



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 / 1 9 8 6

La Laguna, a 28 de noviembre de 1986.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, por trámite de urgencia, sobre la *adecuación a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del Ordenamiento jurídico del «Anteproyecto de Ley de Aguas de Canarias» (EXP. 27/1986 APL)*.*

F U N D A M E N T O S

I

De acuerdo con lo que dispone el art. 1 de la Ley autonómica 4/1984, de 6 de julio, el objeto del presente dictamen, solicitado preceptivamente a este Consejo Consultivo de conformidad con lo que prevén los arts. 3.1, 10.3 y 11 de la citada Ley, es determinar si el Anteproyecto de Ley, por el que se pretende regular el régimen Médico de las Aguas a las que el mismo se refiere en la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC), se adecua al Ordenamiento jurídico, tanto respecto a la Constitución (CE) como al Estatuto de Autonomía (EACan) y, en lo que fuere de aplicación, al resto del mismo.

II

1. Los títulos competenciales en base a los cuales puede la CAC proceder a regular, mediante Ley de su Parlamento, el régimen jurídico de las Aguas a las que el Anteproyecto se refiere derivan tanto de la Constitución como del Estatuto de Autonomía e, indirectamente, de la propia Ley de Aguas estatal (LA), según resulta de sus disposiciones adicionales 3ª y 4ª.

* PONENTES: Sres. Trujillo Fernández, Hormiga Domínguez, Pedreira Gómez y Pérez Voituriez.

Así, el art. 148.1.10.11, CE preceptúa que «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales». Justamente, esta posibilidad constitucional de asunción de competencias se concreta en el art. 29.6, EACan, al establecer que «la Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con las normas del presente Estatuto, tiene *competencia exclusiva* en las siguientes materias: *aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos; aguas minerales y termales*». Además, este precepto advierte que, «en el ejercicio de estas competencias corresponderá a la Comunidad Autónoma la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva», aunque igualmente señala que deberá ejercitarlas «respetando, en todo caso, lo dispuesto en la Constitución».

Por otra parte, como manifestación de la técnica constitucional de ampliación de competencias autonómicas mediante Ley estatal (cfr. art. 150, CE), el art. 34, EACan dispone que «la Comunidad Autónoma de Canarias ejercerá también competencias en *los términos que en el artículo siguiente se señalan, en las siguientes materias: A) competencias legislativas y de ejecución: 2. Aguas superficiales y subterráneas, nacientes y recursos geotérmicos; captación, alumbramiento, explotación, transformación y fabricación, distribución y consumo de aguas para fines agrícolas, urbanos e industriales*». Y, precisamente, dicho artículo siguiente, el 35.A, EACan establece que «la asunción de competencias previstas en el artículo anterior, *cuyo contenido se realizará con Sujeción a la legislación del Estado, en los casos que así lo exija el artículo 149.1 de la Constitución, se efectuará por alguno de los procedimientos establecidos en los números 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución, bien a iniciativa del Parlamento de Canarias, del Gobierno de la Nación, del Congreso de los Diputados o del Senado*».

Pues bien, el procedimiento elegido, que, como es sabido, se materializó en la Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de Transferencias Complementarias a Canarias (LOTRACA), fue el previsto en el art. 150.2, CE, el cual advierte expresamente que «la Ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, *así como la forma de control que se reserve el Estado*». Concretamente, la mencionada LOTRACA reitera de forma expresa la fórmula limitativa del art. 35, EACan en el tercer párrafo de su art. 1.

En todo caso, y en relación con las competencias que el Estatuto atribuye a la CAC con carácter de *exclusivas*, conviene hacer algunas consideraciones que disipen cualquier equívoco al respecto. En primer lugar, ha de tenerse presente los esfuerzos jurisprudenciales para establecer criterios que permitan solventar los supuestos de «exclusividad concurrente», que tienen lugar cuando una misma competencia aparece calificada de «exclusiva», en relación con el Estado y con las Comunidades Autónomas (CCAA), tanto en la Constitución como en los Estatutos. (Al respecto, se remite a las SSTC de 16 de noviembre de 1981, 28 de enero y 8 de febrero de 1982, entre otras). Debe, además, indicarse que las competencias asumidas por la CAC con carácter exclusivo en materia de aguas no son las más relevantes en la materia.

Por otra parte, ha de tenerse bien presente la necesidad de considerar las cuestiones relativas a la delimitación de competencias entre el Estado y las CCAA desde una perspectiva dinámica que contemple, en su conjunto, la evolución del sistema jurídico y, en particular, la legislación que se vaya produciendo y que, en alguna medida, puede exigir particulares esfuerzos hermenéuticos para no convertir en letra muerta las prescripciones estatutarias. En este sentido, es oportuno traer a colación lo expresado por el TC en su Sentencia de 4 de mayo de 1982 cuando afirma que «el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del Ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que «continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma».

En cuanto a la Ley 29/1985, su disposición adicional 3.1 dispone que dicha Ley no producirá efectos derogatorios sobre la legislación vigente en Canarias, que seguirá siendo aplicable hasta que ésta establezca su propia legislación, indicando que, en todo caso, serán aplicables en la CAC, a partir de la entrada en vigor de ésta, los "artículos de la mencionada Ley que *definen el dominio público hidráulico (DPH) estatal* y los que supongan modificación o derogación de preceptos del Código Civil. Es evidente que esta disposición, además de admitir, como no podía ser menos, la competencia normativa de la CAC en la materia, parte de la premisa de que la Ley 29/1985 pudo producir efectos derogatorios sobre la legislación, específica o no, que se aplicaba sobre aguas en Canarias, pero ella misma evita que tales efectos se

produzcan, aunque *sin prejuzgar el alcance de las limitaciones que pueda tener el legislador autonómico para regular la materia de referencia, advirtiéndosele, no obstante, que siempre deberá tener presente la titularidad estatal del dominio público hidráulico y los cambios operados por la Ley estatal en el Código Civil* (respecto al régimen jurídico de aquél, se entiende). Desde luego, de esto no cabe deducir que la Ley 29/1985 es de aplicación en la CAC parcial y/o particularmente, no sólo porque ello no lo dice así en ningún momento el legislador estatal en la disposición adicional de referencia, sino porque no se exceptúa en ésta la aplicación de otros artículos de la LA que no sean los definidores del DPH y los modificadores o derogadores de normas civiles que resultarían aplicables, al incluir preceptos sobre materias de competencia estatal en virtud del art. 149.1, CE (cfr. art. 1, LA). Conviene apuntar de todos modos que existe una clara diferencia entre las materias recogidas en los arts. 29.6 y 34A.2), EACan, no debiéndose confundir unas con otras, ni, por consiguiente, unas competencias reguladores del legislador autonómico con otras. Así, son básicamente las materias y competencias señaladas en el segundo de los artículos citados las que pudieran verse afectadas por la legislación estatal a la que se refieren los arts. 35, EACan y 1, LOTRACA; es decir, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, en este caso, aunque sin perjuicio de las Posibles incidencias que, en ambos supuestos materiales, podrían tener los preceptos contenidos en diversos apartados del art. 149.1, CE, habiendo de ajustarse a ellos el ejercicio de las respectivas competencias por la CAC.

2. La mencionada Ley 29/1985, fue promovida y aprobada por el Estado en uso de las facultades que la Constitución le atribuye en sus arts. 128 y 132, teniendo particular relevancia al respecto el precepto contenido en el apartado 2 del segundo de los artículos citados: «son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley (...)», obviamente, estatal. Así, el Parlamento del Estado, estando constitucionalmente legitimado para ello, ha considerado conveniente para el interés general sustraer en gran medida el agua, como recurso unitario, del sector privado de la actividad económica nacional, declarándola, en sus elementos fundamentales, un bien de dominio público cuyo titular es el Estado, con todos los efectos que tal naturaleza y titularidad conllevan necesariamente, sin que ello comporte, al menos en principio, la vulneración *per se* de la distribución constitucional de competencias.

Precisamente, quizás sea el más trascendental de estos efectos la aplicabilidad en esta materia de aguas de diversos preceptos contenidos en el art. 149.1, CE -en especial los incluidos en los apartados 8ª, 18ª, 22ª, 23ª y 24ª de dicho artículo-, lo

cual sí que va a tener una inevitable incidencia en la articulación normativa que deberá darse al ejercicio de las competencias que las CCAA pudieran haber asumido en la materia de referencia, al surgir unas concretas limitaciones reguladores sobre la misma que habrán de respetar los correspondientes legisladores autonómicos.

Particularmente relevante es, además, la justificación aducida por el legislador estatal para llevar a cabo la referida ordenación del régimen jurídico de las aguas en la forma en que lo hace la Ley 29/1985. Nos referimos, evidentemente, al *interés general*, concepto recogido expresamente en la Constitución en su art. 128.1 y 2, cuya regulación debe conectarse con la contenida en otros artículos constitucionales tales como el 45.1 y 2, el 51.1 y 2 o el 149. 1. 1ª En este sentido, la STC 64/1984 de 11 de junio, ha reconocido la competencia del Estado para definir el interés general, estando aquél llamado a garantizarlo y tutelar de manera fundamental, aunque no exclusiva y excluyente.

Así, en definitiva, y sin perjuicio de que las CCAA puedan tener competencias en materia de aguas, el Estado, para proteger el interés general en relación con un bien que es un recurso natural escaso e indispensable para la vida y también para la actividad socio-económica; un recurso que, por otro lado, es ciertamente irremplazable por el momento, irregular en su obtención y vulnerable en diversas maneras y circunstancias, ha optado por declararlo *dominio público suyo* e intervenir sobre sus diversos elementos o facetas en aplicación de sus competencias constitucionales.

De este modo, la actividad normativa estatal en defensa del interés general sobre las aguas se ha materializado en una Ley que, al poder quizá introducir elementos de fricción entre el Estado y la CAC en la citada materia (tal como quedó establecido por el Estatuto y, complementariamente, por la LOTRACA), obliga al intérprete a poner especial cuidado en analizar hasta qué punto pudieran verse afectadas o limitadas las competencias autonómicas por la mencionada Ley. Y, en el supuesto de que así ocurriera, a dilucidar la legitimidad o ilegitimidad constitucional de tales eventuales limitaciones. Esto es lo que hemos de hacer al analizar el Anteproyecto.

Antes de proseguir, sin embargo, hemos de aclarar que, aunque la Ley 29/1985 ha sido recurrida por motivos de presunta inconstitucionalidad, no se ha suspendido su vigencia, lo que entraña una presunción de legitimidad constitucional a la que ha

de atenerse el Consejo de la manera más estricta en tanto el TC no decida lo contrario. Esto no obsta para que, en base al condicionamiento previsto por el primer inciso del art. 35, EACan, analicemos con especial cuidado la correspondencia de la LA con los distintos supuestos del art. 149.1, CE afectados por su regulación, con el fin de alcanzar una inteligencia de sus preceptos lo más acorde posible con lo que nuestro Estatuto previene.

3. De lo que se ha expresado en los dos números anteriores de este Fundamento, se deduce que el Anteproyecto objeto de dictamen pudiera exceder formalmente las competencias que sobre la ordenación de las aguas en Canarias corresponden constitucional, estatutaria y legalmente a la Comunidad Autónoma, además de incurrir en varios defectos materiales, como se dirá posteriormente, según se aprecia en la redacción de buena parte de sus artículos y disposiciones.

Al respecto, debe insistirse en que la CAC ha de respetar estrictamente sus específicos títulos habilitantes, y sus correspondientes limitaciones, para ordenar la materia en cuestión. Así, aquélla puede regular mediante Ley del Parlamento regional, en aplicación del art. 29.6, EACan, los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos en Canarias, pero sin olvidar que tal regulación podría estar de algún modo limitada por la que establezca el Estado en virtud de lo que disponen los apartados 13ª y 18ª, e incluso también los apartados 23ª y 24.1, del art. 149.1, CE, consideración que es extensiva tanto a la planificación regional como a la ordenación de los servicios públicos de transporte o de producción industrial de agua y del régimen de sanciones, organización y utilización de tales servicios. Asimismo, como quiera que el agua es un bien de dominio público de titularidad estatal, la regulación por el legislador comunitario de todas las actividades relacionadas con el agua que se citan en el art. 34.A).2, EACan, ha de ajustarse a la que dicte el Estado en base a lo dispuesto en el art. 149.1. 1ª, 8ª y 18ª, CE, para disciplinar las mismas, sin sustituir los títulos, potestades o derechos del Estado en esta materia o sin colocar a la CAC en la posición de aquél respecto al DPH.

Como es obvio, si la CAC se excediera o usara mal las competencias asumidas a través del Estatuto o de la mencionada LOTRACA, cual puede ser el caso del Anteproyecto dictaminado, tal hecho constituiría un vicio de inconstitucionalidad -e igualmente de antiestatutoriedad-, circunstancias respecto a las que este Consejo debe expresar su preocupación porque podrían dar lugar a que fuera recurrida ante el TC la futura Ley autonómica, o bien, se podría ocasionar la impugnación de ésta

por el Gobierno central ante dicho Alto Tribunal, en especial en relación con el contenido de sus cinco primeros artículos, de mantenerse su tenor literal actual.

Lo paradójico de la cuestión es que, en realidad, salvo determinados defectos puntuales o muy concretos de tipo técnico o, algunos, de fondo, relacionados con competencias estatales sobre planificación o sobre régimen de propiedad, que, en cualquier caso, son fácilmente subsanables, resulta que *dicho exceso es innecesario para lograr los objetivos que busca alcanzar el legislador autonómico, al menos en un grado sustancial*, puesto que resultan fundamentalmente alcanzables con el adecuado uso de los instrumentos jurídicos, dotados del alcance preciso, de que dispone aquél.

No pretende el Consejo con esta última reflexión erigirse en institución indebidamente asesora del Gobierno autónomo, y mucho menos realizar una actividad que pudiera entenderse una más indebida, si cabe, intromisión en la función normativa de la CAC; ni tampoco supone aquélla una valoración de oportunidad o conveniencia, que, como es sabido, le está vedada por el art. 3.2 de la Ley autonómica 4/1984. Se trata, simplemente, de advertir, en el momento procedimental adecuado, que, dentro del Ordenamiento jurídico vigente en CAC, es básicamente legítima la pretensión reguladora de las aguas en la Comunidad Autónoma que se contiene en el Anteproyecto objeto de dictamen y que, para alcanzar tal objetivo, dispone aquélla de medios técnico-jurídicos y de títulos habilitantes suficientes, pero que dichos medios y títulos no parece que hayan sido correctamente utilizados o ejercidos en el texto de dicho Anteproyecto, lo cual podría frustrar la obtención del fin propuesto.

4. No puede ignorarse, finalmente, que el Anteproyecto utiliza, por lo demás, una defectuosa técnica legislativa, desde el momento en que asume como contenido normativo propio preceptos previstos en la legislación estatal de aguas (la LA y su Reglamento) que inciden en materias reservadas en su regulación a la competencia del Estado, por afectar precisamente a diversos aspectos del dominio público hidráulico. Esta incorrección se detecta fundamentalmente en los Capítulos dedicados a *la planificación* (donde se reproduce y a veces se altera el régimen establecido por el Estado) y a las *infracciones sanciones* (donde se reitera parcialmente la norma estatal y se innova en lo fundamental), y también en otros Capítulos del Anteproyecto, específicamente los referidos a *la protección y calidad*

del agua (Cap. VIII); *régimen económico-financiero*, (Cap. IX); y *régimen de auxilios* (previsto en el art. 63.3 del Anteproyecto).

Al respecto, hemos de recordar que este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la incorrección técnica mencionada, específicamente en el Dictamen nº 19, Fundamento 111, 2 evacuado sobre el Anteproyecto de Ley sobre Patrimonio de la CAC, en los siguientes términos:

«se ha de señalar que el Anteproyecto reitera normas exclusivas del Estado (...), sobre las que la CAC no tiene competencia alguna. Cierto que la referencia normativa es reiterativa, reproduciendo literalmente preceptos estatales; sin embargo, esta reiteración constituye propiamente un exceso competencias aun cuando materialmente no se innove la ordenación estatal: la norma es válida, no sólo por su contenido, sino, además, por provenir del sujeto jurídico-público constitucionalmente habilitado para su aprobación. En consecuencia, hubiera bastado -por ser lo constitucionalmente correcto- que el Anteproyecto hiciera, a lo sumo, una referencia al articulado específico de los correspondientes textos estatales en esta materia, pero sin reiterar sus contenidos normativos.»

Es decir, se entiende que el Anteproyecto debiera contener, en relación con los ámbitos antes mencionados, una norma de envío a la normativa estatal, lo que vendría impuesto no sólo por las anteriores consideraciones, sino además por el básico principio de economía normativa que debe inspirar la tarea del legislador. En cambio, la CAC sí podría establecer medidas de protección sobre aquellos ámbitos no constitutivos de DPH estatal, en los que el protagonismo normativo, en base a las competencias estatutariamente asumidas, corresponde a la CAC.

En cualquier caso, ha de recordarse que, además de estarle vedado al legislador autonómico ordenar las cuestiones reservadas a la competencia exclusiva del Estado, sea de forma absoluta o sea de forma básica, el concepto de bases y en relación con su formalización normativa y sus correspondientes efectos, no requiere que las mismas sean definidas necesariamente en Leyes formales, cabiendo que existan también normas reglamentarias de carácter básico (cfr. STC 57/1983, de 28 de junio), circunstancia que, en materia de aguas, se producirá con toda seguridad según se observa en las previsiones de la Ley 29/85 y que, por tanto, dicho legislador debiera tener muy en cuenta para evitar incurrir en excesos que igualmente afectarían a la legitimidad constitucional de su normativa.

III

1. Directamente conectado con el problema de la competencia está el de la planificación hidráulica. Así, aunque pudiera parecer, en principio, que de la conjunción entre los arts. 34.A).2, EACan, 1, LOTRACA, y 149.1.22ª, CE, podría ser competente la CAC para elaborar y aprobar planes sobre la materia de aguas y servicios públicos conexos, sin embargo, si tomamos en consideración otros elementos que inciden en ella, de índole constitucional o aún estatutaria, surgen al respecto razonables dudas sobre tal competencia o, cuando menos, sobre la plenitud que el Anteproyecto pretende conferirle.

En efecto, el agua se ha transformado legítimamente en un bien de dominio público estatal que, como se ha indicado antes y dice el Preámbulo de la Ley 29/85 (como una justificación de la intervención estatal y de la calificación y régimen jurídico que se ordenan en sus artículos y disposiciones sobre el agua), tiene unas características y condiciones muy peculiares. Es decir, el legislador estatal concibe el agua como un recurso cuyo uso debe controlar y proteger el Estado en beneficio solidario de toda la Nación.

A tal fin, se declara el agua como DPH cuyo titular es el Estado.

Como consecuencia de tal declaración y finalidad, el Estado, para mejor garantizar la protección y control de un bien de las características del agua, entiende que es preciso efectuar una planificación del recurso, de su dominio público, integrada por diversos planes de cuencas hidrográficas, extra e intracomunitarias, y, sobre ellos, un plan nacional que los coordine y dirija, asegurándose la supremacía de éste mediante su aprobación por norma de rango superior a las de aprobación de aquéllos. Y esto es lo que se prevé en la LA, que, además, intenta compatibilizar sus objetivos sobre el DPH, instrumentalizados a través de la planificación de éste, con la regulación del art. 149.1.22ª, CE, en relación con las posibles competencias que hubiesen asumido las CCAA en materia de aguas. Al efecto, fija en sus arts. 16, 38 y 40 unas bases que deben respetar aquéllas a la hora de elaborar planes de cuencas intracomunitarias, de modo que -sin perjuicio, lógicamente, del control que al respecto se reserva el Estado- las planificaciones autonómicas elaboradas en estas condiciones habrán de ser aprobadas por el Gobierno central sin mayor problema.

Tampoco hay que olvidar en esta cuestión la íntima relación que existe entre la planificación hidráulica y la económica, al ser el agua un recurso vital para la Economía, en general, teniendo el Estado atribuida competencia exclusiva (art. 149.1.13.-, CE) para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, lo cual explica la existencia de los preceptos de los arts. 38.4 y 43.2, LA, así como la vinculación jerárquica inmediata de los planes hidrológicos de cuenca al plan hidrológico nacional que aquella prevé, al incidir todos ellos sobre el dominio público estatal de manera directa y al poder establecer las CCAA otros tipos de planes que, pese a que no incidan directamente sobre dicho dominio, sí que pueden hacerlo indirectamente, como ocurriría, indudablemente, con las planificaciones autonómicas de carácter económico, de servicios públicos, o de ordenación territorial.

2. Procede ahora analizar más concretamente la adecuación jurídica de los preceptos del Anteproyecto dictaminado que se proponen regular la planificación hidrológica en la CAC, partiéndose para ello de lo expresado en el número anterior de este Fundamento, cuyo corolario principal es que, siendo el agua un bien demanial del Estado, parece que debe ser éste quien sea también titular de las facultades de planificación del mismo, al menos sobre sus aspectos o elementos básicos.

Pues bien, así como es cierto que la CAC ha asumido estatutariamente competencias sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 29.1 1, EACan, con carácter «exclusivo»), o sobre ordenación y planificación de la actividad económica regional (art. 32.6, EACan, «en el marco de la legislación estatal básica y, en su caso, en los términos que ésta establezca»), sin embargo, no lo ha hecho expresamente sobre ordenación y planificación en materia de aguas [vid. art. 34.A).2, EACan]. No obstante, cabría argüir que, pese a ello, como quiera que la CAC ha asumido mediante la LOTRACA competencias legislativas sobre dicha materia, es lógico que asimismo pueda planificar al respecto; pero, aún admitiendo esto, es evidente que tal planificación estaría sujeta de alguna manera a la legislación y a la planificación del Estado en virtud de lo que disponen los apartados 8 y 18 del art. 149.1, CE. Incluso, podría ser dudoso que la aprobación de un plan sobre el Demanio de *titularidad estatal* correspondiese al Parlamento o al Gobierno de la CAC, contra la previsión legal expresa del propio Estado, previsión contenida en los preceptos de la Ley 29/1985 que ordenan la elaboración y aprobación de los planes hidrológicos,

salvo, naturalmente, que tales preceptos fuesen declarados inconstitucionales en este punto por el TC.

Realmente, la lectura del Anteproyecto en este tema sugiere que se está pretendiendo trasladar a la CAC la ordenación prevista en materia de planificación hidrológica por la Ley 29/1985 para el resto del Estado. Evidentemente, esta pretensión está basada en la idea, que impregna en general la regulación proyectada, de que la CAC tiene competencia suficiente sobre las aguas como para hacer tal cosa, lo cual, según se ha expuesto razonadamente en el Fundamento U de este Dictamen, no es jurídicamente exacto. Esta apreciación es independiente del hecho de que sea o no técnicamente adecuado y jurídicamente posible asimilar las islas a cuencas hidrológicas intracomunitarias, asimilación que efectivamente se opera en el Anteproyecto y se recoge en el Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas que se acompaña a éste -que, por su contenido y congruencia con el Anteproyecto, parece cumplir las funciones de Preámbulo o Exposición de Motivos del mismo-.

3. Para concluir con este Fundamento, cabe decir que, aparte de la planificación económica, forestal o urbanístico-territorial que la CAC pueda establecer legítimamente en ejercicio de sus competencias, con sujeción, en su caso, a las normas estatales que fueran aplicables y con obligada coordinación con la planificación hidrológica, cualquiera que ésta sea y quienquiera que la establezca, resulta que, en materia de dominio público hidráulico, la CAC no parece que sea competente para *aprobar* planes que incidan, incluyan o afecten, *por decisión exclusivamente autonómica*, a los elementos de aquél, definidos legalmente como tales, tanto en lo que se refiere a su *ordenación esencial*, como en lo que respecta a los aspectos fundamentales del mismo cuya *regulación y planificación básicas*, como se ha dicho, son competencia del Estado por el juego de los arts. 128, 132 y 149, CE, cuyo reflejo normativo es la Ley 29/1985.

Por supuesto, lo que sí puede realizar la CAC sin duda alguna es la *elaboración* de los planes hidrológicos siguiendo las bases y criterios establecidos por el Estado en la mencionada Ley y, además, el legislador autonómico podría ciertamente planificar -coordinadamente con otras planificaciones, empezando, natural y forzosamente, por la hidrológica- sobre aquellos servicios u obras de carácter público e interés general regional que, de una u otra manera, se relacionan con el agua y su aprovechamiento,

tanto en el ámbito insular como en el de la Comunidad Autónoma, siempre que lo considere oportuno y sin perjuicio del debido respeto de la normativa específica de estas cuestiones que fuese básica.

A modo de resumen, de lo expuesto hasta aquí respecto a la planificación del DPH, la elaboración de los planes que se efectúe por la CAC sobre el mismo deberá seguir las pautas fijadas por los arts. 16 y 38.6, LA, cabiendo añadir que, probablemente, fuese más eficaz hacerlo a nivel insular que a nivel regional, puesto que, ante los condicionamientos técnicos y jurídicos existentes en la materia, es muy posible que la planificación hidrológica regional carezca de sentido en la práctica o de suficiente fundamentación jurídica. Por lo que respecta a la aprobación de estos planes, mientras no se afirme la inconstitucionalidad de la regulación de la Ley 29/1985 que la ordena, no parece que ello sea competencia de la CAC, aunque, como se dijo al comienzo de este Fundamento, no puede afirmarse terminantemente la legitimidad constitucional de tal circunstancia a la luz de los preceptos allí citados. En definitiva, el Consejo entiende que *nada obstaría a la regulación por Ley autonómica de un dispositivo planificador de las Aguas en la CAC* -tanto en su nivel regional como en el insular- *si, los eventuales contenidos de dicha planificación, fuera posible incorporar cuanto afecte al DPH estatal, una vez obtenida la conformidad del* (que, como previene la LA, sería probablemente un *acto debido*, ajustarse a las previsiones de aquella).

IV

1. Sobre la base de las consideraciones efectuadas en el Fundamento 11, conviene hacer ahora una referencia específica a aquellas cuestiones relativas a derechos y facultades reconocidos en el Código Civil y la legislación de expropiación forzosa y a los derechos adquiridos por los particulares reconocidos por la LA, así como al régimen concesional, en relación con la incidencia que el Anteproyecto que se dictamina tiene sobre ellas.

Hemos de partir, como consideración previa, del hecho de que la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Legislación Civil y, desde esta perspectiva, el Anteproyecto debiera limitarse a prever una norma de reenvío en esta materia a la legislación del Estado, que es la competente para regular el contenido y alcance de los derechos adquiridos y valorar, en consecuencia, cuál es la compensación que, como contravalor de la demanialización, han de recibir los

particulares. Sin embargo, el Anteproyecto no sólo reitera los contenidos normativos de las leyes estatales, sino que, además, en algunos casos lo hace incorrectamente, alterando la prescripción contenida en aquéllas. Así, y a diferencia de la LA, que no establece para los aprovechamientos de aguas públicas límite temporal alguno, restringe el uso del aprovechamiento a 15 años, aunque prorrogables (d.t. 3ª 1), pero sin precisarse siquiera bajo qué condiciones o circunstancias se concede o rechaza la prórroga. En cualquier caso, esto último es intrascendente, toda vez que la LA no prevé periodificación alguna en el disfrute por los particulares de su aprovechamiento de aguas, yendo, por tanto, el Anteproyecto más allá de lo previsto en la norma estatal.

También se altera el sistema de los aprovechamientos de aguas privadas derivadas de la explotación de pozos y galerías, pues el plazo de 50 años establecido en la LA ha sido reducido a 15 años, aunque prorrogables sucesivamente por iguales períodos de tiempo, prórroga que, según el Anteproyecto, es automática, lo que cuestiona en consecuencia la *ratio* del establecimiento de tales períodos temporales (d.t. 4ª, 2). Además, esta misma disposición, en su nº 1,1 reduce en un año el plazo que tienen los titulares de aprovechamientos de aguas privadas para inscribirlas en el Registro de Aguas, alterando de esta forma el plazo establecido en la d.t. 3ª, LA, que es de 3 años.

Hay que señalar, finalmente, que el Anteproyecto no hace referencia en el sistema transitorio -ni siquiera de forma indirecta o por reenvío- a quienes aprovechan aguas privadas provenientes de manantiales, tal y como se precisa en la d.t. 2ª, LA.

2. Es dudoso que el Anteproyecto contenga una regulación adecuada de los distintos supuestos de restricción o limitación de la propiedad privada. En este sentido, el art. 31.4 contiene una norma que parece contravenir los principios que rigen el Derecho concesional.

Así, dicha norma debería prever los supuestos posibles en que el titular de la concesión no sea propietario del suelo. Tratándose de suelo propio o demanial, es claro que no hay problema alguno en que el concesionario utilice tanto la superficie como el subsuelo; pero, si el titular de la concesión no es propietario del suelo ni éste es demanial -como puede ocurrir-, es claro que para poder utilizarlo debe ser

aquél previamente expropiado, requisito sin el que no será posible proceder a la explotación de las aguas.

Los arts. 31.5 y 44 del Anteproyecto presentan una regulación incompleta de la ocupación como técnica licitadora de la propiedad privada. El primero de los artículos citados es incompleto porque no hace salvedad expresa de la indemnización que en cada caso corresponda. El segundo, por el contrario, permite la ocupación del suelo y del subsuelo, previéndose la correspondiente contraprestación, pero condicionada a que no se le ocasione al propietario «perjuicio económico independiente», con lo que, en principio, se alteran presupuestos en los que se basa el mecanismo expropiatorio, al establecerse una condición no prevista en la legislación sobre expropiación que se concreta en que, en este supuesto, la carga de la prueba corresponde al expropiado y no a la Administración, cuando, de conformidad con el art. 1 de la vigente Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF), se estará expropiando siempre que se *prive singularmente* «de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que sean las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, *ocupación temporal* o mera cesación de ejercicio». Además, los dos supuestos contemplados como ocupaciones temporales en el Anteproyecto realmente son plenas expropiaciones, pues las condiciones y motivos de las auténticas ocupaciones temporales están tasados en la LEF (art. 108), mientras que la actividad material regulada en aquél tiene una duración indefinida. Igual consideración merecen los arts. 17.2 y 45.2 y la d.a. 2ª 1 del Anteproyecto, que, no obstante prever la posibilidad de imponer servidumbres forzosas, no regulan la correspondiente indemnización.

Los dos supuestos contemplados en el Anteproyecto de expropiación-sanción están asimismo insatisfactoriamente regulados (art. 43.1 y d.t. 4.051 *in fine*). Nos remitimos en este punto a lo que se señala en el Fundamento VI relativo a las infracciones y sanciones en materia de dominio público hidráulico, debiendo destacarse al respecto la necesidad de que la CAC se ajuste en todo caso al procedimiento previsto en la LFF. De cualquier modo, el supuesto contemplado en la d.t. 4ª. 4 puede constituir un uso indebido de la expropiación, pues la potestad expropiatoria la tiene la CAC sin necesidad de acudir al expediente de declarar el previo incumplimiento del concesionario. El incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones concesionales relativas al DPH puede y debe ser reprimido en primer

lugar con los medios previstos en la propia LA y su Reglamento. Por lo demás, el art. 71, LEF exige, para que pueda funcionar el mecanismo expropiación sanción, Ley específica que asigne a la propiedad una forma de utilización y explotación determinada, debiendo recordarse en este punto que la LA no contempla la expropiación como técnica de represión de infracciones administrativas y que, de conformidad con el art. 149.1.18.1, CE, corresponde al Estado la competencia exclusiva en esta materia. Por lo demás, el mantenimiento de las normas comentadas en su actual redacción podría dar lugar a consecuencias que parece no querría el legislador, como que pueda producirse un supuesto de bis *in idem* o que el infractor pudiera lucrarse pese a haber realizado una actividad legalmente sancionable.

Cuestión análoga es la prevista en el art. 36.3 del Anteproyecto, que atribuye al Gobierno canario la posibilidad de regular el procedimiento a seguir para la requisa de agua en caso de «grave desabastecimiento a la población», competencia que corresponde al Estado según el art. 149.1.18ª, CE, pues la requisa es una expropiación de uso, pero expropiación al fin y al cabo. El procedimiento, además, ya está fijado en la LEF, cuyo art. 120 prevé la posibilidad de que se pueda proceder a la requisa de bienes o derechos, si bien «el particular tendrá derecho a la indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños derivados de la *ocupación temporal de inmuebles y al justo precio de los muebles, debiendo Iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas*».

Por otra parte, el art. 29.7 del Anteproyecto afecta a la propiedad privada de ciertos recursos hidráulicos, en contraposición a las prescripciones que la LA establece al respecto. En efecto, el Anteproyecto precisa que las aguas pluviales o estancadas de manantiales podrán ser aprovechadas sin necesidad de contar con título administrativo especial, si bien el Plan Hidrológico de Canarias modulará el volumen anual del aprovechamiento, que en todo caso no podrá superar los 7.000 metros cúbicos anuales. No obstante, la LA no prevé este tratamiento unitario de las referidas aguas, distinguiéndose, en su art. 52, una dualidad de regímenes jurídicos según su clase. Es claro que las aguas pluviales son privadas en tanto no salgan del predio privado en que caen, sin que su aprovechamiento pueda estar sometido a límite alguno, como no lo está en la LA, siempre y cuando respete los derechos de tercero y no se actúe con abuso de derecho. Son sólo las aguas manantiales de origen subterráneo las que están limitadas en cuanto a su aprovechamiento, lo que resulta

lógico, habida cuenta del carácter unitario del recurso y la conexión que existe entre todas las aguas, sean superficiales o subterráneas. Estas aguas, en tanto no sobrepasen los 7.000 metros cúbicos anuales, son de propiedad privada del titular del fundo en que fluyen, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. El límite establecido en la LA es, pues, tope máximo, no siendo correcto que la CAC, a través del Planeamiento Regional, reduzca la cifra o volumen de aprovechamiento sin prever en cada caso la correspondiente contraprestación indemnizatoria.

3. Finalmente, hemos de hacer referencia a una serie de cuestiones relativas al régimen concesional y de aprovechamiento de aguas imprecisamente regulado en el Anteproyecto, que excede de las previsiones concretas de la LA, pues los arts. 33.4 y 5, 16.2 y d.t. 4.2 parecen alterar los presupuestos básicos recogidos en la legislación estatal que informan la adjudicación de concesiones. En efecto, los arts. 71.2, LA y 93.2 de su Reglamento previenen que «el procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones se ajustará a los *principios de publicidad y tramitación en competencia, prefiriéndose, en igualdad de condiciones, aquellos que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección del entorno*». Pues bien, en el nº 4 del art. 33 antes citado, se prevé la posibilidad de restringir la oferta de proyectos, limitándola, además de a las Comunidades de Usuarios que al efecto se constituyan, a «alguno o a todos conjuntamente de los titulares de otras concesiones de la zona», lo que parece pugnar con los principios antes señalados. Además, esta norma podría originar arbitrariedad al obviar el procedimiento ordinario de concurso.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el art. 71.2, LA prevé la eliminación del principio de competencia, pero sólo cuando se trate de «abastecimiento de agua a poblaciones», excepción que ha sido precisada en el art. 122 del Reglamento de aguas en relación con el abastecimiento de poblaciones y urbanizaciones aisladas que no pueden ser abastecidas desde la red municipal.

Asimismo, en el nº 5 del art. 33 se altera el sentido y fin de la norma prevista en el art. 71.2, LA, toda vez que los factores determinantes a tener en cuenta por la Administración para proceder a la adjudicación efectiva de una concesión sólo operarán en los casos de igualdad de condiciones, pero no para ser utilizados indiscriminadamente con carácter previo, criterio que podría también generar situaciones de inseguridad respecto a su *tramitación y adjudicación*.

Para concluir, hemos de poner de manifiesto lo impropio del término que utiliza el Anteproyecto para referirse a las situaciones transitorias previstas en su

articulado, relativas a los derechos adquiridos por sus titulares en el aprovechamiento de aguas privadas. Así, su d.t 4.2 califica como «concesión especial» a una situación que implica el mantenimiento y continuidad del aprovechamiento de tales aguas en las mismas condiciones que hasta ese momento se venían disfrutando. Además de utilizarse una expresión novedosa, no prevista específicamente en la Legislación de Aguas, se incurre en el error de calificar como «concesión» a unas situaciones de disfrute de derechos adquiridos que tienen su fundamento, no en un acto concesional, sino en la propia LA. Por esta misma razón, es asimismo incorrecta la prescripción del art. 16.2 del Anteproyecto, al imponer a los «concesionarios especiales» la constitución obligatoria de Comunidades de Usuarios -que la LA limita a los usuarios de aguas y otros bienes del dominio público hidráulico de una misma toma o concesión-, en la creencia de que están en la misma posición jurídica de un concesionario, imponiendo así una vinculación más fuerte que la específicamente prevista en las disposiciones transitorias de la LA.

V

1. La interpretación que el Anteproyecto hace de los textos constitucionales y estatutarios, en orden a la delimitación de los títulos competenciales que precisa la CAC para formular un Anteproyecto como el que se propone, ha llevado a éste a una sistemática duplicación de contenidos normativos, que se manifiesta igualmente en la organización hidráulica que se propone. Procede, en consecuencia, analizar lo que al respecto previene la LA para, seguidamente, considerar el Anteproyecto.

El art. 19, LA prevé que «en las cuencas hidrográficas que *excedan el ámbito territorial* de una Comunidad Autónoma se constituirán Organismos de Cuenca (...)». Estos organismos, que la LA denomina «Confederaciones Hidrográficas», están dotados de autonomía funcional, que no orgánica, pues dependen administrativamente del Ministerio de Obras Públicas (art. 20, LA), gestionan cuencas hidrográficas extracomunitarias y están dotados de una organización compleja constituida, según el art. 24, LA, por órganos de gobierno (junta de Gobierno y Presidente); de gestión (Asamblea de usuarios, Comisión de Desembalse, juntas de Explotación y junta de Obras) y de planificación (Consejo del Agua). Asimismo, la d.a. 4.1, LA dispone que las funciones que, de acuerdo con esta Ley, ejercen los Organismos de cuenca en aquéllas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, corresponderán a las Administraciones hidráulicas de las

Comunidades que, en su propio territorio y en virtud de sus Estatutos de Autonomía, ejerzan competencias sobre el DPH y se trate de cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su ámbito territorial.

En principio, hay que apuntar que el Anteproyecto ha operado sobre la base de una utilización analógica del concepto «cuenca» previsto en el art. 14, LA, aunque esta norma pudiera no ser de aplicación en Canarias, pues, si bien es cierto que hay pluralidad de cauces secundarios en las islas, sin embargo, no convergen, como ocurre en el resto del territorio nacional, en un cauce principal único. Ahora bien, tomando la isla como unidad territorial básica, parece admisible que cada una de las que forman el Archipiélago constituya una cuenca a los efectos del DPH estatal, aunque, en tal caso, ésta será siempre *intracomunitaria*.

Pues bien, en base a tales consideraciones, resulta que la LA impone en los supuestos de cuencas extracomunitarias cierto modelo de organización hidráulica sobre el DPH *estatal*, mientras que en las intracomunitarias se asignan las funciones correspondientes a la Administración hidráulica de la Comunidad Autónoma con competencias sobre dicho dominio. La LA no impone, pues, a las CCAA con cuencas intracomunitarias un determinado modelo de organización. Sin embargo, el Anteproyecto crea en cada una de las islas un Consejo insular del Agua, dotado de una organización interna compleja. Al respecto, cabe indicar que, aunque la d.a. 4. LA parece exigir la atribución de funciones a la Administración hidráulica de la CAC, no impone una determinada Organización o una específica Administración, por lo que la CAC puede, en base al art. 21, EACan, organizar su Administración pública - también la hidráulica- en la forma que estime más conveniente, aunque con sujeción, en todo caso, a los principios que se deducen de la normativa estatutaria indicada (tal como, por ejemplo, hacen los arts. 52 y 53 de la Ley autonómica 1/83, de 14 de abril, y, más recientemente, la ley autonómica 8/1986, en su art. 8.1).

Llama la atención el que, en relación con la organización de las cuencas intracomunitarias, la LA sólo impone que «la representación de los usuarios en los órganos colegiados de la Administración Hidráulica no sea inferior al tercio de los miembros que los integren» (art. 16.1.b, LA), y un control gubernativo externo, pues un delegado del Gobierno en dicha Administración asegurará el cumplimiento de la legislación hidráulica estatal, pudiendo incluso impugnar sus actos ante la jurisdicción contencioso administrativa [art. 16.1.c) y 2].

En cambio, el Anteproyecto, para lograr el mismo fin, crea una organización compleja que, con vistas a incorporar en ella la participación de los Cabildos, integra a éstos mediante un peculiar mecanismo de cotitularidad del que previsiblemente habrán de derivar situaciones problemáticas para el funcionamiento de los organismos proyectados y consecuencias jurídicas inapropiadas previstas en el propio Anteproyecto.

2. Es claro que la organización diseñada en el Anteproyecto está articulado sobre la base de una Administración instrumental o institucional, admitido lo cual, extraña la declaración de su art. 6.2, según el cual, «el Consejo Insular del Agua *dependerá administrativamente de la Consejería de Gobierno de Canarias con competencias en materia de aguas y del Cabildo insular respectivo*, de acuerdo con el carácter *insular o regional* de las competencias en materia de agua que corresponden a la Administración». Y ello, por varias razones. En primer lugar, porque la dependencia orgánica de los organismos autónomos lo es siempre respecto de la Administración matriz que los crea. No obstante, el Cabildo insular, que participa en su composición al igual que otras Corporaciones públicas y asociaciones privadas, resulta equiparado por el Anteproyecto a la Administración autonómica. La realidad es que entre ambas Administraciones no se da la necesaria dependencia jerárquica u orgánica, pues, aún admitiendo que los Cabildos actuasen como instituciones de la CAC, nunca puede deducirse de ello que sean Administraciones de ésta en sentido estricto. Además, el Anteproyecto anuda el carácter de la competencia ejercida (regional o insular) a la adscripción orgánica del Consejo insular a la Consejería o al Cabildo respectivamente, generando de este modo una complejidad organizativa y funcional de dudosa eficacia práctica y corrección técnico-jurídica. En definitiva, si se estimare que el Cabildo debe intervenir en esta materia en base a un interés presuntamente insular, es evidente que el legislador autonómico tiene a su alcance los mecanismos institucionales que el Estatuto y la Ley autonómica 8/1986 le ofrecen; es decir, básicamente, la encomienda de servicios y la delegación de competencias. Es obvia la inconsecuencia jurídica que sería hacer depender jerárquicamente unos organismos institucionales de una Corporación que ni los ha creado, ni tiene competencia sobre la materia cuestionada y que sólo interviene en ésta en la medida que la CAC lo permita con base en el Estatuto de Autonomía.

Merece asimismo especial atención la norma del art. 7.1.b) del Anteproyecto, que dispone, como atribución de los Consejos insulares, además de las

específicamente asignadas en este artículo, «aquellas otras que se le encomienden por la Comunidad Autónoma y las Corporaciones locales». Así, este precepto parece una incorrecta aplicación de la técnica de la encomienda prevista por otra parte en la Ley autonómica 8/1986, como una técnica de redistribución competencias entre la CAC y los Cabildos; es decir, entre dos entes públicos territoriales distintos. La norma, una vez más, parece desconocer la específica naturaleza jurídica de los Consejos insulares -que son Administración institucional autónoma, funcionan en base a la autonomía funcional que le otorga la Administración matriz y con las competencias, alcance y contenido que la CAC le conceda- por lo que mal se entiende que la CAC «se encomiende a sí misma». No obstante, lo que sí puede es redefinir, ampliando o restringiendo, las funciones que deban desarrollar dichos Consejos como Administración descentralizada, para lo que puede utilizar los instrumentos técnicos apropiados y no los establecidos para otros propósitos. En este sentido, se recuerda que el art. 11 de la Ley autonómica 8/86 dispone que «la Administración pública de la CAC actuará sus competencias administrativas propias mediante encomienda para la gestión ordinaria de servicios a los Cabildos insulares».

Análoga confusión sobre la naturaleza y régimen jurídico de los Consejos insulares se advierte en el art. 14.2 del Anteproyecto, al disponer que el Gobierno de Canarias «conocerá de las resoluciones administrativas adoptadas por los Consejos insulares pudiendo impugnarlas ante los Tribunales. A tal fin, los Consejos insulares en el plazo de 6 días siguientes a la adopción de acuerdos por sus órganos rectores remitirán copia de los mismos a la Consejería de Gobierno de Canarias con competencias en materia de aguas». No parece correcto que la CAC impugne los acuerdos de los Consejos insulares ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y ello por dos motivos.

Primero, porque supondría admitir la incongruencia de que la Administración autonómica se impugne a sí misma, cuando parece obvio que el control de sus organismos autónomos ha de llevarse a cabo por los instrumentos ordinarios de que al efecto dispone aquélla.

En segundo lugar, esta norma es consecuencia de la inapropiada técnica legislativa seguida por el Anteproyecto que conduce a duplicar, sin la debida adaptación, los contenidos normativos de la Ley estatal. En este caso, se sigue el esquema del art. 16, LA, que ciertamente es adecuado para la ordenación de un sistema hidráulico en el que intervienen entes jurídico-políticos distintos (el Estado y

las CCAA), como exigencia del debido respeto de aquél y de éstas a sus respectivas competencias, evitándose que la actividad estatal de alta inspección suponga la tutela encubierta de las CCAA o el establecimiento de controles genéricos o indeterminados (lo cual rechaza en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional). Este, ciertamente, no es el caso de las relaciones entre un organismo autónomo y su Administración creadora en el que, además, carece de sentido la alta inspección.

Contradice también la autonomía administrativa funcional el hecho de que los Consejos insulares remitan a la Consejería con competencias en materia de aguas la adopción de sus acuerdos, remisión que sólo se justifica en los supuestos de autonomía constitucionalmente garantizada (cfr. art. 56.1, LRBRL). Es más, no deja de ser expresivo de la confusión operada que el plazo de seis días que el Anteproyecto impone para remitir los acuerdos sea el mismo que el que exigía la ya derogada Ley 40/81, en su art. 8.2, para las Corporaciones locales en relación con el Estado.

3. El Anteproyecto contiene asimismo una insatisfactoria regulación de la Administración consultiva integrada en la Administración hidráulica de la CAC.

Aparte de las disfuncionalidades burocráticas ya señaladas, resulta llamativo que el art. 5.3 del Anteproyecto disponga que «el Gobierno podrá establecer mediante Decreto un órgano consultivo para informar planes, proyectos y disposiciones, referidos a la gestión de los recursos hidráulicos». Y ello, además de que se prevean otros posibles órganos de asistencia y de información o de que el art. 27.2 del Anteproyecto prescriba que el Gobierno prestará su asistencia en la elaboración de los planes insulares a través del Centro de Investigación y Planificación. Es muy posible que este último órgano sea el previsto en el art. 5.2.b) del Anteproyecto, pero su diferenciada ubicación normativa pudiera inducir a confusión, siendo más oportuno unificar la denominación y hacer un tratamiento unitario de los órganos asesores y consultivos que se pretende crear.

Con todo, existen otros preceptos donde esta incorrección es aún más evidente. Así, el art. 21.2 del Anteproyecto preceptua que «el otorgamiento de concesiones, la aprobación de auxilios económicos para abastecimiento y saneamiento y la autorización de instalaciones de producción industrial podrán estar condicionados a la constitución de tales entidades (Mancomunidades, Consorcios) pudiendo ser

preceptivo Informe favorable por parte del Consejo insular». Además de la peculiaridad que supone que la Administración activa -según el art. 7. 1. a) del Anteproyecto, los Consejos insulares otorgan, revocan y declaran la caducidad de autorizaciones y concesiones- sea al mismo tiempo Administración consultiva (con lo que se pervierte el fin y razón de ser de ésta última, que está destinada, como se sabe, a servir de filtro de posibles errores cometidos por la primera), ello resulta, por lo demás, inútil, pues el Consejo insular, obviamente, no necesita pedirse a sí mismo un informe para otorgar o no una concesión. De todas formas, lo más grave es que se puede estar atentando no sólo contra el principio de objetividad del órgano que debe actuar, sino contra la seguridad jurídica de los particulares, pudiendo dar lugar a situaciones de notoria discriminación. En efecto, el Anteproyecto otorga a los informes un carácter absolutamente indefinido, toda vez que, tal y como está redactada la norma, queda a la Administración darle el efecto que, discrecionalmente, decida, confundiéndose la naturaleza del informe con los efectos que el mismo pueda producir (cfr. al respecto los arts. 84 y 85 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Por último, el art. 20.2 del Anteproyecto introduce una modificación que afecta sustancialmente a la Administración consultiva en relación con lo que dispone la Legislación de Aguas del Estado. Así, el art. 73.1, LA, último párrafo, prescribe que «el organismo de cuenca no podrá denegar la aprobación de los Estatutos y Ordenanzas (de las Comunidades de Usuarios), ni introducir variantes en ellos, sin previo dictamen del Consejo de Estado». No obstante, el artículo antes citado del Anteproyecto silencia toda referencia a Administración consultiva alguna, por lo que, siendo la materia concernida una cuestión que afecta al DPH estatal, parece cuestionable que nada se diga respecto del Consejo de Estado, o bien, teniendo en cuenta lo expresado en el Dictamen nº 18, emitido por este Organismo, en relación con el Anteproyecto de Ley de ampliación de competencias del Consejo Consultivo, de este mismo, una vez aprobado el mencionado Anteproyecto. En cualquier caso, no parece correcta esta omisión al eliminarse una consulta preceptiva en el régimen jurídico del DPH estatal.

VI

Hemos de ocuparnos ahora del régimen sancionatorio regulado en el Anteproyecto, cuestión evidentemente relacionada con el análisis de la delimitación competencias efectuada en el Fundamento 11 de este Dictamen. A lo allí indicado,

hemos de añadir que el DPH, definido en el art. 1, LA, con el alcance previsto en el art. 2, id., es protegido por el Estado (Título V, id.), quien determinará el régimen básico de infracciones y sanciones en esta materia. En consecuencia, dos son las posibilidades de actuación de la CAC respecto del Derecho sancionador en esta materia, cada una con un alcance y efectos determinados, según la competencia que las ampara en cada caso.

Por una parte, la CAC tiene una competencia limitada para incidir en el régimen diseñado por el Estado en base al art. 149.1.18ª y CE. No obstante, el Anteproyecto, en su art. 68.1, que pretende reiterar el art. 109.1, LA, procede a reclasificar las infracciones sobre el DPH omitiendo las «muy graves», desconociendo, además, lo que de básico disponga al respecto el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. Como consecuencia de dicha reclasificación, el Anteproyecto, en su art. 68.21, modifica las cuantías de las multas a imponer, alterando así las previsiones contempladas en los arts. 109. 1, LA y 318.1 del Reglamento. Por las mismas razones, resulta cuestionable la regulación contenida en el art. 68.4 del Anteproyecto, en relación con los arts. 109.3, LA y 322 de su Reglamento.

En cualquier caso, el procedimiento sancionador habrá de ajustarse a lo que se prevé en la LA y, sobre todo, en su Reglamento, por lo que la referencia hecha en el art. 68.5 del Anteproyecto es asimismo insatisfactoria, al remitir el procedimiento sancionador al régimen general previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo, desconociendo el procedimiento específico que la legislación estatal de aguas prevé al respecto.

Más holgada puede ser, por otra parte, la posición de la CAC en los ámbitos de actuación excluidos del DPH y en los que, en base a las competencias estatutariamente asumidas, tiene un mayor margen de libertad, toda vez que en este caso estamos ante materias no reservadas al Estado. Desde este punto de vista, y por lo que al contenido del Anteproyecto analizado respecta, la CAC puede regular, tipificándolo, el régimen de sanciones destinado a prevenir y reprimir conductas que incidan en los servicios públicos de transporte y producción industrial de agua, si bien debe en todo caso respetar los límites impuestos por la normativa básica del Estado. En este sentido, ha de señalarse que el art. 42 del Anteproyecto, relativo al servicio público de transporte de agua -al prescribir que el incumplimiento de ciertas condiciones «dará lugar a imposiciones de sanciones administrativas o, atendida la

gravedad del caso, a la prohibición de su utilización»-, no sólo contiene una norma técnicamente defectuosa, sino que pudiera pugnar con los principios del Derecho sancionador, cuales son los de legalidad y tipicidad. Se hace, en efecto, genérica referencia al «incumplimiento de condiciones» y una improcedente asimilación de conductas sancionables, estando, por lo demás, el régimen de sanciones absolutamente indeterminado, pues se deja a la valoración discrecional de la Administración la posibilidad de prohibir la utilización del servicio. En lo que respecta al servicio público de producción industrial de agua, el Anteproyecto guarda absoluto silencio sobre las sanciones a imponer, lo que podría ocasionar la falta de la necesaria protección de dicho servicio por parte de la Administración autonómica.

VII

Procede, finalmente, referirnos a la publicación de ciertas actividades que, aunque conectadas con los recursos hidráulicos, son ajenas al DPH, y a las que el Anteproyecto dedica los Capítulos VI y VII, relativos al «Servicio Público del Transporte del Agua» y al «Servicio Público de Producción Industrial de Agua», respectivamente.

1. La primera cuestión a resaltar en la regulación propuesta es la previsión de un régimen de gestión del servicio público de transporte poco preciso. En efecto, parece que el Anteproyecto admite las dos formas usuales de gestión del servicio, la directa y la indirecta, si bien la primera de ellas tiene un tratamiento que se reduce a su mención como mera posibilidad, pues el desarrollo normativo puntual que se hace en el Anteproyecto se refiere exclusivamente al sistema de gestión indirecta o concesional.

No resulta del todo claro, por otro lado, el alcance que el Anteproyecto pretende atribuir a la publicación del transporte, pues, aunque técnicamente existen distintas posibilidades a la hora de declarar a una actividad como servicio público, el modelo proyectado no se precisa en términos suficientemente definidos, ordenándose mediante normas incompletas o de interpretación ambivalente. Así, hay casos en que las conducciones se excluyen del servicio público de transporte, no comprendiéndose consiguientemente en las «redes» (art. 42.4), por lo que, se supone, quedan en manos de los particulares y, aunque nada se dice al respecto, sujetas a un régimen jurídico-privado, sin perjuicio de las limitaciones previstas en el art. 40.c) del Anteproyecto. Sin embargo, el art. 43 parece distinguir dos clases de

redes, aunque de él no se deduce la necesidad de la existencia de un doble régimen de adjudicación de las mismas mediante los procedimientos previstos en sus apartados 1 y 2: si lo que se pretende decir es que hay dos clases de redes, según su esencialidad para el transporte del agua, lo que justificaría un doble procedimiento, debería precisarse en el texto tal circunstancia; si la anterior consideración no es correcta, no se explicaría entonces tal dualidad procedimental. En cualquier caso, conviene tener presente que la segunda modalidad de adjudicación, mediante concurso público, dado que la red pudiera comprender tanto conducciones privadas como públicas, deberá conllevar previamente la expropiación de estas últimas.

Suscita igualmente reparos el último párrafo del art. 43.3 del Anteproyecto, que encomienda a los Consejos insulares la facultad de fijar «la cuantía mínima del canon cuando la conducción sea pública». Es claro que, si se ha publicado el servicio, el transporte del agua siempre será público, pues tal calificación es independiente de la naturaleza jurídica del medio por donde transcurre el agua. Parece, pues, que se trata de una incorrección técnica que conviene subsanar suprimiendo la expresión «cuando sea pública» porque, de lo contrario, podría parecer que existe transporte privado.

2. En lo que respecta al servicio público de producción industrial del agua, hay que decir que la técnica utilizada por el Anteproyecto es defectuosa, al unificar en un servicio público actividades tan dispares como la «desolación del agua del mar» y el «transporte desde el exterior», sea cual fuere, en este último caso, el origen del agua. Es claro que, técnicamente, “producción industrial” sólo existe en la primera de las actividades mencionadas, mientras que la segunda es una mera adquisición de agua en el exterior, sin que deba ser obtenida necesariamente mediante procedimiento industrial alguno.

El Capítulo VII del Anteproyecto, que es el relativo al servicio público que analizamos, no contiene prescripciones expresas relativas a una y otra actividad, pues habla genéricamente de «técnicas de producción industrial». No obstante, del tenor del articulado parece que el Anteproyecto no agota la voluntad normativa inicialmente expresada, pues sólo está haciendo referencia al agua desalinizada, pero no a la adquirida en el exterior, cercenándose de esta manera en el desarrollo normativo uno de los objetivos que el Anteproyecto perseguía, si bien de modo poco preciso.

Además, el régimen de gestión de este servicio público está muy desdibujado, toda vez que no se hace un pronunciamiento expreso sobre la forma de gestión, aunque parece que será exclusivamente la indirecta, renunciando la CAC a gestionar el servicio. En cualquier caso, y a pesar de la insuficiencia del articulado, el art. 49.1 tiene una lectura que parece insinuar que las actividades de producción industrial se desarrollarán en régimen de autorización y no de concesión, aunque tal posibilidad no queda clara en absoluto, ni sería técnicamente correcto que fuere así, dada la declaración de servicio público hecha sobre las mismas.

En lo que se refiere concretamente al transporte desde el exterior, extraña que el Anteproyecto no dedique específicamente ningún artículo a su ordenación, puesto que no es admisible extender a esta actividad el régimen jurídico de otra distinta. El diferente origen del agua; la cercanía o lejanía del recurso; las instalaciones precisas en uno y otro caso (desalinización-adquisición); el diferente coste del producto obtenido, etc., exigen un tratamiento diferenciado que en el Anteproyecto ni se hace ni se insinúa.

Es defectuosa también *la publicación indeterminada y pro futuro* que se hace en el art. 49.1 in *fine* del Anteproyecto, pues ello, además de suponer una incorrección técnica, incide improcedentemente, limitándolas, en las actividades que están en manos de la iniciativa privada. El régimen general en el que se desarrolla la actividad económica es el de libre mercado y libre empresa y las limitaciones a dicho sistema no pueden hacerse de forma indeterminada, sino detalladamente, determinándose de forma puntual y específica que área o áreas de actividades abandonan el régimen general y se someten, en adelante, a un sistema de publicación.

La utilización de la analogía para extender el régimen jurídico de una actividad no es, desde luego, la técnica más apropiada para intervenir sobre otras afines. La CAC tiene estatutariamente asumidas competencias para regular estas actividades, pudiendo declararlas como servicio público si lo estima conveniente, pero lo que no puede hacer es pretender alcanzar por vías inadecuadas unos objetivos, que, no obstante, pueden ser perfectamente lícitos.

VIII

Añadiremos las observaciones que siguen a los artículos que se indican, como complementarias de cuanto se ha dicho en los restantes Fundamentos de este Dictamen.

Artículo 3.3. Su redacción es innecesariamente reiterativa.

Artículo 4. 1. Es cuestionable que el Anteproyecto declare servicio público una actividad que, al relacionarse directamente con el dominio público, está ya sometida a un régimen jurídico administrativo particular y de mayor intensidad que el propio de aquél, cual es el demanial, sobre el que tiene una especial incidencia la normativa del Estado.

Artículo 4.2. No parece que la concesión sea el instrumento jurídicamente adecuado para permitir la gestión de un servicio público por otras entidades públicas. Ni el Estatuto de Autonomía, ni la Ley Reguladora de las bases del Régimen Local dan pie para ello. Tampoco la Ley 29/1985 (cfr. su art. 57.5).

Artículo 10.1.a). El término *supervisar* no está correctamente utilizado, puesto que, en estricta técnica jurídica y como ha señalado el TC, tiene un significado propio y determinado que, ciertamente, no se corresponde con la actividad de *control de índole interna* que se pretende atribuir a la junta General del Consejo insular.

Artículo 10.2.c). La función que aparece recogida en este precepto parece más propia de la Presidencia, en cuanto órgano unipersonal, que de un órgano colegiado. Además, en cualquier caso, parece indiscutible que las decisiones de aquella debieran tomarse *de conformidad* con los acuerdos de la junta General y no «en el marco de los acuerdos con ésta».

Artículo 13.2. Debe recordarse que los convenios de colaboración son realizados por la Administración con los particulares, mientras que los de cooperación se conciertan entre Administraciones públicas (cfr. arts. 2.4 y 2.7 de la Ley de Contratos del Estado).

Artículo 15. Sin perjuicio de que pudiera ser formalmente cuestionable la inclusión de estos preceptos en una Ley autonómica, en todo caso, su ubicación adecuada es el Derecho transitorio.

Artículo 18.3. Una Ordenanza, como normativa que es, no se ejecuta, sino que se cumple o aplica.

Artículo 18.4.b). Carece de sentido porque los únicos derechos adquiridos o costumbres locales a respetar son, precisamente, los respetados por la Planificación.

Artículo 18.6. Debe suponerse que el Reglamento aquí citado será uno general de aguas que dicte en su momento el Gobierno autónomo, aunque, para evitar confusión e inseguridad, sería muy conveniente advertirlo así expresamente.

Artículo 21.2. No parece correcto, técnica y sistemáticamente, prever que en un mismo precepto el régimen de concesiones y el de auxilios o el de instalaciones de producción industrial, por ser cuestiones diversas cuya regulación parece que debiera tener efectos distintos, máxime al ser diferentes sus destinatarios (cfr. al respecto los arts. 81 y 102, LA).

Artículo 23.b). Necesariamente, el interés general al que se refiere debe ser autonómico y así debiera explicitarse.

Artículo 24. En una buena lógica jurídica, los apartados 1 y 2 de este artículo debieran estar sistemáticamente dispuestos en orden inverso al que actualmente tienen. Desde luego, en caso contrario, no se sabría a que «criterios generales» y «definición de prioridades» se refiere el apartado 1, o en donde estarían previstos unos y otra.

Artículo 27.2. Parece confusa y, en todo caso, incoherente la intervención del Consejero del Gobierno autónomo con competencias en materia de aguas prevista en este propio anteproyecto respecto del Consejo insular.

Artículo 27.4. No resulta procedente la indeterminación que este precepto contiene respecto al procedimiento del trámite de información pública que prevé, sin advertir siquiera que aquél será regulado reglamentariamente.

Artículo 28.2. La advertencia contenida en este precepto de que el Gobierno podrá aprobar «provisionalmente» Planes Hidrológicos Parciales o Especiales, «sin

perjuicio de su posterior adecuación al correspondiente Plan Hidrológico Insular», no se entiende en relación con lo que este mismo artículo regula en su apartado 1, primer párrafo.

Artículo 29.3. Es un precepto ocioso que debiera suprimirse, máxime cuando su mantenimiento bien pudiera originar interpretaciones equívocas y subsiguientes confusionismos.

Artículo 30. Es un precepto escasamente coherente respecto de la regulación del régimen de concesiones prevista en el propio Anteproyecto, al exigir a los solicitantes de aquéllas que determinen el destino que pretenden dar a las aguas o someterse a los usos indicados por el Consejo insular, puesto que es éste quien, previamente, debe haber determinado esta circunstancia como condición concesional.

Artículo 31.2. Su segundo párrafo contiene un precepto técnicamente defectuoso que podría originar arbitrariedad administrativa o, incluso, situaciones anómalas en el aprovechamiento hidráulico.

Artículo 32.2. Contiene un mandato excesivo en relación con lo previsto para estos supuestos por la Ley estatal (vid. art. 62, LA), que previene la mera autorización administrativa. En todo caso, parece que, técnicamente, es inadecuada la expresión «concesión ampliada» para referirse a la ampliación de una concesión, o bien, que se califique a la ampliación concesional de accesoria, cuando en realidad viene a ser suplementaria de la original.

Artículo 32.5. Es claro que para dar sentido a este precepto, dentro de la regulación contenida en el artículo de referencia, es preciso salvar en su redacción lo previsto en los apartados anteriores del mismo.

Artículo 35. 1. Sistemáticamente, este precepto debiera reconducirse, favoreciéndose la claridad de la regulación pretendida, al art. 33 del propio Anteproyecto.

Artículo 37. 1. Sus apartados 1º y 6º pudieran refundirse perfectamente, puesto que el rescate de la concesión es, técnicamente, un mero supuesto particular de expropiación forzosa. También podrían serlo los apartados 2º y 5º, que, concretamente, no parecen compaginarse con lo que se dispone en el número 2 de este artículo.

Artículo 38. Parece que la expresión correcta a utilizar en este precepto es «afectas» y «no afectadas».

Artículo 39. Tratándose de un bien de dominio público, es evidente que la inscripción en el Registro de Aguas debiera ser siempre de oficio, aunque ello sea, obviamente, en relación con las concesiones futuras, salvándose lo previsto al respecto en el Derecho transitorio, tanto del Anteproyecto como de la Ley 29/1985.

Artículo 40.b). Se sugiere introducir la expresión «de transporte» en su redacción.

Artículo 42.2. No parece muy adecuada la expresión «conexión jurídica» utilizada en la redacción de este precepto, observación que es extensible a otros artículos del Anteproyecto en los que también se utiliza aquella.

Artículo 47. 1. Parece objetable la terminología utilizada en este precepto en sus letras a) y b) al inducir a confusión entre los usuarios citados en ellas, que, lógicamente, no pueden ser los mismos, ya que los mencionados en la letra a) deben ser concesionarios o productores de aguas, mientras que los de la letra b) son meros consumidores de aquéllas. A propósito de esta terminología, cabe añadir aquí que el Anteproyecto denomina en otros artículos concesionarios a los usuarios, lo cual no es correcto porque, evidentemente, el conjunto de éstos excede al de aquéllos (cfr. Ley 29/1985 al respecto).

Artículo 50. 1. No sería ocioso que se determinase, en este mismo precepto o mediante una oportuna remisión a la normativa procedente, qué se entiende por «asentamientos de población», sobre todo cuando parece ser un concepto distinto al de «urbanizaciones».

Artículo 52. El concepto de «racionalidad económica» utilizado en su redacción queda indeterminado, lo cual pudiera ocasionar inseguridad, de modo que parece procedente su determinación en el propio Anteproyecto o, al menos, que se remita expresamente a su determinación reglamentaria.

Artículo 61. Su redacción es confusa en su primer párrafo, pareciendo conveniente que sea suficientemente mejorada.

Artículo 63.3. Este precepto es una norma de carácter general, no afectando tan sólo a la mera reutilización del agua, de modo que debiera tener ubicación diferente de la actual. Por otra parte, resulta ocioso su segundo párrafo, por reiterativo.

Artículo 64.2. Resulta innecesario el segundo párrafo de este precepto, puesto que lo que se concede en todo caso es el uso del dominio público y, desde luego, sería improcedente que se exigiese un doble canon por dicho uso, todo ello en relación con lo que se pretende regular en el art. 31.4 del Anteproyecto.

Artículo 7 1. Parece claro que existe un error material en la redacción de este artículo contenido en su primer párrafo, en la expresión «actuación».

Disposición final 2ª. Además de que la declaración que contiene supone un exceso competencias, es evidente que resulta completamente inútil, precisamente porque así lo prevé la d.a. 3ª, LA, que se cita en este precepto.

CONCLUSIONES

1. No obstante la urgencia con que ha sido solicitado el presente dictamen, el Consejo ha sometido a un cuidadoso análisis el Anteproyecto considerado, deteniéndose especialmente en un conjunto de cuestiones -competencia; planificación; legislación civil; expropiación forzosa y derechos adquiridos; organización hidráulica; derecho sancionatorio y servicios públicos- que conforman su contenido esencial. A lo largo de los distintos Fundamentos se han ido expresando buen número de reparos al articulado propuesto.

2. La mayoría de éstos derivan, a nuestro juicio, de una incorrecta delimitación de las competencias legislativas de la CAC en materia de aguas. La declaración de dominio público hidráulico operada por la Ley 29/1985 condiciona de manera sustancial la interpretación que ha de darse a los títulos competenciales de la CAC, circunstancia en la que no parece haberse reparado suficientemente, según se refleja de manera especial en los preceptos de los artículos 1 a 5 y en la d.a. 1ª. De ello derivan, como se señala en los correspondientes Fundamentos, la mayoría de las observaciones apuntadas.

3. Debe destacarse sin embargo que, con carácter general, buena parte de los objetivos que el Anteproyecto se propone son legítimos desde parámetros constitucionales y estatutarios, siempre que una cuidada reformulación de sus más significativos preceptos subsane las deficiencias apreciadas.

4. Como se señala en el cuerpo de este Dictamen, las cuestiones suscitadas son de diversa entidad. En unos casos, parece evidente el exceso de competencias en que se incurre al asumir la CAC respecto al DPH estatal facultades para las que no se cuenta con manifiesta cobertura constitucional, ni estatutaria. Tal es el caso de los preceptos contenidos en los artículos 1.1, 2.1, 3.1, 4. 1. 1ª y 5.1.b) y d.a. 1ª. En otros, las dudas sobre la constitucionalidad de buen número de preceptos se fundan en la posible incidencia en competencias reservadas al Estado con carácter de exclusivas absolutas, en algún caso, y básicas en los más. Así, puede ocurrir con los artículos 15.2, 16.2, 17, 19.3, 29.7, 33.4 y 5, 36.3, 37.1.3ª, 41.2, 44, 45, 68, d.a. 2ª, d.t. 1ª, d.t. 3ª y d.t. 4ª. Otras, en fin, suponen más bien meras deficiencias técnicas cuya subsanación igualmente se sugiere, como sucede con los artículos 5. 1.c), 5.2, 5.3, 6, 7, 9.e), f), g), 14 y 27.2, además de las observaciones complementarias al articulado que se contienen en el Fundamento VIII.