

# Libertad de empresa y protección del medio ambiente: las aguas minerales

ARIADNA APARICIO VILALLONGA  
Universidad de Salamanca

## SUPUESTO DE HECHO

La Generalitat ha decidido aplicar un decreto de medidas urgentes para garantizar que haya recursos disponibles para los usos domésticos hasta septiembre. *L'Agència Catalana de l'Aigua* (ACA) resuelve con fecha 5 de octubre de 2000 un expediente por el cual se declara sobreexplotada la cuenca del río Tordera. Como consecuencia de dicha declaración se impone fuertes limitaciones en el uso y aprovechamiento de las aguas. Dentro de estas medidas destaca el aviso formulado a los agricultores en el sentido de que, si las circunstancias no varían, tendrán que reducir el consumo de agua o utilizar alternativamente el agua de la depuradora. Tal medida se fundamenta en la facultad que ostentan, conforme al artículo 56, los organismos de la cuenca para declarar sobreexplotado un acuífero y en la prelación de usos establecida en el artículo 58 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas.

La comunidad de regantes de Arbúcies, junto con la Unió de Pagesos entiendo que la medida es acorde con el bajo nivel de precipitaciones registrado en la zona, sin embargo, consideran que tal limitación debe hacerse extensiva a todos los usuarios del acuífero. Por este motivo, solicitan que se debe acordar la suspensión automática de las extraccio-

nes de agua que realizan las empresas embotelladoras, mientras las circunstancias climatológicas no varíen. Justifican tal petición en el hecho de que las aguas utilizadas por ellos y las de las empresas embotelladoras son las mismas, por lo tanto, todos deberían cumplir la moratoria impuesta por *L'Agència Catalana de l'Aigua*.

Sin embargo, las empresas embotelladoras de agua alegan que su actividad está excluida de la Ley de aguas por disposición del artículo 1.4. Por esta razón, entienden que cualquier cambio en el contenido de la autorización de explotación debe ser acordada por el Ministerio de Industria, o en este caso, la Dirección General de Energía y Minas. Así pues, dichas empresas afirman que no es cierto que las aguas utilizadas por unos y por otros sean las mismas, ya que ellos únicamente se sirven de un tipo concreto de aguas, las minerales.

El origen del problema se debe a que las extracciones de agua, realizadas por las empresas embotelladoras, no se hallan sujetas a la Ley de Aguas. Dichas explotaciones se rigen por la Ley de Minas. Por esta razón, no quedan afectadas por las limitaciones impuestas por *L'Agència Catalana de l'Aigua*, ya que la autoridad competente en materia de aguas minerales es el Ministerio de Industria, o, en el ámbito de la Cataluña, la

Dirección General de Energía y Minas, tal y como dispone la Ley de Minas.

Tampoco estarán vinculados por la declaración de sobreexplotación acordada conforme la Ley de Aguas ni por el orden de prelación de usos establecido en el artículo 58 de la misma.

En consecuencia, la Ley de Minas abre una vía, para que determinadas actividades extractivas o usos del acuífero, queden al margen de toda actividad de control por parte de la Consejería de Medio ambiente. Ello genera situaciones contradictorias como la expuesta en el supuesto: a pesar de existir declaración de sobreexplotación del acuífero, la Ley de Minas sigue fomentando su explotación.

Ante estos hechos se pregunta: ¿por qué una parte de los recursos hídricos son regulados por la Ley de Minas y otros por la Ley de Aguas?, ¿Por qué un mismo recurso tiene tratamientos jurídicos tan dispares?, ¿sigue siendo adecuado excluir del régimen general las aguas minerales?, ¿por qué el interés de las Plantas Embotelladoras prevalece sobre cualquier otro tipo de interés?, ¿cabría limitar o suspender las actividades extracciones con la finalidad de proteger el acuífero?

## RAZONAMIENTO JURÍDICO

**En relación a la pregunta de si resulta justificado o adecuado regular las aguas minerales por la ley de minas.**

La Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas, es una ley anterior a la Constitución de 1978, por lo tanto, debemos examinar si se adecua a los principios informadores y al sistema de fuentes previsto en la norma suprema. En consecuencia, el análisis tendrá una doble vertiente, formal y material.

En primer lugar, para resolver esta

cuestión, debemos examinar las circunstancias históricas que influyeron en la aprobación de la Ley de Minas. Dicho texto normativo, tal y como se deduce de la propia exposición de motivos, fue aprobado con la finalidad de fomentar la actividad minera: *la actualización de la legislación minera se evidenció como una tarea conveniente y provechosa tan pronto se dispuso de los primeros datos sobre la situación real de todos los registros mineros existentes en el país. La comprobada inactividad en gran parte de ellos, el reconocimiento insuficiente de muchos yacimientos, su deficiente aprovechamiento a causa de la utilización de procedimientos y técnicas anticuadas, el minifundismo existente y otros factores similares pusieron de relieve la necesidad de acometer la revisión, entre otras disposiciones de la Ley de Minas de 19 de Julio de 1944, para adaptarla a las variaciones de orden técnico y económico operadas en el campo de la minería desde su promulgación.* Así pues, lo que el legislador pretendía con la nueva regulación era y es —en tanto en cuanto dicha ley sigue vigente— fomentar el libre ejercicio de una actividad empresarial consistente en actividades extractivas a fin y efecto de que adquieran una papel relevante dentro de la economía de nuestro país. Tal finalidad se articula mediante mecanismos flexibilizadores para la obtención de concesiones u autorizaciones, regímenes de explotación que carecen, por parte de la administración, de control posterior a su concesión, protección del empresario que desarrolla la actividad, etc.

Las circunstancias históricas antes expuestas han cambiado sensiblemente. no tan solo desde el punto de vista económico —la actividad minera no es el eje de nuestra economía— sino que los textos normativos, en estos últimos tiempos, han ido incorporando, como bien jurídico digno de protección, el medio ambiente. Así pues, la tensión entre la libertad de empresa y el derecho al medio ambiente constituye una opción legislativa que actualmente nadie discute. Sin embargo la Ley de Minas de 1973 queda al margen de esta disyuntiva dando absoluta preponderancia al primero, y que-

dando, en los mejores de los casos, en un segundo plano la protección del medio ambiente que es, a todas luces, insuficiente en la práctica.

La ley de Minas, en materia de aguas minerales y termales, adolece de defectos formales y materiales que ponen en tela de juicio su constitucionalidad.

Desde el punto de vista formal, la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas tiene por objeto regular las actividades extractivas sea cual fuere la naturaleza de los recursos. Ello se debe a que el ámbito de aplicación de la Ley de Minas no depende tanto de la naturaleza de los recursos, cuanto de la naturaleza y los caracteres de la actividad industrial. Tal criterio clasificatorio implica que, bajo un mismo texto normativo, se regulen un conjunto heterogeneo de recursos que no guardan más relación entre si que la de poder ser susceptibles de actividades extractivas. Sin embargo, los recursos naturales no pueden ser tratados de la misma forma, por cuanto cada uno de ellos reclama una protección específica que atienda a su peculiar naturaleza. De la misma forma entendemos que cada categoría debe ser objeto de una regulación unitaria en lugar de parcial.

En materia de aguas, la exclusión que hace la Ley de Aguas a favor de la ley de minas, a entender de J. M<sup>a</sup> QUINTANA PETRUS, carece de sentido y vulnera principios tales como: el de unidad de gestión, tratamiento integral, respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, ... todos ellos principios rectores de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas.

A pesar de todo lo expuesto, la vigente Ley de Minas y su reglamento regulan los minerales y las aguas minero medicinales como si de un mismo recurso se trataran. En este sentido, el artículo 3 de la Ley dispone que serán materias objeto de la Ley:

1. *Los yacimientos minerales y demás recursos geológicos se clasifican, a los efectos de esta Ley, en las siguientes Secciones:*

A. *Pertenecen a la misma los de escaso valor económico y comercialización geográficamente restringida, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebrantando y calibrado.*

B. *Incluye, con arreglo a las definiciones que establece el Capítulo I del Título IV, las aguas minerales, las termales, las estructuras subterráneas y los yacimientos formados como consecuencia de operaciones reguladas por esta Ley.*

C. *Comprende esta sección cuantos yacimientos minerales y recursos geológicos no están incluidos en las anteriores y sean objeto de aprovechamiento conforme a esta Ley, excepto los incluidos en la sección siguiente.*

D. *Los carbones, los minerales radiactivos, los recursos geotérmicos, las rocas bituminosas y cualesquiera otro yacimientos minerales o recursos geológicos de interés energético.*

2. *Queda fuera del ámbito de la presente Ley la extracción ocasional y de escasa importancia de recursos minerales, cualquiera que sea su clasificación, siempre que se lleve a cabo por el propietario de un terreno para su uso exclusivo y no exija la aplicación de técnica minera alguna.*

3. *Los criterios de valoración precisos para configurar la Sección A) serán fijados mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Industria, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda.*

Sin embargo, a partir de la CE de 1978 parece que el legislador quiere romper con la tradición anterior y dis-

<sup>1</sup> Artículo 149.1.25 CE: El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] bases del régimen minero y energético.

<sup>2</sup> Artículo 148.1.10 CE: Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: [...] las aguas minerales y termales.

tingue entre el régimen minero (art. 149.1.25 CE)<sup>1</sup> y las aguas minerales y termales (art. 148.1.10 CE)<sup>2</sup>.

El artículo 149 de la CE regula las competencias exclusivas del Estado, por lo tanto debe entenderse que la minería es una potestad estatal de carácter exclusiva. La ley que desarrolla el precepto constitucional, actualmente, es la Ley 22/1973, de Minas, pero dicha ley no solo regula, como hemos visto, yacimientos minerales sino que también sujeta a su régimen las aguas minerales y termales.

En cambio, según la Constitución, las aguas minerales y termales, en tanto en cuanto están reguladas en el art. 148.1.10 CE forman parte del catálogo de competencias asumibles por la Comunidad Autónoma de forma exclusiva.

Así pues, nos encontramos ante una materia, aguas minerales y termales, en la que las comunidades autónomas podrán asumir la competencia en ejercicio de lo que dispone el artículo 148 CE. A pesar de ello, en virtud de la preconstitucional Ley de Minas, como las aguas minerales y termales entran dentro del ámbito material de dicha ley, pasan a estar, en la práctica, reguladas por el régimen del art. 149 CE y no por el del 148 CE. Ejemplo real de ello es que el art. 9.1.16 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dice textualmente: *la Generalitat de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (16) [...] aguas minerales, termales y subterráneas. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el número 25 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.* En consecuencia parece que, el legislador catalán, intentando salvar la constitucionalidad de la Ley de Minas de 1973, lo que en realidad está haciendo es alterar el sistema competencial previsto en la Constitución española de 1978.

La jurisprudencia del TC ha sido muy clara al respecto y explica que en virtud del principio de indisponibilidad de las competencias constitucionales se impide al legislador estatal, como regla general, incidir sobre el sistema de delimitación

competencial, salvo que medie una previa y expresa habilitación constitucional o estatutaria. Tal habilitación, contenida en el artículo 9.1.16 EAC, ha sido posterior a la Ley de Minas con lo cual sí que se ha alterado el sistema competencial fijado en la Constitución. Es decir, la constitucionalidad de la Ley de Minas se ha salvado, a posteriori, gracias al Estatuto de Autonomía de Cataluña cuando, en el artículo 9.1.16, matiza la competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña por medio del inciso: [...] *sin perjuicio de lo establecido en el número 25 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

Pero el legislador catalán da un paso más en aras a someter las aguas minerales y termales al régimen minero. En este sentido, realiza, *con fecha 23 de enero de 2001, un proyecto de decreto sobre el procediment per a la declaració i l'autorització de l'aprofitament de les aigües minero-medicinals, minerals, de brollador i termals*, la exposición de motivos del cual dice: *L'article 10.1.5) de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya atribueix a la Generalitat el desenvolupament legislatiu i l'execució del règim miner i energètic, en el marc de la legislació bàsica de l'Estat i, si s'escau, en els termes que aquella legislació estableixi.* La pregunta obligada es pues: ¿por qué no legisla en virtud de la competencia que le otorga el artículo 148.1.10 de la Constitución y del artículo 9.1.16 de su Estatuto de Autonomía?

Además se ha de tener en cuenta que la inclusión de las aguas minerales y termales dentro de la Ley de Minas es únicamente una opción legislativa del legislador de 1973 que no debe o debería vincular de manera alguna al constituyente. Por lo tanto si la propia Constitución ha querido separar e identificar la materia aguas minerales y termales como escindible de la minería carece de lógica que se quiera mantener a toda costa tal unidad.

También constituye criterio interpretativo del TC cuando sienta en torno a la capacidad del legislador estatal para

dictar normas relativas al ámbito competencial de las comunidades autónomas sea enormemente restrictiva, pudiendo condensarse en el siguiente tríptico (STC 76/1983):

- a) *El legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria.*
- b) *El legislador tampoco puede dictar normas que incidan en el sistema constitucional de distribución de competencias para integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución.*
- c) *Finalmente el legislador no puede incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma.*

*En definitiva, el principio de indisponibilidad de competencias es inatacable, salvo excepciones que han de interpretarse de forma restrictiva; ... ni tan si quiera puede verse alterado por la voluntaria renuncia de los entes territoriales a unas determinadas competencias. De esta forma, la indisponibilidad competencial se convierte en una de las mayores garantías de salvaguarda de las competencias autonómicas.*

*La violación del principio que nos ocupa implica la nulidad de pleno derecho de las normas contrarias a los preceptos constitucionales y a los que, dentro del marco constitucional, se hubieren dictado para delimitar las competencias, lo que no es sino la consecuencia obligada de la prevalencia del "bloque constitucional".*

Otra cuestión que puede plantear problemas, o cuanto menos dudas, es el diferente tratamiento estatutario que recibe la materia aguas minerales y termales. No todos los Estatutos de Au-

tonomía optan por condicionar su competencia exclusiva, asumida en virtud del artículo 148.1.10 de la Constitución, a lo dispuesto en el artículo 149.1.25 del mismo texto legal. Ejemplo de ello es:

#### • ESTATUTO DE ARAGÓN.

*Art. 35.1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en las siguientes materias:*

...

*11. Los proyectos, la construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma. Aguas minerales, termales y subterráneas.*

*La ordenación de recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, incluidos los hidroeléctricos, cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de Aragón.*

#### • ESTATUTO DE CANARIAS.

*Art. 29. La Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con las normas del presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:*

...

*6. Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, aguas minerales y termales.*

#### • ESTATUTO DE CASTILLA-LA MANCHA.

El Art. 31.1, atribuye a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, competencia exclusiva en:

*g) Proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la Región; aguas minerales y termales.*

#### • ESTATUTO DE LAS ISLAS BALEARES.

El artículo 10, al atribuir a la Comu-

nidad competencia exclusiva en materia de aguas, lo hace en los siguientes términos:

6. Régimen de aguas y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos. Aguas minerales y termales.

Por lo tanto, queda acreditado que el legislador estatutario ha desarrollado de muy diversa forma la competencia atribuida por el artículo 148.1.10 de la Constitución. No obstante, podríamos pensar que, si bien es cierto que la regulación de aguas minerales y termales es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, *no es menos cierto que competencia exclusiva, vía estatutaria, no significa que la competencia legislativa sea ilimitada o absoluta a favor del gobierno autonómico; pues autonomía no equivale a soberanía, ya que incluso las competencias autonómicas exclusivas han de situarse siempre dentro del marco constitucional* ( STC 69/ 1982, de 23 de noviembre). Por todo ello, se podría interpretar que, a pesar de que algunos Estatutos de Autonomía no contengan la remisión expresa al artículo 149.1.25 de la Constitución, ésta se debe interpretar de forma implícita.

En definitiva, en una materia asumida como de exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma, esta puede desarrollar una política propia, pero sin olvidar que esa opción debe moverse dentro de las orientaciones e intervenciones básicas y de coordinación que el Estado disponga para el sector, en cuanto componente esencial del sistema económico general.

Pero dicha interpretación tampoco está exenta de problemas. Así pues, si la Comunidad Autónoma debe someterse a unas bases estatales, ¿por qué la Ley de Aguas de 1985, en su disposición adicional tercera, permite que la Comunidad Autónoma de Canarias se rija por su legislación propia?

La disposición adicional tercera dice: *Esta Ley no producirá efectos derogatorios respecto de la legislación que*

*actualmente se aplica en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, que subsistirá en tanto ésta no dicte su propia legislación. Serán de aplicación, en todo caso, en dicha Comunidad Autónoma, a partir de la entrada en vigor de la nueva legislación, los artículos de esta ley que definen el dominio público hidráulico estatal y aquellos que supongan una modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el Código civil.*

El núcleo de normas de esta disposición dejaba subsistente La Ley de Auxilio de 1962 y su Reglamento de 1965, pero al amparo de dicha disposición adicional tercera el Parlamento de Canarias aprobó la Ley 10/1987 cuyo objeto principal fue el de declarar de dominio público todas las aguas subterráneas y de todo lo relacionado con ellas: transporte, distribución y producción industrial del agua, etc. En consecuencia, la Comunidad Autónoma de Canarias parece quedar al margen de las bases o directrices estatales que existen sobre esta materia, hecho que hace dudar sobre si realmente los gobiernos autonómicos están realmente limitados o condicionados por la normativa estatal en relación a aguas minerales y termales.

En conclusión, sería aconsejable una revisión de la Ley de Minas al amparo del sistema de distribución de competencias fijado en la Constitución. La fragmentación en el tratamiento legal de esta cuestión únicamente propicia el caos normativo y la disparidad de regulaciones según sea la Comunidad Autónoma que legisle. Así pues, en la práctica lo que sucede es que unas Comunidades están subordinando su competencia a lo establecido en el artículo 149.1.25 de la Constitución, mientras otras, obvian tal remisión. Por todo ello, es cuestionable la legitimidad constitucional de la Ley de Minas.

**Desde el punto de vista material,** la Constitución Española de 1978 dedica su art. 45, específica y principalmente a la tutela del medio:

#### Artículo 45 de la CE

1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la 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, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Esta previsión constitucional se enmarca dentro del contexto sociopolítico de la década de los setenta en Europa, que introdujo de manera decidida la ya aludida preocupación ecológica. En este sentido, constituye un hito la Conferencia de Estocolmo de Medio Ambiente 1972.

Del texto del art. 45 CE se desprenden varias ideas rectoras. En primer lugar, la relación de los ciudadanos con el medio ambiente se conforma como un derecho-deber; si bien no llega a configurar un derecho constitucional susceptible de recurso de amparo. Asimismo, y como segunda consecuencia, todos los poderes públicos están obligados a velar por una utilización racional de los recursos naturales. Por ello, se ha estimado que la racionalidad de su uso implica la necesidad de planificación por parte de la Administración. Ello aparece con claridad en nuevas leyes reguladoras de los recursos naturales, como el artículo primero de la Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1985, donde se parte del principio de planificación hidrológica. La Ley 22/1973, de Minas carece de tal planificación, como demuestra la exposición de motivos. La Ley tiene como

finalidad fomentar la actividad minera y en este sentido dice: *la actualización de la legislación minera se evidenció como una tarea conveniente y provechosa tan pronto se dispuso de los primeros datos sobre la situación real de todos los registros mineros existentes en el país. La comprobada inactividad en gran parte de ellos, el reconocimiento insuficiente de muchos yacimientos, su deficiente aprovechamiento a causa de la utilización de procedimientos y técnicas anticuadas, el minifundismo existente y otros factores similares pusieron de relieve la necesidad de acometer la revisión, entre otras disposiciones de la Ley de Minas de 19 de Julio de 1944, para adaptarla a las variaciones de orden técnico y económico operadas en el campo de la minería desde su promulgación.* Sin embargo, en ningún párrafo de la misma, se hace referencia a la protección del medio ambiente.

Los recursos mineros, por su propia naturaleza, son limitados y no regenerables, hecho que supone que su continuada extracción conlleve su agotamiento, no obstante, la ley no hace referencia a su carácter precedero.

La Constitución española también realiza, en el artículo 45, cuando trata de la protección al medio ambiente, una referencia a la solidaridad colectiva. Ello significa que la protección del medio ambiente implica un deber general que permite la existencia de sacrificios colectivos en aras a la consecución de esta finalidad. La ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas refleja claramente el mandato constitucional cuando dispone sistemas de protección del medio y orden de prelación en la utilización de los recursos naturales:

#### Artículo 56. Acuíferos sobreexplotados.

1. El organismo de cuenca competente, oído el Consejo del Agua, podrá declarar que los recursos hídricos subterráneos de una zona están sobreexplotados o en riesgo de estarlo. En estas zonas el organis-

*mo de cuenca, de oficio o a propuesta de la comunidad de usuarios u órgano que la sustituya, conforme al apartado 2 del artículo 87, aprobará, en el plazo máximo de dos años desde la declaración, un plan de ordenación para la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica. Hasta la aprobación del plan, el organismo de cuenca podrá establecer las limitaciones de extracción que sean necesarias como medida preventiva y cautelar.*

*El referido plan ordenará el régimen de extracciones para lograr una explotación racional de los recursos y podrá establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose, en su caso, los títulos individuales con sus derechos inherentes, en uno colectivo que deberá ajustarse a lo dispuesto en el plan de ordenación.*

*2. Podrá determinar también perímetros dentro de los cuales no será posible el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas a menos que los titulares de las preexistentes estén constituidos en comunidades de usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV de esta Ley.*

*3. Asimismo, a fin de proteger las aguas subterráneas frente a los riesgos de contaminación, el organismo de cuenca podrá determinar perímetros de protección del acuífero o unidad hidrogeológica en los que será necesaria autorización del organismo de cuenca para la realización de obras de infraestructura, extracción de áridos u otras actividades e instalaciones que puedan afectarlo.*

*4. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para la declaración de acuífero sobreexplotado y la determinación de los perímetros a que se refieren los apartados anteriores.*

La Ley de Minas, por el contrario, no regula ningún supuesto de suspensión de la autorización por sobreexplotación. Dicho texto normativo se limita a regular, en el artículo 83, las causas por las que se declararan caducadas las autorizaciones de explotación de los recursos de la sección A) y B).

#### **Artículo 83. Autorizaciones**

*Las autorizaciones de explotación de recursos de la Sección A) y de aprovechamiento de recursos de la Sección B) se declararán caducadas:*

*1. Por renuncia voluntaria del titular aceptada por la Administración.*

*2. Por falta de pago de los impuestos mineros que lleve aparejada la caducidad, según las disposiciones que los regulen y en la forma que las mismas establezcan.*

*3. Por no comenzar los trabajos dentro del plazo de seis meses a contar de la fecha de su otorgamiento, o antes de finalizar las prórrogas que se hayan concedido para ello. Tratándose de residuos mineros, el plazo de comienzo será de un año.*

*4. Por mantener paralizados los trabajos más de seis meses sin autorización de la Delegación Provincial correspondiente del Ministerio de Industria.*

*5. Por agotamiento del recurso.*

*6. Por los supuestos previstos en los artículos de esta Ley que lleven aparejada la caducidad o por el incumplimiento de las condiciones impuestas, en la autorización o en los planes de labores anuales cuya inobservancia estuviere expresamente sancionada con la caducidad.*

A la vista de lo expuesto, se puede deducir que la legislación es insuficiente para la protección del medio ambiente

en el sentido que pretende la Constitución, ya que en ningún momento se apuesta por una protección "a priori" de los ecosistemas. La sentencia del Tribunal Constitucional 64/1982, de 4 de noviembre, entiende que el artículo 45 de la Constitución *se incluye entre los principios de política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos [...] se excluye la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, debiéndose armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza.*

La ley de Minas, se revela, a todas luces, insuficiente para garantizar la subsistencia de los recursos naturales ya que la administración no podrá suspender las actividades como medida cautelar, al amparo del texto legal. En este sentido es muy significativo el apartado 5 del artículo 83 cuando dice que la autorización caducará por agotamiento del recurso. Es evidente que no se puede mantener ningún derecho sobre aquello que ya no existe, así pues, este párrafo salvo poner de manifiesto una premisa puramente lógica, no tiene ninguna otra trascendencia.

Asimismo, no es sólo necesario que los textos legislativos contengan como principios informadores la necesidad de protección del medio. También es necesario que tal protección se instrumentalice de forma adecuada. La ley de Minas, en materia de aguas no ha sido demasiado acertada ya que el artículo 74.3 dispone:

*Cuando se hubieren cortado aguas que alimenten manantiales, alumbramientos o aprovechamientos preexistentes de cualquier naturaleza debidamente legalizados, o se perjudicaran los acuíferos, los titulares de la concesión estarán obligados a reponer en cantidad y calidad las aguas afectadas y, en todo caso, a abonar las correspondientes indemnizaciones por los daños y perjuicios causados con independencia*

*de la responsabilidad penal en que hubieran podido incurrir.*

La solución legislativa parece más propia de obligaciones y contratos que de protección medio ambiental. Con todo, parece que el legislador de 1973 apuesta por una política de transvases, ya que *reponer en cantidad y calidad* un bien que nosotros no podemos crear o fabricar sólo es viable cuando lo transportamos de otro lugar.

Otra de las cuestiones que propugna la Ley de Minas y que es difícil reinterpretar, con vistas a una política de protección medioambiental, es la relativa al título de explotación. La explotación de los recursos de la sección B) se hallan sometidos al régimen de la autorización. Dicho título de explotación es totalmente contrario a principios protectores por cuanto no están sujetas a plazo máximo.

Sin embargo, otros recursos mineros dependen, para su utilización, de concesión administrativa. Su duración máxima es de treinta años, prorrogables hasta un máximo de noventa. Así pues, la concesión sería más adecuada, para la regulación de unos recursos sobre los que nadie puede asegurar su perdurabilidad, que la autorización.

Hemos de destacar, sin embargo, que la concesión minera no es el tope máximo de protección por cuanto no está limitada materialmente. Dicho título de explotación confiere a su titular el derecho al aprovechamiento de todos los recursos que se encuentren dentro del perímetro de la misma. Es decir, tiene un carácter absoluto y excluyente. Por todo ello es dudosa la capacidad protectora de los poderes públicos al amparo de la Ley de Minas, ya que dicho texto legal tiene como finalidad fomentar una actividad industrial y articula pocos instrumentos que garanticen la supervivencia de las materias primas. Ejemplo de ello son las consecuencias que se derivan, para cierto sector doctrinal, del artículo 2.1 de la Ley de Minas: *En cuanto al dominio de las aguas, se estará a lo dispuesto en el*

*Código Civil y Leyes especiales, sin perjuicio de lo que establece la presente Ley en orden a su investigación y aprovechamiento. Para GUAITA, el uso, de bienes no consumibles, deja la cosa intacta; mientras que, las Minas no se usan, sino que se explotan o aprovechan; se les arranca, incluso físicamente, sus frutos (las minas son cosas consumibles: toda concesión minera está abocada a terminar con una pertenencia de dominio público, a extinguir una porción de éste). Tal es, precisamente —concluye el mismo autor—, el pensamiento del Cc, para el que las minas son bienes de dominio público... que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados... al fomento de la riqueza nacional (artículo 339.2 Cc).*

Esta es en consecuencia, la idea que subyace en las explotaciones de aguas minerales. Tampoco podemos olvidar que la libertad de empresa también es un bien jurídico protegido consuetudinariamente, en tanto en cuanto fomentan la riqueza nacional. Así, el artículo 38 de la Constitución ampara las actividades empresariales cuando dice:

*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

La actividad desarrollada por las empresas embotelladoras de agua se inserta en las reglas de la economía de mercado. Esto proporciona importantes beneficios en términos económicos, pues dichas empresas son muy rentables. En los últimos doce años ha aumentado la producción de agua embotellada hasta llegar a cuadruplicarse. Actualmente, la titularidad de las empresas embotelladoras se halla en manos de grandes compañías, ello tiene tres consecuencias destacables:

- La vinculación con multinacionales permite disponer de una infraestructura de distribución perfecta-

mente organizada en todo el mundo, que facilita la apertura a nuevos mercados y que por lo tanto, significa un incremento de extracciones.

- La proximidad al área metropolitana de Barcelona permite exportar grandes cantidades de agua a esta zona, y a las limítrofes, que padecen falta de agua potable o con gusto a cloro.
- La actividad extractiva se rige por las leyes de la oferta y la demanda, así cuanto mayor sea la demanda, la empresa será más rentable y tenderá al crecimiento.

Nuestra norma suprema, en el artículo 38, se pronuncia de forma más decidida e inequívoca que la mayoría de los textos de otros países de nuestro entorno en pro de la economía de mercado. Pensemos que, por ejemplo, la Constitución Italiana (artículo 41) sujeta el desarrollo de la iniciativa económica privada a que la misma no se oponga a la utilidad social, y a que no cause daños a la seguridad, la libertad y la dignidad humanas. Y en Alemania, aunque la Ley Fundamental de Bonn no contiene un precepto análogo, la doctrina, generalizadamente, entiende que del citado texto se desprende un sistema de "economía social de mercado".

En el ámbito de la Unión Europea, la política del agua se engloba dentro de otra política, la de medio ambiente. Durante mucho tiempo, el recurso agua ha sido considerado como ilimitado y renovable de forma infinita. Hoy se comprueba que, en las zonas de fuerte consumo o en períodos de sequía, aumenta de forma, casi incontrolable, el fenómeno de la escasez. Esta es pues, la razón por la que los objetivos que persigue la Unión Europea, en materia de aguas sean el de fomentar la sostenibilidad y uso racional del recurso.

Las conclusiones, a las que llega el Consejo del 22 y 23 de junio de 1995, así como el Comité de Medio Ambiente del Parlamento Europeo son las de solicitar

una revisión fundamental de la política de aguas. Las conclusiones del mencionado Consejo sientan las bases de esta nueva política en torno al agua: favorecimiento de un desarrollo sostenible, principio de cautela, acción preventiva, reparación en origen de los daños medioambientales, exigencia de pago al contaminador, necesidad de una directiva-marco, son algunos de los temas.

Inciendo en la misma dirección, el Consejo de Ministros, informal, celebrado bajo presidencia española en Sevilla, en octubre de 1995, reiteró la necesidad de abordar una nueva política del agua estableciendo como mejor forma la instauración de una directiva-marco. Resultado también de la reunión de Sevilla es el reforzamiento de los temas cuantitativos en la gestión partiendo de la base de que ninguna política sobre el agua puede tener éxito sin abordar el tema de la cantidad.

Sin embargo, a nivel interno, el legislador español, no ha hecho esfuerzo alguno para controlar el volumen de extracciones. Por lo tanto, el régimen de explotación sigue basándose en la autorización o concesión, que como hemos dicho, otorga un derecho absoluto y excluyente sobre todos los recursos objeto de la concesión, que por lo tanto, puede suponer su agotamiento total.

Otro elemento, en materia de régimen de explotación, que pone de relieve las carencias de la ley es que en el procedimiento de otorgamiento de títulos mineros no rige el principio de concurrencia competitiva. El procedimiento se inicia a instancia de parte y sin límite de competencia de proyectos, ello puede suponer que proyectos que reúnan unos requisitos legales mínimos se les de la autorización correspondiente, por cuanto no hay propuesta alternativa.

Por todo ello, no parece de ningún modo justificada la exclusión de las aguas minerales del régimen general. Además, tal como hemos expuesto la regulación de dicha materia en la Ley de Minas es de dudosa constitucio-

nalidad, tanto desde el punto de vista formal como material.

### **La Ley 28/1985, de 2 de agosto, de Aguas.**

La Ley de Aguas, excluye de su ámbito de aplicación las aguas minerales y termales. En el artículo 1.4 de la misma, se indica que *las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica*. La solución es distinta a la contenida en la Ley de 1879, que en sus artículos 15 y 16 establecía directamente que el régimen y titularidad de tales aguas, cuyo dominio, en principio, *se adquiere por los mismos medios que las aguas superficiales y subterráneas*. La referencia a la legislación específica, que realiza la ley de aguas, se reitera en el artículo 1.4 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

La razón de este cambio de orientación constituye una opción de política legislativa tomada durante los debates parlamentarios. El texto procede, en su misma literalidad, del Proyecto presentado por el Gobierno, a pesar de que, el contenido del texto, suscitó una gran oposición. Se formularon enmiendas que tenían por objeto poner de relieve la falta de fundamento de la exclusión: Las que proponían la supresión de la exclusión formulada en el artículo 1.4 Ley de Aguas, pues debía entenderse que las aguas minerales y termales formaban parte también del ciclo hidrológico. La excepción se fundamentaba como consecuencia de un pacto entre el entonces MOPU y el MIE para salvaguardar las funciones de los profesionales correspondientes. Sin embargo, entendemos que dicho motivo no puede alegarse como razón suficiente y que por lo tanto, *las Cortes debían haber superado para conseguir realmente la unidad de gestión del recurso* (M. R. LLAMAS Y E.CUSTODIO).

Así pues, queda claramente acreditado como las razones que promovie-

ron la exclusión se asientan en ideas de carácter político o burocrático y no en la naturaleza de los recursos hídricos. Dicha exclusión ha sido ampliamente criticada, no solo por las razones que la motivaron, sino a la vista de los presupuestos de los que parte la Ley. El mantenimiento de la regulación de las aguas minerales y termales por la Ley de Minas ha supuesto desposeer de la debida coherencia y apoyatura técnica a la Ley de Aguas. Es decir, la exclusión del artículo 1.4 Ley de Aguas choca frontalmente con los principios en los que se inspira: consideración de todas las aguas como recurso unitario, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico (artículo 1); unidad de gestión (artículo 13). Por esta razón el artículo 1.4 de la Ley de Aguas debería ser declarado nulo de pleno derecho.

La fragmentación de los recursos hídricos ha suscitado abundantes críticas. En este sentido, M.R. LLAMAS y E. CUSTODIO, entienden que el principio de unidad de ciclo hidrológico es indubitable, e insisten en la falta de sentido de la exclusión que la Ley de Aguas lleva a cabo. Dichos autores atribuyen la escisión, de las aguas minerales y termales, del régimen común a un "pacto" entre los Cuerpos de Funcionarios del Estado. En el mismo sentido, otros autores afirman que las aguas no quedan al margen del ciclo hidrológico y, consecuentemente, insisten en la idea de que carece de sentido la exclusión que sanciona la Ley de Aguas. J.M DE LA CUÉTARA y F. DELGADO PIQUERAS.

### El dominio de las aguas minerales.

El artículo 2.1 Ley de Minas sanciona con carácter general que todos los yacimientos de origen natural y los demás recursos geológicos son bienes de dominio público. Ahora bien, el párrafo siguiente, del mismo artículo, establece como excepción a dicha declaración que *en cuanto al dominio de las aguas, se*

*estará a lo dispuesto en el Código civil y leyes especiales.* La conclusión parece clara, la salvedad sólo afecta a las aguas minerales y las termales que, en el artículo 3.1, se clasifican en la Sección B); no a las que puedan aparecer en una explotación minera. Son supuestos que hay que diferenciar, aunque a veces se entremezclen.

En el ámbito del derecho civil, el problema sobre la naturaleza de las aguas minero-medicinales, minero-industriales y termales, se resuelve de la siguiente forma: en principio, la declaración general de demanialidad alcanza a los recursos de la sección B), pero, dichos recursos, son de posible propiedad privada según la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El TS entiende que el carácter público y privado de este tipo de recursos contenidos en la sección B) no constituye una "antinomía irreductible" (s.23 enero 1975; ss 22 diciembre 1983 y 17 enero 1977). A partir de la Ley de Aguas de 1985, se generalizan las posiciones que entienden que son también bienes de dominio público.

Con todo, el carácter público que esta agua tienen a partir de la Ley 1985 no impide que continúen siendo privadas. Ello se debe, a que este carácter público no se puede entender en el sentido de que se trate de unos bienes afectos al uso público: a diferencia de cuanto sucede con las calles, caminos, playas, etc., nadie tiene a priori ningún derecho de uso sobre ellas (S.30 junio 1988), sino precisamente son bienes destinados al fomento de la riqueza nacional.

Pero, las minas ofrecen singularidades que exigen un régimen peculiar y hacen de ellas una *propiedad especial*. Así se denomina a los minerales, al igual que a las aguas, en la rúbrica del título IV del libro segundo del Cc y, en el mismo sentido, la S 12 de marzo de 1975 se refiere, muy expresivamente, al *régimen peculiar de esta propiedad especial*.

Tales singularidades radican en su importancia económica, acrecentada por

las recientes crisis energéticas; su ubicación normalmente en el subsuelo, lo que hace que en su descubrimiento y explotación deban armonizarse intereses diversos, carácter agotable o no renovable y escaso en relación con las necesidades humanas, por no citar otros factores de más reciente consideración, como el impacto que en el medio ambiente producen las labores mineras.

La jurisprudencia se ha referido expresamente a estos principios que presiden la compleja materia de la minería (S.8 febrero 1977). Junto a esta sentencia, la de 15 de octubre de 1986 a cuyo efecto se agilizan los procedimientos de investigación y explotación y se sanciona la inactividad para evitar que aspirantes o titulares oficiales no lo sean solamente en teoría o en perjuicio de la economía nacional y desde luego concretamente de cualquier otra persona que pudiera llevar a efecto la explotación o investigación.

Sin embargo, la interpretación que el TC ha hecho del artículo 45 de la CE (protección del medio ambiente) (STC 4 noviembre de 1982) ha declarado 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, ya que no es aceptable... que exista una prioridad absoluta del fomento de la producción minera frente a la protección del medio ambiente ni la prohibición con carácter general... para la protección del medio ambiente... de las actividades extractivas... en una amplia serie de espacios. La STC de 19 de octubre de 1989 declara que no es inconstitucional la prohibición limitada a unos terrenos muy concretos y destinados fundamentalmente a actividades extractivas enmarcables en las secciones A) y B).

Así pues, no se trata de suspender toda actividad minera sino sujetarla a unos controles que permitan determinar el efecto que tendrá sobre el medio ambiente. Sin embargo, al amparo de la legislación vigente, la administración no

puede realizar ningún tipo de control sobre las explotaciones con lo cual queda en saco roto las previsiones que el artículo 45 de la Constitución realiza en materia de medio ambiente. La administración Pública no puede realizar controles a posteriori, ya que sólo ostenta dicha capacidad en el momento de otorgar la autorización de explotación.

### **Porque esta materia queda excluida de las facultades atribuidas al Ministerio de medio ambiente?**

En el articulado, el capítulo I Título II, bajo el nombre de: *Realización de estudios, recopilación de datos y protección del medio ambiente* (arts 5 y 6 de la Ley de Minas), sí que parece tener en cuenta tal concepto. Pero la defensa del medio ambiente aparece desvirtuada en el artículo 5 cuando, por un lado defiende: *el aprovechamiento racional de los recursos minerales del país* pero por otro lado, afirma que será el Ministerio de Industria el encargado de fijar las condiciones de protección del medio ambiente. Ministerio que tiene como objetivo primordial garantizar el desarrollo industrial, rigiéndose en su actuación por criterios de beneficio económico. Por todo ello, parece lógico plantearnos si no sería más adecuado atribuir la competencia de protección del medio ambiente al Ministerio de Medio Ambiente, ya que esta es la razón funcional por la que se creó el mismo. Además, la Comunidad Autónoma de Cataluña atribuye a L'Agència Catalana de L'Aigua (ACA) las competencias en materia hidráulica, en tanto en cuanto se trata de una entidad de derecho público adscrita al Departamento de Medio Ambiente que tiene como objetivo la gestión integral del ciclo del agua. En este sentido, el art. 16.2 de la Ley 25/1998 de 21 de diciembre determina que serán competencias de la Agencia:

*En l'àmbit de les conques internes de Catalunya, correspon a l'Agència Catalana de l'Aigua elaborar i revisar els plans, els programes i els projectes hidrològics, i fer-ne el seguiment, ad-*

*ministrar i controlar els aprofitaments hidràulics i els aspectes qualitatiu i quantitatiu de les aigües i del domini públic hidràulic en general, inclòs l'atorgament de les autoritzacions i concessions.*

La posición doctrinal dominante considera que las aguas minerales siguen el régimen general de las aguas comunes, y por lo tanto también constituyen parte integrante del dominio público hidráulico. GARRIDO FALLA justifica esta afirmación en el hecho que requieran concesión o autorización administrativa. También defienden esta posición R. GAY DE MONTELLA, C. MASSÓ ESCOFET Y J.L. VILLAR EZCURRA. Así pues, en la medida que forman parte del "dominio público hidráulico en general" y por cuanto se trata de una materia competencia de la Generalitat de Cataluña en virtud del artículo 9.16 EAC, debería ser competencia del ACA en lugar del Ministerio de Industria u órgano equivalente en la Comunidad Autónoma.

Además esta concepción ha dejado de ser una mera posición doctrinal para quedar plasmada en los textos legislativos que ha promulgado la Generalitat de Cataluña, en ejercicio de la competencia asumida en virtud del art. 9.16 EAC. En concreto es la Ley 6/1999, de 12 de julio, de ordenación, gestión y tributación del agua, la que defiende la unidad del ciclo hidrológico y la que atribuye las competencias de gestión a l'Agencia Catalana de l'Aigua. La exposición de motivos dice textualmente: *L'Agencia Catalana de l'Aigua, como entidad de derecho público que se constituye en la administración hidráulica única de la Generalitat, con la finalidad de dar respuesta al objetivo de tratamiento integral del ciclo hidrológico. Se ha de garantizar la gestión integradora de las aguas que pertenezcan al mismo sistema ecológico e hidrológico, con independencia de que se trate de aguas superficiales o subterráneas.* A su vez, el artículo 3 de la Ley, determina que los principios básicos que regiran en materia de aguas son:

a.- *Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, descentralización, desconcentración, coordinación, colaboración y eficacia.*

b.- *Respeto a la unidad de la cuenca y subcuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico*

d.- *Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la preservación, la protección, la mejora y la restauración del medio y de los ecosistemas vinculados al medio hídrico.*

Posteriormente, en el artículo 5, la ley considera que la cuenca hidrográfica de la Tordera le será de aplicación esta ley.

**Las aguas minerales deben considerarse como recursos hídricos especiales, y por lo tanto, no sometidos al régimen general?**

Para que las aguas puedan merecer la calificación de "minerales o termales" será preciso que sean calificadas como tales en el expediente seguido al efecto, en que habrá de ser oído el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, tal y como se establece en el artículo 1.4 RDPH. Asimismo, el artículo 24 de la Ley de Minas, impone que: *la declaración de la condición de mineral de unas aguas determinadas será requisito previo para la autorización de su aprovechamiento como tales...* Entendemos que si no ostentan la condición de aguas minerales o termales entrarán en el ámbito de la Ley de Aguas, ya que no cabrá invocar la exclusión recogida en el artículo 1.4 de la misma.

El Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (BOE número 176, de 24 de julio), es-

tablece como principios informadores de la Ley, los previstos en los artículos 14 a 18 de la misma:

**Artículo 14. Principios rectores de la gestión en materia de aguas.**

*El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios:*

- 1.º *Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios.*
- 2.º *Respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico.*
- 3.º *Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.*

Además, cuando en el artículo 16 de la Ley de Aguas habla de cuenca hidrográfica lo hace con carácter general, sin excepcionar de su regulación ninguna parte o tramo.

**Artículo 16. Definición de cuenca hidrográfica.**

*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.*

La mayoría de la doctrina opina que no existen razones científicas y técnicas que justifiquen la regulación de las aguas minerales y termales en la legislación de minas, en lugar de la legislación de aguas. Pues técnicamente, grandes volúmenes de aguas subterráneas que tienen una composición química resultado de una evolución normal, tras un largo recorrido por el terreno en un ambiente físico-químico y biológico lógicamente muy distinto del externo, pueden ser calificadas

*de minerales. Lo que en un tiempo pudo ser una circunstancia extraordinaria de unos manantiales o pozos someros –y en parte este carácter extraordinario puede estar ligado a la ubicación en cierto lugar – hoy puede ser situación corriente, ante la actual capacidad de perforación de pozos y de instalación de maquinaria de extracción.*

En cuanto a esta agua, al igual que las demás subterráneas, forman parte del mismo ciclo hidrológico y constituyen un recurso unitario que debe ser objeto de una regulación unitaria.

El Estudio Hidrológico de la Riera d'Arbúcies dirigido y supervisado por Emilio Custodio (Departamento de Ingeniería del Terreno de la Universidad Politécnica de Cataluña. Barcelona, setiembre 1993) concluye que, en relación a la cuenca, *se ha de considerar la cuenca de la riera d'Arbúcies como una subcuenca del río Tordera al que le aporta, aproximadamente, el 20% de los recursos. Cualquier gestión separando las subcuencas de la Valle del Tordera ha de disponer de un organismo que permita la gestión conjunta de las mismas. Eso es debido a que la subdivisión en subcuencas es ficticia, de proceder a la subdivisión lo que podría pasar es que algunos acuíferos aluviales podrían quedar desvinculados de sus fuentes de alimentación superficiales o subterráneas.*

Así pues, queda demostrado que el ciclo del agua debe ser objeto de un tratamiento unitario en aras a una mejor protección del medio. Sin embargo, la práctica dista mucho de lo explicado. Así pues, las aguas que ostenten la condición de mineral o termal quedarán excluidas del ámbito de la Ley de Aguas, con lo que se vulnera el principio de *tratamiento unitario de los recursos*.

Este es el supuesto de hecho que se presenta en la zona del Montseny-Guilleries, donde un mismo recurso hídrico es objeto de regulación diferente y por lo tanto, los derechos u obliga-

ciones que tienen los titulares de los mismos también son muy distintos. Todo ello crea un caos normativo que permite a ciertas empresas actuar al margen de principios de carácter general, como lo es la subordinación del interés general al interés particular. Toda esta realidad, parece poner en duda la plena efectividad del artículo 45 de la Constitución, en la medida en que la *utilización racional de los recursos naturales* únicamente parece vincular a una parte de la ciudadanía. En este contexto, la Ley de Minas ha propiciado la creación de un *paraíso legal* que escapa de todo control administrativo.

Esta situación no sólo ha tenido efectos sobre el régimen de explotación de los recursos, sino que también ha tenido efectos tributarios. Así pues, las empresas embotelladoras de agua, en tanto en cuanto la Ley 4/2000, de 26 de mayo, de medidas fiscales y administrativas, que modifica la Ley 6/1999, de 12 de julio, dispone en el artículo 4 de la disposición adicional onceava: *se excluyen del ámbito de aplicación de esta ley las aguas minerales y termales*. Ello significa que queden excluidas de pagar el cánón del agua, impuesto que se aplica para satisfacer los costes de saneamiento del agua utilizada. Sin embargo, dichas empresas no tienen por que pagar el impuesto ya que sólo se dedican a la extracción y comercialización pero no al consumo. Los efectos prácticos de la exclusión son que cualquier vecino de Arbúcies pague, en concepto de cánón de agua, más que todas las Plantas Embotelladoras que operan en la comarca.

Las cantidades que se pagan en concepto de este cánón no son nada despreciables, así los establecimientos industriales y asimilados ubicados en la Cuenca de la Selva y el Maresme han declarado la utilización de 14.272.000 m<sup>3</sup> correspondientes al año 2000. El importe que han de satisfacer, en relación al volumen declarado es de 2.040.119,33 Euros (338.659.808 pesetas). Por el contrario, las empresas embotelladoras, han declarado que su

volumen hídrico explotado ronda los 958.850 m<sup>3</sup>, respecto de los cuales no han de satisfacer dicho cánón. La cuestión que suscitan estas cifras gira en torno a la legalidad o no de una actividad empresarial que está comercializando un bien de dominio público de primera necesidad y que además lo hace a un coste de producción irrisorio.

En esta línea cabe destacar la vulneración del principio comunitario de que *quien contaminar paga*. La declaración de acuífero sobreexplotado ha supuesto unos gastos económicos importantes para la administración, en la medida que para garantizar recursos disponibles para usos domésticos ha construido una planta desalinizadora de agua en el municipio de Blanes. Dicha obra ha sido sufragada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que se obligue a pagar a ninguna de las Empresas que se benefician del agua de la cuenca.

**Por qué no sigue ningún orden de preferencias en cuanto a de usos.**

#### *Artículo 60 de la Ley de Aguas. Orden de preferencia de usos.*

- 1. En las concesiones se observará, a efectos de su otorgamiento, el orden de preferencia que se establezca en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente, teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno.*
- 2. Toda concesión está sujeta a expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general sobre la materia, a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de cuenca.*
- 3. A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el siguiente:*

1º *Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal.*

2º *Regadíos y usos agrarios.*

3º *Usos industriales para producción de energía eléctrica.*

4º *Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores.*

5º *Acuicultura.*

6º *Usos recreativos.*

7º *Navegación y transporte acuático.*

8º *Otros aprovechamientos.*

*El orden de prioridades que pudiese establecerse específicamente en los Planes Hidrológicos de cuenca, deberá respetar en todo caso la supremacía del uso consignado en el apartado 1º de la precedente enumeración.*

4. *Dentro de cada clase, en caso de incompatibilidad de usos, serán preferidas aquellas de mayor utilidad pública o general, o aquellas que introduzcan mejoras técnicas que redunden en un menor consumo de agua o en el mantenimiento o mejora de su calidad.*

La finalidad de este artículo es reaccionar contra la escasez de los recursos hidráulicos, que impone establecer un orden de preferencia entre los aprovechamientos que se destinan. De modo que, cuando no exista agua disponible en cantidad suficiente para los distintos aprovechamientos, se destine la existente a aquellos aprovechamientos más cualificados desde el punto de vista del interés general, sin que se distinga entre aguas superficiales y subterráneas. Unas y otras —dice el preámbulo de la

Ley de Aguas, en su párrafo tercero— *deben estar subordinadas al interés general y puestas al servicio de la Nación. Se trata de un recurso —añade— que debe estar disponible no sólo en la cantidad necesaria sino también con la calidad precisa, en función de las directrices de la planificación económica, de acuerdo con las previsiones de la ordenación territorial y en la forma que la propia dinámica social demanda.*

Si este es el objetivo perseguido por el legislador, ¿por qué excluir las aguas minerales de tal regulación? El hecho de no tratar unitariamente los recursos hídricos propicia situaciones paradójicas como la que se plantea en el supuesto objeto del dictamen. Es decir, el acuífero ha sido declarado sobreexplotado por L'Agència Catalana de l'Aigua y por lo tanto, se estaría intentando minimizar sus consecuencias, sin embargo la Dirección General d'Energía y Minas puede seguir permitiendo el uso de los recursos. Todo ello, no hace más que poner de relieve la incoherencia del sistema.

**Cabría la posibilidad de suspender las concesiones de explotación de ostentan las empresas embotelladoras?**

Teniendo en cuenta todo lo expuesto y que del supuesto planteado queda totalmente acreditada la situación de sobreexplotación que padece toda la Cuenca del Tordera, ¿podría extenderse la moratoria, en la utilización de recursos hídricos, a las empresas embotelladoras?

El objetivo perseguido por los regantes de la Riera d'Arbúcies y L'Agència Catalana de l'Aigua es mejorar la administración de un recurso escaso, como es el agua. En el supuesto que nos ocupa, no hemos de olvidar que nos encontramos ante un acuífero con grave déficit, sobreexplotado y en una situación pluviométrica excepcionalmente seca, parece totalmente justifica-

do que todos los usuarios de la Riera suspendan o limiten las extracciones de agua. Siendo el agua un recurso único sólo cabe su correcta administración y su explotación racional a través del establecimiento de medidas uniformes para todos los aprovechamientos, ya sean a título de propietario, concesionario o mero usuario; pues lo contrario supondría beneficiar a unos en perjuicio de todos. En este sentido, si al titular de la concesión de explotación de aguas minerales se le permitiese continuar con las extracciones, no sólo haría uso del agua a la que tiene derecho —en virtud del título otorgado por la Dirección General de Energía y Minas—, sino que se beneficiaría del resto de aguas en detrimento de los regantes, cuyo sacrificio contribuye, en mayor medida, a la perduración del recurso. Los perjuicios económicos que pueden sufrir los regantes, como consecuencia de las medidas acordadas por l'Agència Catalana de l'Aigua, no tienen coste alguno para las empresas embotelladoras, por cuanto no se ven compelidos a restringir las extracciones.

El TC entiende que las limitaciones de uso con el fin de afrontar una situación de sequía extraordinaria, no son expropiatorias o limitativas de derechos adquiridos, sino que se trata de meras limitaciones de uso, que definen el contenido de la propiedad privada y configuran su peculiar estatuto jurídico. Así pues, las limitaciones de uso del dominio público hidráulico podrán acordarse cuando concurra una situación de sobreexplotación. En conclusión, cabría instar, por darse todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia, la suspensión de la concesión que permite la extracción y envase del agua mineral para su posterior venta, sin necesidad de indemnizar.

La suspensión no daría lugar al nacimiento de una obligación de indemnizar a cargo de la administración pública, por cuanto el perjuicio causado no es antijurídico. El Tribunal Constitucional ha declarado que cuando el particular viene obligado a soportar el

daño, no existe responsabilidad patrimonial para la Administración. Siendo los recursos hidráulicos limitados y estando sobreexplotado el acuífero, la Administración debe actuar limitando su uso con el fin de garantizar la efectiva protección del medio ambiente.

## CONCLUSIONES

A la vista del presente dictamen se pueden suspender las extracciones de agua realizadas por las empresas embotelladoras sin que deba satisfacerse, por parte de la administración, que acuerde la medida, ninguna indemnización por daños y perjuicios.

La moratoria impuesta por l'Agència Catalana de l'Aigua se fundamenta en la idea de que todos los usuarios de la cuenca hidrográfica deben estar constreñidos por las decisiones que, en cada momento, tome la administración competente a fin y efecto de ofrecer una protección adecuada a los recursos naturales. Ello significa que las normas jurídicas se han de acomodar a las necesidades del momento. De lo contrario, estaríamos encomendado al legislador, no sólo la tarea de normativizar la realidad con la finalidad de proteger unos determinados bienes jurídicos, sino que también le impondríamos la tarea de creación de los mismos. Es decir, si la naturaleza es incapaz de producir unos determinados recursos, el legislador no puede seguir otorgando derechos sobre unos bienes que no existen, a no ser que sea el mismo quien les dé vida.

El legislador post-constitucional ha optado por considerar el medio ambiente como un bien jurídico digno de protección. Ello significa que los poderes públicos han de efectuar una planificación con la finalidad de asegurar la perdurabilidad de los recursos naturales. Este argumento, que se desprende del texto constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, nos permite afirmar la inconstitucionalidad de la Ley

de Minas en materia de aguas minerales, ya que el legislador de 1973 no regula ninguna forma de planificación para garantizar la protección de los recursos. Así pues, no se trata de entrar a discutir si la protección es adecuada o no, sino que, en tanto en cuanto el texto legal carece de tal planificación, se están lesionando los derechos de los demás usuarios de la cuenca.

En el caso que nos ocupa, la situación de extraordinaria de sequía hace necesaria la actuación de los poderes públicos. Dicha actuación debe ser global y unitaria, sin que pueda justificarse la exclusión de las aguas minerales del régimen general, ya que el ciclo hidrológico no puede estar sujeto a una regulación parcial o fragmentada. La regulación de las aguas minerales fuera de la regulación general introduce un elemento de discriminación en la utilización del dominio público. Así pues, se están beneficiando las actividades extractivas realizadas por las empresas embotelladoras -en la medida en que no están sujetas a ninguna limitación- en perjuicio de los agricultores y ganaderos. Ello no debería ser así si lo que se pretende es proteger el acuífero. Es más, en el supuesto de que se tuviera que introducir, en la legislación, algún elemento discriminatorio debería favorecer a los agricultores o ganaderos, por cuanto tal y como demuestra el estudio realizado por EDUARDO CUSTODIO: *los usos agrícolas permiten que parte del volumen de agua utilizado retorne a la cuenca [...] debido a un proceso de filtración*. Por todo ello, entendemos que la protección desmesurada que otorga la Ley de Minas a las empresas embotelladoras carece de justificación jurídica y técnica.

Junto a esta razón, hemos de poner de manifiesto la posible inconstitucionalidad de la Ley de Minas, tanto desde el punto de vista formal como material. Por esta razón, en caso de que las empresas embotelladoras defiendan la aplicación, a sus actividades, de la Ley de Minas, el órgano jurisdiccional que conozca del litigio debería inaplicar la

Ley. Tal afirmación se justifica en el hecho de que la Ley de Minas es una ley ordinaria, que contradice desde el punto de vista formal y material, en materia de aguas minerales, la Constitución de 1978, por lo tanto el Juez está legitimado para inaplicar la ley y por lo tanto extender la moratoria de l'Agència Catalana de l'Aigua.

## BIBLIOGRAFÍA

QUINTANA PETRUS, Jose. *Derecho de Aguas*. Barcelona, 1992 (Ed. Bosch).

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Aguas*. Madrid, 1987 (Ed. Civitas).

MOREU BALLONGA, J. *Aguas públicas y aguas privadas*. 1996 (Ed. Bosch).

MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho de aguas*. Madrid, 1997 (Ed. Civitas).

CUSTODIO, Emilio y LLAMAS, MR. *Hidrología subterránea I*. Madrid, 1976.

FERNÁNDEZ ESPINAR, Lufs Carlos. *Derecho de Minas en España (1825-1996)*. Granada, 1997. (Ed. Comares).

EMBED IRUJO, Antonio. *Gestión del agua y medio ambiente. Seminario de derecho del agua de la Universidad de Zaragoza*. 1997 (Ed. Civitas).

MARTÍN MATEO, Ramon. *El reto del agua*. Alicante, 1989 (Publicación de la Diputación de Alicante).

QUINTANA LOPEZ, Tomás. *La repercusión de las actividades mineras en el medio ambiente*. 1987. (Ed. Montecorvo)

BERMEJO VERA, José. *Derecho ad-*

- ministrativo. Parte especial.* 2001 (Ed. Civitas)
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derechos reales (volumen I)*. 1991 (Ed. Bosch).
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*. Madrid, 1992. (Ed. Dynison)
- REQUENA HIDALGO, Jesús, *De las catástrofes ambientales a la cotidianidad urbana*. 2000. (Ed. Publicacions de la UB).
- CUSTODIO, Emilio, *Estudio hidrológico de la Riera d'Arbúcies (septiembre 1993)*.
- La Ley de Aguas. Trabajos parlamentarios*. Publicaciones de las Cortes Generales Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Congreso de los Diputados. Madrid 1991.
- El Futur i el Montseny*. Debat sobre ordenació del Parc Nacional del Montseny. Taules rodones i jornades (Gener - Juny de 1994). Publicat per la Diputació de Barcelona.
- STSJ Extremadura de 20 abril de 1999.
- STS (Contencioso Administrativo, secc. 6ª) de 14 mayo de 1996.
- SAN (Contencioso Administrativo, secc.1ª), de 3 de marzo de 2000.
- STSJ Murcia de 29 de marzo de 2000.
- STS (Contencioso Administrativo, secc.3ª) de 23 noviembre de 2000.
- STS (Contencioso Administrativo, secc.6ª) de 20 enero de 2001.
- STSJ Extremadura de 12 julio de 2001.
- STS (Contencioso Administrativo, secc.6ª) de 22 septiembre de 2001.
- STSJ Andalucía de 16 de noviembre de 2001.
- STS (Contencioso Administrativo, secc. 6ª) de 18 de diciembre de 2001.

## LEGISLACIÓN

### JURISPRUDENCIA

- STC 69/1982, de 23 de noviembre.
- STC 64/1982, de 4 de noviembre.
- STC 69/1982, de 23 de noviembre.
- STSJ Comunidad Valenciana 24 febrer de 2000.
- STS (Contencioso administrativo, sección 3ª) de 16 diciembre 1999.
- STSJ Extremadura de 29 noviembre de 1999.
- STSJ Castilla-La Mancha de 26 julio 1999.
- Directiva 80/777/CE, de 15 de julio.
- Constitución Española de 1978.
- Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas.
- Real Decreto 2857/1978, de 25 d'agost, por el que se aprueba el reglamento general para el régimen de la minería.
- Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas.
- Real Decreto 849/1986 de 11 abril, por el que se aprueba el reglamento del dominio público hidráulico.

- Llei Orgànica 4/1979, de 18 de desembre, de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

- Projecte de Decret 23 de gener de 2001 sobre procediment per a la declaració i l'autorització de

l'aprofitament de les aigües minero-medicinals, minerals, de brollador i termals.

- Llei 6/1999, de 12 de juliol, d'ordenació, gestió i tributació de l'aigua.