del demanio idrico.

4. Il servizio idrico integrato

La questione ora affrontata delle concessioni di derivazione di acqua pubblica e la loro riconsiderazione sotto il profilo della compatibilità degli usi permette di affrontare le altre innovazioni introdotte nel sistema. La prima riguarda l'inserimento nel sistema dell'utilizzo della risorsa idrica a fini della distribuzione per usi civili, di fognatura e di depurazione del principio di produttività del servizio pubblico. La legge 36/94 ha introdotto infatti l'istituto del *servizio idrico integrato* attraverso il quale i servizi idrici e fognari a livello locale sono riorganizzati per ambiti territoriali ottimali individuati dalle regioni e gestiti dai comuni e dalle province anche in forma associata attraverso una delle forme di gestione previste dal tu 267/2000: in economia, in concessione a terzi, a mezzo di azienda speciale o mediante spa. E' una linea di tendenza che pervade oggi tutti i servizi pubblici che da un lato permette l'ingresso dei privati nella gestione del servizio ma dall'altro introduce elementi determinanti per la sua produttività.

5. Le acque come beni pubblici. Il regime domenicale

Resta da dire infine della disposizione dell'art. 1 della 1.36 che dispone che tutte le acque superficiali e sotterranee ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata e utilizzata secondo criteri di solidarietà. Viene qui introdotta una modifica considerevole del sistema del codice civile e del TU 1775/33 che ha sollevato anche un giudizio di costituzionalità poiché il codice stabilisce che sono demaniali i fiumi i torrenti i laghi e le altre acque definite pubbliche definite dalla legge (cod. civ. art. 822) cui si aggiunge appunto l'art. 1 del TU che per quest'ultime richiede l'utilizzazione del criterio del riconoscimento della loro attitudine ad usi di pubblico generale interesse.

La Corte Cost. (sent.259 del 19 luglio 1996) nel rigettare la questione di costituzionalità sul riconoscimento *ex lege* delle acque pubbliche, ha ritenuto che la pubblicità di tutte le acque attiene al *regime d'uso di un bene divenuto limitato*, come risorsa comune, mentre rimane impregiudicato il regime pubblico o privato della proprietà in cui esso è contenuto.

Da tutto quanto esposto, si evince che la materia é in forte movimento sia sotto il profilo della organizzazione del settore sia sotto quello della disciplina della compatibilità degli usi inseriti in un quadro di sviluppo sostenibile.

Poiché sappiamo bene che le riforme amministrative non costituiscono — al pari delle ricerche scientifiche — un evento ma un processo lungo e travagliato proviamo ora a trarre un bilancio dell'attuazione del sistema di governo delle acque su alcuni degli aspetti più rilevanti della disciplina.

III. LA PIANIFICAZIONE DELLE ACQUE PERNO CENTRALE DI TUTTO IL SISTEMA

A distanza di quasi vent'anni dall'entrata in vigore della l.183/89 che ha introdotto nel nostro ordinamento il piano di bacino ed il sistema delle Autorità, possiamo dire che si è consolidato quell'orientamento legislativo che considera che la tutela delle risorse fisiche nonché il suo razionale sfruttamento ai fini della loro riproducibilità non può che ordinarsi per atti di programmazione e di pianificazione cioè attraverso un'attività dei pubblici poteri ordinata in senso spaziale e temporale a fini di risultato.

Lo è per la tutela delle aree protette sotto il profilo naturalistico, con il piano dei parchi, per la tutela dei valori paesaggistici con il piano paesaggistico: anche per le acque, sotto il profilo dei suoi usi, della tutela dalle acque e delle acque dagli inquinamenti, il sistema si ordina per piani.

In questi casi le acque sono prese in considerazione sotto diversi aspetti ma a seconda di come si ponga lo sguardo su di esse ci si rende conto che l'ordinamento ha individuato prioritari interessi pubblici da soddisfare in funzione della collettività ed ha apprestato strumenti di governo molte volte purtroppo assai frammentati e particolari.

A seconda degli usi o delle evenienze si è apprestato rimedio apponendo regole generali prevalentemente per atti di pianificazione e di governo dei processi.

Pensiamo ai bacini imbriferi montani od alle aree di bonifica ove nei primi il problema è l'uso delle risorse idriche a fini idroelettrici mentre nelle seconde il problema è quello della regimazione delle acque e cioè quello della difesa delle terre dalle acque.

Il piano di bacino supera la frammentazione della disciplina, riunifica acque e difesa del suolo, pretende di operare una visione complessiva del ciclo dell'acqua, dagli usi alla tutela degli inquinamenti, fino alla difesa dalle acque incorporando anche quello della difesa ambientale o dell'ecosistema.

La natura omnicomprensiva del piano di bacino di grande estensione territoriale poichè prescinde dai confini amministrativi ed insegue la tutela fin dove è necessario, si struttura in piani stralcio per settori ed interessi specifici da soddisfare.

1. I piani di assetto idrogeologico

Se dovessimo trarre un bilancio anche assai approssimativo possiamo dire che i risultati migliori di cui possiamo disporre sono quelli sul fronte idrogeologico — a causa dei drammatici fatti di Sarno e di Soverato (11) — ove il territorio nazionale sia nei grandi bacini sia in quelli regionali o interregionali si è dotato di una «mappa del rischio» — attraverso i piani straordinari emergenziali e poi i PAI (piani di assetto idrogeologico) — con i quali si sono dette prescrizioni finalizzate a sottrarre o a condizionare la trasformazione di aree ad alto o medio rischio franoso o idrogeologico. Il principio ordinatore è quello dell'introduzione sul territorio, ove già non vi sia, del cosiddetto vincolo idrogeologico che spesso si articola anche nel vincolo forestale che conforma le aree e le proprietà, prevalendo sulle diverse destinazioni d'uso previste nei piani urbanistici, *congelando* in breve il godimento della proprietà in funzione della libera esondazione delle acque fluviali o nei casi di franosità dei terreni e delle rocce esistenti.

E' a mio parere già un successo perché questi piani hanno disciplinato in modo unitario un fenomeno che riguarda la «sensibilità strutturale» del nostro territorio nazionale. Con questo tipo di pianificazione si è proceduto o si sta procedendo alla difesa del suolo o alla difesa *dalle* acque mettendo in atto però una tutela che definirei necessaria ma «passiva».

A questo dobbiamo però aggiungere che il servizio della Protezione civile sta procedendo in collaborazione con le Regioni a definire una mappa del rischio franoso, cosiddetta microzonizzazione — molto più articolata e dettagliata destinata ad essere inglobata nei piani urbanistici dei comuni che costituisce una versione più aggiornata del concetto di zona sismica e che prescinde completamente dalla pianificazione di bacino cosiddetta di salvaguardia.

2. Il regime concessorio

Dalla difesa *dalle* acque passiamo agli usi *delle* acque o meglio — per usare una terminologia più aderente all'ordinamento comunitario — agli usi compatibili con la conservazione e riproduzione della risorsa idrica e con il mantenimento dell'equilibrio ambientale.

Qui come abbiamo visto entra in gioco il sistema concessorio che offre un menù molto articolato di possibili utilizzazioni in rapporto alla finalità per la quale se ne chiede un uso esclusivo.

(11) Ma d'altronde la storia non cambia: nel 1967 fu approvata d'urgenza la legge 765/67 legge ponte in materia urbanistica dopo i drammatici crolli della collina d'Agrigento nel 1966.

Possiamo distinguere per larghe maglie le cosiddette derivazioni di acqua pubblica per attività d'impresa (agricola, produttiva) ma anche da parte di soggetti organizzati in consorzi (quelli di bonifica ad es.) mediante la concessione esclusiva della risorsa per tempi determinati e previo pagamento di un canone. Esse possono essere sia per uso di acque superficiali sia per acque sotterranee.

Ma vi sono anche quelle definite di grande derivazione che, come abbiamo visto, servono per la produzione di energia elettrica.

Accanto agli usi produttivi vi sono quelli potabili che la l.36/94 ha disciplinato affermando il principio dell'utilizzo della risorsa idrica a fini della distribuzione per usi civili, di fognatura e di depurazione in funzione della produttività del servizio pubblico. Questi usi sono strettamente legati al piano nazionale e regionale degli acquedotti. Non si tratta quindi di uso esclusivo individuale ma di riserva di una risorsa idrica potabile per intere popolazioni attraverso una organizzazione complessa definita servizio idrico integrato. Anche qui vi è una dimensione territoriale e pianificatoria che è data dall'ATO (ambito territoriale ottimale) e dal cosiddetto piano d'ambito della risorsa idrica potabile.

Ma vi è anche il tema della salvaguardia delle acque dagli inquinamenti che trova oggi nel cosiddetto *piano di qualità delle acque* un forte parametro di riferimento per la salvaguardia del corpo idrico compresi i suoi aspetti ambientali, piano già introdotto nel nostro sistema dal d.legsl 1152/99 di competenza regionale.

IV. IL COSIDDETTO CODICE AMBIENTALE: D.LEGL.152/06

A seguito del recepimento della direttiva 2000/60 con il d.legsl. 152/06 l'architettura pianificatoria è in parte mutata ma non è, come abbiamo ricordato all'inizio, ancora attuta e può essere così riassunta:

1. Piano di bacino distrettuale

Il piano di bacino distrettuale (ex piano di bacino) ha un contenuto ampio che lega diversi profili delle acque: sia quello della difesa idrogeologica (oggetto dei PAI intesi come stralcio) sia quello della valutazione della risorsa idrica sotto il profilo dei suoi usi e della sua tutela. L'ambito di competenza è così ampio che, riprendendo la direttiva 2000/60, si prevede il *piano di gestione* che ha una specifica funzione di stralcio quanto agli aspetti particolari dell'analisi sociale, ambientale ed economica della risorsa idrica.

2. Piano di gestione e bilancio idrico

E qui si innesta il concetto di bilancio idrico introdotto dalla l.36/94 che è *diretto ad assicurare l'equilibrio tra risorse e fabbisogni e che si lega sul piano operativo alle misure per la pianificazione dell'economia idrica in funzione degli usi cui sono destinate le risorse.*

Ma questi elementi sono proprio quelli che caratterizzano i contenuti pregnanti del piano di gestione che ha aspetti di tutela territoriale ambientale ma opera anche un'analisi economica applicata ai costi e ai benefici connessi con la gestione delle risorse. In breve quindi il bilancio idrico dovrebbe essere parte del contenuto del piano di gestione.

L'elaborazione del bilancio idrico che qualche Autorità ha interpretato come «piano della risorsa», ovvero come presupposto conoscitivo necessario per rivedere tutto il sistema delle concessioni idriche, superficiali e sotterranee determinando un rapporto di equilibrio tra compatibilità degli usi e disponibilità della risorsa idrica, non ha trovato sedi unitarie di confronto sui metodi dopo l'emanazione nel 2004 — con cinque anni di ritardo — delle linee guida da parte ministro dell'Ambiente, cosicchè le singole iniziative si sono poi perse e non è stato raggiunto, a quanto si può constatare, alcun risultato apprezzabile.

3. I piani di tutela delle acque

I piani di tutela delle acque di competenza regionale, che dovevano basarsi sul bilancio idrico di cui le Autorità di bacino dovevano dare una definizione effettiva e che non risulta vigente in tutti i bacini nazionali — si sono limitati alla redazione di indagini *quantitative* e non *qualitative* delle acque riducendo così la loro efficacia.

Cosicchè ci si domanda se questi piani — se manca lo strumento essenziale di conoscenza effettivo che è il bilancio idrico — tengano conto dei fabbisogni, delle disponibilità, del minimo deflusso vitale, della capacità di ravvenamento delle falde e delle destinazioni d'uso della risorsa compatibili con le caratteristiche quantitative e qualitative.

4. Conclusioni

Oggi l'elaborazione del piano di gestione che affronta il tema delle acque attraverso un'analisi quantitativa e qualitativa delle acque dovrebbe divenire il presupposto della rielaborazione dei piani di tutela delle acque.

Si noti che i piani di tutela sono la base perché le autorità concedenti — oggi le regioni e le province che hanno la gestione del demanio idrico —

possano disporre la rimodulazione delle concessioni idriche, prevedere forme di regolazione dei prelievi delle acque sotterranee per usi domestici, ragionare sul rilascio di nuovi usi esclusivi, riprogrammare in sostanza l'uso delle risorse idriche rispetto alla sostenibilità ambientale del territorio, ed alle attività produttive.

D'altronde le questioni che assumono maggior rilievo oggi sono proprio quelle relative al rapporto tra *disponibilità della risorsa e fabbisogno*.

Questo implica la conoscenza della disponibilità della risorsa idrica sia superficiale sia soprattutto sotterranea in un dato bacino scolante in base a periodi predeterminati poiché solo da questo dato è possibile stabilire un corretto equilibrio tra disponibilità e fabbisogno ma anche un equilibrio tra *prelievo e restituzione*.

Mentre la conoscenza della circolazione idrica superficiale è soddisfacente anche perché questa è legata in gran parte all'utilizzo dell'acqua a fini idroelettrici, quella sotterranea è certamente più problematica e si avvale del Servizio Geologico Nazionale, nonché degli studi operati in concomitanza con l'elaborazione del piano nazionale degli acquedotti a suo tempo redatto e in continuo aggiornamento.

Tuttavia, basterebbe citare la disciplina ancora oggi vigente relativa alla *ricerca e scoperta* delle acque sotterranee per mettere in evidenza il clima culturale nel quale il legislatore si poneva rispetto alla conoscenza della risorsa idrica.

E' noto che sotto il profilo scientifico lo sviluppo dell'idrologia quantitativa ha portato a mettere in primo piano proprio il *serbatoio sotterraneo* che va valutato complessivamente in termini di equilibrio tra ricarica ed emergenze siano esse naturali (sorgenti) o in termini artificiali (pozzi) al fine di preservarne le condizioni di equilibrio e di rinnovabilità.

Questo *gap* conoscitivo rispetto ai cosiddetti serbatoi idrogeologici che non sembra trovare nelle Autorità di distretto o nelle regioni referenti affidabili, è uno dei punti nevralgici del piano di gestione, come del piano di tutela delle acque, che si riverbera sul regime delle concessioni idriche per i vari usi esclusivi o di settore, il cui riordino per motivi di equilibrio del bilancio idrico allo stato attuale risulta quanto mai aleatorio.

Va aggiunto che il d.leg. 152/06 non ha tenuto conto delle direttive alluvioni e di quella sulle acque sotterranee di recente emanazione cosicché si prospetta nel nostro paese un processo ancora lungo di messa a regime del sistema di disciplina e tutela della risorsa idrica.

OBSERVACIONES ACERCA DE LA COMPETENCIA ESTATUTARIA DE CASTILLA Y LEÓN SOBRE EL DUERO

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ

1. El nuevo Estatuto de Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre), que forma parte de la denominada nueva generación estatutaria producida en estos últimos años, es, en efecto, uno de los que han ampliado sus competencias sobre aguas, al menos aparentemente, mediante la inclusión de nuevas atribuciones competenciales específicas al respecto. Así se desprende de la dedicación de todo un artículo, el 75, a las *competencias sobre la Cuenca del Duero y las aguas de la Comunidad*. Lo más destacable de él es precisamente la atribución competencial explícita que se hace a la Comunidad Autónoma sobre las aguas del gran río Duero: «Dada la relevancia que la Cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León, la Comunidad asumirá competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la Cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma».

2. Hace quince años, en 1993, en un contexto jurídico-autonómico muy distinto del actual (el proceso autonómico comenzaba a moverse de nuevo en ejecución de los Pactos de 1992), evacuamos un dictamen sobre las competencias de Castilla y León en materia de aguas, instado por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de aquella Comunidad. No nos parece exagerado afirmar, para justificar en parte la presente intervención, que aquel estudio ha contribuido a formar un consenso de las fuerzas políticas de aquella región en torno a la reivindicación de lo que ha acabado tomando forma en el citado artículo 75 del nuevo Estatuto de Autonomía. Sostuvimos entonces incluso que las competencias sobre las aguas del Duero que ahora se determinan del modo explícito que acaba de mencionarse, podían entenderse ya asignadas a Castilla y León en régimen de descentralización y no de plena autonomía por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, y que pasarían a serlo de plena autonomía con la reforma estatutaria que se

aprobó en 1994 y por entonces se gestaba. Era una conclusión que resultaba de la interpretación de la formulación de las atribuciones competenciales introducidas entonces en materia de aguas (1). La novedad del nuevo Estatuto de 2007, a nuestro entender, no es, pues, en rigor, la atribución competencial, sino la mención explícita del Duero y la forma en que ahora se expresa lo que antes venía a decirse de distinto modo.

3. Querría destacar que la atribución competencial de que tratamos respecta, a nuestro juicio, y cumple escrupulosamente la Constitución, sin necesidad de aceptar hipótesis alguna de supuestas mutaciones constitucionales, y respeta por ello, incluso en su dicción literal, las competencias que la Constitución —llena de buen sentido— reserva al Estado («Las competencias (...) se asumirán sin perjuicio de las reservadas al Estado por el artículo 149.1 de la Constitución y de la planificación hidrológica», dice el apartado 3 del artículo 75). No invade competencia alguna que corresponda constitucionalmente al Estado o a otros sujetos públicos. Hay incluso una previsión en el apartado 5 del mismo artículo que evidencia la voluntad estatutaria de respetar plenamente la competencia del Estado para tomar cualquier «decisión que implique transferencia de aguas fuera del territorio de la Comunidad», asumiendo con ello el Estatuto, implícitamente, sin vacilación alguna que las aguas son, por razonable y tradicional calificación legal, de dominio público estatal, ostentando, en consecuencia, el Estado sobre todas ellas una superior potestad en aras de la solidaridad nacional inseparable de la unidad garantizada por la Constitución. La propia atribución competencial que comenzábamos recordando deja, en cualquier caso, en manos del Estado la potestad legislativa básica en la materia.

Es verdad que el apartado 4, reproduciendo literalmente el texto contenido en el Estatuto anterior, tras la reforma de 1999, asigna a la Comunidad Autónoma una competencia que llama exclusiva, «cuando las aguas discurran

(1) El artículo 26.1 del primitivo Estatuto de 1983 de Castilla y León atribuía a esta Comunidad Autónoma como competencia «exclusiva» («sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149 de la Constitución»), la relativa a la que figuraba como materia 7^a: «Proyectos, construcción y explotación de aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas discurran íntegramente por el territorio de la Comunidad». La reforma estatutaria de 1994 (Ley Orgánica 11/1994, de 24 de marzo), llevando al Estatuto lo que ya había transferido de otra manera la Ley Orgánica 9/1992, añadió a la delimitación de esa materia nada menos que lo siguiente: «Ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad». Así pasó más tarde la definición de esta competencia al artículo 32.1.6^a del mismo Estatuto tras la amplia reforma de 1999 (Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero), con una mención adicional específica nueva a las aguas subterráneas, además de traerse entonces a esta materia las aguas minerales y termales que figuraban en la redacción original del Estatuto como materia diferente.

íntegramente dentro del territorio de Castilla y León, en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; aguas minerales, termales y subterráneas, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos». Pero es evidente que esa calificación de esta competencia como «exclusiva» incurre en el poco laudable nominalismo que se ha hecho lamentablemente tradicional en todos los Estatutos de Autonomía, aunque lo que importe realmente sea cómo haya de interpretarse, lo que, en modo alguno, podrá hacerse en términos de asignación de todas las competencias legislativas y ejecutivas sobre esa parcela material, que viene a ser en realidad la misma a que se refiere, con su nueva redacción, el apartado 1 del mismo precepto. Estarán más que justificadas las críticas de técnica legislativa que puedan hacerse aquí, pero no me parece dudoso el real alcance de las competencias asignadas, claramente explicitado, insistimos, en los apartados 1 y 3.

4. Para entender lo justificado de esta atribución competencial y que en modo alguno trata de quebrar los criterios de la Constitución y de una buena administración sobre las aguas, y menos aún minar la unidad solidaria de España en torno a este recurso esencial ni perjudicar en nada a las Comunidades Autónomas circundantes, conviene recordar que, en efecto, el río Duero y su red de afluentes constituyen el elemento geográfico más determinante de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, aunque su territorio se complementa con espacios pertenecientes a las cuencas de otros grandes ríos peninsulares, como, destacadamente, el Ebro, en la zona nordeste de la región, el Tajo —a través de algunos de sus afluentes, en el suroeste principalmente—, y el Miño, a través del Sil, en el noroeste (la comarca del Bierzo). Un simple vistazo al mapa de la región evidencia que su territorio tiene como eje nítido, trazado de este a oeste, hasta la frontera con Portugal, el curso del río Duero.

Es verdad que la totalidad española de la cuenca geográfica del Duero comprende también territorios del sur de Galicia, de la provincia de Orense, cuyas aguas afluyen al Duero ya por el territorio portugués (2). Pero se trata de territorios netamente separados hidrográficamente, por alturas montañosas importantes, de toda la inmensa mayor parte de la cuenca española, que es la abarcada por Castilla y León (3). Las aguas que llegan al Duero procedentes de Galicia admiten una gestión unitaria española plenamente independiente de la parte de la cuenca radicada en Castilla y León, y, al ser

(2) Esos territorios gallegos comprenden 1.126 km², lo que representa un 1,42% del total del territorio español en la cuenca completa del Duero.

(3) De los 94.193 km² de la superficie total de Castilla y León, forman parte de esta cuenca 77.626 km², es decir, el 82,41% de su territorio.

corrientes de agua que discurren exclusivamente por una sola Comunidad Autónoma hasta penetrar en Portugal, perfectamente puede corresponder su gestión y su formación subordinada a Galicia. Forman parte de la cuenca del Duero en una consideración de ésta estrictamente geográfica y comprensiva de todas las aguas que la integran en España y Portugal, pero, a efectos del Derecho español puede decirse que en realidad no son aguas del Duero, su gestión no está relacionada directamente con la de las aguas españolas que llegan a Portugal por el mismo Duero. Los principios de gestión unitaria requerirán la unidad de gestión en cuanto a éstas últimas pero se cumplen de hecho igualmente con la gestión unitaria separada de las aguas de Galicia que van al Duero ya portugués. Todo ello con independencia de que esos mismos principios requieran una coordinación internacional entre Portugal y España en la que ésta habrá de integrar tanto lo relativo a la cuenca hasta la entrada del río Duero en Portugal como lo referente a las aguas que descienden de Galicia hacia el norte de Portugal con destino al Duero ya portugués.

Ayuda a entender lo que estamos diciendo tener en cuenta la realidad geográfica e hidráulica del Duero en su paso de España a Portugal. Tras trazar el mismo río la frontera entre los dos países a lo largo de un centenar de kilómetros de auténtico cañón de norte a sur —que es zona (Las Arribes) intensamente regulada por acuerdos entre ambos Estados a efectos de su aprovechamiento hidroeléctrico principalmente—, hace un brusco giro hacia el oeste, justo allí donde recibe las caudalosas aguas del río Águeda, para, recibidas éstas, internarse ya en el territorio de Portugal. Es ese punto realmente la salida de un gran embudo que traspasa las aguas procedentes de la mayor parte de Castilla y León a Portugal.

El 99,74% del territorio del que proceden las aguas que allí se entregan al país vecino está formado por los 77.676 km² que conforman la cuenca del Duero en Castilla y León. Hay sí pequeñas porciones territoriales de Comunidades Autónomas colindantes que también forman parte de la cuenca y que aportan, por tanto, también la correspondiente proporción de tales aguas, pero en total no llegan ni al 0,26% del total de este territorio. La porción territorial más importante se encuentra en Cantabria, en tierras que en otros tiempos dependieron de la ciudad, hoy zamorana, de Toro, y supone un 0,113% (88 km²); luego estarían Castilla-La Mancha con un 0,057% (45 km/s), Extremadura, con un 0,044 (35 km/s), La Rioja, con un 0,024 (19 km/s) y Madrid, con un 0,016 (13 km²).

Hasta ahora se ha justificado la asignación de las competencias de regulación y administración de toda la cuenca del Duero al Estado en el hecho indiscutible de que una parte de sus aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma, lo que haría entrar el supuesto en la reserva competencial

que hace al Estado el artículo 149.1.22^a de la Constitución si la noción de «aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma» se identifica con la integridad de las aguas de cada completa cuenca hidrográfica. Pero, aparte de que no son conceptos iguales, el hecho cierto es que no hay ninguna otra gran cuenca española tan masivamente propia del territorio de una Comunidad Autónoma como la del Duero con respecto a Castilla y León, ni tan susceptible de mantenerse su unidad de gestión atribuyéndose las correspondientes competencias a esta Comunidad Autónoma. No es difícil diferenciar el volumen (superior al 99%) de las aguas que discurren en la cuenca del Duero, antes de que éste entre en Portugal, exclusivamente por Castilla y León y los volúmenes —realmente mínimos— de las que, en cambio, discurren además por otra Comunidad, y nada impide técnicamente, entonces, asignar, como permite la Constitución, las competencias sobre la casi totalidad de dichas aguas a Castilla y León.

Summum ius, summa iniuria. Parece a todas luces desproporcionado negar el carácter casi exclusivamente castellano-leonés de la Cuenca española del Duero. La cuestión de su atribución a la Comunidad Autónoma puede entenderse implícita en los principios del reparto competencial que latan en el artículo 149.1 de la Constitución, interpretados de manera razonable. Su efectividad no debería depender sino de la posibilidad de articular técnicamente tal reparto competencial de modo que se respeten todos los derechos implicados, reconociendo en su real importancia las porciones de territorio y de agua que, no integradas en Castilla y León, han de ser administradas hidráulicamente bajo el principio de unidad de cuenca que la lógica y la legalidad reclaman.

5. Ya en el dictamen de 1993 proponíamos una solución técnico-jurídica bien al alcance de la mano para complementar las funciones estatutarias de Castilla y León sobre el 99,74% del territorio abarcado por las aguas de la cuenca del Duero que penetran en Portugal por este río principal. Estas funciones que ahora le asigna el artículo 75 del Estatuto sobre las aguas que discurren exclusivamente por ese territorio antes de entrar en Portugal, deberían en efecto complementarse con las que habría de delegar en su favor el Estado, en uso de la posibilidad prevista en el artículo 150.2 de la Constitución (y si fuera necesario, mediante el inédito recurso a una ley marco del 150.1), para que Castilla y León las ejerciera sobre las aguas que discurren por ese mismo territorio suyo pero procedentes de aquel otro menor del 0,26% del total de la cuenca, situado en Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja y Madrid, constituyendo por tanto aguas intercomunitarias que discurren por Castilla y León.

Habría que resolver aún, no obstante, la cuestión de la administración hidráulica de ese 0,26% del territorio de la cuenca del Duero repartido del

modo que ya indicamos entre esas cinco Comunidades Autónomas limítrofes, y de la que hoy se ocupa la Confederación Hidrográfica del Duero, que es del Estado, aunque con cierta participación orgánica de representantes autonómicos.

En el citado dictamen proponíamos diversas soluciones posibles, pero quizás la mejor sería que el Estado delegase igualmente sus competencias en esas Comunidades condicionando el ejercicio de esas competencias a procedimientos que exigiesen la coordinación, colaboración y cooperación con la Comunidad de Castilla y León —con la autoridad hidráulica que en ésta habría de constituirse. La Administración en cada caso actuante habría de contar, por ejemplo, con el previo informe favorable de la de Castilla y León, que de no producirse dentro de cierto plazo, obligaría a poner la decisión en manos del Estado. Las relaciones entre las diversas Comunidades Autónomas habrían de ser debidamente regladas para agilizar la solución de las contadas cuestiones que habría que resolver, y siempre estarían las técnicas de intervención y control del Estado delegante para asegurar que el sistema funcionase.

6. Por supuesto, el Estado seguiría ejerciendo la plenitud de las competencias que le corresponden constitucionalmente para las relaciones con Portugal derivadas de la condición internacional del Duero y de su cuenca, pero esto no plantea especiales dificultades técnicas, aunque requiera disponer la pertinente regulación procedimental e incluso, quizás, de participación orgánica para facilitar la cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Castilla y León al respecto.

7. No necesito alargarme más. Mi intención con esta Comunicación era solamente mostrar el fundamento, sentido y espíritu del empeño que ha tenido la Comunidad Autónoma de Castilla y León en obtener las competencias sobre el Duero que explícitamente le atribuye el nuevo Estatuto de Autonomía de 2007. Pienso que sin brizna de insolidaridad nacional ni de debilitamiento del Estado, sino con limpio propósito de tratar de mejorar la gestión del agua, de sus receptáculos y cauces naturales y de todo el territorio en su relevancia hidráulica, en más intensa armonía con las necesidades de un desarrollo económico sostenible de la región, solidariamente atento a la vez al de toda España, al peninsular y al europeo. Pudiendo aplicar a ese objetivo las estructuras democráticas propias de la región y encauzando así a su través de manera más directa y neta las legítimas aspiraciones de su población, en un marco que asegurará siempre la adecuada atención a las necesidades y compromisos de toda la colectividad nacional.

Permítaseme para concluir remitir al estudio que sobre esta innovación del Estatuto de Castilla y León de 2007 ha sido elaborado por la profesora Isabel Caro-Patón, colaboradora ya en aquel dictamen de hace década y

media y protagonista señalada ahora, en el plano técnico-jurídico, de parte importante del artículo 75 relativo a la cuestión del nuevo Estatuto (4), en cuya redacción, por cierto, este comunicante no ha tenido la menor intervención. Podrán encontrarse allí algunos de los argumentos jurídicos que —prestando toda nuestra atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los antecedentes de la elaboración del texto constitucional y los pronunciamientos de la doctrina— elaboramos o tuvimos en cuenta en el dictamen de 1993, junto a tantas otras certeras consideraciones de la autora.

(4) Isabel CARO-PATÓN CARMONA, «Aguas y Cuenca del Duero», capítulo 16 de la obra colectiva *Derecho público de Castilla y León*, Lex-Nova, Valladolid 2008, pp. 1057-1087. En este estudio podrán confrontarse los datos de superficies proporcionados en el texto de la Comunicación, que proceden del dictamen citado, de 1993. Hay alguna pequeña diferencia insignificante, debida, sin duda, a alguna divergencia muy menor en las fuentes.

LE GRANDI DERIVAZIONI A SCOPO IDROELETTRICO: USO DI UNA RISORSA STRATEGICA FRA PROBLEMI DI COMPETENZA LEGISLATIVA E TUTELA COMUNITARIA DEL DIRITTO DI STABILIMENTO E DELLA CONCORRENZA

MARIA ALESSANDRA SANDULLI Y GIOVANNI BATTISTA CONTE

Tra i diversi modi di utilizzazione delle risorse idriche un ruolo significativo spetta tradizionalmente al loro sfruttamento come fonte di produzione di energia.

Nei primi quarant'anni del secolo scorso l'Italia ha sviluppato un importante sistema di sfruttamento delle risorse idriche a scopo idroelettrico, tanto che fra il 1915 ed il 1960 l'energia idroelettrica costituiva circa il 90% di tutta l'energia prodotta sul territorio nazionale.

Per la produzione di un così ingente quantitativo di energia si rese necessaria la costruzione di grandi bacini in grado di accumulare e regolare le portate idriche secondo le necessità dei potenziali consumatori. In questa situazione l'uso delle risorse idriche per produzione di energia elettrica, il quale, come è noto, lascia inalterata la risorsa naturale, ha dovuto convivere con le crescenti pressioni degli altri due grandi consumatori d'acqua: gli agricoltori e gli utenti civili.

Fra questi tre grandi protagonisti della vicenda idrica del Paese, l'uso idroelettrico è quello che più degli altri ha visto ridurre la propria importanza e considerazione nel corso degli anni.

L'uso irriguo è sempre stato protetto a causa del suo impatto su un settore produttivo che ha continuato a mantenere grande importanza. Nonostante la continua perdita di occupati, il mondo agricolo mantiene pur sempre notevole numero di addetti ed il mondo politico attribuisce a questo settore una grande importanza per la necessità di mantenere un'agricoltura vitale anche per motivi strategici (1).

(1) Si noti che se agli agricoltori fosse accollato il costo reale dell'acqua prelevata ivi inclusi i reali costi d'investimento ed i costi ambientali l'irrigazione di gran parte del paese diverrebbe imme-

L'uso civile, ovviamente, ha assunto un valore preminente nella valutazione della qualità della vita e non vi è da stupirsi se esso sia stato privilegiato con un costante aumento dell'attenzione alla qualità della risorsa e siano state introdotte norme (la legge 5 gennaio 1994 n. 36) che ne hanno sancito la priorità rispetto a tutti gli altri usi.

L'uso idroelettrico, invece, che coinvolge un numero inferiore di occupati, ha perso importanza mano a mano che il quantitativo di energia prodotta con l'energia ricavabile dalla risorsa idrica è considerevolmente diminuita a confronto dell'accresciuto fabbisogno nazionale ed è comprensibile che abbia dovuto subire una serie di limitazioni soprattutto legate ad istanze di carattere ambientale (2).

La disciplina dell'uso idroelettrico in Italia ha, poi, subito una particolare evoluzione in quanto, agli inizi degli anni sessanta del secolo scorso, quasi tutte le grandi derivazioni idroelettriche sono state nazionalizzate e trasferite all'ente di Stato creato per garantire l'approvvigionamento elettrico del Paese (la legge 6 dicembre 1962 n. 1643 ha istituito l'ENEL e gli ha trasferito le imprese che esercitavano le attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita d'energia). Le derivazioni passate in proprietà dell'ente di Stato erano divenute perpetue al fine di garantire con continuità l'approvvigionamento nazionale dell'energia elettrica con questa fonte energetica, diminuita per importanza, ma pur sempre considerevole.

Nel 1999, con d. lgs. 16 marzo 1999 n. 79, l'allora ministro Bersani, varò la riforma del sistema energetico nazionale introducendo la liberalizzazione del mercato dell'energia (3) e prevedendo, fra l'altro, una revisione delle

diatamente antieconomica. Sulle questioni economiche legate ai vari usi dell'acqua cfr. Massarutto, *L'acqua: un dono della natura da gestire con intelligenza*, Il Mulino, 2008.

(2) Sarebbe qui il caso di aprire il discorso sulla mal compresa valenza ambientale dell'energia idroelettrica. Se è vero, infatti, la sottrazione di acqua dai corsi d'acqua ne impoverisce la vitalità con particolare riferimento alla flora ed alla fauna ed anche con una serie di riflessi sugli apporti di materiale di dilavamento che hanno grande importanza non solo per la naturalità degli alvei ma anche per il rinascimento delle coste, è altrettanto vero che la produzione d'energia da fonte rinnovabile consente di limitare la produzione di CO₂ con effetti benefici sui noti problemi di riscaldamento globale sanciti dal protocollo di Kyoto.

(3) In realtà, una parziale apertura del mercato elettrico si era avuto oltre un decennio prima con la l. 29 maggio 1982 n. 308 e poi in maniera un poco più decisa con le leggi 9 e 10 del 9 gennaio 1991. Per un primo approfondimento: cfr. Napolano e Vaciago, *Liberalizzazione del mercato elettrico e consorzi d'acquisto*, in *Economia pubbl* 2000 fasc. 2, 7; Collevocchio, «*La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*»; nonché «*Alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*», Bari 2000; sugli aspetti correlati con il diritto comunitario: De Simone, «*Il processo europeo di liberalizzazione del mercato elettrico, le diverse linee d'interpretazione*», *Queste istituzioni* 2004 fasc 133, 129.

scadenze delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico ed un nuovo metodo per aggiudicare le utenze idriche al momento di tali scadenze, improntato ai principi della concorrenza.

La revisione delle scadenze ha previsto in particolare la proroga al 31 dicembre 2010 di tutte le concessioni attribuite a soggetti diversi dall'ENEL in scadenza sino a quella data e la conferma delle scadenze originarie per tutte le altre, ad eccezione di quelle dell'ente di Stato, che, come già evidenziato, non avevano alcuna scadenza e alle quali è stata attribuita una durata di trenta anni dall'entrata in vigore del suddetto decreto.

In tal modo si interveniva radicalmente sul sistema della durata delle concessioni di derivazioni a scopo di produzione di energia elettrica; sistema che era regolato in modo piuttosto singolare in esecuzione del progetto politico che aveva ispirato il r. d. 11 dicembre 1933 n. 1775. Il testo unico ora citato, infatti, prevedeva due discipline differenti a seconda che si trattasse di grandi o di piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico (4).

Per le grandi derivazioni a scopo di produzione di energia elettrica l'art. 25 del citato decreto del 1933 stabiliva che *«al termine dell'utenza e nei casi di decadenza o rinuncia,... passano in proprietà dello Stato, senza compenso, tutte le opere di raccolta, di regolazione e di derivazione principali ed accessori, le condotte forzate ed i canali di scarico, il tutto in stato di regolare funzionamento. Lo Stato ha anche facoltà di immettersi nell'immediato possesso di ogni altro edificio, macchinario, impianto di utilizzazione, di trasformazione e di distribuzione inerente alla concessione, corrispondendo agli aventi diritto un prezzo uguale al valore di stima del materiale in opera, calcolato al momento dell'immissione in possesso, astraendo da qualsiasi valutazione del reddito da esso ricavabile. In mancanza di accordo la controversia è deferita ad un collegio arbitrale costituito di tre membri, di cui uno nominato dal Ministro dei lavori pubblici, uno dall'interessato, il terzo d'accordo tra le parti, o in mancanza di accordo, dal presidente del Tribunale delle acque.»*

Viceversa per le concessioni di piccole derivazioni, l'art. 30 del decreto del 1933 prevedeva (e prevede) che, qualora al termine della concessione persistessero i fini della derivazione e non si riscontrassero superiori ragioni di pubblico interesse, al concessionario è rinnovata la concessione, con quelle modificazioni che, per le variate condizioni dei luoghi e del corso d'acqua si rendessero necessarie.

Come si vede, l'idea del legislatore non era troppo lontana da quella dell'attuale project financing e cioè far realizzare ai privati le centrali idroe-

(4) Le piccole derivazioni idroelettriche sono quelle la cui potenza nominale installata sia inferiore o uguale a 3000 kW, le grandi quelle con potenza nominale superiore.

lettriche di maggiore importanza e consentire loro di remunerare l'investimento tramite lo sfruttamento economico dell'impianto, il quale veniva trasferito allo Stato al termine del periodo di concessione. Le piccole derivazioni idroelettriche, invece, ritenute di scarsa rilevanza strategica ed economica, potevano rimanere in mano ai privati.

Questo disegno organico è venuto meno quando il legislatore italiano ha deciso di nazionalizzare il mercato dell'energia senza attendere lo spirare dei termini delle varie concessioni, ma espropriando quasi tutte le imprese elettriche del paese (5).

L'abolizione del monopolio statale della produzione di energia elettrica ha riportato il sistema alla situazione esistente prima della nazionalizzazione, ma con non poche e significative variazioni.

Abbandonato il monopolio statale del mercato dell'energia elettrica e lasciato cadere anche il progetto di dare vita ad una concentrazione nelle mani dello Stato di tutte le grandi derivazioni idroelettriche, il d. lgs. 79/1999 ha introdotto un sistema di gara piuttosto complesso basato sulla possibilità per chiunque di proporre un progetto migliorativo per le concessioni di grandi derivazioni idroelettriche in scadenza e sulla prelazione del concessionario uscente a patto di adeguarsi al miglior progetto (6).

Avverso questo sistema di attribuzione delle concessioni idroelettriche maggiori in via preferenziale al concessionario uscente la Commissione europea ha aperto una procedura d'infrazione contro l'Italia. La Commissione lamentava che concedendo un privilegio al concessionario uscente si favorivano le imprese che già dispongono di una concessione e che, di conseguenza, sono

(5) Sono state esentate dal trasferimento all'ente di Stato i produttori di energia per consumo proprio e i piccoli distributori autosufficienti.

(6) In particolare l'art. 12 del d. lgs. 16 marzo 1999 n. 79 stabiliva che «1 Almeno cinque anni prima della scadenza di una concessione di grande derivazione d'acqua per scopo idroelettrico, ogni soggetto, purché in possesso di adeguati requisiti organizzativi e finanziari, può richiedere il rilascio della medesima concessione a condizione che presenti un programma di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata, nonché un programma di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza. 2 In presenza di una o più richieste, l'amministrazione competente ne valuta l'idoneità e provvede a notificarne il contenuto al concessionario; tale notifica ha valore di preavviso di disdetta della concessione in scadenza. Il concessionario, entro tre mesi dal ricevimento del preavviso di disdetta, ove non abbia presentato un proprio programma per migliorare la produttività dell'impianto, può comunicare all'amministrazione il proprio impegno alla realizzazione di un programma avente contenuto identico o migliorativo rispetto a quelli giudicati idonei. La mancata comunicazione determina la rinuncia al rinnovo della concessione. 3 L'amministrazione competente ove non ritenga sussistere un prevalente interesse pubblico ad un diverso uso delle acque, in tutto o in parte in compatibile con il mantenimento dell'uso a fine idroelettrico, rilascia la concessione, per un periodo trentennale, preferendo, a parità di condizioni, il precedente concessionario.»

già stabilite in Italia. Inoltre il sistema poteva indurre il mantenimento dei concessionari esistenti per una durata illimitata. Il meccanismo, quindi, snaturava la procedura concorsuale impedendo la parità di trattamento tra i vari operatori economici. Il sistema scelto dall'Italia, secondo la Commissione, rendeva la possibilità di accesso a tali concessioni da parte degli altri operatori estremamente remota se non addirittura teorica perché i potenziali candidati avrebbero rinunciato fin dall'inizio ad impegnarsi nel complesso lavoro tecnico di elaborazione e presentazione dell'offerta per partecipare ad una selezione soggetta a simili condizioni (7).

La procedura è stata archiviata a seguito dell'entrata in vigore della legge finanziaria 2006 (l. 23 dicembre 2005 n. 266) che, aderendo alle tesi della Commissione, ha eliminato la preferenza prevista dal decreto del 1999. La nuova disciplina modifica la precedente prevedendo cinque anni prima dello scadere di una concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico una gara indetta direttamente dalla amministrazione competente nel rispetto della normativa vigente e dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione, per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per un periodo di durata trentennale.

La modifica introdotta al fine di rendere conforme al diritto comunitario il sistema dei rinnovi delle concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico aveva però l'effetto di depauperare il patrimonio delle imprese titolari e quindi il legislatore aveva introdotto una sorta di misura compensativa che introduceva alcune deroghe al sistema riformato dal d.lgs. n. 79 del 1999, sulla liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica: il comma 485 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005 prevedeva infatti una proroga di dieci anni dei termini di scadenza di tutte le concessioni delle derivazioni idroelettriche condizionata alla effettuazione di «*congrui interventi di ammodernamento degli Impianti...*» sulla scorta di principi guida previsti in altri commi della stessa legge (8).

(7) La medesima contestazione è stata mossa alla Francia che prevedeva anch'essa un regime preferenziale nei confronti del concessionario uscente. Anche alla Spagna è stato inviato un parere motivato che segnala la violazione del trattato insita nella legislazione sulle concessioni idroelettriche la quale non prevede una procedura ad evidenza pubblica per il rilascio di tali concessioni. Secondo la Commissione la mancanza di una competizione aperta costituisce di per sé una violazione del trattato, in particolare del principio di libero stabilimento. Sotto altro aspetto, poi, la commissione critica la durata di 75 anni delle concessioni spagnole che rafforza considerevolmente la posizione di privilegio degli attuali titolari dei diritti di gestione del capitale idrico.

(8) Sembra opportuno riportare per esteso i commi della legge 23 dicembre 2005 n. 266 oggetto della questione.

485. *In relazione ai tempi di completamento del processo di liberalizzazione e integrazione europea del mercato interno dell'energia elettrica, anche per quanto riguarda la definizione di principi comuni in materia di concorrenza e parità di trattamento nella produzione idroelettrica, tutte le*

La disposizione, dettata anche per incrementare la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile (categoria nella quale rientra appunto l'energia idraulica), ha avuto vita breve, poiché la Corte Costituzionale italiana, con la sentenza 18 gennaio 2008 n. 1, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, sotto il profilo della invasione della sfera di competenza riservata alle regioni.

In particolare, la Consulta critica in linea di principio l'intervento legislativo affermando che *«la previsione censurata, in effetti, anziché aprire gra-*

grandi concessioni di derivazione idroelettrica, in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, sono prorogate di dieci anni rispetto alle date di scadenza previste nei commi 6, 7 e 8 dell'articolo 12 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, purché siano effettuati congrui interventi di ammodernamento degli impianti, come definiti al comma 487.

486. Il soggetto titolare della concessione versa entro il 28 febbraio per quattro anni, a decorrere dal 2006, un canone aggiuntivo unico, riferito all'intera durata della concessione, pari a 3.600 euro per MW di potenza nominale installata e le somme derivanti dal canone affluiscono all'entrata del bilancio dello Stato per l'importo di 50 milioni di euro per ciascun anno, e ai comuni interessati nella misura di 10 milioni di euro per ciascun anno.

Ai fini di quanto previsto dal comma 485, si considerano congrui interventi di ammodernamento tutti gli interventi, non di manutenzione ordinaria o di mera sostituzione di parti di impianto non attive, effettuati o da effettuare nel periodo compreso fra il 1° gennaio 1990 e le scadenze previste dalle norme vigenti prima della data di entrata in vigore della presente legge, i quali comportino un miglioramento delle prestazioni energetiche ed ambientali dell'impianto per una spesa complessiva che, attualizzata alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base dell'indice Eurostat e rapportata al periodo esaminato, non risulti inferiore a 1 euro per ogni MWh di produzione netta media annua degli impianti medesimi. Per le concessioni che comprendano impianti di pompaggio, la produzione media netta annua di questi ultimi va ridotta ad un terzo ai fini del calcolo dell'importo degli interventi da effettuare nell'ambito della derivazione.

488. I titolari delle concessioni, a pena di nullità della proroga, autocertificano entro sei mesi dalle scadenze di cui ai commi precedenti l'entità degli investimenti effettuati o in corso o deliberati e forniscono la relativa documentazione. Entro i sei mesi successivi le amministrazioni competenti possono verificare la congruità degli investimenti autocertificati. Il mancato completamento nei termini prestabiliti degli investimenti deliberati o in corso è causa di decadenza della concessione.

489. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 25, commi primo e secondo, del testo unico di cui al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, il bando di gara per concessioni idroelettriche può anche prevedere il trasferimento della titolarità del ramo d'azienda relativo all'esercizio della concessione, comprensivo di tutti i rapporti giuridici, dal concessionario uscente al nuovo concessionario, secondo modalità dirette a garantire la continuità gestionale e ad un prezzo, entrambi predeterminati dalle amministrazioni competenti e dal concessionario uscente prima della fase di offerta e resi noti nei documenti di gara.

490. In caso di mancato accordo si provvede alle relative determinazioni attraverso tre qualificati e indipendenti soggetti terzi di cui due indicati rispettivamente da ciascuna delle parti, che ne sopportano i relativi oneri, ed il terzo dal presidente del tribunale territorialmente competente, che operano secondo sperimentate metodologie finanziarie che tengano conto dei valori di mercato.

491. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme di competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione e attuano i principi comunitari resi nel parere motivato della Commissione europea in data 4 gennaio 2004.

492. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge le regioni e le province autonome armonizzano i propri ordinamenti alle norme dei commi da 483 a 491.»

dualmente il mercato interno dell'energia seguendo le scadenze naturali delle diverse concessioni di grandi derivazioni d'acque pubbliche, proroga irragionevolmente queste ultime di dieci anni decorrenti dalla data di scadenza di ciascuna concessione. La norma, dunque, lungi dal costituire uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza, contrasta con i principi comunitari e contraddice apertamente il fine (la tutela della concorrenza), che pur afferma di voler perseguire.»

Ciò premesso, esclusa la possibilità di invocare la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, la Corte, qualificate le disposizioni sulla proroga delle concessioni come norme di dettaglio, ne ha rilevato il contrasto con il sistema di riparto delle competenze legislative disegnato dall'art. 117, terzo comma, della Costituzione, che, come noto, affida la produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia alla competenza concorrente dello Stato e delle regioni, riservando quindi a queste ultime la disciplina di dettaglio.

Parte della dottrina ha assunto per vero un orientamento critico in ordine al riferito criterio di attribuzione delle competenze in materia di energia, rilevando che l'esigenza di uniformità in *subiecta materia* prevarrebbe sulle necessità di decentramento (9). In particolare si è osservato che una normativa differenziata potrebbe creare discriminazione fra gli operatori in funzione della posizione geografica degli impianti (10).

Tale orientamento sembrava peraltro essere stato sposato dalla stessa Corte, le cui precedenti sentenze sembrano ricostruire in tal senso la ripartizione delle competenze legislative in materia di energia. Nella sentenza 307/2003 relativa ad alcune leggi regionali sull'inquinamento elettromagnetico, la Corte ha stabilito che l'introduzione di valori soglia non derogabili dalle Regioni rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare l'impatto delle emissioni elettromagnetiche e di realizzare impianti necessari al fabbisogno energetico nazionale. Successivamente con la sentenza 6/2004 la Corte ha poi avuto modo di affermare che alle Regioni sfuggirebbe la valutazione complessiva del fabbisogno nazionale di energia elettrica mentre è lo Stato a dover garantire la stabilità del sistema elettrico nazionale (11).

(9) F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. Brutti Liberati e F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 37 e ss; F. De Leonardis, *La Consulta fra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. cost.* 2004, 148 ss.

(10) G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano 2003, 2189 e ss.

(11) In argomento cfr. F. DE LEONARDIS, *La Consulta fra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. cost.*, 2004, 145 e ss.

La sentenza 6/2004 è incentrata sui principi della chiamata in sussidiarietà ed applica, esplicitandoli, i criteri già definiti con la sentenza 303/2003. In particolare la Corte giustifica la chiamata in sussidiarietà con la necessità di superare uno stato di emergenza.

La qualificazione di «*norma di dettaglio*», attribuita dalla Corte Costituzionale alla disposizione legislativa relativa alla proroga delle concessioni, implica, come logica conseguenza, che la potestà legislativa negata allo Stato dalla detta Corte (in quanto lo Stato non è legittimato ad emanare norme di dettaglio in una materia di legislazione concorrente) possa essere esercitata, a tenore del terzo comma dell'art. 117 della Costituzione, direttamente dalle regioni. Appare evidente che tale interpretazione costituzionale potrebbe porre in serio pericolo delicati equilibri economici: basta pensare, a tale riguardo, che ogni regione potrebbe stabilire nel proprio ambito territoriale una proroga diversa da quelle stabilite, nei rispettivi ambiti, dalle altre regioni, nel qual caso si verificherebbe una disparità di trattamento dei concessionari di grandi derivazioni idroelettriche a seconda della regione in cui ciascun impianto è ubicato.

Per evitare una siffatta possibilità si potrebbero invocare, a nostro avviso, alcuni principi enucleabili dalla sentenza 1 ottobre 2003 n. 303, con la quale la Corte Costituzionale, affrontando l'esigenza di una disciplina unitaria in relazione ad interventi di interesse nazionale in materie appartenenti alla competenza legislativa concorrente, ha affermato (tra l'altro) che «*limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente ... significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze*». Più avanti, nella stessa sentenza, si legge: «*Resta da chiarire che i principî di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la regione interessata. Che dal congiunto disposto degli art. 117 e 118, 1° comma, sia desumibile anche il principio dell'intesa conseguente alla peculiare funzione attribuita alla sussidiarietà, che si discosta in parte da quella già conosciuta nel nostro diritto di fonte legale. Enunciato nella legge 15 marzo 1997 n. 59 come criterio ispiratore della distribuzione*

legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione meramente statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie». Ed ancora, in un successivo passaggio della pronuncia, la Corte ha affermato l'esigenza «di annettere ai principî di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà». Con la successiva sentenza 383/2005, che ha per oggetto le disposizioni della legge 23 agosto 2004 n. 239, la Corte, tornando sui motivi che giustificano la chiamata in sussidiarietà, li individua nella necessità di una visione unitaria per l'intero territorio nazionale.

Orbene, si ricorda che i grandi impianti idroelettrici, seppure contribuiscono solo in parte limitata alla produzione dell'energia elettrica necessaria al Paese (circa il 15 — 20%), costituiscono comunque un asset strategico in quanto indipendente dall'approvvigionamento estero. Inoltre la produzione di energia idroelettrica riveste una enorme importanza nel panorama dello sfruttamento delle fonti rinnovabili dal momento che il settore considerato costituisce ancora circa il 90% della produzione di energia «pulita». Sembra che tali necessità avrebbero potuto essere prese in considerazione dal momento che l'attribuzione alla competenza regionale contrasta con la necessità di mantenere un regime unitario dell'unica energia prodotta con risorsa interna (12).

Alla stregua di tali principi sembra ragionevole ipotizzare l'emanazione di una legge statale che, ai sensi dell'art. 76 della Costituzione, deleghi il Governo ad emanare, *sentita la conferenza stato-regioni*, un decreto legisla-

(12) L'altra fonte rinnovabile di una certa importanza è per ora soltanto quella eolica che attualmente non ha ancora raggiunto una soglia critica e che, comunque, deve fronteggiare una diffusa avversità da parte di chi li ritiene un attentato al paesaggio del paese; avversità che comportano gravi ritardi autorizzativi.

tivo inteso a stabilire nell'intero territorio nazionale una durata uniforme delle concessioni ed un' uguale durata di loro eventuali proroghe (13).

Infine sarebbe opportuno ricordare che la necessità di garantire l'uso strategico delle derivazioni idroelettriche era già stata ravvisata dal legislatore.

Non manca, infatti un precedente storico dal quale lo Stato potrebbe trarre ispirazione. Il r. d. 11 dicembre 1933 n. 1775, il quale non ha perso la sua attualità non ostante gli oltre settanta anni trascorsi dalla sua entrata in vigore, prevede, all'art. 54, che *«nelle grandi derivazioni che riguardino rilevanti interessi pubblici, qualora si verificchino interruzioni o sospensioni ingiustificate, il Ministro dei lavori pubblici, sentito il Consiglio Superiore, fatti eseguire i controlli e le contestazioni del caso, diffida l'utente ad eseguire, entro congruo termine, le riparazioni necessarie. Ove l'utente non provveda entro il termine prefisso il Ministro dei lavori pubblici, sentito il Consiglio superiore e di concerto col Ministro delle finanze, può disporre l'esercizio d'ufficio a spese dell'utente, previa presa di possesso delle opere principali ed accessorie, ricadenti entro e fuori l'ambito demaniale. L'utente è obbligato a porre a disposizione del Ministero dei lavori pubblici il personale addetto all'impianto...»*

Sembra, dunque, che oltre a prevedere una durata uguale delle concessioni idriche su tutto il territorio nazionale sarebbe opportuno garantire la possibilità di imporre la produzione di energia in caso di bisogno. Resta da domandarsi se, in presenza di una rete di trasmissione nazionale completamente interconnessa, sia di competenza statale o regionale l'imposizione dell'obbligo di produrre a garanzia del sistema energetico italiano.

(13) Sembra opportuno dar conto che a seguito della sentenza della Corte costituzionale la Provincia di Trento ha ben pensato di prevedere una proroga di 10 anni alle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico afferenti al proprio territorio prevedendo un canone aggiuntivo. Tale proroga si inserisce in un disegno più ampio che ha portato la stessa Provincia a divenire socio di maggioranza in una società costituita con l'ENEL dove verranno conferiti tutti gli impianti idroelettrici di quest'ultima presenti nella Provincia.

LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LOS TRASVASES COMO MEDIDA DE VERTEBRACIÓN TERRITORIAL

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.— II. LA DEFINICIÓN DE «TRANSFERENCIA» Y EL LIMITADO ENTENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY: 1. La reserva de Ley en el ámbito de las transferencias de recursos hídricos tiene engarce constitucional y es anterior a la LA. 2. La cuenca hidrográfica es la unidad básica para la gestión del agua; la necesidad de una interpretación integradora del TRLA y de la LPHN. 3. El tenor literal de la Ley de aguas se muestra claramente insuficiente.— III. SOBRE EL CARÁCTER EXCEDENTARIO DE LOS RECURSOS A TRANSFERIR.— IV. LA ARTICULACIÓN DE LOS TRASVASES TAJO-SEGURA Y TAJO-GUADIANA.— V. RECAPITULACIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

No es en modo alguno original comenzar una aproximación jurídica a los trasvases entre cuencas afirmando que se trata de una medida que, por un lado, supone una importante decisión política sobre la vertebración económica y social de un territorio, y por otro, que genera intensos conflictos políticos y sociales. Para comprobar esta afirmación, basta una superficial mirada al actual proceso de reforma estatutaria en el que la gestión del agua en general, y la regulación de las transferencias de recursos hídricos en particular, ha sido objeto de preocupación recurrente. Así, a los trasvases se refieren el art. 17 del EV (1), los arts. 19 y 72.3 EAr, el art. 75.5 ECL y el art. 117.4 EC. Y no hemos de ocultar que la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha —que cuya toma en consideración fue aprobada por el Congreso de los Diputados el pasado martes 14 de octubre— es la que se ocupa de forma más ambiciosa de esta problemática, lo que se explica de la paradójica situación histórica que ha padecido esta Comunidad (2).

(1) Como es de sobra conocido, la constitucionalidad de este precepto ha sido confirmada por las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre y 249/2007, de 13 de diciembre.

(2) Sobre todo ello, vid. DELGADO PIQUERAS, F. y GALLEGO CÓRCOLES, I., «Marco legal y competencial. Situación legal y perspectivas», *La gestión del agua en Castilla-La Mancha*, CES, 2006.

Sobre este proceso, baste decir que responde a una situación fáctica en el que el desarrollo de determinadas políticas sectoriales autonómicas (por ejemplo agricultura, turismo, etc.) se ha visto condicionada por la gestión centralizada del recurso, que no ha sabido adaptarse correctamente al actual modelo de Estado descentralizado. Eso sí, en mi opinión, la plasmación en los Estatutos de las aspiraciones territoriales sobre el agua puede ser fácilmente criticada, pues como se ha dicho, la función de las normas estatutarias no es certificar los enfrentamientos que se producen en toda sociedad, sino muy al contrario, ayudar a solucionarlos (3). Poco puede aportar en este sentido que la «guerra del agua» haya formado parte del contenido de los nuevos estatutos, pero una vez abierta esta vía en las primeras reformas estatutarias, el efecto de emulación era inevitable.

Tampoco es nada novedoso afirmar que en relación con los trasvases el papel del jurista no es pronunciarse de forma rotunda sobre la posibilidad o no de que se efectúen dichos trasvases, decisión eminentemente política (4). El papel del jurista, como en otros campos, es el de ofrecer cauces —procedimientos y límites— que permitan que el Derecho sea un mecanismo de resolución de conflictos. La Comunicación que se presenta va a girar precisamente sobre este punto. Ni siquiera se va a tratar de establecer un elenco exhaustivo de los condicionantes jurídicos a los que han de someterse los trasvases. Solamente se va intentar poner de manifiesto cómo decisiones de tanta trascendencia política, económica y social se han acompañado de un régimen jurídico ciertamente deficiente. Desde esta perspectiva, el éxito del Derecho como instrumento para encauzar los conflictos sociales ha de ser necesariamente limitado.

Por un lado, es el territorio donde nacen y engrosan sus caudales los ríos más importantes de España. Sin embargo, la participación de Castilla-La Mancha en la asignación de recursos hídricos —regulados y no regulados— es comparativamente pequeña ya que la política hidráulica estatal se limitó tradicionalmente a ubicar en este territorio las obras de regulación y trasvase en beneficio exclusivo del uso hidroeléctrico y los regadíos y usos urbanos del levante y sureste. Al tener vedado el aprovechamiento de estos caudales públicos superficiales, ayuntamientos, agricultores y demás usuarios han tenido que paliar sus necesidades de agua extrayendo las aguas subterráneas, hasta el punto de poner en riesgo el futuro de estos recursos, de humedales de gran valor ecológico y de los propios aprovechamientos.

(3) GARRORENA MORALES, «El Derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y los Estatutos de Autonomía», en VVAA, *Derecho de aguas*, 2006, p. 1110.

(4) Por todos, vid. MARTÍN-RETORTILLO, S. «Ordenación jurídica de los trasvases entre cuencas», *REDA*, 8, 1976 y EMBID IRUJO A., «Los medios de una política hidráulica finisecular», *REDA*, 79, 1993.

II. LA DEFINICIÓN DE «TRANSFERENCIA» Y EL LIMITADO ENTENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Ley de Aguas de 1985 fue la primera norma que utilizó la expresión «transferencia de recursos hidráulicos», probablemente para eludir la utilización de término «trasvase», y la conflictividad que lleva aparejada (5). Su art. 43.1 c) [como hace ahora el art. 45.1 c) TRLA], establecía como uno de los contenidos obligatorios del plan hidrológico nacional «la previsión y las condiciones de las transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca».

La definición legal de «transferencias entre recursos hidráulicos» se produce a través de la Ley 10/2001, de 5 de julio, que aprueba el Plan Hidrológico. En el artículo 3 se definen, «a efectos de la presente Ley», los siguientes conceptos:

Transferencia: la norma específica que autoriza el paso de recursos hídricos de un ámbito territorial de planificación hidrológica a otro distinto. Añade el precepto que «las conexiones entre diferentes sistemas de explotación dentro de un mismo ámbito territorial de planificación se ajustarán a lo dispuesto en su correspondiente Plan Hidrológico de cuenca».

Como tendremos ocasión de analizar con el suficiente detenimiento, por «ámbito territorial de la planificación» es preciso entender la cuenca hidrográfica, ya que es ésta y no otra la unidad básica de la planificación. Por tanto, la transferencia es la norma que autoriza el paso de recursos hídricos de una cuenca hidrográfica a otra distinta. Las conexiones entre diferentes sistemas de explotación dentro de una misma cuenca se ajustarán a lo dispuesto en su correspondiente PHC. Ahora bien, he de admitir que esta interpretación, que es sobre la que pivota esta parte de la *Comunicación*, ha sido rechazada de forma mayoritaria por la doctrina.

Trasvase: la autorización concreta de volúmenes que se acuerde transferir cada año o en cada situación concreta.

Infraestructuras de trasvase: las obras e instalaciones que resulten precisas para ejecutar cada autorización.

Por tanto, en el PHN se parte de una triple diferenciación entre transferencia —norma habilitadora—, trasvase —acuerdo concreto de derivación de

(5) En relación con esta cuestión, vid. MOREU BALLONGA, J.L., «Sobre la muy deficiente técnica jurídica del Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional de Septiembre de 2000», en ARROJO AGUDO, P. (coord.), *El Plan Hidrológico Nacional a debate*, Bakeaz, fundación nueva cultura del agua, Bilbao, 2001, p., pp. 389 y ss.

caudales— e infraestructuras de trasvase. Como se ha dicho, desde un punto de vista técnico, la transferencia es una autorización normativa genérica, que tiene que estar prevista y regulada en una norma con rango legal (en concreto, en la LPHN), que se aplica mediante resoluciones concretas (autorizaciones de trasvase) y que se ejecuta materialmente mediante la derivación de las aguas a través de las infraestructuras del trasvase, también denominadas «infraestructuras de conexión intercuenas» (art. 72 TRLA) (6).

En cualquier caso, el elemento determinante del régimen jurídico de las transferencias es un elemento territorial. Y su concreción no deja de ser conflictiva. En particular, se ha planteado la duda de si la previsión singularizada en el PHN ha abarcar a todos los trasvases entre cuencas hidrográficas diferentes, aunque la ordenación de las mismas corresponda a un mismo PHC, o si, por el contrario, las únicas trasferencias que el PHN ha de recoger son aquéllas que se lleven a cabo entre cuencas diferentes sujetas además a PPHHCC distintos.

Esta duda surge porque, superando la interpretación que nos parece más convincente de la Ley de Aguas de 1985 (7), la redacción actualmente vigente del TRLA, resultado de la modificación efectuada a través de la Ley 62/2003, no impone la elaboración de un Plan Hidrológico específico para cada cuenca hidrográfica, sino que admite la posibilidad de que se encomiende la ordenación de los recursos hídricos de varias cuencas hidrográficas a un solo PHC, siempre que se trate de cuencas integrantes de una misma y única demarcación hidrográfica. Así, el art. 40.3 TRLA dispone que «el ámbito territorial de cada Plan Hidrológico será coincidente con el de la demarcación hidrográfica correspondiente». Y el art. 16 TRLA define la demarcación hidrográfica

(6) MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias entre recursos hidráulicos», *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, 2007. Como añade el citado autor, existe una evidente confusión entre continente y contenido. La transferencia no es una norma, sino el contenido de esta norma, lo mismo que el trasvase no es una autorización, sino el objeto de ésta.

(7) En nuestra opinión, la redacción inicial de la LA exigía la elaboración de un PHC por cada una de las cuencas existentes. Y es que con la consagración del principio de unidad de cuenca, la Ley de 1985 se había deshecho todos los equívocos que pudieran existir entre el ámbito territorial de las Confederaciones Hidrográficas y el de los planes hidrológicos de cuenca. Así, si bien el art. 20.1 LA permitía que el ámbito territorial de las Confederaciones Hidrográficas comprendiese «una o varias cuencas indivisas», el plan hidrológico de cuenca —y no de cuencas— iba referido al significado propio que esta palabra tenía en el art. 14 LA y no al ámbito territorial de una Confederación Hidrográfica, cuando éste no coincidiese, por ser más amplio, con el de una sola cuenca indivisa.

Vid. GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH, DÍAZ LEMA, *El derecho de aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986, pp. 652 y ss y SÁNCHEZ MORÓN. «Sobre la planificación hidrológica. Con especial referencia a la cuenca del Júcar», en SÁNCHEZ MORÓN, M., JIMÉNEZ IBÁÑEZ, S., DELGADO PIQUERAS, F., *Planificación hidrológica y nuevos regadíos. Problemas jurídicos de la Cuenca del Júcar*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 94 y ss.

como «la zona terrestre o marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas». En este sentido, el RD 125/2007, de 2 de febrero, fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, incluyendo distintas agrupaciones de cuencas (8).

Dando por hecho, por tanto que en el plan hidrológico de cuenca puede agrupar varias cuencas, o dicho en otros términos, puede ser un plan hidrológico de «cuencas», en mi opinión ello no implica que las transferencias de recursos entre cuencas de la misma demarcación no se sometan al principio de legalidad, o lo que es lo mismo, no deban de estar previstas en el PHN. Bien es verdad que no es ésta la posición mayoritaria de la doctrina (9) que ha realizado una lectura literal del precepto. El Tribunal Supremo, por su parte, también han considerado que no están sometidos a reserva de Ley los llamados «trasvases internos» (los efectuados entre cuencas pertenecientes a un mismo Plan Hidrológico de Cuenca). Así lo ha declarado en las SSTs de 23 de noviembre de 2001 (rec. núm. 3465/1995) y de 9 de marzo de 2004 (rec. núm. 3186/2001) (10).

(8) No obstante, en el actual marco jurídico-constitucional existe un importante límite a esta agrupación de cuencas en demarcaciones, de tal modo que no es posible asociar en una misma demarcación cuencas intracomunitarias, por un lado, y cuencas intercomunitarias, por otro. Tanto si son cuencas grandes como si son pequeñas, lo que no cabe es reunir bajo un misma autoridad o un mismo plan, nacional o regional, cuencas supra o intra comunitarias. En este sentido ya se pronunció DELGADO PIQUERAS, F., «La planificación hidrológica en la Directiva Marco comunitaria del agua», en el Libro Colectivo *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas, La Ley Actualidad*, 2003, p. 77. Tuve ocasión de analizar esta cuestión en GALLEGO CÓRCOLES, I., «Crónica de una declaración de invalidez anunciada: la STS de 20 de octubre de 2004, que anula parte del Plan Hidrológico del Júcar», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 659, 3 de marzo de 2005.

(9) Vid. EMBID IRUJO, A., («Algunas consideraciones jurídicas sobre las transferencias entre cuencas. Reflexiones a propósito del proyecto del Plan Hidrológico Nacional 2001», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 41, 2001) para quien sólo, que unas transferencias concretas, las que se refieran al transporte de agua entre ámbitos territoriales de distintos PHC, deben ser materia propia del PHN [Cfr. Art. 43.1 c)], no el resto de transferencias posibles entre cuencas (por ejemplo, las situadas dentro del territorio del mismo plan hidrológico) sobre las que se podría decidir mediante resolución administrativa: bastaría, así, el otorgamiento de la correspondiente concesión demanial; EZQUERRA HUERVA, A., «Plan Hidrológico Nacional y trasvases entre cuencas hidrográficas», *REDA*, núm. 115, 2002, pp. 330 a 334 y MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos hidráulicos», *Diccionario de Derecho de Aguas*, p. 914.

No deja de ser llamativo que MARTÍN MATEO, R. («Sobre trasvases, concesiones y convenios. El suministro de agua a la comarca del Vinalopó», *REDA*, núm. 96, año 1997) niegue la necesidad de Ley para aprobar el trasvase Júcar-Vinalopó sobre la base de que el área del Vinalopó no constituye el ámbito de una cuenca hidrográfica.

(10) Esta sentencia viene a modular la doctrina contenida en otras sentencias anteriores, como la STS de 5 de marzo de 1996, que declaró que los trasvases entre cuencas hidrográficas tienen que estar permitidos por una norma con rango de ley «como así se ha venido haciendo en ante-

En mi opinión, los argumentos para afirmar la necesidad de que los trasvases entre cuencas de la misma demarcación se realicen por Ley se pueden reconducir a tres: a) la reserva de Ley en este ámbito es anterior a la LA, y su engarce constitucional ha de guiar la interpretación de dicha norma; b) el cabal entendimiento de la cuenca hidrográfica como unidad básica de gestión permite una lectura integradora de la LA y de la LPHN; c) la imposibilidad de aferrarse a la interpretación literal de la LA y de la LPHN, que se muestran a todas luces insuficientes.

1. La reserva de Ley en el ámbito de las transferencias de recursos hídricos tiene engarce constitucional y es anterior a la LA

En este punto, conviene recordar que gran parte de los argumentos utilizados para justificar la reserva de Ley en el ámbito de transferencias de recursos hídricos tienen carácter constitucional. Así, ha sido común en la doctrina apelar al principio democrático para explicar esta reserva de Ley (11).

Además, hay que tener en cuenta que el art. 45 CE refuerza la exigencia de reserva de Ley a la que tradicionalmente se han sometido los trasvases. De hecho, se ha sostenido que la planificación del recurso, para ser racional —como impone el art. 45 CE— debe basarse en la planificación de cuenca (12). Así lo ha puesto de manifiesto la propia Comisión Europea, para quien toda la producción debería adaptarse a la cantidad de agua disponible local-

riores ocasiones y se desprende del art. 43.1.c) de la LA». Y es que si la reserva de Ley ha existido y existe al margen de la LA, no se entiende bien la corrección de la doctrina apelando al tenor de la LA.

(11) Para EZQUERRA HUERVA, A. (*El régimen jurídico de las obras hidráulicas*, IEA, Murcia, 2007, p. 380), las transferencias de recursos hídricos son origen de acalorados conflictos y disputas entre los territorios y los colectivos afectados, de suerte que es conveniente buscar la legitimación democrática que dimana de la aprobación a través del procedimiento legislativo.

Por su parte, señala EMBID IRUJO A. («El contexto legal de los trasvases de agua entre cuencas hidrográficas», *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, núm. 8/9, p. 5) que la ruptura del principio tradicional de la administración del agua por cuencas que representan los trasvases debe llevar también en una lógica consecuencia la ruptura para el caso de los trasvases de la atribución de los usos mediante concesión y solamente por la acción de la autoridad administrativa. Y es que, como añade el citado autor, la decisión legal es más que plausible en cuanto significa la inserción de los trasvases dentro de un instrumento que, por definición, supone publicidad y debate en su adopción y donde pueden sopesarse las medidas de trasvase al lado de otras posibles de gestión hídrica como la desalación de aguas salinas o salobres, la reutilización, las mejoras en la gestión, y por supuesto, el ahorro. Sin duda, añade el citado autor, este dato ponderado y meditado sería una adecuada plasmación del principio constitucional de «utilización racional de los recursos naturales» (art. 45 CE).

(12) BERMEJO VERA ET ALT., ALT., *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 125.

mente ya que es ésta una condición clave para la planificación sostenible de los usos del suelo en Europa. En definitiva, el principio de unidad de cuenca no es sino una consecuencia del principio constitucional de gestión racional de los recursos.

Obviamente, el principio constitucional que impone la utilización racional de los recursos no es absoluto y se encuentra sin duda en tensión con otros principios constitucionales, en concreto con el relativo al desarrollo económico. Evidentemente, la decisión relativa a la alteración de curso natural de un río, transfiriendo parte de sus recursos a otra cuenca implica una opción, que puede ser perfectamente legítima, a favor del principio económico. No obstante, no corresponde al poder ejecutivo ponderar entre estos principios constitucionales, sino al poder legislativo. Precisamente, en relación con la ponderación de los bienes jurídicos «protección del medio ambiente» y «desarrollo económico», el Tribunal Constitucional pronto tuvo ocasión de afirmar que ninguno de ellos prevalece *a priori*, limitándose recíprocamente, correspondiendo al legislador ordinario establecer, en cada caso, las modulaciones de uno y otro (13). Siendo difícil dar una definición abstracta de en qué consiste o cuándo la utilización de los recursos es «racional», según ha señalado el Tribunal Constitucional, este dilema exige ponderar en cada caso por el legislador, «con criterio flexible», cuándo y hasta dónde debe prevalecer el principio económico o el principio ecológico (14). En materia de aguas, ello exige que esta ponderación entre principio económico y principio ecológico que supone todo trasvase se lleve a cabo por el legislador.

(13) STC 64/1982, de 4 de noviembre, Fj 2º.

«El art. 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida. Estas consideraciones son aplicables a las industrias extractivas como cualquier otro sector económico y supone, en consecuencia, que no es aceptable la postura del representante del Gobierno, repetida frecuentemente a lo largo de sus alegaciones, de que exista una prioridad absoluta del fomento de la reproducción minera frente a la protección del medio ambiente. Recuérdese también que la «calidad de la vida» que cita el art. 45 y uno de cuyos elementos es la obtención de un medio ambiente adecuado para promoverla está proclamada en el preámbulo de la CE y recogida en algún otro artículo como el 129.1. Sin embargo, debe advertirse que la Constitución impone asimismo «el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos» (art. 130.1), deber al que hace referencia el artículo 55.1 del Estatuto de Cataluña. Ese desarrollo es igualmente necesario para lograr aquella mejora. La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico».

(14) STC 64/1982, 4 de noviembre, Fj. 8.

Otro argumento que refuerza el principio de reserva de Ley en todo tipo de transferencias es el especial régimen económico-financiero que ha de acompañara a este tipo de obras hidráulicas.

En efecto, de distintos preceptos constitucionales (art. 40, 45 y 138 CE) se desprende la necesidad de que los trasvases estén justificados por distintas razones, entre otras las económicas. Como afirmara DÍAZ LEMA (15), del art. 40 de la Constitución —que, recuérdese, establece que los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico— se desprende que sólo en el caso de una mayor rentabilidad económica y social de las aguas en la cuenca receptora está justificado el trasvase (16).

En el mismo sentido, señala EMBID IRUJO (17) que entre las razones que pueden avalar una ruptura del régimen tradicional de la administración de las aguas por cuencas hidrográficas deben incluirse las económicas, es decir, aquellas ligadas a una mayor eficiencia del recurso. Esta mayor eficiencia ha de posibilitar la asunción de los costes totales de las obras por los beneficiarios de las aguas trasvasadas.

Pero además de incluir sin excepción al principio de recuperación íntegra de los costes de las infraestructuras, en el régimen económico y financiero de los trasvases se debe incardinar el coste de lo que se ha dado en llamar sistema de «compensaciones». El equilibrio regional, como subraya DÍAZ LEMA (18), es una directriz que aparece en varias disposiciones de la Constitución (arts. 40.1, 138.1, 158) íntimamente vinculada al principio de solidaridad. Se trata de un contrapeso que se concreta en la adopción de una serie de medidas compensatorias a favor de la cuenca suministradora de las aguas. A través de las compensaciones puede mantenerse un nivel de actividad económica y de prestación de servicios públicos aceptables en aquellas zonas suministradoras de recursos. Por ello, como ha seña-

(15) DÍAZ LEMA, J.M., *El derecho de aguas en España*, en colaboración con GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, Madrid, 1986, tomo I, p. 639.

(16) Como pone de manifiesto el Libro Blanco del Agua (p. 408) desde que tras su concepción inicial por Lorenzo Pardo en 1933, se retomó en 1967 la cuestión de los trasvases intercuenas, la filosofía que informaba la política de estas actuaciones fue que las grandes obras de infraestructura que comportaban debían estar justificadas económicamente, eliminado o prescindiendo en ellas del espíritu proteccionista y subvencionador, ampliamente comentado, que había regido la política estatal en materia de regadíos desde la promulgación de la Ley de Auxilios de 7 de julio de 1911. De esta forma se aseguraba que las obras de trasvases hidrográficos eran de auténtico interés nacional, no solo por razones sociales, sino también económicas.

(17) EMBID IRUJO, A., «Condicionamientos jurídicos de una política de precios del agua», en la obra colectiva dirigida *Precios y Mercados del Agua*, Civitas, Madrid, 1982, p. 73.

(18) DÍAZ LEMA, J.M., *El derecho de aguas en España*, en colaboración con GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, Madrid, 1986, tomo I, p. 639.

lado EMBID IRUJO (19), esta compensación para las cuencas cedentes por razones ambientales y de ordenación territorial tiene sede constitucional. Y es que lo que se persigue es que las aquellas regiones menos desarrolladas de donde se deriva un recurso que va permitir a otras un desarrollo económico todavía mayor puedan ser beneficiarias de determinadas actuaciones que permitan un aumento en su calidad de vida. Por ello, como señala MENÉNDEZ REXACH (20) las compensaciones no deben enfocarse como el precio (político) de una transferencia para hacerla socialmente aceptable, sino como la proyección territorial de decisiones de política económica y social adoptadas por el Estado en ejercicio de sus competencias.

Pues bien, de todo lo anterior se deriva que los beneficiarios de las aguas trasvasadas deben asumir la totalidad de los costes de las transferencias. Y entre estos costes se incluiría el tradicionalmente llamado sistema de «compensaciones». De ahí que sea preciso que la normas autorizatorias de las transferencias prevean el régimen económico de las mismas haciendo efectivo el principio de la recuperación de costes. Y este régimen jurídico ha de contenerse en una norma con rango de ley, pues así lo exige el art. 31.1 CE. Y es que, como se ha demostrado (21), las exacciones que se recaudan con motivo de la construcción de obras hidráulicas tienen naturaleza tributaria.

Por tanto, la reserva de Ley que cubre la autorización de transferencias entre cuencas no se desprende sólo de la LA, sino que ésta viene a explicitar un principio vigente con anterioridad en nuestro ordenamiento, que la Constitución de 1978 no ha hecho sino reforzar.

2. La cuenca hidrográfica es la unidad básica para la gestión del agua; la necesidad de una interpretación integradora del TRLA y de la LPHN

Como ha puesto de manifiesto PÉREZ PÉREZ (22), el art. 14 TRLA recoge expresamente tres principios de gestión del recurso, y éstos no son otros que:

(19) EMBID IRUJO, A., «Régimen económico-financiero del trasvase del Ebro en la Ley 10/2001, de 5 de julio, del PHN, y consideraciones sobre los aspectos económico-financieros de los trasvases en general», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002, p. 312.

(20) MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos...», *op. cit.*, p. 931.

(21) DELGADO PIQUERAS, F., «Cánones y tarifas en la Ley de Aguas. La modificación del régimen económico del trasvase Tajo-Segura y su repercusión sobre los usuarios de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 34.

(22) PÉREZ PÉREZ, E., «La gestión integral de las aguas superficiales y subterráneas», en Pérez Pérez (coor.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, La Ley, pp. 995.

Principio marco, de unidad e interrelación de todos los recursos naturales.

Principio funcional, derivado de la unidad de ciclo hidrológico, concretado en la necesidad de realizar planteamientos sistémicos en la gestión del agua.

Principio territorial, conforme a la cual la cuenca hidrográfica es la unidad básica para la ordenación del agua.

Como añade el citado autor, junto a la unidad de ciclo hidrológico la Naturaleza presenta otra unidad básica de esta ordenación; la cuenca vertiente definida por el *divortium aquarum*. Este ámbito geográfico y topográfico es la mejor unidad física para la ordenación de los recursos hídricos, en sus diferentes usos y efectos y en sus relaciones con los demás recursos naturales. Por tanto, no resulta en modo alguno descabellado entender que el «ámbito territorial» al que hace referencia el art. 3 LPHN y 45 TRLA) es la propia cuenca hidrográfica. En este sentido, no hay que olvidar, como elemento de interpretación sistemática que el principio proclamado en el art. 14 TRLA es el de unidad de cuenca, y no el de «unidad de demarcación». Y que el concepto de cuenca hidrográfica es un concepto geográfico. Como establece el art. 16 TRLA, la cuenca hidrográfica es la «la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente los hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta». Dicha norma insiste además, en que la cuenca hidrográfica es la unidad de gestión del recurso (23).

Esta perspectiva que impone una interpretación sustancialista de la expresión «ámbito territorial de la planificación» (art. 3 LPHN) entendiéndolo por tal no la demarcación, sino la cuenca, deriva igualmente de una atenta lectura del Derecho comunitario.

Como ha afirmado LA CALLE MARCOS (24), la cuenca hidrográfica en tanto superficie territorial que contiene un sistema ecológico, hidrológico e hidrogeológico, es necesariamente la base de la gestión y la planificación hidrológica. El objetivo de la calidad de las aguas debe perseguirse en cada cuenca hidrográfica como sistema (Cdo. 33) (25). Es además la unidad adecuada

(23) «La cuenca hidrográfica como unidad de gestión del recurso se considera indivisible». En relación con el principio de gestión del agua por cuencas hidrográficas vid. LA CALLE MARCOS, A.P., *La Administración Hidráulica Española e Iberoamericana*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2008.

(24) LA CALLE MARCOS, A., «Impacto de la Directiva marco comunitaria y territorio», en la obra dirigida por EMBID *Agua y Territorio*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 286 y ss.

(25) «El objetivo de un buen estado de las aguas debe perseguirse en cada cuenca hidrográfica, de modo que se coordinen las medidas relativas a las aguas superficiales y las aguas subterráneas pertenecientes al mismo sistema ecológico, hidrológico e hidrogeológico».

para adaptar la regulación general de la política de aguas a las particulares condiciones sociales, económicas y ambientales del territorio. Como razona la Directiva, «existen condiciones y necesidades diversas en la Comunidad que requieren soluciones específicas» y «esta diversidad debe tenerse en cuenta... en el marco de la cuenca hidrográfica» (Cdo. 13) (26).

Por tanto, dicho en otros términos, la demarcación hidrográfica es una unidad superior de actuación (27), que abarca un mayor espacio físico al incluir a veces otras cuencas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, pero no es la unidad mínima de planificación. Ello no representa una novedad absoluta para nuestro ordenamiento, respondiendo a la aplicación del principio de racionalidad en la organización administrativa. Pero como subraya PALLARÉS SERRANO, aunque un mismo ente organizativo se puede encargar de la gestión de varias cuencas pequeñas, ha de tener siempre presente el principio de unidad de cuenca en la gestión de cada una de ellas.

Por tanto, al pretendido albur del Derecho comunitario no se debe mantener una interpretación de nuestra legislación de aguas que permita crear unidades artificiales de gestión, las demarcaciones hidrográficas, en las que la auténtica unidad de gestión, la cuenca, se diluya. De hecho, si se analiza con detenimiento la propia actuación de la Comisión europea se pone claramente de manifiesto cómo para el Derecho comunitario es la cuenca hidrográfica y no la demarcación la unidad territorial mínima de gestión. La Decisión de la Comisión Europea C(2003)5311 de 22 de Diciembre de 2003, por la que se fija el nivel de participación comunitaria en el gran proyecto «Conducción Júcar-Vinalopó ha subordinado la participación comunitaria en la financiación del trasvase Júcar-Vinalopó, entre otras condiciones, a que se respeten, con carácter prioritario, todas las necesidades de la cuenca del Júcar. En uno de los apartados de su artículo 2 se establece literalmente que: «se elaborarán asimismo «normas de explotación» del trasvase que tengan en cuenta con carácter prioritario, todas las necesidades de la cuenca y, en particular, las necesidades medioambientales, fijándose y respetándose el «caudal ecológico» del río Júcar antes de proceder a cualquier trasvase». Al Derecho comunitario poco importa que el trasvase se quiera efectuar dentro de una misma demar-

(26) Señala el citado autor (*op. cit.*, p. 275), la idea que parece fundar el concepto de cuenca hidrográfica en el acervo comunitario es su carácter de unidad geográfica natural y la necesidad de que la gestión se adecue a un marco coherente con la naturaleza. Así se deduce, añade LA CALLE MARCOS, de la alusión que hace el quinto Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, cuando elabora la estrategia comunitaria de sostenibilidad. Al abordar la planificación sectorial y espacial propugna la necesidad de una planificación integrada y de que ésta se realice en marcos adecuados como son las unidades geográficas naturales cuando se trata de contaminación o cuencas fluviales.

(27) PALLARÉS SERRANO, A., *La planificación hidrológica*, Tirant lo blanch, pp. 346 y 347.

cación. Le interesa asegurar el respeto al principio de prioridad de la cuenca cedente, sin que admita una gestión indeferenciada de recursos de distintas cuencas.

A ello hay que añadir, además, que la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2006, C(2006) 6739, con motivo de asegurar y mejor clarificar el régimen de caudales ambientales para el río Júcar y la toma en cuenta de todas las necesidades de la cuenca, añade a las condiciones ya enumeradas en el Artículo 2 de la Decisión C(2003)5311, nueve condiciones adicionales sobre la recuperación de acuíferos, el ahorro de regadíos, la mejora de calidad de agua, el caudal ecológico el uso de energías renovables y el seguimiento de estas condiciones.

3. El tenor literal de la Ley de aguas se muestra claramente insuficiente

Como hemos señalado, el argumento principal que se utiliza para defender que los trasvases que se produzcan dentro de una misma demarcación no precisan de autorización por norma de rango de Ley es el argumento de interpretación literal. Pero desde un punto de vista teológico, EMBID IRUJO (28) subrayó en su día que, al margen de la dicción concreta, lo que se quiere indicar la expresión contenida en el art. 43 c) LA es que hay transferencia de recursos hidráulicos siempre y cuando los recursos pasen de una cuenca a otra. Eso supondría, que la LA partía de un presupuesto no escrito y es que existiría un plan hidrológico, y sólo uno, por cada cuenca (29). Por ello, añade el citado autor, aunque la presentación formal de la LA hable de transferencia entre ámbitos territoriales de distintos PHC, en modo alguno se podría hablar de tal transferencia —y, por tanto, de su necesaria inserción en el PHN— si se previeran «trasvases» del recurso entre los ámbitos territoriales de los dos planes hidrológicos de cuenca del Guadiana (30). Cosa ligeramente distinta sucedería, según EMBID IRUJO, en el caso de la CH del Norte, suma de muy distintas cuencas, con tres Planes hidrológicos distintos también. Según dicho autor, en este caso, «propiamente, la transferencia sería una medida a incluir en el PHN».

De este modo se pone de manifiesto la necesidad de superar una interpretación meramente formal de la norma, extrayendo hasta las últimas consecuencias la interpretación del principio de unidad de cuenca. Lo relevante

(28) EMBID IRUJO, A. («Los medios ...», *op. cit.*)

(29) Sobre esta cuestión vid. *supra*. Nota 7.

(30) En contra, EZQUERRA HUERVA, A., *El régimen jurídico ...*, *op. cit.*, p. 387.

a efectos de la existencia de un auténtico trasvase no es tanto que la cuenca cedente y receptora se encuentren bajo la competencia de un mismo Organismo de Cuenca, sino que se trate de cuencas geográficas distintas. Porque en definitiva, el principio de unidad de cuenca tiene su fundamento en asegurar una gestión racional de los recursos, que, como tal, ha de basarse el sustrato fáctico que proporciona la propia naturaleza.

Finalmente, la interpretación según la cual en los casos de trasvases entre cuencas pertenecientes al mismo plan hidrológico de cuenca no está sometida a reserva de ley supone un patente peligro desde el punto de vista del respeto a los principios de legalidad y jerarquía normativa. Como subrayan de forma certera GARRIDO CUENCA y ORTEGA ÁLVAREZ (31) de aceptar esta interpretación, se permitiría a la Administración aprovechar cualquier remisión normativa de la ley al reglamento para eludir la congelación de rango en que consiste la reserva de ley, de modo que bastaría que mediante reglamento se incluyesen bajo un mismo plan hidrológico diferentes planes de cuenca para, a continuación, realizar a voluntad los trasvases que la Administración quisiese, sin que sea necesario que el Parlamento conociera, deliberase y aprobase tal decisión mediante ley.

III. SOBRE EL CARÁCTER EXCEDENTARIO DE LOS RECURSO A TRANSFERIR

El tradicional principio de gestión por cuencas hidrográficas ha cristalizado en el reconocimiento expreso, por parte del PHN del principio de prioridad de la cuenca cedente. Como establece el art. 12 del PHN, toda transferencia se basará en los principios de garantía de las demandas actuales y futuras de todos los usos y aprovechamientos de la cuenca cedente, incluidas las restricciones medioambientales, sin que pueda verse limitado el desarrollo de dicha cuenca amparándose en la previsión de transferencias. En relación con el trasvase Tajo-Segura, así se expresamente se reconoce en la disposición adicional tercera del PHN y lo ha reiterado la disposición adicional primera de la Ley 11/2005 (32). Precisamente, la autorización de las transfe-

(31) GARRIDO CUENCA, N. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 que anula el Plan Hidrológico del Júcar. Una decisión clarificadora sobre la distribución competencial en materia de aguas», *RAP*, núm. 167, 2005. p. 219.

(32) Según la misma, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, que establece la prioridad de la cuenca cedente, el volumen trasvasable desde la cabecera del Tajo se revisará en el futuro, oídas las Comunidades Autónomas afectadas, a medida que el Gobierno lleve a cabo las inversiones precisas para que resulten adecuadamente satisfechas las necesidades de la cuenca del Segura.

rencias que reconoce actualmente nuestro Derecho positivo parte de la premisa de la existencia de caudales excedentarios en las cuencas suministradoras. No obstante, no se ha de negar que el legislador ha obrado con gran casuismo, siendo ostensibles la disparidad de criterios que contienen las normas aprobatorias de los distintos trasvases.

Resulta llamativo por lo demás, que el PHN renunciara a una mínima unificación del régimen jurídico existente mediante una definición genérica y abstracta del concepto de excedentes. No obstante, ello no hace sino reforzar la necesidad de que se elaboran propuestas doctrinales al respecto. Y en mi opinión, estas ha de partir de deslindar claramente un plano político y otro estrictamente jurídico en la caracterización de las aguas excedentarias.

Desde un punto de vista político, como señala CABEZAS CALVO-RUBIO (33), los conceptos de déficit y excedente de una cuenca son, en buena medida, una convención del lenguaje. Y es que, en términos absolutos, en un desierto no hay agua pero tampoco hay déficit de la misma, pues es su natural condición y, precisamente, lo que lo caracteriza. Por el contrario, en una cuenca muy húmeda no cabría tampoco hablar de superávit, ya que el régimen de abundancia hídrica está en la base de los ecosistemas fluviales y los paisajes constitutivos de esa cuenca. Se concluiría así en la inexistencia de sobrante alguno en ningún caso. No obstante, este concepto extremo, sin matizaciones, es de una errada simpleza, pues es obvio que existe un cierto nivel de utilización de los recursos naturales que se considera necesario e incluso deseable. Existe, un punto intermedio de desarrollo, que es el deseable, y que requiere una definición formal mediante el análisis del sistema de usos y los conceptos de caudales ambientales y buen estado ecológico. Desde esta perspectiva, y de acuerdo con criterios técnicos, como señala el citado autor sería posible plantear operaciones de trasvase, con un horizonte temporal que permita que el volumen de recursos susceptibles de ser trasvasado compense el coste económico, político y social que la transferencia sin duda lleva aparejado.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la caracterización del concepto de aguas excedentarias ha de partir necesariamente de la planificación hidrológica de cuenca, pues sólo ésta ordena la utilización del agua en su ámbito territorial y cuantifica no sólo las demandas existentes, sino también las futuras. Desde esta perspectiva, voces tan fundadas como las del profesor EMBID IRUJO (34) critican el concepto de excedente, ya que no habría nada más artificioso que su forma de cálculo, y proponen que sean planteamientos

(33) CABEZAS CALVO-RUBIO, F., «El concepto de aguas sobrantes. Una aproximación técnico-jurídica» en la obra colectiva ya citada *Derecho de aguas*, p. 176.

(34) EMBID IRUJO, A., «El contexto legal...», *op. cit.*, p.392.

de ordenación territorial, medioambientales, de ponderación de importancia social, económica y ambiental entre los usos realizados en la cuenca cedente y los que podrían realizarse en la beneficiaria, los conceptos con los que habría jugar (35). No obstante, en mi opinión, el marco idóneo para proceduralizar este tipo de decisiones es la planificación hidrológica, y el concepto de excedentes puede resultar adecuado para racionalizar el proceso, como se explicará seguidamente. Además, como ha puesto de manifiesto EZQUERRA HUERVA (36), no atender al criterio de las aguas excedentarias equivale de facto a negar que el principio de unidad de cuenca en la ordenación de los recursos hídricos no implica una cierta preferencia de aprovechamiento de las mismas en la cuenca en la que por naturaleza discurren.

En efecto, en los planes hidrológicos de cuenca se establecen no sólo las necesidades ambientales y los suministros actuales del sistemas, sino que dentro del horizonte temporal que le es propio, se han de prever las «necesidades futuras». Así el art. 42.1 b) TRLA dispone entre los contenidos obligatorios de los PPHCC la «asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación y recuperación del medio natural».

Ahora bien, no puede en modo alguno entenderse que a la hora de fijar las necesidades futuras el planificador tenga la más absoluta libertad y que quepa cualquier tipo de previsión, por ilógica que parezca. Así, en primer lugar, como ha subrayado MENÉNDEZ REXACH (37) no puede olvidarse ni la función coordinadora del PHN, al que habrán de adaptarse los PPHCC (arts. 45.1 y 3 TRLA) ni la aprobación de los mismos por parte del Gobierno de la Nación, que, en este acto, debe garantizar la efectividad de los principios constitucionales y legales a que sirve la planificación hidrológica.

Y en segundo lugar, como toda actuación administrativa, la aprobación de la planificación está sometida a la Ley y al Derecho. Y en este sentido, como es evidente, al principio de interdicción de la arbitrariedad. La planificación ha de moverse dentro del límite de lo razonable. Como en su día señaló EMBID IRUJO (38) debe existir una referencia temporal y una apelación a la razonabilidad. Serán caudales excedentes los que se puedan producir en un determinado período de tiempo después de la previsión de un creci-

(35) Comparte esta tesis, ENTRENA RUIZ, D., «La errónea dependencia de la ejecución de trasvases entre cuencas hidrográficas. Interpretación jurisprudencial», *Revistas Mensual de Gestión ambiental*, noviembre 1999, p. 69.

(36) EZQUERRA HUERVA, A., *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 392.

(37) MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos...», op. cit., p. 930.

(38) EMBID IRUJO, A., «Los fines de una política...», op. cit.

miento razonable (midiendo la razonabilidad con parámetros demográficos, técnicos, industriales, agrícolas, económicos, etc...) de las expectativas de consumo de la cuenca suministradora. En este sentido la STS de 16 de mayo de 2003 ha declarado (rec. núm. 396/1996) que no caben reservas indeterminadas ni en cuanto a su finalidad ni en cuanto a su duración que puesto que en los planes hidrológicos debe identificarse de forma concreta y precisa el origen de los recursos reservados, su destino previsto y el plazo para su materialización. En mi opinión, son estas determinaciones las que permiten su control posterior.

Desde esta perspectiva, por tanto, parece lo más lógica la afirmación de gran parte de la doctrina según la cual, los posibles trasvases quedarían reducidos a las aguas que cada PHC figuren en el inventario de los recursos hidráulicos [art. 42.a-c' TRLA], y no hayan sido objeto de asignación y reserva para usos y demandas actuales y futuros, ni para la conservación o recuperación del medio natural [art. 42.b-c' TRLA] (39). Bien entendido, además, que el PHN puede asimismo fijar reservas que en principio sólo se se permiten por motivos ambientales (art. 25 LPHN), por lo que no supondrían usos consuntivos. Sin embargo, como ha advertido MENÉNDEZ REXACH (40) las reservas efectuadas en el PHN no siempre responden a este esquema (41). Las reservas hechas desde el PHN afectarán inevitablemente a las previsiones de los PPHCC, que deben incorporarlas.

Ahora bien, la afirmación de sólo son trasvasables los recursos no asignados ni reservados en la planificación hidrológica de cuenca ha de ser sometida a una serie de matizaciones.

En primer lugar, la experiencia en la gestión del trasvase Tajo-Segura pone de manifiesto la necesidad de traducir en una cifra el volumen de agua embalsada que permite la satisfacción de las necesidades de la cuenca cedente. Esta cifra además, conviene que sea incorporada a las normas reguladora

(39) En este sentido, CABEZA CALVO-RUBIO, F. («El concepto...», op. cit., p. 176) asimila el concepto de sobrante a un agua no asignada ni requerida por ningún uso, que está en el sistema una vez satisfechas sus necesidades ambientales y una vez atendidos sin limitaciones los suministros de todas las demandas del sistema. Del mismo modo, para MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos...», op. cit., p. 930, la posibilidad de transferencias de recursos se acota, en principio, a los recursos no comprometidos (asignados o reservados) por los PPHCC. Vid igualmente EZQUERRA HUERVA, A., *El régimen...*, op. cit., 392.

(40) MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos...», op. cit., p. 930.

(41) Vid. disposición adicional nueva introducida por la Ley 11/2005 (art. único, decimosexto): «La Comunidad Autónoma de Aragón dispondrá de una reserva de agua suficiente para cubrir las necesidades presentes y futuras de su territorio, tal y como establece en el Pacto del Agua de Aragón». Sea como fuere, el contenido de esta reserva es indeterminado.

del trasvase (42). Así se hace, en relación con el Trasvase Tajo-Segura, actualmente en el art. 23 PHT y la disposición adicional tercera del PHN. De un modo similar, el art. 1 de la Ley 17/1995, de transferencia del río Guadiano a la cuenca del río Guadalete fija el caudal mínimo que ha de circular en la cuenca del río Guadiano para que sea posible el trasvase. Por su parte, la disposición adicional vigésima segunda de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que autoriza la transferencia de recursos del Negratín al Almanzora exige respetar un mínimo de volumen embalsado.

En segundo lugar, contrasta con el Derecho positivo vigente la afirmación de que sólo son susceptibles de ser trasvasados los caudales que no hayan sido ni reservados ni concedidos en la planificación hidrológica de cuenca. En realidad, se ha admitido la posibilidad de trasvasar caudales asignados a reservas para demandas futuras, bien es verdad que con un carácter mucho más precario que el de los «caudales excedentarios ordinarios» (es decir, aquellos que no han sido concedidos), en tanto en cuanto dejarán de ser trasvasables cuando se materialicen las necesidades futuras, o lo que es lo mismo, cuando sean objeto de concesión. El ejemplo paradigmático en este punto lo suministra una vez más la regulación jurídica del trasvase Tajo-Segura. En este sentido, en el art. 19 PHT se establece una reserva en la Cabecera del Tajo de 200 hm³ para atender, además de los regadíos incluidos en el cuadro de asignaciones y los declarados de interés general que dependen de estos recursos, determinados regadíos públicos potenciales. Pues bien, el art. 23.5 PHT dispone, entre otras cosas que el límite de los 240 hm³ de agua embalsada en Entrepeñas y Buendía deberá revisarse al alza, de forma expresa, cuando la evolución de las demandas del Tajo así lo requiera, debiendo contemplarse a estos efectos, entre otros, los aprovechamientos que resulten del otorgamiento de las correspondientes concesiones con cargo a las reservas para aprovechamientos futuros que, dependientes de recurso regulados en cabecera, se recogen este PHT. En el mismo sentido, aunque quizá de una manera más confusa, la disposición adicional tercera del PHN dispone que este volumen mínimo [240 hm³] podrá revisarse en el futuro conforme a las variaciones efectivas que experimente las demandas de la cuenca del Tajo, de forma que se garantice en todo caso su carácter preferente, y se asegure que las transferencias desde la cabecera nunca puedan suponer un límite o impedimento para el desarrollo natural de dicha cuenca.

(42) La aplicación del concepto de aguas excedentarias ha estado rodeada de un halo demasiado amplio de incertidumbre antes de la aprobación del PHT. Y es que a falta de un criterio preciso, la cuestión de la determinación del concepto de aguas sobrantes era un problema de motivación, que había de acreditarse a la vista de las circunstancias del caso. Vid. MENÉNDEZ REXACH, A., «Los problemas jurídicos...», *op. cit.*, p. 802.

Un esquema similar se seguía en el derogado artículo 16.2 a) del PHN que establecía la prohibición de efectuar derivaciones mientras no circule por el río, en los puntos de toma, un caudal superior a la suma del mínimo a la suma del mínimo ambiental fijado en el PH en la cuenca del Ebro, más el correspondiente a las concesiones en su caso existentes aguas debajo de las tomas. Por tanto, el hecho de que determinados caudales estuviesen reservados —excepción hecha, obviamente, de los caudales ambientales— no impediría que, en este caso, dichos caudales puedan ser objeto de trasvase.

En definitiva, mediante el establecimiento de una serie de reservas en la planificación, se trata de asegurar la cobertura de las demandas futuras de la cuenca cedente. Pero como estos caudales no se aprovechan en el presente, la normativa reguladora permite su derivación a otras cuencas, si bien con un carácter, en principio, marcadamente coyuntural.

La posibilidad de trasvasar estos recursos reservados no plantea duda alguna, ya que tal y como establece el art. 55 TRLA, cuando existan caudales reservados o comprendidos en algún plan del Estado que no sean objeto de aprovechamiento inmediato, podrán autorizarse concesiones a precario que no consolidarán derecho alguno y ni darán lugar a indemnización si el organismo de cuenca reduce los caudales o revoca las autorizaciones. Ahora bien, posiblemente en un sistema más perfecto habrían de preverse los mecanismos que operan en caso de que los caudales reservados sean objeto de concesión en la cuenca cedente, determinando claramente qué concesiones o qué caudales son los que han de ser revisados en la cuenca receptora.

En tercer lugar, hechas estas consideraciones, no hemos de ocultar que esta caracterización de los caudales sobrantes como aquellos que no han sido asignados ni reservados para usos o demandas presentes o futuras no es en ocasiones suficiente para explicar determinadas situaciones reconocidas en el Derecho positivo. En efecto, el régimen transitorio de la transferencia Guadalquivir-Almanzora prevé «una transferencia de caudales con cargo a potenciales recursos de aguas superficiales y subterráneas de la cuenca, *incluido el posible remanente de agua procedente de la distribución de caudales que no haya sido objeto de concesión*» (43). Del término «incluido» puede deducirse que pueden trasvasarse determinados caudales, aunque hayan sido objeto de concesión.

Del mismo modo, el efímero (44) Real Decreto-ley 3/2008 calificó como sobrantes aquellos volúmenes que no eran efectivamente utilizados por el Con-

(43) Real Decreto-Ley 9/1998, de 28 de agosto.

(44) El Consejo de Ministros del día 6 de junio de 2008, mediante Acuerdo de la misma fecha, declaró la concurrencia de la causa de cese de la vigencia de dicho Decreto-Ley, ya que estima que se han superado las circunstancias extraordinarias que han motivado su aprobación.

sorcio de Aguas de Tarragona (45). En mi opinión, se trata de medidas extraordinarias en las que, al amparo de una norma con rango legal (46), el legislador utiliza mecanismos excepcionales de gestión del agua.

IV. LA ARTICULACIÓN DE LOS TRASVASES TAJO-SEGURA Y TAJO-GUADIANA

Aunque hunde sus raíces en el Plan Nacional de Obras Hidráulicas de 1933, el anteproyecto del trasvase Tajo-Segura, no fue aprobado hasta 1968 (O.M. de 2 de agosto). La obra se incluyó en el II Plan de Desarrollo Económico y Social, cuya Ley aprobatoria ordenó su regulación también mediante Ley. Así se hizo por la Ley 21/1971, de 19 de junio (47). Por su parte, la Ley 52/1980, de 16 de octubre, estableció el régimen económico de la explotación del Acueducto Tajo-Segura y terminó de perfilar su régimen jurídico.

Por otro lado, la Ley 13/1987, de 30 de julio, de Derivación de Volúmenes de la Cuenca Alta del Tajo, a través del Acueducto Tajo-Segura autorizó un trasvase con carácter experimental, y duración de tan sólo tres años, desde la cabecera del Tajo al parque nacional de las Tablas de Daimiel. El máximo trasvasable eran 60 hm³ durante un período trianual, sin que el volumen derivado en un año pudiese superar los 30 hm³ y sin que el caudal pudiese ser utilizado para fines diferentes a los de tipo medioambiental.

Esta Ley fue prorrogada a través del Real Decreto-ley 6/1990, de 28 de diciembre. Posteriormente, el Decreto-Ley 5/1993, de 16 de abril, no solo prorroga por un plazo adicional de tres años, a partir del 31 de diciembre de 1993, la autorización para derivar aguas de la cabecera del Tajo a las Tablas de Daimiel, en las condiciones previstas en la Ley 13/1987 sino que también autoriza el trasvase de un volumen de 10 hm³ de aguas a la cabecera del Tajo y con destino al abastecimiento de Ciudad Real, y, en su caso, de otras poblaciones de la cuenca alta del Guadiana afectadas por la sequía.

(45) Como es sabido, el Consorcio de Aguas de Tarragona es concesionario de determinados caudales del Ebro en virtud de la Ley 18/1981.

(46) La necesidad de que las medidas extraordinarias que superen el ámbito de la cuenca hidrográfica sean adoptadas por el legislador ha sido reiterada por el TS. Vid. SSTs de 4 de Marzo de 1996 (rec. núm. 507/1994), de 18 de septiembre de 1996 (rec. núm. 1286/1990) y STS de 28 de abril de 1997 (rec. núm. 849/1993).

(47) Para una completa exposición del marco jurídico del trasvase Tajo-Segura, vid. el sufragante trabajo de FANLO LORAS, A., *El trasvase Tajo-Segura y su instrumentalización jurídica*, Civitas, Madrid, 2008.

Finalmente, el Decreto Ley 8/1995, de 4 de agosto, de medidas urgentes de mejora del aprovechamiento del trasvase Tajo-Segura declara que las dotaciones previstas en dichas normas pasarán a tener carácter permanente. Tal y como se desprende de la exposición de motivos se trata de aprovechar la potencialidad del acueducto Tajo-Segura como vertebrador territorial del centro y sudeste de la península (48).

Desde el punto de vista de la caracterización de las aguas trasvasables, este Real Decreto Ley no se ocupa de definir el concepto de aguas excedentarias, sino sólo define un límite máximo de agua trasvasable. Así, se establece un volumen «medio» máximo de 50 hectómetros cúbicos, correspondiendo a la Comisión Central de Explotación la adopción de las decisiones de derivación de los caudales (49). Además, el art. 2 del Decreto-Ley dispone una reserva de 3 hm³ por año para asignar al abastecimiento de los núcleos de población inmediatos al trazado del acueducto Tajo-Segura, en las cuencas de los ríos Guadiana y Júcar, sin que ello implique la modificación del volumen máximo trasvasable autorizado por la normativa reguladora del acueducto Tajo-Segura.

En cualquier caso, la deficiente técnica normativa empleada hace que la articulación de este trasvase con el trasvase Tajo-Segura, con el que comparte parte de las infraestructuras, plantee relevantes problemas jurídicos que afectan a cuestiones clave tales como el caudal máximo trasvasable y la prelación entre las necesidades que deben satisfacer ambos trasvases.

En primer lugar, se ha discutido si el caudal máximo trasvasable desde la Cabecera del Tajo para satisfacer las demandas del Segura y del Guadiana es de 600 (caudal máximo trasvasable en la Ley de 1971) o de 650 hm³ (es decir, el caudal máximo trasvasable según la Ley de 1971, más el caudal reconocido por el Decreto Ley 8/1995).

(48) Esta norma fue precedida de la adopción por unanimidad, por parte de la Comisión de Infraestructuras y Medio Ambiente del Congreso de los Diputados, de la resolución de fecha 14 de marzo de 1995 en la que se solicita expresamente del Gobierno la presentación de un proyecto de ley para mejorar la explotación del acueducto Tajo-Segura.

(49) Artículo 1. Derivación de recursos del acueducto Tajo-Segura a la cuenca del Guadiana.

1. Se autoriza la derivación de recursos hídricos del acueducto Tajo-Segura para el abastecimiento de la cuenca alta del río Guadiana. El volumen medio anual derivado, computado sobre un período máximo de diez años, no será mayor de 50 hectómetros cúbicos.

2. Dentro de esta cuantía máxima de 50 hectómetros cúbicos se consideran incluidas las dotaciones previstas para el Parque Natural de las Tablas de Daimiel en la Ley 13/1987, de 17 de julio, y en los Reales Decretos-leyes 6/1990, de 28 de diciembre, y 5/1993, de 16 de abril, que prorrogaron sus efectos, dotaciones que en lo sucesivo pasarán a tener carácter permanente.

3. Corresponderá a la Comisión Central de Explotación del acueducto Tajo-Segura la adopción de las decisiones de derivación de agua del acueducto Tajo-Segura para las finalidades especificadas en los apartados 1 y 2.

En efecto, tras la aprobación del Real Decreto-ley 8/1995 existe una cierta confusión sobre el volumen máximo de los trasvases autorizados, esto es si dicho volumen es de 600 o de 650 hm³. La Exposición de Motivos de dicho Real Decreto afirma claramente que el nuevo trasvase a La Mancha y la reserva de 3 hm³, se hace «sin alterar los 600 hm³ de volumen máximo anual trasvasable» (50). Sin embargo, en el articulado del Real Decreto-ley, la no modificación del máximo trasvasable se menciona expresamente respecto de la reserva de 3 hm³ (art. 2). Explicitamente, nada se afirma al autorizar la transferencia de 50 hm³, aunque ello puede deducirse del tenor del art. 1 del RD, que hace referencia a la «derivación de recursos del acueducto Tajo-Segura a la cuenca del Guadiana». Como es de sobra conocido, los recursos del acueducto Tajo-Segura son un máximo de 600 hm³ anuales (art. 1 Ley 21/1971). En definitiva, la duda interpretativa puede resolverse acudiendo al criterio establecido en la Exposición de Motivos (máximo de 600 hm³). Por tanto, es éste el máximo de caudal susceptible de ser trasvasado tanto a las cuencas del Segura como a la del Guadiana.

En contra de la interpretación sistemática deducible del Real Decreto-ley, el art. 23.2 PH se refiere al «total acumulado para las cuencas del Segura y Guadiana de 650 hm³, máximo que hace compatibles ambos trasvases, en circunstancias hidrológicas normales. Pero como ha señalado FANLO LORAS, esta interpretación del art. 23 más parece un arrastre de la previsión originaria del trasvase al Guadiana autorizado por la Ley 13/1987, de 17 de julio, cuyo volumen es «independiente» del cómputo autorizado por la Ley 52/1980. Por otro lado, por aplicación del principio de jerarquía normativa no es posible entender que una norma reglamentaria, el PHT, contravenga lo establecido en una norma con rango de Ley (51).

(50) En concreto, se establece que: «De este modo, con la presente norma se posibilita el trasvase a la La Mancha de hasta 50 hectómetros cúbicos anuales y se crea una reserva de hasta 3 hectómetros cúbicos por año para atender demandas de abastecimiento menores en las inmediaciones del acueducto Tajo-Segura.

Todo ello exige la modificación parcial de la normativa reguladora del acueducto Tajo-Segura sin alterar los 600 hectómetros cúbicos de volumen máximo trasvasable de una cuenca a otra».

(51) En contra, CLAVER VALDERAS, J.M. («Aspectos jurídicos de la gestión y explotación del Trasvase Tajo-Segura», en la obra dirigida por A. Fanlo *La ordenación jurídica del trasvase Tajo-Segura*, Murcia, IEA, 2008, p. 51) para quien las dudas suscitadas por el preámbulo de la norma quedan aclaradas en el art. 23.2 PHT.

En idéntico sentido, señala PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F. («Modificaciones normativas del Trasvase Tajo-Segura», en *Foro del Agua. Debate sobre agua, ahorro y futuro en el sureste español*, CAM, Murcia, 2004 p. 100) que la interpretación sistemática de la norma pondría de manifiesto que en un caso —en el de los 3 hm³ para abastecimiento de poblaciones—, se indica, expresamente, que la reserva establecida no implica la modificación del volumen máximo trasvasable autorizado por la normativa reguladora del acueducto Tajo-Segura. Por el contrario, en el otro supuesto, los 50

Finalmente, en coherencia con todo lo anterior, la disposición adicional primera de la Ley 11/2005 establece que en aplicación de la legislación vigente, que señala la prioridad de la cuenca cedente, se llevarán a cabo con carácter de urgencia y de acuerdo con criterios de viabilidad las obras previstas en el Anexo al Plan Hidrológico Nacional que permitan que Castilla-La Mancha pueda utilizar también el agua y la infraestructura del Acueducto Tajo-Segura. Como se puede comprobar, no sólo se permite la utilización de la infraestructura del Acueducto Tajo-Segura, sino también el agua —los recursos— de la misma.

Por otro lado, dado que recaen dos trasvases sobre las mismas aguas, es preciso determinar si existe alguna regla de prelación entre uno y otro trasvase. Como señalara PÉREZ-CRESPO (52) la concurrencia de derechos sobre un mismo objeto se resuelve en nuestro derecho atendiendo a una regla de preferencia, cualitativa o temporal, o, en defecto de preferencia alguna, acudiendo a la regla de prorrata.

En aplicación del principio *prior in tempore potior in iure*, FANLO LORAS (53) y CLAVER VALDERAS, a la sazón Secretario General y Asesor Jurídico del Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, consideran que existe un derecho preferente a favor del trasvase más antiguo, es decir el trasvase Tajo-Segura.

No obstante, como ya hemos señalado, para CABEZAS CALVO-RUBIO y ESTRADA LORENZO (54), las asignaciones y reservas que se establecen a favor de las cuencas del Guadiana y Júcar se refieren siempre a abastecimientos y medio ambiente, por lo que la preferencia no parece discutible.

En realidad, la aplicación del principio de prioridad temporal a este supuesto encuentra obstáculos en mi opinión insalvables. En primer lugar, el criterio de prioridad temporal viene recogido expresamente en la legislación de aguas para casos de conflictos entre concesiones —cláusula «sin perjuicio de terceros» del art. 61.1 TRLA—, sin que los usuarios del trasvase Tajo-Segura

hm³, se guarda silencio, por lo que sería preciso considerar que los mismos son adicionales a los previstos en la ley 21/71. No obstante, como ya hemos señalado en el texto, no es que el legislador guarde silencio, sino que la circunstancia de que dichos caudales se encuentren incluidos en los 600 hm (3) se desprende del hecho de que en todo caso se derivan «recursos» del trasvase Tajo-Segura.

(52) PÉREZ CRESPO PAYÁ, F., «Modificaciones normativas...», *op. cit.*, pp. 101 y102.

(53) FANLO LORAS, A., *El trasvase...*, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

(54) CABEZAS CALVO-RUBIO, F./ESTRADA LORENZO, F., «Las reglas de explotación del trasvase Tajo-Segura», en la obra dirigida por A. FANLO, *La ordenación jurídica del trasvase Tajo-Segura*, *op. cit.*, p. 252.

ostenten el título concesional del que se derive su derecho al uso privativo de las aguas (55).

Pero más allá de la dificultad aplicar un principio concebido en ámbito de la gestión de una cuenca a un supuesto de trasvases entre cuencas, lo cierto es que es que es discutible que los usuarios del Segura tengan un derecho prioritario en base a que la Ley que supuestamente reconoce el mismo es anterior. Antes al contrario, como han subrayado recientemente CABEZAS CALVO-RUBIO y ESTRADA LORENZO (56), el trasvase Tajo-Segura se concibió con un carácter integrado, de modo que ya en el año 1971 se programaron distintas obras en las cuencas de Tajo, Júcar y Guadiana, formando parte de un aprovechamiento conjunto. La aprobación del trasvase al Guadiana, como ponen de manifiesto dichos autores, es un paso más en esta concepción. Se ha repetido una y otra vez que el trasvase Tajo-Segura es una obra de Estado (57), y desde esta perspectiva es preciso poner de manifiesto que es difícil concebir una obra con tal carácter si sólo beneficia a una Región, sin distribuir a su paso parte de la riqueza que transporta (58). Precisamente por ello, ya el art. 3.2 de la Ley 21/1971, de 19 de junio, se establecía que quedaban incluidas e integradas en el aprovechamiento conjunto de los ríos Tajo y Segura, entre otras, las obras de «los recursos hidráulicos totales de la Mancha» (art. 3) y los de abastecimiento de las poblaciones afectadas por la traza del acueducto Tajo-Segura (art 4). Y la Ley 52/1982 otorgaba precisamente un carácter prioritario a estos aprovechamientos frente a los del Segura, al establecer, en su disposición adicional novena, que el carácter de excedentarias de las aguas del Tajo se determinará en el PHT, a cuyo efecto, se tendrán en cuenta, entre otros, «los aprovechamientos potenciales a que se refieren los artículos tercero, cuarto y quinto de la ley 21/1971». Por tanto, en esta norma se establecía ya la prevalencia entre ambos trasvases.

En congruencia con ello, el art. 23 PHT asigna esta prioridad en dos momentos; en primer lugar, en el art. 23.3, según el cual, la circunstancias hidrológicas excepcionales en virtud de las cuales la decisión de trasvasar

(55) Esta dificultad es puesta de manifiesto, así mismo, por PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F., «Modificaciones normativas...», *op. cit.*, pp. 101 y 102.

(56) CABEZAS CALVO-RUBIO F./ESTRADA LORENZO, F., «La regla de explotación...», *op. cit.*, p. 252.

(57) Vid. por ejemplo la participación de M.A. RÓDENAS CAÑADA en la mesa redonda: «el Trasvase Tajo-segura y su significado. Presente y futuro». Publicado en la obra dirigida por A. Fanlo, *La ordenación jurídica del trasvase Tajo-Segura*, Murcia, 2008.

(58) En esa misma redonda, DELGADO PIQUERAS, F. tuvo ocasión de poner de manifiesto que el sentimiento profundo de desafección que el trasvase Tajo-Segura ocasiona en La Mancha tiene su origen principal en que es una obra insolidaria, desde el punto de vista que no deja nada a su paso, en una tierra además que no es, ni mucho menos, exuberante de recursos hídricos.

corresponde al Consejo de Ministros se producen cuando no se pueda garantizar el volumen mínimo necesario para el abastecimiento y riego de socorro en la cuenca del Segura y la derivación para abastecimiento a la cuenca del Guadiana. Es evidente, por tanto, que no se reconoce ninguna prioridad a los usuarios del Segura; antes al contrario, si es posible satisfacer las demandas de abastecimiento de cuencas externas y riegos de socorro en la cuenca del Segura, la competencia se atribuye a la Comisión Central de Explotación, que tendrá que asignar las dotaciones a estos usos. Se colocan en pie de igualdad los abastecimientos de las cuencas del Segura y Guadiana, y los riegos de socorro.

Además, las cifras contenidas en el art. 23 PHT a efectos de determinar el volumen mínimo de reservas en los embalses de Entrepeñas y Buendía y la verificación de las circunstancias hidrológicas excepcionales a las que hemos hecho referencia, «deberán revisarse inmediatamente cuando la evolución de las demandas del Tajo y Guadiana así lo requieran, prioritariamente en relación a las obras de abastecimiento de la llanura manchega, Ciudad Real y Puertollano». Por tanto, este abastecimiento es prioritario a los demás usos del trasvase Tajo-Segura. Frente a la impugnación del SCRATS, la validez de este precepto fue confirmada por la STS de 16 de mayo de 2003 (rec. núm. 396/1996). Según dicha sentencia,

«Tampoco cabe objetar a este precepto el que autorice una revisión de los criterios que, en definitiva, conducen a que pueda calificarse como excedentaria parte del agua embalsada, en función de la evolución de las demandas no sólo del Tajo sino también del Guadiana, porque las transferencias a esta Cuenca tienen cobertura en el Real Decreto Ley 6/1994, de 27 May., que declara de interés general las obras necesarias para la aportación de recursos hidráulicos a la zona central de la provincia de Ciudad Real, y en el Real Decreto Ley 8/1995, de 4 Ago., que autoriza la derivación de recursos hídricos del Acueducto Tajo-Segura, para el abastecimiento de la Cuenca del Alto Guadiana».

Bien es verdad la disposición adicional tercera PHN no establece ninguna servidumbre de las aguas del Tajo a favor de los usuarios del Guadiana. Pero en mi opinión, ello no implica que se releguen dichos usos. Antes al contrario, técnicamente se mejora la definición de aguas excedentarias del PHT, pues ese carácter lo tiene frente a las distintas «transferencias» (el término se usa en plural) que tienen su origen en el Tajo.

Pero además de estas razones, la aplicación del principio de preferencia de los abastecimientos y el propio tenor de las normas reguladoras del trasvase, habría otro argumento que permite negar que los usuarios del Segura tengan un derecho preferente a los del Guadiana, y es el relativo a la reduc-

ción al absurdo. Si partimos de la base de que el legislador no ha ampliado el máximo trasvasable, 600 hm³, no tendría ningún sentido el reconocimiento de una transferencia que no habría de tener dotación alguna. E incluso aunque se admitiese que el máximo trasvasable a ambas cuencas es de 650 hm³, tampoco tendría mucho sentido que el legislador partiera de un derecho prioritario de los usuarios del Segura, pues como es de sobra conocido, lamentablemente, las aportaciones que reciben los embalses de Entrepeñas y Buendía sólo han permitido en un año hidrológico (en concreto, en el año hidrológico 2000-2001) que se trasvase el máximo permitido, 600 hm³ (59). Por tanto, igualmente, en esta interpretación se habría aprobado un trasvase que no contaría con dotación alguna.

V. RECAPITULACIÓN

La presente Comunicación no ha pretendido, en modo alguno, examinar los problemas jurídicos que rodean la aprobación de trasvases. Se han dejado en el tintero aspectos tan relevantes como el título jurídico de aprovechamiento de las aguas trasvasadas (o lo que es lo mismo, si este lo constituye ya la propia regulación autorizatoria de la transferencia), la caracterización de la potestad de aprobar trasvases, las implicaciones organizativas y económicas de las transferencias, etc. No obstante, se ha intentado que, a través de la observación atenta de algunos de los puntos de fricción que plantea la regulación de las transferencias en Derecho positivo español se compruebe que esta normativa presenta no sólo un elevado grado de dispersión, sino importantes deficiencias. Deficiencias que deben ser superadas, si se pretende que los trasvases puedan cumplir una auténtica función de vertebración territorial.

(59) En el Anteproyecto General de Aprovechamiento Conjunto de los recursos hidráulicos del Centro y Sudeste de España, del año 1967 se consideraba la existencia de una aportación media regulada en los embalses de cabecera del Tajo de 1200 hm³ anuales, y se estimaba que podían ser derivados sin problema alguno hasta 650 hm³. Como ha señalado CLAVER VALDERAS, («Aspectos jurídicos...», p. 194), si se comprueban las aportaciones habidas a dichos embalses entre los años hidrológicos 79/80 al 06/07, se puede comprobar no solo que dichas aportaciones presentan una notable irregularidad, sino que además que la media anual de las mismas ha sido sólo de 773 hm³, cuyo volumen, habida cuenta de las demandas prioritarias existentes en el Tajo —alrededor de 350 hm³— más las pérdidas, no permite en la actualidad disponer de 600 hm³ anuales excedentarios, sino que la existencia o no de excedentes, y el volumen de los mismos, debe ser valorado en cada año hidrológico, en el momento de plantearse o no la aprobación o no de un trasvase, conforme a las reservas de aguas existentes en cada momento. Este sería el primer problema de los existentes en la gestión y explotación del trasvase: las aportaciones a los embalses de Entrepeñas y Buendía no responden en la actualidad a las previsiones estudiadas en el Anteproyecto General, sino que son inferiores aproximadamente en un 35,5%.

En mi opinión, se puede llegar a afirmar que la Ley no ha estado a la altura de su papel de canalizador de los complejos conflictos políticos, económicos y sociales que plantean los trasvases. Probablemente, la elaboración de estas normas en un clima de clara confrontación no facilita su perfección técnica. Guardando las distancias necesarias, probablemente se pueda aplicar a las distintas Leyes *ad hoc* sobre transferencias de recursos hídricos que han sido aprobadas, la célebre frase del juez Holmes «[g]reat cases like hard cases make bad law.»

L'ACQUA COME RISORSA PAESAGGISTICO-AMBIENTALE

ALBERTO AZZENA Y PAOLA PIRAS

SUMARIO: I. I DIVERSI PROFILI GIURIDICAMENTE RILEVANTI DEL BENE ACQUA. LA SUA PROGRESSIVA RAREFAZIONE ALLA BASE DELLA PRESA DI COSCIENZA DEL SUO VALORE.— II. L'ULTERIORE PROFILO DATO DALLA RILEVANZA PAESAGGISTICA.— III. IL RAPPORTO AMBIENTE, PAESAGGIO, PIANIFICAZIONI.— IV. LA NON INCONCILIABILITÀ DELLA CONFIGURAZIONE DEL BENE CULTURALE COME BENE AMBIENTALE.— V. IL GOVERNO DEL TERRITORIO COME PRINCIPALE STRUMENTO DI TUTELA PAESAGGISTICA. L'INTRECCIO CON GLI ALTRI ASPETTI DI TUTELA DELL'ACQUA.— VI. LA TUTELA IN VIA PREVENTIVA ATTRAVERSO L'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA E I RAPPORTI TRA QUESTA E IL PERMESSO DI COSTRUIRE.— VII. LE INCONGRUENZE NELLA DISCIPLINA ATTUALE DELL'AUTORIZZAZIONE PAESISTICA IN SANATORIA.— VIII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. I DIVERSI PROFILI GIURIDICAMENTE RILEVANTI DEL BENE ACQUA. LA SUA PROGRESSIVA RAREFAZIONE ALLA BASE DELLA PRESA DI COSCIENZA DEL SUO VALORE

Il tema dell'acqua, prescelto non casualmente come argomento per questo rinnovato incontro di studio e di confronto con i colleghi amici spagnoli, è sempre più dibattuto sotto molteplici profili e a vari livelli, anche a causa delle problematiche in essere sui profili connessi alla gestione di questa risorsa e alla sostenibilità del suo utilizzo.

Le risorse naturali e i fenomeni ambientali, infatti, anche in virtù dello stretto rapporto tra economia e ambiente, sono al centro del dibattito da lungo tempo per l'incertezza che li contraddistingue sia in merito alle caratteristiche fisiche e biologiche dei fenomeni ambientali, sia alle ripercussioni che il degrado dell'ambiente può avere sull'attività economica e, infine, per le incer-

(*) Pur nell'ideazione comune imposta dalla coerenza, che si palesa nel primo paragrafo, si deve ad Alberto Azzena la stesura dei paragrafi da 4 a 7 e a Paola Piras quella dei restanti.

tezze in merito ai costi che potranno derivare dalle politiche ambientali necessarie per contenere questi effetti (1).

Nonostante ciò, è quantomeno anomalo rilevare che, benché la risorsa acqua costituisca sempre e in ogni modo un'importanza fondamentale, l'interesse nei suoi confronti sembra essere avvertito in misura inversamente proporzionale alla sua reale disponibilità.

Spesso nelle aree in cui è disponibile in abbondante quantità non ci si cura di gestirla secondo logiche di sostenibilità per tutelare le generazioni future mentre, al contrario, dove è risorsa critica ci si adopera per proteggerla o, addirittura, la si connota come fine.

La contraddizione è solo apparente. Rispecchia, infatti, la diversa percezione di «bisogno» legata all'imparsi distribuzione della risorsa ed offre lo spunto per ricordare che riflettere sull'acqua comporta una sua valutazione come bene dell'umanità (2), *res communes omnium*; come risorsa economica; come vero e proprio diritto (3); come cultura finalizzata ad un suo uso consapevole (4).

Alessandra Pioggia, in un recente lavoro (5), riferisce le percentuali in cui si distribuiscono le diverse specie d'acque presenti sulla crosta terrestre. Scrive che «il 71% della superficie terrestre è coperta d'acqua, ma il 97% è salata. Oltre i 2/3 dell'acqua dolce si trovano in ghiacciai, particolarmente dell'Artide. Un Ulteriore 30% si trova in bacini sotterranei. Il dato più rilevante è forse che solo l'1% dell'acqua dolce è facilmente accessibile.» E dopo aver rilevato i pericoli che la minacciano, a partire dall'inquinamento e le drammatiche

(1) Sul punto, diffusamente, A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Mulino, 2002, 18 ss.

(2) Così anche COM (2003) 238-C5-0379/2003-2003/2149 (INI) «...essendo l'acqua un bene comune dell'umanità...».

(3) In questo senso si rinvia alla Dichiarazione Universale sui Diritti dell'Uomo del 1948 che, all'art. 25, individuava l'alimentazione, dunque anche l'acqua, come uno degli elementi necessari ad assicurare agli esseri umani «il diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della famiglia».

Tale principio è stato, poi, ripreso dalla Comunicazione n.15 del Comitato dell'ONU competente sui diritti economici, sociali e culturali che qualificava il diritto all'acqua indispensabile per condurre una vita dignitosa; prerequisito per la realizzazione degli altri diritti umani proponendo il suo inserimento a pieno titolo tra i diritti di terza generazione.

Nello stesso senso si è espresso anche l'art. 14, par. 2, della Convenzione sull'eliminazione di ogni discriminazione contro la donna e l'art. 24 sui diritti dei fanciulli che hanno legittimato la qualificazione del «diritto all'acqua come diritto umano fondamentale» che si esplicita attraverso l'accesso alla risorsa sufficientemente pulita e in quantità sufficiente per soddisfare, quantomeno, i bisogni essenziali.

(4) Mi si consenta il rinvio a P. PIRAS, *Diritto e cultura dell'acqua*, in Riv. Giur. Sarda, 2007.

(5) A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, in G. ROSSI, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 231 ss, *specie* pag. 232.

diversità nelle possibilità d'utilizzo, conclude che «circa la metà dell'acqua convogliata nei sistemi d'approvvigionamento idrico va perduta».

Aggiunge che il «*World water development report 2003* dell'Unesco indica che nei prossimi venti anni la quantità d'acqua disponibile per ogni persona diminuirà del 30%».

Un aspetto particolarmente evidente della crisi idrica, oltre alle alterazioni climatiche sulla cui origine e, quindi, sulla conseguente possibilità umana di ovviarvi si controverte senza trovare per il momento un'intesa, è dato, come si sa, dagli emungimenti e prelievi dai più importanti corsi d'acqua, quali in Europa il Danubio, effettuati dai Paesi a monte a detrimento di quelli a valle di tali corsi d'acqua, che vedono diminuire le loro possibilità di fruire dell'acqua fluviale a causa del decremento della portata dei fiumi che li attraversano (6).

Non possiamo che condividere anche le considerazioni sullo stretto ed evidente legame dell'acqua col territorio agli effetti della tutela (7). L'esigenza di una riflessione su tutte le attività connesse all'uso dell'acqua e sulla difficoltà di conciliare le sue diverse, possibili utilizzazioni, come, oltre alla navigazione, la pesca, l'agricoltura, la piscicoltura, la tutela della fauna e della flora acquatiche, la conservazione degli equilibri idrologici e idrogeologici (altro punto di contatto col territorio) puntualmente indicate nelle norme di tutela, ad iniziare, in Italia dalla legge Galli, la n.36 del 1994, fino all'attuale codice dell'ambiente (d.l.vo 152 del 2006).

Altrettanto è a dirsi delle considerazioni sugli aspetti relativi alla dimensione sovranazionale del problema, che ha il suo aspetto più evidente, ma non unico (data la dimensione globale dell'ambiente in cui viviamo e, quindi, delle interdipendenze anche a larghissimo raggio) nella regimazione delle acque fluviali nel caso di fiumi che attraversano più Stati.

Il collegamento più evidente resta, tuttavia, quello con il suolo che stimola un'analisi del legame delle problematiche relative all'acqua con quelle della tutela del territorio (facendo emergere un ulteriore intreccio di materie, prima di tutto a livello costituzionale) (8).

(6) Esemplicativo sembra il caso del sistema dei laghi del Bellunese a cavallo tra più comuni per i quali la Provincia ha rivendicato la demanialità provinciale al fine di contingentare il prelievo d'acqua, finora indiscriminato, che ha portato al quasi totale prosciugamento di alcuni di essi nonostante l'intervento legislativo regionale regolatore del 2007.

(7) Sul punto, per ciò che attiene l'ordinamento spagnolo, diffusamente, F. LOPEZ MENUJO, *Agua y territorio*, pp.46-83 de *Informe Comunidades Autonomas 2007*, Instituto de derecho Publico, Barcelona, 2008.

(8) Per un approfondimento sul la disciplina giuridica dell'acqua in Spagna si rinvia a FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, *La proteccion ambiental de las aguas continentales*, p. 167 ss e LUIS ORTEGA ALVAREZ, *Proteccion del medio marino*, 207 ss, entrambi in L.ORTEGA ALVAREZ, *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Valladolid, 2005.

Un aspetto sembra non aver, tuttavia, destato adeguato interesse della dottrina in materia: quello della specifica incidenza sul regime giuridico delle acque (che si manifesta anche nella dimensione procedimentale) degli interventi posti in essere in Italia a tutela del paesaggio.

II. L'ULTERIORE PROFILO DATO DALLA RILEVANZA PAESAGGISTICA

Non è possibile, infatti, trascurare il fatto che, nel corso di miliardi di anni, la superficie terrestre è stata profondamente modellata sia dalle forze naturali che insistono in superficie e sul sottosuolo che dall'intervento dell'uomo quale agente morfologico capace di incidere con maggiore forza sulle modificazioni del territorio (9).

Quale, però, la specifica incidenza degli interventi realizzati in Italia a tutela del paesaggio sul regime giuridico delle acque e viceversa? Quali disequilibri sono stati indotti dal prelievo di acque dal sottosuolo, dall'inquinamento delle falde, dalla creazione di laghi artificiali in siti non idonei?

Quale è il rapporto tra l'acqua e la tutela del paesaggio?

Come è noto l'acqua è un elemento dinamico (10), in continuo movimento sia a causa del calore prodotto dall'energia solare che per effetto della gravità (11). In quanto tale è capace di influire sul processo di modellamento del paesaggio.

In questa sede ci si prefigge, appunto, di esaminare tale aspetto per appurare quantomeno se il rapporto fra gli strumenti giuridici adottati per la tutela dell'acqua e quelli per la tutela del paesaggio presentino peculiarità tali da meritare di essere poste in evidenza.

(9) Pensiamo, ad esempio, ai conflitti tra le attività minerarie in Sardegna e la qualità delle acque, al mistero di Venezia. Potremmo procedere all'infinito. Per un approfondimento si rinvia a M. BERTONCINI-G. SISTU (a cura di) *Acqua, attori, territorio*, Cagliari, 1999.

(10) Dinamicità efficacemente rappresentata dalla strofa di J. MANRIQUE, *Coplas de Don Jorge Manrique por la muerte de su padre*, stanza 3, lines 25-30, dove rappresenta il percorso dei fiumi verso il mare «...los rios que van a dar en la mar qu'es el morir...».

(11) Ogni anno dagli oceani evaporano circa 33.600 miliardi di metri cubi di acqua, 28.800 dei quali ricadono, per effetto delle precipitazioni, negli stessi oceani e 3.800 sulle terre emerse. A questo dato devono aggiungersi ulteriori 6.300 miliardi di metri cubi d'acqua che ricadono sulla terra dopo essere evaporati dai fiumi, dai laghi e dal terreno. Pertanto, ogni anno, cadono sulla terra 10.100 miliardi di metri cubi d'acqua di cui 6.300 vengono assorbiti e 3800 tornano agli oceani e ai fiumi. Naturalmente non senza conseguenze ai fini della trasformazione del paesaggio. Sull'evoluzione del paesaggio interessante la lettura di J. BRIAN, *L'evoluzione del paesaggio*, Novara, 1981.

Ciò nell'ottica della prospettiva, proposta dal tema dell'incontro, dei temi ambientali come fattore di sviluppo, non soltanto economico.

Naturalmente intendendo il riferimento all'ambiente non solo in senso fisico (ambiente-inquinamento), ma anche in senso culturale (12) (ambiente-paesaggio).

Nonostante le difficoltà incontrate dalla dottrina, principalmente per ragioni storiche (13), nel delimitare la nozione di paesaggio, mi riferisco, ad esempio, al dibattito in essere negli anni sessanta e alla posizione di Predieri in merito (14), che l'acqua costituisca elemento rilevante rispetto ad esso è di immediata percezione sia sotto il profilo della realtà naturale, *naturalandschaft* (15). Basti pensare, esemplificativamente, alle conseguenze indotte da interventi scorretti sui bacini imbriferi capaci di variare i deflussi delle acque e indurre, così, un aumento delle quantità di detriti trasportati dai corsi d'acqua, o, ancora, alle conseguenze di un massiccio prelievo di acque dal sottosuolo. O, ancor più, al ruolo che l'acqua svolge nell'ambito di quello che è comunemente definito «paesaggio geografico» (16). Gli esempi sono innumerevoli e potremmo andare all'infinito.

Ma è anche di immediata percezione, e non in inferiore misura, sotto il profilo giuridico.

(12) Sul punto, per ciò che attiene, in particolare, la dottrina spagnola, e la connotazione dell'acqua in quanto patrimonio culturale, si rinvia a J.L. BERMEJO LATRE, *La proteccion juridica del agua como patrimonio cultural*, Civitas; Estudios de derecho publico economico, Madrid, 2003 dove afferma (pag. 1269, par. 3) la compatibilità tra la normativa applicabile all'acqua e quelle al patrimonio culturale. L'Autore, in particolare, richiama l'art. 40.1 della Ley sul Patrimonio Historico Espanol che configura gli elementi geologici, e tra questi, l'acqua, parte del patrimonio archeologico «*siempre y cuando estos esten relacionados con la historia del hombre y sus origines y antecedentes*» (pag. 1265).

(13) A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in Enc. dir. Roma; IDEM, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano 1969, specie pag. 9 dove definisce il paesaggio <una dinamica di forze naturali, ma anche, e soprattutto, di forze umane>.

(14) Diffusamente, sempre A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano 1969, cap. I, , *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio, specie pag. 9 ss*, dove definisce il paesaggio <una dinamica di forze naturali, ma anche, e soprattutto, di forze umane>.

(15) Negli anni 50 H.LEHMANN, *Die Physonomie der Landshaft*, Berlin, Heidelberg, 1950 scriveva, diffusamente, della distinzione tra paesaggio naturale (*naturalandschaft*) e paesaggio culturale (*kulturalandschaft*).

(16) R.BIASUTTI, *Paesaggio terrestre*, Torino, 1962, I, che, parla di paesaggio geografico e, utilizzando la medesima definizione poi proposta dal DEVOTO-OLI, *Vocabolario illustrato della lingua italiana*, 1967, lo definisce sintesi dei paesaggi visibili ed evidenzia il ruolo in esso svolto dai vari elementi o caratteri e dalla loro ripetizione nello spazio.

Si pensi, ad esempio, al dibattito su paesaggio e cultura e sulla corretta definizione del primo dal punto di vista della sua valenza culturale; alla diversità di posizioni espresse a suo tempo da Predieri e Sandulli dove il primo affermava che la tutela del paesaggio non può essere limitata alla protezione delle bellezze naturali, ma al paese nella sua interezza (17) e il secondo, invece, che la tutela è limitata alla conservazione e, dunque, riferita alle sole bellezze naturali (18).

Dibattito ancora persistente nonostante la materia sia stata normativamente definita da ultimo in Italia dal nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lvo 22 gennaio 2004 n. 42) nonché dei rapporti fra questa nozione ed altre, a iniziare da quella dei beni culturali, che per l'appunto il codice ha voluto sottolineare, senza che dalla menzione di entrambe nel titolo stesso del Codice si possa trarre alcuna indicazione che consenta di escludere, ad esempio, che il paesaggio sia una specie particolare di bene culturale.

La lettura del Codice appena richiamato che riprende la legge Galasso, la n.4 31 dell'8 agosto 1985 (di conversione del D.L. 27 giugno 1985 n.312) ed elenca come beni comunque di interesse paesaggistico, nell'art. 142, la «linea di battigia», «i terreni elevati sul mare», i terreni contermini e i territori elevati sui laghi, dove evidentemente l'oggetto della tutela paesaggistica non sono solo i terreni, ma anche il mare circostante, essendo questo l'elemento che li valorizza paesaggisticamente, ed infine «i fiumi, i torrenti, i corsi d'acqua ... e le relative sponde» mostra all'evidenza che il diritto recepisce ciò che è di immediata percezione, vale a dire che l'acqua costituisce elemento non marginale del paesaggio, ma anzi (19).

Ciò nell'ottica di una tutela consapevole del fatto che obiettivo dell'intervento giuridico non deve, e non vuole essere, teso ad una mummificazione del paesaggio che si porrebbe in contrasto con la dinamicità delle attività umane, ma, al contrario, finalizzato a garantire interventi corretti, equilibrati e compatibili con i principi della prevenzione, della precauzione e dello sviluppo sostenibile.

(17) A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano 1969, cap. I, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, specie pag.16

(18) A.M. SANDULLI, *La tutela nel paesaggio nella Costituzione*, Riv. giur. ed. 1967, 19 ss, 73

(19) Per ciò che attiene l'ordinamento spagnolo si rinvia a M.R. ALONSO IBANEZ, *La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial, Patrimonio Cultural y derecho*, num.1, 1997, pp 116-118; nonché a J.L. BERMEJO LATRE, cit., pag. 1279, par. V, dove conclude con l'affermare che l'acqua è un bene suscettibile di essere considerato con un'ottica culturale, «susceptible tambien de desempeñar funciones culturales. Los objetivos de las normativas cultural e hidraulica son diversos pero complementarios...».

Principi ribaditi nel 2003 (20) (anno Internazionale dell'acqua) a Kyoto in occasione del terzo Forum mondiale sull'acqua e sulla crisi dell'acqua potabile e irrigua, e ripresi nel quarto, in Messico, svoltosi nel marzo del 2006, con l'adozione di un documento nel quale l'acqua era definita «bene fondamentale» di cui tutti gli uomini «devono poter usufruire con garanzia di libero accesso; gli Stati si impegnano ad una distribuzione pacifica delle risorse comuni d'acqua, alla lotta contro gli sprechi, al risarcimento da parte degli inquinatori, alla divulgazione del rispetto della cultura dell'acqua».

Nulla di nuovo se si pensa che già Aristotele, in tempi lontani, esprimeva preoccupazioni rispetto all'atteggiamento distratto e all'incuria dell'uomo rispetto ai beni di tutti considerati, spesso, in quanto tali, «di nessuno» e pertanto «sottoposti ad un saccheggio irresponsabile o all'incuria» (21).

Nel documento di Kyoto, appena richiamato, dunque, gli Stati riconoscevano all'acqua la portata di bene universale (22), comune a tutto il globo e, pertanto, da gestirsi secondo logiche di sostenibilità (23) che, contempe-rassero le ragioni dell'economia (24), da un lato, e dell'ecologia, dall'altro, per garantire i bisogni del presente senza compromettere la disponibilità delle generazioni future (25).

(20) Proclamato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite «Anno Internazionale dell'Acqua». Sul Forum si legga M. MIGIARRA, *Note a margine del terzo Forum mondiale per l'acqua*, in *Riv. Giur. dell'ambiente* 2003, pag. 645 ss; nonché, per un approfondimento sulle problematiche internazionali si veda A. DI LIETO, *Il diritto all'acqua nel diritto internazionale*, in *Riv. Giur. dell'ambiente*, 2004, pag. 749 ss.

(21) ARISTOTELE, *Politica*, II, 3. Il filosofo, in realtà aveva anticipato quello che dagli economisti è definito il problema delle risorse collettive affiancato da problema del ruolo che l'amministrazione deve svolgere per regolarne l'uso. Il tema delle risorse collettive è, ancor oggi, di difficile disciplina. Alla base del tentativo di un riordino si colloca la costituzione della Commissione Rodotà sui beni pubblici finalizzata ad una revisione interdisciplinare del tema. In merito al tema dei beni pubblici e del differente approccio nei loro confronti rispetto ai beni privati, si rinvia a R. GEUSS, *Beni pubblici e beni privati*, Roma, 2005.

(22) Si legga PIGRETTI, *Permanenza dei concetti che danno nascita alla nozione di patrimonio comune dell'umanità*, <http://www.xcom.it/icef/abstract/pigretti.html>; per una piena comprensione del rapporto tra singolo e collettività, e dei rispettivi valori, si legga, inoltre, R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, Giappichelli, 1968, in part. pag. 82-83

(23) Sullo *Sviluppo sostenibile*, A. LANZA, Il Mulino, Bologna, 2002

(24) F. SPANTIGATI, *Analisi del diritto dell'economia*, in *Per un riconoscimento dello studio giuridico, Ritorno al diritto, I valori della convivenza*, N.1, 2005, pag. 44 ss, in part.49, afferma che <L'uomo economico è essere umano che sceglie i propri comportamenti secondo l'uso razionale delle risorse>.

(25) Profilo analizzato in dettaglio da A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna 2002, in part. pag. 16 e 24, dove sottolinea l'importanza della relazione degli aspetti economici, ambientali e sociali quale essenza stessa dello sviluppo sostenibile; nonché pag. 25 dove afferma che da qualche tempo <la visione limitata agli aspetti economici viene criticata perché esprime una visione par-

E' vero, infatti, che essendo l'acqua una risorsa limitata deve essere usata e gestita in modo razionale. Ecco allora emergere, ancora una volta il rapporto tra territorio e paesaggio e, perché no, tra acqua e paesaggio date le inevitabili interazioni tra i due (26) indissolubilmente legati dalle pianificazioni quali strumenti finalizzati a garantire da un lato la valorizzazione dell'ambiente, dall'altro l'esigenza di conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, informandosi al principio di prevenzione (27). Mezzo, come dice Pollok, per «tentare una *prognosi del futuro*» (28). Acqua, dunque, nel suo essere risorsa; ma anche acqua nel suo essere, ancora una volta, fine da perseguire.

III. IL RAPPORTO AMBIENTE, PAESAGGIO, PIANIFICAZIONI

Per una corretta lettura di queste tematiche si ritiene, però, più che opportuna, necessaria una breve riflessione sui rapporti esistenti tra ambiente, paesaggio e pianificazioni.

La poliedricità del termine ambiente rende, infatti, difficile una sua connotazione precisa, una sua definizione che prescindendo dal paesaggio e dal territorio. Ciò é, in parte, sicuramente dovuto anche al quadro normativo non sempre chiaro in materia. Ma sarebbe certamente riduttivo credere di poter addebitare la complessità della problematica al mero quadro normativo. In realtà anch'esso risente dell'inesistenza di una nozione, in qualche modo, «asettica» di ambiente (29): ci troviamo, per così dire, di fronte a due aspetti di uno stesso problema.

ziale della realtà e non permette di tenere in debito conto le interrelazioni». Per analogia si pensi alle considerazioni a suo tempo espresse da T.R. MALTHUS, *Saggio sul principio di popolazione nei suoi effetti sul futuro miglioramento della società*, 1798, trad. it. Einaudi, Torino, 1977, p.80 dove l'Autore evidenzia come dallo squilibrio nel rapporto tra l' incremento naturale della popolazione e il cibo disponibile sarebbero derivati terribili disastri.

(26) Sul punto G. GARZIA, *La pianificazione delle acque nel sistema dei piani regionali e locali*, Relazione tenuta al convegno nazionale Acqua e suolo: dalla legge 183/89 alla direttiva europea 2000/60, Taormina, 1-2 dicembre 2005.

(27) Sul principio di prevenzione si rinvia a G. ACQUARONE, *I principi delle politiche per la tutela dell'ambiente. Pianificazione amministrativa, assenso preventivo e responsabilità civile*, Torino, 2003

(28) F. POLLOCK, *Teoria e prassi dell'economia di piano. Antologia degli scritti 1928-1941*, a cura di G. MARRAMAO, Bari, 1973, p. 136

(29) Si pensi in dottrina alla diversità di posizioni assunte in proposito da M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, I, pag. 23 ss., dove attribuisce alla nozione giuridica di ambiente una polivalenza di significati riconducibili alle materie disciplinate dalla tutela del paesaggio; dalla difesa del suolo, dell'aria, dell'acqua; dal governo del territorio. Infatti, secondo l'Autore la materia ambiente non può che essere vista come <<una nozione atomistica, composta da più tasselli>> e non, invece, come una materia autonoma, dal momento che

Dunque é difficile circoscrivere la nozione di ambiente a causa della sua irriducibilità ad un'identità di concetti; nello stesso tempo é difficile avvalersi, a tal fine, della normativa che, inevitabilmente, é orientata a disciplinare tutti i profili in esso considerati.

Del resto, le difficoltà incontrate dalla dottrina nell'individuare una nozione unitaria é sintomatica delle problematiche concettuali e anche pratiche incontrate in punto di gestione dell'ambiente (30).

Si ricordi che non minori difficoltà sono state incontrate anche a livello giurisprudenziale: é vero, infatti, che la stessa Corte Costituzionale fino agli anni 80 sembrava orientata a tutelare l'ambiente di riflesso, quale spazio- territorio nel quale l'uomo svolge la sua vita associata, nel continuo tentativo di riconoscere per poi, invece, individuare una definizione unitaria di ambiente (31).

Solo negli anni successivi la Corte ha, dunque, mutato orientamento per esprimersi a favore di una concezione di ambiente unitaria, seppure derivante dalla somma di diverse componenti, tutte meritevoli di tutela.

Si pensi, in particolare, alle sentenze n.210/87, n.641/8, n.617/87 (32) tutte tese a delineare un concetto unitario di ambiente attraverso la sua connotazione nella «conservazione, nella razionale gestione e nel miglioramento della gestione delle condizioni naturali (acqua, aria, suolo e territorio in tutte le sue componenti), nell'esistenza e preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali o vegetali che in esso vivono allo stato naturale».

Quindi ambiente nel significato, suggerito a suo tempo da Predieri (33), di paesaggio in senso lato, non mero riferimento ad «ogni preesistenza natu-

può essere intesa in senso naturalistico, come l'insieme di beni disciplinati dalle norme affinché perseguano finalità di protezione e di conservazione (paesaggi, bellezze naturali, foreste e parchi, ville e giardini); oppure nel senso di azione a difesa dall'inquinamento (quindi normativa funzionale alla difesa del territorio dall'azione aggressiva dell'uomo); infine, in senso urbanistico, quale normativa sul governo del territorio: ossia pianificazione degli interventi e localizzazione degli insediamenti.

(30) La dottrina ha individuato due concezioni di ambiente: una, pluralista, secondo cui l'ambiente non costituisce una materia a sé stante, ma deve necessariamente essere ricollegata ad altre (si pensi a M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*); l'altra, unitaria, che attribuisce all'ambiente un significato onnicomprensivo, riconducibile ad una materia unitaria, globale e autonoma e non invece ad una sintesi di concetti (si pensi a POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1985, pag.32 ss)

(31) Tentativo, peraltro, definito da B.CARAVITA, *Dir. Pubbl. dell'amb.*, 1990, pag. 25, <apprezzabile, ma non soddisfacente>.

(32) Cfr. *Foro It.* 1988, I, pag. 330 ss; *IDEM*, pag. 693 ss.

(33) A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969 pag. 11 ss; *Idem*, *La regolazione giuridica degli insediamenti turistici e residenziali nelle zone alpine*, in *Foro Amm.* 1970, pag.111, 360.

rare, all'intero territorio, alla flora e alla fauna, in quanto ambiente in cui vive e agisce l'uomo», ma ancora di più, «forma del paese, plasmata dall'azione della comunità (che) investe ogni intervento umano che operi nel divenire del paesaggio, qualunque possa essere l'area in cui viene svolto». Addirittura «comunicazione», immagine dell'ambiente che l'uomo vede e in cui vive.

Paesaggio naturale quale «anima» o «ritratto» del paese (34).

Ciò equivale a sostenere che l'ambiente nel nostro ordinamento giuridico a partire da un determinato momento assume la valenza di un bene unitario, fruibile secondo diverse modalità e forme e, conseguentemente, tutelato da norme differenti secondo i diversi profili cui attiene.

Queste brevi considerazioni sono perciò occasione per cogliere il rapporto tra ambiente e paesaggio, nonché per leggere il ruolo delle pianificazioni per, poi, tentare di prospettare i termini di lettura del rapporto esistente tra ambiente, paesaggio e pianificazioni (35) in funzione del mantenimento degli equilibri necessari «in favore di interessi particolari o collettivi, e preordinati ad assicurare, in relazione ai beni, o alle risorse, cui si riferiscono, di volta in volta, la conservazione dello stato di appartenenza del bene ovvero il mantenimento dell'attuale stato materiale o dell'attuale destinazione» (36).

Equilibri da intendersi come frutto dell'impegno già assunto, a suo tempo, a Parigi nel Novembre 1972 nella Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale, resa esecutiva con la legge n. 184/1977, in forza della quale gli Stati si sarebbero dovuti adoperare, nella misura del possibile, per adottare una politica generale mirante ad assegnare al patrimonio culturale e naturale determinate funzioni nella vita sociale e ad inserire la tutela di tale patrimonio nei programmi di pianificazione generale».

Impegno che ritroviamo nella politica di azione preventiva e precauzionale intrapresa dalla Comunità Europea con il quinto Programma di azione per l'ambiente negli anni 1993-1999 e che ravvisa nel principio dello sviluppo sostenibile una mediazione con le esigenze socio-economiche. Infine, in anni più recenti, nella redazione della Carta per la Convenzione Europea del paesaggio, redatta a Firenze nell'ottobre 2000 allo scopo di «promuovere la salvaguardia, la gestione e la pianificazione dei paesaggi e di organizzare la cooperazione europea in questo campo».

(34) R. BIASUTTI, *Il paesaggio terrestre*, Torino, 1962, pag. 8 e nota 8 pag. 12.

(35) E' interessante in proposito la sentenza della Corte Costituzionale n.225 dell'11 giugno 1999, in *Consiglio di Stato* 1999, II, pag. 808 nonché in *Urbanistica e appalti* 1999, pag.1184 con nota di MANFREDI.

(36) A.M. SANDULLI, *Natura e imposizione dei vincoli paesistici*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.* 1961, pag. 817, poi ripresa in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 99.

In questo contesto si ritiene debba essere valutato il ruolo svolto dagli strumenti pianificatori, sia territoriali sia ambientali in senso stretto (37).

Intendendo i primi come piani necessari per definire gli usi e le trasformazioni del suolo in relazione agli insediamenti umani e alle rispettive infrastrutture funzionali ad un loro ordine specifico o a specifici obiettivi; i secondi come i piani relativi all'ambiente sia per ciò che attiene i valori naturali e culturali, che la difesa del suolo, dell'aria, dell'acqua e della razionale gestione delle risorse naturali nello spirito con il quale ci vengono oggi proposte nel Codice dell'Ambiente (d.lgs. n.152/2006)

Entrambe rappresentano strumenti di regolazione del territorio e dell'ambiente attraverso i quali realizzare un assetto funzionale e ordinato del territorio. Infatti, la pianificazione quale espressione della cosiddetta amministrazione per programmi rappresenta un mezzo per far fronte ad un'attività di governo sostanziale del territorio al di là di quello che può essere il significato meramente amministrativo dell'atto di pianificazione in sé considerato (38).

Dunque, pianificazioni intese non tanto come semplice individuazione di beni da preservare; ma quanto valutazione del paesaggio ambiente come risorsa strategica, sia sotto il profilo ambientale (39), che sotto quello economico locale (40).

Individuata attraverso forme di pianificazione condivise e non più forme di pianificazione a cascata, per piani gerarchicamente determinati, in aperto

(37) Sul punto, F. BENVENUTI, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in Jus, XXXIV, 1987, II, 135 ss; S. CIVITARESE, E.FERRARI, P.URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Milano, 2003. Il tema è stato approfondito fin dagli anni novanta anche in Spagna per ciò che attiene le acque, si rinvia a A. EMBID IRUJO, *Planificacion hidrológica y política hidráulica*, Civitas 1999 e M. SANCHEZ MORON, *Planificacion hidrológica y ordination del territorio*, RAP, num. 123, 1990.

(38) Mi riferisco all'insieme di atti mediante i quali l'amministrazione, dopo aver valutato lo stato *de quo* nella sua globalità, individua le misure per intervenire in un dato settore; ossia tutti gli atti nei quali si concreta la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa quale prefigurazione dell'azione, degli obiettivi e del percorso attuativo ad esso funzionale.

(39) A conferma della complessità delle pianificazioni si rinvia a F. LOPEZ MENUDO, *Agua y territorio*, cit., che ascrive i temi della pianificazione idrogeologica ai grandi temi, «*les grandes decisiones*».

(40) Già P. FERRI, *Parchi*, in *Enc. del diritto*, XXXI, Milano, nel 1981, definiva il parco naturale come un'entità complessa di parti eterogenee (una sorta di mosaico), strutturata da un ambito territoriale qualificato da particolari valori naturali e ambientali (aspetto oggettivo); come un'autorità fornita di organizzazione e competenza prevalentemente gestorie (aspetto soggettivo-istituzionale); come un sistema di raccordi con il tessuto socio-economico ed urbano, derivante da un complesso di fonti normative tese a disciplinare organizzazione e funzionamento (aspetto strutturale- funzionale), come una trama di prescrizioni relative alle attività consentite nel suo interno e di vincoli posti all'esercizio del diritto di utilizzazione economica dei beni pubblici e privati ricompresi nel suo perimetro (aspetto prescrittivo-conformativo).

contrasto con i principi di sussidiarietà e concertazione tra i vari soggetti di governo del territorio.

Siamo in presenza di una tendenza evolutiva del governo del territorio e delle risorse ambientali e paesaggistiche che si caratterizza con strumenti articolati, espressione della sussidiarietà, dell'autonomia e della cooperazione (anche con i privati).

Quindi, non più governo del territorio incentrato su una visione prettamente regolativa, bensì co-pianificazione nel senso di valorizzazione e protezione del paesaggio ambiente attraverso scelte concertate (41) che tengano conto anche della politica economico sociale contemperando le esigenze di tutela del territorio con quelle di sviluppo, secondo una corretta logica di sostenibilità (42); scelte orientate realmente alla conservazione e alla valorizzazione del patrimonio naturale del paese, la cui dimensione comporta l'impossibilità di una tutela espressa in termini di pura conservazione.

IV. LA NON INCONCILIABILITÀ DELLA CONFIGURAZIONE DEL BENE CULTURALE COME BENE AMBIENTALE

Dalle considerazioni finora svolte emerge come la stretta connessione della nozione di paesaggio con quella di bene culturale costituisca un'ulteriore costante dell'evoluzione della tutela di questo tipo di beni.

Dal punto di vista strettamente giuridico la nozione conosce un progressivo ampliamento. Basta ricordare che i primi interventi di carattere internazionale riguardano prevalentemente i beni culturali sottratti e quindi asportabili, in pratica solo quelli mobili (anche se metope e triglifi asportati dal fregio del Partenone, a rigore, non sono mobili).

Si può anche notare che nelle due fondamentali leggi italiane di tutela anteriori alla Costituzione, la 1089 e la 1497, entrambe del 1939, beni culturali e beni ambientali e paesistici sono regolati separatamente. Ma già la definizione proposta dalla Commissione Franceschini, incaricata nel 1964 di predisporre la riforma, include il paesaggio fra i beni oggetto di tutela unitamente a quelli culturali. Successivamente l'apposito Ministero istituito nel 1974 viene definito dei beni culturali e ambientali e così pure il T.U. del 1999 (d.L.vo 29 ottobre 1999 n.490) riguarda sia i beni culturali sia quelli ambientali, legiti-

(41) Interessanti in proposito di gestione di acque e pianificazioni le considerazioni di B. MELONI, *Emergenza idrica, La gestione integrata del rischio*, 2006, pag. 47 dove sottolinea come usualmente «la progettazione degli interventi esclude la popolazione locale che non entra nella negoziazione delle scelte né nel processo analitico e decisionale».

timando così una considerazione unitaria, sia pure nella varietà della disciplina, che si adatta di volta in volta alle diverse caratteristiche dei vari beni culturali (anche se la menzione separata viene da taluno interpretata come riflesso di una distinzione).

In proposito, si è ritenuto che la Corte costituzionale italiana, soprattutto nella recente sentenza 367 del 2007, che ha risolto un sostanziale conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni in ordine al Codice dei beni culturali e ambientali, abbia decisamente optato per l'identificazione del paesaggio come bene ambientale, piuttosto che come bene culturale.

Ma, a ben guardare, il valore ambientale dei beni in questione (quelli paesaggistici) viene visto dalla stessa Corte come portato della concezione così efficacemente espressa a suo tempo da Alberto Predieri secondo cui il paesaggio come forma del territorio e dell'ambiente costituisce testimonianza delle civiltà che sul territorio si sono succedute nel tempo (anche negli aspetti che da queste sono stati preservati intatti per le più varie ragioni, ci si permette di aggiungere), di modo che risalta ulteriormente che se il paesaggio è un elemento dell'ambiente nel suo complesso, il valore che esso assume, anche principalmente come oggetto di disciplina giuridica, secondo l'insegnamento di Giannini nel famoso saggio del 1976, è dovuto alla considerazione di cui esso ha goduto e gode secondo la cultura che caratterizza i popoli nel loro rapporto con esso. Come, del resto evidenziato da molti altri studi che hanno segnato la cultura giuridica sul tema, come quelli di Merusi, di Cotta, di Amorosino, di Cammelli, di Carla Barbati.

Anche se in Giannini, che è stato il primo a porsi in termini moderni il problema, il dualismo fra beni ambientali e beni culturali non viene superato nel senso ora indicato, ma si mantiene una sorta di distinzione fra beni culturali «conformati» (per usare un'espressione gianniniana) dall'intervento dell'uomo e beni di natura (dove la conservazione ed il rispetto paiono non essere imputabili all'uomo, al contrario delle trasformazioni) (43).

Ciò non toglie, come è evidente, che in tutte le diverse concezioni, che si sono succedute (quindi facendo tesoro del punto di riferimento di quelle pre-

(42) Sullo sviluppo sostenibile, A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Il Mulino, 2002, specie pag. 31-36 nonché P. FOIS, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, 2007, Milano.

(43) Lo ha ricordato di recente, ponendolo nel giusto rilievo, M. IMMORDINO, *La dimensione forte della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, *Aedon* 1/2008, a partire dalla pagina 4. Sulla parallela evoluzione in senso ampliativo della stessa nozione in Spagna si diffonde J. L. BERMEJO LATRE, *La protección*, cit. 1264. E ancor prima F. LÓPEZ RAMÓN, *Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio Cultural*, in *Revista aragonesa de Administración pública*, 15/99 pag.93 ss.

Restano importanti gli studi di S. MARTÍN-RETORTILLO in tema di acqua come bene ambientale.

cedenti) vi siano elementi che ampliano la conoscenza delle tematiche paesaggistiche e ambientali che il diritto si trova ad affrontare nel regolare come beni giuridici, in rapporto ai diversi interessi umani coinvolti, le cose, cioè i beni materiali o immateriali presenti nel mondo fisico (per utilizzare ancora una volta schemi gianniniani) (44).

Si può pertanto dire, in conclusione, che tutte le diverse prospettazioni colgono aspetti rilevanti della tematica paesaggistica e concorrono a definire la nozione di paesaggio; di modo che ogni definizione normativa specifica, per quanto ampia e ulteriormente estensibile in via interpretativa, rischia di essere riduttiva come il letto di Procuste.

Semmai è da dubitare, in ordine agli orientamenti costituzionali in proposito, che il paesaggio possa costituire un valore di preminenza assoluta rispetto ad altri parimenti menzionati nella nostra Costituzione (come rileva Maria Immordino nel commento alla sentenza richiamata, sempre su Aedon, individuando una svolta della Corte nel senso di un'assolutezza che impedirebbe qualunque bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale). Vi osta, infatti, a dir poco, il dato di comune esperienza che è il concreto atteggiarsi degli interessi in ogni data situazione a determinare il loro rispettivo valore (nel senso di reciproco), senza che si possa addivenire ad aprioristiche, immutabili scale di valori (linea su cui sembra muoversi la stessa Corte nella sentenza 196 del 2004).

V. IL GOVERNO DEL TERRITORIO COME PRINCIPALE STRUMENTO DI TUTELA PAESAGGISTICA. L'INTRECCIO CON GLI ALTRI ASPETTI DI TUTELA DELL'ACQUA

Muovendo da una siffatta concezione di paesaggio, che non assolutizza alcuno dei fattori che concorrono a caratterizzarne la nozione fra quelli via via evidenziati nello studio della materia, si percepisce agevolmente che l'acqua, in quanto elemento costitutivo dell'ambiente, è fra quelli in grado di influire

(44) Si veda, in generale, G. SCIULLO, *I beni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, Mulino 2003, p.40 ss. Lo stesso Autore ha affrontato nuovamente il tema del paesaggio in relazione alla tutela del territorio nel saggio intitolato *Territorio e paesaggio (a proposito della Toscana 3 gennaio 2005 n.1)*, Aedon 2/2007. In particolare sulla materialità dei beni culturali, A. CROSETTI e D. VAIANO, *Beni culturali e paesistici*, Torino 2006, pag.35 ss. Sempre di recente, si è occupato dell'evoluzione della tutela paesaggistica S. AMOROSINO nel saggio *Dalla disciplina (statica) alla regolazione (dinamica) del paesaggio: una riflessione d'insieme*, in Riv. Giur. di urbanistica, 2006 pag.420 ss. Né si può trascurare il contributo in chiave comparatistica di N. OLIVETTI RASON, *Sulla nozione di bene culturale e sulla competenza normativa in materia: un caso dal Canada*, in Riv. Giur. di urbanistica, 2006, pag.151.

sulle attività umane (e quindi anche sotto il profilo economico) ed inoltre che, per quanto ulteriormente detto, essendo il medesimo elemento suscettibile di percezione nei suoi aspetti paesaggisticamente rilevanti, questi aspetti si riverberano su quelli proposti all'attenzione di partecipanti a questo incontro, incentrati più direttamente sul rapporto fra ambiente e attività umane regolate dal diritto amministrativo.

Non esula, quindi, dal tema proposto trattare dell'influenza della disciplina del paesaggio, relativamente all'acqua considerata sotto questo particolare aspetto, sulle tematiche legate alla tutela dell'ambiente (45).

Ed è, appunto, questo l'intento delle riflessioni oggetto del nostro breve intervento: valutare la rilevanza pubblicistica dell'acqua agli effetti della disciplina ambientale, sotto i suoi molteplici aspetti, consentendo «di comprendere come il tema dell'ambiente percorra trasversalmente numerosi settori».

Osservato che, peraltro, tali aspetti si intrecciano inestricabilmente, dato che la protezione giuridica passa per la regolazione delle attività umane, quelli più direttamente legati alla tutela del paesaggio riguardano la tutela del territorio, principalmente, se non esclusivamente, attraverso la quale si realizza la possibilità di intervento finalizzato a ciò.

Restano, quindi, fuori dal discorso altri profili della tutela ambientale, che pure una qualche influenza esplicano, come gli interventi contro l'inquinamento («chiare, fresche, dolci acque»), o quello della proprietà pubblica o privata delle acque o ancora quello della regimentazione a protezione dalle inondazioni.

In particolare resta escluso, fra gli aspetti più squisitamente ambientalistici trattati nello scritto richiamato (risanamento, fruizione, gestione e aspetti connessi), quello della difesa del suolo, centrale nell'impostazione della prima legge italiana moderna in materia, la legge Galli.

Col che si pone maggiormente in evidenza la diversità del modo di considerare il territorio come oggetto di tutela ambientale a seconda che lo si assuma ad oggetto di tutela paesaggistica o lo si consideri invece sotto gli altri profili attinenti alla protezione dell'ambiente.

(45) Sulla stessa linea, relativamente però ai parchi, S. AMOROSINO, *I rapporti tra i piani dei parchi e i piani paesaggistici*, CROSETTI, *Evoluzione normativa dei parchi e tutela dei beni culturali*, F. SAITTA, *La legislazione regionale siciliana sui parchi per la tutela del paesaggio e dell'ambiente naturale e sviluppo economico e sociale: brevi note*, tutti in *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi*, Atti del convegno AIDU, 20 ottobre 2006 (a cura di M. IMMORDINO e M. GULLO, Napoli, 2006).

VI. LA TUTELA IN VIA PREVENTIVA ATTRAVERSO L'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA E I RAPPORTI DI QUESTA CON IL PERMESSO DI COSTRUIRE

Venendo quindi alla tutela dell'acqua come componente del paesaggio e tralasciando gli aspetti organizzativi, a iniziare da quelli di riparto delle competenze fra i diversi enti territoriali, l'attenzione si polarizza sulla rilevanza paesaggistica delle acque quale risulta dagli interventi di tutela compresi nel Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Interventi che, anche da quanto succintamente già riferito, riguardano i fiumi, i torrenti e i corsi d'acqua di per sé considerati, mentre per quanto riguarda mare e laghi, o meglio i bacini marittimi e lacustri, riguardano invece primariamente e direttamente i territori circostanti e solo per il loro tramite mirano alla tutela di tali beni.

Esaminando il codice sotto questa angolazione, non si rinvengono, in realtà, norme e disposizioni specificamente dedicate alle acque e, quindi, tali da giustificare una trattazione specifica, che sarebbe altrimenti necessaria ove la tutela di questo bene si differenziasse quanto meno per alcuni aspetti, da quella degli altri beni giuridicamente rilevanti agli effetti della tutela paesaggistica del territorio. La disciplina delle acque sembra essere ascritta al solo codice dell'ambiente, quasi a smentire le interazioni tra questo, i beni culturali e il paesaggio.

Ciononostante non è privo di interesse cogliere l'occasione per considerare il rapporto fra la disciplina del territorio agli effetti paesaggistici e quella, assai più ampia, inerente l'urbanistica, dato che, evidentemente, la tutela delle acque sotto il profilo in esame risente delle lacune e delle difficoltà interpretative che possono emergere in proposito (per il che è utile lo studio curato da Cartei nel 2007 su *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*) (46).

Il sistema italiano delineato nel Codice che disciplina la materia è incentrato sul divieto di apportare modificazioni «*che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione*» agli immobili o alle aree «*tutelati ai sensi dell'art. 142, ovvero sottoposti a tutela dalle disposizioni del piano paesaggistico*», il cui rispetto viene garantito, non semplicemente con sanzioni a posteriori, ma con l'assoggettamento degli interventi modificativi a preventiva autorizzazione, che costituisce migliore garanzia sia per gli interessati, che sono posti in grado di conoscere a priori la compatibilità/legittimità del loro inter-

(46) Allo studio indicato nel testo si aggiunga quanto si legge in proposito nella monografia pubblicata ora da G. M. ESPOSITO, *Tutela dell'ambiente e attività dei pubblici poteri*, Torino, 2008.

vento, sia per gli interessi pubblici, nel caso che la sanzione manchi la sua funzione deterrente, o anche semplicemente perché comunque, per sua natura, essa interviene dopo che il danno è compiuto.

L'art.146 del Codice, che impone tale divieto, regola anche il rapporto degli interventi di tutela paesaggistica con quelli volti alla tutela urbanistica del territorio. Dispone, infatti, che «*l'autorizzazione costituisce atto autonomo e presupposto del permesso di costruire o degli altri titoli legittimanti l'intervento edilizio*» e aggiunge che «*i lavori non possono essere iniziati in difetto di essa*» (mentre in realtà ciò avviene, secondo il disposto del successivo comma 11, decorsi trenta giorni dalla sua adozione).

Terminologicamente la norma suscita qualche incertezza, non essendo immediatamente chiaro in che senso possa essere autonomo un atto presupposto, dato che gli atti di quest'ultimo tipo vengono identificati in dottrina e in giurisprudenza, come caratterizzati dall'essere necessari all'adozione di un successivo provvedimento, mentre nella fattispecie parrebbe che l'autonomia si espliciti nel senso che l'intervento modificativo è precluso in assenza di autorizzazione paesaggistica così come dalla mancanza di assenso edificatorio.

La giurisprudenza pare peraltro aver chiarito con sufficiente concordanza che per gli interventi in questione occorrono titoli abilitativi distinti, nulla osta paesaggistico e provvedimento edilizio concessorio (Tar Napoli, sez.II, 7 maggio 2007 n.4790), non rilevando ai fini della legittimità del primo che «sia stato rilasciato o meno il premesso di costruire» (Tar Parma, sez.I, 22 novembre 2006, n. 529), di modo che anche per gli interventi soggetti al regime semplificato di denuncia di inizio attività è necessario «il preventivo rilascio del nulla osta dell'autorità preposta alla tutela del vincolo» paesaggistico-ambientale e «comunque anche il rilascio preventivo del permesso di costruire» (Cass. Pen. Sez.III 13 febbraio 2002 n. 11292).

Come si vede, un regime in cui i due provvedimenti operano in parallelo e non in necessaria e preordinata sequenza, entrambi preventivamente, nel senso che il controllo pubblico avviene, di regola, prima dell'inizio dei lavori.

Situazione questa che irrigidisce alquanto lo spazio di manovra dell'amministrazione, impedendo il contemperamento dei due interessi, in quanto le due valutazioni delle esigenze da soddisfare, quella edificatoria e quella paesaggistica, avvengono separatamente, restando distinte e impedendo quindi che si possa in qualche modo sacrificare, anche di poco, l'un tipo di esigenze per favorire un miglior soddisfacimento di quelle dell'altro tipo. Si pensi all'eventuale necessità di consentire la realizzazione di strutture ricettive turistiche di modesto impatto sul paesaggio che tuttavia necessitino di deroghe di modesta entità a un vincolo paesaggistico, caso nel quale ben potrebbe l'interesse edificatorio valere la modesta deroga richiesta.

Dal che si ha conferma che l'assolutizzazione degli interessi in gioco e la prevalenza assicurata a uno soltanto di essi sempre e comunque, a detrimento degli altri si scontra con la realtà e può risultare più di danno che di beneficio.

VII. LE INCONGRUENZE DELLA DISCIPLINA ATTUALE DELLA AUTORIZZAZIONE PAESISTICA IN SANATORIA

Così stando le cose, sembra meritevole di attenzione anche se non si pone esclusivamente per la tutela paesaggistica delle acque, il problema che si trascina a lungo in Italia della possibilità di rilascio dell'autorizzazione paesistica anche successivamente alla realizzazione delle opere potenzialmente pericolose per il paesaggio tutelato, che potrebbe costituire utile terreno di confronto con i Colleghi spagnoli, consentendo di raffrontare la soluzione italiana con quella eventualmente data in Spagna al medesimo problema.

Anche la soluzione attuale di tale problema induce, invero, a una valutazione negativa.

La precedente formulazione dell'art. 167 del Codice dei beni culturali e del paesaggio rimetteva all'autorità amministrativa l'applicazione alle violazioni degli obblighi e degli ordini posti a tutela del paesaggio, della sanzione del ripristino dello stato dei luoghi o quella pecuniaria, entrambe definite di carattere amministrativo, a seconda di quanto ritenesse più opportuno nell'interesse della protezione dei beni in questione.

In sostanza dando facoltà all'amministrazione di acconsentire, a sua discrezione, alla conservazione (nel senso di non demolizione) di opere edilizie acclaratamente pregiudizievoli per il paesaggio. Come confermava la commisurazione della sanzione pecuniaria a *«una somma equivalente al maggior importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione»* (senza affermare che il profitto non si configura ove non vi sia danno, dato che in mancanza di questo il medesimo profitto avrebbe potuto essere realizzato legittimamente). Il che di per sé non è commendevole. A che pro seguire tutte le faticose procedure previste per individuare un bene paesaggistico come meritevole di protezione e per valutare (in sede di rilascio del nulla osta paesaggistico) se quest'ultima sia in ogni singola situazione compatibile con l'esecuzione di opere edilizie per poi consentire che il loro risultato venga smentito caso per caso?

Ma l'incongruenza appariva ancor più marcata per effetto del disposto del successivo art. 181, relativo alle sanzioni penali, il quale prevedeva sanzioni fino alla reclusione per un massimo di quattro anni per *«chiunque, senza*

la prescritta autorizzazione o in difformità di essa, esegue lavori di qualsiasi genere», ma al tempo stesso contemplava una serie di casi (ormai di portata assai ridotta rispetto a quanto consentito in precedenza) in cui «ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative ripristinatorie o pecuniarie di cui all'art.167, qualora l'autorità amministrativa competente accerti la compatibilità paesaggistica ... la disposizione di cui al comma uno non si applica», cioè veniva meno la possibilità di sanzione penale.

Per quanto ormai poco rilevanti siano i casi in questione, l'incongruenza restava, infatti, macroscopica.

In primo luogo perché veniva a configurarsi un *vulnus* al paesaggio che restava giuridicamente tale agli effetti delle sanzioni amministrative mentre non lo era più per quelle penali.

La Corte costituzionale, adita adducendo un'evidente connessione dei due aspetti che comporta che le conclusioni assolutorie in sede penale impediscano di configurare una responsabilità amministrativa fondata sul medesimo presupposto, con conseguente invasione della competenza regionale in materia di paesaggio da parte dello Stato, competente in materia penale, ritenne invece non fondata la questione, appellandosi, nella sentenza 5 maggio 2006 n. 183, in continuità con la precedente pronuncia 196 del 2004 relativa alla sanatoria degli abusi edilizi, all'autonomia delle sanzioni amministrative da quelle penali e asserendo esser pacifico in giurisprudenza che *«la valutazione espressa in sede di giudizio penale per il reato paesaggistico non vincola le determinazioni amministrative»* ed inoltre che la disposizione di cui si tratta *«fa salva ... l'applicazione delle sanzioni amministrative ripristinatorie o pecuniarie ... in materia paesaggistica»* di cui all'art. 167.

Il che è senz'altro vero ma inconfidente. Nella fattispecie si lamentava, infatti, non la diversità fra regime sanzionatorio penale e quello amministrativo, ma piuttosto l'impossibilità per l'amministrazione di giungere a conclusioni diverse, non dal giudice penale, ma ... da se stessa, nel senso di ritenere una stessa opera edilizia paesaggisticamente compatibile agli effetti dell'art. 181 per poi applicarle la sanzione amministrativa commisurata al danno o al profitto. Una volta, infatti, che l'amministrazione competente si sia pronunciata, in sede penale, per la compatibilità paesaggistica dell'opera, risulta arduo, anzi impossibile, ritenere che ricorra una violazione degli obblighi e degli ordini previsti a tutela del bene paesaggistico, dato che la qualificazione precedente in tal senso viene meno per effetto del potere conferito dalla legge alla stessa amministrazione di configurare la medesima opera come non contraria alle misure di tutela paesaggistica e anche se così non fosse ancor più impossibile risulta commisurare la sanzione pecuniaria a un danno o a un profitto che la stessa amministrazione dichiara inesistenti nel momento

stesso in cui proclama la compatibilità paesaggistica dell'opera da cui essi dovrebbero derivare.

Non si tratta dunque della differente qualificazione di uno stesso fatto da parte della legge penale e di altre leggi e neppure della diversità di opinione fra amministrazione e giudice penale in ordine all'illegittimità di un medesimo comportamento, ipotesi cui fa riferimento la Corte, bensì della diversità di valutazione da parte di uno stesso soggetto, la pubblica amministrazione competente, rispetto a un'identica situazione, ritenuta innocua e al tempo stesso pregiudizievole per il paesaggio; non è cioè in gioco la capacità della legge di qualificare diversamente una stessa situazione a diversi effetti, né la libertà dell'amministrazione di avere opinioni divergenti da quelle del giudice penale in materia di tutela del paesaggio, ma piuttosto della inammissibilità e inconciliabilità di opinioni diverse espresse da una medesima amministrazione sullo stesso oggetto, che costituisce presupposto per l'applicazione di sanzioni diverse; tanto è vero che i ricorrenti avevano evocato il vizio di contraddittorietà ed eccesso di potere, non essendo ammissibile che una stessa amministrazione dichiararsi esistente e contemporaneamente inesistente una certa situazione, sia pure a diversi effetti.

Al che si aggiunge l'anzidetta impossibilità logico-giuridica di calcolare la sanzione pecuniaria commisurandola a un evento che a detta della stessa amministrazione non provoca alcun danno al paesaggio, l'opera essendo ritenuta compatibile con la salvaguardia di quest'ultimo, e correlativamente non comportando alcuna locupletazione rispetto a quanto si sarebbe potuto realizzare ove l'autorizzazione paesistica fosse stata richiesta prima di realizzare l'opera, dato che anche in questo caso non si sarebbe potuto impedire di realizzare un'opera ritenuta dalla stessa amministrazione compatibile con la tutela paesaggistica.

Ed infine si deve dissentire dalla citata sentenza della Corte dove afferma che «l'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica non comporta autorizzazione in sanatoria (inammissibile alla luce dell'art. 146, comma 10, lettera c) del Codice», non vedendosi come si possa configurare la dichiarazione di compatibilità diversamente da un *contrarius actus* rispetto a un precedente diniego dell'autorizzazione in discorso quando per effetto di essa diviene realizzabile ciò che non era stato considerato tale in precedenza. Quando proprio a tenore dell'art.146 il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica viene fatto espressamente dipendere dalla «verifica della compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato ed intervento progettato».

Alle sottilizzazioni giuridiche concettuali si oppone infatti sempre l'invincibile limite della realtà effettuale. Tanto è vero che la stessa norma nella versione attuale configura come sanatoria i casi di cui all'art. 167.

Tanto è vero che, nonostante l'avallo ottenuto dalla Corte, il legislatore è intervenuto a sanare la vistosa contraddizione (che la Corte aveva negato) modificando l'art. 167 nel senso, non solo di escludere ogni discrezionalità dell'amministrazione nell'imporre la sanzione pecuniaria in luogo del ripristino in relazione a un presunto interesse alla protezione dei beni tutelati, imponendo come regola il ripristino, ma anche omologando sanzioni penali e amministrative quanto alle tre ipotesi sottratte all'applicazione della regola stessa con l'estensione anche alle prime del regime già previsto dall'art. 181 del Codice per le seconde, vale a dire l'accertamento di compatibilità paesaggistica con assoggettamento a sanzione pecuniaria invece che a quella demolitoria.

Di modo che è venuta meno la vistosa contraddizione all'interno della stessa amministrazione competente in materia paesaggistica, cui era dato di far cadere l'ipotesi di reato dichiarando la compatibilità paesaggistica delle opere realizzate senza previa autorizzazione, ma senza la possibilità di fare altrettanto in ordine alle sanzioni amministrative, che quindi dovevano essere applicate a opere per le quali la stessa amministrazione aveva dichiarato la compatibilità paesaggistica, che impedisce assolutamente di configurarle come realizzate in violazione degli obblighi e degli ordini in materia.

Mentre persiste quella di commisurare l'ammontare della sanzione pecuniaria amministrativa, contemplata anche (peraltro maggiorata da un terzo alla metà) come condizione per evitare la sanzione penale, a un danno o a un profitto inesistenti perché non configurabili una volta che l'opera realizzata sia stata dichiarata compatibile con la tutela dei valori paesaggistici.

Alla luce delle difficoltà e contraddizioni cui da tempo va incontro il sistema in discorso, nonostante i successivi, reiterati aggiustamenti non si comprende, in conclusione, perché il legislatore insiste nel non configurare come oggetto di sanzione il semplice fatto della tardività della richiesta di autorizzazione, che ne mina la funzione di prevenzione e comunque il carattere preventivo, svincolando l'ammontare della pena pecuniaria dall'entità di una realizzazione che si assume non consentita nel momento stesso che la si consente e riportandolo invece alla reale violazione da colpire, l'elusione appunto di un controllo preventivo e dell'obbligo di assoggettarvisi.

VIII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Quali allora le conclusioni, posto che di conclusioni si possa parlare, alle quali possiamo pervenire in merito alle interazioni tra acqua, ambiente e paesaggio?

Il percorso fin qui delineato sembra dimostrare che da una prima la lettura del codice dei beni culturali e del paesaggio e del codice dell'ambiente

si ricava principalmente un'attenzione da un lato al paesaggio, dall'altro al problema dell'inquinamento e degli scarichi, ma non, invece, la scelta di un intervento combinato nei confronti delle risorse idriche conseguente ad una lettura del paesaggio in senso lato, quale ambiente in cui agisce e vive l'uomo.

«Forma di comunicazione», nel senso di immagine, dell'ambiente, che l'uomo vede e desidera conservare in una logica di sostenibilità: ossia, anima o ritratto del proprio paese.

Lettura, questa, che comporterebbe la riconducibilità al paesaggio anche dell'acqua e di tutte le problematiche ad essa relative.

Non, dunque, paesaggio da qualificarsi riduttivamente come semplice individuazione delle aree da preservare, secondo una concezione statica; ma, al contrario, sua valutazione in senso dinamico, quale risorsa strategica, sia sotto il profilo ambientale nella sua accezione più lata, che sotto il profilo economico locale.

E' evidente che ciò discende da una lettura ad ampio spettro; orientata verso forme tese realmente alla conservazione e valorizzazione del patrimonio naturale del paese, articolato in tutte le sue diverse risorse (47).

Lettura che tenga conto delle trasformazioni del territorio, anche ad opera dell'acqua e del suo uso, ma anche delle esigenze di sviluppo politico economico e sociale e, quindi, volta all'individuazione di forme efficienti ed efficaci, integrate; che rispondano, contemporaneamente, alla tutela della risorsa acqua, alle esigenze di economicità e di tutela del territorio dove ambiente e paesaggio rappresentano due facce di una stessa medaglia.

Una prospettiva, dunque, alternativa a quella seguita finora dal legislatore, che peraltro parrebbe in miglior sintonia con la sempre più estesa acquisizione di una cultura non dilapidatrice, attenta, invece, alla conservazione dei tratti salienti del paesaggio, che lo caratterizzano, facendone una componente non trascurabile della cultura delle persone che vivono in un determinato territorio (48). Quasi un sogno.

Ma, quale mera opinione alternativa; in quanto tale, come ogni altra, confutabile.

(47) Per un approfondimento sull'importanza di una capace mediazione nella valutazione degli interessi coinvolti, si rinvia a P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007. Tema già affrontato anche da L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano 2005 e, ancor prima, da V. CERULLI-RELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in Riv. trim.dir. pubbl., 1985, 386 ss.

(48) S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in Pol.dir., 2003.

Alla luce di ciò, allora, nel considerare le interazioni fin qui assunte tra acqua e paesaggio, passando per i beni culturali, non ci resta che chiudere dubitativamente e riflettere alla luce dell'insegnamento di Montaigne quando si interroga e afferma: «Dato che la nostra ragione e la nostra anima accolgono le fantasie e le opinioni che nascono in esse dormendo, e danno autorità alle azioni dei nostri sogni allo stesso modo che a quelle del giorno, perché non dovremmo domandarci se il nostro pensare, il nostro agire, non sia un altro sognare, e la nostra veglia una specie di sonno?» (49).

(49) M. de MONTAIGNE, *Saggi*, a cura di Fausta Garavini, Milano, Adelphi, p. 794.

LAS COMPETENCIAS DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES ESPAÑOLAS EN MATERIA DE AGUAS

PATRICIA DOMÍNGUEZ ALONSO

SUMARIO: I. PESE A LA AUSENCIA DE COMPETENCIAS SUSTANTIVAS EN MATERIA DE DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO, LAS ENTIDADES LOCALES EJERCEN FUNCIONES EN LA MATERIA Y PARTICIPAN EN LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL AGUA.— II. EL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES COMO SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES. COMPETENCIAS MUNICIPALES EN ESTAS MATERIAS Y CONCURRENCIA CON COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS.— III. LA COMPETENCIA LOCAL PARA EMITIR LAS AUTORIZACIONES RELATIVAS A VERTIDOS INDIRECTOS A AGUAS SUPERFICIALES. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2006 Y EL REAL DECRETO LEY 4/2007, DE 13 DE ABRIL.

I. PESE A LA AUSENCIA DE COMPETENCIAS SUSTANTIVAS EN MATERIA DE DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO, LAS ENTIDADES LOCALES EJERCEN FUNCIONES EN LA MATERIA Y PARTICIPAN EN LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL AGUA

La garantía institucional fue aceptada y aplicada por el Tribunal Constitucional a la autonomía local a partir de la sentencia 32/1981, de 28 de julio (1) y reconoce a la misma como integradora de un ordenamiento territorial componente del general del Estado en su conjunto por virtud de la Constitución [«cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo», nos dirá expresivamente el TC (2)].

La Ley de Aguas no atribuye competencias sustantivas a las Entidades locales para la gestión del dominio público hidráulico, pese a que históricamente en España sí las habían desempeñado (3). A pesar de que, como veremos a

(1) Posteriormente en las SSTC de 23 de diciembre de 1982, de 16 de mayo de 1983 y de 27 de febrero de 1987.

(2) STC de 2 de febrero de 1981.

(3) La Ley de Aguas de 1879 atribuía a los Alcaldes la competencia para la suspensión de obras de alumbramiento de aguas subterráneas. El artículo 23 de la citada norma establecía que

continuación, el abastecimiento de agua es un servicio público de obligada prestación para los municipios, sin embargo, éstos para la legislación de aguas son simples usuarios del dominio público hidráulico, por más que el abastecimiento de la población, cualquiera que sea su titular, tenga carácter preferente (4).

Tanto la CE como la legislación estatal básica de aguas atribuyen al Estado la competencia para la gestión de las cuencas intercomunitarias y a las Comunidades Autónomas la competencia para la gestión de las cuencas intracomunitarias o internas. Por otra parte, tanto las Comunidades Autónomas como el Estado tienen otras competencias sobre materias sectoriales que inciden en el agua (contratos y concesiones administrativas; protección del medio ambiente; vertidos industriales o contaminantes; ordenación del territorio; obras públicas; régimen energético; pesca fluvial; espacios naturales protegidos y planificación general de la actividad económica).

Ahora bien, como ha subrayado el TC (sentencia 227/1988, F.J. 13), el agua no sólo es un bien respecto del que es preciso establecer el régimen jurídico de dominio, gestión y aprovechamiento en sentido estricto, sino que constituye además el soporte físico de una pluralidad de actividades, públicas o privadas, en relación con las distintas Administraciones públicas ejercen funciones. Y así, por ejemplo, de acuerdo con la legislación urbanística están sujetos a licencia municipal los actos de edificación y uso del suelo que realicen los particulares en el dominio público hidráulico (5), sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que deban solicitarse de la Administración hidráulica competente.

«el dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías las aguas que existen debajo de la superficie de su finca, con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o privadas de su corriente natural. Cuando amenazare peligro de que por consecuencia de las labores del pozo artesiano, socavón o galería se distraigan o mermen las aguas públicas o privadas, destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente, con derechos legítimamente adquiridos, el alcalde, de oficio, a excitación del Ayuntamiento en el primer caso, o mediante denuncia de los interesados en el segundo, podrá suspender las obras. La providencia del alcalde causará estado si de ella no se reclama dentro del término legal ante el gobernador de la provincia, quien dictará la resolución que proceda, previa audiencia de los interesados y reconocimiento y dictamen pericial».

(4) FANLO LORAS, A., «Dominio público hidráulico y saneamiento de aguas residuales», en AAVV, *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Civitas, Madrid, 1996, p. 304.

(5) La licencia urbanística es un acto típico de autorización reglada, por el que se habilita al interesado para que ejercite un derecho que ya le pertenece, pero tras controlar que el ejercicio del mismo es, en el caso concreto de que se trata, pertinente y adecuado en relación con los intereses públicos que la Administración autorizante debe tutelar conforme a la Ley. Su concesión o denegación requiere la tramitación de un procedimiento reglado y formalizado (SSTS de 6 de febrero de 1984 (arz. 1030), de 22 de enero de 1996 (arz. 30). En el mismo sentido también las sentencias de los TTSSJ de Cataluña (5-12-1996; 13-12-1996; 7-7-1998; 10-1-1997), Madrid (17-6-1993), Baleares (6-5-1992) y Cantabria (22-1-1999, recurso 2351/1997).

La STS de 8 de julio de 1997 (Sala 3^a, sección 4^a, rec. 9154/1991) se pronuncia sobre las relaciones y el ejercicio de competencias concurrentes entre las Confederaciones Hidrográficas y las Entidades Locales, señalando en su fundamento quinto que «en la materia hay o puede haber competencias concurrentes, como son los de la Confederación sobre el dominio público hidráulico y los de la Diputación General de Aragón, sobre la pesca e incluso sobre la protección de los ecosistemas, pues, la sentencia apelada también ha valorado esa incidencia y que la sanción se ha impuesto, no por afectar a la riqueza piscícola y sí por extracción de grava sin la menor referencia a daños efectivos en la fauna ictícola, sin olvidar, que el ejercicio de las facultades atribuidas en el caso de competencias concurrentes, se ha de dirigir a posibilitar y propiciar la defensa de las competencias atribuidas, pero no a impedir sin más el ejercicio de las potestades que la otra Administración tenga, y por tanto, si es la Confederación Hidrográfica la competente, como se ha visto y la Ley de Aguas refiere, para autorizar la extracción de áridos en el cauce del río Ebro, y cuidar el cauce y desagüe del río, y si claro, que la Diputación General de Aragón, cuando además ha autorizado tal extracción, podría sí comprobarla a fin de que la misma se hiciera en forma que no cause o que causara el menor daño a la riqueza pesquera, pero no podía impedirla por la vía del condicionado inserto en la propia autorización, sin olvidar, que en los hechos denunciados y valorados en la resolución impugnada, no se hace referencia alguna a la incidencia que los mismos tienen o pueden tener, en las competencias que justifican la actuación de la Administración hoy apelante. Sin olvidar en fin, que estando como se está, ante una sanción, y si, cuando menos como se ha visto, existe duda razonable sobre la compatibilidad de las autorizaciones, no se puede imponer una sanción, a quien ha actuado conforme a las previsiones y condicionados de una de esas autorizaciones, pues no se puede estimar que en esas condiciones, concurra el elemento de culpabilidad exigido en el procedimiento administrativo sancionador, conforme a doctrina de esa Sala, entre otras Sentencias de 20 mayo 1992 y 31 octubre 1994» (F.J.5).

La falta de competencias sustantivas de las Entidades Locales en materia de dominio público hidráulico, no debe llevarnos a desconocer la incidencia indirecta que puede tener el ejercicio de las competencias propias atribuidas a las Entidades Locales en las competencias sustantivas de la Administración Hidráulica competente (Estado o Comunidades Autónomas), o las competencias derivadas, nacidas en virtud de un título concesional (por ejemplo, la policía del agua en relación con los servicios municipales de abastecimiento de aguas, de alcantarillado y tratamiento y recuperación de las aguas residuales) (6).

(6) FANLO LORAS, A., «Dominio público hidráulico...», *op. cit.*, p. 306.

En efecto, conforme al art. 7 LRBRL las competencias de las Entidades locales pueden ser no sólo propias sino también delegadas. Las primeras se determinan por la Ley, estatal o autonómica, y se ejercen en régimen de autonomía y autorresponsabilidad, aunque en coordinación con las competencias de las demás Administraciones Públicas. Las segundas se ejercen bajo la dirección y control que establezca la Administración que delega sus competencias.

Además de lo anterior, y como comprobaremos *infra* al estudiar la organización de los Organismos de cuenca, los municipios están representados en los órganos de gobierno, gestión y planificación de la Administración hidráulica (Junta de Gobierno, Consejos de Agua de la Cuenca y Juntas de Explotación en los Organismos de Cuenca), si bien su presencia en estos órganos se explica por su consideración de usuarios del dominio público hidráulico y de titulares de vertidos (7). En este sentido, la Ley 11/1999, de 21 de abril, de reforma de la Ley de Aguas, modificó parcialmente dos preceptos de la norma para dar participación a las Corporaciones locales. El primero es el artículo 19 del TRLAg, que contempla la participación en el órgano consultivo superior en materia de aguas (el Consejo Nacional del Agua), junto con la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas, de los entes locales a través de la asociación de ámbito estatal con mayor implantación —la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP)—. En cuanto al otro precepto reformado, se trata del art. 27.e) TRLAg, que cuando establece la estructura de la Junta de Gobierno menciona ahora que: «Las provincias estarán representadas de acuerdo con el porcentaje de su territorio afectado por la cuenca hidrográfica».

Este derecho de intervención en los asuntos de su competencia forma, por tanto, el núcleo primigenio de la autonomía local (8). La STC 40/1998, de 19 de febrero, recuerda que la autonomía local prevista en los arts. 137 y 140 CE se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo

(7) Crítica con dureza la discriminación que sufren las Corporaciones locales en la participación en la Administración hidráulica DEL SAZ, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo derecho de aguas)*, Marcial Pons, Madrid, 1990, p. 117.

(8) No obstante, el TC ha señalado igualmente que la Constitución no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y que no cabe hablar de «intereses naturales de los entes locales» (STC 32/1981), sino que, «más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional» (STC 170/1989, fundamento jurídico 9), de manera que corresponde al legislador la determinación concreta del contenido de la autonomía local, respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía (SSTC 259/1988, 214/1989 y 46/1992) y sin romper con la «imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace» (STC 32/1981, fundamento jurídico 3).

que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el «derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local «han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible» (STC 32/1981, fundamento jurídico 4.). A esta misma concepción responde el art. 2.1 de la LRBRL, según el cual «para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos».

Pues bien, entre las escasas competencias que la Ley de Aguas atribuye a las Entidades locales en materia de aguas destacan las referentes a la ejecución, gestión y explotación de las obras hidráulicas públicas.

De acuerdo con el art. 123.2 TRLAg, son obras hidráulicas públicas las destinadas a garantizar la protección, control y aprovechamiento de las aguas continentales y del dominio público hidráulico y que sean competencia de la Administración General del Estado, de las Confederaciones Hidrográficas, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales. Si bien son competencia de la Administración General del Estado las obras hidráulicas de interés general (9), la gestión de estas obras podrá realizarse directamente por los órganos competentes del Ministerio de Medio Ambiente o a través de las Confederaciones Hidrográficas. También podrán gestionar la construcción y explotación de estas obras las Comunidades Autónomas en virtud de convenio específico o encomienda de gestión. El resto de las obras hidráulicas públicas son de competencia de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, de acuerdo con lo que dispongan sus respectivos Estatutos de Autonomía y sus leyes de desarrollo, y la legislación de régimen local.

(9) Si bien la iniciativa para la declaración de una obra hidráulica como de interés general corresponde al Ministerio de Medio Ambiente, de acuerdo con el art. 131.1 TRLAg, podrán instar la iniciación del expediente de declaración de una obra hidráulica como de interés general, en el ámbito de sus competencias el resto de los Departamentos ministeriales de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.

La Administración General del Estado, las Confederaciones Hidrográficas, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales podrán celebrar convenios para la realización y financiación conjunta de obras hidráulicas de su competencia (art. 124.4 TRLAg).

Pues bien, las obras hidráulicas de interés general y las obras y actuaciones hidráulicas de ámbito supramunicipal, incluidas en la planificación hidrológica, y que no agoten su funcionalidad en el término municipal en donde se ubiquen, no estarán sujetas a licencia ni a cualquier acto de control preventivo municipal a los que se refiere el párrafo b) del apartado 1 del artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Los órganos urbanísticos competentes no podrán suspender la ejecución de estas obras a las que se refiere el párrafo primero del apartado anterior, siempre que se haya cumplido el trámite de informe previo, esté debidamente aprobado el proyecto técnico por el órgano competente, las obras se ajusten a dicho proyecto o a sus modificaciones y se haya hecho la comunicación a que se refiere el apartado siguiente. El Ministerio de Medio Ambiente deberá comunicar a las Entidades locales afectadas la aprobación de los proyectos de las obras públicas hidráulicas, a fin de que se inicie, en su caso, el procedimiento de modificación del planeamiento urbanístico municipal para adaptarlo a la implantación de las nuevas infraestructuras o instalaciones, de acuerdo con la legislación urbanística que resulte aplicable en función de la ubicación de la obra.

II. EL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES COMO SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES. COMPETENCIAS MUNICIPALES EN ESTAS MATERIAS Y CONCURRENCIA CON COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS

A la luz de los artículos 25.2.) y f)26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), a los Municipios corresponden competencias en materia de «suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales» y de «protección del medio ambiente». Es más, los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado deberán ser prestados por los Municipios, por sí o asociados, en todo caso (art. 26.1.a) LRBRL). Por su parte, los servicios de protección del medio ambiente deberán prestarse en los Municipios con población superior a 50.000 habitantes [apartado d) del art. 26.1].

El término municipal ha sido tradicionalmente la base en la que se centraron las competencias sobre aprovechamientos hidráulicos urbanos (10). Los servicios de abastecimiento de aguas y depuración de las residuales han sido históricamente de competencia municipal y continúan siéndolo en el presente (11) (12).

El abastecimiento de agua comprende en su fase primaria o «en alta» las actuaciones en materia de regulación, captación, conducción, potabilización y depósito de almacenamiento. En su fase secundaria o «en baja», comprende la distribución mediante redes municipales hasta las acometidas de los consumidores con la dotación y calidad previstas en esta disposición. Por su parte, el saneamiento comprende las actuaciones de conducción de las aguas residuales a través de las redes de alcantarillado municipales hasta el punto de conexión con las instalaciones de depuración. La actividad de depuración comprende el tratamiento del agua residual urbana y, en su caso, la conducción mediante colectores generales que sean necesarios para incorporar el influente a la estación de tratamiento, así como la evacuación del efluente depurado hasta el punto de vertido o almacenamiento para su reutilización (13).

(10) Entre las más importantes atribuciones de los Ayuntamientos señalaba el art. 80 de la ley de 8 de Enero de 1845 el arreglar por medio de acuerdos, «conformándose con las leyes y reglamentos (...) el disfrute de las aguas y demás aprovechamientos comunes en donde no haya un régimen especial, autorizado competentemente»; y lo mismo establecía el art. 72 de la Ley de Aguas de 1879.

Disponía el art. 171 de la Ley de Aguas de 1879 que «a los Ayuntamientos corresponde formar los reglamentos para el régimen y distribución de las aguas en el interior de las poblaciones, con sujeción a las disposiciones generales administrativas. La formación de estos reglamentos debe ser siempre anterior al otorgamiento de las concesiones de que tratan los artículos anteriores. Una vez hecha la concesión, sólo podrán alterarse los reglamentos de común acuerdo entre el Ayuntamiento y el concesionario. Cuando no hubiere acuerdo, resolverá el Ministro de Fomento».

Ahora bien, los Ayuntamientos no podían enajenar las concesiones de aprovechamientos hechas a los pueblos si no mediaba aprobación del Gobierno (art. 15 del R.D. de descentralización de 15 noviembre 1909 y sent. de la sala 3ª del T.S. de 27 de enero de 1897).

(11) FANLO LORAS, A., «Dominio público hidráulico...», *op. cit.*, p. 304.

(12) La Unión Europea considera el abastecimiento de agua como un servicio de interés general (Comunicación de la Comisión «Los servicios de interés general en Europa», DOCE C 281, de 26 de septiembre de 1996, p. 3).

(13) La definición de abastecimiento, saneamiento y depuración se ha tomado del artículo 2 de la Ley 12/2002, de 27-06-2002, reguladora del ciclo integral del agua de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

La Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón considera que el abastecimiento está constituido por: a) La aducción de agua, que comprende la captación de ríos, manantiales, pozos o embalses y las infraestructuras de conducción hasta la cabecera de los sistemas de distribución o los puntos de conexión con éstos. Las infraestructuras de conducción pueden incluir también instalaciones de almacenamiento intermedio o potabilización cuando así resulte conveniente para optimizar el conjunto del abastecimiento, en particu-

La prestación de los servicios municipales de abastecimiento, saneamiento y tratamiento de aguas residuales, puede implicar la necesidad de construir y explotar obras hidráulicas (plantas potabilizadoras, redes de abastecimiento, redes de alcantarillado y estaciones depuradoras) (14).

Ahora bien, como advierte el artículo 25.2 LRBRL, el Municipio ejercerá sus competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (15). En este sentido, ha sido la normativa autonómica la que ha mayoritariamente regulado las funciones de las Entidades locales en materia de aguas, sobre todo, en cuanto se refiere a las actuaciones de captación y alumbramiento, embalses, conducciones por arterias o tuberías primarias, tratamiento y depósitos de agua, comprendidas dentro del ámbito de lo que técnicamente se entiende como «aducción» o «suministro en alta» de agua, en las que incide frecuentemente el interés general, pues la mejora del abastecimiento y suministro de agua «en alta» a las poblaciones excede a los intereses puramente locales o municipales. En efecto, las normas aprobadas por las Comunidades Autónomas suelen calificar como servicios de incumbencia municipal el abastecimiento domiciliario y el alcantarillado, mien-

lar cuando se trate de sistemas supramunicipales; b) La distribución de agua, que comprende la red urbana de distribución y, sin perjuicio de lo indicado en el punto anterior, el almacenamiento en cabecera de la red y la potabilización.

Por su parte, a los efectos de la Ley, el saneamiento y la depuración están constituidos por: a) El alcantarillado, que comprende la red urbana de recogida de aguas residuales y pluviales y los colectores urbanos. b) La depuración, que comprende el tratamiento de las aguas residuales y su vertido a los ríos u otros medios receptores. c) Los colectores o emisarios entre el alcantarillado y la depuración pueden incluirse en uno u otro de los conceptos indicados en los puntos a) y b) de este apartado, en función de las condiciones que optimicen la gestión del servicio (art. 6).

(14) Para la realización de estas obras y actuaciones en materia de abastecimiento de agua y saneamiento de aguas residuales las Entidades locales reciben el importante apoyo económico de las Comunidades Autónomas, del Estado y de la Unión Europea (a través del Fondo de Cohesión). En España, el Plan Nacional para el saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas aprobado en 1995 impulsó expresamente a todas las Comunidades Autónomas la obligación de formular su correspondiente plan regional, que pudiera integrarse en aquél, al objeto de dar cumplimiento a la normativa comunitaria en esta materia.

(15) Como señala la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 23 de Mayo de 1997, haciéndose eco de la jurisprudencia constitucional, la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local establece las «directrices para llevar a cabo la asignación de competencia» que no puede ignorar el legislador autonómico (TC S 214/1989): «Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y máxima proximidad de gestión administrativa a los ciudadanos» (art. 2.1)».

tras que las fases de abastecimiento en alta y de saneamiento y tratamiento se consideran de interés supramunicipal y sobre ellas asumen las competencias las Administraciones autonómicas.

Merece ser destacado al respecto el Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña, norma que dedica el capítulo II de su Título I a la «Administración hidráulica local». El artículo 14 establece las entidades locales del agua (16) como entes de carácter territorial y funcional, que se constituyen para la gestión más eficiente de los recursos hídricos y de las obras y las actuaciones hidráulicas y para la prestación de los servicios relacionados.

La Agencia Catalana del Agua puede delegar o asignar el ejercicio de las competencias propias a las ELA a petición motivada de éstas. La delegación o la asignación tienen que ser expresas y responden a motivos de capacidad técnica y de gestión, de garantía de más eficiencia, de extensión territorial y de población.

Por su parte, la Ley 12/2002, de 27-06-2002, reguladora del ciclo integral del agua de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, establece como competencias de las Administraciones locales, por sí o bajo forma mancomunada o consorciada, las siguientes:

- a) La prestación del servicio de distribución domiciliaria de agua potable y de alcantarillado. Los Municipios son responsables de asegurar que el agua suministrada a través de cualquier red de distribución en su ámbito territorial sea apta para el consumo en el punto de entrega al consumidor.
- b) El proyecto y ejecución de las infraestructuras de abastecimiento y saneamiento, así como sus ampliaciones y renovaciones correspondientes, siempre que no se trate de actuaciones de competencia de la Administración regional.
- c) La elaboración y aprobación de los reglamentos de los servicios de su competencia, con arreglo a las prescripciones de esta Ley.

(16) En el apartado 9 del artículo 2 de la Ley se define a la «Entidad local del agua básica» (ELA básica) como el ente local o la agrupación de entes locales con personalidad jurídica propia y capacidad para gestionar unos o más sistemas públicos de saneamiento de aguas residuales y el sistema o sistemas de abastecimiento de agua en alta y de suministro de agua en baja de los municipios que lo componen.

Por su parte, la «Entidad local del agua cualificada» (ELA cualificada) será el ente local supramunicipal o la agrupación de entes locales con personalidad jurídica propia adecuados para la gestión integrada del agua en una cuenca o porción de cuenca fluvial, cuyos ámbitos territoriales están definidos por la planificación hidrológica. Esta adecuación del ente no implica, necesariamente, la gestión de todos los servicios comprendidos en la gestión integrada del agua (art. 2.10).

- d) La aprobación y aplicación, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, de las tarifas correspondientes a la prestación del servicio de su competencia.
- e) El control de la cantidad y calidad de los recursos de abastecimiento en las redes domiciliarias de distribución.
- f) La vigilancia, inspección, control y sanción de los vertidos a las redes de alcantarillado.

La Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, plantea como importante novedad en el plano competencial en esta Comunidad el integrar plenamente al abastecimiento dentro de las preocupaciones normativas de la Comunidad Autónoma. En Aragón se habían desarrollado hasta la aprobación de la Ley 6/2001 diversas actuaciones autonómicas en este ámbito, pero sin tener una base normativa propia y específica. Pues bien, para la exposición de motivos de la norma, «las necesidades manifestadas en nuestra sociedad y el papel insustituible de la Comunidad Autónoma a la hora del abastecimiento en alta a los municipios, hace necesario proporcionar a la Administración de la Comunidad Autónoma instrumentos normativos de actuación». Se configura, así, un Plan Aragonés de Abastecimiento Urbano, concebido como instrumento sistemático de actuaciones, legitimador de la construcción y explotación de redes, a partir del cual y mediante una política de convenios con las entidades locales interesadas se podrá cooperar a proporcionar agua al conjunto de los municipios aragoneses (art. 10 de la Ley 6/2001) (17). Por otra parte, la Ley otorga a la Comunidad importantes instrumentos jurídicos de intervención en este ámbito a través de la declaración en algunos casos de determinadas obras como de interés de la Comunidad.

De acuerdo con el artículo 8 de la Ley aragonesa, son competencias de las entidades locales en materia de abastecimiento, saneamiento y depuración:

- a) La elaboración de los programas y proyectos de obras de abastecimiento, saneamiento y depuración y la ejecución de las infraestructuras correspondientes, cuando se trate de obras de su competencia o cuando se actúe por delegación de la Administración de la Comunidad Autónoma, y con sujeción en todo caso a las determinaciones de la planificación autonómica.

(17) El art. 10.2 de la Ley establece como instrumentos de planificación: el Plan Aragonés de Abastecimiento Urbano, el Plan Aragonés de Saneamiento y Depuración, los Planes de Zona de Abastecimiento Urbano y los Planes de Zona de Saneamiento y Depuración. Estos planes tienen la naturaleza de Directriz Parcial Sectorial según la tipología establecida en la Ley autonómica de Ordenación del Territorio.

- b) La explotación de los servicios de abastecimiento, saneamiento y depuración. c) La prestación de los servicios de distribución y de alcantarillado, en relación con los cuales les corresponde a las entidades locales:
- La planificación, a través del instrumento de ordenación que resulte apropiado según la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma y de acuerdo con las determinaciones de la planificación autonómica en materia de abastecimiento, saneamiento y depuración.
 - El proyecto, construcción, explotación y mantenimiento de las redes de distribución y de alcantarillado, salvo que estuviesen declaradas de interés de la Administración de la Comunidad Autónoma.
 - El control de vertidos al alcantarillado, dentro de lo que ordene la normativa básica estatal y la de desarrollo autonómico.
- c) La elaboración y propuesta al órgano autonómico competente de las tarifas de los servicios de abastecimiento, saneamiento y depuración que sean de su competencia.

Otras normas autonómicas en la materia son la Ley 1/1994, de 21 de febrero, sobre abastecimiento y saneamiento de aguas en el Principado de Asturias (18), la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento del agua de Madrid (19), el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano (20), el Decreto 114/1994, de 22 de noviembre, de cooperación con las Corporaciones Locales en materia de abastecimiento de agua a las poblaciones en las Islas Baleares (21) y el Decreto 84/1997, de 10 de abril, sobre colaboración técnica y financiera de la Administración hidráulica de Galicia con las entidades locales en materia de abastecimiento y saneamiento de aguas (22).

Por otra parte, las decisiones sobre el control de la calidad del agua de consumo humano, así como la adopción de medidas correctoras ante los incumplimientos detectados, se ejecutan en el nivel local, en virtud de las competencias atribuidas a los entes locales en la LRBRL (art. 25.2.h) y la Ley 14/1986,

(18) BOPA de 25 de febrero de 1994.

(19) BOCM de 31 de diciembre de 1984.

(20) BOE de 21 de febrero de 2003.

(21) BOCAIB de 13 de diciembre de 1994.

(22) DOG de 24 de abril de 1997.

de 25 de abril, General de Sanidad (art. 42) (23), siguiendo, en su caso, las indicaciones de la Administración sanitaria autonómica competente y contando con su asesoramiento. La Ley General de Sanidad estableció la obligación de las Administraciones públicas sanitarias de orientar sus actuaciones prioritariamente a la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades. El Ministerio de Sanidad y Consumo coordina el Sistema de Información Nacional de Agua de Consumo y elabora los informes nacionales anuales destinados a la información pública y, en cumplimiento con las obligaciones comunitarias, a la Comisión Europea (24).

En cuanto a las competencias de las Diputaciones Provinciales en materia de aguas, se circunscriben al desarrollo de funciones de coordinación y asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios en el desarrollo de sus atribuciones y, en especial, en la prestación de sus servicios (25), de conformidad con lo establecido en el artículo 36.1, apartados a) y b) de la LRBRL (26). Esta atribución legal representa el reconocimiento de un «círculo de protección» competencial, sin perjuicio de las que corresponden a las Diputaciones como consecuencia de las Leyes sectoriales del Estado y de la Comunidad Autónoma (STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 23 de Mayo de 1997).

Pero el Estado también ha retenido algunas competencias sobre tratamiento de aguas residuales urbanas (27). En este sentido hay que destacar el

(23) El art. 2.3 de la Ley General de Sanidad dispone que los Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: a) Control sanitario del medio ambiente: contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales.

(24) Los consumidores deberán recibir información suficiente y oportuna de la calidad del agua de consumo humano, situaciones de excepción, medidas correctoras y preventivas, así como de todos aquellos aspectos que afecten al abastecimiento y que puedan implicar un riesgo para la salud de la población.

(25) El art. 31.2 de la LRBRL establece que son fines propios y específicos de la Provincia asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal.

(26) A los efectos de lo dispuesto en estas disposiciones, la Diputación aprueba anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, en cuya elaboración deben participar los municipios de la provincia. El plan, que deberá contener una memoria justificativa de sus objetivos y de los criterios de distribución de los fondos, criterios que en todo caso han de ser objetivos y equitativos, podrá financiarse con medios propios de la Diputación, las aportaciones municipales y las subvenciones que acuerden la comunidad autónoma y el Estado con cargo a sus respectivos presupuestos (art. 36.2 LRBRL).

(27) De acuerdo con el RD Ley 11/1995, aguas residuales urbanas son las aguas residuales domésticas o la mezcla de éstas con aguas residuales industriales o con aguas de escorrentía pluvial; aguas residuales domésticas son las procedentes de zonas de vivienda y de servicios, gene-

Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas (28). Esta norma tiene por objeto la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 91/271/CEE. De acuerdo con la finalidad de protección del medio ambiente que constituye el objeto de la disposición, la misma constituye legislación básica, dictada al amparo del artículo 149.1.23.^º de la Constitución, correspondiendo su ejecución a las Comunidades Autónomas, en virtud de las competencias estatutarias atribuidas a éstas, en el marco del artículo 148.1.9.^º de la Constitución. Ahora bien, junto a este marco competencial general, la disposición final primera del RD Ley 11/1995 tiene en cuenta la incidencia de otras habilitaciones constitucionales: de una parte, las competencias que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.22.^º de la Constitución, corresponden a la Administración General del Estado, en las cuencas hidrográficas que exceden el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, respecto de las cuales, el régimen establecido por el RD Ley constituye un complemento de lo dispuesto en el capítulo segundo del título V de la Ley de Aguas, y normas de desarrollo. Y, de otra parte, se menciona el título competencial recogido en el artículo 149.1.18.^º de la Constitución, lo que obedece a la modificación que esta norma introduce en los criterios establecidos en el artículo 26 de la LRBRL, al cambiar el criterio de número de habitantes por el número de «habitantes-equivalentes» y deferir a las Comunidades Autónomas la delimitación de las aglomeraciones urbanas.

La Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, establece una serie de medidas con la finalidad de garantizar que dichas aguas sean tratadas correctamente antes de su vertido. Para ello, la norma comunitaria impone la obligación de someter dichas aguas residuales a tratamientos, más o menos rigurosos, en diferentes plazos. Los criterios que utiliza la Directiva para fijar estas obligacio-

radas principalmente por el metabolismo humano y las actividades domésticas; y aguas residuales industriales son todas las aguas residuales vertidas desde locales utilizados para cualquier actividad comercial o industrial, que no sean aguas residuales domésticas ni aguas de escorrentía pluvial (art. 2, letras a, b y c).

(28) BOE de 30 de diciembre de 1995. Téngase en cuenta la Resolución de 30 de enero de 1996 por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 11/1995, 28 diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas (BOE de 3 de febrero de 1996).

El Real Decreto Ley 11/1995 ha sido posteriormente desarrollado por el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo. Dicho Decreto ha sido modificado, a su vez, por el Real Decreto 2116/1998, de 2 de octubre, que, incorporando la Directiva 98/15/CE, pretende subsanar los problemas de interpretación que planteaba en algunos Estados miembros el Cuadro 2, del Anejo I de la Directiva 91/271/CEE, relativo a los requisitos para los vertidos procedentes de instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas realizados en zonas sensibles propensas a eutrofización.

nes son el número de «habitantes-equivalentes», concepto definido en función de la carga contaminante tanto de personas, como de animales e industrias y las «aglomeraciones urbanas», que son las zonas que presentan una concentración suficiente para la recogida y conducción de las aguas residuales; asimismo, también se toma en consideración la mayor o menor sensibilidad de la zona en la que van a realizarse los vertidos. Con carácter general, la Directiva establece dos obligaciones claramente diferenciadas: En primer lugar, las «aglomeraciones urbanas» deberán disponer, según los casos, de sistemas colectores para la recogida y conducción de las aguas residuales y, en segundo lugar, se prevén distintos tratamientos a los que deberán someterse dichas aguas antes de su vertido a las aguas continentales o marítimas. En la determinación de los tratamientos a que deberán ser sometidas las aguas residuales urbanas antes de su vertido, se tiene en cuenta si dichos vertidos se efectúan en «zonas sensibles» o «zonas menos sensibles», lo cual determinará un tratamiento más o menos riguroso.

La Administración General del Estado, previa audiencia de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales afectadas, declarará las «zonas sensibles» en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Las Comunidades Autónomas efectuarán dicha declaración en los restantes casos y determinarán las «zonas menos sensibles» en las aguas marítimas (art. 7.3 del RD Ley 11/1995) (29).

El Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales (1995-2005) (30) se aprobó con el objetivo de garantizar la calidad de la depuración y del vertido de las aguas residuales urbanas, acorde con los criterios de la Unión Europea, mediante la integración y coherencia de las inversiones de los tres niveles de la Administración, y el desarrollo normativo básico propiciado por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda. El Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales constituye una pieza fundamental de la política de gestión del dominio público hidráulico, que se ha visto además acompañada por actuaciones que han favorecido la reducción en origen de la carga contaminante y el correcto control de los vertidos, así como por el desarrollo de otros programas como el de Delimitación del Dominio Público Hidráulico (LINDE), que responde a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Aguas, donde se establece que corresponde a la Administración del Estado el apeo y deslinde de los cauces de dominio

(29) Véase la Resolución de 25 de mayo de 1998, por la que se declaran las «zonas sensibles» en las cuencas hidrográficas intercomunitarias (BOE de 30 de junio de 1998).

(30) Resolución de 28 de abril de 1995, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1995, que aprueba el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales (1995-2005), BOE de 12 de mayo de 1995.

público hidráulico, que serán efectuados por los Organismos de cuenca (31) y en materia de vigilancia de calidad de las aguas el denominado «Sistema Automático de Información de la Calidad de las Aguas» (SAICA), que cuenta con 200 estaciones y la red de «Información de Calidad de las Aguas» (ICA), con más de 1.000 estaciones (32).

Tanto la Directiva 91/271/CEE como el RD Ley 11/1995 establecen unos plazos para realizar infraestructuras de colectores y prevén distintos tipos de tratamientos de depuración a los que deberán someterse las aguas residuales urbanas antes de su vertido a las aguas continentales o marítimas, dependiendo, entre otros criterios, del número de habitantes-equivalentes de las aglomeraciones urbanas. El primero de estos plazos, que venció el 31 de diciembre de 1998, obligaba a disponer de sistemas colectores y de un tratamiento más riguroso que el secundario a las aglomeraciones de más de 10.000 habitantes equivalentes cuyas aguas residuales se viertan en zonas sensibles, y se cumplió con éxito tanto por parte del Estado español como del resto de los Estados miembros (33). La fecha límite para que las aglomeraciones urbanas de más de 15.000 habitantes equivalentes dispusiesen de tratamiento secundario o proceso equivalente, finalizó el 31 de diciembre del año 2000. El 31 de diciembre del año 2005 es la fecha tope para los restantes tipos de poblaciones, incluyendo las más pequeñas. Así, en esa fecha, debían disponer también de sistemas colectores y de un tratamiento secundario o proceso equivalente las aglomeraciones que alcancen entre 10.000 y 15.000 habitantes equivalentes, así como las que cuenten con una población de entre 2.000 y 10.000 habitantes equivalentes y viertan en aguas continentales o estuarios.

(31) Los objetivos del LINDE, puesto en marcha, desde 1993, por la Subdirección General de Gestión del Dominio Público Hidráulico, son «delimitar y deslindar físicamente, cuando proceda, las zonas del D.P.H. presionadas por intereses de cualquier tipo, que corren riesgo cierto de ser usurpadas, explotadas abusivamente o degradadas por falta de una respuesta contundente y reglamentada de la Administración».

Mayor información sobre este Proyecto en el artículo «La delimitación del dominio público hidráulico. Proyecto Linde», publicado en la revista *Boletín de Informaciones y Estudio*, Nueva Serie, de la D. G. de OO.HH. y Calidad de las Aguas, MMA, nº 55, año 2000, páginas 33 y ss.

(32) Esta última integra, desde 1993, a las, ya existentes, red de Control de Calidad de las Aguas, COCA (actualmente con más de 500 estaciones), red de Control de Aguas Prepotables, COAS, y red de Control de la Vida Piscícola (ICTIOFAUNA).

En la actualidad, se encuentra en fase de elaboración un Sistema de Información de Calidad del Agua, SICA para el control, diagnóstico y evolución de la calidad, que desarrollará funciones de control y vigilancia de la calidad de las aguas mediante las redes ICA, SAICA, aguas subterráneas, etc.

(33) Sólo Milán y Bruselas comunicaron a la Comisión su incapacidad de hacerlo cumplir a corto plazo, ya que la puesta en marcha de sus sistemas de tratamiento de aguas estaba prevista entre los años 2003 y 2004.

Las que tengan menos de 2.000 y viertan en aguas continentales y estuarios, o menos de 10.000 y viertan en aguas marítimas, dispondrán de un tratamiento adecuado para sus aguas residuales.

Pero también hay que hacer mención del problema ambiental que puede producir el tratamiento de las aguas residuales urbanas, como consecuencia la generación de lodos de depuradora, que, a su vez, necesitan tratamientos adecuados. A este respecto, se ha aprobado el Plan Nacional de Lodos de Depuradoras de Aguas Residuales 2001-2006 (34).

La Directiva 91/271/CEE, sobre tratamiento de aguas residuales urbanas, establece de una manera general que las vías de evacuación de los lodos de depuradora se preverán minimizando los efectos nocivos sobre el medio ambiente, y que dichas vías deberán estar sometidas a normas, registros y/o autorizaciones; en todo caso, la Directiva obligó a los Estados miembros a suprimir la evacuación de los lodos de depuradora a las aguas de superficie antes de 1999.

Para los lodos de depuradora son de aplicación todas las normas en vigor relativas a los residuos, y en particular la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, que traspone al Derecho interno español la Directiva 91/156/CEE, conocida como Directiva marco de residuos y la Decisión 94/3/CEE, que establece el Catálogo Europeo de Residuos, incorporado a nuestro ordenamiento por Resolución del Ministerio de Medio Ambiente de 17 de noviembre de 1998. La importante Ley 10/1998 ya que introduce en nuestro ordenamiento jurídico algunos principios nuevos de gestión que hay que respetar, como los de prevención (que también inspira la Ley 11/97 de Envases y Residuos de Envases), priorización y el de responsabilidad del productor. A las instalaciones para la gestión de los lodos de depuradora les es asimismo de aplicación la Directiva 96/61 (IPPC), que entre otras cosas contempla la utilización de las mejores técnicas disponibles (MTD) en las actividades de gestión de los lodos.

En el Plan Nacional de Residuos Urbanos (2000-2006) se incluyen todos los Residuos Urbanos o Municipales comprendidos en la acepción dada en el artículo 3 b de la Ley 10/98 de Residuos, esto es, los generados en los domicilios particulares, comercios, oficinas y servicios, así como todos aquellos que no tengan la calificación de peligrosos y que, por su naturaleza o composición, puedan asimilarse a los producidos en los anteriores lugares o actividades. A los efectos de este Plan tendrán también la consideración de resi-

(34) El Plan se aprobó por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de junio de 2001, publicado por la Resolución de 14 de junio de 2001, de la Secretaría General de Medio Ambiente (BOE de 12 de julio de 2001).

duos urbanos, quedando por tanto comprendidos dentro del ámbito de actuación del PNRU, los siguientes: residuos procedentes de la limpieza de vías públicas, zonas verdes, áreas recreativas y playas; productos textiles y residuos de maderas de origen doméstico; otros residuos no peligrosos domésticos/comerciales (aceites y grasas vegetales y otros).

El Plan Nacional (35) se inspira en los principios recogidos en el Artículo 1.1 de la Ley 10/98 de Residuos y tiene por objeto prevenir la producción de residuos, establecer sus sistemas de gestión y promover, por este orden, su reducción, reutilización, reciclado y otras formas de valorización. El Plan se desarrolla, entre otros, a través de los siguientes objetivos específicos: estabilizar en términos absolutos la producción nacional de residuos urbanos lo que equivale a reducir la generación per cápita; implantar la recogida selectiva; reducir, recuperar, reutilizar y reciclar los residuos de envases; valorizar la materia orgánica de los RU, en particular mediante su compostaje, y eliminar de forma segura las fracciones no recuperables o valorizables de los mismos.

Por otro lado, son de destacar determinadas actuaciones impulsadas por la Administración del Estado que tienen como principal objetivo atender el abastecimiento a determinadas zonas con déficit hidráulico. En este grupo cabe citar, a título de ejemplo, las obras establecidas en el protocolo de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y la Junta de Castilla-La Mancha, firmado el 12 de enero de 2000, por importe de 264 millones de euros, con la finalidad de construir un trasvase desde el acueducto Tajo-Segura para mejorar el abastecimiento de más de 50 pueblos de la Llanura Manchega, entre los que se encuentran núcleos tan importantes como Ciudad Real y Puertollano. En la citada Comunidad Autónoma también hay que señalar el proyecto de Abastecimiento a Albacete, presentado en febrero de 2000 por el Ministerio de Medio Ambiente, que aprovechará el acueducto Tajo-Segura a su paso por la ciudad manchega. La financiación de las obras correrá a cargo del Ayuntamiento, que aportará el 15% y el IVA correspondiente, y el resto del MMA.

En Andalucía, para garantizar el suministro tanto para riegos como para abastecimiento, está en marcha el proyecto de trasvase entre los embalses del Negratín (Granada) y Almazora (Almería), cuya declaración de impacto

(35) El PNRU tiene en cuenta lo previsto por la Directiva del Consejo de la UE sobre Vertido, 99/31/CEE, en relación con las reducciones en los volúmenes de residuos destinados a eliminación, e incorpora, además, otras recomendaciones y estrategias en la gestión de residuos, como son las establecidas en la Conferencia de Estocolmo de 1972, la

Conferencia de Río de 1992, el 5º Programa de Acción de la Unión Europea «Hacia un Desarrollo Sostenible», y la Resolución del Consejo, de 24 de febrero de 1997, sobre una estrategia comunitaria de gestión de residuos.

ambiental se publicó en el BOE de 11.2.2000. Se pretende realizar un trasvase de 50 Hm³ de agua al año desde la cuenca del Guadiana Menor en la cuenca del Guadalquivir, a la cuenca del Sur. El MMA dedicará una inversión total para estas obras de más de 141 millones de euros. En la cuenca del Guadalquivir, otra obra, ya construida, es el trasvase Guadiaro-Guadalete, desde la provincia de Málaga a la de Cádiz, que supondrá una importante medida para solucionar los problemas de abastecimiento de la ciudad de Cádiz y su provincia, frecuentemente afectadas por la sequía. Las obras han consistido principalmente en la construcción de un túnel entre los ríos Guadiaro y Majaceite, de 14 km, lo que le convierte en el segundo más largo de España, tras el del trasvase Tajo-Segura (36). También en Andalucía, se ha construido la desaladora de Carboneras (Almería), la más grande de Europa, que permitirá garantizar el abastecimiento de agua potable a cerca de 14.000 habitantes.

III. LA COMPETENCIA LOCAL PARA EMITIR LAS AUTORIZACIONES RELATIVAS A VERTIDOS INDIRECTOS A AGUAS SUPERFICIALES. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2006 Y EL REAL DECRETO LEY 4/2007, DE 13 DE ABRIL

El Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, modificó el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, para reconocer la competencia de las Entidades Locales para autorizar vertidos indirectos a aguas superficiales. Como resaltó su Exposición de Motivos, con la promulgación de esta modificación se trasladaba la competencia de autorización a la Administración gestora de la red de conducción de aguas residuales en la que se produzca el vertido, dado que tal competencia estaba residenciada anteriormente en la Administración hidráulica y no en la entidad local gestora de la red de conducción de aguas residuales.

La reforma normativa era razonable en la medida en que la autorización de vertido pasaba a ser emitida por la Administración que dispone de los elementos técnicos y fácticos indispensables para hacer viable su seguimiento y

(36) La Comisión de explotación del trasvase se creó en 1999, al amparo de la Ley de 1 de junio de 1995, que contempla la transferencia de volúmenes de agua entre ambas cuencas y regula las condiciones y límites de esa derivación de caudales. El 20 de octubre de 2000, la Comisión aprobó la norma de explotación del trasvase, basada en dicha Ley, siendo condición indispensable para su activación la existencia de un caudal de al menos 5 metros cúbicos por segundo en la cuenca cedente. Más información, incluyendo documentación gráfica, en *Revista de los Ministerios de Fomento y Medio Ambiente*, número 491, noviembre-diciembre 2000, y en la página web del Ministerio de Medio Ambiente (www.mma.es).

control y garantizar su adecuación a la normativa aplicable, es decir, los entes locales a los que corresponde la función de saneamiento de las aguas en las que el vertido se produce.

Con anterioridad a la aprobación del RD 606/2003, la autorización de vertidos, tanto directos como indirectos venía regulada reglamentariamente en los artículos 245 a 252 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, cuyos preceptos no contenían una expresa atribución de competencias, limitándose a establecer que los vertidos contaminantes, directos o indirectos, al dominio público hidráulico requieren autorización administrativa y a reproducir lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, con remisión expresa a este precepto.

Dentro de la misma Sección Primera, relativa a la autorización de vertidos, el artículo 248 del indicado Reglamento establecía que el Organismo de cuenca recabará los informes que procedan, para en el siguiente ordenar que, una vez ultimado el expediente y evacuado el trámite de vista y audiencia, se debería dictar la resolución que proceda.

El artículo 25.2.l) de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local atribuye al municipio la competencia en materia de alcantarillado y aguas residuales, pero esta competencia sobre el servicio público de alcantarillado tendente a la recogida de las aguas sucias procedentes de la población, a través de un sistema de conductos o colectores, no es razón para conferirle la atribución de autorizar vertidos indirectos contaminantes al dominio público hidráulico, regulados en el Capítulo II, Título V, del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que reproduce lo establecido en el mismo Título y Capítulo de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, modificada por Ley 46/1999, de 13 de diciembre.

Otro tanto cabe señalar respecto de la competencia municipal para el tratamiento de aguas residuales.

Así lo entendió, en su día, la doctrina jurisprudencial al declarar el Tribunal Supremo que la competencia para autorizar vertidos indirectos, a través del colector municipal, a los cauces públicos es independiente de la que ostentan los Ayuntamientos en materia de saneamiento, salubridad, eliminación o evacuación de aguas fecales (Sentencia de 25 noviembre de 1985, R.J. 1985/5699).

En cuanto al artículo 42.3 a) de la Ley General de Sanidad, si bien atribuye a los Ayuntamientos el control sanitario del medio ambiente (contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales), entre estas competencias no cabe entender incluida la autorización de vertidos contaminantes a las aguas continentales o a cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, cuyo

régimen jurídico se contempla en el citado Capítulo II del Título V, del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

En materia de vertidos, el Texto Refundido de la Ley de Aguas se limita a recoger lo establecido en la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, modificada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre. Así, el artículo 2 a) del Texto Refundido de la Ley de Aguas establece que constituyen el dominio público hidráulico las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, mientras que el artículo 24 a) de dicho Texto Refundido recoge lo establecido antes por el artículo 22 a) de la Ley de Aguas 29/1985, según el cual los Organismos de cuenca tienen, entre sus atribuciones y cometidos, el otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico.

Al regular los vertidos, el artículo 100.1 del Texto Refundido, al igual que ya dispusiese el párrafo segundo del artículo 92 de la Ley de Aguas 29/1985, establece que se considerarán vertidos los que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizados. Por su parte, el artículo 101.3 del Texto Refundido dispone que «a los efectos del otorgamiento, renovación o modificación de las autorizaciones de vertido, el solicitante acreditará ante la Administración hidráulica competente, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la adecuación de las instalaciones de depuración y los elementos de control de su funcionamiento a las normas y objetivos de calidad de las aguas», para más adelante, en sus artículos 104 y 105, fijar las competencias de los Organismos de cuenca a fin de revisar las autorizaciones de vertido, así como, comprobada la existencia de un vertido no autorizado o que no cumpla las condiciones de la autorización, incoar procedimiento sancionador, revocar la autorización o autorizarlo cuando el vertido sea susceptible de legalización.

En consecuencia, según la Ley de Aguas, la Administración hidráulica competente para otorgar autorización de vertidos al alcantarillado es el Organismo de cuenca.

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 18 de octubre de 2006 concluyó que al no existir norma con rango de ley formal que atribuya competencia a los entes locales para autorizar vertidos indirectos a aguas superficiales, el artículo 245.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, modificado por Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo (37), vulnera lo establecido concorda-

(37) El Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, que aprobó el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, fue impugnado por el Ayuntamiento de Benifaio (Valencia).

damente en los artículos 2.2, 7.1 y 25.3 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, según los cuales sólo por ley formal cabe determinar las competencias municipales, «razón por la que el indicado precepto reglamentario, contenido en el artículo 245.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, modificado por Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, al atribuir a los entes locales la competencia para autorizar vertidos indirectos a aguas superficiales, es nulo de pleno derecho, conforme a lo dispuesto concordadamente en los artículos 51.1 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así lo debemos declarar de acuerdo con lo establecido en los artículos 68.1 b), 70.2, 71.1 a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

La declaración de nulidad del último inciso del artículo 245.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en la redacción dada por el Real Decreto 606/2003, ha supuesto, en concordancia con lo establecido en el artículo 245.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que la competencia para autorizar los vertidos indirectos a aguas superficiales pase a ser de los organismos de cuenca, y por ende el control del cumplimiento de las condiciones de la correspondiente autorización.

Sin embargo, con posterioridad a la sentencia el Real Decreto-Ley 4/2007, de 13 de abril, ha modificado el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (38), para atribuir expresamente la competencia para autorizar vertidos indirectos a aguas superficiales a las entidades locales.

Como señala la Exposición de Motivos del RD-Ley 4/2007, el disociar la competencia en cuestión de los entes que gestionan las redes de conducción de aguas residuales en las que se producen tales vertidos es una situación claramente anómala, porque resulta evidente que sólo debe otorgar la autorización de vertido la entidad que dispone de los elementos técnicos y fácticos indispensables para hacer viable su seguimiento y control y garantizar su adecuación a la normativa aplicable.

Razona la norma citada que para garantizar la correcta actuación administrativa en un tema tan sensible como es la calidad de las aguas, las dos actuaciones, autorización de vertido y gestión de las conducciones en que dicho vertido se produce, deben ser competencia de un único ente. El otor-

(38) Véase la Resolución de 26 de abril de 2007, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del R.D.-Ley 4/2007, de 13 de abril.

gamiento de autorizaciones por los organismos de cuenca podría repercutir negativamente en las redes gestionadas por otras Administraciones y, en última instancia, en el adecuado control de la calidad de las aguas. Además, se produciría la paralización o el colapso en la emisión de las autorizaciones correspondientes a los vertidos indirectos a las aguas superficiales, toda vez que, conforme a lo establecido en la Ley de Aguas, cualquier vertido, por pequeño que sea, requiere autorización administrativa, sin distinguir si su destino es el alcantarillado o el dominio público hidráulico, por lo que los organismos de cuenca habrían de tramitar las autorizaciones correspondientes a todos los vertidos procedentes de industrias, comercios, etc., de los más de ocho mil municipios existentes en España.

De esta forma, se ha vuelto a privar a los organismos de cuenca de la competencia para autorizar vertidos indirectos a aguas superficiales, sólo que esta vez a través de una norma con rango de ley.

Resulta llamativo comprobar cómo la reforma se ha realizado a través de un Decreto Ley, cuyo carácter extraordinario y urgente (requisitos exigidos por el artículo 86 de la Constitución) se justifica en la Exposición de Motivos de la norma por

«el carácter imprevisible de la situación, puesto que en modo alguno cabía anticipar el sentido de la resolución judicial que ha dado lugar a la misma. En segundo lugar, la necesidad de restablecer la situación competencial alterada por la referida sentencia no puede calificarse de ordinaria. No se trata en este caso de la aprobación de una norma innovadora desde el punto de vista jurídico y material, sino, antes al contrario, restablecer un régimen de funcionamiento que, de manera súbita e inopinada, ha sido suprimido por una resolución jurisdiccional. Por tanto, la necesidad a la que se pretende hacer frente reviste carácter extraordinario, pues la misma se ha puesto de manifiesto de manera imprevisible y requiere una solución atípica y específica, cual es el inmediato restablecimiento del reparto competencial que se resulta adecuado a las funciones que tienen atribuidas las distintas Administraciones Públicas afectadas.

Por último, la urgencia de la necesidad surgida se desprende sin esfuerzo de la exposición material que antecede. El período de tramitación de una disposición legal ordinaria provocaría que la situación descrita se agravara considerablemente, dando lugar a dos posibilidades de actuación igualmente indeseables: bien al otorgamiento irresponsable de las autorizaciones de vertido por órganos que no disponen de la información ni de la capacidad de control de la actividad autorizada, bien la paralización de la actividad administrativa de otorgamiento de autorizaciones hasta la aprobación de la correspondiente norma legal ordinaria, con las extraordinariamente negativas repercusiones que dicha opción comporta para la actividad de multitud de empresas que vierten a las redes de colectores municipales».

Pues bien, el nuevo apartado 2 del artículo 101 del texto refundido de la Ley de Aguas dispone que las autorizaciones de vertido corresponderán a la Administración hidráulica competente, salvo en los casos de vertidos efectuados en cualquier punto de la red de alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales o por entidades dependientes de las mismas, en los que la autorización corresponderá al órgano autonómico o local competente.

LE ACQUE PIÙ «PREGIATE»: I REGIMI AMMINISTRATIVI DELLE ACQUE MINERALI E TERMALI

SANDRO AMOROSINO

SUMARIO: I. IL REGIME GIURIDICO PECULIARE DELLE ACQUE MINERALI E TERMALI.— II. I COMPLICATI SISTEMI «PARALLELI» DELLE FONTI NORMATIVE: TRA LA MATERIA DELLE ACQUE E QUELLA DEI PRODOTTI ALIMENTARI; TRA REGOLE COMUNITARIE E NORMATIVE STATALI E REGIONALI: 1. Le acque minerali. 3. Le acque e gli stabilimenti termali.— III. LE COMPETENZE LEGISLATIVE INTERNE: ATTRIBUZIONE RESIDUALE ALLE REGIONI E ATTRIBUZIONI — RISERVATE O CONCORRENTI — DELLO STATO.— IV. I PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI RELATIVI ALLA GESTIONE DELLE ACQUE MINERALI E TERMALI: TIPOLOGIE E SEQUENZE.

I. IL REGIME GIURIDICO PECULIARE DELLE ACQUE MINERALI E TERMALI

Le acque «ordinarie» — potabili, irrigue o destinate ad usi industriali — sono, al contempo: un bene vitale al quale deve essere garantito l'accesso delle collettività (J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, Milano, 2000) — di qui in molti ordinamenti la qualificazione come beni pubblici — una risorsa e componente ambientale da gestire oculatamente ed una merce che viene distribuita mediante diverse reti, che costituiscono l'elemento base di servizi universali, peraltro di grande rilevanza economica (F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, vol. VI del *Trattato di diritto dell'economia*, a cura di E. PICOZZA ed E. Gabrielli, Padova, 2008).

Le acque minerali e termali sono «speciali» (perché hanno struttura chimico fisica peculiare) e *pregiate* (perché costituiscono una merce destinata al consumo o all'uso — le termali — di massa, ma non universale).

(*) Relazione di settore al XVI Congresso italo spagnolo dei professori di diritto amministrativo — Saragozza 23-25 ottobre 2008 dedicato ai regimi giuridici delle acque.

L'autore ringrazia per la gentile collaborazione nel reperimento dei materiali l'Avv. Ettore Fortuna, Presidente, e l'Avv. Paola Parziale, consulente giuridico di Federacqua, ed il Dott. Luigi Fasano di Federterme e per le indicazioni il Prof. Renato Federici.

Non formano oggetto di servizio pubblico — almeno nel senso più attuale e restrittivo della locuzione (F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici* ora in *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002 e G. DELLA CANANEA, voce *Servizi pubblici* in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. CLARICH e G. FONDERICO, Milano, 2007) — non vengono immesse in reti, ma sono oggetto di imbottigliamento e distribuzione commerciale (le minerali) o di fruizione in appositi stabilimenti termali, che sono le aziende di imprese operanti nel settore della *fitness*.

La netta distinzione ha trovato riscontro anche in sede di regolamento di giurisdizione in quanto le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza n. 176 del 23 aprile 2001, hanno stabilito il principio che le acque minerali non rientrano nella disciplina delle acque pubbliche e che pertanto le controversie ad esse relative rientrano nella giurisdizione dei giudici amministrativi e non in quella dei Tribunali delle Acque Pubbliche (V. CARBONE, *Recentissime dalla Cassazione Civile*, in *Giur. It.* 2001).

Inoltre le acque minerali e termali come beni pubblici non sono disciplinate dalle leggi generali sulle acque ma costituiscono *species* del *genus* «beni minerari».

E — nell'ottica del diritto dell'economia — le diverse discipline normative che se ne occupano sono riconducibili alle tematiche dei controlli, anche conformativi, sulle imprese private (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995), in ragione dell'inerenza ad esse di interessi pubblici, che sono molteplici: ambientali, relativi ai procedimenti di coltivazione delle sorgenti minerali e termali, igienico-sanitari (relativi alla preparazione degli alimenti — per le minerali; e agli stabilimenti — per le termali).

Si hanno — così — una molteplicità di procedimenti amministrativi:

- a) autorizzazioni o permessi di ricerca;
- b) concessioni (regionali) per la coltivazione dei giacimenti, le quali presuppongono o per così dire «internalizzano» — in molte normazioni regionali — due — paralleli — altri procedimenti:
 - di accertamento (riconoscimento) della mineralità o termalità dell'acqua;
 - di verifica dell'impatto sul sistema ambientale dello «sfruttamento» delle sorgenti e giacimenti
- c) controlli sulla produzione (delle acque minerali come alimenti) e sulla gestione degli stabilimenti termali.

L'unico tratto in comune con il regime delle acque «ordinarie» — trattandosi in ambedue i casi di beni pubblici — è la previsione di un regime consensuale per l'utilizzazione da parte di privati.

Si tratta, tuttavia — nei due ambiti — di procedimenti concessori sia strutturalmente che funzionalmente differenti: da un lato di captazione o derivazione e/o utilizzazione delle acque pubbliche, dall'altro di coltivazione, «produzione» e commercializzazione di beni minerali.

Le acque minerali (così definite perché contengono sali o metalli — allo stato colloidale) e termali (in quanto sgorgano ad alta temperatura) (S. ZARA, voce *Acque minerali* in Dig. Disc. Pubbl. — Aggiornamento, Torino, 2005) hanno — in sintesi — un regime giuridico peculiare perché sono assoggettate ad una pluralità di discipline amministrative, che concorrono alla configurazione del regime stesso.

II. I COMPLICATI SISTEMI «PARALLELI» DELLE FONTI NORMATIVE: TRA LA MATERIA DELLE ACQUE E QUELLA DEI PRODOTTI ALIMENTARI; TRA REGOLE COMUNITARIE E NORMATIVE STATALI E REGIONALI

Prima di accennare brevemente alle varie discipline amministrative concorrenti è indispensabile mettere a fuoco le problematiche *latu sensu* «costituzionali» della materia: il sistema delle fonti del diritto e, intrecciato ad esso, l'attribuzione delle competenze legislative ed amministrative nell'ordinamento italiano.

Più che di sistema unico delle fonti occorre parlare di più sistemi verticali, affiancati a canne d'organo, che — in più — sono in certa misura diversi per le acque minerali e per quelle termali.

1. Le acque minerali

All'apice dei diversi sistemi di norme stanno — per le acque minerali — varie normative comunitarie, succedutesi negli anni (P.G. CALÀ, *Aspetti normativi nazionali e comunitari delle acque minerali naturali* in Boll. Chimici Igiene n. 4/2007), le quali si dispongono su due versanti:

- quello specifico delle acque minerali;
- quello generale degli alimenti o prodotti alimentari.

La compresenza ha avuto origine dal fatto che le acque minerali sono considerate alimenti, a partire dalla direttiva 80/777/CEE, che ha sostanzialmente recepito il criterio tedesco di identificazione delle acque minerali, incentrato sulla loro particolare composizione chimica, rendendo recessivo quello italiano e francese, incentrato sulle proprietà di natura terapeutica possedute dalle acque stesse (M. STIPO, *Spunti comunitari e di diritto interno in*

materia di acque minerali e termali in AA.VV., *Approfondimenti sul diritto minerario nazionale e introduzione al diritto minerario comunitario e comparato*, a cura di R. FEDERICI, Padova, 2001). La scelta comunitaria fu palesemente volta ad escludere le implicazioni terapeutiche, di difficile determinabilità, al fine di favorire la circolazione nel mercato interno della merce «acqua minerale» (applicando il principio della libera circolazione delle acque minerali riconosciute da ciascuno stato membro, al quale è strumentale la pubblicazione sulla GUCE degli elenchi delle acque minerali riconosciute in ciascuna nazione).

Iniziamo dalle direttive specifiche (o settoriali).

La Direttiva 80/777 è stata recepita nell'ordinamento italiano dal D.Lgs. n. 105/1992 — sul quale si tornerà — che definisce le acque minerali in relazione al possesso di caratteristiche igieniche particolari ed «eventualmente» proprietà favorevoli alla salute.

Alla prima direttiva sono seguite la direttiva 96/70/CE, che ha modificato la direttiva 80/777, ed è stata recepita nell'ordinamento italiano con D. Lgs. n. 339/1999 (il quale — specularmente — ha modificato il D. Lgs. n. 105/1992), e la Direttiva 2003/40/CE, che ha determinato l'elenco, i limiti di concentrazione e le indicazioni di etichettatura per le acque minerali naturali, recepita nell'ordinamento italiano con il D.M. 11 settembre 2003, relativamente all'etichettatura e con D.M. 29 dicembre 2003, relativamente alle caratteristiche delle acque minerali naturali ed ai trattamenti di esse e delle acque di sorgente.

Anche solo dai sommari riferimenti al contenuto delle normative comunitarie, emergono i *punti di contatto* con la normazione in materia alimentare, ad esempio: per quanto riguarda l'etichettatura, i materiali a contatto con gli alimenti [le bottiglie] o la tracciabilità.

La prevalenza — in sede comunitaria — della concezione delle acque minerali come *merce—alimento* spiega perché si debba accennare alla «seconda canna dell'organo», vale a dire il diritto alimentare comunitario (sul quale v. L. COSTATO, *Corso di diritto alimentare*, Padova, 2007).

Vengono qui in rilievo il regolamento CE n. 178/2002 (per il quale le bevande sono ricomprese nella nozione di alimento) ed il regolamento CE n. 2073/2005, nel quale sono definiti i criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari, che (art. 1) «*si applica senza pregiudizio di altre norme specifiche relative al controllo dei microorganismi, stabilite dalla legislazione comunitaria e in particolare ... dei criteri microbiologici di cui alla direttiva 80/777...*».

Dunque la normazione comunitaria generale fa salva e rinvia alla normazione di settore in materia di acque.

Di conseguenza si applica alle acque minerali anche il Regolamento CE n. 852/2004, che reca norme generali in materia di igiene dei prodotti alimentari, prescrivendo in particolare la notifica degli stabilimenti nei quali avviene la produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti, ai fini della *registrazione* degli stabilimenti stessi.

Ed, ancora conseguentemente, si applica anche il Regolamento CE n. 882/2004, relativo ai controlli ufficiali volti a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi ed alimenti. Si tratta essenzialmente dei controlli igienico-sanitari (articolati nella sorveglianza, nel monitoraggio, nelle verifiche ed ispezioni e nell'*audit*).

«A valle» delle direttive riguardanti le acque minerali e dei Regolamenti comunitari sugli alimenti vi sono le normative statali di recepimento delle direttive, le leggi statali di settore e, con un ruolo sempre più predominante, *ma non esclusivo*, le leggi regionali.

La ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni si deduce dall'art. 117 della Costituzione, alla cui interpretazione è dedicato il paragrafo 3, al quale si rinvia.

2. Le acque e gli stabilimenti termali

Molto più semplice è il sistema delle fonti normative che riguardano le acque termali, delle quali la normazione comunitaria non si è occupata, in quanto esse non sono una merce, e soprattutto una merce suscettibile di circolazione nel mercato interno, come le acque minerali, e la loro fruizione può avvenire solo in prossimità delle sorgenti o giacimenti, prevalentemente in appositi stabilimenti.

Di conseguenza il testo normativo «di riferimento» è la l. n. 323/2000, «Riordino del settore termale», la quale (v. S. ZARA, *Acque minerali*, cit.): definisce le acque termali; rinvia per la definizione di stabilimenti termali al regolamento n. 1924/1919 (quelli in cui si utilizzano a scopo terapeutico le acque minerali, i fanghi e le «stufe» naturali o artificiali — ad esempio le saune — e stabilisce che i titolari debbano avere un titolo di legittimazione, che può essere la concessione, o subconcessione, mineraria, oppure l'autorizzazione (a norma delle leggi sanitarie) regionale; definisce le cure termali; promuove il termalismo ed il marchio di qualità termale.

III. LE COMPETENZE LEGISLATIVE INTERNE: ATTRIBUZIONE RESIDUALE ALLE REGIONI E ATTRIBUZIONI — RISERVATE O CONCORRENTI — DELLO STATO

L'art. 117 della Costituzione, nel testo originario, includeva le acque minerali e termali tra le materie oggetto di potestà legislativa concorrente, nelle quali la normazione regionale si poteva esplicitare nei limiti dei *principi fondamentali* stabiliti dalle leggi dello Stato.

Il nuovo art. 117 — nel testo sostituito con l. cost. n. 3/2001 — non menziona più né le acque minerali e termali, né — più in generale — le miniere.

Nel nuovo modello costituzionale ciò comporta l'attribuzione della potestà legislativa primaria alle regioni (L. TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle regioni*, in *Le Regioni*, 2002, p. 343 ss.). Tale attribuzione primaria riguarda più in generale i beni minerari (F. FRANCARIO, *I beni minerari e le fonti di energia* in AA.VV., *I beni pubblici: tutela valorizzazione e gestione*, a cura di A. POLICE, Milano, 2008), nei quali continuano ad essere incluse le acque minerali e termali.

Per quanto riguarda la specifica materia in esame attribuzione primaria non significa tuttavia un'esclusiva regionale, in quanto:

— se da un lato è vero che il nuovo art. 117 ha segnato, per implicito, «*il venir meno dell'interesse statale allo sfruttamento dei minerali non energetici, con il conseguente unitario assoggettamento di miniere, cave e torbiere ed acque minerali e termali al regime amministrativo che i legislatori regionali potranno per essi determinare*» (F. FRANCARIO, cit.);

— è anche vero che sussiste — sotto molteplici profili e con vari gradi di «intensità» — anche una potestà legislativa statale.

In estrema schematizzazione le fonti di legittimazione della persistenza di poteri legislativi statali sono:

1) l'attribuzione alla potestà legislativa statale esclusiva della tutela della concorrenza; un'attribuzione «pervasiva», che riguarda tutti i settori di attività economica assegnati alla potestà legislativa regionale, concorrente o residuale che sia (L. TORCHIA, cit.). In particolare la tutela della concorrenza «*non è estranea*» (E. FOLLIERI, *Profili amministrativi nell'individuazione delle materie di cui all'art. 117 Cost.* in *Annuario 2002* dell'Ass. It. Prof. Dir. Amm. — AIPDA, Milano, 2003) alla materia *de qua*.

In concreto i profili sotto i quali può venire in rilievo la tutela della concorrenza rispetto alla legislazione regionale in tema di acque minerali e ter-

mali riguardano tutte le scelte normative che si traducano in limitazioni della concorrenzialità di imprese operanti nel mercato di settore, nazionale ed europeo, in ragione unicamente della loro localizzazione in un determinato territorio regionale.

Così, ad esempio, la sottoposizione delle concessioni di acque minerali e/o delle autorizzazioni a realizzare gli impianti (di lavorazione — ad esempio: miscelazione) o gli stabilimenti termali a contingentamenti quantitativi, sia pure a mezzo di piani regionali di settore.

La Corte Costituzionale ha certo affermato che «*subordinare il rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di una grande struttura di vendita*» (ipermercato) «*alla previa programmazione urbanistica*» costituisce «*un limite non irragionevole all'iniziativa economica privata per la salvaguardia di un bene di rilievo costituzionale qual'è il governo del territorio*» (S. AMOROSINO, *Il governo dei sistemi territoriali*, Padova, 2008), ma tale principio di contingentabilità delle intraprese private appare di difficile applicazione alla materia in esame in quanto per essa l'unico limite è, per così dire, naturale o oggettivo ed è dato dal numero delle sorgenti o dei giacimenti di acque minerali e termali, che sono peraltro in molti casi suscettibili di sfruttamenti multipli.

Si tratta, come si vede, di una materia che mal tollera i contingentamenti degli impianti, anche ad opera di strumenti pianificatori di settore, perché i provvedimenti limitativi o preclusivi devono essere motivati, caso per caso, con puntuali e specifiche ragioni di tutela ambientale.

E' anche configurabile — per fare un secondo esempio — una lesione della par condicio *nel mercato* delle imprese di settore quando, come accade in Italia, le Regioni assoggettano i concessionari, oltre al normale canone concessorio, anche al pagamento di contributi commisurati alla quantità di acqua minerale imbottigliata o comunque utilizzata. Tali contributi sono estremamente differenziati da regione a regione e sono inoltre calcolati in alcuni casi sulla base di parametri astratti (ad esempio: la superficie dell'area data in concessione) o della quantità di acqua estratta.

Viceversa nessun rilievo ha la qualità (e quindi il prezzo) dell'acqua estratta nei singoli casi.

Ne consegue che — a parità di condizioni analoghe (non identiche, perché ogni acqua minerale naturale costituisce un *unicum*) — l'estrazione e la produzione è spesso molto più onerosa per l'impresa operante in una certa regione che per un'impresa operante nella regione confinante (ciò che inevitabilmente ricade sui consumatori).

E' superfluo sottolineare che la misura del contributo è stabilita in sede politica, prescindendo del tutto da valutazioni che attengono alla natura, allo

sviluppo ed alla concorrenzialità delle imprese, ma unicamente sulla base del fabbisogno contingente della finanza regionale (spesso mal gestita).

Negli esempi fatti la tutela della concorrenza si configura come tutela della *par condicio* delle imprese *nel mercato* e legittima interventi del legislatore statale che circoscrivano la discrezionalità/irragionevolezza della normazione regionale nel prevedere, o consentire, il ricorso, da parte delle amministrazioni regionali e locali (alle quali spesso sono delegate o affidate le funzioni gestionali) di meccanismi distorsivi della concorrenza stessa;

II) l'attribuzione allo Stato della potestà legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, che si riverbera sulla materia *de qua* (N. GULLO, *Beni pubblici* in AA.VV., *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO e V. LOPILATO, Parte speciale — vol. II, Milano, 2006) data la — più volte accennata — rilevanza ambientale delle attività estrattive delle acque minerali e termali.

Di conseguenza la legislazione statale può prevedere, ad esempio:

- che la concessione della coltivazione dei giacimenti o delle sorgenti di acque minerali naturali e termali sia subordinata a previa Valutazione di Impatto Ambientale (sulla quale v. P. DELL'ANNO, *Elementi di diritto dell'ambiente*, Padova, 2008; G. MANFREDI, *VIA e VAS nel codice dell'ambiente* — relazione alle *Giornate di studio sul Codice dell'Ambiente*, Università di Palermo, maggio 2008; E. BOSCOLO, *VAS e VIA riformate: limiti e potenzialità degli strumenti applicativi del principio di precauzione* in Urb. e App. n. 5/2008, p. 544);
- che — a scala più vasta — i piani di settore («minerale» e «termale»), eventualmente previsti dalle leggi regionali, siano assoggettati alla previa Valutazione Ambientale Strategica (sulla quale v. L. GALLO, voce *Valutazione Ambientale Strategica* in Dig. Disc. Pubbl. — Aggiornamento, 2008);

III) l'attribuzione allo Stato della potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute e di alimentazione legittima la posizione dei principi fondamentali volti a garantire l'igiene dei processi produttivi e dei prodotti, nonché — per le acque termali — del loro trattamento e della gestione degli stabilimenti termali e le misure di controllo sanitarie conseguenti. Così, ad esempio, nell'auspicato Codice dell'Alimentazione — che negli anni scorsi non è riuscito a vedere la luce per l'ostruzionismo del Ministero della Salute — alcune norme dovrebbero esser specificamente dedicate alle acque minerali, in particolare per quel che concerne i tipi, i criteri ed i procedimenti di controllo sull'igiene, genuinità e qualità dei prodotti;

IV) infine il potere statale sostitutivo, anche preventivo, nei confronti delle regioni per l'attuazione delle direttive comunitarie nelle materie di propria competenza.

Come s'è visto il diritto comunitario ha una grande rilevanza nella disciplina della materia in esame.

Ferma restando la competenza statale «di primo impatto» nel dare attuazione alle eventuali direttive comunitarie in materia alimentare, ed in particolare dell'igiene degli alimenti, occorre soffermarsi sulle competenze attuative nelle materie, come le acque minerali e termali, di competenza residuale delle Regioni. Com'è noto (A. CELOTTO, *Le fonti comunitarie in AA.VV., Il diritto amministrativo dopo le riforme... cit.*, Parte Generale) in forza della legge n. 11/2005 — attuativa dell'art. 117, comma 5, della Costituzione — spetta alle Regioni il potere di dare immediata attuazione alle direttive, ma è previsto «un ampio potere sostitutivo statale, altresì preventivo, esercitabile — se possibile dopo una prima intimazione a provvedere — con norme cedevoli» (nel senso che vengono meno a seguito del successivo esercizio della potestà legislativa regionale).

Il potere sostitutivo può essere esercitato anche anticipatamente rispetto alla scadenza del termine stabilito da ciascuna direttiva per il suo recepimento, pure mediante atti precettivi di natura regolamentare ed amministrativa (V. LOPILATO e G. PASTORIO, *Le fonti comunitarie in R. CHIEPPA e V. LOPILATO, Studi di Diritto Amministrativo*, Milano, 2007) (specie in una materia, come quella in esame, che postula l'adozione di numerose norme tecniche, sulle quali v. M. GIGANTE, *Norma Tecnica in Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006).

Il potere sostitutivo si fonda sulla responsabilità primaria dello Stato nell'attuazione degli obblighi comunitari.

Il presupposto sostanziale per l'esercizio anticipato del potere sostitutivo è l'urgenza del recepimento; il presupposto procedurale è la previa intimazione alla Regione a provvedere (v., *amplius*, C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007, pp. 66-67 e G. SERGES, *Commento all'art. 117, comma 5*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006).

In conclusione: in relazione ai profili sub I, II e III è configurabile una potestà legislativa statale che si potrebbe definire, in senso lato, di coordinamento — in uno dei significati della locuzione (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3a ed., Milano, 1993), quello di uniformazione d'apice delle normazioni regionali mediante norme generali volte alla tutela della concorrenza, dell'ambiente e dell'igiene alimentare e — in generale — delle attività imprenditoriali.

Non si può escludere — se non altro a fini pratici — che tale potestà possa trovare il suo «precipitato» in una unica legge, breve, «di coordinamento».

IV. I PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI RELATIVI ALLA GESTIONE DELLE ACQUE MINERALI E TERMALI: TIPOLOGIE E SEQUENZE

Resta da accennare brevemente ai variegati procedimenti amministrativi mediante i quali vengono gestiti i diversi profili attinenti le acque minerali e termali. Sono procedimenti di grande rilievo pratico ma di agevole tipizzazione dogmatica.

Sono, in primo luogo, procedimenti autorizzatori della ricerca delle sorgenti e/o giacimenti delle acque minerali e termali. L'oggetto del *permesso di ricerca* è l'attività, in un ambito territoriale delimitato, volta ad accertare l'esistenza, consistenza e sfruttabilità a fini produttivi di sorgive o giacimenti di acque minerali e termali.

Il permesso viene rilasciato per un periodo di tempo delimitato.

Ove sia accertata l'esistenza del giacimento ha inizio il procedimento volto alla qualificazione dell'acqua come «minerale», incentrato su una serie di analisi scientifiche.

Il riconoscimento è dato dal Ministero della Sanità, anche ai fini dell'inserimento nell'elenco europeo delle acque minerali (v. *supra*) ed in quello nazionale delle acque termali.

Si tratta — in termini giuridici — di un procedimento di *certazione* della mineralità o termalità dell'acqua. Il provvedimento di riconoscimento comporta «l'ingresso formale» nell'ordinamento amministrativo dell'acqua (M. STIPO, *cit.*) che ha ottenuto la qualifica ufficiale, la denominazione e l'etichettatura.

Il procedimento di riconoscimento può essere anteriore, ma anche parallelo, al procedimento concessorio dello sfruttamento del giacimento o sorgente, che sono beni del patrimonio regionale indisponibile.

La concessione è dunque rilasciata dalla Regione, ma anche — a seconda delle leggi regionali — dalle province o dai comuni nel cui territorio ricadono le sorgenti o i giacimenti.

Come per tutti i beni minerari oggetto della concessione è l'«estrazione» e lo sfruttamento del bene stesso a fini imprenditoriali.

Il concessionario deve corrispondere un canone e poi un contributo per lo sfruttamento industriale.

Nell'ambito del procedimento concessorio debbono essere valutate — come s'è accennato — tutte le implicazioni ambientali della coltivazione e captazione.

Ciò vale sia per le acque minerali che termali.

In sostanza si tratta di accertare la compatibilità dello sfruttamento con la salvaguardia dell'ecosistema idrogeologico.

Nel procedimento concessorio si aprono dunque procedimenti incidentali ad oggetto ambientale, all'esito dei quali la concessione può essere rilasciata o negata o, più spesso, nel provvedimento concessorio possono esser inserite apposite prescrizioni volte a *conformare* l'attività d'impresa.

Caratteristica delle fattispecie concessorie — com'è noto — è quella di esser composte da un provvedimento amministrativo (che può anche non esservi) e da una convenzione che regola il rapporto concessorio, *in primis* le obbligazioni del concessionario (ad esempio: la realizzazione del programma industriale presentato o il rispetto delle prescrizioni di tutela ambientale). (B. MOAMELI, voce *Concessioni amministrative* nel *Dizionario di diritto pubblico*, cit.).

Un provvedimento in senso proprio può anche non esservi. In questi casi la convenzione è qualificabile come modulo convenzionale sostitutivo del provvedimento e si ha un accordo sostitutivo, ex art. 11 l. 241/1990 (F. SATTÀ, *Accordi* in *Dizionario del diritto amministrativo*, cit.) al quale l'Amministrazione può ormai fare ricorso in tutti i casi, salvo che la legge non lo vieti espressamente (v. S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del sistema Italia*, Milano, 2006).

La «produzione» industriale formava oggetto sino a qualche anno fa di apposita *autorizzazione*. A seguito del sopracitato regolamento CE n. 852/2004 — che prevede la registrazione degli stabilimenti di produzione delle acque minerali — nell'ambito della Conferenza Stato — Regioni è stato stipulato, in data 9 febbraio 2006, un accordo in forza del quale si prevede che, in luogo dell'autorizzazione, valga, ai fini della registrazione, la Dichiarazione di Inizio Attività, nel modello più volte modificato dal legislatore italiano (v. P. MARZARO GAMBA, *Dichiarazione di Inizio di Attività* in *Dizionario di diritto amministrativo...* cit.).

Per gli stabilimenti termali — viceversa — è ancora necessaria l'autorizzazione sanitaria regionale.

I *controlli sull'attività* sono — da un lato — quelli ordinari sulle produzioni alimentari e — dall'altro — quelli sanitari sulla gestione degli stabilimenti termali, nei quali la direzione della gestione è affiancata da una direzione sanitaria, da affidarsi ad un medico termalista.

LA NOZIONE GIURIDICA DI TERRITORIO

MARIA AGOSTINA CABIDDU

SUMARIO: I. IL TERRITORIO COME BENE GIURIDICO.— II. L'IMMATERIALITÀ DEL «BENE TERRITORIALE».— III. SEGUE: E LA SUA «PUBBLICITÀ».

I. IL TERRITORIO COME BENE GIURIDICO

Come sa chiunque, per una volta, abbia aperto un manuale di diritto pubblico, il territorio costituisce elemento fondante del fenomeno giuridico. Il suo ruolo è però mutato nel corso della storia (1) e se nello Stato assoluto — in cui tutto il potere sovrano si concentrava nella persona del monarca (2) — esso costituiva essenzialmente *patrimonium principis*, nel corso dell'Ottocento, con l'affermarsi dello Stato di diritto, divenne misura del potere, elemento identificatore dello stato nazionale in quanto stato territoriale e cioè Stato che aveva nel territorio non solo il limite della propria sfera di azione (sia verso gli altri stati sia al suo interno) ma anche una sua qualificazione, come soggetto legittimato in via esclusiva all'esercizio del potere in quell'ambito spaziale (3). Ciò

(1) Sul nesso territorio/diritto, C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1974), trad. it, Milano, 1991. Ricostruisce il concetto e l'evoluzione del termine «territorio», dal punto di vista storico, L. MANNORI, *La nozione di territorio fra antico e nuovo regime. Qualche appunto per uno studio sui modelli tipologici*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, 43 ss.

(2) Con il che non si intende affatto ignorare tutta quella storiografia che stigmatizzando le semplificazioni a cui, soprattutto i giuristi, troppo facilmente ricorrono nell'intento di sintetizzare fenomeni storici lunghi e complessi, sottopone a penetrante critica le nozioni di «stato assoluto», «stato moderno», «stato». Peraltro, accolto o respinto come concetto dal pensiero politico e giuridico e dalla storiografia relativa, lo Stato rimane nei fatti europei occidentali del secolo XVI-XVIII — quindi Stato moderno — un fenomeno di amministrazione pubblica senza precedenti per dimensioni e caratteristiche, meritevole per ciò solo di considerazione scientifica. In tal senso, E. ROTELLI, *Amministrazione e Costituzione. Storiografie dello Stato*, Bologna, 2008.

(3) Ricostruisce in modo efficace e suggestivo la parabola dello stato nazionale, F. BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, Relazione tenuta alla camera di commercio di Milano (1° dicembre 1994), in *Jus*, 1995, II, 193 ss. Sul diritto come unità di ordinamento e di localizzazione, C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1974), trad. it, Milano, 1991

permise di concepire il territorio come elemento costitutivo della persona giuridica statale, allo stesso modo del popolo che vi era insediato, neutralizzando le persone e la terra, degradate ad oggetto e luogo sul quale e nel quale esercitare la potestà sovrana (4).

Oggi, di fronte a un mondo senza confini, quale è quello della comunicazione e dell'economia — il mondo «globalizzato» —, i fondamenti teorici della territorialità intesa come garanzia della generalità rispetto agli interessi particolari delle persone e dei gruppi, e in quanto tale presupposto della sovranità e della rappresentanza politica, sono progressivamente erosi (5) e mutano di conseguenza i risvolti pratici attinenti all'organizzazione e all'azione dei pubblici poteri (6), se è vero che i medesimi processi a diffusione mondiale mettono in moto cambiamenti cruciali non solo nei rapporti tra gli stati ma anche all'interno degli stati (7). Dall'uniformità/omogeneità, finora assicurata dalla finzione dello Stato-persona (8), si passa infatti a un sistema policentrico in cui l'unità non è più un dato ma un obiettivo che si realizza, volta per volta,

(4) Sangue e terra, sono stati, come è noto, anche i presupposti della cittadinanza, sulle cui dottrine, v., per tutti, M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997.

(5) Sarebbe però errato parlare di dissoluzione della forma di Stato, secondo A. CARRINO, *Il diritto delle comunità locali tra processi di globalizzazione e crisi della sovranità*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 648 ss. Il che, dal punto di vista del fenomeno giuridico, non smentisce il superamento della tesi ottocentesca che tendeva a sovrapporre diritto e Stato, con la precisazione che il «diritto degli spazi (...) non assorbe né annulla del tutto il diritto del territorio» secondo N. IRTI *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 85 s.

(6) Al riguardo, lucidissimo, come sempre, G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2000. Ma v. anche S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006 e, naturalmente, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994.

(7) I termini Glo-cal (globale/locale) e glocalization, proposti da A. MAYR ed elaborati da E. SWINGEDOUW (*The Mammon Quest. «Glocalization», Interspatial Competition and the Monetary Order: The Construction of New Scales*, in M. DUNFORD-G. KAFKALAS (a cura di), *Cities and Regions in the New Europe*, London, 1992, spec. 40 e 61), per quanto talmente abusati da risultare difficilmente riconducibili all'originario rigoroso significato analitico, alludono alla combinazione dei processi di globalizzazione e di riconfigurazione locale-territoriale, che sono il frutto dell'estensione dei rapporti economici — e, correlativamente, di sistemi normativi e di valore che li possano garantire — al di là dei confini nazionali, con le promesse e le minacce ad essa connesse, e la riscoperta delle «virtù» locali. Sul punto, v. gli studi di S. SASSEN, *The Global City: New York, London, Tokyo* (1991), trad. it., Torino, 1997; *Id.*, *Losing Control. Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1995. Sui cambiamenti istituzionali che investono anche il sistema delle autonomie locali, v. M. CAMMELLI (a cura di), *L'innovazione fra centro e periferia. Il caso di Bologna*, Bologna, 2004. Sui rapporti fra globalizzazione e istituzioni, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

(8) Che in un mondo non più eurocentrico, dominato totalmente dall'organizzazione economico-scientifico-tecnologica, sia messa radicalmente in pericolo la stessa civiltà giuridica sviluppata intorno a quell'idea di stato lo aveva visto bene C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, cit.

per via procedimentale e/o consensuale, attraverso nuove forme di rappresentanza e di decisione (9). Né sembrano rispondere efficacemente alle sfide del mutamento le pratiche dei governi locali, ostacolate da definizioni obsolete dei confini amministrativi — comuni, province, regioni (10) — che continuano a riflettere un'organizzazione territoriale in buona parte ormai inadeguata rispetto alle realtà insediative contemporanee, incapaci come sembrano di afferrare la dimensione della città infinita (11), delle grandi e anonime periferie dove la campagna si indurisce nella città (12), degli insediamenti rurali attraversati dalle grandi reti di comunicazione e non più distinguibili dal punto di vista socio-economico dai centri urbani, dei piccoli borghi abbandonati o ridotti a villaggi-vacanze (13).

In questo quadro, ben si comprende come il territorio non corrisponda più, necessariamente, all'insieme delle istituzioni e degli interessi localmente situati, né esaurisca il proprio significato nell'essere parte costitutiva degli enti c.d. appunto territoriali (14). La semantica del termine allude oggi piuttosto, anche nel comune sentire, a una nuova forma di rapporto fra l'individuo e il contesto ambientale che lo circonda e nel quale si svolgono le sue attività, una sorta di

(9) Pressoché sterminata, specie dopo la revisione del Titolo V della Costituzione, la letteratura su ruolo, modelli delle autonomie, strumenti di raccordo istituzionale negli ordinamenti multilivello. Sul punto, oltre ai molti volumi — fra i quali, recente, M. SCUDIERO (a cura di), *Le autonomie al centro*, Napoli, 2007 — basti consultare le ultime annate delle Riviste giuspubblicistiche e i siti — oltre quello che qui ci ospita — quali www.associazionedeicostituzionalisti.it; www.diritto-amministrativo.org; www.astrid-online.it; www.grupposanmartino.it.

(10) Sui paradossi delle riforme degli enti c.d. locali, v. E. ROTELLI, *Le aree metropolitane in Italia: una questione istituzionale insoluta*, in G. MARTINOTTI (a cura di), *La dimensione metropolitana*, Bologna, 1999, 299 ss., ma v. anche, recente, G. MELIS, *Introduzione: le trasformazioni del reticolo amministrativo nel Novecento: dalle Province alle «reti»*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, cit., 123 ss.

(11) Fenomeno delle cui implicazioni si sono resi conto per primi sociologi e geografi piuttosto che giuristi e urbanisti. Sul punto, A. BONOMI — A. ABRUZZESE, *La città diffusa*, Milano, 2004.

(12) Mentre nel mondo la popolazione urbana ha ormai superato quella rurale, i confini tra città e campagna si attenuano, fino ad annacquarsi in un *continuum* di insediamenti abitativi, industriali, di consumo, di svago: la città non ha più bordi definiti, l'«urban sprawl» consuma il territorio, i «non luoghi» diventano i centri delle nuove città (v., ad es., le c.d. «centralità» della campagna romana), così come lo schermo televisivo è l'attuale focolare domestico. Sul punto, M. SORKIN, *Variations on a Theme Park. The New American City and the End of Public Space*, New York, Noonday, 1994. Con specifico riferimento alla realtà milanese, S. BOERI, A. LANZANI, E. MARINI, *Il territorio che cambia. Ambienti, paesaggi e immagini della regione milanese*, Milano, 1993.

(13) Sui profondi mutamenti che caratterizzano la fase più recente dell'urbanizzazione, v. il lavoro collettaneo curato da G. MARTINOTTI, *La dimensione metropolitana*, cit. e, in particolare, l'Introduzione.

(14) Cfr. il recente contributo di C. BARBATH-G. ENDRICI, *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Bologna, 2005 e di M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, cit..

identità territoriale (15), che supera le categorie tradizionali della proprietà e del possesso e fa riferimento a una serie indefinita di interessi, cioè di beni, caratterizzati dall'essere parti di questo legame fondamentale e che si possono raccogliere — con una sintesi verbale che non ha una rispondenza nell'ordinamento positivo in senso stretto — nella nozione di «bene territoriale» (16).

Con il che, ancora non è chiaro se tale *communis opinio* si traduca in una categoria rilevante dal punto di vista giuridico o non si tratti piuttosto di una connotazione di valore generico, che, pur ponendosi in rapporto di genere a specie rispetto ad altre (giuridicamente significative) — quali «bene ambientale», «bene paesaggistico», «bene urbanistico», «bene infrastrutturale», etc. (17) —, di per sé non sia in grado di andare oltre la soglia del pregiudiziale.

II. L'IMMATERIALITÀ DEL «BENE TERRITORIALE»

Proprio al fine di tentarne una ricostruzione giuridica, si può innanzitutto dire — ricalcando il ragionamento sviluppato, a suo tempo, da un illustre studioso per la categoria dei beni culturali (18) — che quella di «bene territoriale», come espressione di un nuovo rapporto dell'uomo con la realtà circostante, è nozione aperta, alla quale il diritto non dà un proprio contenuto definitorio, rinviando piuttosto ad altri campi del sapere: economia, politica, sociologia, scienze naturali, etc. Come tale, essa risulta particolarmente idonea a rappresentare quella sensibilità, sviluppatasi negli ultimi due decenni, verso temi che hanno a che fare in maniera più o meno diretta con il territorio e le sue trasformazioni e con la crescente aspirazione al godimento e alla fruizione pubblica di beni — salute, ambiente, mobilità, energia, paesaggio,

(15) Sulle spinte contraddittorie che animano tali nuove identità fatte di appartenenza non meno che di sradicamento, v., per i profili giuspubblicistici, fra i primi, S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. Dir.*, 2003.

(16) Risulta perciò evidente come l'urbanistica non tanto persegua il soddisfacimento di questo o quell'interesse — la cui individuazione e tutela forma oggetto di diverse discipline di settore — quanto piuttosto l'equilibrio fra tutti i possibili interessi che insistono su un certo territorio e possono interferire con il suo assetto. Cfr.. P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, passim e F. BENVENUTI, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, XXXIV, 1987, II, 135 ss.

(17) Peraltro, che tali beni rappresentino altrettanti settori del governo del territorio, oltre che oggetto di specifica disciplina, sembra essere un dato del tutto acquisito. Basti il riferimento ai saggi di P. URBANI, *Governo del territorio e luoghi di vita e di lavoro*; G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*; F. FRACCHIA, *Governo del territorio e ambiente*; P. STELLA RICHTER, *Governo del territorio e infrastrutture*; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Governo del territorio e paesaggio*, in S. CIVITARESE, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Milano, 2003, 183 ss.

(18) Il riferimento è, ovviamente, a M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976.

sviluppo, cultura, bellezza, etc. —, che segna il passaggio dal *Welfare State* allo stato del *well-being* o della *good-life*. Non solo: proprio per il suo essere suscettibile di continua evoluzione e di adattamento alle diversità di contesto e di situazione conferisce a tale nozione l'innegabile pregio di consentire la più ampia possibilità di intervento pubblico.

Ovviamente, ciascuna legge avente ad oggetto le singole specie di interessi, cui si è fatto sopra riferimento — l'urbanistica, la difesa del suolo, la protezione civile, la tutela e la valorizzazione dei beni culturali, le grandi reti di trasporto, i porti e gli aeroporti, la produzione e la trasmissione dell'energia, la gestione delle risorse idriche, lo smaltimento dei rifiuti, la salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema, la tutela e la promozione dei prodotti locali, etc. —, ricostruisce a suo modo organizzazione, procedimenti, criteri di composizione di interessi e di misure adottabili (in una parola: disciplina), dando così vita a ordini normativi separati che non tengono conto di una evidente interdipendenza fra le esigenze rilevate. Eppure, non è difficile cogliere, al di là dell'eterogeneità dei beni e delle specificità delle normative di settore, l'elemento che, dal nostro punto di vista, tutte le accomuna, ovvero l'interesse oggettivo, riferibile a qualsiasi «entità del mondo esterno» in quanto portatrice del «valore territoriale» (19), come espressione, appunto, della fondamentale esigenza di equilibrio fra la protezione delle cose e lo sfruttamento delle stesse, in vista del benessere e del progresso economico e civile della comunità insediata su un determinato territorio (20). In effetti, se il perseguimento di un certo

(19) Sul rapporto fra urbanistica e interessi differenziati, cfr. V. CERULI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386 ss.

(20) Sul rapporto uomo-ambiente circostante come nucleo sostanziale della disciplina urbanistica, v. A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, che pionieristicamente colloca la pianificazione urbanistica «in un contesto di presupposti economici considerati dalla costituzione come quello su cui deve operare la regolazione dell'economia; e a quest'ultima la pianificazione urbanistica è normativamente accomunata, come strumento per la attuazione ed imposizione di fini sociali alla proprietà, e, in particolare delle finalità di trasformazione degli assetti socioeconomici esistenti ed inadeguati da modificare e sistemare in modo più razionale e più consono alle esigenze di giustizia sociale, di benessere, di dignità e di libertà della persona, migliorando il rapporto fra l'uomo e l'ambiente». Peraltro, se dal punto di vista logico, la pianificazione urbanistica — e, a maggior ragione, il governo del territorio — può considerarsi una specie della categoria «piano o programma economico», dal punto di vista cronologico, cioè storico, vale il contrario, giacché vengono prima le specie e poi il genere. In realtà, come è stato rilevato (M.S. GIANNINI, *Pianificazione, ad vocem*, in *EdD*, XXXIII, Milano, 1983) le pianificazioni esistono da quando esiste l'azione amministrativa, ma, in quanto tecniche di azione, sono state, a lungo, ritenute attinenti al fatto non al diritto. Le prime specie di piani giuridicamente rilevanti si hanno nella contabilità pubblica e poi nell'urbanistica, mentre quelle propriamente economiche compaiono molto più tardi, nel sec. XX, con gli Stati socialisti, dove costituiscono lo strumento per la direzione pubblica dell'economia. Sull'evoluzione del concetto e dei relativi strumenti, v., recente, N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico in economia tra piani e regole*, Bologna, 2007.

interesse può portare alla distruzione o alla contaminazione di tutto ciò che l'attuale sensibilità culturale riconduce all'idea di territorio (21), l'assunzione di un punto di vista superiore, permette di cogliere l'interesse al «bene territoriale» unitariamente inteso, rappresentando nello stesso tempo la realizzazione di una funzione di polizia e di una funzione di impulso e direzione dello sviluppo (22). Solo in una visione complessiva e coordinata il territorio diventa, infatti, elemento attivo, e non quindi soltanto passivo e inerte, dell'organizzazione sociale (23).

Questo spiega non solo come qualsiasi entità del mondo esterno possa assumere o, viceversa, perdere valore territoriale — dal fabbricato residenziale, all'insediamento produttivo, dalla risorsa naturale alla localizzazione infrastrutturale — ma anche l'irriducibile ambivalenza che caratterizza l'oggetto del nostro discorso: da un lato, come già accennato, presupposto necessario per una più ampia e migliore tutela di interessi collettivi non altrimenti adeguatamente presi in considerazione dall'ordinamento, dall'altro, nodo di resistenze e di reazioni interdittive che, pur riconoscendo la bontà degli interessi più generali, finiscono spesso per interpretarli in chiave egoistica e di autoprotezione, opponendosi alle localizzazioni sgradite (discariche, elettrodotti, antenne, reti di trasporto, etc.). Sotto quest'ultimo profilo, il fenomeno c.d. della sindrome Nimby (*not in my back yard*) rappresenta in maniera emblematica non solo l'atteggiamento che consiste nel riconoscere come necessarie, o comunque possibili, opere e attività di interesse pubblico che, nel contempo, si dichiarano indesiderabili per via del temuto impatto «ambientale» negativo ma anche il difficile rapporto fra scienza e diritto, specie quando il diritto è chiamato a rivestire di certezza ciò che per la scienza risulta incerto (si pensi, per esempio, al caso dell'elettrosmog o allo smaltimento dei rifiuti) (24).

Di più. Spiega anche, e soprattutto, in che cosa consista il bene giuridico «territorio» quale si va qui delineando. Questo, infatti, pur quando supportato da cose (terra, infrastrutture, opere, etc.), non si identifica con le stesse e con

(21) Affronta questi temi, da un punto di vista storico, P. BEVILACQUA, *La terra è finita. Breve storia dell'ambiente*, Milano-Bari, 2006.

(22) E. BOSCOLO, *Le regole per lo spazio urbano: dal piano regolatore alle politiche urbane*, in S. CIVITARESE, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, cit., 355 ss. Ma v. anche P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, cit., *passim*; F. SALVIA E F. TERESI, *Diritto urbanistico*, VII ed., Padova, 2002, 46.

(23) In questo ambito, la discrezionalità amministrativa, come ponderazione comparativa degli interessi, ha modo di esercitarsi al massimo livello, data la complessità dei profili che vengono in rilievo. Al riguardo, v. il recente contributo di L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005.

(24) Sul punto, cfr. G. ENDRICI, *Territori e ambiente*, in C. BARBATH-G. ENDRICI, *Territorialità positiva*, cit., 131 ss.).

la loro materialità: un quartiere è certamente un aggregato di cose ed è pacifico che su una stessa cosa — e a maggior ragione su un complesso di cose — possano insistere più diritti: proprietà collettive (strade), pubbliche (scuole, uffici pubblici), private, condominiali, diritti d'uso e di abitazione, di garanzia, etc. Tutta questa varietà di posizioni giuridiche non riguarda, tuttavia, l'essere il quartiere, in quanto tale, un «bene territoriale», giacché questo non coincide con l'insieme degli edifici, delle opere e delle aree che compongono il quartiere ma è piuttosto un valore immateriale, che sorge dalle molte e varie cose naturali e artificiali che lo compongono e che sono comprese nel suo perimetro fisico, ma si distingue da esse, nel senso che esse ne costituiscono il supporto materiale ma non integrano il bene giuridico, che è — e rimane — immateriale. Come bene patrimoniale, il territorio può dunque dar luogo a rapporti *in re o propter rem*, formando oggetto del diritto di proprietà e/o di altri diritti; come bene giuridico in sé considerato esso soggiace invece a potestà pubbliche volte non a soddisfare un interesse personalizzato ma piuttosto a stabilire un rapporto che non è «sul» ma «per il territorio» (25), salvaguardando l'effettiva, non astratta, relazione di godimento che può costituirsi tra gli individui — a prescindere dal titolo formale — e la realtà esteriore (26). Basti pensare, da questo ultimo punto di vista, al fallimento degli standard urbanistici come disciplinati dalla legge n. 765/1967 e alle proposte di una loro attualizzazione sulla base di parametri di tipo non solo quantitativo ma anche qualitativo-funzionale (27), che sappiano tener conto, ad es., del differente grado di utilizzazione di immobili della medesima cubatura (a seconda che siano destinati a residenza o a seconda casa), della domanda di mobilità (28), della incidenza su un'area della c.d. «popolazione attratta», cioè di

(25) Per questa precisazione, F. BENVENUTI, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, cit., 137.

(26) Cfr., con riferimento ai beni culturali, G. PIVA, *Cose d'arte, ad vocem*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962.

(27) Sulla necessità di passare «dall'urbanistica meramente disegnata ad un'urbanistica reale», v. P. STELLA RICHTER, *Necessità e possibilità della pianificazione urbanistica*, in F. PUGLIESE — F. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Milano, 1995, in part. 89, ma v. anche A. CHERICHETTI, *Gli standard urbanistici qualitativi*, in *Governo del territorio*, Atti del seminario del 15 novembre 2002, promosso dalla Consulta regionale lombarda e dall'INU Lombardia. Sul piano normativo, tra i primi interventi, v. la l.r. Lombardia, 15 gennaio 2001, n. 1, con la quale si è sostituita l'idea della capacità insediativa teorica con un'analisi dell'effettivo andamento demografico rapportato ai bisogni di spazio di ogni soggetto gravitante sul territorio, a prescindere dalla residenza anagrafica, e si è introdotto il c.d. piano dei servizi, documento che accede al p.r.g. e individua i livelli di soddisfacimento dei bisogni dell'utenza e i riflessi territoriali delle politiche dei servizi pubblici.

(28) Che il movimento e la circolazione (delle persone e delle merci) producano conseguenze sull'uso del suolo e sulla «densità» percepita della popolazione è cosa ovvia, per quanto non sempre adeguatamente considerata dai pianificatori. Sul punto, collegato al tema della crescente domanda

coloro che — pur non risiedendo nella zona — ne usano abitualmente — per lavoro, per studio, per bisogno o per svago — i servizi destinati alla collettività (29).

L'immaterialità del bene considerato risulta peraltro evidente non appena si ponga mente al fatto che le singole cose possono fisicamente mutare e persino perire, così come può mutare la loro condizione patrimoniale, senza che per questo venga meno il quartiere e le necessità della convivenza che ad esso si riferiscono e che formano oggetto del bene territoriale (30).

III. SEGUE: E LA SUA «PUBBLICITÀ»

Proprio a queste ultime si lega l'altro carattere del «bene territoriale», ovvero il suo essere bene pubblico (31). È appena il caso di precisare, dopo quanto detto, che la pubblicità non è qui da intendere in senso soggettivo, come appartenenza della cosa al demanio o al patrimonio dell'amministrazione ma piuttosto come inerenza del bene a un interesse generale, quello appunto di conservare le cose e il loro contesto pur secondando i processi vitali della società (32). Interesse particolarmente sentito oggi che la «territorialità» (33) è diventata parte integrante dell'agenda politica e «ragione

di spazio per usi non di produzione o di investimento ma di mero consumo, v. B. CORI, *La competizione per l'uso del suolo nelle aree metropolitane*, in G. MARTINOTTI, *La dimensione metropolitana*, cit., 231 ss.

(29) Sul punto, G. MARTINOTTI (*Metropoli. La nuova morfologia sociale della città*, Bologna, 1993), che distingue le diverse popolazioni urbane (residenti, pendolari, studenti, turisti, ricoverati negli ospedali, etc.), riconoscendo a ciascuna di esse un peso specifico differente e un conseguente diverso impatto territoriale. V. anche P. NOBILE, *Milano. Nuove forme di piano ... per quale città e per quali cittadini*, in *Urbanistica e informazioni*, 2001, 176.

(30) Al mutare dei quartieri e delle città, in dipendenza delle trasformazioni economiche e sociali — basti pensare al passaggio dall'industria al terziario —, corrisponde anche l'evoluzione delle politiche urbane, chiamate a orientare l'uso e il riuso degli spazi ma anche ad individuare strumenti diversi e più articolati per organizzare il territorio e la società. Sui rischi, per la sopravvivenza dell'identità dei luoghi, derivanti dallo smarrimento di una visione complessiva dei processi di trasformazione e, più profondamente, di un'idea di città e di territorio come un tutto unitario, v. recente, P. BERDINI, *La città in vendita. Centri storici e mercato senza regole*, Roma, 2008 e, con specifico riferimento al patrimonio culturale e al paesaggio italiani, come sintesi identitaria, S. SETTIS, *Italia S.p.A.. L'assalto al patrimonio culturale*, Torino, 2002.

(31) Con specifico riferimento all'urbanistica, v. recente, C. BIANCHETTI, *Urbanistica e sfera pubblica*, Roma, 2008.

(32) Il passaggio dal «soggettivo» all'«oggettivo» ha caratterizzato, come noto, anche altri ambiti dell'amministrazione come organizzazione, a iniziare dai servizi pubblici. Sul punto, per tutti, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

(33) Dovrebbe essere chiaro dopo quanto detto nel testo, ed è stato autorevolmente notato, che vi può essere una territorialità «negativa, che consiste nel potere di escludere altri soggetti dal

sociale» di associazioni e comitati di cittadini che rapidamente sorgono quando l'ambiente, il paesaggio, il clima o un prodotto tipico sono messi in pericolo.

Dunque, sostantivo è il bene, non la cosa che ne può costituire, volta per volta, il supporto materiale, ed è facile comprendere come la posizione dell'ente pubblico, nella sua qualità di soggetto esponenziale della comunità, non tanto si qualifichi per la titolarità di diritti di natura patrimoniale quanto piuttosto per i poteri normativi e conformativi di cui esso si avvale per il perseguimento dell'interesse comune.

A ciò corrisponde, dalla parte del cittadino proprietario o imprenditore, una soggezione nei confronti dell'esercizio delle potestà pubbliche finalizzate alla tutela e alla valorizzazione del bene, che si traduce nell'essere destinatario di provvedimenti i cui effetti giuridici finiscono per interessare non solo il bene giuridico territoriale ma anche la *res*, ovvero ciò che ne costituisce il supporto fisico nei suoi profili patrimoniali (34). Basti pensare a tutta la problematica relativa all'estensione delle prescrizioni conformative del diritto di proprietà, connessa all'esercizio dei poteri pianificatori e, in particolare, all'opposizione dei vincoli urbanistici (35).

Sul piano più generale — e non è aspetto meno rilevante — al riconoscimento del territorio come bene giuridico corrisponde invece una posizione attiva, ovvero la pretesa del cittadino, in quanto tale, a partecipare, singolarmente e collettivamente, alle scelte circa la destinazione e l'uso del territorio, a partire dalla progettazione, fino alla decisione e all'attuazione, sul presupposto di una condizione paritaria dei diversi attori (pubblici e privati) e della loro appartenenza a uno stesso mondo, a uno stesso ordinamento (36), dove norme e attività si rincorrono e si compongono in atti, secondo criteri elastici e senza la pretesa di soluzioni definitive.

controllo di uno spazio geografico confinato; e una positiva, che consiste nel produrre valore (sociale, culturale, ambientale, economico) a partire dalle risorse potenziali specifiche di un territorio, mediante integrazioni sinergiche dei soggetti locali tra loro e con soggetti sovralocali» (G. DEMATTEIS E F. GOVERNA, cit. in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, cit., 9, n. 2.

(34) Sulla necessità di un corretto esercizio della discrezionalità, come capacità dell'amministrazione di individuare e ponderare tutti gli interessi in gioco, senza lasciarsene catturare, v. recente P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007.

(35) Sul tema delle rendite edificatorie, v., fra gli altri, G. CORSO, *Il controllo del mercato delle aree nella disciplina urbanistica*, Palermo, 1971; F. SPANTIGATI, *Il governo della rendita fondiaria*, in *Jus*, 1989, 41 ss.

(36) Cfr. L. MAZZA, *Prove parziali di riforma urbanistica*, Milano, 2004; P.C. PALERMO, *Prove di innovazione*, Milano, 2001; S. MORONI, *Pianificazione del territorio: ragioni, bisogni, responsabilità*, Torino, 2001.

Quanto ai rapporti fra cittadini, la pubblicità del territorio allude, com'è evidente, al suo essere bene comune e, in questo senso, bene non esclusivo — quando non addirittura inclusivo (37) —, capace cioè di fondare uno spazio sociale compatibile. A differenza dei beni materiali o esclusivi, la cui ricerca è alla base di relazioni sociali di mutua esclusione, secondo la regola per cui «dove sono io non c'è posto per te», il territorio come bene pubblico immateriale presuppone infatti un «noi» (38), una comunità della quale si è parte e nella quale ci si riconosce.

Al fondo del necessario equilibrio fra presenza uti singuli e presenza uti socii, la consapevolezza, secondo l'insegnamento dei saggi, che la terra non l'abbiamo ricevuta in eredità dai padri ma solo presa in prestito dai figli.

(37) Per la distinzione fra interessi/beni esclusivi, non-esclusivi e inclusivi, L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, 444 ss.

(38) *Beni pubblici e beni privati*, Roma, 2005.

LA GESTIONE REDDITUALE DEL DEMANIO IDRICO REGIONALE IN FINANZA DI PROGETTO

ANTONIO CARULLO

SUMARIO: I. PREMESSA: L'ACQUA COME RISORSA DEL TERRITORIO.— II. IL DEMANIO IDRICO REGIONALE E LA DIFESA DEL SUOLO.— III. IL COORDINAMENTO TEMPORALE TRA GLI ATTI DI PIANIFICAZIONE.— IV. LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI SICUREZZA IDRAULICA IN REGIME DI PROJECT FINANCING.— V. ASPETTI CONSEQUENTI.— VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSA: L'ACQUA COME RISORSA DEL TERRITORIO

Il forte interessamento suscitato dalla risorsa idrica non solo a livello nazionale, ma soprattutto a livello comunitario (1) e mondiale (2) è la diretta conseguenza del valore che essa rappresenta e delle caratteristiche fondamentali che la connotano. L'acqua è, infatti, una risorsa vitale, insostituibile e finita (3)

(1) Si veda, per prima, la Carta europea dell'acqua, adottata dal Consiglio d'Europa il 6 maggio 1968, in *Ann. eur. amb.*, 1988, pp. 859 e ss..

(2) L'acqua ed i relativi problemi diventano oggetto di specifiche riflessioni a livello globale dal 1977, anno della prima Conferenza delle Nazioni Unite sull'Acqua (*UN Conference on Water*), tenutasi a Mar del Plata, allo scopo di fornire un resoconto globale sullo stato delle risorse idriche e le loro modalità di sfruttamento. Sull'evoluzione della *policy* globale in materia, si veda BISWAS A. K., *From Mar del Plata to Kyoto: a Review of Global Water Policy Dialogues*, in *Global Environmental Change*, n. 14/2004, pp. 81 e ss. e reperibile all'indirizzo web <http://www.thirdworldcentre.org/publi.html>. Per un'esautiva rassegna in lingua italiana, si rinvia a LUGARESÌ N., *Diritto delle acque, principi internazionali, etica*, in LUGARESÌ N., MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 17 e ss.

(3) Nella citata Carta europea dell'acqua agli artt. 1 e 2 si prende atto che «[n]on c'è vita senza acqua. L'acqua è un bene prezioso indispensabile a tutte le attività umane. [...] Essa è indispensabile all'uomo come bevanda e come alimento, per la sua igiene e come sorgente di energia, materia prima di produzione, via per i trasporti e base dell'attività ricreativa» (art. 1), che «[l]e disponibilità di acqua dolce non sono inesauribili [...]» ed è pertanto indispensabile «[...] preservarle, controllarle e, se possibile, accrescerle. [...]» (art. 2).

che costituisce tanto patrimonio dell'umanità (4), quanto dei singoli Stati ed è, quindi, rilevante per le rispettive sfere di sovranità (5).

I differenti problemi che si presentano in relazione a tale risorsa possono essere di diversa natura e, segnatamente, di natura politica o fisica (6). Senza soffermarsi sulle innumerevoli questioni giuridiche, che esulano dall'oggetto dell'intervento, le problematiche che intendiamo affrontare sono connesse a problematiche specifiche, ma non trascurabili, relative alle risorse indirette che possono derivare dall'uso dell'acqua, ossia al contesto ambientale, sotto il profilo quantitativo, alla sua redditività. Ci si riferisce, in particolare, ai problemi connessi alla *siccità* e alla *carenza idrica*, da intendersi, rispettivamente, come riduzione temporanea della quantità disponibile dovuta a minori precipitazioni e quale situazione duratura in cui la domanda di acqua è superiore alle risorse idriche utilizzabili: in entrambi i casi da problema si può passare ad occasione reddituale.

Tali questioni, infatti, non rilevano solo con riferimento ai consumi di tale risorsa e, quindi, alla disponibilità della stessa in relazione al servizio idrico, ma hanno diretta incidenza sul territorio, soprattutto se rapportate a quelle problematiche relative all'ambiente ed al paesaggio (7) connesse alla scarsità delle precipitazioni, nonché a quella, sempre più attuale, della difesa del suolo conseguente alla urbanizzazione che porta con sé una crescente impermeabilizzazione del terreno.

L'acqua, considerata nella sua essenza e complessità, non è, quindi, solo una risorsa atta a soddisfare un bisogno essenziale, ma anche una risorsa del territorio e, quindi, delle Pubbliche Amministrazioni, che del territorio sono enti esponenziali. È proprio questo il peculiare punto di vista dell'intervento, che non avrà ad oggetto il servizio idrico integrato, ma tratterà, comunque, dell'acqua e del demanio idrico come risorsa per la Pubblica Amministrazione.

Da tali brevi considerazioni appare chiaro come il tema della gestione del demanio idrico sia strettamente connesso ad una pluralità di interessi pubblici che vanno dalla tutela dell'ambiente alla difesa del suolo; un aspetto par-

(4) Di nuovo la Carta europea dell'acqua afferma che questa «[...] non ha frontiere [e che rappresenta] una risorsa comune la cui tutela richiede la cooperazione internazionale» (art. 12).

(5) Sul punto, SANDRI S., *L'acqua: una risorsa strategica?*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 1/2003, pp. 1 e ss.

(6) Per una tale classificazione dei problemi relativi alle risorse idriche, si veda LUGARESÌ N., *Diritto delle acque, principi internazionali, etica*, loc. cit., pp. 62 e ss.

(7) Per una esaustiva rassegna degli orientamenti della dottrina sulle nozioni di *paesaggio* ed *ambiente*, si veda CARPENTIERI P., *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2004, pp. 363 ss., ove l'autore, prendendo le mosse dall'elaborazione giuridica della nozione di ambiente operata da Giannini (GIANNINI M.S., «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 1/1973, pp. 15 e ss.), ricostruisce la nozione di paesaggio.

ticolare è quello connesso alla redditività potenziale dell'acqua, in questi particolari contesti connessi alla realizzazione di opere pubbliche volte proprio a migliorarne il contesto territoriale.

II. IL DEMANIO IDRICO REGIONALE E LA DIFESA DEL SUOLO

Il tema della gestione del demanio idrico e della difesa del suolo (8) costituisce un problema antico, ma che trova oggi soluzioni differenti per il diverso

(8) Sulla difesa del suolo a livello nazionale, si vedano: R.D. 25 luglio 1904, n. 523 — Testo unico delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie, in Gazz. Uff., 7 ottobre, n. 234; R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775 — Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, in Gazz. Uff., 8 gennaio, n. 5; R.D. 9 dicembre 1937, n. 2669 — Regolamento sulla tutela di opere idrauliche di 1^a e 2^a categoria e delle opere di bonifica, in Gazz. Uff., 17 marzo 1938, n. 63; L. 18 maggio 1989, n. 183 — Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 25 maggio, n. 120; L. 3 marzo 1987, n. 59 — Disposizioni transitorie ed urgenti per il funzionamento del Ministero dell'ambiente, in Gazz. Uff., 4 marzo, n. 52; D.lgs. 1 marzo 1998, n. 112 — Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della *l. 15 marzo 1997*, n. 59, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 21 aprile, n. 92; L. 11 dicembre 2000, n. 365 — Conversione in legge, con modificazioni, del *decreto-legge 12 ottobre 2000*, n. 279 recante interventi urgenti per le aree a rischio idrogeologico molto elevato ed in materia di protezione civile, nonché a favore delle zone della Regione Calabria danneggiate dalle calamità idrogeologiche di settembre ed ottobre 2000, in Gazz. Uff., 11 dicembre, n. 288; L. 31 luglio 2002, n. 179 — Disposizioni in materia ambientale, in Gazz. Uff., 13 agosto, n. 189 (artt.16, 27, 29) e, da ultimo, il D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante il Testo Unico sull'ambiente, in Suppl. Ordinario n. 96/L alla Gazz. Uff. 14 aprile 2006, n. 88, laddove, all'art. 54, comma 1°, si afferma che per difesa del suolo si intende «*il complesso delle azioni ed attività riferibili alla tutela e salvaguardia del territorio, dei fiumi, dei canali e collettori, degli specchi lacuali, delle lagune, della fascia costiera, delle acque sotterranee, nonché del territorio a questi connessi, aventi la finalità di ridurre il rischio idraulico, stabilizzare i fenomeni di dissesto geologico, ottimizzare l'uso e la gestione del patrimonio idrico, valorizzare le caratteristiche ambientali e collegate*»; per la Regione Emilia — Romagna, si vedano: L.R. 6 luglio 1974 n. 27, recante interventi delle Regioni in materia di opere idrauliche nei corsi d'acqua dell'Emilia-Romagna; L.R. 18 luglio 1991 n. 17, sulla disciplina delle attività estrattive, B.U.R. 22 luglio 1991, n. 49; L.R. 25 maggio 1992 n. 25, recante le norme per il funzionamento dell'Autorità di Bacino del Fiume Reno, B.U.R. 27 maggio 1992, n. 65; L.R. 29 marzo 1993 n. 14 che disciplina l'istituzione dell'Autorità dei Bacini Romagnoli, B.U.R. 1 aprile 1993, n. 29; L.R. 19 aprile 1995 n. 45, che disciplina le attività e gli interventi della Regione in materia di protezione civile, B.U.R. 24 aprile 1995, n. 78; L.R. 21 aprile 1999 n. 3 di riforma del sistema regionale e locale (Artt. 98 e ss.), B.U.R. 26 aprile 1999, n. 52; L. R. 14 aprile 2004 n. 7, contenente disposizioni in materia ambientale, modifiche ed integrazioni a leggi regionali, B.U.R. 15 aprile 2004, n. 48; L. R. 7 febbraio 2005, n. 1, recante norme in materia di protezione civile e volontariato, che prevede l'istituzione dell'agenzia regionale di protezione civile, B.U.R. 8 febbraio 2005, n. 19; L. R. 17 febbraio 2005, n. 8, di modifica alla legge regionale 31 maggio 2002, n. 9 (disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo e di zone di mare territoriale), B.U.R. 18 febbraio 2005, n. 32.

Sulla tutela dell'ambiente e difesa del suolo si veda la pronuncia della Corte costituzionale, 26 febbraio 1990, n. 85, in *Riv. giur. amb.*, 1990, ove la Corte rileva che la *difesa del suolo* cos-

rapporto economico che ha in relazione alle attività produttive ed, in particolare, all'attività edilizia.

Come noto, ai fini dell'individuazione dei beni appartenenti al demanio idrico (9) occorre avere riguardo tanto all'art. 822 c.c., ai sensi del quale il demanio idrico è costituito da fiumi, torrenti, laghi, quanto alle leggi speciali sulle acque pubbliche, quindi, da ultimo, all'art. 144 del D.lgs. n. 152/2006, a norma del quale appartengono al demanio (*id est*, sono pubbliche) «[tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo [...]», così confermando l'impostazione *panpubblicistica* già adottata dal legislatore con il Testo unico sulle acque del 1933 (10) e, successivamente, rafforzata

tituisce un obiettivo da raggiungere attraverso una complessa pianificazione dei settori materiali coinvolti, più che una vera e propria materia. Si vedano, in dottrina: CICALA M., *La tutela dell'ambiente nel diritto amministrativo, penale e civile*, Torino, UTET, 1976; ACQUARONE G., *I principi delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2003; CECCHETTI M., *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000; CAMPOLO M., *Interessi ambientali e pianificazione del territorio*, Napoli, Editoriale scientifica, 1999; GARZIA G., *La difesa del suolo e il sistema di pianificazione nel nuovo Testo Unico*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 5/2006, pp. 452 e ss..

(9) Sui beni demaniali e la relativa disciplina si vedano: SANDULLI A.M., *Beni Pubblici*, in *Enc. dir.*, V Milano, Giuffrè, 1959, pp. 280 e ss.; COLOMBINI G., *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, Dig. disc. pubbl., V, Torino, UTET, 1990, pp. 1 e ss.; MAZZAROLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2001, pp. 1114 e ss.; VIGNOCCHI G., GHETTI G., *Corso di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 707 e ss.; ARCIDIACONO L., CARULLO A., RIZZA G., *Istituzioni di diritto pubblico*, Bologna, Monduzzi, 2005, pp. 508 e ss.; DI LORENZO A., *I beni demaniali dei Comuni e delle Province*, I.C.A., 1952; AVANZI S., *Il nuovo demanio*, Padova, CEDAM, 2000; AAVV., *Beni demaniali e patrimoniali dello Stato*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1956; CUDIA C., *Le modificazioni del regime proprietario dei beni pubblici tra atti e fatti della Pubblica Amministrazione: orientamenti giurisprudenziali e sistema*, in *Foro Amm.* TAR, 2003, fasc. 12, pp. 3666 e ss.; VITALE S., *Responsabilità della P.A. per la custodia di beni demaniali e concorso di colpa del danneggiamento*, in *Giust. Civ.*, 1996, 6, 1711.

Sul demanio idrico, in particolare, si vedano: PERNIGOTTI U., *Acque Pubbliche — Parte Generale* (voce), in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 400 e ss.; PALAZZOLO S., *Acque Pubbliche* (voce), in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 34 e ss.; CERULLI IRELLI V., *Acque pubbliche* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, pp. 10 e ss.; BOLDON ZANETTI G., *La tutela ambientale delle aree di pertinenza dei corpi idrici e il divieto di sdemanializzazione*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 5, 819; BROCCA M., *Il vincolo paesaggistico relativo ai «fiumi, torrenti e corsi d'acqua» ex art. 146, comma 1, lett.c), D.lgs. 490/1999: alcune problematiche*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, 3-4; CIVITARESE MATTEUCCI S., *La salvaguardia del regime fluviale tra pianificazione di bacino, poteri cautelari e prescrizioni idrauliche*, in *Riv. giur. ambiente*, 1996, 5, 715; URBANI P., *La pianificazione per la tutela dell'ambiente, delle acque e per la difesa del suolo*, in *Riv. giur. ambiente*, 2001, 2, 199.

(10) R. D. 11 dicembre 1933, n. 1775 — Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, in *Gazz. Uff.*, 8 gennaio, n. 5, nella vigenza dal quale erano da considerarsi pubbliche «[...] tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali, considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse [...]». Il principale

dalle L. nn. 36 e 37 del 1994 (11). Il compito di gestire tali beni demaniali e, per quanto qui di interesse, di progettare, realizzare e gestire le opere idrauliche di qualsiasi natura e, quindi anche quelle di sicurezza idraulica, è stato attribuito alle Regioni ed agli enti locali con il D.lgs. n. 112/1998 (12). Nella stessa sede, sono state attribuite alle Regioni ed agli Enti locali anche le funzioni relative alle concessioni di estrazione di materiale litoide dai corsi d'acqua (13), trattandosi di attività che costituiscono parte integrante di interventi di difesa e sistemazione idraulica.

Sotto diverso profilo, è di tutta evidenza la diretta incidenza dell'attività estrattiva su altri interessi pubblici e, segnatamente, sulla tutela del paesaggio e dell'ambiente, nonché sull'assetto del territorio (14). Dalla considerazione di

criterio di identificazione dell'acqua pubblica era, quindi, l'attitudine della stessa ad usi di pubblico interesse (v. *amplius*, CUDIA C., loc. cit.). In giurisprudenza, si vedano, *ex pluribus*, le pronunce Cass., sez. III, 6 giugno 1998, n. 5607, in *Dir. e giur. agr. e amb.*, 1998, 408, T. sup. acque, 9 maggio 1990 n. 39, in *Cons. St.*, 1990, II, 967; T. sup. acque, 22 novembre 1990 n. 84, in *Cons. St.*, 1990, II, 1711; Cass., 15 marzo 1975 n. 1014, in *Mass.*, 1976; T. sup. acque, 25 maggio 1987 n. 22, in *Cons. St.*, 1987, II, 1043.

(11) Legge 5 gennaio 1994, n. 36 — Disposizioni in materia di risorse idriche, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 19 gennaio, n. 14 (cd. Legge Galli) e Legge 5 gennaio 1994, n. 37 — Norme per la tutela ambientale delle aree demaniali dei fiumi, dei torrenti, dei laghi e delle altre acque pubbliche, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 19 gennaio, n. 14. In particolare, mentre l'art. 1 della Legge Galli ha esteso la natura pubblicistica a «[f]utte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo [...]», l'art. 1 della l. n. 37/1994, ha attratto nell'orbita del demanio pubblico anche «[i] terreni abbandonati dalle acque correnti, [ossia fiumi e torrenti], che insensibilmente si ritirano da una delle rive portandosi sull'altra [...]», nonché a quelli «[...] abbandonati dal mare, dai laghi, dalle lagune e dagli stagni [...]». Per completezza, si ricordi che il Regolamento di attuazione della Legge Galli (D.P.R. 18 febbraio 1999 n. 238 — Regolamento recante norme per l'attuazione di talune disposizioni della l. 5 gennaio 1994, n. 36, in materia di risorse idriche, in Gazz. Uff., 26 luglio, n. 173), all'art. 1 ribadisce che «Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico tutte le acque sotterranee e le acque superficiali, anche raccolte in invasi o cisterne». Sul carattere *panpubblicistica* delle citate normative, si veda, CAPUTI JAMBRENGHI V., *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in MAZZAROLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F. G., op. cit., pp. 1164 e ss..

(12) D.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 — Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 21 aprile, n. 92, del quale si vedano, in particolare gli artt. 86 e 89.

(13) Cfr. art. 89, comma 1°, lett. d), d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, cit..

(14) Si vedano, in proposito, le pronunce Consiglio Stato, Sez. VI, 20 novembre 1986, n. 865, in *Vita not.*, 1987, 211; Consiglio Stato, Sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 742, in *Foro Amm.*, 1993, 2123; Consiglio Stato, Sez. IV, 04 febbraio 1997, n. 83, in *Foro Amm.*, 1997, 431; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 31 ottobre 2001, n. 583, in *Foro Amm.* 2001; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 30 luglio 2003, n. 3671, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2161; Cons. St., Sez. IV, 30 agosto 1993 n. 763, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 129; Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 1997 n. 83, in *Urb. app.*, n. 8/1997, 920, con nota FANTIGROSSI U., *Cave ed urbanistica una questione ancora aperta*, ove si riconosce che l'attività estrattiva di cava è atta a determinare sostanziali modifiche ambien-

tali interessi pubblici, ulteriori rispetto a quello della produzione proprio dell'intrapresa estrattiva privata, è possibile rilevare la connessione tra la disciplina pubblicistica dell'attività estrattiva e quella preordinata alla tutela di quei territori sui quali detta attività insiste (15). Di qui la necessità di tutelare il territorio (ambiente e paesaggio) anche tramite lo strumento della pianificazione dell'attività estrattiva.

Nonostante, come si è anticipato, la realizzazione di opere di sicurezza idraulica (16) spesso comporti l'asportazione di materiali litoidei (17), manca un coordinamento tra la pianificazione dell'attività estrattiva e la difesa del demanio idrico: occorre affermare come interesse prioritario sia quest'ultimo, poi l'attività estrattiva, che ne deve rappresentare solo una eventuale conseguenza. Ciò in ragione della rilevanza dell'obiettivo sotteso difesa del demanio idrico, che è quello di assicurare la sicurezza degli alvei e la loro costante idoneità alla funzione svolta anche al verificarsi di eventi straordinari.

La realizzazione delle opere di sicurezza idraulica a tal fine necessarie richiede normalmente una rilevante disponibilità di risorse finanziarie, la cui scarsità — di natura sempre più strutturale — spinge a suggerire alle Amministrazioni preposte ad un ripensamento delle forme di realizzazione di tali interventi. Se obiettivo primario è la difesa del suolo, in via primaria occorre provvedere per realizzarlo con la minor spesa possibile e quindi valutare la possibilità di eseguire quelle opere che possono essere reddituali avvalendosi dei capitali privati, ricorrendo cioè a forme di *public private partnership* (PPP) (18).

tali e del territorio. In dottrina, si veda, per tutti, LEVI F., *Cave ed urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1979, II, pp. 168 e ss., ove si evidenzia che «[l]a coltivazione di una cava è, insieme, attività economica ed attività che incide sull'assetto del territorio [...]».

(15) Sull'incidenza dell'attività estrattiva su tali interessi pubblici si veda FRANCIOSI F., *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Milano, Giuffrè, 1997; conforme, AMOROSINO S., *Concessioni minerarie e tutela del territorio/paesaggio/ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 1/2003, pp. 3 e ss.. Per la giurisprudenza, cfr. *infra*, nota 15.

(16) Per opere di sicurezza idraulica devono intendersi quei manufatti realizzati al fine di contenere il «rischio idraulico» ovvero il rischio di inondazione da parte di acque provenienti da corsi d'acqua naturali o artificiali. A mero titolo di esempio si possono annoverare fra le opere di sicurezza idraulica le arginature, le risagomatura dei corpi idrici superficiali, e soprattutto le casse di espansione.

(17) Basti pensare alla realizzazione di casse di espansione.

(18) Il D.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 — Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, in suppl. ordinario alla Gazz. Uff. 2 ottobre 2008, n. 231 (cd. terzo decreto correttivo del codice appalti) ha modificato l'art. 3 — definizioni del d.lgs. 163/06 introducendovi il comma 15-ter: «15-ter. Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto

In particolare, è bene sottolineare come, al di là di quanto può apparire naturale e cioè opere pubbliche di difesa del suolo e, quindi, come tali, non reddituali, perché lavorazioni prive di gestioni positive sotto un profilo economico, di sovente e di fatto si ha che i materiali di scavo risultanti dai lavori di esecuzione delle stesse possono rappresentare momento di grande beneficio economico per le Amministrazioni preposte. Infatti, trattandosi di opere da realizzarsi in prossimità degli alvei dei corsi d'acqua, i materiali oggetto di escavazione risultano costituiti da beni quali sabbia, ghiaia ed altro materiale litoide che presentano un rilevante valore economico, in quanto di sicuro interesse per il settore edile e delle costruzioni. Orbene, la valorizzazione economica dei materiali risultanti dalla realizzazione delle opere di sicurezza idraulica può consentire di ricavare le risorse necessarie alla realizzazione stessa.

Per quanto attiene alla concreta configurazione di una tale *partnership*, occorre rimeditare la prassi oggi diffusa che vede l'amministrazione attribuire prima al privato il titolo necessario allo svolgimento dell'attività estrattiva e, poi, disciplinare nella successiva convenzione le attività necessarie al fine di consentirle di sfruttare ai fini pubblici l'invaso derivante dall'attività di escavazione prevedendo in capo al privato oneri ulteriori in sostituzione di quelli naturali (quali oneri di ritombamento, ecc.), anche quelli relativi alla realizzazione di ulteriori lavori idraulici (quali la costruzione o la sistemazione di argini, di canali o la posa di tubature per scaricare le acque invasate) e cedere, poi, all'amministrazione l'invaso per fini pubblici, in quanto cassa di espansione, ovvero bacino di invasore. A titolo esemplificativo in Regione Emilia-Romagna si prevede che l'attività estrattiva, nell'ambito del demanio fluviale, sia subordinata all'ottenimento di una autorizzazione regionale normalmente discipli-

*una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat». Sul tema si rinvia agli atti del convegno «Il Partenariato Pubblico Privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni» — Firenze — 28 gennaio 2005 e disponibili all'indirizzo web www.iisa.it. In particolare, si vedano CHITI M.P., *Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico— Privato e MASSERA A., Il Partenariato Pubblico-Privato e il diritto europeo degli appalti.**

nante l'ammontare dei proventi dovuti alla Regione stessa sulla base della quantità del materiale estratto (19).

Normalmente per la realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso, la Pubblica amministrazione utilizza lo strumento dell'acquisizione gratuita al patrimonio idrico dell'intervento anche di sicurezza fluviale nel momento del rilascio del titolo autorizzativo regionale necessario per lo svolgimento dell'attività estrattiva disciplinato dalla convenzione accedente all'autorizzazione (20). Si opera, in tal modo, una sorta di compensazione *a monte* dell'effettuazione dei lavori fra il valore dell'investimento necessario al ripristino o ritombamento dell'invaso derivante dall'attività di scavo ed il presunto onere derivante dalla predisposizione dell'invaso per la nuova funzione pubblica di cassa di espansione o di bacino di invaso. In altri termini, dal valore dei benefici che dovrebbero essere riconosciuti al soggetto pubblico indicato in convenzione per il ripristino, viene sottratto il valore dell'opera di sicurezza idraulica o di predisposizione per la nuova funzione pubblica la cui realizzazione è affidata direttamente al privato titolare dell'autorizzazione. Tutti i lavori relativi all'intervento di messa in sicurezza idraulica sono ricompresi nell'ambito delle opere previste nel progetto di sistemazione finale della cava, senza che per questi sia esperita alcuna procedura ad evidenza pubblica.

Da ciò la problematica che oggi diviene evidente in relazione alla disciplina comunitaria e, di conseguenza, nazionale in ordine alla realizzazione di opere pubbliche ove vige il criterio inderogabile dell'evidenza pubblica.

Infatti se l'invaso viene considerato pubblico perché è destinato ontologicamente alla funzione pubblica e tutte le attività connesse sono preordinate alla realizzazione di un'opera pubblica, ne deriva immediatamente come la gara ad evidenza pubblica aperta al mercato sia la necessaria ottica in cui si debba porre l'amministrazione.

In questo caso, molti sono i profili di similitudine tra una tale impostazione e quella conseguente alla realizzazione di opere pubbliche a scomputo degli oneri di urbanizzazione, la cui previsione nell'ordinamento nazionale è stata oggetto, come noto, di due procedure di infrazione conclusesi con altret-

(19) Cfr. art. 2, commi 4° e 4-bis, Legge Regionale Emilia-Romagna 18 luglio 1991, n. 17, cit.

(20) Trattasi, questo, dello «[...] strumento in base al quale il soggetto che richiede l'autorizzazione assume l'obbligo di provvedere: a) all'esecuzione delle opere di collegamento della cava con le strade pubbliche; b) all'esecuzione delle opere che si rendano necessario per evitare danni ad altri beni ed attività; c) alla corretta attuazione del piano di coltivazione; d) all'esecuzione delle opere previste nel progetto di sistemazione finale della cava, nel rispetto delle prescrizioni tecniche e dei termini indicati nell'atto di autorizzazione; e) alla costituzione di congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione medesima [...]», ex art. 12, comma 1°, L. R. Emilia-Romagna, n. 17/1991, cit.

tante pronunce della Corte di Giustizia (21). A prescindere dalla differente natura delle opere, che nel caso di specie sono di messa in sicurezza idraulica e non di urbanizzazione, nonché dall'assenza di una specifica normativa che disciplini espressamente una tale prassi (22), appare di tutta evidenza come questa si sostanzi nella realizzazione diretta di un'opera pubblica da parte di un privato, non scelto con gara pubblica, ma individuato per il solo fatto di essere titolare di una concessione di estrazione e, quindi, in via diretta senza gara ad evidenza pubblica. Il che in evidente contrasto con le norme del Trattato relative alla corretta individuazione del contraente nel caso di domanda pubblica al mercato.

A ciò si aggiunga che proprio perché gli interventi di cui si tratta sono fin dall'origine da considerarsi *lavori pubblici* (23), una tale procedura appare contraria tanto alla normativa comunitaria dettata in materia quanto a quella nazionale di attuazione della stessa (24), nonché al principio enucleato dalla Corte di giustizia in occasione delle citate pronunce, in base al quale, «[...] non è sufficiente a escludere la realizzazione diretta dall'ambito di applicazione [della normativa comunitaria sui lavori pubblici], qualora risultino soddisfatti tutti gli elementi necessari affinché essa vi rientri [...]» (25).

(21) Ci si riferisce, alle pronunce C.G.C.E., Sez. VI, 12 luglio 2001, in causa C-399/98, in G.U.C.E. 29 settembre 2001, n. C 275/3, pubblicata anche dalla rivista *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 5/2001, pp. 815 e ss., con nota QUAGLIA M. A., *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*; Id., Sez. II, 21 febbraio 2008, in causa C-412/04, *ivi*, 12 aprile 2008, n. C 92/2, pubblicata anche dalla rivista *Urb. app.*, n. 7/2008, pp. 809 e ss., con nota CONTESSA C., *La Corte di giustizia fra indicazioni (tardive) sulla legge Merloni e spunti (tempestivi) sul codice dei contratti*.

(22) Normativa che era, per contro, presente nel caso di realizzazione di opere pubbliche a scoppio degli oneri di urbanizzazione (cfr. art. 2, comma 5°, L. 11 febbraio 1994, n. 109 — Legge quadro in materia di lavori pubblici, in Gazz. Uff., 19 febbraio, n. 41, artt. 1 e 31 della L. 17 agosto 1942, n. 1150 — Legge urbanistica, in Gazz. Uff., 16 ottobre, n. 244 e artt. 3 e 11 della L. 8 gennaio 1977, n. 10 — Norme per la edificabilità dei suoli, in Gazz. Uff., 29 gennaio, n. 27).

(23) In particolare, la normativa dettata in materia di Lavori pubblici, nel definire l'ambito di applicazione della disciplina in essa contenuta sancisce che «[...] i «lavori» comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere [...]» e continua disponendo che «[...] per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé esplichino una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile di cui all'Allegato I, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica [...]» (cfr. art. 3, comma 8°, D.lgs. n. 163/2006 e s.mi).

(24) Ci si riferisce alla Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in G.U.C.E. 30 aprile 2004, n. 134 ed al citato D.lgs. n. 163/2006 e s.mi.

(25) Si vedano, in proposito, i punti 71-74 della pronuncia C.G.C.E., Sez. II, 21 febbraio 2008, in causa C-412/04, cit. ed il punto 66, della sentenza C.G.C.E., Sez. VI, 12 luglio 2001, in causa C-399/98, cit..

Ne discende che il ricorso ad un procedimento impostato così come sopra descritto sarà possibile solo nel caso in cui la decisione di destinare l'invaso ottenuto dall'attività di cava sia presa successivamente alla destinazione dell'area ad attività estrattiva (e, quindi, sia necessitata dalla già esistente situazione di fatto) e sia stata firmata la relativa convenzione con il cavatore; in tal maniera i lavori necessari alla realizzazione delle casse di espansione o dei bacini di invaso potranno essere strumentali alla sistemazione finale dell'area in quanto modificata da attività estrattiva, ossia connessi e conseguenti alle modificazioni della morfologia delle aree sulle quali viene esercitata attività estrattiva ed a tali trasformazioni del territorio necessariamente commisurati (26). Qualora gli interventi in questione richiedano la realizzazione di lavori ulteriori rispetto a quelli di sistemazione finale, allora tali opere non potranno che essere considerate pubbliche e, pertanto, esse dovranno essere realizzate secondo le norme nazionali e comunitarie dettate in materia di lavori pubblici.

Nell'ipotesi, invece, che la decisione di realizzare l'opera pubblica volta alla realizzazione delle casse di espansione o dei bacini di invaso sia precedente all'inizio dell'attività estrattiva, o, addirittura, alla pianificazione che consente detta attività, il problema di compatibilità con la disciplina comunitaria e nazionale si pone in tutta la sua evidenza: la scelta del contraente non è più imposta dalla situazione di fattoe, dunque, l'unica possibilità di scelta sarà quella dell'evidenza pubblica.

III. IL COORDINAMENTO TEMPORALE TRA GLI ATTI DI PIANIFICAZIONE

Punto di partenza per la realizzazione degli interventi di cui si tratta è in necessario coordinamento tra l'attività di pianificazione territoriale generale (27) e di settore (28). Accanto agli strumenti urbanistici che fissano le diret-

(26) Si rilevi che un tale inquadramento non esclude che il soggetto privato debba essere individuato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica che, seppur non tipizzata, sia comunque rispettosa dei principi fondamentali di parità di trattamento, pubblicità, non discriminazione, trasparenza e libera concorrenza. Infatti, da un lato si pone il tema dell'individuazione con modalità concorrenziali di un soggetto privato a cui viene attribuito un beneficio da parte della Pubblica amministrazione, dall'altro quello di scegliere il soggetto che possa garantire all'amministrazione le migliori condizioni contrattuali, quali il corrispettivo da riconoscere alla Regione, i tempi di realizzazione dell'opera, le soluzioni progettuali adottate e le relative caratteristiche ambientali.

(27) Trattasi di quegli strumenti con i quali ciascun Ente pubblico territoriale detta, per l'ambito di propria competenza, la disciplina di tutela e uso del territorio.

(28) Per piani settoriali si intendono quegli strumenti di pianificazione che integrano ed approfondiscono il quadro conoscitivo del piano generale del medesimo livello di governo con gli approfondimenti relativi al loro specifico campo di interesse.

tive generali di sistemazione del territorio a livello comunale e, per quanto attiene al coordinamento dei piani regolatori generali dei diversi Comuni, a livello provinciale e regionale, occorre, infatti, considerare i piani di settore e, per quanto qui di interesse, i piani di bacino (29), i piani delle attività estrattive (30), anch'essi articolati in funzione dei livelli di governo competenti, in comunale, provinciale e regionale.

In particolare, accanto allo strumento di pianificazione territoriale regionale che definisce gli obiettivi di sviluppo del territorio, nonché gli indirizzi e le direttive della pianificazione settoriale, vi sono il piano territoriale di coordinamento provinciale, che, articolando sul territorio le linee di azione della programmazione regionale, determina gli indirizzi generali di assetto del territorio, appunto, provinciale e lo strumento di pianificazione comunale che, conformandosi alle prescrizioni ed ai vincoli, dà attuazione agli indirizzi e alle direttive contenuti nei piani territoriali sovraordinati, delineando le scelte strategiche di assetto e sviluppo del territorio comunale. Dotato di rilevanza autonoma rispetto alla pianificazione urbanistica è il piano di bacino (31). L'esigenza di garantire che la finalità di tutela del suolo, attribuita a tale piano prima dalla l. 18 maggio 1989, n. 183 ed ora dal D.lgs. n. 152/2006, sia pregiudiziale e condizionante rispetto agli usi del territorio a fini urbanistici, civili, di sfruttamento dei materiali e di produzione è alla base della scelta del legislatore di sancire (i) il carattere immediatamente vincolante delle norme ivi contenute sia per le amministrazioni e gli Enti pubblici, sia per i soggetti privati, ove trattasi di prescrizioni dichiarate di tale efficacia dallo stesso piano (32), (ii) il necessario coordinamento al

(29) In particolare, al piano di bacino deve essere riconosciuto un valore di piano territoriale di settore e di strumento conoscitivo normativo e tecnico-operativo per la pianificazione e la programmazione degli interventi di conservazione, difesa e valorizzazione del suolo, nonché per la corretta utilizzazione delle risorse idriche, ex art 65, comma 1°, D.lgs. n. 152/2006. Si veda, in proposito, la pronuncia del Tribunale sup.re acque, 5 luglio 2005, n. 96, in *Foro amm. CDS*, 2005, 7/8, 2387, ove si ritiene che al piano in parola non può essere attribuita la natura di strumento attuativo dei singoli interventi e che i suoi contenuti (in materia di prevenzione di disastri idrogeologici) possono sovrapporsi ma non confondersi con quelli paesaggistici o ambientali.

(30) Trattasi, questo, dello strumento di programmazione in materia di ricerca e coltivazione delle sostanze minerali di cava, che, in quanto tale, contiene l'identificazione, tra l'altro, delle aree in cui è consentito l'esercizio dell'attività estrattiva, previa autorizzazione amministrativa. Sul punto, con specifico riferimento alla normativa della Regione Emilia-Romagna, si veda Cassazione civile, Sez. I, 16 maggio 2003, n. 7642, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.

(31) In questi termini, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 17 marzo 2006, n. 252, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3, 933, ove si afferma la necessità di un'interpretazione rigorosa delle norme dei piani di bacino e di quelle di quelle connesse alla tutela dell'assetto idrogeologico del territorio, da compiersi anche alla luce degli interessi perseguiti e dei rischi connessi per la sicurezza pubblica.

(32) Sul punto, si veda, da ultimo, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 12 giugno 2008, n. 789, in *Red. amm. TAR*, 2008, 06.

piano di bacino dei piani e programmi di sviluppo socio-economico e di assetto ed uso del territorio, nonché (iii) la disciplina procedurale dell'adeguamento al piano in parola degli altri strumenti di pianificazione territoriale (33).

Alla luce di tali brevi considerazioni, appare chiaro che anche gli strumenti di pianificazione dell'attività estrattiva debbano essere coordinati o, quantomeno, non in contrasto, con la pianificazione di bacino. In particolare, la pianificazione settoriale dell'attività estrattiva è costituita, oltre che dallo strumento di pianificazione territoriale regionale, anche da un piano provinciale o infra-regionale, attuativo per il settore di cui si tratta delle prescrizioni e delle previsioni del piano territoriale regionale e dei piani di bacino, nonché da un piano comunale redatto sulla base delle previsioni contenute nello strumento di pianificazione provinciale (34).

Pur nell'assenza di un espresso meccanismo di coordinamento tra la pianificazione di bacino e quella dell'attività estrattiva, si ritiene che l'obiettivo di difesa del suolo deve venire prima della pianificazione dell'attività estrattiva privata, condizionandone la definizione (35). In particolare, per quanto qui di interesse, nell'esercizio di tale funzione la Pubblica amministrazione competente individua le aree da destinarsi alla realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso nei Piani di Bacino e nel Piano Territoriale Regionale. Una volta individuati i possibili siti, la Pubblica amministrazione dovrebbe poter procedere all'esproprio di quelle aree che non fossero già nella sua disponibilità e che ritiene più convenienti sotto tutti i profili, innanzitutto, quello della sicurezza idraulica ed successivamente anche quello della convenienza economica del sito sotto un diverso profilo della capacità estrattiva di materiale avente rilevanza economica risultante dall'attività esecutiva.

Potrebbe, infatti, verificarsi l'ipotesi in cui la zona interessata da uno stesso intervento di difesa del suolo possa essere individuata tra una pluralità di aree

(33) Cfr. art. 65, D.lgs. n. 152/2006, cit..

(34) In proposito, si veda, a titolo esemplificativo, la L.R. Emilia-Romagna, n. 17/1991 e s.m. cit. e Consiglio Stato, Sez. VI, 05 dicembre 1997, n. 1814, *Foro Amm.* 1997, 3122, ove, con specifico riferimento a tale testo normativo, si evidenzia che nella gerarchia degli strumenti di pianificazione delle attività estrattive, il piano delle attività estrattive di competenza comunale (P.A.E) deve ritenersi subordinato al piano territoriale regionale (P.T.R.), che definisce le scelte programmatiche in materia estrattiva, ed al piano infra-regionale delle stesse attività, rientrante nella competenza provinciale (P.I.A.E.), per le finalità e nei limiti della quantificazione dei fabbisogni e dell'individuazione dei poli estrattivi di valenza sovracomunale.

(35) Sulla possibilità di vietare l'esercizio dell'attività di cava per esigenze di salvaguardia del territorio, si vedano le pronunce T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 30 luglio 2003, n. 3671, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2161; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 31 ottobre 2001, n. 583, in *Foro Amm.* 2001; Consiglio Stato, Sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 83, in *Foro Amm.*, 1997, 431; Cons. St., Sez. IV, 30 agosto 1993 n. 763, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 129; Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 1997 n. 83, in questa *Rivista*, 1997, 431.

alternative, eventualmente differenti in termini di composizione del terreno o di quantità di materiale da estrarre ai fini dell'esecuzione dei lavori. Solamente nel caso in cui le aree individuate siano fungibili, ossia a condizione che la differente localizzazione dell'intervento non incida sul livello di sicurezza idraulica che l'esecuzione dell'opera permette di ottenere, l'Amministrazione potrà valutare anche l'ulteriore profilo della qualità e/o quantità del materiale litoide da estrarre che, come si è anticipato, costituisce il corrispettivo della prestazione. La realizzazione dell'opera potrà in questo caso essere anche idonea a far diminuire i costi per la collettività in relazione proprio al fatto che la difesa del suolo operata in quelle modalità e termini dia frutti ulteriori per la collettività oltre a quelli che sono perseguiti e connessi allo sfruttamento dell'opera realizzata (cassa di espansione, bacino d'invaso, ecc.). Non solo quindi vantaggi derivati dallo sfruttamento dell'opera, ma anche e soprattutto capacità per l'amministrazione di realizzare l'opera a costo zero e, a volte, con addirittura finanziamento di opere ulteriori rispetto a quelle connesse al solo invaso.

Da ciò un necessario coordinamento temporale fra le diverse attività pianificatorie connessa a questa particolare materia: prima la pianificazione delle opere pubbliche connesse alla difesa del suolo ed in particolare alla realizzazione delle casse di espansione e/o bacini per invasi, solo in un momento successivo la pianificazione connessa alle attività estrattive (PIAE), inserendo l'area interessata dall'intervento, affinché quest'ultima venga inserita e compresa fra le aree destinate ad attività estrattive privati.

La tempistica prospettata che vede l'espropriazione per pubblica utilità precedere l'elaborazione o la modifica del PIAE permette di superare le questioni che, in caso contrario, si porrebbero in relazione alla quantificazione dell'indennizzo. L'inserimento di una determinata area nel piano delle attività estrattive, infatti, ha come conseguenza il cambiamento della destinazione d'uso dell'area stessa, il cui valore, ad esempio, nel passaggio da uso agricolo a cava, aumenta a tal punto da rendere quasi impossibile un esproprio a fini di pubblica utilità delle aree connesse alla realizzazione di opere pubbliche per casse di espansione e/ o bacini per invasi; al contrario la semplice variazione della tempistica pianificatoria consentirebbe all'amministrazione di individuare a fini pubblici un'area priva di valore ulteriore rispetto a quello agricolo, con i conseguenti normali valori espropriativi, e, quindi, l'attività estrattiva discendente dalla realizzazione dell'opera verrebbe a costituire un pieno vantaggio economico per la collettività.

Ciò a prescindere dagli ulteriori aspetti che caratterizzano la fattispecie qui descritta e connessi alla diversa (e solitamente) maggiore possibilità di scavo che l'opera pubblica comporta consentendo un'esecuzione che va oltre

alle quote di profondità che normalmente vengono consentite all'attività estrattiva; l'amministrazione potrebbe così lucrare sugli ulteriori metri di scavo che la realizzazione della cassa di espansione o del bacino di invaso potrebbe comportare, la cui commercializzazione potrebbe permettere il finanziamento dei lavori necessari all'esecuzione di tali interventi, in particolare anche alla realizzazione delle opere di sicurezza idraulica.

IV. LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI SICUREZZA IDRAULICA IN REGIME DI PROJECT FINANCING

Passando all'esame delle modalità di realizzazione delle opere di sicurezza idraulica, giova rammentare che lo schema *tradizionale* si articola in sviluppo del progetto dell'opera, individuazione di un contraente, tramite procedura ad evidenza pubblica, con il quale stipulare un contratto di appalto; il rapporto negoziale è fondato sul sinallagma contrattuale che vede da un lato l'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa appaltatrice, e dall'altro la corresponsione del compenso pattuito in sede di gara da parte della pubblica amministrazione appaltante. È evidente che in tale caso la stazione appaltante deve necessariamente essere dotata della provvista necessaria per compen- sare l'esecuzione dei lavori.

L'impostazione sopra descritta consente un ribaltamento di questa impos- tazione in quanto l'Amministrazione può strutturare gli interventi in modo tale da finanziare i medesimi tramite la valorizzazione dei beni (materiali di scavo) risultanti dai lavori. I rapporti tra soggetto pubblico e soggetto privato saranno pertanto regolati da un sinallagma che prevede, quale prestazione, la realizzazione dell'intervento di messa in sicurezza fluviale e, quale corris- pettivo, la possibilità di commercializzare il materiale litoide risultante dai lavori (36).

Posto che la finanza di progetto è istituito volto alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità con risorse totalmente o parzialmente a carico

(36) In particolare, dato che gli interventi in questione rientrano nella definizione di lavori recata dal D.lgs. n. 163/2006 e s.mi cit., il rapporto giuridico intercorrente tra la pubblica amministrazione ed il privato realizzatore dell'intervento è da ricondursi ad una delle tipologie negoziali espressamente previste dal testo normativo. In proposito, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (già vigilanza sui lavori pubblici) ha avuto modo di ribadire in diverse occasioni come le modalità di realizzazione delle opere pubbliche siano nominate e tipiche, e non siano pertanto ipotizzabili modalità che non risultino previste dalla legislazione primaria statale. Cfr. AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI, deliberazioni 4 dicembre 2002, n. 337, 29 gennaio 2003, n. 19, 17 febbraio 2004, n. 30, 5 maggio 2004, n. 80, 25 maggio 2005, n. 58; Id., determinazione 30 luglio 2002, n. 22, in Gazz.Uff. Serie Generale 3 settembre 2002, n. 206.

dei soggetti privati (37) tramite l'affidamento di contratti di concessione di lavori pubblici (38) e che questi ultimi sono definiti, a livello comunitario e dal D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (39), appare chiaro che l'applicazione al caso in esame della fattispecie negoziale in questione — quindi, la possibilità di realizzare le opere di cui si tratta in regime di finanza di progetto — comporta la necessità di considerare la commercializzazione del materiale litoide risultante dalle escavazioni alla stregua della gestione dell'opera realizzata (40). Quest'ultima, infatti, non essendo

(37) In questi termini, DE ROBERTO A., *Gli obiettivi della procedura di cui agli artt. 37-bis, 37-ter e 37-quater della l. n. 109 del 1994*, in GIAMPAOLINO L., SANDULLI M.A., STANCANELLI G. (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla «Merloni-ter»*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 601. Si veda anche CASSETTA E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 565, ove si parla di «sistema per l'esecuzione delle opere pubbliche caratterizzato dal ricorso al finanziamento dei privati».

Sulla finanza di progetto nei lavori pubblici, in generale, si rinvia a: DE SURY P., MISCALI M. (a cura di), *Project finance. Principi guida per la realizzazione di opere pubbliche*, Milano, Egea, 1995; BALDI M., DE MARZO G., *Il Project Financing nei lavori pubblici*, II ed., Milano, IPSOA, 2004; DE MARZO G., CARINGELLA F. (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, IPSOA, 2003; FERRARI G.F., FRACCHIA F. (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, Egea, 2004; GIAMPAOLINO L., *Introduzione ad un corso sul project financing delle opere pubbliche: privato e pubblico nella disciplina dell'istituto*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, n. 4/2005; COMITATO INTERMINISTERIALE PROGRAMMAZIONE ECONOMICA — Unità Tecnica Finanza di Progetto, *Il ricorso alla finanza privata per la realizzazione di opere pubbliche — Introduzione alla finanza di progetto*, aprile 2002, reperibile sul sito http://www.utfp.it/docs/documenti/project_financing/introduzione.pdf; RABITTI G. L., *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1996, II, 224 ss.; AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI, Atto di regolazione 18 luglio 2000, n. 34, in Gazz. Uff. 1° agosto 2000, n. 178.

(38) Cfr. art. 153, comma 1°, D.lgs. n. 163/2006, come riscritto dall'art. 1, comma 1°, lettera ee) del citato d.lgs. n. 152 del 2008, laddove è disposto che «Per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, [...], finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'articolo 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti».

(39) Cfr. art. 3, comma 6°, D.lgs. n. 163/2006 e s.mi, cit.

(40) Per completezza, occorre evidenziare che ai fini della realizzazione di tali interventi potrebbe parimenti essere stipulato un contratto di appalto tale per cui la controprestazione è costituita da una permuta avente ad oggetto il materiale litoide estratto nel corso dei lavori di sistema-

finalizzata all'erogazione di servizi che possano originare ricavi da utenza, non si caratterizza per l'attitudine a generare profitto da gestione, bensì da «valorizzazione» del materiale litoideo ricavato. E' una visione nuova dell'istituto, ma non esclusa della norma, soluzione che peraltro è in linea con la *ratio* dell'istituto perché trasferisce l'impegno economico dell'amministrazione al di fuori dei propri confini.

Tale peculiarità ha diretta incidenza su uno degli elementi essenziali del contratto, ossia sulla durata, la quale dovrà essere costituita dal tempo necessario alla realizzazione dell'intervento, nonché dalla validità dell'autorizzazione allo svolgimento di attività estrattiva, che, a sua volta, dovrà essere tale da permettere la remunerazione degli investimenti necessari alla realizzazione dell'intervento in questione, diluendo nel tempo necessario l'utilizzo del materiale ricavato.

V. ASPETTI CONSEGUENTI

La decisione dell'amministrazione di procedere alla realizzazione di opere di sicurezza idraulica e, segnatamente, di casse di espansione o di bacini di invaso in regime di finanza di progetto ha quale conseguenza, non potendo il soggetto pubblico ricorrere all'utilizzo generalizzato dell'invaso risultante dall'attività di cava, soprattutto allorché la decisione di realizzare l'opera pubblica precede l'attività di cava, il necessario esperimento di una delle procedure ad evidenza pubblica volte a consentire all'amministrazione di avere il bene in assenza di capitale pubblico (o con capitale molto ridotto) e disciplinate dall'art. 153 del D.lgs. n. 163/2006, come risultate a seguito delle modifiche da ultimo intervenute con il D.lgs. n. 152/2008 (cd. «terzo decreto correttivo»).

Ne discende che ai fini dell'affidamento del contratto relativo alla realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso in regime di finanza di progetto l'amministrazione aggiudicatrice potrà optare per l'esperimento tra due differenti procedure, una senza diritto di prelazione e l'altra, al contrario, con diritto di prelazione, entrambe precedute dalla pubblicazione di un bando ed a base delle quali è posto uno studio di fattibilità redatto dall'amministrazione stessa.

zione. Sul contratto di permuta ex artt. 1552 e ss., c.c., si vedano: RICCA L., *Permuta (dir. Priv.)* (voce), in *Enc. Giur.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 125 e ss.; OBERTO G., *Permuta* (voce), in *Dig. Disc. Priv.*, Sezione Civile XIII, Torino, UTET, 1995, pp. 368 e ss.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pp. 1101 e ss.; TRABUCCHI G. (a cura di), *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2005, pp. 790 e ss.; GALGANO F., *Diritto Privato*, Padova, Cedam, 2004, pp. 531 e ss.; RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1995, pp. 799 e ss..

La prima procedura disciplinata dalla citata norma ha inizio con la pubblicazione di un bando, la cui funzione è quella di sollecitare la presentazione di offerte che contemplino la realizzazione dell'intervento con risorse totalmente o parzialmente a carico dei concorrenti, che deve necessariamente contenere l'indicazione della possibilità attribuita all'amministrazione di richiedere al miglior offerente di modificare il progetto preliminare sulla base di quanto emerso in sede di approvazione, del fatto che il medesimo soggetto potrà risultare aggiudicatario solo in seguito all'accettazione delle modifiche progettuali e dell'adeguamento del piano economico-finanziario dell'intervento eventualmente conseguente (41), nonché la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di scorrere la graduatoria dei concorrenti, dalla stessa stilata a seguito dell'esame delle offerte pervenute, al fine di chiedere progressivamente alle imprese successive l'accettazione delle modifiche al progetto del promotore che lo stesso si è rifiutato di apportare ed alle condizioni a quest'ultimo offerte (42). Una volta ricevute le offerte nel termine fissato dal bando, l'amministrazione deve procedere alla valutazione delle stesse con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla redazione di una graduatoria ed alla nomina del promotore (43). L'amministrazione deve, poi, procedere a mettere in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, secondo quanto disposto dall'art. 97 del Codice (44). La norma distingue, poi, le due ipotesi in cui il progetto preliminare necessita o meno di modifiche ai fini dell'approvazione. Mentre con riferimento a questa seconda eventualità, l'amministrazione procede all'aggiudicazione ed alla stipula della concessione, nell'ipotesi contraria, l'amministrazione deve chiedere al promotore di accettare le modifiche necessarie all'approvazione del progetto e l'eventuale adeguamento al piano economico-finanziario. In caso di risposta positiva, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione (45). Qualora, per contro, esso non accetti, l'amministrazione aggiudicatrice richiederà ai concorrenti che seguono in graduatoria il miglior offerente l'accettazione delle modifiche al progetto preliminare presentato dallo stesso ed alle medesime condizioni ad esso offerte (46).

La seconda procedura di finanza di progetto disciplinata dal citato art. 153 del D.lgs. n. 163/2006, è articolata in una doppia gara, la prima volta all'individuazione del promotore, cui è attribuito il diritto di prelazione, e la

(41) Cfr. art. 153, comma 3°, lett. a), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(42) Cfr. art. 153, comma 3°, lett. b), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(43) Cfr. art. 153, comma 10°, lett. a) e b), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(44) Cfr. art. 153, comma 10°, lett. c), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(45) Cfr. art. 153, comma 10°, lett. d), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(46) Cfr. art. 153, comma 10°, lett. e), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

seconda all'aggiudicazione del contratto di concessione di lavori pubblici (47). Al di là del procedimento di cui si è detto, anche questo ha inizio con la pubblicazione di un bando che deve espressamente prevedere che la conclusione della procedura di gara non è l'aggiudicazione del contratto, bensì l'attribuzione al miglior offerente del diritto prelazione, ossia del diritto di adeguare la propria offerta a quella ritenuta dall'amministrazione aggiudicatrice più vantaggiosa, ad esito della seconda fase concorsuale, e di aggiudicarsi così il contratto. Le offerte pervenute entro il termine fissato nel bando sono valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ne viene stilata una graduatoria da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, che procede, poi, ad attribuire la qualifica di promotore al miglior offerente e a porre in approvazione il progetto preliminare dallo stesso presentato (48). La norma in parola, disciplina, poi, la seconda procedura concorsuale che l'amministrazione aggiudicatrice deve indire una volta concluso il procedimento di approvazione del progetto e che si svolge, anch'essa, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. A base di gara sono posti il progetto preliminare approvato, nonché le condizioni economiche e contrattuali desumibili dal piano economico-finanziario del promotore e dalla bozza di convenzione dallo stesso presentata (49). Pubblicato il bando, indetta ed esperita tale seconda gara, il procedimento, che termina con l'affidamento del contratto di concessione di lavori pubblici, si diversifica a seconda che siano state o meno presentate offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore. Nell'ipotesi in cui non siano state presentate offerte più convenienti, in cui pare essere ricompresa l'eventualità in cui la seconda procedura concorsuale vada deserta, l'aggiudicazione verrà effettuata a favore del promotore. Nel caso in cui, invece, alla seconda procedura concorsuale siano state presentate offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, quest'ultimo può procedere ad adeguare la propria offerta a quella del miglior offerente, entro 45 giorni dalla comunicazione dell'Amministrazione aggiudicatrice relativa all'esito della seconda procedura di gara, risultando così aggiudicatario (50), ovvero non farlo, lasciando che il miglior offerente si aggiudichi il contratto (51).

Descritti sommariamente i principali profili procedurali della nuova disciplina della finanza di progetto (52), occorre ora valutare alcuni aspetti pecu-

(47) Cfr. art. 153, comma 15°, D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(48) Cfr. art. 153, comma 15°, lett. b), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(49) Cfr. art. 153, comma 15°, lett. c), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(50) Cfr. art. 153, comma 15°, lett. d) ed e), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(51) Cfr. art. 153, comma 15°, lett. f), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(52) Per un'approfondita disamina della nuova disciplina procedimentale di tale istituto sia consentito rinviare a CARULLO A., *La disciplina procedimentale della finanza di progetto come risultante*

liari della realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso, tramite il ricorso a tale istituto.

In primo luogo, occorre rilevare che i tempi necessari alla realizzazione dell'intervento ed alla commercializzazione del materiale scavato ed estratto potrebbero essere differenti e maggiori rispetto alle necessità della Pubblica amministrazione concedente circa la disponibilità dell'opera di sicurezza idraulica. Viene a tal fine in soccorso la stessa previsione che sancisce, quale criterio di valutazione delle offerte in relazione alle procedure di finanza di progetto, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La norma del D.lgs. n. 163/2006 che disciplina di tale criterio (53), come noto, reca un elenco esemplificativo degli elementi che possono costituire oggetto di valu-

dal terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, in Riv. trm. app. (in corso di pubblicazione). Si vedano, inoltre, MACCOLINI V., Art. 153, in CARULLO A., IUDICA G. (diretto), Commentario breve al Codice dei contratti pubblici, Padova, CEDAM (in corso di pubblicazione); COLETTA A., Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, in www.gjustamm.it.

(53) Si riporta, per comodità, il testo dell'art. 83 del D.lgs. n. 163/2006, cit., coordinato al terzo correttivo, ove è disposto che «[q]uando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti. 2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato. 3. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri. 4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. 5. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente codice».

tazione (54), tra i quali sono espressamente annoverati «*la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione*».

Un secondo aspetto che deve essere oggetto di valutazione è l'individuazione dei soggetti ammessi alla procedura esperita ai fini dell'affidamento del contratto avente ad oggetto la realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso. Nel compiere tale valutazione, la Pubblica amministrazione concedente dovrà considerare la natura e la complessità dell'opera di messa in sicurezza idraulica da realizzare ed, in funzione di ciò, determinare, nel rispetto del principio di proporzionalità, i requisiti imprenditoriali, tecnici ed organizzativi necessari ai fini della partecipazione alla procedura di cui si tratta. Ne discende la necessità di valutare la complessità dei lavori di escavazione e di successiva sistemazione finale dell'area (55), nonché degli ulteriori lavori necessari, quali, a titolo esemplificativo, la costruzione o la sistemazione di argini, la realizzazione di impianti di pompaggio, di canali o, ancora, la posa di tubature per scaricare le acque invasate. Potrebbe, allora, ipotizzarsi la possibilità di ammettere la presentazione di offerte sia da parte di imprese dotate delle necessarie certificazioni che da parte di raggruppamenti, cui partecipano tanto imprese edili, quanto cavaatori, in possesso dei necessari requisiti imprenditoriali, tecnici ed organizzativi (56).

Con specifico riferimento alla fase di esecuzione del contratto, appare chiaro che, avendo questo ad oggetto la realizzazione di un'opera pubblica trovano applicazione le norme del D.lgs. n. 163/2006 disciplinati la materia e, segnatamente, quelle dettate in materia di direzione dei lavori e di collaudo (57).

L'operazione in esame, infine, si conclude con il collaudo finale dei lavori eseguiti, ai sensi di quanto disposto dall'art. 141 del D.lgs. n. 163/2006 e s.mi, nonché dal Titolo XII del D.p.r. n. 554/1999, la cui finalità è, come noto,

(54) Sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si vedano, per tutti, LIPARI M., *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. app.*, 2007, pp. 7 e ss.; DE NICTOLIS P., DE NICTOLIS R., *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in Sandulli M. A., DE NICTOLIS R., Garofoli R. (dir.), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 2100 e ss.; VIVARELLI M. G., *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. app.*, n. 2/2007, pp. 385 e ss..

(55) Giova rammentare che, in forza delle normative regionali, dallo svolgimento dell'attività estrattiva in una determinata area consegue l'obbligo, in capo al soggetto che la esercita, di effettuare dei lavori di sistemazione finali, ossia quei lavori connessi e conseguenti alle modificazioni della morfologia delle aree sulle quali viene esercitata attività estrattiva. Si vedano, a titolo esemplificativo, gli artt. 11 e 12 della Legge Regionale Emilia-Romagna 18 luglio 1991, n. 17, cit..

(56) Per tali requisiti, si rinvia agli artt. 95-98 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 — Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, in *Suppl. ordinario n. 66/L*, alla Gazz. Uff. n. 98, del 28 aprile.

(57) Cfr. art. 130 e 141, D.lgs. n. 163/2006, cit..

quella di verificare e certificare la conformità dell'opera eseguita alle pattuizioni negoziali e alle regole dell'arte, nonché di verificare la corrispondenza dei dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi fra di loro e con le risultanze di fatto, non solo per dimensioni, forma e quantità, ma pure per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste (58).

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come si è visto, il tema della gestione del demanio idrico e della difesa del suolo costituisce un problema antico, che oggi trova soluzioni differenti per il diverso rapporto economico che lo contraddistingue in relazione alle attività produttive ed, in particolare, all'attività edilizia. La soluzione che oggi è individuata e cioè l'utilizzo degli invasi realizzati dai cavitatori in esecuzione di attività di scavo ed utilizzate successivamente a fini pubblici non trova più possibilità di successo a seguito della sempre più condizionante presenza della normativa comunitaria e nazionale sulla necessaria evidenza pubblica che deve presiedere all'individuazione dell'appaltatore. Tale considerazione, unitamente all'assenza di una disponibilità finanziaria sufficiente a coprire i costi delle opere di sicurezza idraulica — casse di espansione o bacini di invaso ed opere complementari — impone una nuova visione del tema della difesa del demanio idrico e, segnatamente, la ricerca di soluzioni volte a coinvolgere il settore privato (*id est*, i capitali privati) ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione delle opere in questione, in maniera radicalmente diversa da quanto accade oggi. Si rende, quindi, necessario, il ricorso a forme negoziali di assicurazione del corrispettivo che non comportino l'esborso di denaro da parte dell'Ente pubblico.

Gli obiettivi di sistemazione e di messa in sicurezza idraulica del territorio, potrebbero essere perseguiti mediante l'esecuzione di lavori pubblici remunerati dall'attività estrattiva ed, in particolare, tramite il ricorso a quella particolare forma di partenariato pubblico privato che è la finanza di progetto. Come noto, il D.lgs. n. 163/2006, che ne reca, ora, la disciplina procedurale, prevede che il procedimento di cui si tratta si concluda con l'aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici. Ne discende che l'ap-

(58) Cfr. art. 187, co. 1o, D.P.R. n. 554/1999, cit.. Sul punto, si vedano: MUSOLINO G., *Il contratto di appalto*, Rimini, Maggioli, 2007, pp. 206 e ss.; TROTTA G., *Il collaudo*, in VILLATA R. (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, CEDAM, 2004, p. 885; CARINGELLA F., DALOISO R., GIAMPAOLO C., *Gli appalti di lavori pubblici: la legislazione sulle opere pubbliche: commento alla legge quadro e ai suoi regolamenti di attuazione*, Napoli, Esselibri, 2005, p. 270; CIANFLONE A., GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1064; PIACENTINI P. M., *Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Rimini, Maggioli, 2000, p. 234.

plicazione al caso in esame di tale fattispecie negoziale comporta la necessità di considerare la commercializzazione del materiale litoide risultante dalle escavazioni alla stregua della gestione dell'opera realizzata.

Come si è visto, la realizzazione di casse di espansione e di bacini di invaso in finanza di progetto richiede, *a monte*, un coordinamento tra le pianificazioni territoriale e di bacino e quella dell'attività estrattiva, anch'essa volta a garantire la difesa e la sicurezza del territorio, nonché degli altri interessi pubblici sui quali tale attività ha diretta incidenza. Sotto il profilo temporale, le prime dovrebbero essere elaborate in un momento antecedente rispetto al PLAE. Ciò al duplice fine (i) di consentire alla l'espropriazione del terreno interessato dall'opera al valore relativo all'originaria destinazione e (ii) di permettere il tempestivo avvio della procedura di espropriazione per pubblica utilità prima della destinazione urbanistica del terreno. Quest'ultimo aspetto è di rilevante importanza nell'ipotesi in cui l'opera in parola insista su di un territorio già destinato ad estrazione, in quanto l'esercizio di tale attività da parte del privato proprietario del fondo potrebbe pregiudicare la possibilità di coprire i costi dell'opera con la *valorizzazione* del materiale litoide di risulta.

Contraria all'eventualità in cui valore il citato materiale non sia sufficiente a consentire la realizzazione dell'intervento è quella che vede la quantità ed il valore di mercato del materiale estratto e commercializzato assicurare al concessionario guadagni superiori rispetto all'effettivo costo dell'intervento. Al verificarsi di tale ipotesi, la salvaguardia dell'integrità del patrimonio della Pubblica amministrazione potrebbe essere perseguita tramite l'affidamento al concessionario di lavori complementari (59) alla cassa di espansione o al bacino di invaso, ex art. 147 del D.lgs. n. 163/2006, che potrebbero essere volti a ridurre l'impatto ambientale dell'intervento, ovvero, ad accrescerne la qualità naturalistica.

In conclusione, si ritiene, quindi, importante sottolineare che, in luogo dell'attuale sistema programmatario che consente all'amministrazione di trarre benefici solo indiretti dell'attività di cava (utilizzo dell'invaso risultante dall'escavazione), il ricorso all'istituto della finanza di progetto, una volta invertita

(59) In particolare, si deve trattare di opere che da un punto di vista tecnico-costruttivo rappresentino una integrazione dell'opera principale saldandosi inscindibilmente con essa, si da giustificare l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva in capo ad un unico esecutore. Diversamente opinando, la mera suddivisione in stralci o lotti successivi verrebbe a legittimare l'affidamento a trattativa privata dell'intera opera alla impresa aggiudicataria del solo primo lotto con conseguente sostanziale vanificazione della pubblica gara. Si vedano, in proposito, le pronunce del Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 20 giugno 2000, n. 295, in *Comuni Italia*, 2000, 1436 e 3 febbraio 2000, n. 38, *ivi*, 1276.

la tempistica relativa alla programmazione territoriale, potrebbe agevolmente sopperire alle esigenze pubblicistiche per soddisfare la domanda di lavori pubblici in assenza della disponibilità finanziaria sufficiente a coprirne i costi di realizzazione; la sistemazione e la messa in sicurezza idraulica del territorio può avvenire sfruttando il valore del materiale litoide da estrarre ai fini della realizzazione dei lavori, ferme restando le esigenze di tutela ambientale e di integrità del patrimonio della Pubblica amministrazione.

SEGUNDA SESIÓN
AGUA, DERECHO Y
CAMBIO CLIMÁTICO

AGUA, DERECHO Y CAMBIO CLIMÁTICO

MARÍA JESÚS MONTORO CHINER

«Die Schöpfung» Hob. XXI: 2
(La Creación)
Joseph Haydn

Introducción: (Die Vorstellung des Chaos)
(Raphael)

«Und Gott machte das Firmament und teilte die Wasser, die unter dem Firmament waren, von den Gewässern, die über dem Firmament waren, und es ward so».

Texto de Gottfried van Swieten, según un Libretto, en inglés, de Thomas Lidley, basado en «El paraíso perdido» de John Milton.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO EVIDENCIA CIENTÍFICA: 1. El cambio climático es un fenómeno físico, global y reconocido. 2. Necesaria orientación del Derecho a la vida real. 3. El cambio climático como objeto del Derecho.— III. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y PROYECCIÓN TRANSNACIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: 1. Ejecución «conjuntamente individualizada» del Derecho del cambio climático; «compliance»: uno para todos. 2. A la búsqueda de «ámbitos de referencia» para incorporar categorías generalizables ¿al mantenimiento? de las condiciones de vida natural ante el fenómeno global del cambio climático.— IV. EL PROCEDIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE LA INTERNACIONALIZACIÓN VERTICAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: 1. El procedimiento como medio o el procedimiento como método. 2. Los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, tanto los de proyectos como la estratégica, poseen todos los requisitos exigibles al modelo de ejecución vertical, en la internacionalización vertical de la Administración en los tiempos del cambio climático; pero han de basarse en criterios científicos, técnicos y ciertos.— V. LAS NORMAS Y SUS PROPOSICIONES. CONDICIONES LOCALES Y CONDICIONES GLOBALES. ¿QUÉ CABE ESPERAR DE NUESTRO SISTEMA NORMATIVO?: 1. Uso literario de la expresión

«desarrollo sostenible» y ausencia de su conexión con el cambio climático. 2. Si el legislador ha reconocido el fenómeno del cambio climático, sus efectos y su carácter global, por coherencia, habría de someter a evaluación si agua, aire y atmósfera están reguladas en función de los efectos del cambio climático. 3. Si el cambio climático es una evidencia ¿las medidas activas de las Administraciones se encaminan a la mitigación de sus efectos?— VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Es difícil, por no decir imposible, aproximarse a un tema como «Agua, Derecho y cambio climático» sin reflejar, previamente, la realidad sobre la que se proyecta. Por ese motivo se me puede permitir que intente justificar la razón por la que considero que el cambio climático es un fenómeno que incide sobre el agua, los recursos hídricos, su existencia y su distribución. Si el Derecho sirve para regular las relaciones sociales, sea cual fuese la realidad que las hace surgir, en el momento actual, la conexión cambio climático y agua ha conformado ya una estructura indisolublemente abordable desde el Derecho que requiere un análisis de conjunto por ser un fenómeno físicamente inescindible.

La reflexión que a continuación se expone viene referida, como es lógico en este foro, a los países mediterráneos y a las medidas que sus poderes públicos han de adoptar debido a su particular situación en el planeta. Ello no obstante, la trascendencia e importancia del cambio climático en el agua —y, por tanto, su reflejo en Derecho— está constatada por las numerosas evidencias científicas que muestran, a nivel global, y, por cierto, también en países más beneficiados en cantidad de recursos hídricos por su localización en el globo, que el cambio climático está trastornando el equilibrio normal del ciclo de la naturaleza. Agua y atmósfera, o agua y aire han de ser tenidos en cuenta de manera holística, abandonando el método compartimentado de análisis de los sectores o subsectores ambientales al que estamos acostumbrados. Ahora, finalmente, hemos emprendido el camino correcto al comunicar los elementos ambientales con los urbanísticos, con el territorio y su ordenación, así como con la protección de las grandes infraestructuras.

La doctrina científica que se ha ocupado del «Derecho de aguas» analizó, desde siempre, las reglas jurídicas que han disciplinado, y aún disciplinan, los usos y la gestión del recurso, sus aprovechamientos con fines humanos, industriales, agrícolas y ecológicos, entre otros (1).

(1) La bibliografía es abundantísima y pertenece al ámbito de los clásicos del Derecho Administrativo. Abarca desde las cuestiones más economicistas, como recursos y aprovechamientos hidráulicos y las organizativas de gestión hasta las de mayor naturaleza ecológica, como los caudales

Como ha sucedido en el Derecho del medio ambiente cuya doctrina ahora propugna un «derecho al medio ambiente», se proclama doctrinalmente un «derecho al agua» como derecho humano (2).

Desde un «derecho a saciar la sed», un «derecho humano universal» o incluso, un «derecho a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad» (como reza el art. 20 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana) la configuración de tal derecho empieza, afortunadamente, a ponderarse en su ámbito global internacional; pero todavía no se ha superado la idea de la reserva local (tal vez se haya originado una regresión aún más lamentable), que entiende que el derecho al agua es el derecho a la proximidad del agua, o el derecho a su exclusiva utilización según la ventaja que la proximidad otorga.

Sin negar, antes al contrario, reconociendo «el derecho al agua», como derecho intertemporal, de las generaciones actuales y de las generaciones futuras, el fenómeno del cambio climático que está revistiendo carácter global internacional y que no entiende de barreras fronterizas, políticas o jurídicas, podría ser el concepto que arrumbe con las concepciones localistas, exclusivas y trasnochadas de un derecho al agua que nunca será efectivo como tal si la organización política, la organización territorial o la distribución de competencias dificultan la utilización del recurso, para usos vitales y humanos, allí donde fuese necesario.

Lo anteriormente esbozado se enmarca en una proyección más genérica que, posiblemente, dé un nuevo giro a los esquemas del Derecho Administrativo, aunque según mi percepción personal ya ha comenzado a darlo (otra

mínimos. La cita de todas ellas sería larguísima y es, además, muy conocida, pero puede recordarse S. MARTÍN RETORTILLO «Derecho de aguas». Civitas, Madrid 1997; «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas», RAP nº 128, 1992; A. GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA «El derecho de aguas en España», MOPU, Madrid, 1986; A. EMBID IRUJO (dir). «Las obras hidráulicas», Madrid 1995; «Gestión del agua y medio ambiente» (dir), Civitas, Madrid 1997; «El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación», Civitas, Madrid 1998; A. FANLO LORAS «La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros», Universidad de la Rioja, Logroño, 2001; S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ (coord..) *El nuevo derecho de aguas*, Thomson Civitas, Madrid 2007.

(2) A. EMBID IRUJO. «El derecho al agua», Thomson-Aranzadi, 2006. Sobre el derecho al medio ambiente me remito a la bibliografía que refiero en mi trabajo, El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo III; F. SOSA WAGNER (coordinador), Tirant lo Blanc, Valencia 2000. Aunque allí ya expuse que el derecho al ambiente va más allá de un derecho subjetivo (humano, constitucional no autónomo ni fundamental); impone deberes y constituye un mandato constitucional a los poderes públicos y su desconexión con la Constitución económica sólo aporta desventajas e incumplimiento del metaprincipio del desarrollo sostenible. Ocho años después me reaffirmo en aquella idea.

cosa es que estemos dispuestos a reconocerlo). En efecto, tal y como ha sucedido con la integración del Derecho (ahora) de la Unión Europea, cuya asunción ha afectado no sólo a reglas y normas, puesto que ha perfilado instituciones jurídicas, ha introducido nuevos instrumentos jurídicos y creado categorías distintas a las que manejábamos, el fenómeno del cambio climático está conduciendo a una internacionalización del Derecho Administrativo, [en otra ocasión analizaremos si a un Derecho administrativo internacional (3)] donde las decisiones y su ejecución precisan de un método distinto a aplicar, tanto por las Administraciones públicas como por los operadores jurídicos.

Resumiendo, habrá de tenerse en cuenta que los actos administrativos que conciernen a estas materias son actos administrativos transnacionales; que se ha abierto un espacio de aplicación de determinadas resoluciones, actos concretos e incluso planes, que sobrepasan la soberanía propia de un Estado; se ha originado una disociación (4) entre territorio como ámbito de aplicación y como ámbito de eficacia de los actos que afectarán a las decisiones sobre el agua, que, de manera holística han de estar determinadas por y en función del cambio climático. «Desterritorialización» y «desfronterización» del Derecho administrativo, o lo que equivale, un Derecho administrativo sin límites territoriales, es la dirección que la disciplina ha comenzado a adoptar. El comportamiento de las Administraciones públicas debería ajustarse con apertura de miras, a la nueva situación, teniendo en cuenta que la cooperación, la colaboración e, incluso, la coordinación, poseen un significado distinto. Lo que hasta ahora se ha entendido por desarrollo sostenible, como cláusula finalística de actuación ambiental, ha entrado en crisis siendo la supervivencia la que determinará en qué clave se persigue no el desarrollo sostenible, sino el mantenimiento aceptable de las condiciones de vida.

Apostar por las energías renovables es bueno, pero insuficiente. La unificación de la regulación de los sectores ambientales es deseable, pero ha de ir acompañada de una organización administrativa no fragmentada. Biodiversidad, aguas, atmósfera, eliminación de residuos necesitan una regulación conjunta y fórmulas de intervención de policía administrativa sometida a la legalidad en la persecución de un interés general globalmente considerado.

No parece que los seguros por riesgos ambientales sean instrumentos adecuados para paliar los daños que se produzcan, ya que la relación de causalidad se puede convertir en indemostrable e insusceptible de ser pro-

(3) G. BIAGGINI. *Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrecht als Aufgabe der Rechtswissenschaft. Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts*. VVDStRL 2007, W de G, Berlin 2008, p. 414.

(4) A. GERONTAS. *Die Rückführungsentscheidung von Drittstaatsangehörigen als transnationaler Verwaltungsakt. Die neuen Europäer*. SIPE, Sevilla 2008. En curso de publicación.

bada. El refugio de los poderes públicos en la cláusula de indemnidad ante los daños «que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar, según el estado de los conocimientos, de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos» (art. 140.2 de la Ley 30/1992 LRJPAC), no puede hacerse valer ante el fenómeno del cambio climático. Hace ya veinte años que se habla de él y diez que se ha evidenciado científicamente.

El Estado preventivo, el legislador en el Estado ambiental de Derecho tiene una responsabilidad que asumir y un mandato constitucional ambiental que atender.

La doctrina del Derecho administrativo ha de tener la versatilidad de orientar las reglas que disciplinen el agua en los tiempos del cambio climático. Tal vez uno de los instrumentos más eficaces para ello sea el procedimiento administrativo, como modo de relacionarse, como método de selección de un modo de actuar (5) en función de la adaptación al cambio climático y de las disponibilidades del agua.

II. EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO EVIDENCIA CIENTÍFICA

1. El cambio climático es un fenómeno físico, global y reconocido

J. MARTÍN VIDE lo califica como inequívoco, inusual, antrópico e inquietante (6).

La primera consecuencia del cambio climático es la elevación de la temperatura media global 0,74°C durante el último siglo (1906-2005). Los doce años más cálidos han sido: 1998, 2005, 2003, 2002, 2004, 2006, 2001, 1997, 1995, 1999, 1990 y 2000.

La segunda consecuencia del cambio climático es la elevación del nivel marino medio global, de 3,1 mm/año desde 1993 por la expansión térmica del agua y la fusión de glaciares y capas de hielo. El incremento del nivel marino a finales del siglo XXI estará entre 18 y 59 cm.

(5) J. BARNES. «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», en *Renovación y reforma en el Derecho Administrativo* (J. BARNES, editor). Editorial Derecho Global, Sevilla 2006, p. 265.

(6) J. MARTÍN VIDE. Conferencia pronunciada en la facultad de Derecho de la UB el 20 de diciembre de 2007 con motivo de la clausura de la 1ª edición del master «Agua, análisis interdisciplinar y gestión sostenible».

Agradezco al catedrático y colega MARTÍN VIDE, haberme permitido utilizar su documentación sobre los mapas del tiempo, así como sus consejos acerca de la terminología y de lo que en la actualidad constituye la evidencia científica, lejos de todo catastrofismo mediático o superficial.

La tercera consecuencia es el aumento de los riesgos climáticos. Ha aumentado en muchas áreas la frecuencia de episodios de precipitaciones intensas. Entre 1990 y 2005 la precipitación ha aumentado significativamente en las partes orientales de Norteamérica y Sudamérica, el norte de Europa y el norte y centro de Asia; pero ha disminuido en el Sahel, el Mediterráneo, el sur de África y partes del sur de Asia.

Los impactos regionales previsibles en el Mediterráneo a partir del Cuarto IPPC (*Intergovernmental panel of Climate Change*) son: la disminución de recursos hídricos en las cuencas del Mediterráneo, en general, en el sur de Europa; las altas temperaturas y la sequía producirán una reducción de la disponibilidad de agua, del potencial hidroeléctrico, del turismo estival y de la producción agrícola. Se prevé un aumento de los riesgos para la salud por las olas de calor, así como de la frecuencia de los incendios forestales.

La causa principal del calentamiento global es el aumento de los gases de efecto invernadero de origen antropocéntrico desde el comienzo de la llamada revolución industrial.

2. Necesaria orientación del Derecho a la vida real

«El Derecho, por definición, se orienta a la eficacia» (7). Para que sienta sus reglas sobre bases ciertas ha de apoyarse en otras ciencias y realidades científicas tenidas como evidencias (8). A tal efecto, tan importante es conocer la tecnología de absorber carbono a gran escala (dióxido de carbono licuificado) y trasladarlo para ser introducido bajo la superficie (9), como conocer que el Estado español ha fracasado en su lucha contra el cambio climático puesto que la emisión de gases de efecto invernadero creció el 1,8% en 2007 y que, en total, ha aumentado un 52,3% desde 1990 (10).

Que el Protocolo de Kyoto ha fracasado por haber concebido el cambio climático como una carga y no como una oportunidad no se duda por nadie. España lo ha ratificado en el 2005. En los años transcurridos ya se ha podido conocer que el único medio de lucha contra el cambio climático es volver a

(7) E. SCHMIDT-ABMANN. «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en *Renovación y reforma (...)* op. cit. p. 37.

(8) A. GRIMM. *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* (ed.). C.H.Beck 1976, p. 12.

(9) EDMONTON JOURNAL.COM today. 28 julio 2008, p. A2. amclean@thejournal.canwest.com. Da cuenta del mayor almacén de captura de carbono en Weyburn, Sask. El Servicio En Cana se encarga de su gestión en Canadá.

(10) Diario AVUI, 21 de mayo de 2008, p. 27. Cataluña emite hoy el 41% más de CO₂. Se aleja en demasía de lo pactado en Kyoto.

una segunda revolución industrial, a escala mucho mayor que un cambio de tecnología. «Implica un cambio total de la economía de la energía y, automáticamente, un cambio en el desarrollo industrial; se trata de un cambio del desarrollo cultural; de un cambio en las relaciones internacionales; es un cambio de las estructuras financieras, en suma, es un cambio de la estructura financiera en el globo (11).

Un eficiente uso de la energía en los edificios, electrodomésticos, transporte, industria y generación de electricidad representaría los mayores ahorros y los menos costosos (por supuesto, descarbonizando la generación de la electricidad) (12); pero no todos los países —ni tan siquiera en la Unión Europea— están dispuestos a alterar o renunciar a sus fuentes de producción (13).

Es, sin embargo, conocido y constatado que el fracaso de Kyoto obedeció a no haber contado con las emisiones procedentes del transporte. La Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA) atribuye a las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del transporte, la automoción y el tráfico terrestre y aéreo el incumplimiento de los objetivos de Kyoto. La Ley 1/2005 reguladora del comercio de emisiones, (su art. 2.i) se aplica a los titulares de las instalaciones (unidad técnica fija), cuya actividad pueda tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación. El mayor número de inmisiones no provienen de las instalaciones, sino del transporte interno.

(11) Conferencia de Hermann SCHEER en la Universidad de Kingston, Ontario, Canadá. Da cuenta el GLOBE AND MAIL, de 5 de agosto de 2008, p. B7 cturner@globeandmail.com. La ley alemana de energías renovables es denominada frecuentemente Ley Scheer. Se le conoce por el apelativo del «Al Gore europeo».

(12) Para rebajar las emisiones de CO₂ en el planeta, serían necesarias 1.300 nuevas nucleares. La Agencia Internacional de la Energía (AIE) llama a impulsar la energía atómica y las tecnologías de captura de CO₂ (ver nota 9). El País, 7 de junio de 2008, p. 43.

(13) Los líderes del G8 acordaron reducir las emisiones de CO₂ en un 50% hasta 2050. En ese escenario, el ahorro correspondería: un 36% de la reducción a la mayor eficiencia en el uso de la energía, un 21% con la utilización de energías renovables, el 19% con secuestro de CO₂, y el 24% con la eficiencia en la generación de la energía (ver nota 9).

Sobre la posición de los líderes europeos da cuenta el INTERNATIONAL HERALD TRIBUNE de 14 de marzo de 2008, p. 3, en «Leaders warned on emissions curbs».

Los países productores de automóviles potentes no quieren ser peor tratados que los que fabrican utilitarios (MERKL). Otros postulan rebajar el IVA para los productos con mayor eficiencia energética (BROWN). Alemania, Francia, Austria, Italia y la República Checa, se decantan por un pacto específico que asegure a los grandes productores de energía que no perderán sus inversiones. Pero Inglaterra, Holanda y Suecia aseguran estar lejos de llegar a un pacto para adoptar medidas y, además, ejecutarlas, si otros países no se comprometen a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Por su parte, Austria subraya que los productores de acero, aluminio, cemento, papel y ladrillos han de ser exceptuados de la obligación de comprar certificados de emisión de carbono en subastas de manera que no tengan que localizar su producción en otros países, fuera de la Unión Europea, que tienen niveles más bajos de emisión.

Por otra parte, dado que los países productores de la mayor parte de gases de efecto invernadero no ha ratificado el Protocolo de Kyoto, la Comisión Europea se abstendrá de fijar límites y objetivos nuevos hasta el 2012.

Por sólo dar una idea: Estados Unidos, China e India, la Unión Europea, Canadá, Japón y Rusia lanzan el 75% de los gases de efecto invernadero. Para paliar la falta de atención del legislador interno a la producción de gases de efecto invernadero se ha promulgado la Ley 34/2007 de calidad del aire y protección de la atmósfera que grava desde el 1 de enero de 2008 mediante el impuesto verde (tasa ecológica) la matriculación de vehículos.

La Cumbre de Bali (17 de diciembre de 2007) ha tratado de remediar los déficits de Kyoto: un mandato para la elaboración de una «política del clima» para todos los países, mediante un convenio a celebrar antes de 2009 en Copenhague. Los Estados, en número de 192, miembros de la Convención del Clima, no pierden de vista una reducción drástica de emisiones para el 2012. Sin embargo, un posible Kyoto II ha sido pospuesto debido a que los Estados Unidos no han ratificado todavía el Protocolo de Kyoto.

Las propuestas efectuadas dos años atrás en Montreal se transformaron en algo más concreto y realista. El resultado ha sido la «hoja de ruta» de Bali que elimina la distinción entre países industrializados y países en vías de desarrollo que imponía el Protocolo de Kyoto. Además, la lucha contra las emisiones se convierte en estímulo, no es sólo condena.

La expresión «mitigación» sustituye a la expresión «reducción» en el texto. Piedra angular resultará el refuerzo de las medidas nacionales e internacionales que asumirán, también, aunque en un plazo muy largo, los países en vías de desarrollo mejorando su comportamiento ambiental.

Los países industrializados se comprometen a la adopción de medidas concretas reales y verificables (incluyendo, en este caso, a los Estados Unidos).

Los otros elementos clave de la Cumbre de Bali han sido las medidas de impulso para la *adaptación* al calentamiento producido por el cambio climático, las transferencias de tecnología y la financiación, esto último, dirigido a los países en vías de desarrollo cuya capacidad de adaptación depende de que se les suministre *know-how*, técnica y presupuesto.

Muy cuestionada ha sido la advertencia del IPCC acerca de la necesaria mitigación de los gases de efecto invernadero por los países industrializados (del 25% al 40% antes del 2020), de mayor alcance que la propuesta de Kyoto. El IPCC considera que sólo una medida de este tipo conseguiría estabilizar la concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera.

Las medidas consistentes en la «*adaptación*», que afectan a todos para prevenir las consecuencias del calentamiento global del planeta, se dirigen a

paliar las consecuencias de las sequías (14) y de la elevación del nivel marino con las consiguientes inundaciones y la pérdida de la capa de hielo, especialmente en el Ártico (15).

3. El cambio climático como objeto del Derecho

El cambio climático entendido como conjunto de variaciones climáticas que afecta al planeta Tierra, originadas por la acción humana tras la Revo-

(14) En otoño de 2007 llovió en Cataluña un 40% menos de lo habitual; la sequía se ha prolongado desde 2005, agravándose en el 2007 (año de menor número de lluvias de la última década). Los pantanos en 2008 estaban al nivel menor de los últimos 25 años. En cambio, el mes de mayo de 2008 ha sido el más lluvioso de los últimos 60 años. INFOAGBAR, Julio 2008.

Según el Presidente del IPCC, RAJENDRA PACHAURI, «Lo más preocupante del cambio climático es la incidencia sobre la disponibilidad del agua. De hecho, ya se ha visto una disminución importante en el régimen de precipitaciones. Hay que aplicar políticas para adaptarse a esa situación». LA VANGUARDIA, 20 julio 2008.

(15) «El deshielo en el Ártico es lo más alarmante» R. PACHAURI, Presidente del IPCC. LA VANGUARDIA, 20 de julio de 2008.

Imágenes de satélite de la NASA han mostrado por primera vez en un mes de septiembre, el océano Ártico libre totalmente de hielo. El cambio climático modifica la geografía y las rutas en el círculo polar. El promedio de hielo en septiembre de 2007 fue de 4,28 millones de km², con lo que se produjo una reducción del 23% de extensión respecto al 2005 y una merma del 39% en comparación con la media de septiembre entre 1979 y 2000.

En Alaska y en el oeste de Canadá las temperaturas en invierno se han incrementado entre tres y cuatro grados en los últimos 50 años. LA VANGUARDIA, 2 de diciembre de 2007, A. CERRILLO, p. 44.

Antes del 2040 podría estar el Ártico libre de hielo «Müssen Wettlang verhindern» DIE PRESSE, 26 de mayo de 2008, p. 6. Entre otras circunstancias, ello originaría la batalla por las fronteras marítimas», A. CERRILLO, LA VANGUARDIA, 2 de diciembre de 2007. Comparten la región que circunda el Ártico cinco Estados: EEUU, Canadá, Dinamarca (Groenlandia), Noruega y Rusia. La zona alberga hasta el 25% de los recursos de hidrocarburos que quedan por descubrir en el planeta. Aunque la cantidad exacta sea discutible, no es despreciable.

En mi estancia en Canadá (julio-agosto 2008) reuní numerosa información de prensa y asistí al impacto mediático que causó el desprendimiento de la masa de hielo de Ellesmere Island. «Huge chunk snaps off storied Arctic ice shelf» Scientists say the break, the largest on record since 2005, is the latest indication that climate change is forcing the drastic reshaping of the Arctic coastline, where 9.000 square kilometres of ice have been whittled down to less than 1.000 over the past century, and are only showing signs of decreasing further». THE GLOBE AND MAIL, 29 julio 2008, p. 12.

«Frozen Northwest Passage expected to open up». THE GLOBE AND MAIL, 6 agosto 2008. «Compared to what our climate models said, we're 20, 30 years ahead of schedule in terms of ice loss».

Las catástrofes climáticas más graves acontecidas en Canadá han tenido lugar en 1998 (Ice storm, en Québec) y en 2003 (Firestorm en British Columbia), J. DIXON, Extrem Canadian Weather, Nature 2004.

El metano emerge en el Ártico desde el lecho marino de Siberia; lo que aumentará el efecto invernadero. La Vanguardia, 24.9.2008, p. 27.

La próxima tarea jurídico-científica de la ONU es el cambio climático. Así lo declaró Srgjan Kerim, Presidente de la Asamblea General de la ONU el 20 de septiembre de 2008.

lución industrial comenzó siendo una alerta que se vio con escepticismo y ha acabado por tener un reconocimiento jurídico. Ya constituía objeto del Derecho el cambio climático hace casi veinte años, pero su espaldarazo a nivel internacional surge, en efecto, del Protocolo de Kyoto de 1997, (que desarrolló la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992) (16).

Resulta conocido que el Derecho del cambio climático —en especial su régimen internacional— está generando —como así se lee— *linkages* con otros sectores ambientales. En este sentido baso mi análisis, por considerar necesario el tránsito de la «fragmentación» a la «integración» de los sistemas que componen el medio ambiente y éste mismo, con otras políticas sobre el territorio: biodiversidad, contaminación atmosférica, recursos hídricos (incluyendo humedales) (17). Otro sistema de proceder se quedaría en meros compromisos éticos o en políticas que otorgan un *label* de sostenibilidad para justificar cualquier acción o discurso errático de los poderes públicos.

No está de más recordar, por analogía, el art. 130R del Tratado de Roma y el actual art. 6, en su versión tras el Tratado de Ámsterdam, que prescriben que las variables ambientales han de inspirar las restantes políticas comunitarias sobre el territorio. Salvadas las distancias, las acciones ambientales —podría decirse ahora— habrían de estar determinadas por los fenómenos del cambio climático.

La UE ha entendido que el cambio climático es mitigable. La nueva tecnología de aprovisionar el CO₂ bajo tierra será rentable. Miles de millones se van a invertir en las primeras centrales térmicas limpias. Esa innovación mitigará la fatigosa actuación del comercio de certificados de emisión (18).

(16) Los antecedentes del Protocolo de Kyoto, las políticas internacionales y españolas sobre cambio climático pueden verse en las obras de M. SARASIBAR IRIARTE, *Régimen jurídico del cambio climático*. Lex Nova, Valladolid 2006; la abundante bibliografía que se maneja, ilustra la importancia del tema; también: *El Derecho forestal ante el cambio climático: las funciones ambientales de los bosques*. Thomson Aranzadi, Navarra 2007, de la misma autora.

(17) Me ha sido de gran utilidad por las propuestas de futuro que se vierten sobre el régimen jurídico del cambio climático la obra: M. DOELLE, *From hot air to action?. Climate change. Compliance and the future of International Environmental Law*. Thomson-Carswell, Toronto 2005, ISBN 0-459-24277-6. El análisis del régimen jurídico del cambio climático viene acompañado de evaluaciones críticas de las políticas canadienses que relacionan los diversos sectores con el cambio climático a través de convenios ambientales expresamente suscritos para obtener un desarrollo sostenible efectivo.

También O. YOSHIDA. *The international legal regime for the protection of the Stratospheric ozone layer*. Kluwer Law International. The Hague 2001.

(18) Die Presse, 24.9.2008. Europas Klimaproblem ist lösbar.

III. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y PROYECCIÓN TRANSNACIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Ejecución «conjuntamente individualizada» del Derecho del cambio climático; «compliance»: uno para todos

A primera vista parece que la forma del redactado del art. 3.1 del Protocolo de Kyoto (19) (a la vista del texto del art. 3 del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático) (20), no difiere de la que las Partes suelen utilizar cuando suscriben convenios internacionales. Existen, sin embargo, matices que inducen a pensar que el compromiso adquirido requiere una cierta «complicidad» de todos los sujetos individualizados en su conjunto para la adopción de las medidas de ejecución. Cada uno de los firmantes se adhiere a un compromiso, como parte de un todo pues a todos beneficia el cumplimiento de cada uno, y a todos perjudica el incumplimiento de uno solo; el incentivo que guía a cada Estado a cumplir sus compromisos es la confianza en que todos se comportan tan lealmente como él. Lástima no poder darle contenido jurídico al «uno para todos y todos para uno», porque, en efecto, cada uno decide por todos.

La reciprocidad es término común de los compromisos internacionales, pero la ejecución global individualizada reviste caracteres distintos. En primer lugar, porque supone un compromiso con las generaciones presentes y las futuras. En segundo lugar, porque cada uno actúa desde su diferenciada y respectiva capacidad. En tercer lugar, porque países desarrollados y en vías de desarrollo soportan cargas —y generan cargas—desiguales. Su vulnerabilidad es distinta. En cuarto lugar, porque el principio de cautela debe guiar las medidas y políticas respectivas: la falta de total certidumbre científica no es razón para posponer las actuaciones de mitigación del cambio climático. En quinto lugar, porque todos los países tienen derecho al desarrollo sostenible y el deber de promoverlo. Por último, las acciones unilaterales destinadas a combatir el cambio climático, no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable, ni una restricción encubierta al Convenio Internacional. Se resumiría diciendo: es una responsabilidad común.

A vueltas con los ejemplos dimanantes de la ejecución del Derecho Europeo derivado o secundario por los Estados miembros (centralización horizon-

(19) Instrumento de ratificación del Protocolo de Kyoto al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (BOE nº 33, de 8 de febrero de 2005). Hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997.

(20) Instrumento de ratificación de la Convención por España (BOE nº 27, de 1 de febrero de 1994). Hecho en Nueva York el 9 de mayo de 1992.

tal), puede argumentarse, por analogía, como sigue. La ejecución del Derecho del cambio climático exige actuaciones administrativas transnacionales; los actos administrativos (también los de carácter normativo y los contratos, según el concepto de acto administrativo que se maneje), en materia de cambio climático, trascienden del territorio del Estado que los dicta originando efectos en el ámbito de soberanía de otro Estado.

Si se busca el fundamento normativo que disciplina (o la base normativa que regula los actos internos con efectos transnacionales) (21), éste se encuentra en numerosos textos legislativos, unos de Derecho internacional y otros de Derecho europeo e interno; en materia de cambio climático —una vez la ciencia ha evidenciado su existencia y sus efectos— la mayor parte de claves normativas se encuentran en el ámbito del Derecho Internacional. La ejecución de las obligaciones derivadas de esos compromisos conduce a que en el cambio climático —precisamente por la naturaleza de la cosa— las decisiones administrativas a nivel interno originan, también, efectos externos de la misma naturaleza que los que produciría en el Derecho interno los de otro órgano administrativo ajeno a aquél. Formulado de otra manera, más allá del propio territorio, o del ámbito territorial del órgano administrativo que dictó el acto, se extiende su ámbito de aplicación.

Que determinados actos o normas de un poder político extienden sus efectos fuera del territorio, ya se ha subrayado por el Tribunal Constitucional por otros motivos, en orden a fijar el ámbito autonómico de competencias (22).

(21) Las medidas adoptadas por el Estado (Consejo de Ministros de 29 de julio de 2007, despliegan sus efectos fuera del territorio del Estado. Planes de movilidad, mejora de la eficiencia energética de los edificios, alumbrado público, etc. (ITV y etiquetado especial para identificar la eficiencia energética), son adaptadas con proyección transnacional. El acto de declaración de impacto ambiental (sea del contenido que fuese (leve, severo, grave, etc.) tiene naturaleza transnacional; el informe ambiental de planes y programas puede tener proyección transnacional.

En ocasiones, la transnacionalidad se origina a través de un elemento físico distinto del supuesto de hecho que motivó el acto administrativo. A saber: el órgano competente que otorga la autorización ambiental integrada para instalaciones siempre que ésta implique realización de vertidos ha de remitir la resolución al Organismo de Cuenca de acuerdo con el art. 254.3 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, RD 849/1986, y Orden MAM/1873/2004, según las cuencas.

La zonificación, fijación de límites de emisión y planeamiento para la protección de la atmósfera han de ser elaborados garantizando la participación pública, en los términos previstos en la Ley 27/2006 por la que se regulan los derechos de acceso a la información ambiental. Los arts. 6 y 7 regulan la obligación específica de difusión de la información ambiental.

El Reglamento 1367/2006 CE del Parlamento Europeo y del Consejo efectúa una definición de sujetos con derecho a la información ambiental más amplia que la que recoge la Ley 27/2006 que, como se sabe, también ha traspuesto el contenido de las Directivas 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de participación en planes, programas medioambientales, con falta de miras, por no atribuirle otra calificación más seria, por ahora.

(22) STC Cajas de ahorro, cooperativas, etc.

Tampoco llama la atención el efecto que se origina en la aplicación indirecta del Derecho europeo, cuando instancias nacionales (estatales o autonómicas) se transforman en Administración europea y dictan resoluciones cuyos efectos presuponen el reconocimiento mutuo por parte de los otros Estados miembros de la Unión, que asumen los efectos del acto, certificado, acreditación, etc. dispuestos (23) por aquéllos.

Los efectos más espectaculares se verán, posiblemente, en materia de inmigración a partir de la Directiva 2001/40/CE sobre nacionales de países no pertenecientes a la Unión Europea (24).

2. A la búsqueda de «ámbitos de referencia» para incorporar categorías generalizables ¿al mantenimiento? de las condiciones de vida natural ante el fenómeno global del cambio climático

Nada extraña que, en materia de cambio climático, la transnacionalidad de los efectos de un acto administrativo descomponga la tradicional identidad de que los actos administrativos gozan en su unidad entre adopción y ejecución, con el consiguiente problema que se podrá originar sobre a quién corresponde velar por los derechos, a la tutela judicial efectiva, tutela cautelar, etc. (25).

Las reflexiones anteriores nos llevan a otra más compleja: la de si es posible que el orden internacional que disciplina el cambio climático requiera estructuras *ad hoc* cuya competencia territorial no coincida necesariamente

(23) La STC 252/88, por todas, y numerosa jurisprudencia del TJCE.

(24) La autoridad de un Estado puede dictar la resolución (Estado miembro que resuelve), y la de otro Estado de la Unión puede ejecutarla (Estado que ejecuta). O un extracomunitario que comete un delito en un Estado miembro y es juzgado en otro, dictándose orden de traslado al país donde delinquiró, origina que las autoridades de éste sólo puedan comprobar si los preceptos reguladores de la estancia, y asilo, tortura, que correspondan al ámbito internacional han sido tenidos en cuenta (art. 8 CEDH y 3, Convención contra la tortura).

Lo anterior se revelará más frecuente con la entrada en vigor de la Directiva propuesta del 1 de septiembre de 2005 por la Comisión Europea.

(25) Me planteo la posibilidad de impugnar la declaración de impacto ambiental dictada por un órgano administrativo, a través de un recurso interpuesto, ante un Tribunal de otro país o Estado, que no tiene jurisdicción sobre la Administración autora del acto, pero en cuyo ordenamiento sí es recurrible el acto de declaración de impacto ambiental. Tratándose de protección de la atmósfera y de aguas, la hipótesis no es de ciencia ficción, ¿Podemos atrevernos a negar que un «afectado» por la resolución de impacto ambiental (no me refiero a la autorización, permiso, licencia, etc. final de la instalación, proyecto, etc.), a quien la Directiva otorga un derecho subjetivo de participación, carece de vías de tutela cautelar, administrativa o judicial porque entre la instalación y su residencia existe una «frontera política» cada vez más inservible?

con la estructura convencional administrativa-organizativa de un Estado (26). A estos efectos, que se trate de estructuras de cooperación o de estructuras en red es lo más intrascendente (27); pero han de estar concebidas según un modelo que elija de manera correcta los «ámbitos de referencia».

En efecto, tal como se ha escrito ya (28), «la teoría general del Derecho administrativo se ha elaborado partiendo del material y de los valores que subyacen en sectores como la seguridad ciudadana y el orden público; régimen local; urbanismo (así en la traducción) y función pública ... confusión de categorías de «estándar» o modelo para una Administración que interviene en asuntos cotidianos próxima al ciudadano y apegada al terreno, con legitimación democrática y en régimen de autonomía» ... «En la actualidad, los ámbitos de referencia de mayor interés son aquellos en los que se pone de manifiesto la responsabilidad del Estado en la economía. La seguridad social o el mantenimiento de las condiciones de vida natural; el Derecho público de la economía; las prestaciones sociales y el medio ambiente. Se trata de analizar, comparar e indagar qué reglas e instituciones son susceptibles de generalización, de ser elevadas a categoría general».

La doctrina del Derecho administrativo debe buscar «ámbitos de referencia» que no disocien la actuación de las Administraciones en su «*compliance*», es decir, que la actuación no se vea determinada por el sector de protección al que la tradición histórica del Derecho administrativo nos tenía acostumbrados. Eso no significa reformular todas las materias que corresponden al Derecho administrativo general y especial, pero sí desgajar las que afectan a las condiciones de vida, sin importar si en el pasado habían sido objeto de estudio de la economía, de las prestaciones sociales o del medio ambiente; hay que analizar qué reglas e instituciones son las susceptibles de ser elevadas a categoría general porque sirven para aportar la mayor garantía de la utilización de los recursos hídricos en el cambio climático.

De tal análisis resultaría que las que actualmente manejamos se alejan de ser útiles por no tener en cuenta lo lesivo que puede llegar a ser, por ejemplo, romper la unidad de cuenca en la gestión de las aguas, contrariamente

(26) La gestión transfronteriza de los residuos a través de instalaciones constituidas y gestionadas mediante la cooperación de Administraciones pertenecientes a diversos Estados miembros de la Unión es un ejemplo que ya hemos citado. Ver en mi obra «Los residuos sólidos». *Medio ambiente y Derecho local*, 2ª ed. 2007, coord. J. ESTEVE PARDO, p. 455, DFGL.

La iniciativa surge de las Directivas que imponen los principios de proximidad y de territorialidad en la gestión de los residuos.

(27) Ver E. SCHMIDT-ASSMANN, op. cit. en «*Innovación y reforma (...)*» p. 109. En la nota de pie de p. 87 cita la obra, precisamente referida al medio ambiente: J. SOMMER, *Verwaltungskooperation am Beispiel administrativer Informationsverfahren im europäischen Umweltrecht*, 2003.

(28) E. SCHMIDT-ASSMANN, «*Innovación y reforma (...)*», op. cit, pp. 74-75.

a lo que se requeriría ante el cambio climático (29), o fragmentar las competencias en materia de aguas por cuencas o por territorios o por Estados, sin preverse comunicaciones internas, o actos de «compliance» con perspectiva global (30).

No puede decirse que falten obras en la literatura jurídica que se plantean la perspectiva global del Derecho administrativo, por la vía de la internacionalización del Derecho administrativo y, cómo no, por la vía de la europeización del Derecho administrativo (31). Materias «predestinadas» a formar parte del análisis de ese ordenamiento en nacimiento que trata la ciencia del Derecho de buscar son: el Derecho del medio ambiente, el Derecho (administrativo) de la salud, y el de la seguridad técnica (32).

Las obras que relacionaban determinados fenómenos transfronterizos, como el de la «lluvia ácida», causante de la llamada «muerte de los bosques» fueron una incipiente fase de lo que ahora nos ocupa, aunque no se consideró que, en aquel momento, obedeciesen al fenómeno del cambio climático (33). Sin embargo, la lluvia ácida originó entre los países limítrofes consecuencias similares a las que ahora se atribuyen a los efectos extraterritoriales de los actos y decisiones administrativas.

(29) A. FANLO LORAS. *La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas*. FIEA, 2ª ed. 2007.

(30) El concepto global no debe mover a confusión por su ámbito geográfico global se utiliza en el sentido de que trasciende del territorio propio de la competencia de una Administración (a cualquier nivel organizativo). Relaciones o repercusiones vecinas (entre Estados o regiones) pueden acabar en sinergias globales. Sobre la variante más amplia del término global, puede verse: S. CASSESE. *Il diritto amministrativo globale*, RTDP, 331, 2005.

Se habla también de «global ethic to combat global warming». Ver S. KAUFFMAN, ISBN 978-0-465-00300-6, Basic Books, New York 2008. Director del Institute for Biocomplexity and Informatics, de Calgary.

(31) N. KIRSCH. The pluralism of global administrative Law. *European Journal of International Law* 17, 2006, p. 247; C. MÖLLERS/A. VOSSKUHL/C. WALTER (Edit.) *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007; F.C. MAYER. *Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts*. Hab.schr, 2005; *Internationalisierung des Verwaltungsrecht* en MÖLLERS, VOSSKUHL, WALTER Ed.), op. cit.; S. BATTINI, *Amministrazioni senza stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, 2003; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale*, RTDP, 331, 2005; M. RUFFERT, *Perspektiven des internationalen Verwaltungsrechts*, MÖLLERS, VOSSKUHL, WALTER (edit.) op.cit.

(32) Materias o sectores «predeterminados» para su internacionalización es un concepto que utiliza G. BIAGGINI en su obra *Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts*, op. cit, nota 3, p. 418.

(33) En el verano de 1985 cuando analicé en la Universidad de Bielefeld las consecuencias de la lluvia ácida en los bosques de la —entonces— República Federal de Alemania, fue publicada mi investigación bajo el título «La muerte de los bosques». Inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo. RAP n° 110, 1986, p. 263.

La función central del Derecho administrativo en el Estado constitucional moderno es garantizar la actuación de una Administración que actúa ajustada a la Ley, democráticamente configurada; una actuación administrativa legítima. El art. 103.1 de la Constitución es un parámetro. Otro parámetro similar se encuentra, por ejemplo, respecto del control de los actos de la Administración, por la Asamblea Parlamentaria Suiza, en leyes ordinarias que configuran su actuación bajo los criterios de legalidad, corrección, sometimiento a los fines, efectividad y economicidad (34). Los criterios de legalidad, objetividad, eficacia, etc. se imbrican entre ellos de forma que todos han de concurrir para obtener una actuación administrativa adecuada. Por esa razón, la función del Derecho administrativo es configurar el proceso de realización o de verificación de las organizaciones, estructuras, instrumentos, técnicas, etc. capaces de dirigir, regular, ordenar y hacer realidad tales criterios. Con razón se ha escrito que la función del Derecho administrativo es ser «el Derecho de realización del Derecho»; ser «el Derecho para hacer realidad el Derecho», y eso es válidamente sostenible para el Derecho administrativo general y para muchos ámbitos de regulación del Derecho administrativo especial (35).

Aplicando lo anterior ante el cambio climático, la muestra es la misma: el proceso de internacionalización del Derecho administrativo ha de dirigirse a la búsqueda de claves para construir reglas que conformen estructuras de ejecución y aplicación, sometidas a la Ley, eficaces, eficientes, finalistas y económicamente viables. Ello no implica que todas las estructuras funcionen de igual manera, pues las de marcado carácter nacional no tienen por qué estar organizadas de la misma forma que las de mayor proyección internacional. Se da por entendido que esas estructuras u organizaciones que han de funcionar con proyección internacional y europea (en la composición actual) han de atender a su propio sistema interno, competencial y de organización estatal compuesto, federal o centralizado. Pero la distancia entre órgano de decisión y órganos de ejecución o de control ha de acortarse si no se quieren desperdiciar las ventajas del modelo. Ya está visto que cinco niveles de organización administrativa no son eficientes ni transparentes ni, por supuesto, económicos de mantener (36).

Enumerar ahora qué estructuras organizativas serían las más idóneas para adoptar los actos que proyectarán el cambio climático en el ámbito de los recursos hídricos desbordaría el alcance de éste análisis. Se puede adelantar

(34) G. BIAGGINI, op. cit. p. 424. Arts. 26.3 de la Ley Federal de 13.12.2003 sobre la Bundesversammlung.

(35) G. BIAGGINI, op. cit. p. 424. Utiliza el término «Rechtsverwirklichungsrecht».

(36) E. PACHE/T. GROSS. *Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung* VVDStRL 66, 2007, p. 162.

que aquellas que considerasen el fenómeno en su conjunto (políticas de territorio, de industria y de medio ambiente no han de adoptarse disgregadamente) pero, en especial, políticas de territorio, de protección de naturaleza, de aguas, de infraestructura de transporte y de energía habían de ser sometidas a un marco común de decisión.

En su consecuencia, las estructuras organizativas no inspiradas en esas perspectivas no merecerían una evaluación ambiental positiva; y, en términos del, casi ya abandonado, RIA (*Regulatory impact assessment*) tampoco lo merecería la norma que las crease.

Salvadas las distancias, la comparación con el principio reconocido en la Sentencia del TJCE *Cassis-de-Dijon*, C-19/1992 (1993) (principio de equivalencia: lugar de origen), podría ser útil. Los Estados han de tener confianza en la calidad del sistema jurídico de los otros Estados; la confianza en el sistema de ejecución de los actos y en el modo de ejecución de los actos. Aunque en principio nos sea conocido, fuera del ámbito de la Unión Europea no es tan pacífico que tal principio pueda asumirse, ni tan siquiera formularse dogmáticamente.

Lo importante es que las estructuras que manejen los «ámbitos de referencia» nuevos, no fragmentados, en relación con el cambio climático, tengan en cuenta que son parte de la llamada «*internacionalización vertical de la Administración*» que ejecuta un Derecho procedente, también, de organizaciones internacionales (así son los orígenes de los convenios de Kyoto, Bali, Ramsar o Johannesburgo), y que así se fundamentan las condiciones marco para los ordenamientos internos, en especial, en lo referente a fenómenos patológicos, como son el cambio climático, o la administración de recursos escasos (37).

La exigencia de normas «realistas» y de una estructura organizativa «realista» proviene de una interpretación también realista del contexto constitucional, a través de la valoración de los supuestos de hecho, de los cambios que se originan y de la globalización del fenómeno cambio climático.

La globalización ha traído una serie de consecuencias de carácter fáctico y de fenómenos, también en la regulación «*die das nationale Verfassungsrecht provinziell erscheinen lassen*» (38).

(37) C.D. CLASSEN. *Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft*, en op. cit. nota 3, VVDStRL 67, 2008.

(38) R. POSCHER. *Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung*, en op. cit. nota 3, VVDStRL 67, 2008.

IV. EL PROCEDIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE LA INTERNACIONALIZACIÓN VERTICAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO

1. El procedimiento como medio o el procedimiento como método

La dogmática jurídica del último decenio ha analizado el procedimiento más que «como cauce formal de la actuación administrativa» como «instrumento de tutela del ciudadano»; con mejor visión y perspicacia de futuro se ha planteado la faceta garantista y participativa del procedimiento (cooperación pública) y (participación privada) (39).

El paso siguiente a dar es el que analiza qué tipo de procedimiento es el que posee la versatilidad suficiente para adaptarse a modelos de actuación con perspectiva transnacional o global; o, cuanto menos, a modelos en los que el marco de regulación reside en un ámbito distinto del de la organización (en sentido abstracto), que ha de dictar y ejecutar (40) los actos.

Esa forma de procedimiento ha de tener entidad propia y valor o peso propio; dejar de ser vicaria del acto administrativo, dueño y señor del iter procedimental. Con acierto se ha escrito que el acto administrativo resolutorio era la razón de existir del procedimiento que, en sí, carecía de vida propia. Los actos trámites o los vicios del procedimiento, por lo general, no generaban nulidades de lo actuado (41). La inspiración procesal del procedimiento administrativo fue clara en sus comienzos, pues cumplía con la función de garantía y acierto en la aplicación de la Ley (42).

El procedimiento, sin embargo, habría de transformarse en una instrumentalización del sistema interno de garantía, acierto y ejecución, con la finalidad de conseguir los objetivos «globalizadamente» fijados. Garantizar, en

(39) A propósito de la Ley italiana 241 de 1990 y del sistema de alejarse de un solo procedimiento formal y unitario. G.CORSO. El procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano, en *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. J. BARNES (coord.), Civitas, Madrid 1993, p. 494.

(40) G. DELLA CANANEA. «Beyond the State: the europeanization and globalization of Procedural Law», en *European Public Law*, 9, 2003; y en *Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht*. Hill-Pitschas (ed.), Duncker/Humboldt, Berlín 2004.

(41) La problemática de las nulidades es conocida en nuestra doctrina; en otra proyección puede verse M.P.CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano 1999 (2ª ed.) p. 302 y ss.

(42) H. SCHÄFFER. «El procedimiento administrativo austriaco», en *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, op. cit. nota 38, p. 405 y ss. Doble función: garantía de acierto en la aplicación de la ley, en la deducción racional de lo que ésta haya previsto para el caso contemplado, de un lado; y de tutela del ciudadano, mediante un sistema que asegure la legalidad subjetiva, de otro.

algunos casos, también, la participación de colectividades o de otros organismos en red. Ya hemos hablado de un procedimiento que anteponga la función creativa en la ejecución del ordenamiento, con preferencia a un procedimiento que destile tan sólo su función auxiliar o vicaria de un acto de aplicación.

Lo anterior contrasta vivamente con la escasa consideración que nuestra legislación de procedimiento otorga a cualquier tipo de relación que pueda proyectarse en el ámbito europeo (Unión Europea) o a los actos administrativos con proyección internacional. Sólo existe la regulación —a todas luces deficiente— de las comunicaciones a las Comunidades Europeas, y sus remisiones a través de la Administración General del Estado (cuando casi el 60% de la ejecución de los actos de las Comunidades Autónomas tiene proyección europea) (art. 10 Ley 30/1992); y la mención al silencio administrativo del art. 43.2 de la misma norma, en el que se da sentido positivo al silencio administrativo «salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario». Artículo imperfecto y de difícil comprensión y aplicación; a saber a qué tipo de norma europea se está refiriendo el legislador: Directiva-traspuesta o no traspuesta en plazo; Directiva que por sus notas de exactitud, detallismo y establecimiento de obligaciones completas, finalizado el plazo de trasposición sin haberse efectuado aquélla, origina el efecto vertical ante los sujetos afectados, u horizontal, en las relaciones entre éstos; Reglamento europeo que no precise acto de intermediación o que lo precise. En fin, difícil de interpretar.

Dos omisiones flagrantes del procedimiento administrativo general, a los efectos del tema que nos afecta, se detectan a simple vista. No hay menciones a la equivalencia de actos de las Administraciones de otros Estados miembros, ni a la innecesariedad de su duplicación; tampoco hay referencias a la nulidad de los actos administrativos expresos o presuntos contrarios al Derecho Europeo. Cuestión esta última que no parece preocupar en exceso a nuestra doctrina.

Sobre la primera de las omisiones puede argumentarse que tiene relevancia transnacional. La libertad de circulación de bienes está garantizada por la inspección o el control sanitario llevado a cabo por el país de producción o de origen; las autoridades de los demás Estados miembros de la Unión han de cooperar para evitar la repetición de controles en el país de importación, sin que deba controlar o comprobar lo que ya se ha efectuado en el país de origen. Salvo que existan razones de riesgo, peligro para la salud humana, etc. los Estados miembros no tienen derecho —*are not entitled to require without good reason*— a exigir pruebas, análisis, etc. que ya se han podido efectuar en el país de origen. Nuestra Ley de procedimiento no

contiene ni la regla ni las excepciones; sin embargo, estas materias, en lo esencial, tienen todo el aspecto de quedar en el ámbito del procedimiento administrativo común (art. 149.1.1 y 149.1.18, entre otras reglas del mismo precepto constitucional) (43). Se podría plantear si en ámbitos especiales en los que llamamos «nuevos ámbitos de referencia» o «sectores redistribuidos», o «sectores ambientales no fragmentados», ¿por qué no decirlo?, donde se imbrican agua y cambio climático, también cabría una regulación procedimental que tuviera en cuenta los procesos, los distintos espacios y tiempos que permitieran llegar a la resolución, al Plan, al programa o, incluso, a la norma, donde la inobservancia del procedimiento tuviera la misma sanción que la inobservancia de las reglas materiales. Por el momento, sólo disponemos de las técnicas de evaluación ambiental.

2. Los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, tanto los de proyectos como la estratégica, poseen todos los requisitos exigibles al modelo de ejecución vertical, en la internacionalización vertical de la Administración en los tiempos del cambio climático; pero han de basarse en criterios científicos, técnicos y ciertos

Para comenzar, señalaremos (44) que el instrumento de evaluación de impacto es una técnica a utilizar o a aplicar dentro de otro procedimiento. Al menos así lo es en nuestro país debido a la separación entre Administración ambiental y Administración sustantiva. Esa fragmentación es lo primero que habría de corregirse; de seguir así, la regulación todavía complicaría aún más el proceso de internacionalización vertical de la Administración del cambio climático.

(43) El TJCE ha derivado esas exigencias interrelacionadas del principio de proporcionalidad. Así, *Denkavit Futtermittel v. Land Nordrhein-Westfalen* C-73/84, 1985; *Simmenthal v. Italian Minister for Finance* C-35/76 (1976). Es contrario al principio de proporcionalidad que las reglas nacionales exijan que los productos importados hayan de cumplir estricta y exactamente con las previsiones o requerimientos técnicos que se imponen a los productos propios. Eso no excluye, señaló el TJCE, que se rechace el control efectuado si los equipos de verificación de las inspecciones poseen un nivel menor que el usado y requerido en el país de importación. Naturalmente, la salud humana, la protección de los consumidores, y la seguridad pública, pueden excepcionar las reglas del Tratado (arts. 30, 39, 3, 46 y 55 del Tratado). T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law* (2ª ed.), 2006, p. 220.

(44) Aquí se va a desgarnar la formulación de que el procedimiento administrativo para la realización de la evaluación estratégica ambiental constituye un desafío del legislador comunitario para el Derecho nacional, que efectúa J. BARNES en su trabajo «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», publicado en la obra, por él coordinada, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, op. cit. p. 281.

Nuestro ordenamiento concibe la evaluación de impacto como un procedimiento formal insertado en un procedimiento material. Especialmente el de proyectos y actividades. No es éste el lugar indicado para extenderse en los detalles, pero sabido es que no en todos los países la regulación se ha concebido con esas características (45). Son muchos los ordenamientos en los que la evaluación de impacto ambiental se realiza por la autoridad sustantiva y ésta es, por sí misma, quien conduce el procedimiento ambiental para la autorización de actividades, obras, proyectos, etc. con relevancia ambiental. Bien se trate de la evaluación de impacto simple o de la estratégica (46), el procedimiento que el Derecho europeo ha dispuesto —heredero, en cierta medida del modelo estadounidense— es un sistema «scope» en el que se debaten los intereses diversos, no siendo siempre los intereses públicos estándar los preferentes, pues en este caso, los elementos de la naturaleza gozan de preferencia. Como ya hemos escrito en otro lugar, la defensa de las condiciones de vida en el planeta trasciende del interés público: es obligación, deber y responsabilidad de todos (47).

En consecuencia, la Administración que representa el interés público cuando se trata de la salvaguarda ambiental en el cambio climático ha perdido el monopolio sobre la decisión que se tenga por más protectora del interés general global.

Esta afirmación se comprueba al analizar los preceptos de la Directiva 2001/42, de evaluación del impacto estratégico, referentes al impacto transfronterizo; en ellos se regulan trámites de consulta entre Estados y, entre éstos y «el público», por tanto, privados, que intervienen como afectados (arts. 6.1, 3 y 4 y 7.2). Entre las consultas que los Estados se cruzan para dirimir sus discrepancias en el proceso de decisión, no está excluida la intervención de expertos, comités científicos, etc. que colaboren en la conformación de la decisión última.

El contraste del impacto de las actividades, obras, infraestructuras, planes, etc. con los elementos de la naturaleza, está sujeto a una ponderación en la que intervienen sujetos públicos, privados, representantes de entidades defensoras de la naturaleza, junto con quienes defienden la realización de la

(45) La evaluación de impacto ambiental ha sido objeto de numerosos estudios. Así, J. ROSA MORENO. *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Madrid 1993; T. QUINTANA LÓPEZ (dir.). *Comentario a la legislación de impacto ambiental*, Civitas 2002; M. CUYÁS PALAZÓN, *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica*. Atelier, Barcelona 2007.

(46) Me remito a lo expuesto en mi trabajo «Objetivos, naturaleza y límites de la declaración de impacto ambiental de las infraestructuras públicas». REDA 110, 2001.

(47) M.J. MONTORO CHINER, «El Estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales», en *El Derecho Administrativo en el umbral (...)* op. cit. nota 2.

obra, proyecto, etc. Esa ponderación sólo puede realizarse si las bases de referencia sobre las que se calcula la repercusión de la actividad y los sectores ambientales se justifican en elementos ciertos, evidentes, contrastados y realistas. En otras palabras, si con anterioridad a la implantación de la instalación se ha medido el volumen de agua que se necesita utilizar, las emisiones que se lanzarán, y aquéllas que llegarán a la atmósfera por el tráfico, transporte, etc. que la actividad despliega. Lo dicho es válido para un polígono industrial o para un aeropuerto; para un plan de urbanismo o para un plan de carreteras.

La correcta evaluación de impacto ha de partir del estado de la ciencia y del estado de la técnica en la introducción de cada uno de los elementos que se han de sopesar. Si falla esa premisa, fallará la ponderación. Si el supuesto de hecho es erróneo, estará mal calculada; y si se ignoran las sinergias entre todos ellos, la ponderación del impacto no será correcta. Por mucho que se motive el acuerdo que se adopte, por bien que se hayan cumplido los plazos, por correcto que haya sido el comportamiento administrativo contestando a las alegaciones o por amplia que haya sido la consulta realizada a otras entidades públicas o privadas.

Lo descrito tiene un remedio consistente en hacer entrar el juicio de experiencia, el juicio de evidencia científica y el juicio del estado de la ciencia (48). No quiere decirse con ello que no se efectúen rigurosamente los estudios de impacto ambiental; tan solo que, en la mayor parte de las ocasiones, no se toman los supuestos de hecho de que se parte con la suficiente exactitud; el juicio político y la necesidad social se funden con los impactos de hecho reales originando una aleación que impide enjuiciar los elementos de la naturaleza en su estado actual de perturbación. El resto se consigue con el *label* del término «sostenibilidad».

En la actualidad, ya constatado por la evidencia científica el cambio climático, el deber de los poderes públicos es arbitrar el método de llegar a la evaluación de impacto ambiental sobre la base de cálculos exactos (49). Si verdaderamente se han complicado las condiciones de vida en el planeta, hay que acertar en los remedios para mitigarlas.

Ahora se ha acuñado el término acertado, gestión de riesgos (modelo que ha sustituido al concepto tradicional de la policía administrativa), precisamente basado en criterios de información, alertas, redes, medidas de res-

(48) M.J. MONTORO CHINER. «Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos». *Documentación Administrativa*, 265-266. *Derecho Administrativo. Ciencia y Nuevas tecnologías*, 2003.

(49) M.J. MONTORO CHINER, op. cit. nota 47.

tricción, etc. que den respuesta a un comercio global, susceptible de originar situaciones de peligro para la salud humana, también globales. Desde los productos transformados genéticamente a los productos farmacéuticos, pasando por la seguridad industrial, la gestión del riesgo se basa en asegurarse, dentro de la incertidumbre científica, que deben tomarse medidas de identificación y caracterización de los riesgos y valoración de su peligro potencial (50). El modelo, basado en el principio de cautela, implica introducir la ciencia, la experiencia, el estado de la técnica en las decisiones políticas (incluso a nivel legislativo) como deducción directa de la posición de los poderes públicos en el Estado de prevención, o preventivo, o en el Estado ambiental de Derecho; no hay que olvidar que lo que concierne a la salud humana exige «un alto nivel de protección» y que «salud de las personas», «medio ambiente», «utilización racional de los recursos naturales» y «problemas mundiales del medio ambiente» se enumeran en las Políticas Comunitarias sobre Medio Ambiente (art. 174, Título XIX, del Tratado de Roma), y en la actualidad, constituyen la llamada «cláusula transversal de sostenibilidad» contenida en el art. 6 del Tratado (antiguo art. 3 c.).

Ahora bien, para aproximarse al manejo o gestión del llamado *Restrisiko*, o riesgo restante, (ya que la seguridad absoluta o la indemnidad absoluta no puede obtenerse), hay que asegurarse científicamente. El citado riesgo restante se compone «de la incertidumbre sobre su potencial dañoso o sobre la posibilidad de que éste se despliegue más allá de los límites del conocimiento humano» (51).

Esa tarea corresponde, en primer lugar, al legislador (52), que ha de ser capaz de dictar reglas de procedimiento y formas cooperativas para determinar las decisiones estructuradamente dentro de un procedimiento en fases con la intervención de actores neutrales destacados por su competencia científica, dotando a cada sujeto de funciones que permitan una decisión ponderada (que ésta ha de ser publicada, al igual que las posiciones adoptadas por los científicos, que tenga forma de acto, de plan o de norma, ahora nos parece un tema secundario) (53).

Sin perderme en detalles sobre las críticas que me merece la trasposición (histórica) de las Directivas de impacto ambiental, tanto la 85/337 CEE del

(50) M.J. MONTORO CHINER, Op. cit. nota 47.

(51) F. OSSENBÜHL. *Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter*, 2000, p. 13, que he citado en otras tantas ocasiones.

(52) H. PREUSS, «Risikovorsorge als Staatsaufgabe», en *Staatsaufgaben* (D. GRIMM, ed.), 1994, p. 536.

(53) H. SCHULZE-FIELTZ, «Technik und Recht», en *Handbuch des Technikrechts*, (M. SCHULTE, ed), Springer, 2003.

Consejo y su modificación, por la 97/11, también del Consejo, como la 42/2001 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, su procedimiento permitiría introducir los elementos participativos, de información y de consulta, así como el factor de seguridad científica y conocimiento científico para adoptar decisiones que, de manera holística, no fragmentada, cumplieran con el estándar de equivalencia que requieren los actos o normas con relevancia transnacional que afecten al cambio climático o al agua en el cambio climático.

La afirmación anterior se enmarca, sin embargo, en el ámbito de otros principios de más altos vuelos, como el de proporcionalidad. En efecto, a nivel europeo, cuando la salud humana o los restantes bienes jurídicos contenidos en el art. 174 del Tratado de Roma se ponen en cuestión, el ámbito de discrecionalidad de las instituciones europeas en orden a la adopción de medidas es más amplio; incluso, como es sabido, el TJCE ha permitido una injerencia mayor en la hipotética limitación de las libertades (54). El principio de proporcionalidad se suele aplicar, como se sabe, con frecuencia, a las medidas adoptadas por los Estados miembros cuando actúan ejecutando la legislación comunitaria; cuando los Estados miembros son agentes de las políticas comunitarias (55).

Continuando con el análisis sobre el procedimiento y, en atención al principio de proporcionalidad, tomado, como se ha hecho, por vía analógica, los actos que resuelvan cuestiones de impacto ambiental (incluso en sus fases o trámites) son tanto más ajustados a la defensa del interés que persiguen cuanto mayor es la exactitud de los términos que se ponderan; si la documentación de base de los estudios tiene la rigurosidad que el caso merece, y aquéllos resultan científicamente exactos, la medida que se adopta o el informe de sostenibilidad que se plasma en el plan o en el programa, motivará con mayor razonabilidad la ponderación de la solución que cumpla con la finalidad de proteger ambos sectores.

El tipo de evaluación que aquí se propugna como procedimiento con efecto transnacional o de ejecución vertical de las decisiones que afectan al cambio climático debe ir encaminado a obtener la única solución posible con-

(54) Los casos *Jipper v. Minister van Landbouw* C-189/01 y *National Farmers Union and others v. Commission* T-76/96 R, 1996, sugieren que el TJCE concede un amplio ámbito de decisión a las Instituciones Comunitarias. Cuando se trata de cuestiones que afectan a la salud humana, la Corte de Justicia aligera la intensidad de su enjuiciamiento respecto de la limitación de las libertades individuales. Protege las libertades, pero en el contexto de más amplio espectro que es la salud humana. Por eso, prácticamente llega a otorgar a las Instituciones europeas el beneficio de la duda. Salvo, como es sabido, el caso del error manifiesto.

(55) En esos casos, según T. TRIDIMAS, el principio opera en la esfera del Derecho público con más fuerza que como un mero instrumento de integración económica (op. cit. nota 43).

forme con tal fenómeno. Ha de tratar de ser no sólo la mejor solución, sino la mejor solución desde la óptica del cambio climático en su relación con el agua. No valen soluciones buenas, sino sólo buenas para incidir en lo que se pretender mitigar. Precisamente por eso, la búsqueda de esa solución es incompatible con los métodos del procedimiento tradicional formalizado de evacuación de trámites para llegar a un fin. Y precisamente, también por ello, la tradicional discrecionalidad del planificador o autor del acto resolutorio se va encaminando hacia la búsqueda de la solución compatible con la mitigación del cambio climático, más aproximada a la categoría del concepto jurídico indeterminado que a la conocida discrecionalidad administrativa; al menos, en la selección de la finalidad y de los objetivos.

Sobre la introducción del juicio científico en los documentos y fases que culminan en la toma de decisión pilota el resultado final; no porque hayan de dejarse de lado alternativas que no contemplen, de manera holística, la solución del problema a escala global, sino porque la razonabilidad de la decisión basada en el juicio científico o en criterios de experiencia constatada hace más fácil y convincente su explicación. No puede ignorarse que, frente a la protección de sectores ambientales, se encuentran derechos, libertades comunitarias fundamentales, sin olvidar el derecho de propiedad que se va a ver limitado, al igual que el de libertad de empresa (56).

Las medidas que se adopten tras la evaluación estratégica como procedimiento de ejecución del régimen del cambio climático son adoptadas con un margen de discrecionalidad ya muy reducido, puesto que, parcialmente, están predeterminadas. La aceptación de las medidas de la evaluación ambiental, estratégica, o convencional, adoptada según criterios científicos de experiencia y de evidencia, es difícil de discutir en la vida social (como también difícil de controlar por los Tribunales). La ventaja de esta técnica no es la reducción de la discrecionalidad; es la exactitud con que se formaliza la selección de la solución (57) que, ya por otra parte, tiene una finalidad predeter-

(56) Una evaluación retrospectiva de la influencia del juicio científico en la innovación y avances en la legislación en el ámbito de las *life-sciences*, puede verse en: M.J. MONTORO CHINER-M. CASADO GONZÁLEZ, publicada en el nº 4 de 2008, p. 426, de la *Revista de Legislación alemana. Zeitschrift für Gesetzgebung*, bajo el título «Erfolgreiche Beratung der Gesetzgebung durch die Wissenschaft». Allí se analiza la repercusión que las tomas de posición del Grupo del Observatorio de Bioética de la UB han tenido en el legislador y en sus políticas legislativas en materia de reproducción asistida, crioconservación de preembriones y gametos, investigación con células madre. En algunas de las últimas modificaciones legislativas, el Congreso ha acogido textualmente la posición del Observatorio.

(57) En diversas obras se celebra la reducción de la discrecionalidad en la aprobación de los planes urbanísticos cuando éstos se someten a la evaluación del impacto estratégico, E. DESDENTADO DAROCA. El control de la legalidad urbanística, «¿Qué legalidad?». Ponencia presentada al

minada. Se está iniciando un camino que requerirá reconstruir las notas de la discrecionalidad, en especial, la de los entes locales, según sus características territoriales y la naturaleza del plan (58), cuando se proyecta aquél sobre aspectos supralocales, como es el cambio climático. Cuestión que no sólo puede afectar a la reconstrucción del concepto de discrecionalidad sino también al concepto de la autonomía local (59).

Algo semejante puede añadirse cuando tras el procedimiento de evaluación de impacto convencional se otorga la autorización ambiental integrada. La Administración aplica la norma «no de un modo automático»; el acto aplica la norma creando obligaciones para el titular de la autorización «pero la complejidad de los factores a tener en cuenta y el detalle de las condiciones a establecer no admiten automatismo alguno». «Las características técnicas de

III Congreso de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, febrero 2008; con cita de M. CUYÁS PALAZÓN, en nota 14, en particular, *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica*, Atelier, Barcelona 2007.

Se ha escrito que la evaluación ambiental estratégica, en la medida en que ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 9/2006, de 28 de abril, sirve, en el ámbito del urbanismo para integrar la variable ambiental en el planeamiento y en la toma de decisiones sobre la ordenación del suelo. También se ha formulado la teoría de que la evaluación ambiental estratégica incide claramente «en el núcleo de la discrecionalidad pues implica un examen y una evaluación de las diferentes alternativas existentes a la luz de efectos sobre el medio ambiente». Sin negar que ese efecto sea el que se produce en el sector del planeamiento urbanístico, es posible que no pueda ser extendido a todos ni a todos los tipos de evaluación estratégica de planes. Si se trata de ordenamientos en los que no existen claras separaciones entre autoridad ambiental y autoridad sustantiva, la reducción de la discrecionalidad, simplemente por haberse procedido a la ponderación de la variable ambiental, es tan sólo relativa. Pero, por otra parte, si la memoria o el informe no goza de la rigurosidad que científicamente exige la ponderación de los sectores ambientales de su conjunto y, continua fragmentando los sectores, no permitiendo su comunicación, la decisión final estará limitada a aquel sector en el que se produjo la evaluación. Hoy por hoy, cada Plan, de urbanismo, de carreteras, de transporte, de costas, etc. se autoevalúa estratégicamente sin contar con que la variable ambiental (p.e. perfectamente medida de la carretera o de la autopista), incluso reduciendo la discrecionalidad del planificador a través del análisis de otras alternativas, no ha podido tener en cuenta, en su totalidad, por ejemplo, el número de emisiones que lanzarán quienes la transiten. O que el polígono industrial situado lejos de márgenes de ríos, parajes naturales, hospitales, escuelas, etc. no generará emisiones por sí mismo (que son las que se van a medir y ponderar) pero generará otras que se podrían evitar implantándolos en un lugar próximo a la línea de ferrocarril. La delimitación competencial plantea un problema, en ocasiones, insoluble.

(58) En el sentido de la jurisprudencia expuesta en el caso RASTEDE BVerfGE, 79, de 23 de noviembre de 1988, que utiliza la técnica del «principio material de atribución de funciones» *materielles Aufgabenverteilungsprinzip*. Los intereses locales son gestión de los entes locales (municipios). Sólo pueden ser excluidos de la gestión de tales intereses por el legislador, si ello viene exigido por el interés general y no pudiese asegurarse el interés general de forma efectiva o de otra manera.

(59) Ver J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR. *Una nueva reflexión sobre la autonomía municipal*. Publicaciones de la AEPDA. II Congreso. Thomson-Aranzadi, p. 39. *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales* (2008).

las instalaciones, su implantación geográfica, y las condiciones locales del medio ambiente» (60) son elementos fácticos a los que la norma da gran importancia, y su exacta determinación, cuanto más científicamente apoyada se encuentra lleva al acierto en los supuestos de hecho, no necesariamente a la reducción de la discrecionalidad.

Ya se ha escrito sobre qué debe entenderse por apreciaciones técnicas y su relación con la discrecionalidad (61). Son respuestas a problemas prácticos mediante la utilización de criterios técnicos, o conocimientos de los saberes especializados. Son «apreciaciones heterónomas» porque descansan en criterios basados en observaciones de naturaleza técnica. Pero, como es lógico, desprovistos de verdades absolutas; no son irrefutables.

Cuando entran en juego elementos o apreciaciones técnicas —porque así lo ha querido el legislador— parece que la norma desapodere a la Administración; su actuación sólo se puede dirigir por el concepto preestablecido. Esa circunstancia se produce, cuanto más, si se realizan prospectivas sobre juicios que anticipan acontecimientos que ya van siendo comprobables. Por lo tanto, que «no se dispara en el espacio».

La doctrina más reciente comienza a distinguir entre una «discrecionalidad creativa» cuyo ejemplo más claro es el del planeamiento o el de la forma de gestionar los servicios que, en cierta medida, suele provenir de entes administrativos dotados de legitimación democrática; y otro tipo de discrecionalidad cuya consecución viene determinada por el legislador como «la mejor posible», «la más ajustada al interés público», o la «más compatible con la mitigación o adaptación a los efectos del cambio climático». En los últimos supuestos, la discrecionalidad significa seleccionar en el (para el) caso concreto la mejor decisión, de manera que se reconozca claramente, que la decisión adoptada coincide con la que la Ley quería. En el control judicial, cuando la decisión se observa ajustada a la Ley —a la predeterminada por la Ley— ambos, Administración y Juez, han de atenerse a ella. «La construcción jurídica de la reducción a cero de la discrecionalidad no es válida en estos casos (62), y habría de abandonarse».

(60) F. de B. LÓPEZ JURADO. «Finalidad y realidad en el Derecho: caracteres comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica». *Revista empresa y humanismo*, 1/04, Navarra, p. 69.

(61) E. DESDENTADO DAROCA, op. cit. p. 134.

(62) G. PÜTTNER. «Ermessen und Ermessensausübung». *Zeitschrift für öffentliches Recht*, nº 4, 2008.

Discretion is still one of the most important issues of German administrative law. The doctrine of discretion has been steadily developing onward in Austria and Germany since the end of the 19th century. The legislator may authorize administrative authorities to decide discretionarily also subjected to the rule of law if it comes up to the best possible decision in the individual cases. But dis-

V. LAS NORMAS Y SUS PROPOSICIONES. CONDICIONES LOCALES Y CONDICIONES GLOBALES. ¿QUÉ CABE ESPERAR DE NUESTRO SISTEMA NORMATIVO?

1. Uso literario de la expresión «desarrollo sostenible» y ausencia de su conexión con el cambio climático

No es la intención despreciar aquí un término que ha pasado a impostarse en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como un principio incluido en su capítulo IV (Solidaridad). En efecto, la protección del medio ambiente se ha convertido en algo más que el principio rector de las políticas europeas, ahora contenido en el artículo 6 del Tratado de Roma (63). Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán, con arreglo al principio de desarrollo sostenible, un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad. Sin embargo, hay que reconocer que a punto de transcurrir 25 años desde la formulación del concepto «desarrollo sostenible» en el Informe Brundtland, desentrañar el contenido de su filosofía sigue siendo complejo por más que se haya intentado desde la economía, la filosofía o el Derecho. Se sabe que hay que llegar a conseguirlo, pero no se adivina de qué forma se implementan las vías para alcanzarlo, especialmente en cada uno de los sectores donde se aplica (64).

Las normas dictadas especialmente a partir del año 2000, contienen el término «desarrollo sostenible» en un exceso de acepciones; como principio, como objetivo, como medida de promoción de condiciones, de marcos o ámbitos de regulación concretos, como designación de actividades compatibles con él, como proscripción de actividades incompatibles con el desarrollo sostenible, como acciones de la Administración, como acciones de los particulares, como medidas para incentivar la diversificación económica en un medio concreto, como forma de gestión... (65) En fin, parece que la cláusula del desarrollo sostenible se haya convertido en la cláusula de policía del siglo XXI.

cretion does not mean «free» discretion; it has to serve the public interest. Therefore, the German doctrine of «reduction of discretion to zero» has to be abandoned. Special problems result from the exercise of «discretion step by step» (particularly concerning legal protection) and of the doctrine of «creative discretion» that exists in the field of planning (cf in Austria the so-called «final programming») and in the field of managing public services.

(63) Se cita como Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y no todavía como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, visto lo ocurrido con la ratificación del Tratado de Lisboa.

(64) M.J. MONTORO CHINER, «El estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales». *El Derecho Administrativo (...)*, op. cit. p. 34-50.

(65) La Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (BOE de 14 de diciembre de 2007) es, posiblemente, en el ordenamiento positivo, la norma en que más acciones emplea la expresión «desarrollo sostenible» en cada una de las acciones que allí se regulan.

Sin entrar a negar esa posibilidad, pero tampoco afirmándonos en ella, hay que criticar el uso excesivo de una expresión que puede perder su capacidad de irradiación debido al uso expansivo y, a veces errado, que de ella efectúan las normas.

Si los legisladores utilizasen un lenguaje jurídico adaptado a la realidad social, de conformidad con la ciencia, de conformidad con la evidencia científica, habrían de contraponer al desarrollo sostenible el mayor de sus enemigos en la actualidad: el cambio climático. No se alcanza el desarrollo sostenible si no se mitigan, a través del medio que fuere, los efectos del cambio climático. Estas acciones se consiguieren volviendo a reunir fragmentos que han quedado erráticos y desperdigados en decenas de normas difíciles de aplicar, ya que sobre algún sector de regulación pueden solaparse hasta ocho tipos de planes distintos (66).

Como se ha dicho, la expresión «cambio climático» ha sido descubierta por el legislador recientemente, aunque, debe de reconocerse, que ésta se emplea con mayor rigurosidad que la expresión «desarrollo sostenible». Merece resaltarse la rigurosidad con la que, sin mencionar el cambio climático (entre otras cosas porque en 1985 todavía no se había producido la evidencia científica respecto a él), el art. 3 de la Ley de Aguas de 1985 hablaba de la modificación de la fase atmosférica: «la fase atmosférica del ciclo hidrológico sólo podrá ser modificada artificialmente por la Administración del Estado o por aquellos a quienes ésta autorice».

Decididamente, se refieren al cambio climático y a las medidas para paliar las emisiones de dióxido de carbono, la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, al igual que la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera (67). Contienen también, men-

(66) Sobre un espacio rural o natural, no importa de qué índole sea, se pueden solapar planes de protección de la naturaleza, planes de protección del medio rural, planes turísticos, planes paisajísticos, planes de protección de la costa, planes de protección de la biodiversidad, planes de utilización de las aguas, planes directores costeros y, dominándolo todo aunque de manera aparente, los planes urbanísticos. Ahorramos la numeración de los planes de infraestructuras que, a su vez, también, pueden coincidir según el ámbito territorial; a saber, portuarios, ferroviarios, de carreteras, etc. pero añadimos aquellos propios de un sector concreto del territorio ya más urbano como los planes de contaminación acústica, planes de contaminación lumínica; y añadimos, también, los de instalaciones fijas, que emiten gases a la atmósfera: planes para la asignación de emisiones, planes de calidad de la atmósfera, etc.

(67) Promulgada en función de los compromisos adquiridos al amparo del Protocolo de Kyoto y desde la promulgación de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003.

ciones a la expresión «cambio climático», entre otras, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio cultural y de la biodiversidad (68).

La Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera, tras advertir que la atmósfera es un bien común e indispensable para la vida, reconoce los daños que de su contaminación pueden derivarse y los impactos negativos en la calidad del aire que se hacen presentes, tanto a nivel *regional e internacional*; pretende así *la articulación de un amplio repertorio de instrumentos legales tendentes a hacer compatibles el desarrollo económico y social, y la preservación de este recurso natural* (nótese la omisión del término «desarrollo sostenible», pues el legislador utiliza, correctamente, la expresión «desarrollo económico y social»); entiende, también, la norma, que el marco jurídico de la Comunidad Europea, desde los años setenta, ahora ya, la Unión Europea irrefutablemente, ha tomado como finalidad la protección de la atmósfera. Los Tratados regionales y multilaterales adoptados tienen por objeto reducir la contaminación transfronteriza, proteger la capa de ozono y combatir el cambio climático (69).

Por fortuna, también la Ley 34/2007 ha considerado que el aire y la contaminación no conocen de límites territoriales o administrativos, por lo que la Ley insiste en la necesaria cooperación y colaboración interadministrativa en el ámbito del ejercicio de las competencias. La Ley intenta contar con un enfoque integral e integrador para materializar el objeto y el ámbito de aplicación en su lucha contra la contaminación atmosférica, abarcando *problemas tales como la contaminación atmosférica, el agotamiento de la capa de ozono o el cambio climático*.

La Ley 10/2006, que modifica la Ley 43/2003, de Montes, proclama la necesidad «de la adaptación de los bosques al cambio climático» y de fomentar la gestión de los bosques encaminada a la resistencia al fenómeno del cambio climático (art. 3.k).

Estimando positivas las reflexiones que a sí mismo se hace el legislador, llama la atención la escasa relevancia que otorga a la fase atmosférica del ciclo hidrológico. Se supone que ello es fruto también de la fragmentación nor-

(68) Esta norma, por cierto, de manera correcta y en la cabecera de su Exposición de motivos, reza así: «(...) la globalización de los problemas ambientales y la creciente percepción de los efectos del cambio climático (...)». Como también se expresa correctamente la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera.

(69) El legislador entiende en la Exposición de motivos de la Ley 34/2007, que el resultado de las medidas adoptadas hasta ahora ha llevado a algunas importantes mejoras «en la calidad del aire», particularmente, en lo que se refiere a ciertos contaminantes, tales como el dióxido de azufre, ha permitido fijar objetivos de calidad y de limitación de emisiones, reducir la contaminación de fuentes fijas y móviles, mejorar la calidad ambiental de los combustibles, y abordar problemas como la lluvia ácida o el ozono troposférico, entre otros.

mativa con la que se preparan y tramitan los anteproyectos de ley. En efecto, esa omisión ha sido una regresión respecto a avances realizados con anterioridad, del que resulta el ejemplo más relevante el siguiente. La Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, en su considerando (4) reconoce expresamente que 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, tampoco tenía en cuenta los futuros cambios del riesgo de inundación que se derivarán del cambio climático*. Justamente, los criterios de la Directiva 2007/60/CE mencionada, se incorporan al Derecho interno por el Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del dominio público hidráulico (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril). De manera que, respecto a los efectos del cambio climático en el agua, la conjunción de ambos aspectos —si bien reducida a la fijación de zonas inundables— ya había sido tomada en cuenta por el legislador. Agua y cambio climático habían comenzado a tenerse en cuenta de manera holística, aunque materialmente limitada a aspectos concretos (70).

(70) La Directiva 2000/60/CE había fijado el marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Su objetivo venía constituido por la fijación de un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, imponiendo la elaboración de planes de gestión de *cuenca fluvial para cada demarcación hidrográfica*, con objeto de conseguir un buen estado químico y ecológico y contribuir a mitigar los efectos de las inundaciones.

La Directiva 2007/60/CE, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundaciones, establece reglas de coordinación entre Estados miembros para prevenir y atenuar las inundaciones, requiriendo, además, la cooperación con terceros Estados. Esto se ajusta a los principios internacionales sobre gestión del riesgo de inundaciones, tal como se desarrollaba concretamente en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales, aprobado por la Decisión 95/308/CEE del Consejo. Como es lógico, la coordinación incluye también, mecanismos para facilitar la cooperación reforzada en las intervenciones de ayuda en el ámbito de la protección civil, en los casos de emergencias graves producidas por inundaciones. Lo anterior culmina con la creación, en virtud del Reglamento CE 2012/2002, del Consejo, de 11 de noviembre de 2002, del llamado Fondo de Solidaridad de la Unión Europea para concederse ayuda económica rápida en caso de catástrofes graves, inundaciones en zonas naturales, regiones y países afectados. Especial atención merecen las zonas costeras.

La Directiva 2007/60/CE en su considerando (22) se confiesa respetuosa con los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que trata de fomentar la integración en las políticas comunitarias de un alto nivel de protección del medio ambiente, de acuerdo con el principio de desarrollo sostenible, según establece el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También se manifiesta respetuosa con las medidas a adoptar que se someterán siempre a los principios de subsidiariedad (consagrado en el art. 5 del Tratado) y, también, conforme al principio de proporcionalidad reconocido en el mismo artículo.

En el ámbito de regulación, la Directiva tantas veces citada, insiste en que los Estados miembros respetarán la unidad de gestión de cada demarcación hidrográfica o de cada parte de una

La conclusión que se extrae del análisis de las normas más recientes es la de que *la regulación del agua, desgranando la expresión en todas las facetas que del agua tiene en cuenta el Derecho, y la regulación de los medios y acciones para combatir el cambio climático, discurren paralelamente; si bien en algunos puntos de su recorrido se estrecha la distancia entre ambas líneas, que casi llegan a tocarse, para después separarse y volver a discurrir de manera paralela.*

Donde la legislación tiene en cuenta las influencias mutuas y las repercusiones sobre el agua y el cambio climático, es de manera decidida, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Esta circunstancia permite ratificarnos en lo ya analizado respecto a la idoneidad de los procedimientos tipo de evaluación de impacto ambiental, como procedimientos aptos

demarcación hidrográfica internacional situada en su territorio, efectuando evaluaciones preliminares del riesgo de inundación. La obligación más concreta que a los Estados impone es la de realizar planes de gestión del riesgo de inundación, para lo cual disponen de un plazo que termina el 26 de noviembre de 2009.

El Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del dominio público hidráulico, advierte que su contenido no es una trasposición de la Directiva 2007/60/CE, si bien se incorporan los criterios que dicha Directiva establece en lo que se refiere a las zonas inundables. La creciente y rápida presión sobre los cauces, fundamentalmente urbanística, reduce día a día, el espacio fluvial, incrementa los riesgos frente a las inundaciones y menoscaba la protección medioambiental del dominio público hidráulico, exigida por la Directiva 2000/60/CE (Directiva marco del agua). El Real Decreto entiende que ambas Directivas se encuentran una ya incorporada a la Ley de aguas (la Directiva marco), y la otra pendiente de incorporación.

El Decreto plantea la elaboración de un sistema nacional de cartografía de zonas inundables a desarrollar en colaboración con las Comunidades Autónomas, para aportar una información valiosa que se tenga en cuenta por las restantes Administraciones en el ejercicio de sus competencias sobre ordenación del territorio y planificación urbanística.

Por cierto, que la presión urbanística que frente a las corrientes fluviales tratan de evitar las Directivas citadas en materia de aguas, no ha tenido el reflejo o la proyección que se merecía en la Ley 8/2007, de suelo (ahora citable por el Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo). En efecto, el art. 2, titulado Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, hace referencia a políticas públicas de ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo, utilizando el recurso conforme al interés general, y según el principio de desarrollo sostenible; naturalmente, se refiere a la protección del medio ambiente y a la contribución a prevenir y reducir la contaminación; sin embargo, entre las medidas que se proponen, aparecen la conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna, y la protección cultural y del paisaje; la protección adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo necesario o idóneo para atender las necesidades de transformación urbanística. En su art. 10, titulado Criterios básicos de utilización del suelo, habla también, de atender en la ordenación del uso del suelo, a la eficacia energética, a la garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación, y limitación de sus consecuencias para la salud y el medio ambiente. El art. 13 regula el régimen de seguimiento y evaluación de la sostenibilidad del desarrollo urbano.

Entre la promulgación de la Ley de suelo y la promulgación de la Ley del patrimonio natural y de la biodiversidad, acerca las consecuencias del cambio climático, han transcurrido seis meses.

o idóneos para la valoración holística de las repercusiones entre ambos, si bien es cierto que el detalle con el que se ha procedido a la trasposición de la Directiva referida a proyectos y actividades, contrasta con la generalidad con la que se ha procedido en la trasposición de la Directiva de planes y programas (Directiva 85/337/CEE y todas sus modificaciones, en contraste con la Directiva 2001/42/CE); traspuestas, la primera, ahora ya de manera cerrada, por el Texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, Real Decreto legislativo 1/2008, de 11 de enero, y la segunda, mediante la Ley 9/2006, de 28 de abril, relativa a la evaluación de los planes (71).

2. Si el legislador ha reconocido el fenómeno del cambio climático, sus efectos y su carácter global, por coherencia, habría de someter a evaluación si agua, aire y atmósfera están reguladas en función de los efectos del cambio climático

No puedo dejar pasar la oportunidad de este análisis de dos fragmentos del medio ambiente que han de contemplarse en un contexto global, para sugerir a los poderes públicos una reflexión acerca de la conveniencia de codificar una legislación ambiental fragmentaria, creada a lo largo de los últimos treinta años sobre la base de modificaciones legislativas, en algunos casos parciales; intransparente, puesto que a veces tiene más calado normativo el contenido de regulación de las disposiciones modificativas de otras normas anteriores que el objeto principal que se está tratando de regular; mimética, en cierto modo, puesto que las técnicas e instrumentos jurídicos que se contienen (planes, programas, autorizaciones, relaciones de cooperación, etc.) son idénticos para todos los sectores; falta de conexión, puesto que a veces,

(71) El artículo 1 del Real Decreto legislativo 1/2008, en su apartado tercero, letra b), declara que la evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre el suelo, *el agua, el aire, el clima*, y el paisaje. Agua, aire y clima, contemplados por este orden.

El artículo 3 de la Ley 9/2006, de evaluación del impacto estratégico, posiblemente influido por la expresión del artículo 3.2.a) de la Directiva que integra, establece que serán objeto de evaluación de impacto ambiental los planes y proyectos, así como sus modificaciones, que puedan tener efectos *significativos* sobre el medio ambiente cuando cumplan los requisitos siguientes: los que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental en las materias de agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo-terrestre, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo (el artículo correspondiente de la Directiva mencionaba la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, el transporte, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, las telecomunicaciones, el turismo, la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo). Aquí agua y cambio climático vuelven a separarse.

un mismo plan o programa podía contener las determinaciones aplicables a distintos subsectores ambientales regulados separadamente (contaminación acústica, contaminación lumínica), ya que se transmiten por el mismo espacio físico. Codificar, refundir o consolidar la legislación estatal ambiental básica, aportaría, al menos, inteligibilidad en la regulación.

Cada una de las normas ambientales que se examina posee una distribución interna distinta, sorprendiendo profundamente que el contenido modificativo de las disposiciones finales de otras normas ambientales anteriores, suele ocupar más páginas de los diarios oficiales que el contenido de regulación objeto de la Ley (72).

Prefiero evitar advertir al lector el trastorno que supone para los aplicadores jurídicos encontrar en normas de contenido sustantivo que regulan subsectores ambientales, modificaciones de Leyes, de medidas fiscales administrativas y del orden social que, a su vez, contenían preceptos sustantivos modificativos de otros subsectores ambientales.

No constituiría una tarea titánica el intento de codificar, al menos la legislación estatal medioambiental, fragmentada y dislocada, uniformizando criterios, unificando instrumentos jurídicos, y combinando aquellos elementos de la naturaleza o agentes contaminantes que hubieran de ser contemplados de manera holística. Piénsese, por otra parte, cómo facilitaría la tarea de trasposición del Derecho europeo, al menos a nivel estatal cuando la materia recaese, en lo básico, bajo la competencia del Estado, que todas las reglas ambientales formaran parte de un mismo cuerpo normativo (73). Con independencia, como ya se sabe, que el Consejo, en la Unión Europea, está acabando su tarea de codificación.

La reunión de todos los textos de los diversos subsectores ambientales haría más clara su consulta si la distribución interna de la codificación se efectuase mediante separación entre técnicas, instrumentos jurídicos, medidas activas, medidas represivas, elementos de cooperación, elementos de coordinación, etc.

(72) Este ejemplo es ilustrativo. La Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera, no incluye en su ámbito de aplicación a las actividades sometidas a la Ley 16/2002, de prevención y control integral de la contaminación. Su disposición final tercera modifica el artículo 22 de la Ley 16/2002 citada, y el contenido de regulación de esta modificación hace referencia a las instalaciones sujetas a la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de bases de efecto invernadero (...).

(73) Para quien entienda que el contenido concreto de una Directiva ha de ser traspuesto a través del contenido concreto de una norma sustantiva, propia e individualizada, se le puede tranquilizar advirtiéndole que esa no es una exigencia directamente derivada de las obligaciones del Tratado. Cómo se traspongan las Directivas, mediante norma de rango legal o reglamentario, única o en su conjunto, es una cuestión del Derecho interno en la que ni el Derecho europeo ni el Tribunal de Justicia Europeo tienen porqué entrar.

quedando en anexos los aspectos técnicos, valores, límites, parámetros, vectores, etc. que, incluso con una cláusula de habilitación reglamentaria podrían ser modificados sin necesidad de tramitar un nuevo proyecto normativo.

Pero si esa operación legislativa apareciese como inalcanzable, la evidencia del cambio climático exigiría, al menos, que cuantos elementos componen el ciclo de la atmósfera, y sus relaciones con el ciclo hidrológico, fueran objeto de una legislación conexas y unificada. Las leyes tienen que atender a una realidad social; realidad social que en esta materia, como ya se ha advertido, ha supuesto la existencia de una industrialización que ha traído como consecuencia efectos impactantes en la atmósfera, evidenciados como el cambio climático. Hoy en día se puede dudar de la racionalidad y del acierto científico de las nuevas regulaciones de los Estatutos de Autonomía; de las fragmentaciones de las cuencas; de la no contemplación de las demarcaciones hidrográficas conforme a la Directiva marco del agua; de la escasa atención a los efectos transfronterizos; del localismo decimonónico con que los poderes públicos están regulando y troceando reglas sobre una materia de naturaleza y consecuencias globales.

Lo anterior, también bajo la consideración de otros problemas y repercusiones que el cambio climático puede proyectar sobre las aguas, traducibles en disminución de precipitaciones, producción de casos de agua extrema, inundaciones, y aumentos del nivel marino (74).

3. Si el cambio climático es una evidencia ¿las medidas activas de las Administraciones se encaminan a la mitigación de sus efectos?

Como quiera que este análisis contiene una serie de propuestas para el debate acerca del tratamiento conjunto de las cuestiones del agua y del cam-

(74) A. FANLO LORAS. *El trasvase Tajo-Segura y su instrumentación jurídica*. Cuadernos Civitas, 2008, p. 179. «Ese puede ser —lanzo la idea— un camino que, obviamente, está en las antípodas de los procesos de «territorialización» y «fragmentación» de cuencas, que se han justificado para favorecer —de manera totalmente equivocada e innecesaria en mi opinión— una «mayor participación de las Comunidades autónomas en la gestión del agua».

Suscribo desde la razonabilidad, y desde la evidencia científica, la necesidad de corregir los desequilibrios hidrológicos y, celebro que en la obra recién citada, página 29, se recojan las palabras del Ministro Indalecio Prieto, en el Teatro Monumental de Alicante, el 23 de febrero de 1933, respecto a la posibilidad de tratar, ya entonces, el agua como una cuestión global.

Preceptos como el artículo 17.1 del Estatuto valenciano y otros semejantes, no sólo me parecen contrarios a la Directiva marco de aguas, sino que resultan, en general, incompatibles con el Derecho comunitario. Me planteo, si por tanto, pueden continuar aplicándose, pese a su constitucionalidad.

bio climático, renuncio, especialmente, a efectuar una exhaustiva relación de las medidas activas o represivas que en las Administraciones públicas se están adoptando, en orden a la mitigación de sus efectos (75). Sólo me limitaré a mencionar algunas de las políticas de lucha contra el cambio climático que, como medidas a adoptar de manera urgente, afectan al sector residencial, al sector de la fachada marítima, e incluso al sector de la salud de las personas.

En primer lugar, hay que celebrar que los poderes públicos ya han entendido que el cambio climático es inequívoco, al menos a partir de 2007. También han entendido las medidas y políticas de adaptación y de mitigación que se desprenden del Protocolo de Kyoto (no estoy segura si en la versión ya propuesta por la Conferencia de Bali).

Hay que resaltar que se ha entendido que las fórmulas de organización administrativa han de dar paso a sistemas de encuentro y de adopción de resoluciones que integran las diferentes políticas: así, la creación de las comisiones interdepartamentales contra el cambio climático, las oficinas contra el cambio climático, etc.

En el sector de la edificación, el intento de utilizar tecnologías y prácticas de gestión, tanto en la propia edificación como en el uso del agua, se están plasmando, si quiera de una forma idealista, en las leyes que regulan la vivienda. El *label* de la calidad de la vivienda, de la sostenibilidad, y de los requisitos arquitectónicos exigibles a la vivienda (en cumplimiento de la Directiva 2002/91/CE de eficiencia energética en los edificios) son, desde luego, loables. La introducción de códigos técnicos en la edificación, y la correcta aplicación de las medidas de eficiencia y de energías renovables en el sector de la edificación promovidas por la Directiva 2006/32/CE, de 27 de abril, no pueden dejar de mencionarse. Bien es verdad que su repercusión será mayor cuando se compruebe si verdaderamente el informe y valoración de los efectos ambientales del planeamiento urbanístico se ha realizado con la suficiente racionalidad, evidencia científica, y conforme al estado de la ciencia, como ya se ha expuesto anteriormente.

No obstante, las exigencias de eficiencia energética de los edificios han de tenerse en cuenta desde su proyección; de nada sirve que una vez levantados éstos, las cédulas de habitabilidad sean las que otorguen el *label* de eficiencia al edificio; operación difícil de realizar si no se ha tenido en cuenta

(75) En el ámbito organizativo se ha constituido la Comisión Interdepartamental contra el cambio climático (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 26 de febrero de 2007); de la misma manera que el Real Decreto 186/2008, de 8 de febrero, que aprueba los Estatutos de la Agencia Estatal de Meteorología iniciando una «nueva cultura» en la que se relaciona a la economía con el cambio climático.

desde el inicio en la concepción del proyecto. Medidas como la inspección técnica de los edificios y de las viviendas existentes a los efectos de poder mejorar su eficiencia climática y energética, son imprescindibles y se están ya empezando a tomar en consideración. Su regulación es tan extensa que excedería del ámbito de este trabajo.

En un nivel más amplio, la estrategia española del cambio climático y energía limpia (horizonte 2007-2012-2020), se fundamenta, en parte, en el Plan Nacional de Asignación 2008-2012, aprobado por el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, que establece la asignación de emisiones y su intercambio.

Los pilares del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) se basan en el sector residencial (modificación de las energías) y en el comercio de derechos de emisión (76). Con todo, la estrategia española de cambio climático y energía limpia, aunque contempla una serie de sistemas y sectores donde realizar las evaluaciones de impacto por su vulnerabilidad y adaptación al cambio climático (biodiversidad, recursos hídricos, bosques, sector agrícola, zonas costeras, caza y pesca continental, zona de montaña, pesca y ecosistemas marinos, transporte, salud humana, industria y energía, turismo, finanzas-seguros, urbanismo y construcción), dista de contemplar las actuaciones holística o de manera global.

Bien es cierto que la Oficina Española de Cambio Climático, cuyo principal objetivo es el desarrollo y la aplicación del PNACC, tiene como primer escenario la evaluación del impacto del cambio climático en los recursos hídricos mediante una modelización cuantitativa y cualitativa, identificando las áreas críticas. El escenario de impacto citado ha de extenderse a las zonas costeras.

Se entiende que son medidas horizontales las políticas fiscales, las que afectan a la ordenación del territorio, las que afectan a la aplicación de las llamadas mejores tecnologías disponibles; teniendo en cuenta, también, la funcionalidad de los sistemas de gestión ambiental.

Son relevantes las estrategias para la defensa del dominio público marítimo-terrestre pensando en un programa de adquisición de fincas con el fin de reforzar la protección de la costa, y de evitar la regresión litoral, que se efectuará a través de expropiaciones forzosas de fincas existentes en diversas provincias litorales. Una de las justificaciones de lo anterior es «el desafío deri-

(76) Real Decreto 1866/2004, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero; Real Decreto 1264/2005, por el que se regula el Registro Nacional de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero; y Real Decreto 1370/2006, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero 2008-2012.

vado del cambio climático, que en pocas décadas, reducirá sustancialmente la anchura de buena parte de nuestras playas. Los expertos señalan que para el año 2050 se habrá producido un retroceso medio de 15 metros en el conjunto de las playas españolas, y valores de más del doble en algunas playas concretas. La estrategia plantea los diferentes problemas que se deben afrontar para tratar de minimizar los efectos del cambio climático causados por la amenaza urbanística (77).

Naturalmente, se puede hablar también del Plan Nacional de Reducción de Sustancias Acidificantes y Precursoras del Ozono, y de otras, que afectan a la atmósfera.

Van teniendo prioridad en las políticas ambientales, aquellas que contemplan la creciente presión urbanística, la falta de recursos hídricos, los exagerados usos en el litoral y el cubrimiento de los cauces de los ríos y rieras, siendo necesario, de forma acelerada, ampliar la franja de dominio público, que es la más vulnerable a las consecuencias, cada vez más perceptibles del cambio climático; principalmente la elevación del nivel marino y los cada vez más fuertes y frecuentes temporales que amenazan a las formaciones costeras, constituidas por materiales sueltos, así como las playas, los humedales, las lagunas y los litorales (78).

Es imprescindible un mayor control de los consumos del agua y de los vertidos, la mejor reutilización de las aguas depuradas según los usos previstos, medidas normativas contra la sequía, modernización de regadíos, restauración hidrológico-forestal y la gestión de zonas inundables. Son todos requerimientos ambientales que, poco a poco, apuntan hacia una comprensión holística del agua como régimen natural de caudales, del agua como recurso, o de la escasez del agua en tiempos de sequía.

En fin, las políticas ambientales comienzan a plantearse los desórdenes climáticos como fenómenos de la naturaleza y han de considerar medidas dirigidas a evitar los desbordamientos y medidas dirigidas a paliar las sequías.

(77) Todas estas políticas, iniciadas por el Ministerio de Medio Ambiente a través de la Dirección General de Costas, incluyen expropiaciones en el Cabo de Creus, en Carboneras (Almería), en Malpica (La Coruña), en Cangas de Foz (Lugo), entre otras.

El protocolo con el Ministerio de Defensa implica incorporar al dominio público marítimo-terrestre las fincas adscritas a Defensa que se encuentran en la costa y han perdido su valor militar para, de esta forma, aumentar la protección del litoral.

(78) Solamente el tiempo dirá si el Real Decreto Ley 2/2004, por el que se modificaba la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, derogando la transferencia de agua desde el Ebro a las cuencas hidrográficas internas de Cataluña, del Júcar, Segura, y del Sur, ha sido una medida acertada o localista.

El 20 de julio de 2007 se han adoptado medidas urgentes en la estrategia española de cambio climático y energía limpia. Entre sus ámbitos de acción sitúa el transporte, lo que ha dado lugar a la reducción de velocidades en determinadas entradas y salidas de accesos a las grandes capitales; actuaciones en materia de infraestructuras; y actuaciones en el sector residencial, comercial e institucional (ahorro energético de edificios, alumbrado público, campañas de difusión de ahorro y eficiencia energética).

Si se observa con atención, el resultado ya será algo distinto a lo recogido en la «Estrategia Territorial Europea» (ETE) hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE, elaborada por el Comité de Desarrollo Territorial y acordada en la reunión informal de Ministros responsables de ordenación del territorio en Potsdam, en mayo de 1999.

* * *

Me pregunto, para finalizar, si también los poderes públicos se plantean las medidas a adoptar para prevenir los efectos negativos en las personas, especialmente en los mayores, en los momentos de las anunciadas olas de calor cíclicas. Me pregunto si los servicios sociales, voluntariado, etc. serán suficientes para auxiliar a las personas vulnerables por las olas de calor o, si, por el contrario, el Estado tiene el deber constitucional, en función de la protección de la salud y de la vida de las personas, de idear un sistema de internamiento (incluso no voluntario) en instalaciones adaptadas, como último recurso de preservación de la salud en los momentos y olas de calor. En fin, cabe preguntarse si se ha pensado en la necesidad de establecer, mediante Ley orgánica, medidas especiales en la materia con el objeto de proteger la salud de las personas, cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de factores climáticos que pueden poner en peligro la salud de un sector de la población, debido a una situación climática concreta (79).

El concepto de la seguridad pública, entendida siempre como la protección de la vida y de la propiedad, así como la prevención y la garantía del orden jurídico, ha de interpretarse ahora ante la contingencia del proceso de interacción que supone el cambio climático. Se impone, pues, un nuevo dis-

(79) Salvadas las distancias, tal y como se hizo por Ley orgánica 3/1986, de Medias especiales en materia de salud pública, aún cuando en aquella ocasión, la finalidad de la norma era el control de enfermedades transmisibles, otorgando a las autoridades sanitarias la posibilidad de adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control si se apreciaban indicios racionales que permitieran suponer la existencia de peligro para salud de la población, debido a la situación sanitaria concreta de una persona.

Las olas de calor sufridas en Europa con consecuencias, especialmente, en Francia, apenas hace tres años, son un ejemplo a tener en cuenta.

curso sobre los *Staatsaufgaben* que comprenda no sólo la prevención de los riesgos sino las medidas positivas para hacer frente a ellos. En el momento actual, la ausencia de medidas es tan lesiva como la adopción de medidas ilegítimas. Es impensable un Estado que adoptase tan sólo medidas de bienestar residuales, que se desentendiese de los problemas ambientales, o que no tuviera en cuenta las condiciones de vida de las futuras generaciones. Tal tipo de Estado no tendría legitimación suficiente. Convengo, pues, con la doctrina que entiende que, además de la legitimación por el procedimiento, el poder público se legitima también a través de sus funciones (80).

(80) D. GRIMM. «Ertrag. Staatsaufgaben-eine Bilanz», en *Staatsaufgaben* (D. Grimm, Ed.), 1994, p. 785.

LA IRUPCIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL DERECHO EUROPEO DE AGUAS

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

SUMARIO: I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE AGUAS: 1. La armonización de las normas nacionales de calidad del agua como medio para conseguir el mercado único. 2. La expansión tras la asunción de competencias en política ambiental en el Acta Única Europea.— II. LA DIRECTIVA 2000/60/CE, MARCO PARA LA POLÍTICA EUROPEA DE AGUAS DEL SIGLO XXI.— III. LA ACTUALIZACIÓN DEL ACERVO EN MATERIA DE AGUAS Y DEMÁS LABORES DE IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO.— IV. LOS RETOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO PARA LA POLÍTICA HÍDRICA EUROPEA: SEQUÍAS E INUNDACIONES: 1. La adaptación de la política hídrica europea al cambio climático para afrontar la carestía del agua. 2. La evaluación y gestión de los riesgos de inundación: A) La evaluación preliminar del riesgo de inundación. B) Mapas de peligrosidad por inundaciones y mapas de riesgo de inundación. C) Planes de gestión del riesgo de inundación.

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE AGUAS

Aunque sobre ello ya se ha escrito mucho, con el sólo fin de poner en antecedentes a los no iniciados y situar las mencionadas disposiciones en su contexto, me permito en las líneas siguientes resumir la evolución que ha tenido la regulación comunitaria en materia de aguas.

1. La armonización de las normas nacionales de calidad del agua como medio para conseguir el mercado único

Como es sabido, el origen de las primeras normas dictadas por la Comunidad Europea en materia de aguas, que recordaremos brevemente, fue armonizar las normas nacionales de calidad del agua, como medio para conseguir el mercado único, evitando la aparición de barreras al comercio y del «dumping ecológico».

En esa primera etapa hay que situar la Directiva 75/440/CEE, sobre calidad de las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable, la Directiva 76/160/CEE, sobre calidad de las agua de baño, la Directiva 76/464/CEE, sobre contaminación causada por determinadas sustancias vertidas en el medio acuático (desarrollada por las Directivas 82/176/CEE y 84/156/CEE, relativa al mercurio, la Directiva 84/491/CEE, relativa al hexaclorociclohexano, la Directiva 85/513/CEE, relativa al cadmio, la Directiva 86/280/CEE, relativa al tetracloruro de carbono, DDT y pentaclorofenol), la Directiva 78/659/CEE, sobre calidad de las aguas continentales para la vida de los peces, la Directiva 79/869/CEE, sobre métodos de medición y frecuencia de muestreos, la Directiva 79/923/CEE, sobre calidad del agua para la cría de moluscos, la Directiva 80/68/CEE, sobre protección de las aguas subterráneas frente a la contaminación por determinadas sustancias peligrosas y la Directiva 80/778/CEE, sobre calidad de las aguas destinadas al consumo humano.

Recordemos que en aquel momento no existía la política ambiental como tal política comunitaria y la base jurídica utilizada fue la llamada cláusula de poderes implícitos del artículo 235 TCEE. El instrumento, que fueron las Directivas de armonización, aunque no permitía establecer medidas concretas, sí sirvió para fijar objetivos y plazos precisos a cumplir por los Estados en punto a la reducción de la contaminación y demás propósitos de esas disposiciones, amparadas por la primacía del Derecho comunitario, el efecto útil y directo, etc.

Para España, la transposición de este acervo al incorporarse a la Comunidad Europea en 1986, contemporáneamente a la entrada en vigor de una nueva Ley de Aguas, supuso un considerable salto del nivel de exigencia de la normativa española. Aunque también algún tirón de orejas por parte del Tribunal de Justicia, en la Sentencia de 12 de diciembre de 1998 y otras posteriores, sin que ello suponga que España sea un país que destaque respecto de otros por incumplidor en este tema.

2. La expansión tras la asunción de competencias en política ambiental en el Acta Única Europea

La obtención de un título competencial propio en materia ambiental por parte de la Comunidad Europea en el Acta Única Europea permitió abordar cuestiones no tan relacionadas con el mercado interior, pero fundamentales para mejorar el estado de las aguas desde una perspectiva ecológica.

En ese sentido debe mencionarse la Directiva 91/271/CEE, que exige la depuración de las aguas residuales urbanas y la Directiva 91/676/CEE, sobre prevención de la contaminación difusa de origen agrícola (nitratos). También otras de orden general que conciernen de forma directa a las masas de

agua, como la Directiva 96/61/CE, que establece un sistema de control integrado de la contaminación y la Directiva 97/11/CE, que amplía la primera Directiva sobre evaluación impacto ambiental a las obras hidráulicas, entre otras actividades. Otra emanada en este periodo es la Directiva 98/83/CE, que sustituye a la de calidad de aguas destinadas al consumo humano.

Estas disposiciones se marcan objetivos más ambiciosos y se proponen mejorar la regulación existente y colmar lagunas. Su nueva base jurídica, los artículos 3.k y 130 R, S y T TCE (política ambiental común), así lo permiten. Pero quedaron todavía importantes asignaturas pendientes, como una racionalización de la gestión, impedir que la contaminación agrave la escasez ante el incremento del consumo y, sobre todo, recuperar los ecosistemas acuáticos para asegurar el suministro de agua potable, la continuidad de las actividades económicas y los efectos adversos de inundaciones y sequías. Estas cuestiones no siempre implicaban nuevas normas, sino más bien obtener el cumplimiento de las disposiciones ya aprobadas. No obstante, desde una óptica jurídica, a esta aspiración tampoco era ajena la necesidad de integrar y sistematizar las ya numerosas directivas.

En cualquier caso, hoy nos llama la atención que el cambio climático no fuera contemplado como un escenario a tener muy presente en el diseño de la política europea de aguas para el nuevo siglo XXI.

II. LA DIRECTIVA 2000/60/CE, MARCO PARA LA POLÍTICA EUROPEA DE AGUAS DEL SIGLO XXI

Esta Directiva tiene por objeto establecer un marco para la protección de las aguas superficiales, subterráneas, costeras y de transición. Pero, para el derecho europeo de aguas supone bastante más, pues se constituye en la cabecera del grupo normativo, al que trata de darse la sistematicidad e integración que antes señalaba. En ese sentido, establece unos objetivos e instrumentos generales con una visión completa de la problemática hídrica.

Otro elemento a destacar es el calendario de abrogación, en virtud del cual antes de 2008 tendrían que derogarse la Directiva sobre calidad de aguas superficiales para producir agua potable y la Directiva sobre medición y muestreo de las mismas. Y antes de 2014 las Directivas sobre calidad de agua para cría de moluscos, de peces, para protección aguas subterráneas y contra la contaminación por sustancias peligrosas. Previamente a la sustitución del primer paquete de directivas, en 2007, tendrían que inventariarse las zonas protegidas y tener operativo un programa de protección específico, sin perjuicio de los programas de medidas de carácter general, que tendrán que estar en vigor antes de 2014.

Por responder a los objetivos ambientales del art. 174 TUE, esta Directiva se aprobó sobre la base jurídica del artículo 175.1 TUE (apartado primero del antiguo art. 130 S) y, aunque solo requería mayoría cualificada del Consejo, contó el respaldo general. No obstante, durante su tramitación España mantuvo algunas reticencias respecto del principio de tarificación, estimando que esta propuesta afectaría directamente a la gestión cuantitativa de los recursos hídricos y a su disponibilidad.

Los objetivos generales que se establecen para la política de aguas europea son los siguientes:

- a) Prevenir deterioro y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos y dependientes del agua.
- b) Promover el uso sostenible de agua basado en la protección a largo plazo de los recursos.
- c) Reducir los vertidos progresivamente.
- d) Paliar los efectos de las inundaciones y sequías.
- e) Garantizar el suministro.

Para alcanzar esos objetivos, por parte de las autoridades de cuenca se deberán aplicar una serie de instrumentos que podemos clasificar de la siguiente forma:

- a) La fijación de objetivos ambientales para aguas superficiales, subterráneas y zonas protegidas (buen estado ecológico, químico, cuantitativo) a alcanzar en 2015, aunque se admiten prórrogas y excepciones ante ciertos supuestos.
- b) Una gestión coordinada de las cuencas hidrográficas, lo que suponía definir las demarcaciones nacionales e internacionales, designar la autoridad o autoridades responsables y coordinarse y cooperar con países ribereños extracomunitarios ya desde 2003.
- c) Un estudio de la situación de cada cuenca, atendiendo a sus características ambientales y los impactos humanos y económicos que recibe, a concluir en 2004.
- d) Registros de las Zonas Protegidas (captaciones de agua potable y hábitats), por cuencas, para 2004 también.
- e) Otro instrumento capital serán los programas de seguimiento del estado de las cuencas (a partir de 2006), los programas de medidas para lograr cumplimiento de las Directivas (que tendrán que estar aprobados antes de 2009) y los planes hidrológicos, que vienen a ser un compendio de los estudios, análisis y programas citados, que tendrán que estar operativos en 2012.

- f) Enfoque combinado contra la contaminación, a alcanzar en 2012, implica la existencia de un control que asegure que todos los vertidos puntuales cumplen con determinados valores límite o emplean la mejor técnica disponible y cumplen también con las normas u objetivos de calidad del medio receptor. Para la corrección de los vertidos difusos, en cambio, se han de seguir las mejores prácticas ambientales.
- g) La tarificación de los costes de servicio y ambientales, que tendrá que regir a partir de 2010, servirá para incentivar el uso eficiente y que pague el que contamine. Excepcionalmente, este principio puede ser suavizado para una actividad determinada, o por factores geográficos y climáticos, o atendiendo a los efectos sociales, ambientales y económicos.

La legislación española sintoniza con los postulados de esta Directiva Marco, que no difieren de sus precedentes, y con las técnicas de regulación establecidas, pues de hecho el modelo español fue una de sus referencias. A mi juicio, sin embargo, éstas se ven francamente mejoradas. Una de las carencias que la Directiva corrige es la disposición de una base para la recolección sistemática y uniformizada de información y su posterior difusión. Otra es el establecimiento de reglas, plazos y trámites que aseguren transparencia y participación social en la planificación. La fijación de objetivos de calidad y plazos para alcanzarlos era otro aspecto ausente en la planificación española. La recuperación de costes siempre estuvo presente en la proyección y gestión de la obra hidráulica, por más que las excepciones fueran la moneda corriente.

Para España, donde la laxitud domina la aplicación del derecho de aguas a todos los niveles, puede ser importante la existencia de un cierto control por parte de las instituciones europeas. Sin que ello signifique que de Europa se pueda ni se deba esperar todo. Así, es difícil que desde Estrasburgo o Bruselas vayan a resolverse los problemas de inconstitucionalidad que arrastra la delimitación territorial de la Confederación Hidrográfica del Júcar y del plan hidrológico de igual nombre. No obstante, un cierto límite tendrá que respetarse en la descentralización de la gestión de ríos como el Duero o el Guadalquivir, transferida estatutariamente a las comunidades autónomas de Castilla y León y Andalucía, respectivamente, puesto que por exigencia de la Directiva Marco tendrá que haber una autoridad o colegio de autoridades coordinado que responda del cumplimiento de la misma. Otro límite puede servir para que la tarificación de costes deje de ser sistemáticamente ignorada, por ejemplo, en obras hidráulicas como el trasvase Júcar-Vinalopó, recientemente construida.

Desde una perspectiva estratégica, la mayor esperanza que puede representar para nuestro país es que Europa se implique en la evitación de las inun-

daciones y en la solución de los problemas de escasez que, como vamos a ver a continuación, en el futuro se van a acrecentar a causa del cambio climático. En ese sentido, creo que España, superando sus contradicciones internas, ha de apostar por su integración en la red hidrográfica europea. Del mismo modo que pertenecemos a la red europea de transportes, a la red natura 2000 y otras, la península ibérica debería superar su aislamiento hídrico reclamando una conexión a los grandes cursos fluviales de Europa.

III. LA ACTUALIZACIÓN DEL ACERVO EN MATERIA DE AGUAS Y DEMÁS LABORES DE IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO

Conforme al calendario establecido por la Directiva Marco del Agua, han empezado a promulgarse nuevas regulaciones que la desarrollan, así como la actualización y sustitución de las primeras directivas en la materia.

En el primer grupo debemos mencionar la Decisión 2455/2001/CE, que establece la lista de sustancias contaminantes prioritarias, la Directiva 2006/118/CE, para la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y la Directiva 2007/60/CE, sobre evaluación y gestión de inundaciones, que analizaremos después por su específica relación con el cambio climático.

En el segundo grupo entraría la Directiva 2006/11/CE, relativa a la contaminación causada por sustancias peligrosas en el medio acuático, la Directiva 2006/44/CE, sobre calidad de las aguas continentales para la vida de los peces, la Directiva 2006/113/CE, sobre calidad de las aguas para la cría de moluscos, la Directiva 2006/7/CE, que sustituye a la de calidad de aguas de baño.

Por lo que se refiere a la implementación que corresponde a los Estados miembros, en su informe de 22 de marzo de 2007, la Comisión ya daba cuenta de que la trasposición se había realizado, aunque con algunas lagunas y retrasos, lo que dio lugar a cinco sentencias del Tribunal de Justicia declarativas del incumplimiento.

Desde la perspectiva comunitaria, también se considera bien resuelta la instauración de las demarcaciones hidrográficas y la designación de autoridades responsables, aunque falta coordinación internacional.

La caracterización y evaluación económica de las cuencas es desigual y presenta lagunas, pero lo más preocupante es que según esos informes el estado actual de las aguas europeas es peor de lo intuido, pues menos del 1% cumplen todos los objetivos de calidad. Es más, el Informe constata un

alto riego de que varios Estados, especialmente los más poblados, no alcancen los objetivos, a causa de la degradación material de los ecosistemas, la sobreexplotación de recursos y la contaminación difusa. No obstante, la Comisión estima que aún se está a tiempo de poner los remedios para no tener que lamentarse en el futuro.

De las recomendaciones con que concluye su Informe, destacamos brevemente las cinco siguientes:

- a) Integrar la gestión hídrica sostenible en las demás políticas nacionales, en la aplicación de los Fondos de la PAC y de Cohesión y en la evaluación de impacto ambiental.
- b) Sacar más partido a la participación ciudadana.
- c) Aplicar a fondo las directivas sobre depuración de aguas residuales urbanas y de prevención de la contaminación difusa de origen agrícola (nitratos).
- d) Más rigor en la tarificación de los servicios de agua, para recuperar costes y que efectivamente pague el que contamine.
- e) Atender al cambio climático en los planes hidrológicos.

Esta última recomendación viene a reconocer que, apenas siete años antes, la amenaza que el cambio climático representaba para los retos de la política hidráulica europea pasó desapercibida. Pero, por más que esta recomendación no tenga carácter prescriptivo, sería insensato ignorar en la elaboración de la planificación hidrológica un fenómeno que forzosamente va a condicionar las medidas que puedan aplicarse para implementar la Directiva y alcanzar los objetivos marcados. Estimo además que, cuando de establecer una prospectiva a medio plazo se trata, los principios de cautela y de acción preventiva en los que ha de basarse la política ambiental europea deberían postergar el escepticismo frente al cambio climático, teniendo en cuenta los datos científicos y técnicos disponibles (artículos 174.2 y 3 TUE). Estos vienen a confirmar lo que la observación directa de la realidad contemporánea por parte de gestores y usuarios del agua nos hace temer.

IV. LOS RETOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO PARA LA POLÍTICA HÍDRICA EUROPEA: SEQUÍAS E INUNDACIONES

Llegamos, ahora sí, al punto de mayor actualidad, donde se abordan las cuestiones más acuciantes que el cambio climático plantea a la política hidrológica europea. A saber, el agravamiento de los problemas de carestía del agua y de la virulencia de las inundaciones. Problemas que, sin ser nuevos, por descontado, sí pueden cambiar radicalmente en la forma, intensidad y fre-

cuencia con que pueden pasar a manifestarse como consecuencia del cambio climático y que, en consecuencia, merecen una especial atención.

Las instituciones europeas ya han empezado a tomar cartas en este asunto, produciendo hasta el momento dos comunicaciones de la Comisión al Parlamento y al Consejo. La primera es la titulada «Gestión de los riesgos de inundación. Prevención, protección y mitigación de las inundaciones», de 12 de julio de 2004, que analiza el problema y hace un planteamiento para su gestión, destacando el valor añadido que tendría una acción concertada a nivel europeo. Esta Comunicación sirvió de base a la Directiva 2007/60/CE, de 23 de octubre, «de evaluación y gestión de los riesgos de inundación», que tiene ya un carácter prescriptivo, por lo que centraremos en esta norma nuestro trabajo, haciendo gracia de aquella.

La segunda es la Comunicación de 18 de julio de 2007, que aborda el problema de la carestía del agua en Europa, con una especial consideración al cambio climático, que estudiamos a continuación. Como en caso de las inundaciones, bien podría ocurrir que, tras la Comunicación, las instituciones europeas adopten una directiva que establezca un marco normativo al efecto, por lo que conviene ir conociendo sus postulados.

1. La adaptación de la política hídrica europea al cambio climático para afrontar la carestía del agua

La adaptación de la política hidrológica europea al cambio climático es el tema que aborda la Comunicación de la Comisión de 18 de julio de 2007, que lleva por título «Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea» (COM (2007) 4141 final, no publicada en el DOCE).

En ella se constata que las sequías e inundaciones son fenómenos más frecuentes y extremos a causa del cambio climático. Esta afirmación deja de lado las teorías negacionistas del calentamiento global y sienta un punto de certeza, al menos suficiente como para extraer las debidas consecuencias y ponerse manos a la obra.

Propone la Comisión establecer una distinción fundamental, pues la sequía propiamente dicha consiste en un déficit pluviométrico, mientras que la escasez significa que las necesidades de agua son superiores a los recursos explotables. El primero es un fenómeno coyuntural, más o menos imprevisible. El segundo supone un problema estructural. Las medidas a aplicar frente a uno y otro problema, como es lógico, no pueden ser las mismas, so pena de aplicar un tratamiento errado que, en lugar de aportar soluciones, agrave las situaciones.

Con todo, los desequilibrios hídricos se ven afectados por determinadas lacras que, no por recurrentes, encuentran remedio. Entre ellas merece destacarse la ineficaz tarificación de los servicios y obras hidráulicas, la elusión de la normativa sobre contaminación y otras, el desorden en el uso del territorio por parte de las construcciones y demás actividades humanas y, por último, las carencias de información científica.

De ahí que la Comisión establezca una serie de elementales recomendaciones, en línea con lo señalado en otras Comunicaciones precedentes.

Como no podía ser de otro modo, la primera sería aplicar la Directiva Marco de Aguas de manera efectiva, es decir, en toda su extensión, en los plazos previstos, etc. Esto supone, a su vez, cumplir con compromisos políticamente poco simpáticos, como es fijar un precio justo para el agua, basado en el coste real y en la medición del consumo.

Otra medida general consistiría en interiorizar el problema al que nos estamos refiriendo en otras políticas europeas y nacionales, como pueden ser las concernidas por la llamada evaluación ambiental estratégica, la política agrícola común y la ordenación territorial. Hacerlo de forma coherente supone priorizar el reparto de los recursos hídricos y de los fondos económicos, teniendo en cuenta lo que el cambio climático implica desde el punto de vista de la disponibilidad de agua para satisfacer las necesidades sociales y el desarrollo de los diferentes sectores económicos.

También incluye la Comunicación medidas específicas al respecto, como la creación de un Observatorio, la instauración de un sistema de alerta rápida frente a estos desastres, que los perjudicados puedan ser atendidos con la aplicación del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea, así como la participación del Mecanismo Europeo de Protección Civil para ayudar a los países gravemente afectados.

La Comunicación se extiende en propuestas de orden práctico muy lógicas, como es que las nuevas infraestructuras para abastecimiento de agua, por ejemplo las captaciones, los trasvases y la desalación, solo se lleven a efecto tras la aplicación de todas las medidas preventivas, de ahorro y de uso eficiente conocidas, que son ya muchas. Recuerdo, en ese sentido, que la pasada Exposición Internacional de Zaragoza 2008 nos mostró un amplísimo elenco de técnicas al alcance de todos, como el riego por goteo, grifos y otros dispositivos domésticos de escaso consumo e incluso inodoros que no gastan agua.

No por manida se puede olvidar que la educación y la sensibilización de la población y de los agentes productivos siguen siendo unas asignaturas pendientes. La Comisión insiste en ello y, para dar estímulos, propone integrar estos aspectos en la certificación de calidad y en el etiquetado ecológico, apo-

yar el intercambio de buenas prácticas y, cómo no, promover campañas de información a los distintos niveles.

Nada de esto valdría de nada si no se identifican las causas y se identifican las peculiaridades de las distintas situaciones. Por ello, a la Comisión no le duelen prendas en afirmar que hay que limitar los efectos negativos que ciertas formas de desarrollo económico suscitan en algunas cuencas hidrográficas. Es más, aconseja que los países deben elaborar planes de gestión de este tipo de riesgos antes de 2009, sobre la base de un censo de las cuencas que sufran con cierta frecuencia la falta de agua, imponiendo normas de gestión que acaben con el despilfarro y las pérdidas de agua.

A mi juicio, mientras no se llegue a tomar determinaciones de este tipo allí donde se sabe que el agua se malgasta de forma ingente, por ejemplo con sistemas de riego arcaicos que consumen una cantidad innecesaria y exacerbada de agua, estaremos distrayendo la atención, sin resolver nada. En ese sentido, hay que recordar que los dispositivos técnicos están inventados hace mucho tiempo, sin que su coste resulte prohibitivo, puesto que una gran parte de los agricultores los utilizan, especialmente los que riegan con aguas subterráneas.

También la Ley de Aguas de 1985 contiene una amplia batería de instrumentos y potestades para controlar adecuadamente el aprovechamiento de las aguas, que en su mayor parte siguen inéditos. Así sucede con la revisión de concesiones, que puede efectuarse —sin indemnización— cuando se compruebe que su objeto puede atenderse con una menor dotación de agua o la aplicación de una mejora técnica en el uso del recurso (art. 65 TRLA). Con ese fin, las Confederaciones están autorizadas para realizar auditorías y controles de las concesiones, así como para comprobar la eficiencia de la gestión y uso de los recursos concedidos. Está igualmente pendiente la obligación de repercutir en los beneficiarios de las obras de regulación hechas por el Estado el coste real del servicio de agua, lo que sin duda coadyuvaría a un uso más ahorrativo del recurso hídrico.

No sería extraño que, al final, las autoridades española tuvieran que implementar esas medidas y otras más que no citamos por imposición de una normativa europea o para lograr el apoyo a algún proyecto de interés nacional, como puede ser el trasvase del Ródano al Ebro.

2. La evaluación y gestión de los riesgos de inundación

Las inundaciones son un fenómeno muy conocido y, por desgracia, con consecuencias a veces catastróficas, que tiene su origen en causas naturales. Empero, la experiencia demuestra que, conforme aumenta el impacto de las actividades humanas sobre el medio natural, tanto el riesgo como los daños

de todo orden se ven incrementados por la mala gestión, las obras hidráulicas, la ocupación de los cauces, etc. Para dar algunas cifras significativas, habría que decir que en Europa, de 1998 al 2004, hubo más de 100 inundaciones, que causaron 700 muertos y daños por más de 25.000 millones de euros.

La Directiva 2007/60/CE, de 23 de octubre, «sobre evaluación y gestión de los riesgos de inundación», resalta como hechos novedosos los que se derivarán del cambio climático, que no fueron tenidos en cuenta por la Directiva Marco del Agua, a pesar de que uno de sus objetivos era mitigar los efectos de las inundaciones.

Los objetivos de la nueva son más amplios. En concreto, además del anterior que comparte, la Directiva de inundaciones persigue establecer un marco para la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, que permita tomar medidas destinadas a reducir las consecuencias negativas para las personas, el medio ambiente, el patrimonio cultural y las actividades económicas.

Una de las cuestiones que, en cualquier caso, ha habido que resolver ha sido precisamente la articulación entre estas dos directivas, de modo que la Directiva de inundaciones aproveche los instrumentos de la Directiva Marco del Agua, no prolifere nuevas estructuras y, a medio plazo, acaben convergiendo. Veremos después cómo y en qué medida ha sido esto posible, pues antes examinaremos los objetivos y técnicas de regulación que insta, plazos y demás.

El plazo de trasposición de la Directiva concluye el 26 de noviembre de 2009.

A) La evaluación preliminar del riesgo de inundación

La primera tarea que la Directiva marca a los Estados miembros es realizar una evaluación preliminar del riesgo de inundación para cada demarcación hidrográfica o unidad de gestión, como pueden ser ciertas zonas costeras o cuencas hidrográficas particulares, que haya en su territorio (artículos 4 y 5).

Por inundación hay que entender, según la definición que da la propia Directiva, «el anegamiento temporal de terrenos que no están normalmente cubiertos por agua», lo que incluye las inundaciones ocasionadas por ríos, torrentes, ramblas y hasta por el mar en zonas costeras. Igualmente, por riesgo de inundación hay que entender la probabilidad de que ésta se produzca y las posibles consecuencias negativas para las personas, el ambiente, el patrimonio cultural y la actividad económica (artículo 2). Podemos deducir, pues, que las inundaciones que realmente preocupan a la Directiva son las que cau-

san esos perjuicios, pero no cuando sus efectos son absorbidos por la naturaleza sin más trascendencia.

Dicha evaluación ha de hacerse sobre la base de la información disponible, datos registrados, estudios a largo plazo y especialmente, insiste la Directiva, sobre el impacto del cambio climático en la frecuencia de las inundaciones. Los Estados ribereños de una cuenca internacional deberán intercambiar la información pertinente.

La evaluación contendrá, al menos, lo siguiente:

- a) Mapas de la demarcación, señalando los límites de las cuencas y zonas costeras, topografía y usos del suelo.
- b) La descripción de las inundaciones pasadas con impactos significativos con probabilidad de repetirse, extensión y vías de evacuación, así como de las inundaciones que tuvieron importancia.
- c) Una evaluación de las potenciales consecuencias de futuras inundaciones, teniendo en cuenta los diversos factores (topografía, características de los ríos, llanuras aluviales, infraestructuras de protección, poblaciones, actividades económicas) y, a largo plazo, las repercusiones del cambio climático.

Esta evaluación preliminar deberá estar hecha antes de 2012, salvo para las cuencas o zonas costeras donde, antes de 2011, bien se hubiera constatado un riesgo potencial de inundación significativo o probable bien se hubiera decidido elaborar mapas de peligrosidad y de riesgo y planes de gestión del riesgo (artículos 4 y 13). Esta salvedad se explica porque el propósito de esta evaluación es precisamente determinar las zonas con ese riesgo potencial o probable que, en el caso de pertenecer a una cuenca internacional, se efectuará de forma coordinada entre los Estados (artículo 5).

B) Mapas de peligrosidad por inundaciones y mapas de riesgo de inundación

Los mapas de peligrosidad de inundaciones y los mapas de riesgo de inundación, que los Estados han de elaborar para cada demarcación o unidad de gestión y a la escala más apropiada, son el instrumento que permite localizar territorialmente el teatro de operaciones, dimensionar el fenómeno y prever las consecuencias. Para su elaboración, los Estados ribereños de un curso de agua o zona internacional han de compartir la información.

Los mapas de peligrosidad de inundaciones han de incluir las zonas que podrían inundarse en un escenario de baja, media (periodo de retorno superior a 100 años) y alta probabilidad, indicando la extensión de la inunda-

ción, el calado o nivel del agua, la velocidad de la corriente o el caudal de agua, según proceda.

Por su parte, los mapas de riesgo de inundación han de mostrar las consecuencias adversas potenciales en cada uno de esos escenarios, mediante la identificación y cuantificación de afectados, referidos a número de habitantes, actividades económicas, instalaciones industriales que puedan ocasionar contaminación accidental, zonas protegidas y cualquier otra que el Estado considere (v. gr. transporte de sedimentos y derrumbes).

Estos mapas han de estar finalizados antes de 2014 y su información ha de ser coherente con la exigida por la Directiva Marco del Agua. Es más, las revisiones de estos mapas (cada 6 años), podrán integrarse en los estudios de las características de las demarcaciones, de las repercusiones de las actividades humanas y análisis económicos del uso del agua que han de efectuarse por imperativo del artículo 5 de la Directiva Marco del Agua.

C) Planes de gestión del riesgo de inundación

Los mapas que acabamos de examinar han de servir de base para que los Estados elaboren planes de gestión del riesgo de inundación para cada demarcación hidrográfica o unidad de gestión, coordinados a nivel de demarcación, que deberán estar aprobados antes de 2016 y revisarse cada seis años.

En ellos se fijarán objetivos y medidas centrados en la reducción de las consecuencias adversas para las personas, el ambiente, el patrimonio cultural y la actividad económica y, en su caso, en la reducción de la probabilidad de inundación.

La Directiva establece que los planes han de abarcar todos los aspectos de la gestión de reiterado riesgo, centrándose en la prevención y protección, incluyendo sistemas de alerta temprana, la promoción de prácticas de uso sostenible del suelo, la mejora de la retención de las aguas y la inundación controlada de ciertas zonas.

En ese sentido, el Anexo A de la Directiva marca una pauta para el contenido de esos planes, que estarán compuestos por las conclusiones de la evaluación preliminar, los mapas de peligrosidad y de riesgo, la descripción de objetivos y un resumen de medidas. También para su ejecución, pues deberá establecerse unas prioridades, un método para supervisar los progresos, actividades de información y consulta a la población, una lista de las autoridades responsables y hasta la descripción del proceso de coordinación.

En la confección de estos planes ha de tenerse en cuenta los costes y beneficios, la extensión de la inundación, las vías de evacuación, las zonas de potencial retención (llanuras aluviales, humedales y otras), los objetivos

ambientales marcados conforme a la Directiva Marco, la gestión del suelo y la ordenación del territorio, la navegación, los puertos y, por descontado, la gestión del agua. Además, por solidaridad, los Estados no deberán adoptar medidas que aumenten el riesgo de inundaciones en regiones de otros países situadas río arriba o río abajo, salvo que se tomen de mutuo acuerdo.

En el caso de que las demarcaciones hidrográficas o unidades de gestión sean internacionales, los Estados han de procurar llegar a un plan unitario y, en su defecto, coordinarlos entre sí, incluso con los países no pertenecientes a la Unión Europea.

La Directiva ordena finalmente, que en su elaboración los Estados deberán procurar la participación activa de todas las partes interesadas, para lo cual deberá ponerse a disposición del público la evaluación preliminar, los mapas de peligrosidad y de riesgo, así como los planes de gestión existentes.

Al igual que dijimos respecto de los mapas, los planes de gestión han de coordinarse con las revisiones de los planes hidrológicos de cuenca que se realizan con arreglo a la Directiva Marco del Agua, pudiendo integrarse en ellos.

Como vemos, merced a la Directiva 2007/60/CE la Unión Europea ha acertado a diseñar un modelo de gestión del riesgo de inundaciones, con el rigor y la meticulosidad que caracteriza este tipo de disposiciones, que ha de servir de marco e impulso a las políticas nacionales de prevención y protección frente a estos catastróficos fenómenos. La intervención comunitaria tiene la virtud de afrontar un problema cuyo alcance trasciende muchas veces las fronteras nacionales y, en consecuencia, puede ser mejor resuelto con medidas internacionales unitarias o, al menos, coordinadas. Al hacerlo con la mirada muy atenta a las implicaciones derivadas del cambio climático, esta Directiva cubre una importante laguna del Derecho europeo de aguas. La consideración del cambio climático resultaba obligada, dada su creciente relación con el problema de las inundaciones. Creemos además que marca una pauta que, a no mucho tardar, se irá extendiendo a todos los aspectos de la política hidráulica, pues difícilmente alguno no se verá afectado y podrá quedarse al margen.

Albacete, 15 de octubre de 2008

INCIDENCIA DEL PLAN NACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO SOBRE LAS POLÍTICAS DE GESTIÓN Y USO DEL AGUA

SANTIAGO ROSADO PACHECO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA PROPUESTA DEL PLAN NACIONAL DE ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO RESPECTO A LOS RECURSOS HÍDRICOS.— III. UN PASO MÁS. RESULTADOS DEL PRIMER PROGRAMA DE TRABAJOS (30 DE SEPTIEMBRE DE 2008).— IV. EL REGLAMENTO DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA.— V. LOS USOS Y LAS DEMANDAS DE AGUA.— VI. EL SISTEMA DE EXPLOTACIÓN Y LOS SERVICIOS DEL AGUA.— VII. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE DESARROLLO SOSTENIBLE 2007 (EEDS).

I. INTRODUCCIÓN

Desde la celebración del «Seminario Ministerial» sobre políticas de agua de la Comunidad Europea (Frankfurt 1988) hasta la adopción de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DOCE de 22 de diciembre de 2000) (1), ha habido un conjunto de acciones con el objeto de constituir una concreta política comu-

(1) Esta Directiva Marco del Agua 2000/60/CE, ha sido modificada por la Decisión 2445/2001/CE (DOCE L 331/1, de 15 de diciembre de 2001) aprobatoria de la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas (añade un Anexo 10); también hay que tener en cuenta la modificación realizada por la Directiva 2008/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre competencias de ejecución de la Comisión para modificar elementos no esenciales de actos base de alcance general (DOUE L 81/60, de 20 de marzo de 2008). Por otro lado, la Directiva Marco del Agua ha sido completada por la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro (DOUE L 372/19, de 27 de diciembre de 2006). En este mismo sentido ha de tenerse en cuenta la Decisión de la Comisión, de 17 de agosto de 2005, sobre registro de puntos de la red de intercalibración (DOUE n° 243 de 19 de septiembre de 2005) y la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación (DOUE L 288/27 de 6 de noviembre de 2007).

nitaria integrada de aguas (2) dentro de la política más amplia del medio ambiente cuya cobertura se encuentra en el artículo 174 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (3), donde se instrumentan los objetivos (conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, utilización prudente y racional de los recursos naturales, principios de cautela y acción preventiva, corrección de atentados en la fuente misma, quien contamina paga).

También, como consecuencia de lo estipulado en este artículo 174 del Tratado (en la elaboración de la política del medio ambiente), la Directiva Marco del Agua adopta «la diversidad» por las condiciones y necesidades diversas en la Comunidad que requieren soluciones específicas. De esta manera, se establece el marco de la política del agua en la «CUENCA HIDROGRÁFICA», sobre todo para la planificación y ejecución de medidas de protección y uso sostenible del agua.

Teniendo en cuenta esta orientación comunitaria eminentemente medioambiental de la consideración de la política del agua, la Directiva Marco, a efectos de interés jurídico, se fundamenta en dos ordenes de cuestiones: A) el principio de colaboración entre la Unión Europea, Estados miembros y Autoridades Locales, así como la necesidad de información, consulta y participación del público (incluidos los usuarios), y B) el sometimiento de la política de gestión y uso del agua al principio de desarrollo sostenible formulado en el artículo 2 del Tratado de Amsterdam y la formulación de que «El abastecimiento de agua es un servicio de interés general».

Es suficientemente conocido que el principio de desarrollo sostenible dio lugar a la «Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea» (2001) (4) que, en realidad, pretendió, en tanto que instrumento operativo, dar respuesta a los compromisos adquiridos en las cumbres de Río de Janeiro y Johannesburgo. Un punto clave de la «Estrategia» consistía en que los Estados Nacionales de la Unión Europea dispusieran de su Instrumento de Estrategia Nacional antes de 2005, definiendo áreas prioritarias con sus objetivos y principios

(2) Puede verse en los considerandos de la propia Directiva Marco. También, véase FANLO LORAS: *La evolución del derecho comunitario sobre el agua* (en Embid Irujo dir.): *El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Madrid 1998, pp. 173 y ss.

(3) En la redacción del Tratado de Amsterdam (1997). Véanse las anotaciones sobre el fundamento jurídico de la Directiva Marco que realiza EMBID IRUJO: *El derecho de aguas de la Unión Europea contemplado desde la perspectiva española. Consideración especial de la Directiva Marco Comunitaria 2000/60/CE*, en José M^o Cuadrat Prats (ed.): *«El agua en el Siglo XXI: Gestión Y Planificación»*, Zaragoza, 2006, pp. 67 y ss.

(4) Esta estrategia fue adoptada por el Consejo Europeo de Gotemburgo el 15 de mayo de 2001 y ha sido revisada en 2003, 2004, 2005 y 2006.

transversales sobre aspectos de «sostenibilidad ambiental» (5) (ya que los económicos y sociales fueron objeto de la Agenda socio-económica de Lisboa «Agenda para el cambio») (6). Así pues, se han ido estableciendo los fundamentos para un plan Nacional sobre el Cambio Climático de la siguiente forma:

- la entrada en vigor de la Convención Marco sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas (1991) (7) y la aprobación en la Conferencia de las partes celebrada en Montreal, en diciembre de 2005 del «programa de trabajo quinquenal sobre los aspectos científicos, técnicos y socioeconómicos de los efectos, la vulnerabilidad y la adaptación al cambio climático»;
- la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea de Gotemburgo (2001), que fija áreas prioritarias con la obligación de obtención de resultados que vinculan las estrategias de cada Estado miembro de la Unión Europea. El instrumento trata tres grandes temas:
 - a) unos criterios de reflexión (severidad, dimensión temporal e irreversibilidad, dimensión europea);
 - b) temas seleccionados (limitar el cambio climático, energía limpia, salud pública, *gestión responsable de recursos naturales*, mejora de sistemas de transporte y gestión del territorio-usos del suelo);
 - c) una nueva orientación de políticas (disociando crecimiento económico del uso de recursos, precios justos —internalización de costes—, consulta de nuevas propuestas con interesados y público en general, evaluación de sostenibilidad);
- el Consejo Europeo de Bruselas de 23 de marzo de 2005, reactiva «la Agenda Socio-Económica de Lisboa» con fundamento en una serie de ejes, de entre los cuales interesa destacar «la contribución del medio ambiente» considerado como *contribuyente neto* al propio logro del crecimiento, del empleo y la productividad a través de las nociones de «eco-eficiencia» y la «eco-innovación»;

(5) En el documento del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, dentro de 2. OBJETIVOS, se manifiesta expresamente que el mismo: «...cumple el objetivo fundamental de dar cumplimiento y desarrollar —a nivel de Estado español— los compromisos que nuestro país ha adquirido en el contexto internacional de la CMNUCC y de la Unión Europea.»

(6) La Estrategia Española de Desarrollo Sostenible ha sido elaborada por el Grupo Interministerial bajo la Oficina Económica del Presidente de Gobierno español, habiendo sido dado el visto bueno del documento por parte del Consejo de Ministros el 23 de noviembre de 2007.

(7) La Convención Marco sobre Cambio Climático (CMNUCC), se adoptó en Nueva York el 9 de mayo de 1991, entrando en vigor 21 de marzo de 1994. El art. 4. 1, b) de la CMNUCC establece que «Las Partes deberán formular, aplicar, publicar y actualizar regularmente programas nacionales y, según proceda, regionales, que contengan...medidas para facilitar la adaptación adecuada al cambio climático».

- esta orientación se consolida en el Consejo Europeo de 16 y 17 de junio de 2005, con la «Declaración de principios rectores para el desarrollo sostenible» y dentro de sus cuatro objetivos clave (equidad social, cohesión, prosperidad económica, cumplimiento de las responsabilidades internacionales) destaca la protección ambiental en el sentido de establecer como base la *«ruptura del vínculo entre crecimiento económico y degradación ambiental y del uso de recursos»*, es decir, se establece la cláusula «HACER MÁS CON MENOS» que incluye los conocidos principios rectores del desarrollo sostenible, de uso del mejor conocimiento disponible, el principio de precaución, quién contamina paga y quién usa los recursos paga;
- por último, y como antecedente inmediato del plan Nacional, hay que hacer mención al documento titulado «La Evaluación Preliminar General de los Impactos en España por Efecto del Cambio Climático», publicado por el Ministerio de Medio Ambiente en el año 2005 y que tuvo la participación de más de 400 expertos.

El Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (con el subtítulo de: marco para la coordinación entre Administraciones Públicas para las actividades de evaluación de impactos, vulnerabilidad y adaptación al cambio climático) fue presentado a la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático, al Consejo Nacional del Clima y a la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente en febrero de 2006. Posteriormente fue sometido a un proceso de consulta pública y, por fin, aprobado en el mes de julio de 2006 por la Comisión de Coordinación y el Consejo Nacional del Clima, tomando conocimiento del mismo el Consejo de Ministros el 6 de octubre de 2006 (8).

(8) La estructura orgánica que respalda el PNACC con el objeto de gestionarlo, coordinarlo y aplicarlo (ya que la palabra implementación no existe en el Diccionario de la RAE) es la siguiente: a) el Grupo Interministerial de Cambio Climático (GICC), constituido por acuerdo de mayo de 2004 de la Comisión Delegada de Gobierno para Asuntos Económicos, que lo configura como órgano de coordinación de la Administración General del Estado para preparar los trabajos de esa Comisión Delegada de Gobierno; b) la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático (CCPCC), creada por el Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto —convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 16 de septiembre de 2004— se le atribuye el seguimiento del cambio climático y aprueba el Plan Nacional de Adaptación al CC y, además, es la Autoridad Nacional Designada para el Protocolo de KIOTO; c) el Consejo Nacional del Clima (CNC), cuya vigente regulación se encuentra en el Real Decreto 1188/2001, de 2 de noviembre, adscrito al Ministerio, que elabora y eleva al Gobierno «la estrategia española de lucha contra el CC, elabora propuestas y recomendaciones; d) la Oficina Española de Cambio Climático, con rango de Dirección General dependiente de la Secretaría de Estado de CC (RD 1130/2008, de 4 de julio), formula la política española de CC, canaliza la participación de Administraciones Públicas, agentes sociales y organizaciones públicas y privadas, entre otras muchas funciones.

El Plan Nacional es un claro ejemplo de la coordinación entre Administraciones Públicas en la legislación sectorial. Como declaró nuestro Tribunal Constitucional «sólo puede producirse en los casos y con las condiciones previstas en la Ley» (STC 27/1987, FJ 2), y eso es lo que sucede en el presente supuesto, ya que su fundamento se encuentra en el Real Decreto-Ley nº 5/2004, de 27 de agosto (9), que en su artículo 3 constituye la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático, como órgano de coordinación entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales. Estamos, pues, en presencia de una técnica de coordinación de naturaleza ejecutiva, sobre el fundamento del artículo 5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, ya que la actuación del órgano de coordinación implica que se le atribuyan facultades decisorias (para la aplicación del régimen de derechos de emisión y el cumplimiento de obligaciones internacionales y comunitarias de información) (10). En apariencia, el hecho de que éste órgano haya aprobado el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, pudiera hacer pensar que nos encontramos ante la técnica de coordinación normativa, de acuerdo con lo establecido por el artículo 7 de la Ley 30/1992, (planes y programas). Sin embargo, debe aclararse que el Plan nacional no es técnicamente una norma jurídica, ya que no está contenido en ninguna forma jurídica (Ley o Reglamento) ni publicado con el régimen y solemnidades de las normas jurídicas. Es por ello, que el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático es un instrumento técnico, no jurídico, que sí puede ser o servir como fundamento de posteriores normas o decisiones jurídicas (como el supuesto del nuevo Reglamento de Planificación).

II. LA PROPUESTA DEL PLAN NACIONAL DE ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO RESPECTO A LOS RECURSOS HÍDRICOS

Quizás la característica más destacada del Plan Nacional consiste en que se trata de un instrumento técnico de naturaleza abierta y dinámica. El propio documento en sus Objetivos declara que: *«El Plan se concibe como un proceso continuo y acumulativo de generación de conocimientos y de creación y fortalecimiento de capacidades para aplicarlos. En conjunto constituye una herramienta para los responsables de tomar decisiones relacionadas con*

(9) Real Decreto-Ley convalidado por resolución del Congreso de los Diputados de 16 de septiembre de 2004.

(10) Véase sobre este aspecto MENÉNDEZ REXACH, A.: «Coordinación de la ordenación del territorio con políticas sectoriales que inciden sobre el medio físico», «Documentación Administrativa», nº 230-231 (1992), pp. 229 y ss.

la adaptación al cambio climático». Este detalle supone un cierto obstáculo para la labor del jurista, acostumbrado a un trabajo dogmático sobre la norma, sobre el precepto jurídico (11), como instrumento cerrado sobre el que se resuelven problemas o se realizan propuestas. Se puede afirmar que el Plan Nacional es un documento de generalidades o de directrices que deberá irse rellenando a través de los diferentes «Programas de Trabajo» que, a su vez, producen otros instrumentos (como para el Primer Programa: Generación de Escenarios Climáticos Regionales o Evaluación del Impacto Climático en los Recursos Hídricos).

Esas Directrices (formuladas de forma genérica) a que nos referimos constituyen el marco del Plan Nacional y son las actividades de *evaluación de impactos, vulnerabilidad y adaptación al cambio climático* y, a su vez, conforman la estructura global de los diferentes sectores, sistemas (12) y regiones. Además, se utiliza con frecuencia en el texto del Plan Nacional la expresión «estrategia» o «marco estratégico», probablemente por efecto del fenómeno denominado «glissement», es decir, un fenómeno de deslizamiento del Derecho comunitario a los Derechos nacionales que está colocando conceptos, instituciones y categorías extrañas en los ordenamientos jurídicos nacionales (13). Sin embargo, en mi opinión, y a pesar de la influencia de los tex-

(11) Por establecer un punto de partida convencional, se puede afirmar que es SAVIGNY, con su obra «System des heutigen römischen Rechts» (1840 y 1849), el que plantea en toda su dimensión lo que se conoce como «el método jurídico» entendido como un sistema jurídico dogmático, con las siguientes características: a) desvincula el estudio del Derecho de cualquier tipo de consideración moral, filosófica o ideológica; 2) trata de construir un sistema ideal, totalizador y cerrado, con resonancias del idealismo alemán; 3) considera que «el dogma» en el Derecho viene constituido por la norma, el precepto jurídico (positivismo jurídico), que establece los límites del propio pensar dogmático, estando prohibido salirse de ellos; 4) utiliza la inferencia deductiva, es decir, aplica operaciones lógico-deductivas de la norma a la realidad, para dar respuesta a los problemas.

(12) De acuerdo con el propio contexto del documento del Plan Nacional los conceptos de sectores y sistemas se utilizan de forma sinónima y son:

Biodiversidad	Zonas de montaña	Industria y Energía
Recursos Hídricos	Suelo	Turismo
Bosques	Pesca y ecosistemas marinos	Finanzas-Seguros
Sector agrícola	Transporte	Urbanismo
Zonas costeras	Salud humana	Construcción
Caza y pesca continental		

(13) Por ejemplo, para este sector medio ambiental hemos hecho referencia a la «Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea de Gotemburgo (2001)» que ha dado lugar a la «Estrategia Española de Desarrollo Sostenible» que fue aprobada por el Consejo de Ministros de 23 de noviembre de 2007, aunque el término «estrategia» apareció en el art. 40 del Texto Refundido 1/2001, en la redacción dada por la Ley 62/2003, por su art. 129.18. Como es sabido además de los instrumentos jurídicos consolidados por los Tratados de la Comunidad Europea como *formas jurídicas* (Reglamentos, Directivas, Decisiones, etc. *Ex artículo 249 TCE*), se dan en la práctica de la Unión Europea numerosas manifestaciones de otras formas jurídica *informales* para asegurar

tos jurídicos, el término «estrategia» usado en el texto del Plan Nacional significa lo que expresa el Diccionario de la Real Academia en su segunda acepción, es decir, «arte, traza para dirigir un asunto» (14).

También el Plan Nacional propone un método de aproximación para abordar este proceso dinámico de adaptación al cambio climático: a) la denominada «aproximación de arriba-abajo» (*top-down approach*) (15); y b) la denominada «aproximación de abajo-arriba» (*bottom-up approach*) (16), pero combinando ambas técnicas. El documento, precisamente, utiliza como ejemplo el «sector de los recursos hídricos» en la aproximación «*bottom-up*», subrayando su importancia para impulsar medidas de reutilización, reciclado, prevención de la contaminación, ahorro de agua, gestión de sequías, zonificación de áreas inundables que, en realidad, constituyen medidas de adaptación (17).

El Plan mantiene que en la construcción de modelos conceptuales para el análisis de impactos y evaluación de la vulnerabilidad, «el sector de los recursos hídricos» dispone de multitud de herramientas para realizar evaluaciones detalladas a distintos horizontes del Siglo XXI, de forma cuantitativa y cualitativa, de lo que resultan dos cosas:

- es un sector de alto interés e importancia estratégica para la planificación hidrológica;

una flexibilización del propio Derecho comunitario, y para las que el Tribunal Europeo sólo exige la intención de vincular o la intención de producir efectos jurídicos, así existen «orientaciones», «programas-marco», «decisiones generales de ejecución» (*Durchführungsbeschluss*), «estrategias» entre otras muchas. Véase por todos Guy ISSAC y Marc BLANQUET: «*Droit communautaire général*», París, 8^ª ed. (2001) pp. 156 y ss.

(14) Así parece respaldarlo el propio Plan (p. 11) «...se trata de ir formulando una estrategia de adaptación, en respuesta a los resultados que se deriven de los anteriores componentes. La toma de decisiones normalmente vendrá condicionada —entre otros factores— por la valoración de los costes y beneficios (no solo económicos) que implican las diferentes opciones de adaptación frente al cambio climático...».

(15) Que plantea las dos siguientes cuestiones fundamentales: ¿Cuáles son los impactos clave del cambio climático a largo plazo? Y ¿Hasta qué punto la adaptación puede reducir los efectos negativos del cambio climático?

(16) Que plantea las dos siguientes preguntas fundamentales: ¿Qué puede hacer un país o comunidad para adaptarse al cambio climático? Y ¿Cómo pueden desarrollarse y aplicarse mejor las políticas de adaptación?

- (17) Según el Plan esta metodología permite constatar que:
- se parte de un enfoque descentralizado y ascendente, de lo particular a lo general;
 - esta basado en la identificación de la vulnerabilidad;
 - combina la evaluación de la vulnerabilidad actual y futura a factores climáticos con factores no climáticos, involucrando de forma intensiva a actores clave;
 - como puntos fuertes se encuentran la mejor representación de las opciones locales, idóneo para horizontes a corto-medio plazo;
 - como punto débil se constata la carencia de datos.

— es un sector de alto interés por su papel director en muchos otros sectores y sistemas.

De esta manera, el sector de los recursos hidrológicos se convierte en un elemento «transversal» de impacto del cambio climático para los sectores de turismo, agricultura y biodiversidad (entre otros) cuyo desarrollo y gestión están condicionados por las opciones de adaptación posible en estos escenarios hidrológicos o en lo que se refiere a los impactos del cambio climático en la salud humana, el ocio y el confort en diferentes áreas, como zonas urbanas y rurales, turismo costero e interior, etc.

Cuando el Plan habla de sectores y sistemas (18) (al parecer de manera sinónima) deja bien claro que no son «departamentos estancos», de manera que, por ejemplo, la salud humana, la agricultura o el sector forestal son dependientes de la disponibilidad de recursos hídricos (19); y, en definitiva, deben integrarse en los distintos ámbitos geográficos (regionales o subregionales) con el objeto de proporcionar una información relevante para orientar las estrategias de uso, planificación y gestión del territorio.

Al referirse concretamente el Plan al «sector de los recursos hídricos» parte de dos premisas que se dan por seguras:

- a) Los recursos hídricos sufrirán en España disminuciones importantes como consecuencia del cambio climático (20);
- b) Tanto el sistema de recursos hídricos disponible, como la forma de gestionarlo, es un factor determinante de la suficiencia o escasez de agua frente a la demanda de la sociedad (21).

(18) No se debe perder de vista que existe una caracterización normativa de los «sistemas de explotación», así el art. 19 del Reglamento de Planificación Hidrográfica dispone que: «Cada sistema de explotación de recursos está constituido por masas de agua superficial y subterránea, obras e instalaciones de infraestructura hidráulica, normas de utilización del agua derivadas de las características de las demandas y reglas de explotación que, aprovechando los recursos hídricos naturales, y de acuerdo con su calidad, permiten establecer los suministros de agua que configuran la oferta de recursos sostenibles del sistema de explotación, cumpliendo los objetivos medio ambientales».

(19) Aquí habría que añadir que el horizonte temporal del «sector de recursos hídricos» se estima, referida a la adaptación tanto autónoma como planificada, entre 10-100 años.

(20) También el Informe «El Cambio Climático en España. Estado de Situación», noviembre de 2007, elaborado para el Presidente del Gobierno, tras la Conferencia de Presidentes autonómicos, celebrada el 11 de enero de 2007, señala que: «...A nivel global, los modelos de clima predicen una disminución drástica de escorrentía en la cuenca Mediterránea...En España se han realizado múltiples simulaciones...para estimar el impacto del cambio climático en los recursos hídricos...todos coinciden cualitativamente en pronosticar una disminución muy significativa de las aportaciones, siendo el efecto especialmente acusado en las cuencas de la mitad sur peninsular».

(21) El mencionado Informe, de noviembre de 2007, para el Presidente de Gobierno, hace especial referencia a que los sistemas de explotación (infraestructura hidráulica y reglas de gestión)

Por último, el Plan señala las actividades y líneas de trabajo para la evaluación de impactos, la vulnerabilidad y adaptación (estrategia) a los recursos hídricos, así:

- Desarrollo de modelos regionales acoplados, clima-hidrología que permitan obtener escenarios fiables de todos los términos y procesos del ciclo hidrológico, incluidos eventos extremos;
- Desarrollo de modelos de la calidad ecológica de las masas de agua, compatible con el esquema de aplicación de la Directiva Marco del Agua;
- Aplicación de los escenarios hidrológicos generados para el Siglo XXI a otros sectores altamente dependientes de los recursos hídricos (energía, agricultura, bosques, turismo, urbanismo, etc.);
- Evaluación de las posibilidades del sistema de gestión hidrológica bajo los escenarios hidrológicos generados para el Siglo XXI;
- Desarrollo de directrices para incorporar en los procesos de «evaluación de impacto ambiental» y de «evaluación ambiental estratégica» las consideraciones relativas a los impactos del cambio climático para los planes y proyectos del sector hidrológico.

III. UN PASO MÁS. RESULTADOS DEL PRIMER PROGRAMA DE TRABAJOS (30 DE SEPTIEMBRE DE 2008)

En efecto, el Primer Programa de Trabajo del PNACC (no debe olvidarse que se trata de un desarrollo del propio PNACC), que se adoptó en el mismo momento que la aprobación del Plan Nacional, es decir, en julio de 2006, estableció como línea prioritaria [entre otras tres (22)] para iniciar su desarrollo la «evaluación del impacto del cambio climático en los recursos hídricos», bajo la consideración de que en España los recursos hídricos son considerados *un factor de máxima prioridad* en su más amplia acepción. Para

es dependiente de los impactos del cambio climático sobre las aportaciones en régimen natural que, a la vez, se trasladan a los usos del agua; asimismo, destacan el papel de los recursos hídricos como factor director que condiciona otros sectores y sistemas en España, recomendando la adopción de políticas específicas en gestión de estos recursos en un marco general de planificación territorial, con concienciación pública de los problemas asociados al cambio climático, y la flexibilización y diversificación del marco legal y normativo de la gestión hidrológica, potenciando las instituciones públicas de gestión y aplicando el principio de precaución.

(22) Las cuatro líneas son: 1) Generación de escenarios climáticos. 2) Evaluación del impacto del cambio climático en los recursos hídricos. 3) Evaluación del impacto del cambio climático en la biodiversidad. 4) Evaluación del cambio climático en las zonas costeras.

ello se establece que las actividades a desarrollar se llevarán a cabo aproximadamente en un período de 4 años, que se divide en tres fases, acabando la primera a finales de 2008 (23).

La actividad que se formuló para los recursos hídricos consistía en, por un lado, «realizar una evaluación de los impactos del cambio climático sobre los recursos hídricos en España en el Siglo XXI, mediante una modelización cuantitativa y cualitativa de los escenarios hidrológicos» (24), y, por otro, «realizar una primera valoración de los efectos potenciales del cambio climático sobre las demandas de riego en España» (25).

A la vez, este Primer Programa hace una referencia explícita al marco de la planificación hidrológica en España y Europa citando la Directiva Marco de Aguas 2000/60/CE (26) y la necesidad de su incorporación al Derecho nacional (27), con el objeto de integrar el cambio climático en la planificación. Pero, también, y dentro de la primera fase, «el análisis de las posibilidades de gestión hidráulica de las grandes cuencas españolas y las islas con el actual sistema de gestión en España».

Con fecha, 30 de septiembre de 2008, aparece en la página web del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino el Primer Informe de Seguimiento del Primer Programa. En lo que interesa al sector de los recursos hídricos el mencionado Informe destaca:

(23) Según la propuesta de calendario que incluye el documento en su página final.

(24) A partir de estos escenarios se desarrollará una evaluación de las variaciones en las características ecológicas de los diferentes tipos de masas de agua continentales, de acuerdo con el esquema de la DMA. El informe de seguimiento señala que se han iniciado los trabajos previos de recopilación e información, y a efectos de metodología se ha establecido una cuenca piloto, la cuenca del Cinca.

(25) El documento prevé que se evaluarán los efectos del cambio climático en las dotaciones individuales de los cultivos, la dedicación productiva de las zonas de riego, las dotaciones mediante técnicas de simulación de cultivos, la demanda y productividad de las zonas de riego, y las opciones de adaptación en las zonas de estudio. El Informe de seguimiento de septiembre de 2008 relata que ha sido elaborado un modelo de simulación basado en la metodología de la FAO, proyectándose sobre el cultivo del maíz en algunas provincias españolas; se ha analizado el modelo de simulación de cultivos «CropSyst» sobre el maíz en Albacete; y, por último, se ha recopilado información sobre la concentración de CO₂ en el modelo de simulación de cultivos.

(26) Creo que con buen criterio se realiza la advertencia de que *«Aunque el término clima no aparece en el texto de la Directiva y en su articulado no se encuentra referencia alguna al cambio climático y sus posibles efectos sobre las masas de agua, el horizonte de la planificación de la DMA abarca una escala temporal en la cual se esperan cambios climáticos considerables»*.

(27) Aunque lo hace con una terminología de muy difícil comprensión, literalmente: *«...buscando esta integración (la adaptación del cambio climático en la planificación de los distintos sectores y/o sistemas), una parte sustancial de este proyecto se ha acoplado con el esquema de implementación de la DMA en nuestro país»*.

- a) la aprobación del nuevo Reglamento de Planificación Hidrológica mediante el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio;
- b) que se está evaluando el impacto climático sobre los recursos hídricos a través de una «Encomienda de Gestión» de la Dirección General del Agua al Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX);

Sin embargo, se hecha de menos cualquier referencia a un tema vital, desde la óptica jurídica, que consistía en el compromiso anunciado en este Primer Programa sobre el análisis del sistema de la gestión hidráulica de las grandes cuencas españolas y las islas y sus posibilidades (28).

IV. EL REGLAMENTO DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

Es bien conocido que el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Planificación Hidrológica se dicta como consecuencia de las modificaciones introducidas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas y, sobre todo, por aquellos aspectos de la Directiva 2000/60/CE (DMA) relacionados con la planificación hidrológica que, por su excesivo detalle, no fueron incorporados en la transposición a que dio lugar el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La mencionada trasposición al Derecho nacional de la DMA, supuso el establecimiento de una nueva definición de la cuenca hidrográfica (art. 16 Texto Refundido 1/2001) (29), y la incorporación del nuevo concepto de demarcación hidrográfica (art. 16 bis del mismo Texto Refundido) (30), que como declara la Exposición de Motivos del Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, «*En el caso de España, ese concepto no puede operar sobre el presupuesto de un hipotético vacío previo, sino al contrario, sobre una estructura de cuencas hidrográficas más que consolidada y ajustada en líneas gene-*

(28) Documento del Primer Programa de trabajo (fuente Oficina Española para el Cambio Climático) p. 10 (Tabla 1 «*in fine*») y p. 11 (Fases de desarrollo).

(29) Como consecuencia de la modificación efectuada por el art. 129.6 de la Ley 62/2003: «...*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*».

(30) Como consecuencia de la modificación efectuada por el art. 129. 7 de la Ley 62/2003: «...*Se entiende por demarcación hidrográfica la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas*».

rales a la estructura organizativa y de división competencial entre el Estado y las comunidades autónomas». Pero lo que parece concluyente y hay que retener, desde el punto de vista de la gestión del agua, son los siguientes aspectos:

- a) la existencia de unos principios generales de la gestión de las aguas para el Estado y Las CCAA (art. 14 del Texto Refundido 1/2001), es decir:
 - unidad de gestión
 - compatibilidad de gestión
 - unidad de sistemas hidráulicos,
 - economía del agua,
 - ordenación del territorio
 - conservación
 - protección del medioamb.
 - restauración de naturaleza;
 - participación de los usuarios;
 - unidad de la cuenca hidrográfica,
 - tratamiento integral,
 - pública del agua con:
 - unidad del ciclo hidrológico;
 - desconcentración,
 - descentralización,
 - coordinación,
 - eficacia,
- b) la «cuenca hidrográfica» es la unidad de gestión indivisible del agua (art. 16 T.R 1/2001);
- c) la «demarcación hidrográfica» es la principal unidad a efectos de la gestión de cuencas, y constituye el ámbito espacial al que se aplican las normas de protección de las aguas. A la vez, se crea para el supuesto de las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias, el «Comité de Autoridades Competentes» (Art. 36, bis del Texto Refundido 1/2001, y Real Decreto 126/2007, de 2 de febrero), como órgano de cooperación entre la Administración del Estado, de la CCAA y de los Entes Locales (31).
- d) La planificación se realizará mediante los planes hidrológicos de cuenca y el Plan Hidrológico Nacional. El ámbito territorial de cada plan hidrológico de cuenca será coincidente con el de la demarcación hidrológica correspondiente [art. 2.1 del Reglamento de Planificación (32)].

(31) Sus funciones son: a) el fomento de la cooperación en el ejercicio de las competencias relacionadas con la protección de las aguas; b) Impulsar la adopción de medidas de protección; c) Proporcionar a la Unión Europea la información relativa a la demarcación hidrográfica.

(32) Esta innovación ya se realizó mediante la modificación del art. 2 del Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo, por la Disposición Final Primera del Real decreto 125/2007, de 2 de febrero, por la que se fija el ámbito territorial de las Demarcaciones Hidrográficas al establecer que: «Los ámbitos territoriales de los planes hidrológicos coincidirán con los ámbitos territoriales de las demarcaciones que se fijan en el Real Decreto 125/07, de 2 de febrero...».

Desde otro punto de vista el artículo 1.1 del Reglamento establece los objetivos generales de la planificación y, aunque la redacción literal del mismo es en mi opinión algo redundante, se puede mantener que éstos son, en primer lugar, de clara naturaleza medioambiental (conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y las aguas), en segundo lugar, «satisfacer las demandas de agua» (esto es gestión de los usos del agua) y, por último, siguiendo el enfoque transversal en la nueva consideración de los recursos hídricos, la gestión planificadora del agua ha de satisfacer el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial.

Para obtener los reseñados objetivos generales de la planificación hidrológica, el Reglamento ensaya en su artículo 1.2 un conjunto de criterios, deudores del principio de sostenibilidad en el uso del agua, que se positiván de la manera siguiente:

- a) gestión integrada;
- b) protección de los recursos a largo plazo;
- c) prevención del deterioro del agua;
- d) protección y mejora del medio acuático;
- e) reducción de la contaminación;

y, en realidad, todos ellos son el contenido de la denominada (en el propio Reglamento) «política del agua» que está al servicio de las ¿estrategias? (33) y planes sectoriales sobre los usos del agua que establezcan las distintas Administraciones públicas y que condicionará toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite.

Todo este marco planificador, es sin duda, una integración de los aspectos clásicos de la planificación hidrológica del agua y los nuevos planteamientos, vinculados a la Directiva Marco del Agua, de protección de las aguas. Pero, junto a las novedades que establece el Reglamento en relación con los procedimientos para la elaboración y aprobación de los planes y los mecanismos de participación pública, los aspectos directos que destacan en su nueva regulación, desde la óptica de los efectos del cambio climático, son las siguientes:

A) La regulación contenida en su artículo 11.4 (Inventario de recursos hídricos naturales): *«El plan hidrológico evaluará el posible efecto del cambio climático sobre los recursos hídricos naturales de la demarcación. Para ello estimará los recursos que corresponderían a los escenarios climáticos pre-*

(33) Aquí de nuevo aparecen las dudas sobre el concepto jurídico que se encuentra detrás de la expresión «estrategia» utilizada por el Reglamento.

vistos por el Ministerio de Medio Ambiente, que se tendrán en cuenta en el horizonte temporal indicado en el artículo 21.4» (año 2027).

Es decir, al hacer el Inventario de recursos hídricos naturales de la demarcación hidrográfica es obligado tener en cuenta el efecto del cambio climático que, de acuerdo con la regulación de la Instrucción de planificación hidrológica (34), permite la división de la demarcación hidrográfica en zonas y subzonas (atendiendo a criterios hidrográficos, administrativos, socioeconómicos, medioambientales u otros), mediante modelos de simulación hidrológica (35), para los horizontes temporales de 2015 y 2027, y en tanto las evaluaciones correspondientes a los correspondientes escenarios no se encuentren disponibles se aplicarán los porcentajes de reducción global de las aportaciones naturales de referencia en la tabla siguiente:

<i>Demarcación hidrográfica</i>	<i>Porcentaje de disminución</i>
Miño-Sil	3
Cantábrico	2
Duero	6
Tajo	7
Guadiana	11
Guadalquivir	8
Segura	11
Júcar	9
Ebro	5

(34) Recientemente aprobada por Orden del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino 2656/2008, de 10 de septiembre (BOE 22 de septiembre 2008). Esta instrucción viene a sustituir la Orden de 24 de septiembre de 1992, del Ministerio de Obras Públicas Y Transportes, aprobatoria de las instrucciones y recomendaciones técnicas para la elaboración de los planes, las cuales, en realidad son adaptadas al nuevo Reglamento de Planificación, por un lado, y el desarrollo de las instrucciones con un mayor detalle, por otro. Por último, va dirigida, aunque con cierto retraso, a la actual elaboración de los nuevos planes hidrológicos.

(35) Este régimen de simulación también viene regulado por la Instrucción de Planificación que sintéticamente contiene como elementos: a) sobre los recursos hídricos superficiales, la indicación de los puntos de la red fluvial de incorporación de las aportaciones del inventario. Las aportaciones de otros sistemas y de la desalación. La reutilización; b) sobre recursos subterráneos, la especificación de las masas, las posibilidades de extracción y las relaciones río-acuífero; c) Sobre unidades de demanda, nudo de toma, volumen anual y coeficiente mensual de reparto; d) caudales ecológicos de los ríos y aguas de transición y los requerimientos hídricos de los lagos y zonas húmedas; e) Caudales mínimos en relación con las cuencas hispano-portuguesas; f) embalses de regulación, indicando superficie inundada, volumen almacenado, tasas de evaporación, sedimentos, etc.; g) conducciones de transporte principales y volumen máximo mensual de circulación; (epígrafe 3.5.1.2).

B) La regulación contenida en su artículo 21. 4 (Balances, asignación y reserva de recursos): «...*Con objeto de evaluar las tendencias a largo plazo, para el horizonte temporal del año 2027 el plan hidrológico estimará el balance o balances entre los recursos previsiblemente disponibles y las demandas previsibles correspondientes a los diferentes usos. Para la realización de este balance se tendrá en cuenta el posible efecto del cambio climático sobre los recursos hídricos naturales de la demarcación de acuerdo con lo establecido en el artículo 11. El citado horizonte se incrementará en seis años en las sucesivas actualizaciones de los planes*».

La Instrucción de Planeamiento Hidrológico, obliga a la realización de estos balances para cada uno de los sistemas de explotación definidos en el plan hidrológico (de acuerdo con su caracterización jurídica establecida por el art. 19 del Reglamento), con las siguientes características: a) teniendo en cuenta que los caudales ecológicos se considerarán como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas, salvo la supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones; b) satisfacción de las demandas según los criterios establecidos por el plan, según la perspectiva de sostenibilidad en el uso del agua; c) se toma como punto de partida las «demandas consolidadas» (las establecidas en condiciones normales en los últimos años); d) se realizarán con el horizonte temporal del año 2015 (Instrucción, epígrafe 3.5.2); y e) habrá de tenerse en cuenta el efecto del cambio climático (de acuerdo con la tabla que se ha incluido más arriba).

Se debe afirmar que «el balance» que debe incorporar cada Plan Hidrológico se convierte en una pieza decisiva a partir de los resultados del año 2015, ya que el Plan establecerá la asignación y reserva de los recursos disponibles para las demandas previsibles en dicho horizonte temporal, a los efectos del artículo 91 del Reglamento de Dominio Público (36).

V. LOS USOS Y LAS DEMANDAS DE AGUA

Como regula el artículo 42.1, b) del Texto Refundido 1/2001 (en la redacción dada por el artículo 129.10 de la Ley 62/2003), el régimen de los usos

(36) El Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, aprobando el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, ordena en su artículo 91: «1. *La asignación de recursos establecidos en los planes hidrológicos de cuenca determinará los caudales públicos que se adscriben a los aprovechamientos actuales y futuros. 2. Las concesiones existen deberán ser revisadas cuando lo exija su adecuación a las asignaciones formuladas por los planes hidrológicos de cuenca. La revisión de la concesión dará lugar a indemnización cuando, como consecuencia de la misma, se irrogue un daño efectivo al patrimonio del concesionario, en los términos previstos en el artículo 158*».

del agua es uno de los contenidos esenciales de los planes hidrológicos de cuenca. Como ya hemos visto, el Reglamento, mediante la planificación hidrológica, proyecta sobre los usos y demandas del agua los análisis del efecto del cambio climático a través del inventario y de los balances. Precisamente, como consecuencia de la consideración del valor transversal de la disponibilidad de los recursos hídricos, el tema de los usos y demandas se convierte en un tema capital en relación con el cambio climático, incorporando un buen número de conceptos y regulaciones.

En efecto, como contenido del plan hidrológico de cuenca, tiene que ser recogida «la descripción general de usos, presiones e incidencias significativas sobre las aguas» con el siguiente marco:

- usos y demandas existentes, con una estimación de las presiones sobre el estado cuantitativo de las aguas, la contaminación de fuente puntual y difusa, con un resumen del uso del suelo y otras afecciones significativas de la actividad humana;
- los criterios de prioridad y de compatibilidad de usos y orden de preferencia entre los distintos usos y aprovechamientos;
- la asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuras;
- la definición de un sistema de explotación único para cada plan.

Es, posteriormente, el Reglamento el encargado de presentar la batería de conceptos jurídicos en relación con estos temas. No es despreciable esta actividad por tratarse de un ámbito que está alcanzando niveles técnicos que lo hacen de muy difícil manejo. Precisamente el ámbito del dominio público hidráulico comporta una innovación muy cualificada y, por ello, una cierta quiebra de la concepción clásica de los usos o utilidades del dominio público. Ya es imposible mantener que el uso común del agua responde al principio clásico de «*cui usus relictus est uti potest frui non potest*» (mera utilización, sin apropiación de frutos), o que los usos especiales y privativos del agua son, sin más, meras apropiaciones, cuando existe todo un régimen de gestión de las aguas, con una fuerte caracterización económica, una visión normativa interdependiente con el medioambiente y con el desarrollo regional y nacional.

Teniendo lo anterior en cuenta, tanto el artículo 40 bis, j) (37) del Texto Refundido 1/2001 como el artículo 3, a, a, del Reglamento nos proporcionan la definición legal de los usos del agua: «*Los usos del agua son las distintas clases de utilización del recurso, así como cualquier otra actividad que*

(37) Introducido por el art. 129.19 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

tenga repercusiones significativas en el estado de las aguas (38). A efectos de la aplicación del principio de recuperación de costes, los usos del agua deberán considerar, al menos, el abastecimiento de poblaciones, los usos industriales y los usos agrarios» (39).

La consideración por parte del Plan Nacional de Adaptación al cambio Climático (PNACC) de los recursos hídricos como elemento transversal de impacto ambiental en otros sistemas y sectores, junto con la introducción por parte del Reglamento (al transponer la DMA) de la componente económica de la demanda de agua, imponen la caracterización económica de los usos del agua (40). Así lo hace el artículo 13 del Reglamento en desarrollo del artículo 42.1, f) del Texto Refundido (41), aunque es después la Instrucción de planificación en su epígrafe 3.1.1 la que mejor lo detalla: *«La caracterización económica de los usos del agua comprenderá un análisis de la importancia de este recurso para la economía, el territorio y el desarrollo sostenible de la demarcación hidrográfica, así como de las actividades socioeconómicas a las que el agua contribuye de manera significativa, y una previsión sobre la posible evolución de los factores determinantes en los usos del agua».*

En definitiva, y siguiendo la estructura de la Instrucción de Planificación, el Plan Hidrológico ha de recoger un análisis dividido en dos partes: a) el que se refiere a las distintas actividades económicas que afectan al uso del agua (uso doméstico, turismo y ocio, regadíos y usos agrarios, usos industriales para producción de energía eléctrica y otros usos industriales); y, b) la evolución futura de los factores determinantes de los usos del agua hasta los años 2015 y 2027 (estos factores son: la población, la vivienda, la producción —en agricultura y ganadería, energía eléctrica, otros usos industriales—, el empleo, la renta y políticas públicas —ayudas a la producción de la política agraria común, tendencias en los modelos de desarrollo urbanístico—.

(38) El artículo 3, w del Reglamento de Planificación establece la definición de «presión significativa»: *presión que supera un umbral definido a partir del cual se puede poner en riesgo el cumplimiento de los objetivos medioambientales en una masa de agua».*

(39) Este último inciso se desarrolla aún más en la Instrucción de Planificación: *«Estos usos incluyen los de abastecimiento de población, regadíos y usos agrarios, usos industriales para producción de energía eléctrica, otros usos industriales, acuicultura, usos recreativos, navegación y transporte acuático» (Epígrafe 3.1).*

(40) Así los artículos 40 y 41 del Reglamento y la Instrucción de Planificación que en su epígrafe 3.1.1, último párrafo ordena: *«La caracterización económica se efectuará a precios constantes utilizando el último año de referencia del Instituto Nacional de Estadística».*

(41) *«Los planes hidrológicos de cuenca comprenderán obligatoriamente: f) un resumen del análisis económico de los usos del agua, incluyendo una descripción de las situaciones y motivos que puedan permitir excepciones en la aplicación del principio de recuperación de costes»*, introducido por el art. 129. 10 de la Ley 62/2003. Objetivo este que deberá ser cumplido en el horizonte del año 2010.

El Texto Refundido 1/2001 sólo hace una referencia de pasada a las «demandas de agua» (42) en el contenido de los planes hidrológicos de cuenca. Sin embargo, el Reglamento, con mayor detalle, regula un nuevo concepto jurídico «la unidad de demanda» al establecer su artículo 13.3 que: *«Las demandas pertenecientes a un mismo uso que comparten el origen del suministro y cuyos retornos se reincorporen básicamente en la misma zona o subzona se agruparán en unidades territoriales más amplias, denominadas unidades de demanda. Estas unidades se definirán en el Plan Hidrológico y son las que se integrarán como elementos diferenciados a efectos de la realización de balances y de la asignación de recursos y establecimiento de reservas en los sistemas de explotación».*

Estas «unidades de demanda» se caracterizan mediante los siguientes datos:

- El volumen anual y su distribución temporal.
- Las condiciones de calidad exigibles al suministro.
- El nivel de garantía.
- El coste repercutible y otras variables económicas relevantes.
- El consumo, es decir, el volumen que no retorna al sistema.
- El retorno, es decir, el volumen no consumido que se reincorpora al sistema.
- Las condiciones de calidad de retorno previas a cualquier tratamiento.

Como en el caso de los usos del agua, la Instrucción de Planificación sigue la metodología dual para establecer las estimaciones de demanda: a) análisis de las demandas correspondientes a la situación actual, con los datos reales disponibles sobre detracciones y consumos, (en abastecimiento de población, regadíos y usos agrarios, uso industrial de producción de energía eléctrica, otros usos industriales, acuicultura, usos recreativos, navegación y transporte acuático), y b) la estimación de las demandas futuras teniendo en cuenta las previsiones de evolución de los factores determinantes (población, vivienda, producción, empleo, renta y políticas públicas).

Hay que advertir que la Instrucción de Planificación cierra este marco con la regulación de otros elementos que han de ser contenidos en el Plan, en concreto, las presiones, las fuentes concretas y difusas de contaminación, usos del suelo y otras presiones.

(42) En el art. 42.1, b) a’).

VI. EL SISTEMA DE EXPLOTACIÓN Y LOS SERVICIOS DEL AGUA

Otra novedad, desde el punto de vista de la gestión del agua, es la articulación de las demarcaciones hidrográficas en sistemas de explotación (43). El artículo 19.2 del Reglamento de Planificación nos proporciona una descripción de lo que es un sistema de explotación al establecer que: «*Cada sistema de explotación de recursos está constituido por masas de agua superficial y subterránea, obras e instalaciones de infraestructura hidráulica, normas de utilización del agua derivadas de las características de las demandas y reglas de explotación que, aprovechando los recursos hídricos naturales, y de acuerdo con su calidad, permiten establecer los suministros de agua que configuran la oferta de recursos disponibles del sistema de explotación, cumpliendo los objetivos medioambientales*» (44).

Tampoco puede olvidarse que en sí mismo el «sistema de explotación de los recursos» es objeto del análisis del efecto del cambio climático y que, en el Primer Programa de Trabajo de 2004 del PNACC, ha sido planteado como uno de sus propios objetivos.

El sistema de explotación, tal y como está concebido, viene a constituirse en una pieza técnica clave en la planificación ya que será la referencia para:

- prever los efectos del cambio climático sobre los recursos hídricos;
- realizar los balances entre recursos existentes y demandas de agua;
- fijar la prioridad de usos y aprovechamientos;
- establecer el orden de preferencia de cada unidad de demanda;

(43) El art. 19.1 del Reglamento ordena que «*El plan hidrológico definirá los sistemas de explotación en los que funcionalmente se divida el territorio de la demarcación*». No obstante, el propio art. 19.5 se refiere a la agregación de los distintos sistemas de explotación definidos en cada plan con el objeto de definir un sistema de explotación único para hacer posible el análisis global de comportamiento en toda la demarcación hidrográfica.

(44) El propio artículo 19 del Reglamento, en su punto 4º, establece que el estudio de cada sistema de explotación de recursos contendrá:

- a) La definición y características de los recursos hídricos disponibles de acuerdo con las normas de utilización del agua consideradas. Dichos recursos incluirán los procedentes de la captación y regulación de aguas superficiales, la extracción de aguas subterráneas, la reutilización, la desalación de aguas salobres y marinas y las transferencias de otras demarcaciones. Asimismo se especificarán los esquemas de uso conjunto de los recursos hídricos superficiales y subterráneos y la recarga artificial de acuíferos.
- b) La determinación de los elementos de la infraestructura precisa y las directrices fundamentales para su explotación.
- c) Los recursos hídricos naturales no utilizados en el sistema y, en su caso, los procedentes de ámbitos territoriales externos al Plan.

- establecer el orden de preferencia en los desembalses;
- prever la inversión en servicios del agua.

El sistema de explotación de recursos ha de referirse a la situación existente al elaborarse el plan, pero con un horizonte temporal a los años 2015 y 2027, en los que se considerará la satisfacción de las demandas previsibles.

Muy ligado al sistema de explotación de recursos aparece otro concepto clave, pero de límites difusos, me refiero al de los «servicios relacionados con el agua», deudor en gran medida de la Directiva 2000/60/CE (DMA) que en su artículo 2, punto 38, estableció:

«A los efectos de la presente Directiva se entenderá por: servicios relacionados con el agua: todos los servicios en beneficio de los hogares, las instituciones públicas o cualquier otra actividad económica, consistentes en:

- a) la extracción, el embalse, el depósito el tratamiento y la distribución de las aguas superficiales o subterráneas;*
- b) la recogida y depuración de aguas residuales, que vierten posteriormente en las aguas superficiales.»*

Esta definición técnica comunitaria parece ampliarse en la transposición realizada por el artículo 3, y) del Reglamento de planificación al establecer que: *«A los efectos de la planificación hidrológica y de la protección de las aguas objeto del texto refundido de la Ley de Aguas se entenderá por: y) servicios relacionados con el agua: todas las actividades relacionadas con la gestión de las aguas que posibilitan su utilización, tales como la extracción, el almacenamiento, la conducción, el tratamiento y la distribución de aguas superficiales o subterráneas, así como la recogida y depuración de aguas residuales, que vierten posteriormente en las aguas superficiales. Asimismo, se entenderán como servicios las actividades de la protección de personas y bienes frente a las inundaciones».*

Aquí, una vez más, se plantean temas clásicos del Derecho Administrativo. En efecto, cabe preguntarse si estos «servicios relacionados con el agua» son «servicios públicos» (o, desde la óptica del derecho de la Unión Europea, «servicios de interés general»). A la vez, de la expresión «todas las actividades relacionadas con la gestión de las aguas que posibiliten su utilización» nos proyecta al ámbito específico de las obras públicas o, más concretamente, obras hidráulicas. En definitiva, de nuevo, nos encontramos con el nudo gordiano de servicio público, obra pública y dominio público. Este aspecto no es una mera cuestión doctrinal, ya que tiene importantes aspectos prácticos, baste recordar, para la materia de urbanismo, el número monográfico de la Revista Documentación Administrativa nº 261-262, Madrid (septiembre 2001-abril 2002), y las actuaciones de la Comisión Europea de Mercado Interior en rela-

ción con la ya consolidada Directiva 2004/18/CE, sobre procedimientos de contratación.

Sobre la primera pregunta cabe decir que parece obvio que esos servicios están conectados con la utilidad o interés general y están vinculados a las competencias de titularidad de las diferentes Administraciones públicas en materia de dominio público hidráulico y medioambiental. Si, además, tenemos en cuenta la nueva dimensión económica de los usos del agua, parece evidente que nos encontramos en el ámbito específico de aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (45), cuyo límite de transposición es el 28 de diciembre de 2009, aunque bien es cierto que se excluyen expresamente por su artículo 17 «los servicios de distribución y suministro de agua y los servicios de aguas residuales», pero no otros.

En relación con el segundo aspecto, si tenemos en cuenta lo establecido por el artículo 122 del Texto Refundido 1/2001 (46), nos encontramos ante obras hidráulicas, aunque, bien es verdad, que el propio Texto Refundido las clasifica en públicas (47) y privadas. Este enfoque es el seguido por la Ins-

(45) Como expone la propia Directiva 2006/123/CE, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la evaluación de si determinadas actividades, en especial las que reciben financiación pública y las prestadas por entidades públicas, constituyen un «servicio» debe efectuarse caso por caso y a la vista de todas sus características, en particular la forma en que se prestan, organizan y financian en el Estado miembro de que se trate. El Tribunal de Justicia ha reconocido así que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que constituye una remuneración por los servicios de que se trate y ha reconocido que la característica de la remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial, tales como los cursos realizados en el marco del sistema educativo nacional o la gestión de regímenes de seguridad social que no constituyen una actividad económica. El pago de cuotas por parte de los destinatarios, por ejemplo, las tasas académicas o de matrícula pagados por los alumnos para hacer una contribución a los gastos de funcionamiento de un sistema no constituye por sí mismo remuneración porque el servicio se sigue financiando fundamentalmente con fondos públicos. Estas actividades no responden, pues, a la definición de «servicio» del artículo 50 del Tratado y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.

(46) Art. 122: «A los efectos de esta Ley, se entiende por obra hidráulica la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada a la captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, así como el saneamiento, depuración tratamiento y reutilización de las aprovechadas, y las que tengan por objeto la recarga artificial de acuíferos, la actuación sobre cauces, de acequias, azudes, conducciones, y depósitos de abastecimiento a poblaciones, instalaciones de desalación, captación y bombeo, alcantarillado, colectores de aguas pluviales y residuales, instalaciones de saneamiento, depuración y tratamiento, estaciones de aforo, piezómetros, redes de control de calidad, diques y obras de encauzamiento y defensa contra avenidas, así como aquellas actuaciones necesarias para la protección del dominio público hidráulico».

(47) Son luego los artículos 123. 2 y 124 del Texto Refundido 1/2001 las que califican las obras públicas hidráulicas.

trucción de Planificación dentro del epígrafe dedicado a las «Presiones» (epígrafe 3.2): extracción de agua, presas, trasvases y desvíos de agua, azudes, canalizaciones, protección de márgenes, cobertura de cauces, dragados de ríos, dragados portuarios, y un largo etc.

VII. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE DESARROLLO SOSTENIBLE 2007 (EEDS)

Este documento viene a plantear de forma paralela al Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) una serie de medidas con una gran incidencia en la política de gestión y uso del agua. Así, dentro del marco de la eficiencia en el uso de los recursos, y siguiendo el principio europeo de desarrollo sostenible «hacer más con menos», su objetivo principal es «aumentar el ahorro y la eficiencia en el uso de los recursos en todos los sectores», sin embargo, dentro de ellos, destaca de forma específica el caso de los recursos hídricos, de manera además, que se cumplan los grandes objetivos medioambientales de la Directiva Marco del Agua.

En la línea señalada, la EEDS contempla el uso sostenible del agua:

- en la agricultura como búsqueda de una mayor eficiencia en los sistemas de riego, así como una modernización en los propios hábitos de riego, para lo cual se apoya, esta vez como instrumento jurídico, en el Real Decreto 287/2006, de 10 de marzo, sobre «obras urgentes de mejora y consolidación de regadíos, con objeto de obtener un adecuado ahorro del agua» (48);
- por otro lado, se ha desarrollado el programa ALBERCA para el conocimiento de los usos y derechos del agua, aspecto central en la planificación y gestión, con el objetivo de solucionar problemas técnico-administrativos relativos a la gestión de los recursos hídricos y, así, restablecer la eficacia administrativa (49);
- en cuanto a la gestión eficaz de los abastecimientos urbanos, «la Estrategia» hace suyas las previsiones contenidas en el artículo 30 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, que aprueba el Plan Hidrológico Nacio-

(48) En realidad este Real Decreto tiene como objetivo no sólo la obtención de un ahorro del agua, sino que también trata de incorporar recursos no convencionales al sistema de riego, como son las aguas procedentes de la desalación y de la depuración de aguas residuales de núcleos urbanos.

(49) La implantación del Programa informático es para todas las Comisaría de Aguas, como herramienta de trabajo propia, y para acometer la tramitación de los expedientes administrativos y revisar los derechos inscritos en los Libros de Aprovechamientos.

nal, es decir, mejorar el rendimiento hidráulico de los sistemas, realizar dobles redes de distribución de aguas, limitar la plantación de especies vegetales fuertemente demandantes de agua y fomentar el uso de aguas recicladas (50), especialmente para usos deportivos, lúdicos o recreativos;

- también, con el objeto de asegurar los abastecimientos para los nuevos desarrollos urbanísticos, «la estrategia» hace referencia a lo ordenado por el artículo 15 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo: «3. *En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: a) El de la Administración Hidrográfica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección de dominio público hidráulico*»;
- desde la óptica de los vertidos, se hace referencia a la necesidad de disponer de la «Autorización Ambiental Integrada» y la inscripción en el correspondiente registro de las instalaciones que emitan contaminación al agua (Ley 16/2002, de 18 de julio y Real Decreto 508/2007, de 20 de abril);
- se potencian decididamente los Centros de Intercambio de los Derechos del Agua conocidos, también, como los futuros «Bancos Públicos» de agua (que previsiblemente se ampliarán a los intercambios intercuenca), es decir, un mercado del agua bajo el control público, de lo que es buena muestra el Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre, así su Disposición Final Tercera establece: «*Los Centros de intercambio de derechos del uso del agua de las cuencas quedan autorizados para realizar ofertas públicas de adquisición, temporal o definitiva, de derechos de uso del agua con el fin de destinar los recursos adquiridos a: La consecución del buen estado de las masas de agua subterránea o a constituir reservas con finalidad puramente ambiental, tanto de manera temporal como definitiva. La cesión a las Comunidades Autónomas, previo convenio que regule la finalidad de*

(50) Es el Real decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, el que establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas, donde se define el concepto de reutilización y se introduce la denominación de aguas regeneradas, derogando expresamente los artículos 272 y 273 del reglamento de Dominio Público Hidráulico. Además, este Reglamento de reutilización tiene carácter básico sobre sanidad y medio ambiente y sobre contratos y concesiones administrativas [Disposición Final Primera].

la cesión y posterior utilización de las aguas. La cesión deberá inscribirse en el Registro de Aguas de la cuenca».

Otro de los objetivos de la Estrategia es «asegurar la sostenibilidad ambiental y la calidad del recurso hídrico, garantizando el abastecimiento a la población y el uso productivo sostenible del mismo dentro del ámbito de la Directiva Marco del Agua. Dentro de este objetivo, la Estrategia se refiere al Programa Agua que, en realidad, es el contenido del Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, que sustituye el trasvase del Ebro, y que ha de situarse en el estricto ámbito de la planificación, destacando las actuaciones de depuración de aguas residuales, de regeneración y reutilización de las aguas, mejora del abastecimiento y de riego, y la construcción de plantas desaladoras.

Sin embargo, además de lo anterior, destaca la preocupación por el incumplimiento, por parte de España, de la Directiva 91/272/CEE, sobre tratamiento de aguas residuales urbanas (51) que dio lugar al Plan Nacional de Saneamiento y Depuración 1995-2005. Por ello, el Ministerio de Medio Ambiente, en colaboración con las Comunidades Autónomas, redactó el «Plan Nacional de Calidad de las Aguas: Saneamiento y depuración 2007-2015», que intenta dar respuesta a los incumplimientos del Plan anterior, a los objetivos medioambientales de la Directiva Marco del Agua (con su horizonte de 2015 —buen estado ecológico—) así como las previsiones del Programa A.G.U.A. Este Plan Nacional de Calidad de las Aguas, que recibió el visto bueno del Consejo de Ministros el 8 de junio de 2007, es definido en su propio contenido como «documento de coordinación y colaboración entre administraciones competentes en el campo del saneamiento y la depuración».

Este documento está inspirado en los principios de cooperación, colaboración y asistencia y solidaridad territorial. El plan se enfoca a través de la participación activa de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales (52), por ser los responsables del cumplimiento de la Directiva 91/272/CEE. Sin embargo, se incluyen los Organismos de Cuenca (por su competencia en el control de vertidos de las Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales Urbanas a los cauces públicos de cuencas intercomunitarias) y los agentes sociales. Además, la ejecución del Plan Nacional de Calidad de las Aguas esta concebido para llevarse a cabo a través del Programa de Medidas (de los Planes Hidrológicos) en las diferentes Demarcaciones Hidrográfi-

(51) Cuya transposición al Derecho español se efectuó mediante el Real Decreto Ley 11/1995 y el Real Decreto 509/1996.

(52) Ya que como recuerda el propio documento, en relación con el saneamiento de las aguas residuales urbanas y, en concreto, «el alcantarillado», «los colectores», «el tratamiento y la depuración» son competencias de las Corporaciones Locales reguladas en la Ley de Bases de Régimen Local.

cas. Desde el punto de vista financiero (financiación y ejecución de todas las inversiones pendientes), la solución se reedita como en el plan anterior, es decir, a través de Convenios Bilaterales entre la Administración General del Estado y las otras Administraciones competentes, con el objeto de establecer las condiciones para materializar las aportaciones y los compromisos de cada parte y, sobre todo, lograr la repercusión de los costes de los servicios del agua.

Madrid para Zaragoza 14 de octubre de 2008

INCIDENCIA DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN LOS RECURSOS HÍDRICOS. MEDIDAS DE MITIGACIÓN Y ADAPTACIÓN

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.— II. LA INCIDENCIA DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN LOS RECURSOS HÍDRICOS: SEQUÍA Y ESCASEZ DE AGUA.— III. MEDIDAS PARA MITIGAR EL CAMBIO CLIMÁTICO: 1. El Protocolo de Kioto: la reducción directa e indirecta de emisiones de GEI. 2. La política energética europea: «El paquete energía» y su incidencia sobre el cambio climático. 3. Medidas de lucha contra el cambio climático en el ámbito energético: A) La eficiencia energética: a) La política comunitaria y sus efectivas aplicaciones. b) La regulación nacional. c) La protección contra la contaminación lumínica como técnica de eficiencia energética. B) Las energías renovables.— IV. MEDIDAS DE ADAPTACIÓN RELACIONADAS CON EL AGUA. NECESARIA INTEGRACIÓN ENTRE LA POLÍTICA HIDRÁULICA Y LA ENERGÉTICA: 1. El Plan Nacional de Adaptación al cambio climático y los recursos hídricos. 2. Algunas propuestas de reforma de la legislación del sector eléctrico y de aguas para conseguir una regulación integrada.— V. REFLEXIÓN FINAL.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de esta comunicación es analizar las técnicas que la Unión Europea y España proponen para luchar contra el cambio climático y para adaptarse al mismo en relación con los recursos hídricos.

En este sentido, hemos partido del estudio de las *técnicas que para mitigar* el cambio climático se vienen poniendo en práctica y que inciden primordialmente en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) Dicha reducción se está llevando a cabo a través de la asignación de cuotas de emisión a las empresas y de su posible comercialización. Ahora bien, la propia UE ha puesto de manifiesto la necesidad de adoptar otro tipo de medidas que contribuyan a dicha reducción de emisiones. Entre las mismas se sitúan el fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética.

Así, la utilización de medidas directas para la reducción de emisiones mediante el comercio de las cuotas de asignación y la adopción de medidas energéticas de eficiencia y fomento de energías limpias se convierten en el eje de la política europea sobre el cambio climático.

¿Pero qué incidencia tienen estas medidas de lucha contra el cambio climático respecto a los recursos hídricos?

La reducción de emisiones y la diversificación energética inciden en un doble sentido. Por un lado, con ellas se contribuye a frenar o limitar el actual calentamiento global del planeta, y por otro lado, se abre la puerta a la utilización de fuentes de energías renovables que no requieran del uso de los recursos hídricos, cuya disponibilidad se pronostica cada vez más escasa debido al cambio climático.

Por lo que respecta a las *técnicas de adaptación al cambio climático* en cuanto a la incidencia que este tiene sobre los recursos hídricos hemos querido centrarnos en la necesidad de integrar la política hidráulica con la política energética.

El hecho de que la comunidad científica pronostique que el calentamiento global del planeta se va a traducir en un aumento de las temperaturas y de fenómenos climáticos extremos como la sequía, exige poner en conexión la política comunitaria e interna que apuesta por las energías renovables con una política interna en materia hidráulica que tienda a preservar el recurso, el agua, como bien escaso.

En este sentido, proponemos la necesidad de potenciar la producción de energía eléctrica, cuya demanda va en aumento, mediante fuentes de energías renovables (por ejemplo, la eólica), que no requieran del uso del agua. Se trata en definitiva de integrar la necesidad de lucha y adaptación al cambio climático en la regulación del sector hidráulico y energético.

II. LA INCIDENCIA DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN LOS RECURSOS HÍDRICOS: SEQUÍA Y ESCASEZ DE AGUA

La comunidad científica mantiene que el conocido como «cambio climático» (1), se manifiesta en el ascenso de temperaturas en nuestro planeta durante

(1) CARBALLEIRA RIVERA, M^a Teresa: «El cambio climático. Análisis científico y jurídico de la problemática de la emisión de gases de efecto invernadero», en RDU y MA n^o 156 (1997, pp. 161 y ss). SANZ RUBIALES, I.: «Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», en REDA n^o 125 (2005, pp. 32-34) GONZÁLEZ RÍOS, I.: «Instrumentos de mercado en la tutela ambiental. Una visión actualizada sobre su implantación», en RAAP n^o 64 (2006, pp. 190 y ss).

el último siglo, en el aumento de la frecuencia de ciertos fenómenos climáticos extremos (sequías, inundaciones, reducción de la productividad agrícola, etc) y en el retroceso de los glaciares y consiguiente subida del nivel del mar. Estas variaciones en el clima se asocian de forma directa al aumento de concentraciones en la atmósfera de gases de efecto invernadero (GEI) (2).

Para paliar los efectos del cambio climático se requiere adoptar dos tipos de medidas:

- Las dirigidas a *mitigarlo*, que requieren de una actuación a nivel internacional (3) y se centran principalmente en la reducción de emisiones de GEI. Dicha reducción vendrá a limitar el aumento de las temperaturas y los fenómenos asociados a dicho aumento (inundaciones, sequías, deshielo, elevación del nivel del mar, etc) Fenómenos todos ellos directamente relacionados con un elemento básico para la vida humana como es el agua.
- Las dirigidas a la *adaptación al fenómeno*, que exige la adopción de medidas que tiendan a minimizar los riesgos y previsibles impactos. En este caso se exige de una actuación a nivel nacional.

Así, pues, los poderes públicos deben actuar contra la causa principal que provoca dichos fenómenos, la emisión de GEI, pero también deben adoptar medidas para paliar los efectos provocados por inundaciones, sequías, etc. Por lo que se refiere a la reducción de emisiones de GEI la actuación de la comunidad internacional viene centrada en la adopción de medidas directas y de medidas energéticas dirigidas a la eficiencia y a la potenciación del uso de energías renovables.

Por lo que respecta a las medidas a adoptar para paliar los efectos derivados del cambio climático, la *Directiva marco en el sector del agua* (4) ya incidía en este aspecto. Así, a pesar de no incluir expresamente entre sus objetivos la lucha contra el cambio climático, prevé la necesidad de adoptar medidas en la gestión del agua que permitan paliar los efectos de las inundaciones (5) y de las sequías. Incidiendo en la materia, recientemente la Comisión

(2) Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre dicha materia emitido en 2001. En el Cuarto Informe de Evaluación, aprobado en París el 2 de febrero de 2007, mantiene el inequívoco calentamiento global.

(3) Al respecto de la intervención internacional en problemas ambientales de ámbito supranacional que preconiza la Unión Europea, vid, entre otros: Fernando LÓPEZ RAMÓN: «Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental», en RAP nº 142 (1997, p. 61-62).

(4) Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

(5) Recientemente se ha aprobado la Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación.

europea ha propuesto una serie de orientaciones para hacer frente a las situaciones de escasez de agua y sequías, que tenderán a agravarse como consecuencia del cambio climático (6).

Entre las obligaciones que la Directiva Marco impone a los Estados miembros se encuentran la determinación de las demarcaciones hidrográficas y la elaboración de un plan de gestión de la demarcación, que debe incluir entre sus objetivos el «prevenir el deterioro, mejorar y restaurar el estado de las masas de agua superficiales».

Sin embargo, pasados siete años desde la aprobación de la citada Directiva, en el primer informe sobre la aplicación de la misma, la Comisión Europea (7) ha manifestado el riesgo de que varios Estados miembros no lleguen a alcanzar los objetivos marcados y recomienda a éstos que *integren una gestión hídrica sostenible en las demás políticas nacionales*.

La misma preocupación se ha manifestado por la Comisión al proponer medidas para «*Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea*» (8). Destaca la Comisión la necesidad de actuar ante dicho fenómeno de forma integrada, jerarquizando prioridades, tanto en la implantación de infraestructuras hidráulicas como en el uso del agua. Así, se propone que la implantación de infraestructuras hidráulicas sólo se contemple cuando se hayan adoptado todas las medidas preventivas, de ahorro de agua y de eficacia de usos necesarias (9), debiéndose compatibilizar su establecimiento con otras prioridades medioambientales y energéticas de la UE. Por lo que respecta al uso del agua, se propone la priorización de usos, partiendo del respeto al uso prioritario, el abastecimiento a poblaciones.

Con apoyo en la Directiva Marco y en las orientaciones dadas por la Comisión europea para hacer frente al problema de la escasez de agua, vamos a proponer en esta comunicación la necesidad de limitar el establecimiento de infraestructuras hidráulicas, principalmente de centrales hidroeléctricas, para

(6) Comunicación de la Comisión, de 18 de julio de 2007, «Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea».

(7) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 22 de marzo de 2007, «Hacia una gestión sostenible del agua en la Unión Europea – Primera fase de aplicación de la Directiva Marco del Agua (2000/60/CE)».

(8) Comunicación de la Comisión, de 18 de julio de 2007, ya citada.

(9) Es necesario priorizar una adecuada gestión del recurso, del agua, sobre la implantación de infraestructuras hidráulicas, como han mantenido, FANLO LORAS, A.: «La protección de la calidad de las aguas en el ordenamiento jurídico español: algunas consideraciones en relación con el régimen jurídico de los vertidos», en el libro colectivo Homenaje al profesor Dr. Martín Mateo *El Derecho en el Umbral del Siglo XXI. Tomo III*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia (2000, p. 3521). GONZÁLEZ ANTÓN ÁLVAREZ, C.: «Los retos del Derecho del Agua», en el mismo libro (p. 3804).

compatibilizar las medidas de gestión del agua con la política energética comunitaria, potenciando otras fuentes de producción de energía limpia. Ello obliga a replantearse el lugar que en la prelación de usos del agua deben ocupar las industrias hidroeléctricas.

Pretendemos poner de manifiesto la necesidad de integrar la gestión del agua con la política energética. Se trata de llamar la atención sobre el hecho de que la prevista reducción de precipitaciones en nuestro país debe ir acompañada de una serie de medidas relacionadas con la gestión del agua y con la política energética. Concretamente se va a apuntar la necesidad de no autorizar o incluso dismantelar algunas instalaciones hidroeléctricas en favor de otras fuentes de energías renovables como la solar o la eólica.

Se trata de una medida de adaptación al cambio climático, que debe unirse a las medidas destinadas a mitigar el mismo, y que exige de algunos cambios en la normativa interna.

Analizaremos en primer lugar, las medidas de lucha contra el cambio climático, centrándonos en las relacionadas con la política energética, para a continuación adentrarnos en el estudio de las concretas medidas de adaptación a dicho fenómeno propuestas a nivel interno en materia de aguas.

III. MEDIDAS PARA MITIGAR EL CAMBIO CLIMÁTICO

1. El Protocolo de Kioto: la reducción directa e indirecta de emisiones de GEI

Los gobiernos acordaron en 1997 el *Protocolo de Kioto de la Convención Marco sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas* (10), ratificado por la Unión Europea en 2002 (11). Dicho Protocolo es un acuerdo internacional que tiene por objetivo reducir las emisiones de GEI en un porcentaje aproximado de un 5%, dentro del periodo que va desde el año 2008 al 2012, en comparación a las emisiones del año 1990.

El acuerdo ha entrado en vigor el pasado 16 de febrero de 2005, sólo después de que 55 naciones, que suman el 55% de las emisiones de gases de efecto invernadero, lo hayan ratificado.

(10) MARTÍN BERNAL, José M^o: «Notas resumidas sobre Kioto», en RDU y MA n^o 218 (2005, pp. 167 y ss)

(11) Decisión 2002/358/CE del Consejo, de 25 de abril de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo.

El citado Protocolo ha dado lugar a una importante producción normativa a nivel comunitario e interno centrada en la reducción de la emisión de GEI a través del comercio de emisión de dichos gases (12). La asignación de cuotas de emisión a las empresas se constituye como técnica idónea para que las empresas inviertan en tecnologías limpias y puedan comercializar las cuotas de asignación que resulten excedentarias.

Pero la reducción directa de las emisiones de GEI a través del comercio de emisiones debe compatibilizarse con otro tipo de medidas de reducción indirecta de emisiones que potencien la utilización de energías renovables y el ahorro y la eficiencia energética. En esta línea se enmarca la política de la UE (13), que trata de compatibilizar la protección ambiental y el desarrollo sostenible (14).

(12) Libro Verde de la Comisión Europea sobre el comercio de derechos de emisión de GEI en la Unión Europea (Bruselas, 8 de marzo de 2000) Directiva 87/CE, de 13 de octubre de 2003, que establece el régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, modificada por la Directiva 2004/101/CE.

A nivel interno la Ley 1/05, de 9 de marzo, regula el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero, habiendo sido objeto de un importante desarrollo reglamentario.

(13) La Comunidad Europea ha adoptado una Estrategia sobre el cambio climático a través de la aprobación de varias comunicaciones como la Comunicación de la Comisión, de 9 de febrero de 2005, «Ganar la batalla contra el cambio climático mundial», en la que entre, entre otros aspectos, se incide en la necesidad de innovación en los métodos de producción y utilización de la energía.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, «Limitar el calentamiento mundial a 2º. Medidas necesarias hasta el 2020 y después», con la que se proponen una serie de acciones dirigidas a limitar los efectos del cambio climático, que afectarán a países industrializados y en vías de desarrollo. En esta Comunicación se fija como objetivo limitar la elevación de la temperatura a 2º a escala mundial respecto del nivel preindustrial.

La UE lidera la creación de una alianza mundial para hacer frente al cambio climático, con la que pretende implicar a los países en vías de desarrollo más vulnerables al mismo. Así se refleja en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de septiembre de 2007, «Creación de una alianza mundial para hacer frente al cambio climático ente la Unión Europea y los países en desarrollo pobres más vulnerables al cambio climático». Con esta Alianza se pretende ayudar a los países más pobres y vulnerables a mejorar su capacidad de adaptación a los efectos del cambio climático.

(14) La UE ha elaborado una Estrategia a favor del desarrollo sostenible que pretende mejorar el bienestar de las generaciones presentes sin poner en riesgo el bienestar de las generaciones futuras. Uno de los principales objetivos de esta Estrategia a largo plazo es la lucha contra el cambio climático. Así se refleja en la Comunicación de la Comisión, de 15 de mayo de 2001, «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo)», revisada por la Comunicación de la Comisión, de 13 de diciembre de 2005, «Plataforma de acción».

Al respecto del concepto de desarrollo sostenible, vid, entre otros, LOZANO CUTANDA, B.: *Derecho Ambiental Administrativo*. Ed. Dykinson. Madrid. (2006, pp. 52 y ss) PAREJO NAVAJAS, T.: «Los nuevos instrumentos jurídicos para el desarrollo sostenible del territorio de la Unión Europea». REALA nº 302 (2006, pp. 211 y ss).

La adopción de medidas energéticas se convierte, junto con la reducción de las emisiones de GEI, en el eje de la política europea contra el cambio climático (15).

Con estas medidas se puede conseguir la mejora de la calidad del aire, y por derivación de la salud humana, al ir sustituyendo las fuentes de energías fósiles (principalmente, petróleo y gas) por energías renovables. A su vez la diversificación energética puede contribuir a limitar la implantación de centrales hidroeléctricas contribuyendo a paliar los efectos del cambio climático sobre los recursos hídricos.

2. La política energética europea: «El Paquete Energía» y su incidencia sobre el cambio climático

La intervención en materia energética constituyó una de las bases del surgimiento de la Comunidad Europea, como lo demuestran la aprobación del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1951* y del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica en 1957*. Hoy día la política energética sigue liderando la acción de la UE.

Recientemente la UE ha aprobado el *Libro Verde sobre una estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura, de marzo de 2006* (16), que ha servido de base para la elaboración del llamado «Paquete Energía». En éste la UE define la política energética de la Comunidad. Esta política comunitaria, contenida en la *Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo, de 10 de enero de 2007, «Una política energética para Europa»*, se marca dos objetivos primordiales, la eficiencia energética y la baja emisión de CO₂.

Entre las medidas que integran dicha política energética (creación de un verdadero mercado interior de la energía, elaboración de una Carta del Con-

(15) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, ha puesto de manifiesto el incumplimiento generalizado en la Comunidad Europea de los compromisos asumidos en materia de ahorro energético y reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, en su libro *Energía en España y Desafío Europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*. Ed. Comares y Fundación de Estudios de Regulación. Granada (2006, pp. 2 y 3).

(16) Libro Verde de la Comisión, de 8 de marzo de 2006, «Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura». El Libro Verde contempla una serie de medidas para desarrollar la política comunitaria energética: la implantación efectiva de un mercado interior del gas y de la electricidad; garantizar la seguridad en el abastecimiento, para lo que se propone la creación de un observatorio europeo del abastecimiento energético; la búsqueda de una combinación energética más sostenible, eficiente y diversificada; la utilización de la investigación y de la innovación al servicio de la política energética; el diálogo internacional para realizar una política exterior energética coherente; la lucha contra el cambio climático mediante la política energética.

sumidor de Energía, garantizar la seguridad del suministro energético...) merece destacarse por lo que a este estudio respecta, el compromiso de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero causadas por la producción o el consumo de energía (17).

Dicha reducción pasa por usar menos energía, o sea, por conseguir la eficiencia energética, y por utilizar una energía más limpia, menos contaminante. Esto último exige fomentar el uso de las energías renovables.

Por lo que respecta a la *eficiencia energética* la UE se ha marcado como objetivo el reducir el consumo de energía en un 20% de aquí al año 2020. Las medidas a adoptar para ello pasan por la concienciación de los consumidores para que realicen un consumo racional y eficiente, el ahorro de energía en el sector de los transportes, el establecimiento de requisitos mínimos para los equipos que consumen energía, la mejora de la eficiencia en la producción, transporte y distribución de la energía y la eficiencia energética de los edificios.

El otro reto que se plantea la UE en su lucha contra el cambio climático lo constituye la potenciación del uso de las *energías renovables* (energía eólica, solar y fotovoltaica, biomasa y biocarburantes, calor geotérmico y bombas de calor) La producción de electricidad a partir de este tipo de energías o el uso de biocarburantes se revelan como elementos claves en la instauración de sistemas energéticos limpios.

El objetivo marcado por la UE es aumentar el porcentaje de energías renovables a un 20% de aquí al 2020.

El problema asociado a este tipo de energía es su elevado coste. De ahí la necesidad de aplicación de esta política comunitaria que debe pasar necesariamente por la exigencia a los Estados miembros para que destinen fondos para fomentar este tipo de energías renovables.

3. Medidas de lucha contra el cambio climático en el ámbito de la energía

A) La eficiencia energética

a) La política comunitaria y sus efectivas aplicaciones

Eficiencia energética entendida como la reducción en el consumo de energía y la prevención de su derroche, contribuye a limitar las emisiones de GEI y, en consecuencia, incide favorablemente en la lucha contra el cambio climático.

(17) El sector energético genera la mayor parte de las emisiones de GEI.

Con el objetivo de conseguir dicha eficiencia energética la UE viene adoptando una serie de medidas dirigidas a los poderes públicos, a los ciudadanos y a los agentes económicos, que se han plasmado en el Libro Verde sobre la eficiencia energética y en diversos planes y programas de acción.

El *Libro Verde para la eficiencia energética* (18) propone la consecución en la UE del citado ahorro energético del 20% de aquí al 2020. Para ello, la Comisión europea considera que los objetivos de eficiencia energética pueden conseguirse aplicando la legislación existente en la materia (19) y con la adopción de nuevas normas y comportamientos por parte de los ciudadanos, autoridades y empresas.

Por otro lado, entre los planes y programas de acción aprobados por la UE se encuentra el *Plan de Acción (2000-2006)*, el *Plan de Acción para la eficiencia energética (2007-2012)* y el *Programa «Energía inteligente – Europa» (2007-2013)* (20).

El *primer Plan de Acción*, recogía como objetivo fundamental la reducción en un 10% del consumo de energía hasta el año 2010. Para ello proponía la adopción de una serie de medidas, que en la mayoría de los casos no tenían carácter obligatorio. Entre dichas medidas se encuentran:

- Aquellas que pretenden integrar la eficiencia energética en otras políticas comunitarias como la relacionada con el transporte, la política regional y urbana, la investigación y el desarrollo, la fiscalidad, la cooperación internacional.
- Medidas de consolidación y ampliación de las acciones existentes en el ámbito de los transportes (acuerdos voluntarios con las industrias del automóvil para hacerlos menos contaminantes); de los aparatos domésticos, de la industria, de la construcción, etc.

(18) Libro Verde de la Comisión, de 22 de junio de 2005, «Sobre la eficiencia energética; cómo hacer más con menos».

(19) Téngase en cuenta la Comunicación de la Comisión, de 29 de abril de 1998, «Eficiencia energética en la Comunidad Europea: hacia una estrategia de racionalización del uso de la energía»; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 26 de abril de 2000, «Plan de acción para mejorar la eficiencia energética en la Comunidad Europea».

(20) Plan de acción sobre eficiencia energética (2000-2006): Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 26 de abril de 2000, «Plan de acción para mejorar la eficiencia energética en la Comunidad Europea»; Plan de acción para la eficiencia energética (2007-2012): Comunicación de la Comisión, de 19 de octubre de 2006, «Plan de acción para la eficiencia energética: realizar el potencial»; Programa marco para la innovación y la competitividad (2007-2013): Decisión nº 1639/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006.

- Nuevas acciones y medidas dirigidas a la promoción de la eficacia energética en los contratos públicos, a la realización de auditorías energéticas en la industria y en el sector terciario.

Con el objeto de reducir el consumo de energía hasta el 20% de aquí al 2020 se aprueba el *segundo Plan de Acción (2007-2012)*. En el mismo se prevén medidas como el establecimiento de unas normas mínimas de diseño ecológico y la mejora de las normas de etiquetado de los aparatos y los equipos consumidores de energía; la mejora en la transformación, transporte y distribución de la energía para evitar pérdidas de la misma durante el proceso; la potenciación de la financiación y de los incentivos económicos; la realización de programas de educación y concienciación ciudadana sobre la necesidad del ahorro energético.

Por su parte, el *Programa marco para la innovación y la competitividad (2007-2013)* contempla medidas a favor de la competitividad y de la capacidad innovadora dentro de la UE. Entre los subprogramas que incluye se encuentra el programa «energía inteligente. Europa», que fomenta la mejora de la eficiencia energética y la adopción de nuevas fuentes de energía. El desarrollo del programa cuenta con una dotación presupuestaria (21) que se distribuye entre todos los subprogramas que abarca, correspondiendo un porcentaje del 20% al programa «Energía inteligente».

No cabe duda que el primer escollo a que se enfrenta la UE en su política de eficiencia energética, en la realización de las medidas proyectadas, es el de su financiación. Para paliar el problema se propone la creación de un *Fondo mundial para al eficiencia energética y las energías renovables* (22), que pretende atraer la inversión privada para este tipo de proyectos. El Fondo establecerá una asociación entre el sector público y el privado que permitirá el reparto de riesgo y cofinanciación.

Las buenas intenciones manifestadas en todos estos programas y planes de acción requieren de una regulación normativa que contenga normas mínimas obligatorias para los Estados miembros que permitan armonizar la normativa nacional en la materia y potenciar la intervención estatal en la búsqueda de la eficiencia energética.

En este sentido, la UE viene aprobando una serie de normas comunitarias que regulan la eficiencia en el uso final de la energía, la cogenera-

(21) Dotación total de 2.170 millones de euros.

(22) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2006, «Movilización de fondos públicos y privados para favorecer el acceso mundial a servicios energéticos inocuos con el clima, asequibles y seguros: el Fondo mundial para la eficiencia energética y las energías renovables».

ción (23), el rendimiento energético de los edificios y la eficacia energética de determinados productos (electrodomésticos, equipos ofimáticos, balastos de lámparas fluorescentes (24), nuevas calderas de agua caliente, etc)

Así, se ha aprobado la *Directiva sobre eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos* (25), en la que se establece la obligación para los Estados miembros de fijar un objetivo orientativo de ahorro de energía de un 9% hasta el año 2015 y de nombrar a una o varias autoridades u organismos independientes del sector público para que se encarguen del control y vigilancia de las normas generales para alcanzar dicho objetivo.

Para ello se establece la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas dirigidas tanto al sector público como a los operadores del sector energético. Entre las primeras destaca la adquisición de equipos, vehículos y productos eficientes energéticamente, la supresión de medidas que fomenten tarifas de distribución o de transmisión que generen consumos innecesarios, la implantación de medidas de fomento y financiación de la eficiencia en el uso final de la energía; y entre las segundas, destacan la participación activa y voluntaria de distribuidores de energía, gestores de redes de distribución, empresas que venden electricidad, gas, etc, de proporcionar información sobre sus clientes finales, de promover la realización de auditorías energéticas y programas de mejora de la eficiencia energética.

b) La regulación nacional

La eficiencia energética no es ajena a la regulación interna del sector energético. En este sentido, son diversas las Estrategias y Planes adoptados en la materia que pretenden básicamente contribuir a paliar los efectos del

(23) Directiva 2004/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CE. La cogeneración es una técnica que permite producir calor y electricidad en un único proceso. La contribución a la eficiencia energética de una central de electricidad-calor radica en utilizar turbinas o motores de gas, el cual durante la combustión libera menos GEI que el petróleo o el carbón.

Esta Directiva pretende fomentar la instalación de este tipo de centrales y consolidar las existentes.

(24) Directiva 2000/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, relativa a los requisitos de eficacia energética de los balastos de las lámparas fluorescentes. El objeto de esta Directiva es armonizar los modelos de balastos existentes, habida cuenta que los modelos utilizados para la iluminación fluorescentes en el mercado tienen niveles de consumo muy dispares, o sea, que su eficacia energética es muy diferente. El diseño del balasto donde se inserta la lámpara fluorescente debe contribuir a que no se disipe la energía, para evitar el despilfarro de la misma.

(25) Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos.

cambio climático incidiendo en la reducción de GEI y en el ahorro y eficiencia energética, todo ello en el marco del desarrollo sostenible.

La *Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España 2004-2012 (E4)*, aprobada por el Consejo de Ministros el 28 de noviembre de 2003, establece como uno de los elementos básicos de la política energética española «compatibilizar el uso de la energía con una protección efectiva del medio ambiente, de manera que se cumplan las exigencias de un desarrollo sostenible a largo plazo». La protección del medio ambiente se convierte en una de las razones de la adopción de la citada Estrategia, que se fija, entre otros, como objetivo la reducción de emisiones de contaminantes atmosféricos, como correlación a una disminución del consumo de energía o a un uso más eficiente.

Entre las medidas que en dicha Estrategia se proponen para el ahorro y eficiencia energética destacan las centradas en el sector industrial y de transporte, en los llamados «usos diversos»(residencial, terciario y servicios públicos), se evalúa el potencial ahorro energético en la edificación, en la *iluminación*, en la potabilización del agua, etc.

Inciendo en la misma materia, se ha aprobado la *Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia horizonte 2007-2012-2020 (26) (EECEL)* y el *Plan de Energías Renovables 2005-2010 (27)*. La citada Estrategia aborda diferentes medidas que contribuyen al desarrollo sostenible en el ámbito del cambio climático y energía limpia. Entre ellas se sitúan, por un lado, las destinadas a mitigar el cambio climático centrándose en la reducción de las emisiones de GEI, y por otro lado, las que pretenden conseguir una reducción en los consumos energéticos sin afectar al desarrollo sostenible.

Con el objeto de llevar a cabo algunas de las medidas propuestas en dicha Estrategia se aprueban, por un lado, el *Plan de Medidas Urgentes de la EECCEL*, donde se identifican las iniciativas indicadas en la Estrategia, que siendo competencia del Gobierno de la Nación, pueden ponerse en marcha durante el año 2007, y por otro lado, el segundo *Plan de Acción de Ahorro y Eficiencia Energética 2008-2012 (28)*.

La eficiencia y el ahorro energético también está presente en diversas normas sectoriales. Así, por ejemplo, la Ley del Sector Eléctrico (29) prevé diver-

(26) Aprobada por el Consejo Nacional del Clima de 25 de octubre de 2007 y Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007.

(27) Aprobado por Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005; constituye una revisión del Plan de Energías Renovables 2000-2010.

(28) Plan de Acción 2008-2012 (E4). El primer Plan de Acción abarcó el periodo 2005-2007, y se aprobó por el Consejo de Ministros de 8 de julio de 2005.

(29) Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

esos mecanismos orientados a la protección ambiental y al ahorro energético (30), tales como: la realización de una planificación del sector guiada por la eficiencia y ahorro energético y su coordinación con el planeamiento urbanístico, la imposición de exigencias en las reglamentaciones técnicas que deben cumplir las instalaciones de distribución de energía eléctrica en cuanto al material y diseño para que potencie el ahorro de energía (31), o la posibilidad de que las empresas distribuidoras y comercializadoras exijan que las instalaciones y aparatos receptores de las Administraciones públicas y particulares reúnan las condiciones técnicas y de construcción que se fijen con el objeto de evitar la contaminación lumínica y ahorrar energía (32).

Esta regulación estatal referida a la eficiencia energética debe complementarse, y así se establece en las diferentes Estrategias y Planes anteriormente citados, con el ejercicio por parte de las CCAA de sus competencias en esta materia. Comunidades Autónomas como Andalucía, Castilla-La Mancha y Murcia ya cuentan con leyes sobre fomento de las energías renovables y eficiencia energética (33), a lo que se suma la aprobación por la mayoría de las CCAA de planes energéticos para su ámbito territorial (34).

c) La protección contra la contaminación lumínica como técnica de eficiencia energética (35)

La contaminación lumínica, entendida como el resplandor luminoso nocturno o brillo producido por la difusión y reflexión de la luz en las particu-

(30) Sobre la incidencia de la normativa ambiental en el sector energético, vid. FORTES MARTÍN, A.: «La aplicación de los instrumentos normativos de tutela ambiental en el sector energético: retos e incertidumbres en las grandes instalaciones de combustión a partir del nuevo escenario ambiental resultante del régimen de prevención y control integrados de la contaminación» en el libro colectivo *Derecho de la Energía*. Ed. La Ley, (2006, pp. 710 y ss).

(31) Art. 51.2 de Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

(32) Art. 45.3.1 Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

(33) Ley 10/06, de 21 de diciembre, de Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética de la Región de Murcia; Ley 1/07, de 15 de febrero, de Fomento de las Energías Renovables e Incentivación del Ahorro y Eficiencia Energética en Castilla La Mancha y Ley 2/07, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía.

(34) Comunidades Autónomas como Navarra, Cantabria, Aragón, Euskadi, Comunidad de Madrid, Andalucía, Comunidad Valenciana, Canarias e Islas Baleares, y Entidades Locales como Barcelona y Sevilla, ya cuentan con Planes energéticos.

(35) Sobre esta materia, vid: CALVO CHARRO, M.: «La contaminación lumínica. La protección del cielo oscuro», en su libro *Escritos de Derecho Ambiental*. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2003; «El derecho a ver las estrellas. Análisis de la contaminación lumínica desde una perspectiva jurídica». RDU y MA nº 187 (2001). CASADO CASADO, L.: «El papel de los municipios en la prevención, ordenación y control de la contaminación lumínica», en REALA nº 304 (2007). GONZÁLEZ RÍOS, I.: «La contaminación lumínica: implicaciones urbanísticas, demaniales y de eficiencia energética». REALA nº 302 (2008).

las y gases en suspensión en la atmósfera que altera las condiciones de las horas nocturnas y dificultan las observaciones astronómicas, ha sido definida en la *Ley de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera*, normativa estatal básica (36).

Sin embargo, la regulación de este tipo de contaminación se inicia con la llamada «Ley del cielo», *Ley 31/1988, de 31 de octubre, sobre Protección de la Calidad Astronómica de los Observatorios del Instituto de Astrofísica de Canarias*, desarrollada por *Real Decreto 243/92, de 13 de marzo*. A la misma le siguieron las legislaciones de varias CCAA en dicha materia. La CCAA de Cataluña inicia el camino en la regulación de este tipo de contaminación con la aprobación de la *Ley de Ordenación Ambiental del Alumbrado para la Protección del Medio Nocturno* (37). A la misma le han seguido la *Ley de Protección del Medio Nocturno de las Islas Baleares* (38), la *Ley de Ordenación del Alumbrado para la Protección del Medio Nocturno de la Comunidad Foral Navarra* (39), la *Ley de Prevención de la Contaminación Lumínica de Cantabria* (40) o la *Ley Andaluza de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental*. La peculiaridad de esta última Ley está en la regulación integrada de la calidad ambiental, en la que se incluye la calidad del medio ambiente atmosférico, refiriéndose a los diferentes tipos de contaminación que pueden afectarla: la atmosférica, la lumínica y la acústica.

Tanto la normativa estatal como la autonómica se marca entre los objetivos a alcanzar mediante la prevención y reducción de la contaminación lumínica el conseguir un uso eficiente del alumbrado exterior (41).

(36) Art. 3.f) de la Ley 34/07, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera.

(37) Ley 6/01, de 31 de mayo, de Ordenación Ambiental del Alumbrado para la Protección del Medio Nocturno. Esta Ley ha sido desarrollada por el Decreto 82/05, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento en dicha materia, el cual ha sido declarado nulo de pleno derecho por la Sentencia de 7 de diciembre de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Pte. Ana Rubira Moreno, fj. 3^ª), debido a que en su aprobación se ha eludido un trámite esencial del procedimiento cual es el de información pública y audiencia a los ciudadanos. El Tribunal manifiesta que dicho trámite resulta ineludible para «garantizar el acierto y la oportunidad de la disposición, a través de la participación ciudadana tal como preconiza el art. 105 del Texto Legal Constitucional».

(38) Ley 3/05, de 20 de abril, de Protección del medio nocturno de las Islas Baleares.

(39) Ley Foral 10/05, de 9 de noviembre, de Ordenación del Alumbrado para la Protección del Medio Nocturno de la Comunidad Foral Navarra. Esta Ley ha sido desarrollada por el Decreto 199/07, de 17 de septiembre, que aprueba el Reglamento de dicha Ley.

(40) Ley 6/06, de 9 de junio, de Prevención de la Contaminación Lumínica de Cantabria.

(41) Disposición Adicional Cuarta de la Ley 34/07, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera.

La consecución de dicho objetivo ha venido quedando en manos de los Entes locales a través de la aprobación de Ordenanzas locales o de la planificación urbanística. Pero el costo que la modificación de instalaciones de alumbrado exterior conlleva y la falta de una normativa básica en la materia, han venido impidiendo el uso eficiente de dicho alumbrado.

No obstante, con el objeto de dar cumplimiento a la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética 2004-2012 (42), el Plan de Acción 2005-2007 recogía entre las medidas urgentes a adoptar «la mejora de la eficiencia energética de las nuevas instalaciones de alumbrado público exterior» y «la mejora de la eficiencia energética de las instalaciones actuales de alumbrado público exterior», estableciendo las ayudas para contribuir a dicho objetivo.

En cumplimiento de dichas previsiones se ha aprobado el *Reglamento de Eficiencia Energética en Instalaciones de Alumbrado Exterior* (43), que ha sido informado favorablemente por la Comisión Nacional de Energía (44). Dicho Reglamento, de carácter básico, establece las condiciones técnicas de diseño, ejecución y mantenimiento que deben reunir las instalaciones de alumbrado exterior para mejorar la eficiencia y el ahorro energético, disminuyendo el consumo de energía y, como consecuencia, las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyendo a limitar el resplandor luminoso nocturno y la luz molesta.

La aprobación de dicho Reglamento ha venido a colmar una importante laguna jurídica y viene a incidir en la lucha contra el cambio climático, mediante su contribución a la reducción de emisiones contaminantes.

B) Las energías renovables (45)

La UE ha apostado claramente por las energías renovables como una forma de contribuir a paliar los efectos del cambio climático, mediante la reduc-

(42) Entre las medidas previstas en dicha Estrategia figuran la sustitución del alumbrado público por luminarias y lámparas más eficientes, junto con la instalación de sistemas automáticos de regulación del alumbrado.

(43) Real Decreto 1890/08, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Eficiencia Energética en instalaciones de alumbrado exterior y sus instrucciones técnicas.

(44) Informe de la Comisión Nacional de Energía sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Eficiencia Energética en Instalaciones de Alumbrado Exterior, de 18 de enero de 2007. Puede consultarse en http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne07_07.

(45) Entre otros: ECHAGÜE MÉNDEZ DE VIGO, G.: *Cambio Climático. Hacia un nuevo modelo energético*. Colegio Oficial de Físicos. Madrid (1999). ORTIZ GARCÍA, M.: «La ciudad solar. Soporte jurídico», en *Derecho y Energía*, (op, cit, pp. 821 y ss) Una recopilación normativa en la materia la encontramos en el libro: *Cambio climático y energías renovables*, de ALENZA GARCÍA, J. F. y SARA-SÍBAR IRIARTE, Miren. Ed. Thomson-Cívitas. 2007.

ción de emisiones de GEI que su implantación conlleva y para conseguir la diversificación energética.

Para ello se aprueba el Libro Verde de la Comisión sobre las fuentes de energía renovables de 1996 (46) y el Libro Blanco sobre Fuentes de Energías Renovables en 1997 (47).

Con objeto de llevar a cabo las previsiones recogidas en dicho Libro Blanco se aprueba la *Directiva relativa a la promoción de la electricidad generada a través de dicho tipo de fuentes de energía* (48) (eólica, solar, geotérmica, del oleaje, maremotriz e hidráulica, biomasa...) En dicha Directiva se prevé que los Estados miembros adopten planes relativos a la aplicación de las energías renovables para la producción de electricidad en función de un objetivo meramente orientativo que fija la misma.

Especial atención presta la Directiva a la necesidad de que los Estados miembros adopten las medidas normativas pertinentes para eliminar obstáculos administrativos relacionados con la autorización de instalaciones dedicadas a la producción de energía limpia, así como, para facilitar el acceso a las redes de distribución y transporte de la energía.

Son también importantes las acciones de la UE en el sector de la biomasa y de los biocarburantes. En relación a estos últimos se aprueba la *Directiva relativa al fomento de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte* (49), que fija criterios de implantación de los mismos para el año 2010 meramente orientativos para los Estados miembros. Ello hace que en el informe emitido por la Comisión sobre los biocarburantes en el año 2007 (50) se haya puesto de manifiesto la necesidad de modificar la Directiva fijando un objetivo obligatorio del 10% de uso de los biocarburantes para el año 2010 aplicable a toda la UE y fomentando una mayor calidad de los mismos.

No obstante, a pesar de estas medidas de intervención de la UE lo cierto es que de las evaluaciones hechas por la Comisión resulta la escasa aporta-

(46) Libro Verde de la Comisión, de 20 de noviembre de 1996.

(47) Comunicación de la Comisión, de 26 de noviembre de 1997, «Energía para el futuro: fuentes de energía renovables – Libro Blanco para una estrategia y un plan de acción comunitarios».

(48) Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad.

(49) Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte.

(50) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de enero de 2007, «Informe sobre los biocarburantes-Informe sobre los progresos realizados respecto de la utilización de los biocarburantes y otros combustibles renovables en los Estados miembros de la Unión Europea».

ción de las energías renovables en el sector eléctrico, de la calefacción y refrigeración y de los biocarburantes.

Ello ha llevado a la UE a aprobar el *Plan de acción sobre la biomasa* (51), compuesta por el conjunto de productos orgánicos vegetales y animales que se utilizan para fines energéticos. En dicho Plan se proponen tres sectores prioritarios para el uso de la biomasa: la producción de calor, la producción de electricidad y los transportes.

Para completar dicho Plan la UE ha aprobado la *Estrategia para los biocarburantes* obtenidos a partir de la biomasa (52), en la cual los mismos se presentan como una alternativa a las fuentes de energía fósil, principalmente el petróleo. En la misma se prevén medidas para estimular la demanda, para desarrollar su producción y distribución, apoyar a los países en desarrollo, que disponen de un importante potencial para la producción de biocarburantes y fomentar la investigación y la innovación en la materia.

La UE se ha marcado como objetivo lograr que un 20% de la producción energética proceda de energías renovables, contribuyendo con ello a la reducción de emisiones de GEI.

Para conseguir este objetivo recientemente ha elaborado el *Programa de Trabajo de las Fuentes de Energía Renovables* (53), en el que se propone un nuevo marco legislativo para reforzar el fomento y la utilización de las energías renovables.

Como principales problemas de la implantación de este tipo de energías el citado Programa cita, entre otros, el elevado coste de implantación, las trabas administrativas que encuentran las empresas interesadas en este tipo de instalaciones y la ausencia de un adecuado marco normativo comunitario. Esas parecen ser las causas del escaso aporte de las energías renovables al sector eléctrico, de la calefacción y refrigeración y de los biocarburantes.

A dicho Programa se une el ya citado *Programa para la innovación y la competitividad (2007-2013)* (54) que, entre otros, contiene el Programa «Energía inteligente – Europa», que fomenta la adopción de fuentes de energía renovables.

(51) Comunicación de la Comisión, de 7 de diciembre de 2005, «Plan de acción sobre la biomasa».

(52) Comunicación de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, «Estrategia de la UE para los biocarburantes».

(53) Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, «Programa de trabajo de la energía renovable – Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más sostenible».

(54) Decisión nº 1639/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un Programa Marco para la Innovación y la Competitividad (2007-2013).

A nivel nacional se vienen adoptando diversas políticas y normas que tienden a conseguir los objetivos marcados por la UE en cuanto a uso de energías limpias.

De conformidad con lo dispuesto la Ley del Sector Eléctrico se aprueba el *Plan de Fomento de las Energías Renovables 2000-2010*, que establece como objetivo alcanzar en el año 2010 que las fuentes renovables cubran como mínimo el 12% de la demanda total de energía primaria. Objetivo que también se marca el *Plan de Energías Renovables 2005-2010*. Entre las medidas previstas para conseguir dicho objetivo se encuentran la introducción de los biocarburantes en el transporte, la elaboración de un nuevo Plan de Energías Renovables 2011-2020 que apueste por los apoyos públicos a las inversiones privadas en las áreas ya consolidadas incentivando la innovación tecnológica; ayudas a la investigación y la integración efectiva de las energías renovables en los sectores del transporte y edificación (caso de la biomasa y la solar)

La citada Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia: Horizontes 2007-2012-2020 contiene un capítulo dedicado a las medidas a adoptar para la introducción en el mercado de energías renovables. Más concretamente, en el Plan de Medidas Urgentes de dicha Estrategia se recogen medidas de implantación de dichas energías en el sector residencial, comercial e institucional. Así, se prevé como urgente la repotenciación de parques eólicos, renovando los ya existentes que estén obsoletos, la implantación de la energía eólica marina, la recuperación del biogas en vertederos de residuos sólidos urbanos mediante acuerdo de cofinanciación entre el Estado y las CCAA, etc.

También son diversas las normas que el Estado, en ejercicio de sus competencias, ha aprobado para incidir en el fomento de las energías renovables: el procedimiento de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial (55), producción de energía eléctrica en régimen especial (56), fomento de la cogeneración (57), garantía de origen de la electricidad producida por fuentes de energía renovables y de cogeneración (58), aprovechamiento de la biomasa (59).

(55) Real Decreto 128/07, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial.

(56) Real Decreto 661/07, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

(57) Real Decreto 616/07, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración.

(58) Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.

(59) Orden PRE/472/2004, de 24 de febrero, por la que se crea la Comisión Interministerial para el aprovechamiento energético de la biomasa.

A la normativa estatal se suma la acción legislativa de algunas CCAA sobre eficiencia energética y energías renovables, como hemos analizado más arriba.

IV. MEDIDAS DE ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO RELACIONADAS CON EL AGUA. LA NECESARIA INTEGRACIÓN ENTRE LA POLÍTICA HIDRÁULICA Y LA ENERGÉTICA

1. El Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático y los recursos hídricos

La lucha contra el cambio climático se enmarca en la necesaria protección medioambiental, que de conformidad con el artículo 45.2 de la Constitución Española compete a los poderes públicos, pero en la que los agentes económicos contaminantes y la concienciación ciudadana deben jugar un papel importante (60).

Los poderes públicos deben pues liderar la adopción de medidas que tiendan a mitigar y a adaptarse al cambio climático como fenómeno íntimamente relacionado con la protección ambiental.

En esta línea en 1995 se publicó el Primer informe que evalúa los posibles impactos del Cambio Climático en diversos sectores socioeconómicos (61). Los resultados de dicho informe han servido de base para la elaboración del *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACCCL)* (62). Este Plan recoge varias líneas de acción prioritarias, recogándose en el Primer Programa de trabajo la evaluación del impacto del cambio climático sobre los recursos hídricos, la biodiversidad y las zonas costeras.

Entre los impactos más relevantes respecto de los recursos hídricos se prevé la tendencia al aumento de la temperatura y la disminución de las precipitaciones en España lo dará lugar a la *reducción en la disponibilidad hídrica general*, con una especial incidencia en las zonas áridas y semiáridas.

(60) MARTÍN MATEO, R.: *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I. Ed. Trivium, SA. (1991, pp. 380-381) EMBID IRUJO, A.: «El papel del Estado en el medio ambiente. ¿Vigilante o gestor?, en el libro homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo: *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. (2000, pp. 3472 y ss).

(61) Evaluación Preliminar General de los Impactos en España por efecto del Cambio Climático, realizado por la Oficina Española del Cambio Climático. Puede consultarse en la página web: www.marcm.es/oecc

(62) El Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático se aprobó en julio de 2006 por la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático y por el Consejo Nacional del Clima, tomando conocimiento del mismo el Consejo de Ministros en octubre de dicho año.

Para atajar esas variaciones climáticas y su incidencia sobre la disponibilidad de agua se proponen varias líneas de trabajo:

- Elaborar modelos regionales en función de la relación clima-hidrología.
- Actuar sobre la gestión del agua.
- Aplicar los escenarios hidrológicos previstos a otros sectores dependientes del agua, como por ejemplo, la energía.
- Desarrollar modelos de calidad ecológica en el marco de la Directiva Marco del Agua.

Al mismo tiempo el PNACCL alerta de que los principales efectos del cambio climático en el sector industrial y de la energía serán la reducción de la capacidad de generación de energía hidroeléctrica, afecciones al funcionamiento de centrales térmicas y nucleares refrigeradas en circuito abierto y disminución del aporte de la biomasa.

Por el contra, la energía solar se verá beneficiada por el aumento de las horas de sol, mientras que el aumento de episodios de viento fuerte podría traducirse en una potenciación de la energía eólica.

A la vista de estas previsiones se propone la elaboración de la cartografía de las potencialidades climáticas de las regiones españolas para la producción de energías renovables; la evaluación de los efectos del cambio climático sobre los sistemas de producción energética que dependen del agua; y la evaluación del efecto del cambio climático sobre la demanda de energía en España.

El PNACCL se centra también en el importante papel que la planificación urbanística y territorial tienen en la lucha contra los efectos del cambio climático sobre los recursos hídricos, por cuanto una adecuada planificación de los asentamientos y del crecimiento de la ciudad tenderá a evitar el aumento de la demanda de agua y de energía.

A lo largo de todo el texto del PNACCL se observa la necesidad de adoptar medidas de adaptación al cambio climático en relación con los previsibles efectos que el mismo está teniendo y tendrá sobre los recursos hídricos. Dichas medidas deben adoptarse en relación con muy variados sectores económicos, pero es sin duda el energético uno de los más directamente afectados. Así se deduce de la necesidad de reducir la demanda creciente de energía y de favorecer la introducción de energías renovables.

Como hemos dicho, una adecuada gestión del agua, que contribuya paliar los efectos negativos que va a provocar el cambio climático, como es la esca-

sez del recurso (63), exige limitar al máximo la producción de energía basada en usos del agua, para potenciar otro tipo de energías limpias. No se nos escapa que el problema de estas medidas está en el coste económico que conllevan y en la necesaria coordinación administrativa, pero la actual política energética y de aguas europea y el principio de precaución recogido en el art. 3 de la Convención Marco sobre Cambio Climático exigen la adopción de dichas medidas.

Esta medida vendría a resolver los problemas puestos de manifiesto por la Doctrina en relación a la gestión de las centrales hidroeléctricas cuando los embalses se sitúan por debajo aproximadamente del 45% de su capacidad (64).

Para aplicar el PNAACCL se ha aprobado el Primer Programa de Trabajo, con el que se pretende seguir abundando en los conocimientos sobre impactos, vulnerabilidad y adaptación frente al cambio climático de tres importantes sectores: los recursos hídricos, la biodiversidad y las costas, sectores considerados de elevada prioridad.

En relación con los recursos hídricos se encomienda al Centro de Estudios Hidrográficos del CEDES en colaboración con la Oficina Española del Cambio Climático y la Dirección General del Agua del Ministerio de Medio Ambiente la elaboración del marco de referencia para la adaptación del sector al cambio climático.

Los objetivos de la actividad de evaluación irán dirigidos al análisis de los impactos que el cambio climático producirá en los recursos hídricos, incluyendo una valoración cuantitativa y cualitativa.

2. Algunas propuestas de reformas en la normativa del sector eléctrico y de aguas para conseguir una regulación integrada

El art. 38 de la CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos deben garantizar el ejercicio de dicha libertad, «de acuerdo con la economía general y, en su caso, de la planificación».

Dicha libertad se puede ver limitada por la propia planificación económica que realicen los poderes públicos, a la vez que estos vienen obligados

(63) Al respecto se ha creado el Observatorio Nacional de la Sequía, que pretende aglutinar a todas las Administraciones hidráulicas españolas con competencias en materia de aguas para constituir un Centro de conocimiento, anticipación, mitigación y de seguimiento de los efectos de la sequía en España.

(64) ARIÑO Y ASOCIADOS: *Energía en España y desafío europeo*, Ed. Comares y Fundación de Estudios de Regulación. (2006, pp. 65 y ss).

a velar por una utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente (65), de conformidad con el art.45.2 de nuestra Carta Magna (66). Si a ello unimos que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» (art. 128 CE), encontramos el fundamento constitucional a la necesidad de realizar una mejor gestión del agua, que entre otras medidas limite los aprovechamientos hidroeléctricos a favor de otras formas de producción de energías renovables.

La *Ley del Sector Eléctrico* (LSE) recoge como competencia autonómica el fomento de las energías renovables, sin perjuicio de las competencias que en la materia ostenta la Administración General del Estado (art.3.2.h).

A su vez, la citada Ley establece que la planificación energética, de carácter indicativo salvo para las instalaciones de transporte, debe incidir en la diversificación energética y en la mejora de la eficiencia y protección del medio ambiente (67).

Así, en dicha planificación se debe apostar por la implantación de instalaciones de producción de energía eléctrica que no dependan del uso del agua.

Sin embargo, el hecho de que el art. 11 de la LSE establezca que «la producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia en el mercado de producción de energía eléctrica» o que el art. 21 y 28 de dicha Ley someta la construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica a un régimen de autorización administrativa de carácter reglado, que se rige por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, casa mal con la necesidad de limitar la producción hidroeléctrica de energía, con el objeto de favorecer la diversificación energética, una mejor gestión hídrica y, en definitiva, la adaptación al cambio climático.

Sería conveniente añadir al art. 11 LSE la precisión de que el régimen de libre competencia en el mercado de producción de la energía eléctrica se realizará, «sin perjuicio de priorizar la producción energética que no necesite

(65) El Tribunal Constitucional viene manifestando la necesidad de que en la explotación de los recursos naturales se armonice la utilización racional de los mismos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar la mejor calidad de vida (STC 64/1982, de 4 de noviembre; STC 66/91, de 22 de marzo).

(66) BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo. Parte especial*. Ed. Thomson-Cívitas (2005, pp. 433-434). EMBID IRUJO, A: «Evolución del Derecho de Aguas y de la política del Agua en España», en RAP nº 156 (2001, pp. 65-66).

(67) Art. 4 3.b) de la Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

realizar usos de los recursos hídricos». A su vez, entre las condiciones que se exigen a los solicitantes de autorizaciones para instalaciones de energía eléctrica se debería añadir la necesidad de acreditar que sus instalaciones no afectarán al caudal de las aguas, ni cuantitativa ni cualitativamente (68).

Por otro lado, el hecho de que la normativa del sector eléctrico cuando se refiere a los aprovechamientos hidráulicos necesarios para la producción de energía eléctrica (69) niegue la posibilidad de otorgar autorizaciones y concesiones para el uso de agua para la producción eléctrica o para otros tipos de producción de energía no hidráulica cuando se emita un informe desfavorable por la Administración competente en materia energética, o sea, la competente para autorizar las instalaciones que requieran dichos usos del agua, supone una prevalencia clara de la política energética sobre la política de gestión de aguas.

Con apoyo en esta previsión normativa la Administración competente podría denegar la instalación de centrales hidroeléctricas o que necesiten del agua para la producción eléctrica con apoyo en la política y normativa comunitaria e interna de lucha contra el cambio climático y potenciación de la diversificación energética.

Resulta curioso que la propia LSE, cuando se refiere al régimen autorizador de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial (70), donde se incluye la producción a partir de fuentes de energías renovables, establezca que las instalaciones autorizadas «gozarán de un trato diferenciado», trato diferenciado y privilegiado que debería predicarse también en la fase de concesión de la autorización (71).

Más acorde con la propuesta que realizamos en esta comunicación se encuentra el hecho de que las instalaciones de producción de energía eléc-

(68) A pesar de que la producción de energía eléctrica mediante centrales hidroeléctricas se califica como producción de energía limpia, lo cierto es que la implantación de este tipo de centrales modifican con su actividad el caudal, reduciéndolo entre la toma de agua y su punto de vertido, además de ensuciar el agua en dicho punto por el aumento de la velocidad de la misma, lo que incide en los ecosistemas acuáticos. Sobre esta materia, vid, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de enero de 2001 (Pte. J. Antonio Alberdi Larizgoitia).

(69) Art. 22 de la LSE.

(70) El Real Decreto 661/07, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, se refiere en el art. 5 al régimen de autorización de instalaciones acogidas a dicho régimen, estableciendo expresa mención sobre la necesidad de que las centrales hidroeléctricas cuenten previamente con la concesión de aguas.

(71) Sobre el régimen especial de producción de energía eléctrica, entre otros: SALMADOR SEGURA, J.: «La energía eléctrica: producción, transporte y distribución», en *Derecho y Energía*. Ed. La Ley (2006; pp. 360-364).

trica que utilicen energía no consumibles y no hidráulicas puedan tener derecho a una prima que complemente su régimen retributivo (72). No obstante, si queremos ser coherentes con la política energética comunitaria el derecho a la percepción de esta prima no debería preverse como una potestad discrecional del Gobierno (73), sino como una obligación en el marco del fomento de la implantación de las energías renovables.

Por lo que respecta a la normativa del sector *hidráulico*, se exige la realización de algunas modificaciones en el Texto Refundido de la Ley de Aguas (74), tanto en materia de protección (75) como en la utilización del dominio público hidráulico.

Entre los objetivos de la protección de dicho demanio podría añadirse el de paliar los efectos del cambio climático en los recursos hídricos, junto a la alusión expresamente recogida en el art. 92.e) referida a paliar los efectos de inundaciones y sequías.

La tendencia a limitar la implantación de centrales hidroeléctricas (76) como consecuencia del cambio climático encuentra su apoyo en algunos de los objetivos de protección medioambiental que marca el TRLA (77). La necesidad de «proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial con el objeto de alcanzar un buen estado de las mismas» y el concepto amplio de contaminación que maneja esta norma avalan la medida. Con ello se respetaría lo que EMBID IRUJO denomina el «orden medioambiental interno al recurso» (78).

(72) Sobre la denegación por silencio administrativo de la inclusión de una central hidroeléctrica en el régimen especial, vid, la STS de 4 de julio de 2007 (Pte. M. Campos Sánchez-Bornaj).

(73) Art. 30.5 LSE.

(74) Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

(75) Sobre las técnicas de protección del dominio público hidráulico, vid, EMBID IRUJO, A.: «Principios generales sobre el ordenamiento jurídico administrativo de la calidad de las aguas», en la obra colectiva por él dirigida, *La calidad de las aguas*. Ed. Cívitas. Madrid. 1994. MARTÍN RETORTILLO, L.: *Derecho de las Aguas*. Ed. Cívitas. Madrid. 1997.

(76) Vid, CARPI ABAD, M^º V.: *Aprovechamientos hidroeléctricos: su régimen jurídico administrativo*. Ed. Lex Nova. 2002.

(77) Al respecto EMBID IRUJO, Antonio: «Evolución del Derecho y de la Política del Agua en España», en RAP n^º 156 (2001, p. 90), sostiene que «la veneración a la obra hidráulica ha bajado unos peldaños desde lo elevado del altar en el que siempre estuvo expuesta», y añade que «hoy son pocos los que piensan que una mera previsión de gasto en obras soluciona los problemas hídricos de este país».

(78) EMBID IRUJO, A.: «Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico», en RAP n^º 134 (1997, p. 111). *La calidad de las aguas*. Ed. Cívitas. 1994.

Por otro lado, la planificación hidrológica resulta esencial en la protección del recurso (79). Dicha planificación debe realizarse en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales (80) que les afecten, tanto respecto de los usos del agua como a los del suelo, según establece el art. 41.4 TRLA. Entre dichas planificaciones hemos de tener muy en cuenta la energética, donde se debe fomentar las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables que no necesiten el agua.

Por otra parte, en cuanto al régimen de utilización del demanio hídrico, el hecho de que el otorgamiento de la concesión de uso privativo de los recursos hidráulicos sea discrecional permite a la Administración competente denegar la misma de forma motivada y en función del interés público (81), cuando la misma vaya asociada a la producción eléctrica y existan otras vías alternativas para la producción de energía (82). No hemos de olvidar que el art. 40.2 TRLA establece que la gestión racional y sostenible del recurso debe condicionar «toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite».

Ello exige una estrecha cooperación entre la Administración hidráulica y la Administración con competencia en materia energía eléctrica (83). Al respecto podría crearse una comisión interministerial en la materia, en la que tuviesen representación las CCAA y los Organismos de Cuenca, que analizase los proyectos, la viabilidad y las zonas donde resulta conveniente la construcción de instalaciones de producción de energía eléctrica de carácter renovable y que no necesiten del uso de l agua.

Además, la posibilidad de revisar las concesiones «cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos», que recoge el art. 65.1.c) del TRLA debería completarse con la siguiente previsión: o «cualquier otro tipo de planes relacionados con los mismos», en clara alusión a la planificación energética o de ordenación territorial y urbanística.

(79) Art. 40.1 TRLA. Al respecto, entre otros, EMBID IRUJO, A.: *La planificación hidrológica: régimen jurídico*. Ed. Civitas. Madrid. 1991 (pp. 47 y ss). «*Planificación hidrológica en la actualidad: consideraciones desde una perspectiva jurídica*», en el libro *Planificación hidrológica y política hidráulica: (El libro Blanco del Agua)*. Ed. Civitas. 1999 (pp. 69 y ss). BERMEJO VERA, J.: *Constitución y Planificación Hidrológica*. Ed. Civitas. 1995.

(80) EMBID IRUJO, A.: «*La planificación hidrológica*», en RAP nº 123 (1990, pp. 141 y ss).

(81) Art. 59.4 TRLA.

(82) El interés general y la función social del uso y aprovechamiento de las aguas, junto a otros fundamentos jurídicos, sirven al Tribunal Supremo para admitir la legalidad de la denegación de una solicitud, realizada por el titular de una concesión para el abastecimiento de población y otros usos, para entender incluida en esos «otros usos», un posible aprovechamiento hidroeléctrico (STS de 25 de noviembre de 2002; Pte. Pablo L. Murillo de la Cueva, fj. 2ª).

(83) El art. 22 de la LSE prevé esta cooperación entre la Administración hidráulica y la energética, pero sólo cuando el competente en dichas materias es el Estado.

A la vista de los previsibles efectos del cambio climático sobre los recursos hídricos sería conveniente la modificación del orden de preferencia en los usos del agua, que en defecto de lo previsto en el Plan Hidrológico de Cuenca, establece el art. 60.1 del TRLA, donde los «usos industriales para la producción de energía eléctrica» ocupan el tercer lugar, debiendo desplazarse por debajo de otros posibles usos, siempre que fuese viable otro tipo de producción eléctrica de carácter renovable. Tampoco favorece el hecho de que se prevean procedimientos simplificados para autorizar aprovechamientos hidroeléctricos de pequeña potencia (84).

La falta de adopción de medidas que tiendan a limitar las instalaciones de producción de energía eléctrica o que hagan un uso importante de este recurso puede originar en el futuro la necesidad recurrente del Gobierno de adoptar medidas excepcionales en relación a la utilización de dominio público hidráulico en casos de sequía, aunque ya haya sido objeto de concesión.

V. REFLEXIÓN FINAL

El fenómeno conocido como cambio climático está produciendo efectos que inciden directamente sobre los recursos hídricos. El aumento de las temperaturas en nuestro planeta durante el último siglo o el incremento en la frecuencia de sequías, inundaciones, reducción de la productividad agrícola, etc, son hechos constatados por la comunidad científica.

La necesidad de adoptar medidas que tiendan a mitigar el cambio climático y a adaptarse al mismo parece ineludible. Por lo que respecta a las primeras, y puesto que el citado fenómeno de calentamiento global del planeta se asocia al aumento de las emisiones de GEI, se viene realizando una destacada acción a nivel internacional que tiene su reflejo en la aprobación de un importante cuerpo normativo comunitario y nacional.

El objeto de esta normativa es controlar y reducir las emisiones de GEI y junto a ello, e incidiendo en ese mismo objetivo, el potenciar la eficiencia energética y la utilización de energías renovables.

Las medidas de adaptación al cambio climático que exigen de una intervención más regional, más localizada, se encuentran como hemos visto en una fase menos desarrollada. A nivel nacional contamos con el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático y con su primer Programa de desarrollo, pero se encuentra aún en fase de aplicación, sin que existan medidas normativas de obligado cumplimiento al respecto.

(84) Art. 79.3 LSE.

Pues bien, partiendo de la previsión científica de que el aumento de las temperaturas y la disminución de precipitaciones va a provocar una reducción de los recursos hídricos, y la frecuencia de los periodos de sequía, se hace necesario incidir en esas medidas de adaptación. Para ello, proponemos en esta comunicación una medida puntual que tiende a relacionar la política energética comunitaria con la política en materia de gestión de aguas.

Se trata de potenciar la producción de energía eléctrica en base a energías renovables distintas de la hidráulica, que no requieran del uso de los recursos hídricos. Con ello se consigue el doble objetivo de luchar contra el cambio climático, en cuanto que potenciamos el uso de energías limpias y a la vez contribuimos a proteger y mejorar las masas de aguas continentales y los ecosistemas a ellas asociados.

Ello exige de una efectiva coordinación entre la planificación energética y la hidráulica y de las diferentes Administraciones con competencias en dichas materias; pero, sobre todo, exige de algunos cambios en la normativa reguladora del sector eléctrico y de aguas, y que las mismas estén imbuidas por la necesidad de limitar y adaptarse al cambio climático.

Podemos concluir diciendo que las medidas adoptadas a nivel internacional para limitar el cambio climático, y con ellas los efectos de él derivados, que tan directamente afectan al agua, se encuentran ya en marcha, aunque en la mayoría de los casos sin conseguirse todos los objetivos marcados en cuanto a la reducción de emisiones. Por el contrario, las medidas de adaptación al calentamiento global que deben incidir en variados sectores económicos, entre ellos en el de los recursos hídricos, el energético o en la planificación territorial y urbanística, se encuentran en fase de planificación, echándose en falta una regulación normativa de obligado cumplimiento en la materia.

TERCERA SESIÓN
PROBLEMAS ACTUALES DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO

LA FALTA DE ADECUACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LOS REITERADOS INCUMPLIMIENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA.— II. LA TAN COMPLEJA COMO ARTIFICIOSA CONSTRUCCIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 3 DE LA NUEVA LCSP.— III. EL MUY LIMITADO RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.— IV. EL RIESGO DE HUIDA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES POR LA AMPLIA POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE CARÁCTER EXCEPCIONAL Y POR LA MASIVA APROBACIÓN DE INSTRUCCIONES INTERNAS DE CONTRATACIÓN.—V. LA NUEVA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA Y SU CONTRADICTORIA VIRTUALIDAD. CUESTIONAMIENTO DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LOS REITERADOS INCUMPLIMIENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA

La recientemente aprobada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), incorpora al ordenamiento jurídico español las previsiones de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Sin embargo, la falta de cumplimiento adecuado del Derecho comunitario de la contratación pública ha sido una constante en España en los últimos años. Una muestra más de ello es que desde el 31 de enero de 2006, fecha en que vencía el plazo de trasposición de las Directivas 2004/18 y 2004/17, hasta la entrada en vigor de la LCSP y de la Ley de

Contratos en los conocidos como sectores especiales en mayo de 2008 (1), el Estado español volvió a incumplir el Derecho comunitario de los contratos públicos (2).

Pero el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había declarado ya anteriormente —durante la vigencia de la vieja Ley de Contratos del Estado de 1965— que la adaptación del Derecho español al Derecho comunitario constituía una obligación ineludible y urgente para el Estado español, que, mientras no incorporase a nuestro ordenamiento el contenido de las directivas comunitarias sobre contratación pública, estaba incumpliendo gravemente el Derecho comunitario. Así lo había señalado en su sentencia de 17-11-93 (asunto C-71/92, Comisión contra España), que condenó al Estado español por mantener en vigor toda una serie de disposiciones tanto de la Ley de Contratos del Estado de 1965 como de su Reglamento de 1975 que eran contrarias a la normativa comunitaria sobre contratos. En concreto, en el citado asunto la Comisión recurrió contra cerca de treinta disposiciones de la Ley y del Reglamento de Contratos, sobre la base de que creaban inseguridad jurídica y que, por tanto, no cumplían las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia para la correcta adaptación del Derecho interno a las directivas.

Antes de la aprobación de la LCAP de 1995, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ya había condenado al Estado español en otras ocasiones por permitir la utilización del sistema de contratación directa en supuestos no permitidos por las directivas comunitarias. En concreto, en su Sentencia de 18 de marzo de 1992 el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de la Directiva 71/305/CEE, sobre los contratos públicos de obras, «al haber decidido el Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid adjudicar por contratación directa las obras que tenían por objeto la ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social», sin que concurriesen los motivos de urgencia alegados por la Universidad.

También en la Sentencia de 3 de mayo de 1994, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/62/CEE, «al exigir, en la legislación básica relativa a la Seguridad Social, que la Administración adjudique por procedi-

(1) Tanto la Ley 30/2008 como la 31/2008 entraron en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 31 de octubre de 2007.

(2) Sobre el estado de trasposición de las Directivas comunitarias de contratos públicos 2004/17/CE y 2004/18/CE, véase TRYBUS, M. y MEDINA, T. (2007), «Unfinished Business: The State of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member Status on February 1, 2007», *Public Procurement Law Review*, nº 4, pp. 89-118.

miento de contratación directa los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la Seguridad Social, y adjudicar por contratación directa la casi totalidad de dichos suministros, omitiendo la publicación del anuncio de contratación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

En 2003 se produjo la primera condena importante por la incorrecta adaptación española del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos, una cuestión que ha originado a partir de entonces graves pronunciamientos del máximo intérprete del Derecho comunitario contra España. En efecto, la sentencia de 15 de mayo condenó a España al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la Directiva 89/665/CEE a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; en la sentencia el TJCE también advirtió que no era correcto el someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

En parecidos términos, la sentencia de 16 de octubre de 2003 declaró el incumplimiento español al no someterse al conjunto de las disposiciones de la Directiva comunitaria de obras con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA).

Con posterioridad, la trascendente sentencia de 13 de enero de 2005 también condenó a España al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de las Directivas sobre contratos; al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refun-

dido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas directivas (3).

Más recientemente, la sentencia de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión contra España, ha terminado condenando a nuestro país por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva «recursos», es decir, la 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

Para el Tribunal, en la medida en que el acto de adjudicación implica de iure la celebración del contrato, resulta de ello que en España, con el régimen que se deriva del TRLCAP, la LRJPAC y la LJCA, la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato. Además, la formalización del contrato no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente la legislación que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas. De ello se desprende para el TJCE que, en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74). La posibilidad de disponer de la facultad de interponer un recurso de anulación del propio contrato no puede

(3) La sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 obligó a la inmediata reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a través del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de «reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública» (que incorporó en su título IV una modificación de los artículos 2.2, 3.1.c), 3.1.l), 141.a), 182.a), 210.a) y de la disposición adicional sexta del TRLCAP).

compensar la imposibilidad de actuar contra el acto de adjudicación de éste por sí solo, antes de que se celebre el contrato.

II. LA TAN COMPLEJA COMO ARTIFICIOSA CONSTRUCCIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 3 DE LA NUEVA LCSP

El precepto sin duda más importante para la aplicación e interpretación de la nueva Ley de Contratos española es el artículo 3, que con una redacción realmente complicada —con nociones que operan a modo de círculos concéntricos— fija el ámbito subjetivo de la norma. En la tipología de entidades se apoya toda la estructura de la Ley.

En efecto, dentro de las entidades del sector público sometidas a la LCSP y definidas en el apartado 1 del citado artículo 3, resulta necesario singularizar tres grandes categorías, que llamativamente no coinciden con las derivadas del Derecho comunitario, ni tampoco con las categorías del Derecho administrativo español (4) —por ello insiste el legislador en todos los apartados del artículo 3 que las nociones que maneja lo son a los exclusivos «efectos de esta Ley»: los poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administraciones Públicas —apartado 2 del artículo 3—, los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas —apartado 3 del artículo 3— y la categoría residual de las «restantes entes del sector público», recogida en el apartado 1 del precepto e integrada por aquellos supuestos que no entran dentro de las otras dos categorías anteriores.

Pese a que el artículo 3 de la LCSP trata de incorporar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho comunitario sobre contratos públicos, la incorporación se vuelve a hacer de modo peculiar y cuanto menos confuso al superponer los distintos conceptos (entes del sector público, poderes adjudicadores y Administraciones) (5), habiéndose descartado la vía más sencilla y acorde con la Directiva 2004/18 de reproducir su contenido, como sin embargo se ha hecho por la Ley en otras muchas cuestiones (vgr. definición de nuevos procedimientos y formas de adjudicación de los contratos como el diálogo competitivo, la subasta electrónica, los acuerdos marco o los sistemas dinámicos

(4) En este sentido, la definición de Administración pública del apartado 2 del artículo 3 de la LCSP, que excluye a las entidades públicas empresariales, es sustancialmente distinta de la que establecen con pretensiones generales la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril) o la LRJPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

(5) Véase GALLEGO CÓRCOLES I., «Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa práctica*, núm. 72, año 2008, pp. 36 a 46 y «El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, pp. 76 y ss.

de adquisición) (6) o de ajustarse a la interpretación al respecto sentada por la jurisprudencia comunitaria [como hizo la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 2 (7)].

Hay que recordar que nuestros gobernantes y legisladores han sido especialmente tozudos en la adaptación de nuestro derecho al ámbito subjetivo de aplicación de la legislación comunitaria sobre contratación, lo que ha obligado a constantes parcheamientos de las disposiciones. En efecto, fueron sucesivamente ampliando el elenco de sujetos sometidos al Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000 las reformas de la norma llevadas a cabo en 2003 (Ley 62/2003, de 30 diciembre), 2005 (Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo) y 2006 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007), pese a lo cual no se ha adaptado nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias en la materia (véanse las duras sentencias del TJCE contra España de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005; así como el recurso de la Comisión contra España interpuesto el 30 de mayo de 2007, asunto C-255/07).

Hasta tal punto era necesaria la adaptación al Derecho comunitario del ámbito subjetivo de la legislación española que frente al plazo de seis meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» para la entrada en vigor de la norma que contemplaba la Disposición final duodécima de la LCSP, las reglas sobre los sujetos entraron en vigor al día siguiente al de la publicación, esto es, el 1 de noviembre de 2007.

La LCSP ha recogido en su letra h) del artículo 3.1 y en la letra b) del artículo 3.3 la definición de organismo de Derecho público de las directivas sobre contratos, recogido por ejemplo en el artículo 1.9 de la Directiva

(6) Como observa FELLÚ, J.M. («El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, 176 (2008), pp. 9-54 y «Las Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», Libro Col. (Dir. J. CRUZ ALLI) *La Contratación administrativa en Navarra*, INAP, Pamplona 2007), en el artículo 3 de la LCSP se confunde el género —el poder adjudicador— con la especie —los distintos sujetos contratantes sometidos a la Ley—.

(7) En el citado precepto la Ley Navarra sujeta a la misma a «las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurren conjuntamente estos requisitos:

— Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil.

— Que las Administraciones Públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia» (artículo 2.1.e).

2004/18/CE. Pero lo ha hecho de un modo que realmente dificulta la interpretación del precepto al reiterar la misma definición en el seno del propio artículo 3 LCSP, para al final dar lugar a distintas categorías y con un juego diferente de la residualidad de las cláusulas —letra h) del apartado 1 frente a los restantes supuestos del precepto que definen los entes, organismos y entidades del sector público; y letra b) del apartado 3 sólo frente a las Administraciones públicas—.

Tanto el artículo 3.1.i) como el 3.3.c) de la LCSP incluyen también en el sector público y en la categoría de poder adjudicador a «las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores», en transposición del mismo artículo 1.9, primer párrafo, de la Directiva 2004/18/CE.

La LCSP define pues a los poderes adjudicadores en base a una serie de requisitos que provienen de las directivas comunitarias y a su vez han sido ya objeto de una bastante desarrollada interpretación jurisprudencial: el ente, organismo o entidad debe haber sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y unos o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financiar mayoritariamente su actividad, controlar su gestión o nombrar a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Acerca del ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sobre contratos públicos se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en numerosas ocasiones desde el importante Asunto *Beentjes* (sentencia de 20 de septiembre de 1988). En consonancia con la doctrina jurisprudencial europea, todas las Directivas sobre contratos públicos, aprobadas a partir del año 1993, incluidas las Directivas vigentes 2004/17/CE y 2004/18/CE, incorporan una definición funcional de organismo público (8).

Mientras que en la LCSP se habla de poderes adjudicadores, en la Directiva 2004/18 se diferencia entre poderes adjudicadores y organismos de derecho público. En concreto, el artículo 1.9 de la citada norma europea dispone lo siguiente (el subrayado es añadido):

«Son considerados '*poderes adjudicadores*': el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

(8) Sobre el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos, puede verse MARTÍN LIZARRAGA, M.M., «La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública», *Justicia Administrativa*, nº 6 (2000), pp. 15 y ss.; y GIMENO FELLÚ J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

Es considerado '*organismo de Derecho público*' cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público».

En el anexo III de la Directiva figuran, de forma ejemplificativa, las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados anteriormente para la consideración de un organismo de derecho público.

La consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado el concepto de organismo de Derecho público, que exige la concurrencia simultánea de los tres requisitos legales (Sentencia del TJCE de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, apartado 21).

Se trata de un concepto de Derecho comunitario que como tal debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad. El concepto se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en las directivas de contratos, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartados 54, 55 y 60).

III. EL MUY LIMITADO RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Una de las principales novedades de la LCSP es la creación de un recurso especial en materia de contratación, que pretende incorporar a nuestro Derecho las exigencias comunitarias al respecto. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 37 de la LCSP, son susceptibles del mismo sólo determinadas decisiones contractuales que se adopten en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA), incluidos los contratos subvencionados, y en algunos contratos no SARA:

- Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II (los «servicios no prioritarios» en la terminología comunitaria) de cuantía igual o superior a 206.000 euros.
- Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años (9).

Estos últimos supuestos se añadieron en el trámite parlamentario de la LCSP, al aprobarse diversas enmiendas transaccionales que ampliaron el ámbito de aplicación del recurso especial y de las medidas provisionales que son consecuentes. La intención fue que se permitiera el recurso también en aquellos contratos con una significación económica y práctica equivalente a los contratos SARA.

En cualquier caso, hay que destacar que la limitación del ámbito de aplicación del recurso especial mereció el reproche tanto del CES (10) como del Consejo de Estado (11), para el cual:

«esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada» (12).

(9) Se trata del mismo límite que establece el artículo 156 de la LCSP para excluir la utilización del procedimiento negociado en razón de la cuantía.

(10) Dictamen 4/2006, de 20 de febrero de 2006.

(11) Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006.

(12) En la línea de lo sugerido por el Consejo de Estado, la enmienda nº 212 del G.P. Catalán pretendía la aplicación del recurso especial a todos los procedimientos de adjudicación de contratos del sector público.

En este mismo sentido, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia comunitaria y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006) insisten en que todas las personas afectadas por un contrato público tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario (13).

La ampliación del ámbito de aplicación del recurso especial se quedó pues muy corta y carece de justificación razonable la limitación de las garantías de los derechos de los licitadores que se produce en los contratos no SARA. Esta regulación del recurso especial de contratación puede ser contraria a las exigencias europeas, especialmente de la doctrina del TJCE sentada en las sentencias Alcatel de 28 de octubre de 1999 y Comisión contra España de 3 de abril de 2008 (14).

Pero además de esa grave constatación, el régimen jurídico que se deriva de la lectura sistemática del artículo 37 y de las distintas disposiciones de la Ley relativas a la adjudicación de los contratos (en particular, los artículos 27 y 135), permite concluir que la adjudicación provisional es una fase insuficientemente articulada en la LCSP para los contratos celebrados por las Administraciones públicas que no se consideren SARA, para los cuales, al no existir la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación, sólo cabe impugnar el acto administrativo de adjudicación provisional a través de un recurso administrativo de la Ley 30/92 o contencioso-administrativo de la Ley 29/98, ninguno de los cuales se adecua en sus plazos de interpo-

(13) Véanse las SSTJCE de 8 de septiembre de 2005, C-129/04; 11 de enero de 2005, C-26/03 y 12 de febrero de 2004, C-230/2002.

En su citada Comunicación, la Comisión señala que «en aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario. Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión. De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)».

(14) Véase al respecto LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, «El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», en J.A. Moreno (dir), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, pp. 289 y ss.

sición o resolución ni en sus características (efectos no suspensivos) al desarrollo procedimental del artículo 135 de la LCSP —como sí lo hace el recurso especial—. En definitiva, ese «período de congelación procedimental» [en términos utilizados en los trabajos preparatorios de la revisión de la Directiva de recursos (15)] entre la adjudicación provisional y la definitiva, que la LCSP establece para todos los contratos de las Administraciones Públicas, sólo tendrá eficacia (a efectos de la interposición del recurso) en el caso de los contratos SARA.

IV. EL RIESGO DE HÚIDA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES POR LA AMPLIA POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE CARÁCTER EXCEPCIONAL Y POR LA MASIVA APROBACIÓN DE INSTRUCCIONES INTERNAS DE CONTRATACIÓN

A pesar de que la LCSP reconoce desde su artículo 1 que el fundamento de toda la normativa de contratación es el respeto de los principios generales de la contratación pública, la necesidad de respeto de los mismos se ve seriamente comprometida en la legislación española de contratos por la existencia de procedimientos excepcionales, como el contrato menor y el procedimiento negociado, que nuestros órganos de contratación utilizan con un carácter general. La situación era ya muy preocupante con la vigencia del TRLCAP, pero se antoja peor todavía con la LCSP ya que la nueva Ley lleva a cabo un considerable aumento de los umbrales de utilización del procedimiento negociado y del contrato menor.

Hay que recordar que en el Derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del contrato menor, definida en la Ley española exclusivamente por la cuantía del contrato, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la LCSP acudir a este procedimiento sólo por razón de su valor.

Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva Ley. Desgraciadamente, todos los objetivos de la norma, recogidos ahora de forma destacada en el artículo 1 de la LCSP, quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden —como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras Admi-

(15) Véase la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (Comisión de las Comunidades Europeas, 4.5.2006, COM 2006 195 final).

nistraciones, en especial las Corporaciones locales— utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista.

Para muchos Ayuntamientos lo realmente excepcional va a resultar con la nueva Ley de Contratos adjudicar algún contrato de obras de más de 50.000 euros o un contrato de otro tipo cuya cuantía exceda de 18.000 euros (las cifras que ahora permitirán acudir al contrato menor de acuerdo con el artículo 122.3 de la LCSP).

En este sentido, la Ley de Contratos ha desaprovechado la oportunidad de contemplar algún otro modelo de procedimiento simplificado de contratación que permitiera contratar sin merma del principio de libre concurrencia.

La utilización abusiva del contrato menor viola flagrantemente los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación y no se cumple por nuestro ordenamiento jurídico un Derecho comunitario de los contratos públicos en el que la jurisprudencia europea —sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GmbH— obliga a respetar los principios generales en todos los contratos celebrados por los poderes públicos, como ha aclarado también la ya citada Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.

Pero es que la LCSP también abre otra importante posibilidad de escape de los principios generales con la amplia libertad que se ofrece a las instrucciones internas que deberán aprobar los poderes adjudicadores en los contratos no sujetos regulación armonizada y las restantes entidades y organismos del sector público en todos sus contratos —ya que éstas no celebran en ningún caso contratos SARA ex art. 13.1 LCSP—. Todas estas entidades públicas, de enorme relevancia en la actualidad en nuestra organización administrativa —tanto en el ámbito estatal y autonómico como en el local—, en la medida en que introduzcan especialidades procedimentales y reglas propias para su contratación, pueden dificultar el acceso general de los licitadores, a los que resultará muy complejo conocerlas todas ellas o poder preparar sus ofertas para participar en los procedimientos convocados, si es que tienen esa posibilidad —y no se encuentran en muchos casos con la utilización, amparada por estas instrucciones, de contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad incluso con cuantías superiores a las de la LCSP, o con otros procedimientos limitativos de la competencia que puedan establecer (16)—. El pro-

(16) GIMENO FELIÚ, J.M. (2008), advierte del peligro de esta deslegalización procedimental («Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador en la Ley de Contratos del Sector Público», *Noticias de la Unión Europea*, número monográfico sobre la Ley de Contratos del Sector Público, en prensa).

blema será mayor cuanto más pequeñas sean las empresas. La libre concurrencia y la igualdad de acceso a las licitaciones se pueden ver, en consecuencia, muy afectadas; y todo ello pese a la vigencia de estos principios para la contratación de todos los entes instrumentales no sólo ex artículo 1 LCSP, sino también ex artículos 123 y especialmente 175.a) y 176.1 de la nueva Ley de Contratos.

V. LA NUEVA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA Y SU CONTRADICTORIA VIRTUALIDAD. CUESTIONAMIENTO DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

La nueva LCSP opta por crear una nueva categoría en el derecho español de los contratos públicos con el objetivo de identificar qué normas provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por las Administraciones públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario: se acuña así el concepto de «contratos sujetos a regulación armonizada» (contratos SARA) para designar a aquellos contratos que, por razón de la entidad contratante, su tipo y su cuantía se encuentran sujetos a las prescripciones comunitarias.

Con la positivación de esta categoría se pretende por el legislador español, como manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP —apartado IV—, permitir la modulación de la aplicabilidad de las normas de la Directiva a los diferentes contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, solo a los casos exigidos por las disposiciones comunitarias. De la misma forma, y por exclusión, el concepto también sirve, según la exposición de motivos, «para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico».

Ahora bien, el problema es que la categoría puede ocasionar más confusión que claridad. El planteamiento del legislador al crear la figura de los contratos sujetos a regulación armonizada no se ha mantenido, ni seguramente ello sería posible, hasta sus últimos extremos, sino que se utiliza de forma parcial. Por ello, si bien los contratos SARA es cierto que identifican «el ámbito normativo supeditado a las prescripciones comunitarias», sólo lo hacen parcialmente, puesto que muchas de las obligaciones derivadas de las directivas comunitarias se extienden por la LCSP a todos los contratos celebrados por las Administraciones, los poderes adjudicadores o el resto de entidades públicas: vgr. reglas sobre aptitud para contratar con el sector público, especificaciones técnicas, condiciones especiales de ejecución, procedimientos de adju-

dicación, criterios de valoración de las ofertas, etc... Son muchas menos las exigencias derivadas de las directivas que se aplican a los contratos sujetos a regulación armonizada (principalmente recurso especial y publicidad en el DOUE) que las que obligan a los contratos que sin embargo no se consideran por la LCSP sujetos a regulación.

Hay que tener en cuenta que el régimen fundamental de la LCSP sigue siendo, al igual que ocurría en el TRLCAP, el de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y, dentro de estos, el de los contratos administrativos. Pues bien, para los contratos administrativos apenas tiene relevancia la distinción entre contratos sujetos o no a regulación armonizada. Junto a la posibilidad de interposición del recurso especial, que además y como ya ha sido objeto de análisis debería haberse extendido por la LCSP a todos los contratos, no sólo a los SARA, casi la única diferencia de régimen apreciable entre unos y otros es la diversa exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículos 125 y 126 de la nueva Ley): algo que ya contemplaba en la regulación anterior el TRLCAP.

En definitiva, si la principal razón de ser de la nueva categoría es clarificar los contratos a los que se aplican las obligaciones derivadas de las directivas comunitarias, el concepto resulta fallido pues no permite en modo alguno la pretendida identificación.

La significación de la nueva categoría es pues mucho menos importante en la LCSP que lo que anuncia su exposición de motivos (apartado IV.2) o lo que parece desprenderse de su ubicación sistemática y su regulación en el Título Preliminar, «Disposiciones Generales», de la Ley. De los tres tipos de sujetos que reconoce el artículo 3 de la LCSP, los contratos SARA no operan para las entidades del sector público del apartado 1 que no sean poderes adjudicadores (por la propia definición del artículo 13.1 de la Ley) y la categoría carece de verdadera trascendencia en relación con los contratos celebrados por las Administraciones públicas, que se consideren o no contratos SARA se someten al mismo régimen jurídico salvo en lo que se refiere a la publicidad comunitaria y al recurso especial en materia de contratación, que de una forma muy criticable sólo se contempla en la LCSP para los contratos SARA.

La diferenciación resulta operativa principalmente para los contratos celebrado por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones. Para ellos el que celebren contratos sujetos o no sujetos a regulación comunitaria supone que su régimen jurídico o bien se asemejan en mucho al de los contratos administrativos (los celebrados por las Administraciones públicas en la nueva LCSP), o bien puedan someterse a un régimen flexible escapando de las normas jurídico-públicas de contratación. Pero para conseguir esta diferenciación, perseguida ya desde hace bastante tiempo en nuestro Derecho [baste ver las sen-

tencias del TJCE condenatorias de nuestro país en materia de contratación pública (17)], no hacía falta esta construcción jurídica.

Incluso la flexibilización de la regulación para los entes del sector público que no son Administraciones Públicas pero sí han sido creados para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles, va más allá de la regulación anterior, que sometía a las entidades públicas empresariales estatales y sus asimiladas autonómicas o locales a la regulación prevista para los contratos administrativos.

Pero la mayor crítica a la nueva categoría de los contratos SARA debe venir desde el Derecho comunitario europeo, en el que se apoya teóricamente nuestro legislador para construir la figura y el mismo que está detrás de la definición recogida en los artículos 13 y siguientes de la LCSP.

Pues bien, hay que tener en cuenta que en la actualidad el Derecho comunitario aplicable a la contratación pública no está integrado sólo por las directivas sobre contratos —singularmente por la 2004/17 y la 2004/18/CE—, sino también y de forma si cabe más relevante por los principios del Tratado de la Comunidad tal y como han sido interpretados por el Tribunal europeo de Justicia. En efecto, éste, a través de una lúcida y ya muy consolidada doctrina, ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado (18) —los umbrales de las directivas son los que se utilizan en la LCSP para definir los contratos sujetos a regulación armonizada—, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Así, el máximo intérprete del ordenamiento jurídico europeo, tras comprobar cómo las directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, «a condición de que se res-

(17) Por todas, pueden verse las SSTJCE de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005.

(18) Los artículos 7 de la Directiva 2004/18/CE y 16 de la Directiva 2004/17/CE fijan el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos; y también quedan fuera de las normas europeas los contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directivas.

peten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado». La sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH, resulta muy ilustrativa cuando concluye que «pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad».

La Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y señala significativamente en su considerando segundo que «la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado».

El TJCE ha desarrollado una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado CE. Los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, «consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación» [Sentencia Parking Brixen GMBH, considerando 49].

De la jurisprudencia del alto Tribunal europeo los principios han pasado a las Directivas de contratación, que hoy los recogen de forma destacada (arts. 2 de la Directiva 2004/18/CE y 10 de la Directiva 2004/17/CE) y a la nueva Ley de Contratos española, que los ha elevado a su artículo 1 como fundamento de la normativa reguladora de la actividad contractual del sector público.

Pues bien, para que quedara todavía más claro, la Comisión Europea publicó una Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (19).

Si para el Derecho comunitario los principios y las obligaciones aplicables a todos los contratos públicos deben ser en esencia las mismas, la distinción en nuestra LCSP entre contratos SARA y no SARA resulta muy cuestionable. En especial, cuando se observa cómo el legislador español justifica que el nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos gira en torno a la identificación de las normas que «proviene de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por Administraciones Públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario» y que con la positivación de los contratos SARA se pretende «permitir la modulación de la aplicabilidad de las normas de la Directiva a los diferentes contratos del sector público» pero también, de la misma forma, y por exclusión, el concepto sirve «para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico» (apartado IV.2 de la exposición de motivos de la LCSP).

En este punto radica el error de base que luego llevará a la Ley a adoptar decisiones contrarias al Derecho comunitario. No existe libertad absoluta e los ordenamientos nacionales para regular la contratación del sector público por debajo de los umbrales europeos, o en los contratos en España considerados no SARA. Al contrario, por encima o por debajo de las cuantías comunitarias —por cierto, bastante volátiles en los últimos años (20)—, los principios a aplicar son los mismos: igualdad y no discriminación, transparencia, publicidad y libre competencia.

(19) DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006.

(20) La última de las modificaciones de las cuantías apareció en el DOUE L 317, del 5 de diciembre de 2007, que publicó el Reglamento (CE) 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre, por el que se modifican los umbrales de aplicación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos a partir del 1 de enero de 2008. Este Reglamento dio lugar a la aprobación en España —lo que no debería haberse hecho por la naturaleza y eficacia directa del Reglamento comunitario— de la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre (BOE núm. 313, de 31 de diciembre) y su corrección de errores publicada el 4 de febrero de 2008.

Hay que tener en cuenta que la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/2007 y la disposición final tercera de la Ley 31/2007 (como habían señalado anteriormente la disposición adicional segunda de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y la disposición final tercera de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones), establecen que las cifras que en lo sucesivo se fijen por la Comisión Europea y se publiquen por Orden del Ministro de Hacienda, sustituirán a las que figuran en el texto de la misma.

LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA COMO PROBLEMA ACTUAL PARA LA INVESTIGACIÓN Y LA DOCENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

ISAAC MARTÍN DELGADO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: LA IMPORTANCIA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.— II. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA COMO RETO PARA LA INVESTIGACIÓN Y LA DOCENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. La administración electrónica como reto para la investigación en el derecho administrativo: el ejemplo de la actuación administrativa automatizada. 2. la administración electrónica como reto para la docencia del derecho administrativo: el ejemplo de la asignatura «derecho administrativo electrónico».— III. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO: LA IMPORTANCIA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

«Hablar hoy de Administración Pública es hablar necesariamente de administración electrónica». En estas palabras de la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas por la que se aprueba la imagen promocional de las actividades de administración electrónica y se establecen criterios para su utilización (Orden APU/959/2003, de 11 de abril), se resume perfectamente la idea que se quiere transmitir en esta Comunicación: la aparición de nuevas tecnologías ha dado lugar a una revolución tecnológica de indudables consecuencias en el ámbito económico y social que terminará afectando sustancialmente —ya lo está haciendo, de hecho— a la Administración (1) y, con ello, a la propia forma de entender algunas de las instituciones más importantes del Derecho Administrativo, principalmente al procedimiento administrativo.

(1) Por pura lógica, pues, como señala A. PALOMAR OLMEDA, «la Administración de nuestros días no puede mantenerse en un proceso prestador de servicios que por su inadecuación con los tiempos y, por tanto, por su desconexión con el ámbito social en el que se inserta obligue a los ciudadanos a relacionarse con ella en forma diferente a como lo hacen con el resto de operadores sociales», «Un paso más en la aplicación de la tecnología en el procedimiento administrativo: hacia un procedimiento administrativo común de base tecnológica», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 3, 2003, p. 91.

Efectivamente, la revolución tecnológica ha tenido su eco en el ámbito de lo público y, en concreto, en el ámbito de la Administración. Lo tuvo hace unos años *ad intra*, cuando comenzaron a utilizarse medios informáticos y electrónicos para la realización de las distintas gestiones que llevan a cabo las unidades administrativas (ordenadores, faxes, programas, etc.) (2) y, más recientemente, lo está teniendo también *ad extra*, esto es, en las relaciones de los distintos órganos administrativos con los ciudadanos (3).

Hasta tal punto es así que puede hablarse ya de Administración electrónica, que se define como *el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas* (4).

Esta definición da muestra de dos circunstancias que son precisamente las que quieren ser destacadas en este momento. De un lado, permite intuir el alcance de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC): su implantación en la Administración lo abarca todo, desde la organización administrativa hasta los derechos de los ciudadanos, desde la constitución de los

(2) Vid. a este propósito V. FROSINI, «Informática y Administración Pública», *RAP*, n° 105, 1984, p. 447 y s., que estudia la automatización administrativa como «la toma en posesión, por parte de la Administración pública misma, de los métodos y de los instrumentos de la tecnología informática actual en vista de una aplicación en la Administración pública» (la cita se encuentra en p. 449).

(3) En este sentido, L. ORTEGA ÁLVAREZ mantiene que «[l]a regulación de las telecomunicaciones, como hecho jurídico, nos hace percibir un cambio manifiesto que va a afectar de forma significativa a las relaciones tradicionales Administración-ciudadano, así como a los servicios que los ciudadanos van a poder disfrutar en aras a un mejor desarrollo personal en una sociedad democrática y plural», en el Prólogo a la obra colectiva coordinada por J. PUNZÓN MORALEDA, *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 7.

(4) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, COM (2003) 567 final, p. 7. En un sentido muy similar, aunque más restrictivo en cuanto al alcance de la definición, la OCDE define la administración electrónica como «el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y particularmente Internet, como una herramienta estratégica para lograr una mejor Administración Pública», *La administración electrónica, un imperativo*. Estudios de la OCDE sobre administración electrónica, p. 1 (el informe está disponible en www.oecdbookshop.org. Última fecha de consulta: 10/10/2008). Esta definición fue la asumida en nuestro país por el *Plan de Choque para el Impulso de la Administración Electrónica en España*, Ministerio de Administraciones Públicas y Ministerio de Ciencia y Tecnología, 8 de Mayo de 2003, p. 4 (en adelante, se hará mención al mismo como *Plan de Choque*, simplemente). Sobre el concepto y, en general, el origen de la Administración electrónica, vid. R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, «Administración electrónica: origen, definición institucional y contexto actual», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n° 14, 2007, pp. 79 a 100.

órganos colegiados (5) hasta la notificación de las resoluciones (6), desde el medioambiente hasta los contratos administrativos (7). En segundo lugar, suponen un cambio no tanto en el fondo como en las formas: se trata de usar las TIC para mejorar la administración, como función, y la Administración, como organización pública y persona jurídica.

Y si esto es así, es decir, si cambia la forma de organizarse y la forma de actuar de la Administración, cambia toda ella.

El problema que de ello se deriva no está tanto en el cambio en sí cuanto en el hecho de que la lenta (8) pero progresiva implantación de las nuevas tecnologías en la Administración ha comenzado a tener lugar sin ir acompañada de una reflexión general sobre la cuestión que, por definición, debería

(5) Vid. A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *Órganos Colegiados Electrónicos. El uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos administrativo colegiados*, Aranzadi, Cizu Menor, 2006.

(6) E. GAMERO CASADO, *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento administrativo común*, Bosch, Barcelona, 2005. Igualmente, I. MARTÍN DELGADO, «Las notificaciones administrativas telemáticas», en J. PUNZÓN MORALEDA (Coord.), *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005 (pp. 167 a 217).

(7) El sector de la contratación pública es el más desarrollado desde la perspectiva de la implantación de nuevas tecnologías, en virtud de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios. De ella se hace eco en nuestro país la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que permite el empleo de medios electrónicos en la publicidad de las licitaciones, en la presentación de ofertas y en la adjudicación de los contratos. Resulta preciso destacar que la regulación de la aplicación de las nuevas tecnologías en el procedimiento de licitación no se hace de forma separada, sino integrada en los distintos trámites, lo cual da muestra de lo que, a mi entender, debe ser el modelo de regulación de la Administración. Actualmente, se encuentran en vigor normas tanto nacionales como autonómicas. Es el caso, por señalar algunos ejemplos, de la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación; del Decreto de la Generalidad de Cataluña 96/2004, de 20 de enero, por el que se regula la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación de la Administración de la Generalidad; o la Orden del Departamento de Hacienda y Administración Pública del País Vasco de 16 de Agosto de 2004, por la que se regula la tramitación telemática de determinados procedimientos y actuaciones previstas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Recientemente se ha publicado la Orden EHA/1220/2008 del 30 de Abril, por la que se aprueban las instrucciones para operar en la Plataforma de Contratación del Estado.

Para un estudio de la contratación electrónica, vid. los trabajos de I. GALLEGÓ CÓRCOLES, «Contratación pública electrónica», *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*, op. cit., pp. 219 y ss.; J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «El uso de las nuevas tecnologías en la Administración Pública: la contratación pública electrónica prevista en la Directiva 204/18/CE», *REDETI*, nº 24, 2005, pp. 63 y ss.; y J.M. GIMENO FELLU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de un ley de contratos públicos y propuesta de reforma*, Civitas, Madrid, 2006 (especialmente, pp. 228 y ss.).

(8) La explicación de esta lentitud se encuentra en que se trata de un proceso que inicia la Administración inducida por la sociedad civil, y no generado por ella misma.

ser previa (9). «Frente a estas realidades, no ancladas en un futurismo imaginativo, el jurista no puede permanecer ausente o limitarse a ignorarlas» (10).

La aplicación de las nuevas tecnologías al Derecho Administrativo plantea dos retos: un reto tecnológico y un reto jurídico. El reto tecnológico consiste en crear programas y sistemas que se adecuen a las exigencias constitucionales, legales y, en general, normativas que caracterizan al Derecho Administrativo, ámbito en el que van a ser aplicados; el reto jurídico consiste en establecer tales exigencias (adaptar en algunos casos, crear en otros) en el marco de las nuevas tecnologías y en determinar el régimen jurídico de su aplicación.

La validez de esta afirmación se comprueba claramente en relación con el procedimiento administrativo: se deben crear programas y sistemas informáticos y técnicos que sean capaces de permitir una tramitación telemática del procedimiento con respeto de las garantías mínimas que éste debe cumplir por definición (audiencia de los interesados, imparcialidad de los órganos intervinientes, transparencia, gratuidad, etc.) y, al mismo tiempo, se debe concretar el régimen jurídico del procedimiento administrativo electrónico, ponderando siempre entre las ventajas que aporta y los inconvenientes que puede generar —esto es, entre la celeridad de la gestión de los trámites administrativos (11) y los perjuicios para la garantía de los derechos e intereses de los

(9) Una excepción a esta afirmación puede encontrarse en el artículo escrito por J. BARNÉS, publicado con el título «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública en la Sociedad de la Información y del Conocimiento» en la *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 40, 2000, p. 25 y ss. En él expone los principales —y variados— retos a que debe enfrentarse la Administración en el seno de la sociedad de la información siguiendo a la doctrina alemana y con cita de numerosa doctrina norteamericana. También constituye una excepción la primera parte del trabajo de J.L. PIÑAR MAÑAS, «Revolución tecnológica y nueva Administración. Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública. Notas provisionales para una reflexión», en AA.VV., *Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 51 a 65, en las que plantea en términos generales la cuestión relativa a la reforma del Derecho Administrativo como consecuencia de la implantación de las TIC. En esta misma obra puede encontrarse un completo estudio que ofrece una panorámica general sobre la implantación de la Administración electrónica en nuestro país, elaborado por M. GÓMEZ PUENTE con el título «La Administración electrónica», pp. 97 y ss. Véase igualmente I. MARTÍN DELGADO «La Administración electrónica como reto del Derecho Administrativo en el siglo XXI», en AA.VV. *Las respuestas del Derecho a los retos del siglo XXI*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2009, pp. 309 a 338.

(10) La expresión es de J.L. VILLAR PALASÍ, y fue escrita en... ¡1978!, seguida de las siguientes palabras: «en este momento no se trata de problema de futurismo, sino de problemática ya actualmente en utilización y con una perspectiva de ampliación enorme», «Aspectos jurídicos y políticos de la Telemática», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 19, 1978, p. 501. En este artículo, además, señala ya alguno de los riesgos que pueden derivarse de las nuevas tecnologías, centrándolos en la pérdida de libertades esenciales (en p. 502).

(11) Celeridad que se deriva del principio de eficacia de la actuación administrativa, consagrado en el art. 103 CE y concretado en el art. 75 de la Ley 30/92.

administrados (12)—, con el fin de agilizar el proceso administrativo sin perder las necesarias garantías. Ello es así porque el fin que debe ser perseguido no es el uso de la tecnología en la Administración Pública, sino su utilización, como medio, para la mejora de la eficacia y de la eficiencia en las relaciones entre Administración y administrado (13) en el marco de la satisfacción del interés general. No se trata, pues, de informatizar el procedimiento administrativo tal y como está previsto actualmente, sino de replantearlo, partiendo de una concepción distinta (14).

La clave está en que estas afirmaciones que acabo de hacer a modo de ejemplo con relación al procedimiento administrativo tienen un alcance más amplio, puesto que pueden —y deben— comenzar a hacerse para el Derecho Administrativo, en general.

Así pues, siendo consciente de que el fenómeno de la revolución tecnológica y la sociedad de la información es ciertamente amplio en cuanto a sus efectos sobre el Estado, el sistema jurídico, los derechos fundamentales, las relaciones con la sociedad y otros muchos (15), considero que la evolución en el futuro del Derecho Administrativo pasa por la implantación de las nuevas tecnologías

(12) En palabras de BAUZÁ MARTORELL, «deberá combinar sabiamente el régimen jurídico general del procedimiento administrativo, junto con los requisitos específicos del procedimiento sectorial y los propios de las comunicaciones electrónicas», *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002, p. 23.

(13) Así lo indica el *Plan de Choque*, op. cit., p. 7, y el documento de la ASTIC sobre *Análisis y propuestas para la modernización de la Administración Pública*, op. cit., p. 32. En el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión sobre *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, op. cit., p. 7, señala que la administración electrónica es un factor que hace posible una administración mejor y más eficiente, mejora la elaboración y aplicación de las políticas públicas y ayuda al sector público a hacer frente al difícil problema de prestar más y mejores servicios con menos recursos.

Y así lo prueban los datos. Baste simplemente indicar que la contratación y facturación electrónicas podrían generar un ahorro del 5% en los costes totales de la contratación y reducir en un 10% los costes de transacción (datos ofrecidos en la Comunicación de la Comisión sobre el *Plan de acción sobre administración electrónica 2010: Acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos*, COM (2006) 173 final, p. 8).

(14) Para una perspectiva general sobre el procedimiento administrativo electrónico o ciberprocedimiento, puede verse BAUZÁ MARTORELL, *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002; M TINTÓ GIMBERNAT, *Administración electrónica y ciberprocedimiento*, Quaderns Obsei, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2006; J. OCHOA MONZÓ, «Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 151 y ss.; y, más recientemente, A. PALOMAR OLMEDA, *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*. A propósito de la Ley de Acceso Electrónico a las Administraciones Públicas, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

(15) En este sentido, J. BARNÉS, «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública en la Sociedad de la Información y del Conocimiento», op. cit., p. 28.

en la Administración Pública, hasta el punto de que conducirán —deben conducir ya— a reconsiderar aspectos sustanciales de uno y otro concepto (16), si bien sin cambiar los principios fundantes del Derecho Administrativo.

En definitiva (y permítaseme decirlo así), la reforma del Derecho Administrativo pasa por la fórmula «hacia un mejor 103, para evitar el uso del 106 CE». Entiéndase bien: sin perjuicio de la centralidad del control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa, y una vez consagrada la normalidad del mismo (17), el énfasis debe ponerse en la eficacia de la actividad de la Administración. Y es precisamente en relación con este fin primordial de la disciplina donde las TIC pueden actuar. Las nuevas tecnologías no cambiarán el papel fundamental —o los papeles fundamentales— que debe desempeñar el Derecho Administrativo de nuestro siglo, pero son un instrumento, probablemente «el» instrumento, que puede ayudar a alcanzar dos de los fines de esta disciplina (18): eficacia y participación.

Ello conduce a reclamar una regulación uniforme y completa de la Administración electrónica en su conjunto (19). Hasta el momento hemos contado

(16) Así lo entiende J.L. PIÑAR MAÑAS (quizás quien más ha insistido hasta el momento en la necesidad de realizar una reflexión de conjunto sobre la cuestión), al afirmar que «la revolución de las tecnologías de la información y del conocimiento va a condicionar la evolución inmediata del Derecho Administrativo y de la Administración Pública», en «Revolución tecnológica y nueva Administración. Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública...», op. cit., p. 51.

En la normativa española puede detectarse un cambio en este sentido. En los últimos años se ha pasado de hablar de órganos en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones, normalmente dependientes del Ministerio de Ciencia y Tecnología (en el último Gobierno de José María Aznar), a órganos de la Administración electrónica (en el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero), vinculados al Ministerio de Administraciones Públicas. Vid. el Real Decreto 589/2005, de 20 de mayo.

(17) Aunque, evidentemente, se debe seguir avanzando en el control jurisdiccional de la Administración pública, superando los obstáculos que existen aún hoy en día para un ejercicio pleno del mismo, puede afirmarse que se ha «normalizado» ese control. Vid. I. MARTÍN DELGADO, *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

(18) En este sentido, OCHOA MONZÓ mantiene que «el uso de las TIC tanto en la actividad interna como externa de la Administración puede ser visto a la postre como un ejemplo de solución puntual en un problema secular del Derecho Administrativo, como el de «hallar el justo equilibrio entre eficacia y garantía»», «¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?», op. cit., p. 157.

(19) Es más, es necesario volver a concebir la propia Administración en relación con las nuevas tecnologías. Muy expresivo al respecto es G. ARENA, quien afirma que «[s]i se quiere que esta nueva forma de administración (se refiere al *e-government*) pueda producir todos sus efectos es necesario ser conscientes de que su consagración plena implica afrontar algunos de los problemas de fondo, teóricos y prácticos, que afectan a las relaciones entre Administraciones Públicas y ciudadanos», para concluir que «[p]ara materializar todas las notables potencialidades del *e-government* es necesaria, por lo tanto, una visión de conjunto de la Administración», «*E-government* y nuevos modelos de Administración», *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004, pp. 413 y 414.

simplemente con regulaciones particulares (cada Administración establece las normas de sus propios procedimientos) y sectoriales [la normación ha venido siendo realizada por normas tan dispares como una Ley de Acompañamiento a los Presupuestos, un Real Decreto o una Orden Ministerial (20)]. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante, LAE) ha dado un paso importante en esta línea.

II. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA COMO RETO PARA LA INVESTIGACIÓN Y LA DOCENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En mi opinión, la trascendencia que lleva aparejada la implantación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Administración Pública tanto para la propia Administración como para el Derecho Administrativo permite afirmar que la Administración electrónica es un problema, mejor aún, un reto, para la investigación y la docencia del Derecho Administrativo.

Esta afirmación va a ser argumentada con dos ejemplos prácticos.

1. La administración electrónica como reto para la investigación en el derecho administrativo: el ejemplo de la actuación administrativa automatizada

La actuación administrativa automatizada se define en la LAE (en su Anexo de definiciones), como «*actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular*». Ello ha llevado a no pocos autores a plantear la posibilidad de la superación de la teoría del órgano y la redefinición del concepto de acto administrativo.

Efectivamente, y dicho de forma muy resumida, la ausencia de intervención alguna de persona física en la adopción de una resolución administrativa parece no encajar en la construcción dogmática de ambos conceptos. El órgano administrativo es el resultado de una agrupación de funciones en torno a la persona de su titular; el acto administrativo es una declaración de voluntad. En la actuación automatizada la función la ejerce una máquina y el acto resultante, como producto de una máquina, no puede ser entendido como expresión de voluntad, porque carece de ella.

(20) Además, como señalan I. AGIRREAZKUENAGA y C. CHINCHILLA, la mayor parte de los preceptos son de carácter programático, pues carecen de virtualidad jurídica si no son debidamente desarrollados por normas posteriores, «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 109, 2001, pp. 37 y 38.

Nos encontramos, por tanto, ante la necesidad de repensar dos conceptos nucleares de nuestra disciplina para comprobar si puede mantenerse su validez o, por el contrario, es posible declarar su superación. Es, sin duda, un reto teórico (como tantos otros que se derivan de la Administración electrónica) para el Derecho Administrativo.

El primero en plantearse esa cuestión —como ha sido el primero en tantas otras cuestiones relacionadas con el mundo de la Administración electrónica— ha sido J. VALERO TORRIJOS. En su opinión, la adopción de los actos administrativos como resultado de un proceso automatizado en el que se ha desplazado completamente toda intervención humana directa «produce una quiebra del elemento subjetivo del acto administrativo en la medida en que no existe una intervención inmediata del titular del órgano en la determinación de su contenido, por lo que difícilmente cabe imputarle de forma directa la producción del acto incluso en el caso de que estampara personalmente su firma en el mismo dado que se limita a validar formalmente la respuesta elaborada por un sistema automatizado» (21). Esa ruptura, en su opinión, no encaja con la configuración actual del concepto de órgano administrativo y el rigorismo de las normas en cuanto al ejercicio de la competencia por el mismo.

VALERO no ha sido el único estudioso en realizar afirmaciones de este tipo. URÍOS APARISI y ALAMILLO DOMINGO comparten esta misma preocupación (22).

En esta misma línea, DELGADO GARCÍA y OLIVER CUELLO hablan de una quiebra en el concepto tradicional de acto administrativo como instrumento que encierra una manifestación de voluntad, conocimiento o juicio del órgano administrativo (23).

(21) *El régimen jurídico de la e-Administración*. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común, Editorial Comares, 2ª edición, Granada, 2007, p. 73. Este planteamiento ya se contenía en la primera edición de este libro, publicada en 2004.

(22) «Los límites a la utilización del sello del órgano por parte de las Administraciones Públicas en la Ley 11/2007», Comunicación presentada a las Jornadas Tecnimap, celebradas en Gijón del 27 al 30 de noviembre de 2007, p. 4, disponible en www.tecnimap.es. Última fecha de consulta: 4/10/2008. En la p. 7 de esta Comunicación afirman que se quiebra la tradicional concepción de acto administrativo y, en la página 10, que la introducción de esta posibilidad lleva a una necesaria reforma de la teoría general del órgano administrativo.

(23) «Regulación de la informática decisional en la Administración electrónica tributaria», Comunicación presentada en las Jornadas Tecnimap, celebradas en Sevilla, del 30 de mayo al 2 de junio de 2006, p. 7, disponible en www.csi.map.es/csi/tecnimap/tecnimap_2006/01T_PDF/regulacion%20de%20la%20informatica.pdf. Última fecha de consulta: 30/09/2008.

Esta misma idea ha sido reiterada en ulteriores trabajos de estos mismos autores: «Hacia una nueva regulación de la Administración electrónica: especial referencia al ámbito tributario», *Revista de Derecho Informático*, núm. 105, 2007 y «La actuación administrativa automatizada. Algunas experiencias en el ámbito tributario», *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, 2007.

En un punto intermedio se encuentra A. PALOMAR OLMEDA, quien plantea dos soluciones teóricas: reconducir la responsabilidad final del acto administrativo al órgano encargado de aprobar el sistema de información, en aras del principio de seguridad jurídica; o imputar la actuación al órgano que tiene encomendado el ejercicio de la competencia y que habría adoptado la decisión de no haber hecho uso de medios electrónicos (24). Finalmente, se pronuncia a favor de esta última (25).

En mi opinión, la actuación administrativa automatizada resulta perfectamente compatible con la teoría del órgano y con el concepto actual de acto administrativo.

El art. 53 de la Ley 30/1992, dispone en su primer apartado que «[l]os actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido». Por su parte, el art. 5 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado establece que «[f]endrán la consideración de órganos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo».

Ambas definiciones legales condensan miles de páginas escritas en torno al concepto de órgano administrativo.

En nuestro país ha sido el profesor J.A. SANTAMARÍA PASTOR quien mayor atención ha dedicado al estudio de esta cuestión. En un profundo y documentado estudio (26), explica cómo la teoría del órgano es tributaria del dogma de la personalidad jurídica del Estado y busca conectar las actuaciones de la Administración Pública llevadas a cabo por las personas físicas que se integran en su organización con la persona jurídica que es el Estado. Tras analizar las distintas corrientes doctrinales sobre la cuestión y mostrar su escepticismo al entender que, aún hoy en día, continuamos sin una tesis comúnmente aceptada, concluye que órgano es «un centro funcional unificado, de estructura interna compleja, cuya actividad se imputa a la persona jurídica en que se integra». Son dos, por tanto, los aspectos esenciales: la unificación funcional y la imputación. Una y otra tienen lugar a través de la titularidad del

(24) *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos...*, op. cit, pp. 49 y 50.

(25) Entiende que «el legislador procedimental no ha querido reconcebir la teoría del órgano sino exclusivamente imputar al que resulte competente, de conformidad con las reglas generales, los efectos de los actos o de los trámites realizados en el marco de un procedimiento tramitado electrónicamente que cumpla los requisitos generales en igualdad de configuración con lo que ocurriría en cualquier otro procedimiento que no se tramite de forma electrónica», *ibidem*, p. 68.

(26) «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 41-41, 1984 (cito por la versión electrónica de la Revista).

órgano: «la voluntad y los actos de dicha persona devienen en voluntad y actos del ente público en la medida en que desarrolla las funciones de que ha sido investida» (27). En definitiva, «la figura del órgano (...) no es sino un artificio técnico para explicar jurídicamente la traslación de los actos (o de sus efectos) realizados por los servidores de una persona pública a la esfera jurídica de ésta» (28).

Conectando las posiciones doctrinales con las definiciones normativas hoy vigentes en nuestro país, podemos afirmar que un órgano administrativo no es sino el resultado de la agrupación de funciones administrativas en atención a criterios organizativos en torno a una persona, designada como titular del mismo, cuyo ejercicio —el resultado del mismo— se imputa directamente al conjunto de la organización. En palabras del maestro italiano SANTI ROMANO, «es el ente mismo visto desde la perspectiva del conjunto de atribuciones que tiene encomendadas» (29). Se trata, pues, de una construcción organizativa basada en criterios normativos.

Si se ha afirmado que mucho se ha escrito sobre la teoría del órgano, más aún puede realizarse esta misma afirmación en relación con el concepto de acto administrativo. En lo que interesa a esta Comunicación, basta con señalar que son dos las grandes definiciones de acto administrativo hoy seguidas en nuestro sistema. La primera de ellas, puramente legal, responde a una concepción procedimentalista: acto administrativo es toda actuación de una Administración Pública sometida a Derecho Administrativo. Es la que sigue el art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA). La segunda, de carácter doctrinal, tiene su origen en el maestro italiano G. ZANOBINI, y entiende el acto administrativo como declaración de voluntad, conocimiento, juicio o deseo, realizada por la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria (30).

Cuando se habla de Administración electrónica (y el caso de la actuación administrativa realizada por medios electrónicos no es una excepción), no debe perderse de vista que ésta se define como el uso de las TIC en el

(27) «La teoría del órgano...», op. cit., p. 11.

(28) *Íbidem*, p. 22.

(29) *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, Società Editrice Libraia, Milán, 1912, p. 77. Su maestro, V.E. ORLANDO, había definido el órgano como el «conjunto de tareas que el Estado encomienda a una persona física con la finalidad de cumplir una función que pertenece al propio Estado, con una finalidad pública, esto es, en el interés jurídico o social de la colectividad», *Principii di Diritto Amministrativo*, Manuali Barberà, Florencia, 1919, p. 43.

(30) Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 540.

ejercicio de la función administrativa y que, por tanto, no implica una nueva Administración en esencia —si bien sí cambios sustanciales de la misma—. Debe, pues, tenerse muy presente la definición ofrecida al inicio de estas páginas.

La LAE contiene numerosas referencias tanto a los órganos administrativos como a los actos administrativos a lo largo de su articulado. Sin embargo, en todas ellas lo electrónico es accesorio y el concepto tradicional es lo esencial. En otras palabras, la Ley no redefine ni el concepto de órgano ni el concepto de acto administrativo. No crea la figura del órgano administrativo electrónico, sino que habla del empleo de medios electrónicos por parte de los órganos administrativos en el ejercicio de las funciones encomendadas; y tampoco inventa el concepto de acto administrativo electrónico, sino que hace referencia al uso de las nuevas tecnologías en la actuación de la Administración y en el procedimiento administrativo.

La prueba de ello se condensa en su art. 33, según el cual, «[l]a gestión electrónica de la actividad administrativa respetará la titularidad y el ejercicio de la competencia por la Administración Pública, órgano o entidad que la tenga atribuida y el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la correspondiente actividad». El hecho de que la resolución administrativa sea materialmente adoptada por un ordenador en ejecución de una aplicación informática especialmente diseñada a tal fin influye sobre la forma, pero no sobre la sustancia. Órgano administrativo y acto administrativo continúan siendo concebidos de la misma manera (31).

Expresado de una manera quizás excesivamente sucinta, los elementos de toda actuación administrativa son tres: potestad-competencia, imputación y declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo que surte efectos en el exterior del ámbito puramente interno de la Administración Pública. A esa declaración se llega mediante el desarrollo de un proceso intelectual: producidas las circunstancias integrantes del supuesto de hecho de una norma y tras valorar el conjunto de elementos concurrentes y el cumplimiento de los requisitos exigidos por ella, se adopta una decisión que se atribuye a la concreta Administración actuante y en la que se explicitan las razones que han llevado a adoptarla.

Así ocurre cuando la decisión es adoptada por una persona física y también debe ocurrir cuando quien actúa es un sistema informático. La única dife-

(31) Esta previsión es reiterada más adelante por el art. 38 LAE y, en relación al uso de los sistemas de firma electrónica por el personal al servicio de la Administración, por el art. 19. Ello debe ser leído como un intento del Legislador de evidenciar que el empleo de las TIC no implica alteración competencial.

rencia radica en el proceso intelectual: mientras que en el primer caso lo realiza una persona, en el segundo se encuentra automatizado, de tal modo que la máquina decide simplemente en ejecución de los parámetros que han sido introducidos en el sistema de información por ella empleado.

Las preguntas que se están planteando son dos: de un lado, si es posible mantener la teoría clásica del órgano administrativo en el supuesto de actuación administrativa automatizada; de otro, si encaja en la concepción de acto administrativo el adoptado por medios electrónicos.

El hecho de que la decisión haya sido adoptada por una máquina de forma automatizada no implica que la actuación se le impute a ella, sino que la autoría del acto recaerá sobre el órgano administrativo que ejerce la potestad y tiene encomendada la competencia. La imputación no deja de ser una ficción normativa: la autoría de una actuación llevada a cabo por una persona —o por una aplicación informática— integrada en un órgano de una Administración Pública se atribuye a esta última porque así lo impone la Ley. El nexo de unión entre la realización material de la actuación y la organización personificada es el titular del órgano administrativo que tiene atribuida la competencia ejercitada. Y, hoy por hoy, ese titular es siempre una persona que, además, debe haber cumplido dos requisitos: designación (libre o mediante procedimiento selectivo) y toma de posesión. La máquina, la herramienta informática, no deja de ser un medio al servicio del titular del órgano.

Así se deriva de lo dispuesto en los arts. 38 y 18 LAE, que dejan claro que la competencia corresponde al órgano. El primero de ellos exige que la resolución de un procedimiento utilizando medios electrónicos garantice la identidad del órgano competente. Ello remite al segundo, según el cual, para la identificación y la autenticación del ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada cada Administración Pública deberá concretar sistemas de firma electrónica, entre los que se encuentra el sello electrónico de órgano o Administración, o el código seguro de verificación de firma de órgano o Administración; en ambos casos certificado de sello electrónico y código de verificación se vinculan de un modo u otro a una persona, sea el titular del órgano o quien se encuentre en la cúspide de la Administración.

Las posibilidades de las nuevas tecnologías, si bien no son ilimitadas, sí son prácticamente imposibles de predecir. Por tanto —soy consciente de ello—, afirmar que en el futuro la concepción del órgano seguirá siendo exactamente la misma es una posición arriesgada. ¿Puede ser la máquina órgano administrativo, esto es, unidad funcional integrada en la Administración con competencia para expresar externamente su voluntad y vincular a ésta, sin intervención ni puntual ni general, ni anterior ni posterior, de persona alguna? No es difícil imaginar un Registro administrativo completamente electrónico,

en el que la entrada, salida, archivo y organización de comunicaciones electrónicas estén completamente automatizadas. Tampoco un centro informático específicamente encargado de la producción de un concreto tipo de actos administrativos (pensemos en certificaciones del padrón municipal, concesión de licencias regladas o adjudicaciones en subastas electrónicas). Sin embargo, la norma siempre conectará ese órgano y su actuación con una persona física, tanto con carácter previo como con posterioridad a la actuación. Así se deriva de la concurrencia de dos elementos: el principio de legalidad, que conecta toda actuación administrativa con la norma que le sirve de fundamento; y los principios de seguridad jurídica y transparencia, que exigen que se determine tal conexión y se sepa cómo opera.

En consecuencia, lo ordinario será que la informática decisional quede integrada en el marco de las unidades administrativas auxiliares de la actuación por parte del órgano competente, sin capacidad para expresar externamente la voluntad de la Administración, siendo las actuaciones adoptadas de manera automatizada imputadas a éste y, desde él, a la Administración en que se integra. Aun en el caso en que, como ya está ocurriendo en la realidad, la decisión se adopte e, incluso, se notifique de forma automatizada sin intervención de persona alguna, ésta siempre se conectará con el órgano que tiene atribuida la competencia y, por tanto, con su titular.

Efectivamente, tal conexión viene dada por la firma del acto y la autenticación del ejercicio de la competencia. Toda actuación administrativa debe ser debidamente firmada como garantía de la identidad del órgano autor de la misma y de que aquélla es expresión de la voluntad de éste, que asume su contenido. La actuación administrativa automatizada no es una excepción. En este caso, la firma es electrónica y, como ha sido mencionado, debe producirse mediante el empleo de dos sistemas de firma alternativos: el sello electrónico y el código seguro de verificación de firma. Aunque no es éste el momento para profundizar sobre el análisis de ambos instrumentos, interesa destacar que uno y otro pueden ser de la titularidad del conjunto de la persona jurídica —la Administración actuante— o de alguno de los órganos que la forman. Sin la mediación de alguno de ellos, sin la firma, no hay actividad administrativa válida, porque no existe imputación. A estos efectos es indiferente que el sello o el código sean utilizados por un funcionario, persona física, o por una aplicación informática de forma automatizada (32). Lo importante es que se produce la imputación por voluntad de la norma y que se aplica la

(32) De hecho, el segundo apartado del art. 18, al hacer referencia a los certificados electrónicos en que se basen los sellos electrónicos, señala que éstos «incluirán el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, pudiendo contener la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos».

ficción consistente en atribuir a la Administración o al órgano titular del sistema de firma (y, en este caso, desde él a la Administración) la autoría de tal actuación. Si la firma es del órgano y la competencia se atribuye legalmente al órgano —que, además, no puede renunciar a ella en aplicación del art. 12.1 de la Ley 30/92—, el hecho de que quien firme o quien ejerza la competencia materialmente sea un sistema de información no es relevante a efectos de conceptualización (33).

En definitiva, dado que lo que se automatiza es el proceso de toma de decisiones, esto es, el ejercicio de la función o las funciones asignadas al órgano y no el órgano mismo, la actuación automatizada no es sino una forma de adoptar resoluciones administrativas que ni afecta al órgano (que sigue estando integrado por personas físicas ayudadas de medios materiales y regido por su titular, también persona física), ni altera la competencia. Es el resultado de la aplicación de las TIC al proceso decisorio de la Administración Pública en el marco del procedimiento administrativo, en su fase de terminación. La teoría del órgano, por tanto, sigue vigente y no hay quiebra alguna del elemento subjetivo del acto administrativo, pues la conexión entre actividad automatizada y órgano se produce a través del uso de un sistema para firmar y autenticar el ejercicio de la competencia (34).

Es más, esa conexión puede apreciarse igualmente en la necesidad de que el órgano competente para adoptar la resolución apruebe los programas y aplicaciones utilizados por el sistema de información que sirve de base a la actuación administrativa automatizada. Sólo producida aquélla puede ésta

(33) Comparte esta posición FABRA VALLS, según el cual la imputación de las resoluciones automatizadas a un órgano concreto a través de la identificación y autenticación del ejercicio de la competencia mediante un sistema de firma permite mantener la estructura tradicional de competencias y recursos y, por tanto, «puede mantenerse la teoría del órgano entendiendo que la imputación se produce a alguno de los órganos que tiene funciones legalmente atribuidas respecto al sistema de información que las emite», «La reforma de la Administración electrónica y su incidencia en los procedimientos tributarios», en FABRA VALLS y BLASCO DÍAZ (Eds.): *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectiva de futuro*, Universitat Jaume I, Castellón, 2007, p. 264.

(34) Es aquí donde radica, en mi opinión, el error del planteamiento de VALERO TORRIJOS. Para él, en la medida en que no existe una intervención inmediata y directa del titular del órgano en la determinación del contenido del acto administrativo adoptado de forma automatizada, existe quiebra del elemento subjetivo y, por tanto, «difícilmente cabe imputarle de forma directa la producción del acto incluso en el caso de que estampara personalmente su firma en el mismo dado que se limita a validar formalmente la respuesta elaborada por un sistema automatizado»; entiende, en consecuencia, que el mantenimiento de la imputación sólo es posible «cuando exista por su parte al menos una actividad de dominio y supervisión en el funcionamiento de los sistemas empleados», *El régimen jurídico de la e-Administración...*, op. cit., p. 73. Según se ha intentado justificar, dado que la voluntad que expresa un acto administrativo es una voluntad normativa y teniendo en cuenta que la imputación no es sino la atribución normativa de la autoría de un acto, basta con la conexión actuación-sello del órgano para mantener la validez de la teoría del órgano.

entrar en juego. Se trata de una forma para controlar la corrección de las decisiones automatizadas (35) que será objeto de análisis más adelante.

Todo lo anterior lleva a defender igualmente la vigencia de la configuración del acto administrativo de conformidad con la teoría del negocio jurídico actualmente mayoritaria en nuestro país.

La pregunta que se plantea en este caso es si encaja el acto administrativo adoptado por medios electrónicos sin intervención de ser humano en el concepto tradicional de acto administrativo. Nos estamos refiriendo más en concreto a los actos que ponen fin a un procedimiento, esto es, a las resoluciones administrativas, pues no se plantea duda alguna respecto de los actos de trámite, que pueden ser adoptados perfectamente por medios electrónicos sin que se planteen problemas más allá que los derivados del uso de tales medios.

En este sentido, si se acude a la clásica definición de resolución administrativa de M.S. GIANNINI, según la cual ésta sería «el acto administrativo mediante el cual la autoridad administrativa actúa el interés público que tiene encomendado en el ejercicio de sus potestades y afectando a la situación subjetiva del particular» (36), resulta evidente que dentro de la misma encaja tanto la resolución materialmente adoptada por una persona física como la realizada por una aplicación informática.

La clave de este concepto radica en la elección sobre el modo de satisfacer el interés público en el caso concreto o, dicho en otras palabras, en la voluntad del órgano.

En este sentido, si se atiende a las afirmaciones de autores que parten de una concepción excesivamente rigorista, no sería posible considerar resolución administrativa la adoptada de forma automatizada, porque las máquinas carecen de voluntad. Así lo entiende el profesor R. PARADA VÁZQUEZ, quien afirma rotundamente que «los actos administrativos son manifestaciones de voluntad y las máquinas, al no tenerla, carecen de posibilidad de producir actos jurídicos y lo que reflejan no es más que el resultado de los datos y programas que se introducen en ellas, por lo que la producción jurídica sigue estando referida a los funcionarios y autoridades de que sirven de aquéllas» (37).

Comparto la segunda parte de la afirmación, en cuanto que se refiere a la validez de la teoría del órgano como centro de imputación de toda activi-

(35) Así lo entiende VALERO TORRIJOS, *El régimen jurídico de la e-Administración...*, op. cit., p. 80.

(36) *Diritto Amministrativo*, vol. II, 2ª edición, Giuffrè, Milán, 1988, p. 672.

(37) *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 194.

dad administrativa, también la automatizada, pero no la primera parte de la misma. Efectivamente, la voluntad de la que es expresión un acto administrativo no es una voluntad de persona física, sino voluntad procedimental, voluntad normativa, una hipóstasis (38): el órgano administrativo, a través de las personas —o, en su caso, máquinas— que lo integran, procede a emanar una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo en ejecución de una norma para la satisfacción del interés general. Cuando esa actuación es reglada, las posibilidades son claras: si se cumple el supuesto de hecho previsto en la norma, se aplica la consecuencia jurídica en ella contenida y, mediante este simple proceso, se satisface el interés general. En estos casos, tal proceso intelectual puede ser desarrollado por una persona o por una máquina, sin que ello suponga alteración alguna en el resultado final en el aspecto relativo a su definición (39).

Dicho en otras palabras, el acto administrativo es acto típico. Con él, el titular del órgano que tiene encomendada la competencia para el ejercicio de la concreta potestad administrativa que se concreta en el acto no expresa su propia voluntad, sino la voluntad del órgano, esto es, la voluntad de la norma. Y ello ocurre también cuando la resolución es automatizada.

Llama la atención que la LAE hable en todo momento de actuación administrativa automatizada en lugar de hacer referencia a acto administrativo automatizado. La razón es sencilla —y avala la interpretación que se está argumentando en estas páginas—: lo relevante de aquella no es el producto, que no deja de ser un acto administrativo normal y corriente, sino la forma en que se adopta, la actuación que permite llegar a ese producto final. De la misma manera en que la actuación de un funcionario en el marco de un procedimiento da lugar a un acto administrativo concreto, la actuación de una aplicación informática en el marco de un procedimiento administrativo da lugar a un acto administrativo, que es electrónico, esto es, que posee un soporte diferente (digital), pero que tiene el mismo contenido.

Efectivamente, un acto administrativo adoptado por medios electrónicos, aún en su integridad, puede consistir en una declaración de voluntad (adjudicación de un contrato por subasta electrónica); en una declaración de jui-

(38) Sigo nuevamente a GIANNINI, para quien esa voluntad «es el resultado de secuencias de actos de distintas unidades u órganos, cada uno de los cuales aporta sus propios juicios, valoraciones, opiniones; si la resolución, una vez adoptada, es considerada acto de una determinada persona jurídica lo es a los efectos de imputación formal, como consecuencia del principio de seguridad jurídica», *Diritto Amministrativo...*, op. cit., p. 677.

(39) La voluntad imputada al órgano administrativo no deja de ser una ficción. También lo es la imputación de la voluntad automatizada expresada por una máquina: la única diferencia está en el proceso de adopción de la decisión, pero no en la imputación.

cio (valoración de los méritos de un candidato en el marco de un proceso de evaluación de su actividad); en una declaración de conocimiento (certificado electrónico de empadronamiento); o en una declaración de deseo (propuesta de sanción por infracción en materia de estacionamiento limitado en procedimientos donde el interesado no formula alegaciones). En definitiva, un acto administrativo automatizado adoptado por medios electrónicos es igual en contenido que un acto administrativo adoptado por medios humanos. La única diferencia es que un acto administrativo electrónico no puede abarcar todas las posibilidades de actividad realizada en el ejercicio de una potestad administrativa que quedan cubiertas por un acto administrativo convencional, como se verá más adelante.

La duda que surge, una vez demostrado que el acto administrativo electrónico cumple los requisitos de la definición clásica de acto administrativo, es si también cumple el resto de exigencias de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Es de todos conocido que todo acto administrativo, para resultar plenamente válido y eficaz, ha de ser ajustado a Derecho —conforme al ordenamiento jurídico y dictado en el ejercicio de una potestad por el órgano competente con arreglo al procedimiento legalmente establecido—, de contenido determinado y posible, adecuado al fin de la potestad, coherente con los hechos que le sirven de presupuesto y motivado. Pues bien, en principio, y en términos generales, no parece que exista ningún obstáculo para que todos estos requisitos sean cumplidos por un acto administrativo adoptado de forma automatizada. Es en este punto donde radica la importancia de la aplicación informática que sirve de base a la actuación administrativa automatizada a la que hace referencia el art. 39 LAE, según el cual, para este tipo de actuación, *«deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría, del sistema de información y de su código fuente»*. Y es en este punto, además, donde se plantean los límites al ámbito de aplicación de las posibilidades de la actuación administrativa automatizada: tal automatización no puede desarrollarse respecto de todo tipo de actividad administrativa, sino sólo respecto de aquella que supone ejercicio de potestades regladas o, al menos, de baja discrecionalidad, en los que es posible la parametrización de las posibilidades de actuación del órgano administrativo competente.

En conclusión, toda persona jurídica —también la Administración— necesita de personas físicas que realicen materialmente las actuaciones que pueden-deben llevar a cabo. Esa actividad material, y aquí radica la novedad, puede ser actualmente desarrollada por un ordenador en ejecución de una

aplicación informática específicamente creada y configurada para ello. Pero esto es irrelevante para la teoría del órgano, pues la actuación se sigue imputando al órgano que tiene encomendada la competencia y que es quien firma el acto; y para la concepción del acto administrativo, pues su contenido puede ser el mismo. La única diferencia radica en que la conexión no tiene lugar a través de la intervención directa del titular del órgano, sino mediante el empleo de un sistema de firma (40).

La constatación de la vigencia de la teoría del órgano como unidad administrativa que tiene asignadas funciones de cuyo ejercicio se derivan efectos jurídicos frente a terceros y de la teoría del acto administrativo como declaración de un órgano administrativo en el ejercicio de una potestad administrativa no conduce, sin embargo, a entender que la implantación de las nuevas tecnologías en la organización y la actuación de las Administraciones Públicas carezca de efecto alguno. Antes al contrario, de ello se derivan consecuencias, pero no sobre el concepto de órgano o de acto (y, por tanto, no sobre el concepto de actuación administrativa automatizada), sino sobre su régimen jurídico, puesto que la LAE exige el cumplimiento de toda una serie de condiciones adicionales que influyen sobre la validez y la eficacia de los actos administrativos adoptados de forma automatizada: identificación y autenticación; habilitación normativa previa; aprobación y publicidad de los programas y especificaciones empleados; o notificación electrónica.

A través de este concreto ejemplo, elegido de entre otros muchos posibles —sede electrónica, registros, notificaciones, firma electrónica, etc.—, queda demostrado que la implantación de la Administración electrónica obliga a replantearse teóricamente conceptos, estructuras, instituciones clásicas y actuales del Derecho Administrativo.

2. la administración electrónica como reto para la docencia del derecho administrativo: el ejemplo de la asignatura «derecho administrativo electrónico»

Si he afirmado anteriormente que la Administración electrónica influye tanto en la Administración como persona jurídica —organización—, cuanto

(40) Como precisa LINARES GIL, el acto puede imputarse directamente a un órgano administrativo o, incluso, a una Administración Pública, «Identificación y autenticación de las Administraciones públicas», en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS J., op. cit., p. 310. Esto es lo que explica que la LAE, al regular los sistemas de identificación y autenticación del ejercicio de la competencia en los casos de actuación administrativa automatizada, permita el uso indistinto de diferentes alternativas de firma: sello de órgano o de Administración y código seguro de verificación de firma de órgano o de Administración.

en la administración como función —acto administrativo y procedimiento—, y, por tanto, ello es un reto para la ciencia del Derecho Administrativo, la lógica me lleva a mantener igualmente que esa misma influencia constituye un reto para la docencia de esta disciplina (41).

Desde hace dos años vengo impartiendo en la Universidad de Castilla-La Mancha —y, más concretamente, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo— la asignatura «Derecho Administrativo Electrónico». Se ofrece en el Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho como asignatura de Libre Configuración, dotada de 3 créditos, y la docencia sigue el sistema ECTS.

La inquietud por diseñar y plantear la integración de esta asignatura en el Plan de Estudios de Derecho me surgió ante la inminente aprobación de la LAE. Discutida la propuesta en una reunión de profesores del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, dirigido por el profesor Luis Ortega Álvarez, se aprobó solicitar su implantación al Vicerrectorado de Profesorado, que estimó la petición. El curso 2008/2009 es el segundo año de impartición (42).

El programa de la asignatura se desarrolla a lo largo de un Cuatrimestre. Las sesiones son teóricas y prácticas y en ambos casos se conecta lo explicado o lo practicado con supuestos reales.

El fin de la misma consiste en llevar a cabo un estudio horizontal de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito de la Administración Pública. Su objetivo principal es doble: de un lado, explicar los nuevos paradigmas que están surgiendo en el Derecho Administrativo con la implantación de la Administración electrónica; de otro, familiarizar a los estudiantes con el uso de las nuevas tecnologías en sus relaciones con la Administración. Es por ello que tiene un contenido teórico-práctico, simultaneando explicaciones teóricas, realización de prácticas tradicionales y aplicación práctica de las nociones aprendidas mediante el manejo de procedimientos electrónicos reales. A través de las diferentes sesiones se aborda

(41) BERNARDÍ GIL ha sido quien más ha insistido hasta el momento en la posibilidad de afirmar la existencia de un Derecho Público Electrónico como un nuevo subordenamiento, de suficiente entidad como para ser considerado aisladamente y de forma global y para ser enseñado con autonomía, en «Derecho Público y Administración Electrónica: una visión panorámica», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 1, 2005 (Ejemplar dedicado a: Los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías), pp. 211-241. Última fecha de consulta: 13/10/2008.

(42) El primero fue el Curso 2007/2008, año en que compartí la asignatura junto con mi compañero Jesús Punzón Moraleda, que también lleva años dedicándose al estudio de la Administración electrónica.

el contenido principal de la LAE y del resto de normas sectoriales referidas a la implantación de las nuevas tecnologías en la Administración.

El programa de la misma viene integrado por las siguientes lecciones:

Lección 1ª: Nuevas tecnologías y Administración Pública: planteamiento general. *Lección 2ª:* Administración electrónica y derechos de los ciudadanos: el estatus del ciudadano administrado electrónicamente. *Lección 3ª:* Algunos conceptos previos: documento electrónico y firma electrónica. *Lección 4ª:* El régimen jurídico de la Administración electrónica (I): la sede administrativa electrónica; *Lección 5ª:* El régimen jurídico de la Administración electrónica (y II): registros y notificaciones electrónicas. *Lección 6ª:* Otros aspectos importantes relacionados con la Administración electrónica (I): protección de datos. *Lección 7ª:* Otros aspectos importantes relacionados con la Administración electrónica (II): la contratación administrativa electrónica. *Sesión final práctica:* El procedimiento administrativo electrónico (adaptación práctica de procedimientos a la LAE, en aplicación de lo aprendido).

El Manual de referencia en la asignatura es la obra coordinada por E. GAMERO CASADO y J. VALERO TORRIJOS: *La Ley de Administración Electrónica*, publicada por Thomson-Aranzadi en 2008. Asimismo, es de lectura obligatoria la Lección que dedica a la Administración electrónica E. GAMERO CASADO en su *Manual Básico de Derecho Administrativo* (en coautoría con S. FERNÁNDEZ RAMOS), publicado en la editorial Tecnos (la 5ª edición es de 2008).

En definitiva, entiendo que el Derecho Administrativo Electrónico es una asignatura horizontal: afecta a materias básicas del Derecho Administrativo que forman parte del programa de las asignaturas troncales Derecho Administrativo I, II y III: acto administrativo (actuación administrativa automatizada, documento electrónico), procedimiento administrativo (iniciación, tramitación y resolución, notificaciones), organización administrativa (sede electrónica, órganos colegiados, registros) o contratos administrativos (contratación electrónica). Esa horizontalidad hace que, tal y como están planteados los Planes de Estudios, no pueda integrarse como Lección dentro del programa de alguna de las asignaturas troncales del Área, porque afecta a todas ellas.

Junto con ello, constituye argumento adicional la actualidad de la Administración electrónica: es materia obligada de todos los temarios de oposiciones; todas las Administraciones Públicas, incluyendo la propia Universidad, están en proceso de implantación de la Administración electrónica (los derechos reconocidos en la LAE serán plenamente exigibles a partir del 31 de diciembre de 2009); y los entes locales, las Administraciones autonómicas y la Administración General del Estado tienen pendiente el desarrollo reglamentario de la LAE, que sin duda alguna tendrá igualmente su cuota de trascendencia.

Se trata, pues, de un reto actual para la docencia del Derecho Administrativo.

III. CONCLUSIÓN

La Administración electrónica constituye un reto fundamental para el Derecho Administrativo. Lo más significativo de la misma es que a través de su estudio se busca no tanto lo que «es», cuanto lo que «debe ser». No considero que el cambio que se está produciendo con la revolución tecnológica en la Administración y en la función de administrar será tan amplio como para implicar una transformación radical de la Administración y del concepto mismo de Derecho Administrativo; pero lo que resulta evidente es que sí supondrá —como, de hecho, está suponiendo—, un cambio en el régimen jurídico de las Administraciones públicas y en el procedimiento administrativo común. Y, si cambia la forma de organizarse y la forma de canalizar la actuación administrativa, habrá que pensar en nuevas implicaciones de los conceptos de Administración y de Derecho Administrativo. Si el Derecho Administrativo es el conjunto de principios y normas relativas a la Administración Pública que tienen por objeto regular su estructura y su actuación para hacer posible la satisfacción del interés general, desde el momento en que cambian las formas de actuación y las propias estructuras, y se da un mayor protagonismo a quien antes simplemente era destinatario de la misma, cambia la propia función administrativa y la misma institución (43).

Y ello ha de surtir efectos en la ciencia y en la docencia de nuestra disciplina.

(43) En este mismo sentido, S. CASSESE afirma que «[l]a organización de la Administración pública influye al Derecho que la afecta», op. cit., p. 175.

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NO VINCULANTES: EL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2008 EN MATERIA DE PUBLICIDAD EN TELEVISIÓN

XIMENA LAZO VITORIA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.— I. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTROL Y SANCIÓN POR PUBLICIDAD TELEVISIVA ILÍCITA. ESPECIAL REFERENCIA A LA «ACCIÓN DE CESACIÓN».— II. EL ORIGEN DEL CONFLICTO: EL REQUERIMIENTO DE CESE DE EMISIÓN DE LA PUBLICIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ¿UN ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR O «UN REQUERIMIENTO NO VINCULANTE» QUE EXPRESA UN «JUICIO» DE LA ADMINISTRACIÓN?— III. REFLEXIÓN FINAL.

INTRODUCCIÓN

Esta comunicación tiene por objeto comentar un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo originado en una orden de cese de un anuncio publicitario en televisión. Su interés radica en la sorprendente negación de los efectos vinculantes de la citada *orden* (emanada de un departamento ministerial), evitando con ello la declaración de nulidad del acto administrativo, a pesar de que previamente el alto Tribunal ya había constatado la falta de habilitación legal de la Administración Pública autora del mismo para dictarlo.

I. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTROL Y SANCIÓN POR PUBLICIDAD TELEVISIVA ILÍCITA. ESPECIAL REFERENCIA A LA «ACCIÓN DE CESACIÓN»

La adecuada comprensión del caso que aquí se comenta aconseja exponer los rasgos esenciales de las potestades otorgadas a la Administración Pública en el ámbito de la publicidad en televisión. Para comenzar hay que indicar que esta materia se encuentra regulada por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) así como por la Ley 25/1994, de 12 de julio, de Televisión (LT), por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposicio-

nes legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Ambos textos legales se ocupan de delimitar los supuestos de publicidad ilícita (arts. 3 a 7 LGP y 8 a 10, 16 y 17 LT) así como de establecer algunos mecanismos para reaccionar en contra de la citada publicidad. En este último ámbito, la LT establece un modelo que podríamos denominar dual, según el cual, por un lado, la Administración Pública se encuentra habilitada para controlar e inspeccionar la publicidad emitida por las televisiones e imponer, en su caso, las respectivas sanciones y, por otro, los Tribunales de justicia son competentes para conocer de la denominada «acción de cesación». Esta última tiene por objeto, como su propio nombre indica, la cesación de la conducta prohibida —retirada del anuncio publicitario— y su no reiteración en el futuro (art. 22.2 LT). De forma similar, la LGP reserva también la potestad de suspensión del respectivo anuncio a los Tribunales de justicia (art. 29) (1).

Como ha quedado indicado, y aunque resulta hasta cierto punto paradójico la Administración Pública puede controlar y, en su caso, imponer sanciones a los servicios televisivos —las cuales pueden consistir en elevadas multas o, incluso, dar lugar a la suspensión del título habilitante para la prestación del servicio de televisión, art. 20 LT— pero no, en cambio, para acordar la suspensión de una determinada publicidad y ello aunque se trate de los casos más graves de publicidad ilícita (protección de los menores frente a la programación, art. 17 LT) (2). En cuanto a las potestades de control e inspección, reguladas en una única disposición (art. 19 LT) que inaugura el Capítulo VI de la LT («Del régimen sancionador»), comprende exclusivamente la competencia para «requerir a los operadores públicos o privados los datos que estimen necesarios para el ejercicio de sus funciones». Correlativamente, dichos operadores deben archivar durante los seis meses siguientes a su primera emisión, todos los programas emitidos incluida la publicidad y la televenta.

(1) Es cierto, sin embargo, que tanto la LGP como la LT establecen la posibilidad de que toda persona que resulte afectada por una publicidad (en el caso de afectación de intereses colectivos, están legitimados el Instituto Nacional de Consumo y de los demás entes administrativos mencionados en los art. 25.2 LGP y 23.2 LT) pueda «solicitar del anunciante la cesación, o en su caso, la rectificación» de la misma. Y en caso de aquélla no sea atendida —es, simplemente, una solicitud— o, incluso sin necesidad de dicha solicitud previa, la leyes antes citadas permiten el ejercicio de la aludida «acción de cesación» ante los Tribunales ordinarios de justicia.

(2) En contraste con el modelo que se ha expuesto, otras leyes han optado por atribuir a la Administración Pública la potestad para suspender la publicidad en determinados supuestos. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 29/2006, de 26 de julio 2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, la cual en términos parecidos a su antecesora —Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, art. 106.1— establece que la Administración sanitaria podrá suspender cautelarmente la publicidad en el caso «de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud» (art. 99.1).

I. EL ORIGEN DEL CONFLICTO: EL REQUERIMIENTO DE CESE DE EMISIÓN DE LA PUBLICIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ¿UN ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR O «UN REQUERIMIENTO NO VINCULANTE» QUE EXPRESA UN «JUICIO» DE LA ADMINISTRACIÓN?

Una vez que se han expuesto las competencias administrativas en esta materia, corresponde analizar los antecedentes de la sentencia que aquí se comenta. El conflicto tiene su origen en una campaña de publicidad en televisión de una conocida marca de desodorantes la cual contenía ciertas imágenes que, a juicio del Colegio de Médicos de Madrid, resultaban «atentatorias y vejatorias para la dignidad de los médicos». La denuncia presentada por el citado Colegio profesional ante la entonces Subdirección General de Contenidos de la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología, da lugar a una «resolución» mediante la cual «se requiere de cese de la emisión» del citado anuncio a las respectivas cadenas de televisión (3). Estos breves datos permiten afirmar que la indicada resolución ministerial no puede encuadrarse en las potestades de control e inspección que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración Pública, puesto que éstas se circunscriben exclusivamente al requerimiento de información, y que la misma tampoco podría considerarse como una sanción administrativa. Esto último porque aparte de que resulta evidente la ausencia de todo procedimiento de instrucción, «el cese de la emisión» no está tipificada entre las sanciones aplicables a los supuestos de emisión de publicidad ilícita. Ello conduce inevitablemente a considerar que la citada resolución se ha producido al margen del marco competencial dibujado por el legislador en el ámbito de la publicidad televisiva. Por tanto, las únicas decisiones plausibles frente al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad mercantil propietaria del producto publicitado deberían haber sido la inadmisión del recurso, por tratarse de una actividad no susceptible de impugnación, o, en caso de que se entre a analizar el fondo del asunto —al fin y al cabo, se trata de una manifestación de voluntad revestida de la forma de acto administrativa, notificada a las cadenas de televisión, etc— la declaración de nulidad de la misma.

La STS de abril de 2008 y aquella en la que trae causa (STS) de la Comunidad de Madrid de 21 de febrero de 2005) han llegado, no obstante, a conclusiones diversas de las que se han expuesto. Así, en primer término, el pronunciamiento del Tribunal de instancia considera que la resolución ministerial no es producto del ejercicio de potestades sancionadoras —la alegación básica que se desprende del recurso y de ahí su reproche a la falta de procedimiento,

(3) No era ésta la vía que debía seguir obligatoriamente el Colegio profesional puesto que, como se ha apuntado con anterioridad, podía, en tanto representante de derechos o intereses legítimos, presentar por sí mismo una «solicitud de cese» ante las televisiones o ejercitar directamente la acción de cesación ante los Tribunales de Justicia.

tipicidad, etc.— sino, según aclara seguidamente, «la mera retirada... (es) una clara manifestación de una potestad de control de publicidad emitida y que es atribuida y que ostenta para ello la Subdirección General de Contenidos y del Ministerio de Ciencia y Tecnología, como luego veremos ampliamente» (F.J. 3º). El caso es que para aceptar dicha línea argumental es menester realizar precisamente una declaración que aunque anunciada en la sentencia, el TSJM termina por omitir, es decir, indicar en qué norma jurídica concreta se encuentra la habilitación para suspender la emisión de una publicidad ilícita. En realidad, la sala se ocupa de exponer una cuestión distinta, la relativa a justificar que la citada Subdirección es competente para realizar funciones de control e inspección en esta materia. Aparte que este punto no es objeto de discusión —la recurrente alega incompetencia del citado órgano administrativo para imponer sanciones— su esclarecimiento no refuerza el razonamiento del Tribunal, al no conectar las funciones de control e inspección con una medida específica: el cese de la publicidad. Como resultado de lo anterior, el TSJM entra a juzgar el fondo del asunto (licitud o ilicitud del aviso publicitario) y concluye, en lo que aquí interesa, confirmado la resolución recurrida «que ejerciendo *correctamente la labor de control* de la Administración, *suspende* la emisión del anuncio por encubrir publicidad ilícita».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo aunque rectifica parcialmente el razonamiento del TSJCM termina por alinearse en sus conclusiones. De este modo, en primer término, el TS precisa que la Administración Pública se encuentra habilitada para controlar y, en su caso, sancionar a las cadenas de televisión en los supuestos de emisión de publicidad ilícita pero que, en cambio, no cuenta con el «poder de ordenar con carácter imperativo el cese de la publicidad ilícita, ni de ejecutarlo por sí misma». Ello es así, añade a reglón seguido, puesto que el legislador ha optado por atribuir dicho poder sólo al juez, incluso cuando se trate de mensajes publicitarios de productos, bienes, actividades o servicios que puedan dañar los intereses generales (F.J. 5º).

Sin embargo, tras negar la falta de habilitación legal de la Administración para ordenar el citado cese, el TS resuelve la calificación jurídica de la actuación que aquí se analiza de un modo sorprendente. En su parecer, «los requerimientos de cese emitidos por los órganos administrativos... *carecen de fuerza coactiva* y no son sino expresión del juicio de sus titulares sobre la ilicitud de los mensajes publicitarios.» No se trata pues, puntualiza el citado Tribunal «de requerimientos vinculantes que impongan coercitivamente ni obliguen al cese o a la retirada forzosa de dichos mensajes, *sino más bien de requerimientos similares a los que cualquier persona*, privada o pública, cuyos intereses ella misma considere perjudicados por un anuncio publicitario, puede dirigir al operador de la televisión para que deje de emitirlo». Por lo mismo, termina concluyendo, el operador de televisión «*queda en libertad de atender o no el requerimiento*» o, como señala más adelante, «*no impone a sus destinatarios una obligación de resultado*» (F.J. 7º y 9º).

Lo antes expuesto permite apreciar una diferencia sustancial en el desarrollo argumental de una y otra sentencia. En efecto, mientras que la primera considera que la Administración sí puede ordenar el cese de un anuncio publicitario que considere ilícito por encuadrarse en las potestades de control, el Tribunal Supremo aprecia, por el contrario, una falta de habilitación en la citada actuación. Sin embargo, como ha quedado expuesto ello no se traduce en la consiguiente declaración de nulidad, como resultaría de la aplicación de las reglas relativas a la invalidez de los actos administrativos, sino que a la afirmación del carácter «no obligatorio» o «no vinculante» del requerimiento ministerial.

En lo subsiguiente, la STS sigue la huella marcada por el Tribunal de instancia, al declarar que la orden de cese de emisión, no puede encuadrarse en las potestades sancionadoras de la Administración sino en las de *control e inspección previos* (F.J. 7º). Una vez sentado lo anterior, la STS procede a rechazar una a una las alegaciones de la recurrente que partían de la base de la naturaleza sancionadora y, en cualquier caso, vinculante de la orden emitida por el indicado departamento ministerial.

III. REFLEXIÓN FINAL

Por las razones que se han ido adelantando en el texto no pueden compartirse las conclusiones de las sentencias expuestas. En concreto, resulta especialmente criticable que la STS luego de constatar la ausencia de habilitación legal de la Administración Pública remate su argumentación calificando la orden de cese como una actuación administrativa que no vincula a sus destinatarios (las cadenas de televisión que emiten la publicidad que se considera ilícita), los cuales, por lo mismo, pueden desconocer sin más su contenido. Más allá de otras consideraciones, lo que aquí se pone en evidencia es una particular interpretación del sentido y alcance de la legalidad, en cuanto principio rector de la actuación administrativa. No es necesario ni posible en este momento traer a colación la vasta doctrina elaborada en esta materia pero sí de recordar que, incluso en su formulación menos estricta, el indicado principio exige de una habilitación legal expresa (teoría de la vinculación positiva) cuando se trata, en lo que aquí interesa, de actuaciones «ablatorias» de derechos por parte de la Administración Pública. Tampoco resulta sostenible que el «requerimiento de cese de publicidad» se englobe entre las potestades de control e inspección administrativa, cuando previamente se ha declarado que la Ley 25/1994 no ha incluido dentro las atribuciones de la Administración «el poder de ordenar con carácter imperativo el cese de la publicidad ilícita, ni de ejecutarlo por sí misma» (STS, F.J. 5º). O, más grave aún, como indica el pronunciamiento del Tribunal de instancia, que entre las indicadas potestades de control sí se encuentra —habría que entender implícitamente— el indi-

cado poder de cesación. Una asociación que resulta del todo forzada e inútil si se recuerda que dicho poder sí se contempla expresamente por el por el ordenamiento jurídico pero atribuido a un sujeto distinto, el juez ordinario.

Existen también evidentes razones de seguridad jurídica que desaconsejan este tipo de actuaciones administrativas y ello aunque éstas se orienten, como parece ser el presente caso, a la protección de los intereses generales (4). Porque en esencia, la interpretación del TS traslada a los operadores jurídicos la obligación de discernir entre la actuación administrativa vinculante y aquella que, por el contrario, no les impone obligación alguna por manifestar sólo un juicio de valor. Ello no significa, sin embargo, que se postule una reducción del concepto de acto administrativo —en su formulación clásica (Zanobini) incluye, como es sabido, junto al elemento volitivo, la manifestación de un juicio, deseo o conocimiento— sino de exigir también en las formas, unos mínimos niveles de certeza. En el caso que se comenta, se trata de una actuación administrativa emanada de un órgano con competencia para controlar y sancionar la publicidad ilícita, emanados bajo la forma de un «requerimiento» u «orden» y no de mera solicitud, notificados a sus destinatarios, etc.

Es cierto, por otro lado, como acertadamente apunta la STS que hay otros sectores en los que se reserva a la Administración el poder para cesar por sí misma la publicidad ilícita (5) y, podría añadirse, dada la premura que requiere la medida de suspensión podría considerarse la conveniencia de una modificación similar en este ámbito (ampliar la esfera competencial de la Administración respecto de los anuncios en televisión) (6). Pero mientras dicho cambio no se produzca, el único camino posible es instar una decisión judicial y no utilizar una vía no prevista por el ordenamiento jurídico para alcanzar dicho fin.

(4) Lo que no significa que tales intereses queden desprotegidos sino que su tutela, como ha quedado dicho, se reserva a los Tribunales de Justicia.

(5) Fuera del ámbito de los medicamentos que antes se ha comentado, véase también el art. 44.3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, que habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para «requerir el cese o rectificación de la publicidad que resulte contraria a las disposiciones contenidas en este real decreto».

(6) Como modelo podría utilizarse el marco regulador establecido para algunos Consejos audiovisuales autonómicos. Vid., por ejemplo, las potestades sancionadoras del Consejo Audiovisual de Cataluña, plasmadas en la Ley 2/2000, de 4 de mayo reguladora del citado Consejo; y, Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación audiovisual de Cataluña. Según estas disposiciones, el CAC está habilitado para adoptar medidas provisionales en el curso del procedimiento sancionador y, en relación con las sanciones, junto a las de carácter pecuniario puede imponer la suspensión de la actividad de los prestadores privados por un plazo máximo de tres meses (infracciones muy graves) o, incluso, el cese definitivo de la prestación del servicio en el caso de la comisión reiterada de diversas infracciones.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL LITORAL ESPAÑOL(*)

JOSEP M. AGUIRRE I FONT

SUMARIO: ACRÓNIMOS.— I. INTRODUCCIÓN.— II. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS, UN INSTRUMENTO ÚTIL PARA DAR CONTENIDO A LA COMPETENCIA EN ORDENACIÓN DE LITORAL.— III. LAS NUEVAS TRANSFERENCIAS DE COMPETENCIAS EN ORDENACIÓN Y GESTIÓN DEL LITORAL: EL REAL DECRETO 1404/2007, DE 29 DE OCTUBRE, Y EL REAL DECRETO 1387/2008, DE 1 DE AGOSTO.— IV. CONCLUSIONES.— V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico del litoral español (1) ha estado limitado y condicionado, a lo largo de las últimas décadas, por el precario marco competencial (2) y la

(*) Este estudio se integra en el proyecto de investigación titulado «El urbanismo como instrumento de lucha contra el cambio climático y de cohesión social» (ref. DER2008-04051/JURI), dirigido por el Dr. Joan M. TRAYTER JIMÉNEZ, y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Plan nacional de investigación científica.

(1) Sobre el régimen jurídico del litoral español se puede leer a Antonio MORENO CÁNOVES, *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, Madrid, 1990; Lorenzo PÉREZ CONEJO, *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Editorial Comares, Granada, 1999; Juan M. BARRAGÁN MUÑOZ, *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*, Barcelona, Oikos-Tau, 1994; Jesús GONZÁLEZ SALINAS, *Régimen actual de la propiedad en las costas*, Civitas, Madrid, 2000; y José Luis BLASCO DÍAZ, *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral. La protección y ordenación de las costas*, Tirant lo Blanch, València, 1999.

(2) La ordenación del litoral propiamente no aparecía mencionada en el reparto de competencias que los artículos 148 y 149 de la CE hacían sobre las materias que podían ser asumidas por las CC.AA. o las que correspondían al Estado de manera exclusiva. Aun así, muchas CC.AA. costaneras, con la previsión constitucional del artículo 149.3 de la CE, asumieron la competencia exclusiva en materia de ordenación del litoral (País Vasco, Cataluña, Andalucía, Galicia, Comunidad Valenciana e Islas Baleares). El resto de CC.AA. con mar territorial terminaron asumiendo la competencia exclusiva en ordenación del litoral a partir de la sentencia 149/1991, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional, que entendió que las comunidades costaneras competentes en materia de ordenación territorial lo eran también para la ordenación del litoral. Sobre esta cuestión se puede leer a Josep M. AGUIRRE I FONT, *L'ordenació del litoral català: els plans directors urbanístics del sistema costaner*,

indefinición jurídica del propio concepto de litoral, que han impedido su despliegue global y efectivo.

El eje vertebrador de este marco competencial (3) ha sido y es la Ley de costas 22/1988, de 28 de julio (LC) (4), que no sólo otorga como competencia exclusiva del Estado la ordenación del dominio público marítimo-terrestre (5) sino que, mediante su régimen de servidumbres (6) y la definición de un área de influencia, que llega hasta 500 metros proyectados tierra adentro desde el límite interior de la orilla del mar, interviene en la configuración de una parte muy importante del litoral. Asimismo, dicha ley invade la competencia exclusiva de las comunidades autónomas (CC.AA.) en materia de ordenación del litoral y del territorio, y se inmiscuye, también, en la competencia exclusiva de las CC.AA. y de los entes locales en materia de urbanismo (7).

Atelier, Barcelona, 2007; Belén NOGUERA DE LA MUELA, *La conflictivitat competencial en matèria d'ordenació del territori*, Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, Barcelona 1993; Manuel Jiménez Dorantes, *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2003; y Tomás POU, «Ordenación del litoral», en *Comentarios sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña* (vol. I), Institut d'Estudis Autònoms (IEA), Barcelona, 1990, pp. 543-562.

(3) Sobre la aprobación de la Ley de costas se puede leer la obra colectiva *Jornadas sobre la Ley de costas*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), Bilbao, 1990; y *Jornadas sobre la Ley de costas y su reglamento*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), Pamplona, 1993; así como el artículo de Juan Luis SUÁREZ DE VIVERO, «La Ley de costas y la ordenación del litoral», en *Revista de Estudios Andaluces*, núm. 14, Sevilla, 1990, pp. 135-145. Sobre el proceso previo a su aprobación, se puede leer a María Jesús MONTORO CHINER, «La Ley de costas, ¿un proyecto viable?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, abril-junio, 1988, pp. 181-214.

(4) La Ley de costas, publicada en el BOE de 29 de julio de 1988, fue desarrollada posteriormente por el Reglamento general para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, aprobado mediante el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, publicado en el BOE de 12 diciembre de 1989.

(5) El concepto de *dominio público* es descrito por Tomás FONT I LLOVET, en «La ordenación constitucional del dominio público», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3918-3942; por José Luis MEILÁN GIL, «El dominio público natural y la legislación de costas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 139, enero-abril, 1996, pp. 7-47; y por Fernando SAINZ MORENO, «Dominio público estatal de las playas y zonas marítimo-terrestres (art. 132 de la Constitución española)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 99, noviembre-diciembre, 1982, pp. 201-242.

(6) La obra de referencia sobre las servidumbres de la Ley de costas fue y sigue siendo la publicada por NOGUERA DE LA MUELA, Belén, *Servidumbres de la Ley de costas de 1988*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

(7) En relación con esta invasión competencial en materia de urbanismo y sobre los problemas competenciales en la zona marítimo-terrestre y su ámbito de influencia, se puede leer a una gran variedad de autores que han publicado sobre el tema; entre ellos destacan Margarita BELADÍEZ ROJO, «Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3671-3704; Ignacio BORRAJO INIESTA, «La incidencia de la Ley de costas en el derecho urbanístico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril, 1993, pp. 131-153; Sebastián

El Tribunal Constitucional (TC), aunque declaró la constitucionalidad de la LC en la controvertida sentencia 149/1991, de 4 de julio (8), desde entonces ha ido modificando su jurisprudencia. Así, si en 1991 el TC avalaba que la legislación de costas impusiera determinaciones urbanísticas a las CC.AA., pocos años después, en la famosa sentencia 61/1997, de 20 de abril (9), el

GRAU ÀVILA, «Ordenació estatal i planejament urbanístic a la zona del litoral», en *Autonomies, Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 14, julio de 1992, pp. 87-96; José Luis MEILÁN GIL, en «Comunidades autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de la Ley de costas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 108, mayo-junio, 1988, pp. 13-35; en «La Ley de costas y las competencias de las comunidades autónomas», en *Ley de costas. Legislación y jurisprudencia constitucional*, MOPT y Xunta de Galicia, Galicia, 1992, pp. 129-146; y en «La Ley de costas y las competencias de las comunidades autónomas», en *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 1, 1992, pp. 37-50; Ángel MENÉNDEZ REXACH, «Normativa sobre costas y planeamiento urbanístico», en *Jornadas sobre la Ley de Costas y su Reglamento*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), Pamplona, 1993, pp. 177-196; Belén NOGUERA DE LA MUELA, «Las competencias estatales y autonómicas en la ley de costas de 1988», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 30, mayo-agosto, 1991, pp. 105-181 y «Urbanismo y ordenación del litoral», en *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 533-623; Ángel ORTEGA GARCÍA, «Implicaciones urbanísticas de la Ley de costas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 112, marzo-abril, 1989, pp. 65-100; Francisco PERALES MADUEÑO, «Legislación urbanística y legislación sectorial. Un ejemplo: proyecto de la Ley de costas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 108, mayo-junio, 1988, pp. 115-124; y «La ordenación del territorio y del urbanismo desde la nueva Ley de costas», en *Jornada sobre la Ley de Costas*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), Bilbao, 1990, pp. 49-60; Alfonso PÉREZ MORENO, «La Ley de costas y el planeamiento urbanístico», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 117, marzo-abril, 1990, pp. 13-64; Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS, «Ordenación del territorio y urbanismo. Urbanismo y litoral», en *Derecho urbanístico de Andalucía*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 635-709; Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las comunidades autónomas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 158, mayo-agosto, 2002, pp. 51-76; y Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS, *La ordenación del territorio en el Estado de las autonomías*, Instituto Universitario de Derecho Público García Oviedo y Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, pp. 104-110.

(8) Muchas de las obras citadas anteriormente en esta comunicación hacen referencia explícita a la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio (RTC 1991\149) y sus consecuencias. En cualquier caso, también a la obra colectiva *Ley de costas: legislación y jurisprudencia constitucional: conferencias de las Jornadas organizadas por la EGAP del 7 al 9 de noviembre de 1991 en Santiago de Compostela*, Escuela Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1992.

(9) Sobre la mencionada sentencia del TC 61/1997, de 20 de abril (RTC 1997\61), y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico, se puede leer a Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, «El desconcertante presente y el imprevisible y preocupante futuro del derecho urbanístico español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 94, abril-junio, 1997, pp. 189-201; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «El derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 99, julio-septiembre, 1998, pp. 395-403; Fernando LÓPEZ-RAMÓN, «Crisis y renovación del urbanismo español en la última década del siglo XX», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104, octubre-diciembre, 1999, pp. 521-550; Luciano PAREJO ALFONSO, «Urbanismo, política territorial y marco legal general», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*,

Tribunal afirmó tajantemente que la competencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio es exclusiva de las CC.AA. y que el Estado no puede legislar en este ámbito ni de manera supletoria.

Esta nueva línea jurisprudencial no supuso una relectura constitucional de la LC, pero sí que marcó la necesidad de redefinir el marco competencial y actualizarlo a la luz de la nueva interpretación que el TC hace de éste. Es precisamente en este sentido que se encaminan las reformas estatutarias aprobadas hasta ahora (10), que buscan dar contenido a un título competencial —el de ordenación del litoral— que perdió buena parte de su sentido a partir de la aprobación de la LC.

II. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS, UN INSTRUMENTO ÚTIL PARA DAR CONTENIDO A LA COMPETENCIA EN ORDENACIÓN DE LITORAL

Las técnicas legislativas y los resultados de las diferentes reformas estatutarias a la hora de dar contenido al título competencial de ordenación del litoral son diversas en función de la CC.AA.. Todas ellas buscan, como decía, dar contenido a la competencia en ordenación del litoral, y se distinguen dos grandes modelos de reformas estatutarias: [1] aquellos que entienden la gestión del dominio público marítimo-terrestre y la ordenación del litoral como competencias diferenciadas —es el caso valenciano y el balear—, y [2] aquellos que consideran que la gestión del dominio público marítimo-terrestre forma parte de la competencia en ordenación del litoral —como el catalán y el andaluz.

En el primer grupo, formado por la Comunidad Valenciana y la Comunidad de las Islas Baleares, se distingue entre la competencia exclusiva en ordenación del litoral y la competencia ejecutiva en materia de gestión del dominio público marítimo-terrestre. Respecto de la competencia en ordenación del litoral, sin concretar su contenido, los dos estatutos se limitan a definirla

núm. 200, marzo, 2003, pp. 199-250; Julio C. TEJEDOR BIELSA, *Gobierno del territorio y estado autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 85-186; y la obra de varios autores dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Derecho urbanístico. Estatal y autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

(10) Las CC.AA. con mar territorial que han aprobado definitivamente la reforma de su estatuto hasta el día de hoy son la Comunidad Valenciana (Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana); Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña); Andalucía (Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía); y las Islas Baleares (Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de autonomía de las Islas Baleares).

como competencia exclusiva. En cambio, la competencia ejecutiva en materia de gestión del dominio público marítimo-terrestre sí que es desarrollada por el estatuto de las Islas Baleares, que concreta su contenido en el artículo 32 dedicado a las competencias ejecutivas de esa comunidad (11). Diferente es el caso del estatuto valenciano, que se limita a afirmar que le corresponden «las funciones que sobre la zona marítimo-terrestre, costas y playas le atribuye la legislación del Estado». En cualquier caso, queda implícito que, según estas dos reformas, el dominio público marítimo-terrestre y el litoral no constituyen un mismo territorio, puesto que es imposible tener la competencia exclusiva sobre la ordenación de un territorio y al mismo tiempo tener únicamente las competencias de ejecución.

En sentido muy diferente —y de una forma más acertada des de mi punto de vista— se articula el segundo grupo de estatutos —el catalán y el andaluz—, que no tan solo no diferencian entre los dos conceptos —*litoral* y *dominio público marítimo-terrestre*—, sino que incluso distinguen, en los artículos de ordenación del litoral —149.3 del Estatuto de autonomía de Cataluña (EAC) y 56.6 del Estatuto de autonomía de Andalucía (EAA)—, las competencias explícitas en materia de gestión de la zona marítimo-terrestre. El redactado de ambos artículos es idéntico e incluye, en forma de cláusula abierta, las siguientes competencias:

- El establecimiento y la regulación de los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas, así como la regulación del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos y planes.
- La gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre; especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, respetando las excepciones que puedan establecerse por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición.
- La regulación y la gestión del régimen económico-financiero del dominio público marítimo-terrestre en los términos previstos por la legislación general.
- La ejecución de obras y actuaciones en el litoral cuando no sean de interés general.

(11) La gestión del dominio público marítimo-terrestre, respetando el régimen general del dominio público, especialmente en lo que se refiere a la concesión de autorizaciones; la ejecución de obras y actuaciones en el litoral que no sean de interés general; la policía administrativa en la zona de dominio público marítimo-terrestre y las concesiones y los amarres. A estos efectos, se entiende por dominio público marítimo-terrestre el comprendido tanto por el ámbito terrestre como por las aguas interiores y el mar territorial.

- La ejecución y la gestión de las obras de interés general situadas en el litoral, de acuerdo con lo establecido en los respectivos estatutos —artículo 56.8 del EAA y 148 del EAC.

Este segundo grupo de estatutos sólo supeditan las competencias exclusivas sobre ordenación del litoral al régimen general de dominio público, es decir, a los principios generales del artículo 132 de la Constitución española (CE), que define los bienes de dominio público como inembargables, imprescriptibles e inalienables. En estas CC.AA., pues, los límites al previsible desarrollo legislativo de la competencia en ordenación del litoral son mucho menores que en comunidades como las Islas Baleares, en que no se da contenido al concepto de ordenación del litoral, o se llegan a condicionar las competencias ejecutivas sobre el dominio público marítimo-terrestre a la actual LC, como es el caso de la Comunidad Valenciana.

A priori, el camino que hay que recorrer en la definición del nuevo régimen jurídico del litoral español es largo. Ahora bien, las posibilidades de desarrollo efectivo de éste dependen, en parte, de la transferencia de competencias que actualmente tiene el Estado —de acuerdo con la vigente legislación de costas y las transferencias efectuadas por éste en el desarrollo de los primeros estatutos de autonomía (12)—, y, en parte, de la definición y aprobación de legislaciones autonómicas en materia de ordenación del litoral hasta ahora inexistentes.

En cualquier caso, el análisis de este nuevo marco jurídico en ordenación del litoral debe estudiar con detenimiento los nuevos decretos de transferencia de competencias en materia de ordenación del litoral a partir de la aprobación de los nuevos estatutos. En este sentido, se ha de tener en cuenta que hasta el día de hoy Cataluña es la única comunidad autónoma a la cual se le han transferido nuevas competencias y por ello centraremos el análisis en este territorio.

(12) Los decretos estatales de transferencia de competencias en materia de ordenación del litoral reservaban al Estado buena parte de las competencias en materia de dominio público marítimo-terrestre. Buen ejemplo de esta práctica es el Real Decreto 3301/1981, de 18 de diciembre, sobre transferencia de servicios del Estado a la Generalitat de Catalunya en materia de ordenación del litoral. Éste admitía, en mi opinión de manera incoherente, que la ordenación de las playas formaba parte de la competencia en ordenación del litoral, pero no, en cambio, la ordenación de la zona marítimo-terrestre. En la misma línea, otros decretos posteriores de transferencia, más correctos desde el punto de vista jurídico, ya incluyeron el punto «Competencias, servicios y funciones que se reserva la Administración del Estado». Seguramente, el decreto de transferencia más respetuoso con las competencias autonómicas en materia de ordenación del litoral fue el primero, el Real Decreto 2581/1980, de 21 de noviembre, que transfería las competencias en el País Vasco y se limitaba a afirmar que «corresponden al País Vasco las competencias que el Estado ejerce en el País Vasco en relación con la ordenación del territorio y del litoral y el urbanismo», sin condicionar ni limitar el contenido de esta afirmación.

Aun así, si tenemos en consideración lo sucedido a principios de la década de los ochenta, en que se igualó en esta materia el techo competencial de todas las CC.AA. —las que tenían atribuida la competencia en ordenación del litoral y las que no (13)—, estas nuevas transferencias probablemente se podrán hacer extensibles no tan solo a Andalucía —que tiene un texto estatutario igual al catalán— sino también al resto de CC.AA. con mar territorial.

III. LAS NUEVAS TRANSFERENCIAS DE COMPETENCIAS EN ORDENACIÓN Y GESTIÓN DEL LITORAL: EL REAL DECRETO 1404/2007, DE 29 DE OCTUBRE, Y EL REAL DECRETO 1387/2008, DE 1 DE AGOSTO

Las nuevas transferencias de competencias a Cataluña, vinculadas a la ordenación y gestión del litoral, se han articulado mediante dos reales decretos de transferencia de competencias a la Generalitat aprobados en el marco de la Comisión Mixta de Transferencias Estado-Generalitat (14) entre los años 2007 y 2008. El primero de ellos es el Real Decreto 1404/2007, de 29 de octubre, de traspaso de funciones y de servicios de la Administración del Estado a la Generalitat de Catalunya en materia de ordenación y gestión del litoral (autorizaciones e instalaciones marítimas), publicado en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya (DOGC) y en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 30 de octubre de 2007, y que entró en vigor el 1 de noviembre 2007. El segundo es el Real Decreto 1387/2008, de 1 de agosto, sobre ampliación de funciones y servicios traspasados a la Generalitat de Catalunya por el Real Decreto 1404/2007, de 29 de octubre, en materia de ordenación y gestión del litoral, publicado en el DOGC y en el BOE el 12 de septiembre de 2008 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

En su preámbulo, ambos decretos reconocen la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica como bienes de dominio público estatal —de acuerdo con la CE— al mismo tiempo que afirman que la competencia exclusiva (15) de la Generalitat en

(13) No se incluía la competencia en ordenación del litoral en los estatutos de Canarias, Murcia, Cantabria, y tampoco Asturias. Aun así, como se apuntaba, el TC admitió en su sentencia 149/1991 (FJ 1.A) que las CC.AA. competentes en ordenación del territorio también lo eran en ordenación del litoral.

(14) De hecho, estas transferencias son de las primeras nuevas competencias transferidas a la Generalitat desde la aprobación del *Estatut*.

(15) De acuerdo con el artículo 110 del citado *Estatut*, corresponden a la Generalitat, en el ámbito de sus competencias exclusivas, de manera íntegra, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva.

materia de ordenación del litoral incluye, en todo caso, el contenido íntegro de las competencias del mencionado artículo 149.3 del EAC de 2006.

Esta declaración de principios no tuvo una traducción directa en las competencias inicialmente transferidas en octubre de 2007, las cuales se limitaron a delegar a la Generalitat unas pocas competencias (16) cuya gestión correspondía parcialmente en algunos casos a los mismos municipios, como por ejemplo la gestión y otorgamiento de las autorizaciones de usos de temporada en las playas articuladas con los planes de playas. Por otra parte, el Real Decreto no mencionaba en ningún momento aspectos cruciales de la competencia en ordenación del litoral definida por el *Estatut*, como por ejemplo el establecimiento y la regulación de los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas, así como la regulación del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos y planes o la gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre más allá de las instalaciones de temporada o desmontables. No se respetaba, por tanto, el contenido básico fijado por el *Estatut*.

Conscientes de esta situación, el Govern de la Generalitat y el Gobierno de España negociaron a lo largo del 2008 la ampliación de estas transferencias en el marco de la Comisión Mixta de Transferencias Estado-Generalitat; el resultado fue un acuerdo de la mencionada comisión a principios de 2008, pero que no se materializó hasta el 1 de agosto mediante el Real Decreto 1387/2008. Las nuevas transferencias amplían el marco fijado por el anterior Real Decreto, pero sin desarrollar todas las posibilidades previstas por el *Estatut*.

En este sentido, se amplían las concesiones demaniales (17), que pue-

(16) Entre estas competencias figuran:

- La gestión y el otorgamiento de las autorizaciones de usos de temporada en las playas y en el mar territorial.
- Las autorizaciones y concesiones en vigor sobre algunas instalaciones enumeradas en el mismo Decreto (clubes náuticos o marítimos, zonas de varada, y el puerto de St. Pere Pescador).
- La gestión y el otorgamiento de las autorizaciones de actividades en las que concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad, y de las autorizaciones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre con instalaciones desmontables o con bienes muebles.
- La planificación, elaboración y aprobación de proyectos, gestión y ejecución de obras y actuaciones que no sean de interés general.
- La participación de la Generalitat de Catalunya en la planificación y programación de las obras de interés general y emisión de los correspondientes informes sobre la calificación de interés general.

(17) Las nuevas concesiones demaniales gestionadas por la Generalitat son:

- Las requeridas para efectuar vertidos al dominio público marítimo-terrestre y las de ocupación del dominio público marítimo-terrestre exigidas para las explotaciones de acuicultura.

den ser gestionas —des de su otorgamiento hasta su extinción— por la Generalitat, respetando la posibilidad de que el Estado emita informes preceptivos en relación con estas concesiones. Por otra parte, el Real Decreto 1387/2008 también transfiere a la Generalitat aspectos como la vigilancia, tramitación e imposición y recaudación de las sanciones que corresponda, en lo que se refiere al incumplimiento de las condiciones de otorgamiento de las concesiones demaniales; la gestión y otorgamiento de autorizaciones en zonas de servidumbre de tránsito y acceso al mar, así como la vigilancia, tramitación e imposición y recaudación de las sanciones que corresponda, en lo que se refiere al incumplimiento de éstas en los términos en que fueron otorgadas; la gestión del registro de concesiones en dominio público marítimo-terrestre en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña; la emisión del informe previo al rescate de las concesiones demaniales cuando, por razones de interés general, sea competencia de la Administración General del Estado el ejercicio de esta función, o la emisión del informe previo al pliego que sirva de base para la redacción de los proyectos correspondientes a obras de interés general.

A pesar de ello, el Decreto prevé que el Estado se reserve una serie de competencias de forma exclusiva en relación con la gestión del dominio público, más allá de los mencionados informes preceptivos para el otorgamiento de las respectivas concesiones. El Estado se reserva las funciones de fijar el importe de los cánones por la utilización o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre y de ejercer la titularidad sobre los derechos económicos devenidos por la utilización o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, sin perjuicio de la competencia de la Generalitat de Catalunya para establecer otros cánones por explotación de actividad. Según se afirma en la misma norma, el Estado recaudará el importe de los cánones para la utilización o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre y la Generalitat de Catalunya recaudará el canon para la explotación de la actividad, sin perjuicio de que ambas partes acuerden mecanismos para facilitar esta gestión a los usuarios. Esta reserva supone, a mi modo de entender, una contradicción con el contenido del artículo 149 del *Estatut*, en el que se prevé de

-
- Las que amparan usos especialmente intensos, rentables o peligrosos, así como los privados, con obras o instalaciones desmontables que por su naturaleza, finalidad u otras circunstancias requieran un plazo de ocupación superior a un año.
 - Las concesiones amparadas por otra concesión de explotación de recursos mineros o energéticos.
 - Las que amparen usos especialmente intensos, rentables o peligrosos, así como los privados, con obras o instalaciones no desmontables. Igualmente, las concesiones que posibiliten la ejecución de obras fijas en el mar y aquéllas que amparen las instalaciones marítimas menores en el dominio público marítimo-terrestre, tales como embarcaderos, pantalanés, varaderos, etc., que no formen parte de un puerto o estén adscritas al mismo.

forma explícita, en el punto 3 apartado c), que la regulación y la gestión del régimen económico financiero del dominio público marítimo-terrestre formaba parte de la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de ordenación del litoral. Finalmente, el Estado también se reserva la función de rescate de las concesiones demaniales cuando la presencia de una razón de interés general vinculada a su ámbito de competencias así lo exija.

Asimismo, el Real Decreto 1387/2008 prevé la existencia de competencias concurrentes (18) de la Administración del Estado y la Generalitat de Catalunya. Algunas de ellas, no obstante, no son estrictamente competencias concurrentes, pues no es que el Estado y la Generalitat tengan las mismas competencias sino que es el Estado quien se reserva la facultad de emitir informes vinculantes sobre algunas materias. La exigencia de estos informes tiene lugar con la construcción de nuevos puertos y vías de transporte de titularidad de la Generalitat o en lo referente al cumplimiento del régimen general del dominio público marítimo-terrestre en relación con los planes y normas de ordenación territorial y el planeamiento urbanístico, y su modificación y revisión, incluidos los planes especiales de ordenación de fachada marítima y los planes que desarrollan el sistema portuario. La misma norma prevé la posibilidad, ya incluida en el artículo 117 de la LC, de que, si en los citados informes del Estado existen discrepancias entre ambas administraciones, se abra un periodo de consultas con el fin de llegar a un acuerdo.

Finalmente, entre las competencias concurrentes, el Real Decreto prevé que en materia de inversiones en obras de interés general situadas en Cataluña, la Administración General del Estado y la Generalitat creen una comisión bipartita con las funciones de participar en la planificación y programación de las obras que hayan sido previamente declaradas de interés general y proponer la incorporación de dichas obras de interés general al anexo de inversiones del Anteproyecto de presupuestos generales del Estado de cada año; pero el Decreto obvia la competencia regulada en el artículo 148.4 del *Estatut* que otorga a la Generalitat la competencia exclusiva en la ejecución y gestión de las obras de interés general situadas en el litoral catalán, por lo que los términos de la participación de la Generalitat se tendrán que debatir en el marco de la Comisión bipartita a la que hacía referencia.

(18) Sobre las competencias concurrentes en el dominio público marítimo-terrestre y su ámbito de influencia ha escrito Ernesto GARCÍA-TREVUJANO GARNICA, «El régimen jurídico de las costas españolas: la concurrencia sobre el litoral. Especial referencia al informe preceptivo y vinculante del Estado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 144, septiembre-diciembre, 1997, pp. 97-128; así como Ángel MENÉNDEZ REXACH, «La ordenación de playas y sus problemas jurídicos. En especial, el tema de las competencias concurrentes», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 76, enero-febrero, 1982, pp. 27-96.

Estos decretos de transferencia de nuevas competencias configuran las primeras piezas del nuevo régimen jurídico del litoral catalán, que tiene que ir un paso más allá del actual y, asumiendo las nuevas competencias exclusivas en esta materia, tiene que definir también las directrices de ordenación del dominio público marítimo-terrestre. A pesar de ello, los dos decretos no desarrollan todas las posibilidades previstas por el *Estatut*; por ejemplo, no se prevé de forma expresa la posibilidad de que la Generalitat regule los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas. Aun así, debe tenerse en cuenta que independientemente del contenido de estos decretos, desde el punto de vista jurídico, prevalece la declaración de competencia exclusiva que contiene el *Estatut*. Esta tesis es defendida por la doctrina del Tribunal Constitucional (19), que ha afirmado reiteradamente que los estatutos prevalecen por encima de cualquier decreto de transferencia. Como admitía la Generalitat a principios del 2008 (20), el mismo día en que se llegaba a un acuerdo con el Estado en el marco de la Comisión Mixta de Transferencias, «las nuevas competencias permitirán a la Generalitat adoptar una política transversal, ya que comportarán capacidad legislativa, la aprobación de los instrumentos que ordenan el litoral, y que sea la misma Generalitat quien autorice las actividades que hay que desarrollar en las playas y el mar a lo largo de todo el litoral catalán».

(19) En este sentido, basta con recordar la sentencia núm. 132/1998 de 18 de junio (RTC 1998\132) que detallaba toda la doctrina constitucional sobre ello al afirmar en su FJ5 que «con relación a todos estos decretos de transferencias (...) es preciso no olvidar que este tipo de disposiciones no vinculan a las Cortes Generales ni a los Parlamentos Autonómicos al regular los sectores, instituciones o materias sujetas a su competencia. Esta conclusión es evidente con sólo reparar en sus autores —los Gobiernos estatal y autonómico, que llegan a acuerdos en el seno de las correspondientes comisiones mixtas— y en la finalidad de estos decretos —transferir los medios materiales y humanos necesarios para ejercer las competencias dispuestas por la Constitución y el respectivo Estatuto de Autonomía—. La Constitución y los Estatutos son, por lo general, las únicas fuentes del orden constitucional de competencias (STC 28/1983 [RTC 1983\28] y otras)». Y, en el mismo sentido, se reitera en el FJ9, en que se afirma categóricamente que «Los reales decretos de transferencia no atribuyen ni reconocen competencias, sino que traspasan servicios, funciones e instituciones. No son, en consecuencia, normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias, compuesto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, cuyas prescripciones no pueden ser alteradas ni constreñidas por las disposiciones de los decretos de trasposos (SSTC 113/1983, 102/1985 [RTC 1985\102], 56/1989 [RTC 1989\56], 103/1989 [RTC 1989\103], 147/1991 [RTC 1991\147], entre otras). Desde esta perspectiva, pues, aunque el Real Decreto de traspaso pudiera tener cierto valor interpretativo, como ya hemos declarado en otras ocasiones (SSTC 48/1985 [RTC 1985\48], 149/1985 [RTC 1985\149], 158/1986 [RTC 1986\158], 86/1989 [RTC 1989\86] y 225/1993 [RTC 1993\225]), este valor interpretativo no puede en modo alguno prevalecer sobre las previsiones constitucionales y estatutarias».

(20) La nota de prensa está datada a 10 de enero y se puede consultar en la web <http://www.gencat.cat/premsa> (última consulta 12/10/2008).

IV. CONCLUSIONES

Veinte años después de la aprobación de la Ley de costas, la aprobación de los nuevos estatutos y las últimas transferencias del Estado en relación con la ordenación del litoral plantean una revisión global del régimen jurídico de ordenación del litoral; revisión que no se limitará al ámbito territorial de Cataluña sino que, como se apuntaba anteriormente, con toda probabilidad se hará extensible al conjunto del territorio español.

Estos elementos de reflexión incidirán inequívocamente en la definición de los diferentes marcos de ordenación del litoral de las CC.AA. En los años venideros, tal como sucede en la actualidad con el urbanismo o la ordenación territorial, se verá la evolución de los diferentes marcos autonómicos en ordenación del litoral. Las consecuencias de estas reformas y la evolución de estas regulaciones, así como los problemas que puedan surgir, plantean nuevos retos jurídicos, retos que también pueden convertirse en oportunidades, como la de articular nuevos instrumentos jurídicos que, a una escala mucho más local, regulen y protejan de manera específica los diferentes tramos de costa, pues no tan solo es una zona especialmente vulnerable a las agresiones humanas sino que también es donde se concentra la mayoría de la población.

En el desarrollo de este nuevo régimen jurídico hay que tener en cuenta la Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2002, sobre la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras en Europa (21). En ella se establece la necesidad de gestionar de manera integrada las zonas costeras mediante instrumentos respetuosos con las características locales y la gran diversidad de las zonas costeras, para responder a las necesidades de estas zonas con soluciones específicas y medidas flexibles.

A pesar de todo, considero necesario apuntar aquí la necesidad de aprobar de manera inminente leyes de ordenación del litoral que concreten, en las

(21) Sobre la gestión integrada de las zonas costeras se puede ver la obra dirigida por Javier SANZ LARRUGA, *Estudios sobre la Ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un desarrollo integrado y sostenible*, Observatorio de Litoral de la Universidad de A Coruña (en prensa); así como a Xavier MARTÍ-RAGUÉ (dir.), *Indicators guidelines. To adopt and indicators-based approach to evaluate coastal sustainable development*, Departamento de Medio Ambiente y Vivienda de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2007; Jordi ROMEVA, «La gestión integrada del litoral catalán», Congreso Catalán de Gestión Pública, grupo de trabajo I. Barcelona, 26 y 27 de septiembre de 2002, Departamento de Medio Ambiente, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2002; y también las obras de Juan M. BARRAGÁN MUÑOZ, *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*, op. cit., pp. 111-130, y *Medio ambiente y desarrollo en áreas litorales. Introducción a la planificación y gestión integradas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, pp. 91-110.

diferentes autonomías, su marco competencial en ordenación de este espacio. En mi opinión, en este nuevo contexto, las competencias estatales deberían quedar limitadas a la definición del dominio público marítimo-terrestre, de acuerdo con el artículo 132 de la CE, y a la participación en la planificación de las obras de interés general en el litoral, y dejar el resto de competencias al legislador autonómico. En síntesis, las futuras legislaciones autonómicas tendrían que regular la gestión del dominio público marítimo-terrestre, así como las medidas de protección que se quieran aplicar en este espacio. La aparición de estas nuevas normas debe comportar una relectura de la vigente LC y planteará, sin duda, nuevos problemas jurídicos en relación con la prelación de normas aplicables —Ley de costas estatal y leyes autonómicas— que obligarán probablemente a reinterpretar, por parte del TC, el actual marco competencial en ordenación del litoral.

Resueltos estos problemas, la nueva legislación debería comportar nuevas oportunidades, como la de superar la visión uniformadora de la actual LC —que no tiene en cuenta las diferencias substanciales que hay en los 7.800 km de costa que regula—, o la de ayudar a acercar la toma de decisiones en este ámbito al ciudadano y su control a una administración mucho más cercana. En este nuevo modelo es imprescindible, desde mi punto de vista, la participación de los entes locales en esta gestión, tal como sucede en otros modelos de ordenación del litoral próximos al nuestro, como el caso de la República Italiana y sus *regioni* (22).

Se trata, en definitiva, de desarrollar un nuevo régimen jurídico que sea el eje necesario para vertebrar todas las políticas públicas en torno a este espacio de acuerdo con los principios que inspira la mencionada Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2002, sobre la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras en Europa.

En la redacción de estas leyes autonómicas se debería diferenciar entre las competencias autonómicas y las locales. En las primeras tendrían que figurar —como en el caso italiano— la dirección y coordinación en la gestión del dominio público marítimo-terrestre. En cambio, entre las competencias de los ayuntamientos de la costa tendrían que figurar las competencias de gestión de las concesiones administrativas que tuvieran lugar en este espacio.

Para el ejercicio de las mencionadas competencias, sería necesario articular normas de planeamiento a escala autonómica y también a escala local. Con respecto a las normas de planeamiento autonómico, quizás sería suficiente con

(22) Esta tesis fue defendida en mi obra *L'ordenació del litoral català: els plans directores urbanístics del sistema costaner*, op. cit.

incorporar a los planes de ordenación del litoral (23) —aprobados en los últimos años por muchas CC.AA.— los grandes parámetros de ordenación de este espacio, es decir, las directrices y limitaciones con respecto al otorgamiento de concesiones. En el caso de los entes locales, sería necesario formular un plan de playas que podría articularse como un plan urbanístico especial, figura existente en diferentes legislaciones urbanísticas de las CC.AA., como la catalana (24).

La definición de este nuevo modelo —que ahora sólo depende de la voluntad del legislador autonómico— comportará, a buen seguro, retos importantes para la doctrina administrativista en los próximos años.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE I FONT, Josep M., *L'ordenació del litoral català: els plans directors urbanístics del sistema costaner*, Atelier, Barcelona, 2007.
- AA.VV., *Jornadas sobre la Ley de costas*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), Bilbao, 1990.
- AA.VV., *Ley de costas: legislación y jurisprudencia constitucional: conferencias de las Jornadas organizadas por la EGAP del 7 al 9 de noviembre de 1991 en Santiago de Compostela*, Escuela Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1992.
- AA.VV., *Jornadas sobre la Ley de costas y su reglamento*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), Pamplona, 1993.
- BARRAGÁN MUÑOZ, Juan M., *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*, Barcelona, Oikos-Tau, 1994.
- BARRAGÁN MUÑOZ, Juan M., *Medio ambiente y desarrollo en áreas litorales. Introducción a la planificación y gestión integradas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita, «Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3671-3704.

(23) Han aprobado planes de esta naturaleza Asturias (el Plan territorial especial de ordenación del litoral asturiano); Cataluña (los planes directores del sistema costanero); Islas Baleares (los planes o normas de ordenación del litoral); Canarias (las directrices de ordenación del litoral); País Vasco (el Plan territorial sectorial de protección y ordenación del litoral); Galicia (el Plan sectorial de protección del litoral); Región de Murcia (el Plan territorial de ordenación del litoral), y la Comunidad Valenciana (el Plan de acción territorial del litoral).

(24) Sobre la legislación urbanística de Cataluña se puede ver la obra dirigida por Joan M. TRAYTER I JIMÉNEZ, *Comentarios a la Ley de urbanismo de Cataluña*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

- BLASCO DÍAZ, José Luis, *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral. La protección y ordenación de las costas*, Tirant lo Blanch, València, 1999.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, «La incidencia de la Ley de costas en el derecho urbanístico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril de 1993, pp. 131-153.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, «El desconcertante presente y el imprevisible y preocupante futuro del derecho urbanístico español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 94, abril-junio de 1997, pp. 189-201.
- FONT I LLOVET, Tomàs, «La ordenación constitucional del dominio público», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3918-3942.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «El derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 99, julio-septiembre de 1998, pp. 395-403.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, «El régimen jurídico de las costas españolas: la concurrencia sobre el litoral. Especial referencia al informe preceptivo y vinculante del Estado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 144, septiembre-diciembre de 1997, pp. 97-128.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., «Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las comunidades autónomas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 158, mayo-agosto de 2002, pp. 51-76.
- GONZÁLEZ SALINAS, Jesús, *Régimen actual de la propiedad en las costas*, Civitas, Madrid, 2000.
- GRAU ÀVILA, Sebastià, «Ordenació estatal i planejament urbanístic a la zona del litoral», en *Autonomies, Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 14, julio de 1992, pp. 87-96.
- JIMÉNEZ DORANTES, Manuel, *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Crisis y renovación del urbanismo español en la última década del siglo XX», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104, octubre-diciembre de 1999, pp. 521-550.
- MARTÍ-RAGUÉ, Xavier (dir.), en *Indicators guidelines. To adopt and indicators-based approach to evaluate coastal sustainable development*, Departamento de Medio Ambiente y Vivienda de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2007.

- MEILÁN GIL, José Luis, «Comunidades autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de la Ley de costas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 108, mayo-junio de 1988, pp. 13-35.
- MEILÁN GIL, José Luis, «La Ley de costas y las competencias de las comunidades autónomas», en *Ley de costas. Legislación y jurisprudencia constitucional*, MOPT y Xunta de Galicia, Galicia, 1992, pp. 129-146.
- MEILÁN GIL, José Luis, «La Ley de costas y las competencias de las comunidades autónomas», en *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 1, 1992, pp. 37-50.
- MEILÁN GIL, José Luis, «El dominio público natural y la legislación de costas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 139, enero-abril de 1996, pp. 7-47.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «La ordenación de playas y sus problemas jurídicos. En especial, el tema de las competencias concurrentes», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 76, enero-febrero de 1982, pp. 27-96.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «Normativa sobre costas y planeamiento urbanístico», en *Jornadas sobre la Ley de Costas y su Reglamento*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), Pamplona, 1993, pp. 177-196.
- MONTORO CHINER, María Jesús, «La Ley de costas, ¿un proyecto viable?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, abril-junio de 1988, pp. 181-214.
- MORENO CÁNOVES, Antonio, *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, Madrid, 1990.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén, «Las competencias estatales y autonómicas en la ley de costas de 1988», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 30, mayo-agosto de 1991, pp. 105-181.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén, *La conflictivitat competencial en matèria d'ordenació del territori*, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén, *Servidumbres de la Ley de costas de 1988*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén, «Urbanismo y ordenación del litoral», en *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 577-623.
- ORTEGA GARCÍA, Ángel, «Implicaciones urbanísticas de la Ley de costas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 112, marzo-abril de 1989, pp. 65-100.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, «Urbanismo, política territorial y marco legal general», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 200, marzo de 2003, pp. 199-250.

- PÉRALES MADUEÑO, Francisco, «Legislación urbanística y legislación sectorial. Un ejemplo: proyecto de la Ley de costas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 108, mayo-junio de 1988, pp. 115-124.
- PÉRALES MADUEÑO, Francisco, «La ordenación del territorio y del urbanismo desde la nueva Ley de costas», en *Jornada sobre la Ley de Costas*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), Bilbao, 1990, pp. 49-60.
- PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso, *La ordenación del territorio en el Estado de las autonomías*, Instituto Universitario de Derecho Público García Oviedo y Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 104-110.
- PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso, «Ordenación del territorio y urbanismo. Urbanismo y litoral», en *Derecho urbanístico de Andalucía*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 635-709.
- PÉREZ CONEJO, Lorenzo, *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- PÉREZ MORENO, Alfonso, «La Ley de costas y el planeamiento urbanístico», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 117, marzo-abril de 1990, pp. 13-64.
- POU, TOMÁS, «Ordenación del litoral», en *Comentarios sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña* (vol. I), Institut d'Estudis Autònoms (IEA), Barcelona, 1990, pp. 543-562.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.), *Derecho urbanístico. Estatal y autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ROMEVA, Jordi, «La gestión integrada del litoral catalán», *Congreso Catalán de Gestión Pública*, grupo de trabajo I. Barcelona, 26 y 27 de septiembre de 2002, Departamento de Medio Ambiente, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2002.
- SAINZ MORENO, Fernando, «Dominio público estatal de las playas y zonas marítimo-terrestres (art. 132 de la Constitución española)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 99, noviembre-diciembre de 1982, pp. 201-242.
- SANZ LARRUGA, Javier (dir.), *Estudios sobre la Ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un desarrollo integrado y sostenible*, Observatorio de Litoral de la Universidad de A Coruña (en prensa).
- SUÁREZ DE VIVERO, Juan Luis, «La Ley de costas y la ordenación del litoral», en *Revista de Estudios Andaluces*, núm. 14, Sevilla, 1990, pp. 135-145.
- TEJEDOR BIELSA, Julio C., *Gobierno del territorio y estado autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- TRAYTER I JIMÉNEZ; Joan M. (dir.), *Comentarios a la Ley de urbanismo de Cataluña*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

