

## Jurisprudencia constitucional: agua, ruido y cautelares

---

GERMÁN VALENCIA MARTÍN

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.-2. LA CONFIRMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA «MORENO GÓMEZ» (STC 150/2011). 2.1. *Antecedentes*. 2.2. *El parecer mayoritario*. 2.3. *Los votos particulares*. 2.4. *Comentario*.-3. LA DESAUTORIZACIÓN DE LAS SINGULARIDADES DE LOS ESTATUTOS ANDALUZ Y CASTELLANO-LEONÉS EN RELACIÓN CON EL CRITERIO COMPETENCIAL DE CUENCA HIDROGRÁFICA (SSTC 30 y 32/2011). 3.1. *Los hechos y decisiones principales*. 3.2. *Comentario*. 3.3. *Las facultades de policía del dominio público hidráulico*.-4. LA OTRA CARA DEL ESTATUTO VALENCIANO: EL ESTATUTO ARAGONÉS Y LOS TRASVASES (STC 110/2011).-5. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS MERCADOS DEL AGUA (STC 149/2011).-6. LOS LÍMITES DEL DECRETO-LEY, EN RELACIÓN CON LA LIBERALIZACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE (STC 137/2011). 6.1. *Antecedentes*. 6.2. *El control estricto del presupuesto habilitante de los Decretos-leyes*. 6.3. *La propuesta en voto particular de reconsideración de la doctrina establecida por la STC 61/1997*.-7. LAS DEBILIDADES DE LA JURISPRUDENCIA CAUTELAR AMBIENTAL, EN RELACIÓN CON LA APROBACIÓN POR LEY DE PROYECTOS URBANÍSTICOS (ATC 114/2011). 7.1. *Antecedentes*. 7.2. *El caso «Meseta-Ski»*. 7.3. *El discutible mantenimiento de la suspensión*. 7.4. *De la «mayor protección» a la «certeza e inmediatez» de los daños*. 7.5. *La prohibición de cambio de uso forestal en caso de incendio*. 7.6. *La «ingeniería jurídica» de las leyes urbanísticas singulares*.

\* \* \*

### 1. INTRODUCCIÓN

El agua ha sido, sin duda, la gran protagonista de un ejercicio de jurisprudencia constitucional, el 2011, que nos deja no pocos asuntos de interés. Las Sentencias más destacadas son, desde luego, las que resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la Junta de Extremadura contra los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía y Castilla y León, en relación con las competencias asumidas en ellos sobre las cuencas del Guadalquivir y del Duero, respectivamente (SSTC 30 y 32/2011, de 16 y 17 de marzo). El Tribunal declara inconstitucionales, como sin duda es sabido, las singularidades pretendidas por dichos Estatutos, reafirmando la competencia estatal para la gestión íntegra de las cuencas intercomunitarias.

Pero hay, además, otros dos asuntos de interés relacionados con el agua resueltos en el curso presente. El primero es el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de La Rioja frente al nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, por su tratamiento de las competencias autonómicas en relación con la cuenca del Ebro. El recurso, devolución en buena medida del que planteara en su día el Gobierno de Aragón frente a la consagración del derecho al agua en el nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana, recibe por parte del Tribunal el mismo tipo de respuesta, que los conocedores de aquella Sentencia de 2007 podrán anticipar (STC 110/2011, de 22 de junio).

El segundo es de otro signo. Se trata de la impugnación planteada en su momento por la Diputación General de Aragón contra la regulación de los mercados del agua introducida por la reforma parcial de la Ley de Aguas de 1999. Viejo recurso, pues, anterior a la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 y a la eclosión de los conflictos relativos al trasvase del Ebro, pero quizás con el mismo trasfondo, desestimado no obstante por el Tribunal por otras razones que luego veremos (STC 149/2011, de 28 de septiembre).

El ruido ocupa también un puesto de honor. La STC 150/2011, de 29 de septiembre, confirma la tendencia restrictiva de la jurisprudencia constitucional, ya evidenciada en la Sentencia *Moreno Gómez* de 2001 y en caso similar al de entonces, a la hora de admitir la penetración de lo ambiental en el terreno de los derechos fundamentales, concretamente, la inviolabilidad del domicilio. Se trata, a mi juicio, de una jurisprudencia no irrazonable y seguida, desde luego, de forma muy coherente por el Tribunal Constitucional, pero con cierto potencial conflictivo con la línea tal vez más aperturista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como intenta mostrarse en un voto particular a la Sentencia, que también comentaremos.

En los últimos años llevo librando desde este Observatorio una pequeña batalla por enmendar algunos aspectos de la doctrina que suele aplicar el Tribunal Constitucional en sus decisiones cautelares en procesos constitucionales de temática ambiental. Entiendo perfectamente que los modestos Autos de medidas cautelares no son el lugar más propicio para volcar en ellos lo mejor de la jurisprudencia constitucional, y que desde luego lo más importante es que las decisiones sean acertadas. Pero una doctrina imperfecta también es más proclive a generar decisiones desacertadas, que es lo que, a mi juicio, quizás ocurra también en el caso de este tipo que nos depara el presente ejercicio: el ATC 114/2011, de 19 de julio, por el que se mantiene la suspensión de la Ley castellano-leonesa de declaración del Proyecto Regional «Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski»; Ley que ejemplifica, por lo demás, una práctica que, en cuanto al fondo, sí plantea a mi juicio serias dudas constitucionales.

Para terminar, también hay que dar cuenta en este curso de una Sentencia que, desde la perspectiva ambiental, podría haber sido más importante de haber necesitado entrar en fondo, pero que decide por motivos formales: la STC 137/2011, de 14 de septiembre, que estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su día frente a la reforma de la Ley del Suelo llevada a cabo en el año 2000 por Real Decreto-ley y tendente a la liberalización del suelo no urbanizable.

## **2. LA CONFIRMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA «MORENO GÓMEZ» (STC 150/2011)**

### 2.1. ANTECEDENTES

El Tribunal Constitucional tardó en hacer suya la jurisprudencia «López Ostra» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo hizo con gran solemnidad (se celebró vista pública) por Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, en el asunto «Moreno Gómez», en un caso de contaminación acústica provocada por locales de ocio en la plaza de Xúquer, en el barrio de San José de la ciudad de Valencia. Sin embargo, el recurso de amparo fue desestimado por no haber aportado la recurrente en la vía judicial previa «ninguna medición de los ruidos padecidos en su vivienda que permita concluir que, por su carácter prolongado e insoportable, hayan podido afectar al derecho fundamental para cuya preservación solicita el amparo», el derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario (art. 18.1 y 2 CE).

El mismo asunto tuvo un desenlace diferente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por Sentencia de 16 de noviembre de 2004, el Tribunal Europeo estimó la demanda, al entender «demasiado formalista» la prueba exigida por el Tribunal Constitucional, en un caso en el que «las autoridades municipales habían calificado la zona en la que vivía la demandante de zona acústicamente saturada» y en el que la superación de los niveles máximos de ruido había sido verificada «en varias ocasiones por los servicios municipales», pues «exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada, como la que habita la demandante, la prueba de algo que ya es conocido y oficial para la autoridad municipal no parece necesario» (apartado 59). Despejada esta cuestión, la Sentencia concluía, pues, la existencia de una lesión de los derechos al respeto a la vida privada y familiar y al domicilio (art. 8 del Convenio) por «la intensidad de la contaminación acústica, fuera de los niveles autorizados y durante la noche» y mantenida «durante varios años», y por haber tolerado el Ayuntamiento de Valencia «el incumplimiento reiterado de la regulación que ella misma había establecido» (apartados 60 y 61).

### 2.2. EL PARECER MAYORITARIO

Pues bien, el caso resuelto por la STC 150/2011, de 29 de septiembre, que ahora comentamos, es sustancialmente análogo al caso «Moreno Gómez». Don Miguel Cuenca, Presidente de la asociación de vecinos del barrio de San José, y residente en la misma plaza de Xúquer de la ciudad de Valencia, presentó ante el Ayuntamiento una reclamación de responsabilidad patrimonial de algo más de un millón de pesetas por los gastos incurridos en el aislamiento de su vivienda y por daños físicos y morales, que, habiendo quedado sin respuesta, trasladó luego al ámbito judicial, donde fue desestimada por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de junio de 2003, por no haberse «demostrado

–como situación individualizada– que en el interior de la vivienda del demandante existiera ese nivel de sonidos excesivos provenientes del exterior».

El posterior recurso de amparo, inicialmente inadmitido por providencia de 18 de octubre de 2004, fue finalmente admitido en estimación del recurso interpuesto contra dicha providencia por el Ministerio Fiscal, que ponía de manifiesto que entretanto se había dictado la Sentencia que ya conocemos del Tribunal de Estrasburgo en el caso «Moreno Gómez»; y posteriormente fue avocado para su resolución por el Pleno del Tribunal.

Victoria pírrica. Fiel a los criterios establecidos en la Sentencia «Moreno Gómez», el Tribunal deniega el amparo también en este caso, por no haber acreditado el recurrente «que padecía un nivel de ruidos que le producía insomnio y, en consecuencia ponía en peligro grave e inmediato su salud» ni «que el nivel de ruidos existentes en el interior de su vivienda era tan molesto que impedía o dificultaba gravemente el libre desarrollo de su personalidad», limitándose a aportar pruebas acerca de «los niveles de ruido externo en la zona» y otras que tampoco tenían en cuenta «las circunstancias singulares de cada vivienda» ni se basaban en «ninguna medición individualizada del nivel de ruido percibido en su vivienda» (FJ 7).

En su fundamentación, la Sentencia reitera ideas ya expuestas en el caso de 2001: «será ilegal toda pasividad de la Administración que tolere que se excedan los límites fijados en la ordenanza y será contraria al art. 45 CE la inactividad prolongada de la que derive una seria degradación medioambiental de esa zona, pero sólo serán materia de un recurso de amparo aquellas omisiones que se traduzcan en la lesión de un derecho fundamental de los invocados [el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (arts. 18.1 y 2 CE)]» (FJ 6).

No obstante, la similitud con el caso «Moreno Gómez» y la perspectiva de que también este asunto llegue al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hacen que la Sentencia se detenga en buscar elementos diferenciales entre ambos que justificarían la distinta solución. Esencialmente, la Sentencia encuentra dos. En primer lugar, así como la Sra. Moreno Gómez sí habría intentado, «aunque sin éxito», «probar el ruido percibido en el interior de su vivienda», el Sr. Cuenca, por el contrario, «adoptó la *decisión estratégica*, enmarcada en el pleito que sostenía con el Ayuntamiento de Valencia sobre el ruido ambiental en esa zona, de no hacer nada por acreditar (...) que en su vivienda soportaba un nivel sonoro tal que le impedía el disfrute pacífico del domicilio o aún más intenso que suponía una violación al derecho a la integridad física o moral, limitándose a referirse a la situación general de saturación acústica de la zona y a formular una hipótesis general acerca de la repercusión de la misma sobre las viviendas del entorno» (FJ 8).

Y, en segundo lugar, debido a las distintas fechas en que se presentaron las reclamaciones de responsabilidad (1997 y 1999, respectivamente, siendo la Ordenanza y la declaración del barrio como zona acústicamente saturada de 1996), que, así como en

el caso «Moreno Gómez» el Tribunal de Estrasburgo había apreciado «la tolerancia del Ayuntamiento de Valencia con el incumplimiento de las medidas mitigadoras del ruido que él mismo había aprobado», en el caso actual, a la fecha de la reclamación del actor, «el Ayuntamiento ya llevaba dos años y medio tomando medidas positivas contra el exceso de emisiones sonoras en esa zona», habiendo tramitado entre 1997 y 1999 «más de cuatrocientos expedientes sancionadores» y «habiéndose impuesto por esta causa multas por un montante de 31.735.000 pesetas y 50 sanciones de suspensión de licencia», por lo que «aun en la hipótesis de que se hubiese acreditado una afectación a la salud o a la intimidad personal o familiar del actor, ésta no sería imputable al Ayuntamiento de Valencia en la medida en que el demandante no ha acreditado que el exceso sonoro sea consecuencia de una omisión imputable a la corporación municipal», de modo que no habría lesión de los derechos fundamentales invocados (FJ 9).

### 2.3. LOS VOTOS PARTICULARES

La Sentencia cuenta con dos votos particulares de sentido completamente diferente. El primero (del Magistrado Ortega Álvarez, y al que se adhieren los Magistrados Gay Montalvo y Pérez Vera) es discrepante, y considera que «la Sentencia vulnera el art. 18.1 y 2 y el art. 10.2, ambos de la Constitución, porque no recoge el contenido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o en otros términos, porque no realiza una interpretación compatible del art. 18.1 y 2 CE con el art. 8 del Convenio, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», pues, a su juicio, dicha jurisprudencia, por un lado, «exonera de una prueba individualizada en el interior de la vivienda cuando existe una comprobación realizada por las autoridades públicas del exceso de ruido en la zona urbana o calle donde se sitúa la vivienda de la víctima» y, por otro, «pone de manifiesto que la lesión del derecho fundamental se sigue produciendo si se demuestra el exceso de ruido, sin que tal vulneración se elimine con una actuación incluso positiva, pero todavía insuficiente o ineficaz, de la Administración responsable». En definitiva, para los firmantes de este voto «el derecho fundamental derivado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del art. 18.1 y 2 en conexión con el art. 10.2, ambos de la Constitución, es a la inexistencia de ruido en el entorno sin necesidad de prueba en el interior de la vivienda».

El segundo (del Magistrado Aragón Reyes) es concurrente en cuanto al sentido desestimatorio del fallo, pero discrepante en cuanto a la fundamentación, proponiendo una rectificación radical de la jurisprudencia del Tribunal en la materia, a su juicio, errónea. El voto no discute «que la tutela de ese “derecho frente al ruido” (o, si se quiere, del “derecho al silencio”) que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extraído en su interpretación [del derecho] reconocido por el art. 8.1 CEDH, pueda ser demandada ante los órganos judiciales españoles, toda vez que dicho Convenio (...) forma parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96.1 CE)», aunque ya existirían, en su opinión, otros fundamentos en la legalidad ordinaria, sino que ese derecho pueda calificarse como derecho fundamental en el sistema constitucional español, porque «el art. 10.2 CE no es una cláusula aditiva que permita, a la vista de la

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con un derecho recogido en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ampliar el listado de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española o mutar la naturaleza de los mismos», y porque «en nuestra Constitución no existe un derecho fundamental a la “privacidad” (o a la protección a la vida privada) en sentido amplio, sino unos muy concretos derechos de objeto, pues, más delimitado sobre ámbitos precisos de esa privacidad (art. 18 CE)», de modo que, a su juicio, el recurso de amparo debió ser desestimado no por falta de prueba, sino «directamente, y con expresa revisión de nuestra anterior doctrina, por alegarse en el recurso la lesión de un derecho no susceptible de amparo constitucional».

#### 2.4. COMENTARIO

Como puede verse, la segunda Sentencia del Tribunal Constitucional sobre estos temas, diez años después de la primera, ha reabierto de par en par el debate sobre la procedencia o no y, en su caso, el modo de incorporar a nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos iniciada en el caso «López Ostra». Los votos particulares expresan las dos posiciones extremas (la recepción ha de ser completa y en sus propios términos o no procede), mientras que el parecer mayoritario apuesta por una solución intermedia, la misma que ya sostuvo el Tribunal en el caso «Moreno Gómez». Como se dijo entonces claramente, la doctrina «López Ostra» del Tribunal Europeo «debe servir, conforme proclama el (...) art. 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales. En el bien entendido que ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la (...) necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de este medio excepcional de protección de los derechos fundamentales» (STC 119/2001, FJ 6).

En realidad, la Sentencia «Miguel Cuenca» intenta persuadirse y persuadirnos de que su aproximación al problema es la misma que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o a la inversa, de ahí su encomiable esfuerzo por explicar las diferencias existentes entre los dos casos, que serían las que justificarían la diferente solución, y las que habrían de llevar (tal es, imagino, la segunda intención) a que el Tribunal Europeo confirme en esta ocasión, si el asunto llega a su conocimiento, el parecer del Tribunal Constitucional. Veremos qué ocurre.

Comoquiera que sea, y al margen de esas eventuales coincidencias o discrepancias, lo cierto es que la posición al respecto de nuestro Tribunal Constitucional es, a mi juicio, muy clara. El derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE) no es un derecho fundamental. Fundamentales son los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (arts. 15 y 18.1 y 2 CE), que por su naturaleza son derechos individuales y no colectivos. Cuando por causa del ruido

u otras agresiones ambientales se invoca la lesión de alguno de estos derechos, no cabe perder de vista esta circunstancia, pues, en cualquier caso, serán ellos y únicamente ellos los lesionados, y no el derecho a un medio ambiente adecuado, que no adquiere por esta causa mediatamente la condición de derecho fundamental.

Es perfectamente comprensible, y hasta digno de elogio, que el Presidente de la asociación de vecinos de una zona con problemas constantes de ruido, aunque presente una reclamación de responsabilidad patrimonial por sus gastos y daños, no plantee una «estrategia probatoria» individualizada, sino más bien de carácter colectivo, sobre el ruido ambiental de la zona, que pueda beneficiar también a sus convecinos. Pero de la misma forma que eso condujo al fracaso de sus pretensiones resarcitorias (los daños han der «individualizados», según el art. 139.2 LRJPAC), había de producir también el fracaso de su demanda de amparo.

Como decíamos en la introducción, esta jurisprudencia es absolutamente coherente con la que mantiene el Tribunal en todos sus pronunciamientos sobre el derecho a un medio ambiente adecuado, reacio a elevarlo por encima de su simple condición de principio rector (por ejemplo, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el derecho al agua en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana). Más que intentar invertir esta tendencia, hoy por hoy demasiado firme y consolidada, los abogados de estas causas deberían probablemente acomodar a ella sus estrategias probatorias cuando pretendan valerse de los cauces procesales privilegiados de los derechos fundamentales, al menos el recurso de amparo.

Dicho esto, resulta triste que una pretensión económicamente moderada y en apariencia tan justa como la del Sr. Cuenca haya tenido, al menos de momento, un desenlace tan frustrante. Se excede, a mi juicio, la Sentencia que comentamos al ponderar los esfuerzos del Ayuntamiento de Valencia por hacer cumplir la normativa entre los años 97 y 99, lo que sólo es comprensible en términos de suministrar al Tribunal Europeo argumentos que eviten una nueva condena al Estado español. En cualquier caso, si el Ayuntamiento presume y utiliza en su descargo, con el aval del Tribunal, el haber recaudado más de treinta y un millones de pesetas en concepto de multas durante esos años, y dado que evidentemente no ha conseguido atajar con ello el problema, no estaría de más que invirtiera ese dinero en mejorar las condiciones de vida de los vecinos de la zona. Si no lo hace voluntariamente, algún Tribunal debería obligarle a hacerlo.

### **3. LA DESAUTORIZACIÓN DE LAS SINGULARIDADES DE LOS ESTATUTOS ANDALUZ Y CASTELLANO-LEONÉS EN RELACIÓN CON EL CRITERIO COMPETENCIAL DE CUENCA HIDROGRÁFICA (SSTC 30 Y 32/2011)**

#### **3.1. LOS HECHOS Y DECISIONES PRINCIPALES**

Como dijimos en la introducción, las dos Sentencias más importantes y conocidas de este período son las SSTC 30 y 32/2011, de 16 y 17 de marzo, por las que se declaran inconstitucionales los preceptos de los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía

(art. 51) y Castilla y León (art. 75.1), respectivamente, que atribuían a las mencionadas Comunidades Autónomas las competencias sobre las aguas de las cuencas hidrográficas del Guadalquivir y del Duero circulantes por sus respectivos territorios, reafirmando, en consecuencia, la competencia exclusiva del Estado sobre las cuencas intercomunitarias.

Como es sabido, la regla constitucional básica de reparto de competencias en materia de aguas, a saber, que las aguas discurran o no por más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.22 CE), fue concretada por la Ley de Aguas de 1985 a través del criterio de cuenca hidrográfica, de manera que el Estado ostentaba competencia, en principio exclusiva, en relación con las cuencas que discurrieran por más de una Comunidad Autónoma (cuencas intercomunitarias) y, a la inversa, las Comunidades Autónomas disponían de competencia, también en principio exclusiva, sobre las cuencas que discurrieran íntegramente por el territorio de cada una de ellas (cuencas intracomunitarias o internas). Y como es igualmente sabido, la STC 227/1988, de 29 de noviembre, sin descartar otras posibles soluciones, confirmó la constitucionalidad del criterio de cuenca seguido por el legislador estatal, al venir avalado por razones «lógicas, técnicas y de experiencia» (FFJJ 13 y 15).

En la nueva generación de Estatutos de Autonomía, tanto Andalucía como Castilla y León pretendieron destacar el agua como uno de sus principales hechos diferenciales. Con algunas variantes de redacción, no menores, pero a la postre sí irrelevantes, los dos nuevos Estatutos (aprobados por las Leyes Orgánicas 2/2007, de 19 de marzo, y 14/2007, de 30 de noviembre, respectivamente) trasladaban a manos autonómicas, como mínimo, la gestión de la mayor parte de unas cuencas hasta entonces gestionadas por el Estado por medio de las tradicionales Confederaciones Hidrográficas del Guadalquivir y del Duero. El tenor de los polémicos preceptos era el siguiente:

«Artículo 51. Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir.

La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22ª de la Constitución.»

«Artículo 75. Competencias sobre la cuenca del Duero y las aguas de la Comunidad.

1. Dada la relevancia que la cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León, la Comunidad Autónoma asumirá competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma (...)

3. Las competencias de los apartados anteriores se asumirán sin perjuicio de las reservadas al Estado por el artículo 149.1 de la Constitución y de la planificación hidrológica.»

Los argumentos en apoyo de esta asunción competencial eran en ambos casos esencialmente los mismos: (1) la singularidad de las cuencas del Guadalquivir y del Duero frente a otras cuencas intercomunitarias, por encontrarse más del 90 por 100 de sus respectivas superficies en territorio andaluz y castellano-leonés (en este segundo caso, lógicamente, en relación con la parte española de la cuenca); y (2) que la STC 227/1988, al confirmar la constitucionalidad del reparto de competencias trazado por la Ley de Aguas, no descartara la posible existencia de otros modelos de reparto igualmente constitucionales. Argumentos que no detuvieron al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, una Comunidad que aporta una pequeña parte del territorio de ambas cuencas, de presentar, con notable coherencia, recurso de inconstitucionalidad frente a ambos Estatutos.

La fundamentación de las dos Sentencias, por entero coincidente, tiene una estructura relativamente simple y lapidaria. Los preceptos impugnados, dicen las Sentencias, son inconstitucionales material y formalmente. Materialmente, porque «aunque el criterio de la cuenca hidrográfica no sea el único constitucionalmente viable en el marco del art. 149.1.22 CE, sí ha de declararse que no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una *fragmentación* de la gestión de las aguas intercomunitarias» (SSTC 30 y 32/2011, FJ 6). Y formalmente, porque la concreción de las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1.22 CE sólo puede hacerse mediante la legislación estatal de aguas, y no a través de los Estatutos de Autonomía, cuya potencial diversidad impediría a aquélla desplegar «la función integradora y de reducción a la unidad» que le corresponde en una materia como ésta (STC 30/2011, FJ 8, y STC 32/2011, FJ 7).

### 3.2. COMENTARIO

La STC 227/1988 dijo que el criterio de cuenca, aplicado al reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de aguas, era constitucional, por su razonabilidad y porque era el elegido por el legislador competente. Lo que, en mi opinión, vienen a decir ahora las SSTC 30 y 32/2011, dando un paso más allá, es que el criterio de cuenca es el *único* constitucionalmente viable, porque, aunque, como acabamos de ver, se conceda lo contrario, resulta difícilmente imaginable ningún otro criterio que no conduzca a la *fragmentación* o *compartimentación* de las propias cuencas que se declara terminantemente prohibida desde el punto de vista constitucional.

En un extenso y muy documentado comentario de estas Sentencias («La unidad de cuenca en la jurisprudencia constitucional», *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 14, 2009 –sic–, pgs. 11 y sigs.), el profesor A. FANLO LORAS, dando una calurosa bienvenida al fallo de las mismas, crítica, sin embargo, esta concesión a la eventualidad de otros modo de reparto constitucionalmente legítimos, que trae causa, a su juicio, de una mala lectura en este punto de la STC 227/1988 (pgs. 26 y sigs.). Nos invita a releerla (pg. 34), para darnos cuenta de que lo que se afirmó entonces que admitía diferentes interpretaciones no era la expresión «cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autóno-

ma» (art. 149.1.22 CE), sino el «conjunto de normas del bloque de constitucionalidad aplicables en materia de aguas», que se refieren a los recursos hídricos no sólo como un bien, sino también como «soporte físico de una pluralidad de actividades» (STC 227/1988, FFJJ 13 y 15). A su juicio, el art. 149.1.22 CE, título sin duda principal en la materia, sólo admite una interpretación («aguas» por «cuencas»), y para justificarlo analiza con detalle los antecedentes, incluso republicanos, del precepto. De la STC 227/1988 no se deduciría otra cosa, y eso es lo que, en su opinión, también debiera haberse afirmado en esta ocasión.

Yo he hecho esa relectura de la STC 227/1988, y el profesor FANLO tiene razón, pero no del todo. Es verdad que, cuando analiza la expresión «cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma», la STC 227/1988 no afirma, como había dicho anteriormente en relación con ese conjunto de normas, que admita «más de una interpretación» (FJ 13), sino sólo que su «significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia» (FJ 15). Ahora bien, a lo que tampoco llega la Sentencia, tal vez porque no lo consideró necesario, es a pronunciarse de modo concluyente sobre «el significado» de dicha expresión, ni a afirmar que tal significado fuera el de «cuenca», limitándose a argumentar la compatibilidad de la opción «cuenca» con tales criterios, incluso su mayor compatibilidad que la de otras opciones alternativas propuestas por los entonces recurrentes («curso fluvial concreto»), y a proclamar, en fin, sin ningún género de dudas, su constitucionalidad, es decir, que el criterio de cuenca «utilizado por el legislador no es contrario a lo dispuesto en el art. 149.1.22 CE y preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía», retomando, pues, a la postre, también en este punto, ese planteamiento abierto formulado en principio desde una perspectiva más general.

De todas formas, cabe conceder que la conclusión a la que llegan ahora las SSTC 30 y 32/2011, si no expresa, estaba más que implícita en la STC 227/1988, y que lo que aquéllas han hecho no ha sido otra cosa que sacarla a la luz, en unos casos en los que ya no bastaba una estrategia meramente defensiva, sino que exigían que el criterio de cuenca pasara al ataque.

Pero, aun admitiendo esto, lo que se echa de menos, a mi juicio, en las Sentencias que ahora comentamos es una mayor argumentación «propia», adaptada a las características de estos nuevos casos. En efecto, lo más novedoso que aportan estas Sentencias es la conclusión, estando su argumentación por entero tomada de la STC 227/1988, a cuyos juicios enunciados entonces en negativo (por ejemplo: «ni menos aún [la Constitución] obliga a compartimentar», STC 227/1988, FJ 15) se les da ahora una formulación en positivo («lo que excluye la viabilidad constitucional de la compartimentación», SSTC 30 y 32/2011, FJ 6). Poca atención se presta, en cambio, a las defensas que podían ofrecer las regulaciones impugnadas (cfr. SSTC 30/2011, FJ 9, y 32/2011, FJ 8). No sólo a la «singularidad» de las cuencas del Guadalquivir y del Duero, sino sobre todo, a mi juicio, a la circunstancia de que los dos Estatutos, con mayor o menor fortuna, reconocieran la unidad de cuenca, y por tanto la competencia estatal, a efectos de planificación, pretendiendo asumir ante todo competencias en el campo

más «reglado», y por ello menos problemático, de la gestión. No quiero decir que tales argumentos debieran haber salido triunfantes, sino sólo que merecían probablemente una mayor atención.

En fin, bienvenidas sean, con estas observaciones, unas Sentencias que, en primer lugar, esclarecen lo que probablemente estaba ya implícito en la Constitución, y no era simple decisión de la Ley de Aguas (ésta es la tesis fundamental del profesor FANLO) y, en segundo lugar, cierran la puerta a derroteros inseguros y potencialmente peligrosos, en relación con «un recurso natural de tan esencial importancia vital, social y económica como es el agua», como se cuidan se enfatizar aquéllas (FFJJ 4, entre otros). Afortunadamente, también, las Sentencias (la STC 30/2011) se han cumplido en este caso con relativa diligencia, y los medios personales y materiales de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, que habían sido ya transferidos a la Comunidad Autónoma de Andalucía (por Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, anulado por las posteriores y complementarias SSTS de 13 y 14 de junio de 2011), han revertido prontamente al Estado (por Real Decreto 1498/2011, de 21 de octubre).

A lo que no cierran, obviamente, la puerta las referidas Sentencias es a eventuales cambios en la estructura de las Confederaciones Hidrográficas, en el sentido de potenciar el peso autonómico en sus órganos de gobierno, pues lo exigido es la «administración unitaria» de las cuencas intercomunitarias, «que corresponde concretar al Estado según diversas *modalidades técnicas*, de acuerdo con la concurrencia de competencias distintas de las diferentes Administraciones implicadas» (STC 30/2011, FJ 11, y 32/2011, FJ 9). De todas formas, no creo que por esta vía las Comunidades Autónomas ahora frustradas en sus anhelos puedan esperar tratamientos singulares ni aspirar a situaciones similares a las producidas en materia de puertos por la legislación de Puertos del Estado, pues ello iría claramente en contra de «la función integradora y de reducción a la unidad» que las propias Sentencias insisten ha de llevar a cabo la legislación estatal en materia de aguas (STC 30/2011, FJ 8, y 32/2011, FJ 7).

### 3.3. LAS FACULTADES DE POLICÍA DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

El Estatuto de Autonomía de Andalucía contenía, adicionalmente, la atribución a la Comunidad Autónoma, dentro de su ámbito territorial, de las «facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal» (art. 50.2, *in fine*), precepto también impugnado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, en la medida en que pudiera referirse a cuencas intercomunitarias, y sobre el que, lógicamente, también se pronuncia la STC 30/2011.

La Sentencia despacha, no obstante, esta impugnación de manera muy sumaria, y su conclusión es que «nada impide que la legislación estatal de aguas confiera a las Comunidades Autónomas funciones o facultades de «policía del dominio público hidráulico» en cuencas intercomunitarias (STC 161/1996, de 17 de octubre)», de la misma forma que –se añade– la Ley de Aguas desde su redacción inicial [hoy, art. 17 d) del Texto Refundido de 2001] ya permitía la encomienda a las Comunidades Autónomas de la

tramitación de las autorizaciones referentes al dominio público hidráulico en cuencas intercomunitarias (FJ 12 *in fine*).

La argumentación es superficial y engañosa. Parece que la STC 161/1996 ya avalara esa respuesta, cuando lo único que hizo fue desautorizar la asunción de potestades sancionadoras en cuencas intercomunitarias por la Ley catalana 17/1987, reguladora de la Administración Hidráulica de Cataluña (FJ 8), que era lo entonces debatido. Y la encomienda de la tramitación de autorizaciones es, en principio, una técnica de intensidad y alcance más limitado que la genérica atribución de las «facultades de policía» del dominio público hidráulico.

En todo caso, este precipitado aval de la constitucionalidad del precepto sí fue hábilmente aprovechado por el Gobierno para mitigar las irremediables consecuencias de la Sentencia. Por Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto (convalidado por el Congreso el 15 de septiembre), se añadió al Texto Refundido de la Ley de Aguas una nueva Disposición adicional decimocuarta, por la que se atribuían «a las Comunidades Autónomas que tengan prevista la competencia ejecutiva sobre las facultades de policía de dominio público hidráulico en sus Estatutos de Autonomía» todas las funciones catalogadas por la Ley de Aguas como de «policía de aguas» y enunciadas en el art. 94.2 de la Ley (inspección, vigilancia y sanción, etc.), así como «la tramitación de los procedimientos a que den lugar dichas actuaciones hasta la propuesta de resolución». Todo ello en «las cuencas hidrográficas intercomunitarias» y dentro, por supuesto, del ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma.

En su trabajo antes citado (pgs. 69 y sigs.), el profesor FANLO hace una crítica demolidora del indicado Real Decreto-ley, cuya explicación parece ser la de intentar «taponar, en vano, la riada de anulaciones que los Tribunales han comenzado a fallar por falta de competencia de la Agencia Andaluza del Agua [para imponer sanciones en relación con la cuenca del Guadalquivir]», pero que, al margen de ello, y como programa de futuro, resultaría, a su juicio, radicalmente inconstitucional por volver a «fragmentar» la «administración unitaria» de las cuencas intercomunitarias, que debe comprender de modo inescindible la gestión no sólo de la «cantidad», sino también de la «calidad» del recurso, esto es, entre otras, las mencionadas «facultades de policía» (que versan también sobre el cumplimiento de concesiones, etc.). El título competencial sobre «policía de aguas» en cuencas intercomunitarias, que contienen sólo tres Estatutos [además del andaluz, el catalán –art. 117.3 c)– y el aragonés –art. 72.2–], sería, en su opinión, un «falso» título competencial, cuya legitimidad no podría ser salvada (ni debería haberlo sido) por la simple referencia a lo que establezca la «legislación estatal», pues, con independencia de lo que señalen al respecto los Estatutos, el legislador estatal de aguas dispone de «plena libertad» para encomendar o no a las Comunidades Autónomas (a todas) «ciertas» funciones en la materia (no todas genéricamente) que no pongan en peligro la administración unitaria de la cuenca.

Remito al lector a la lectura íntegra de esta parte del trabajo del profesor FANLO, que resulta absolutamente convincente. Sólo quiero añadir, por mi parte, dos cosas:

La primera, que la STC 138/2010, de 16 de diciembre (FJ 3 *in fine*) ya se había pronunciado a favor de la constitucionalidad del precepto equivalente de Estatuto catalán [art. 117.3, c)], con una argumentación ciertamente sencilla, en el sentido de «de la dicción del precepto resulta que no hay mandato alguno, sino plena remisión a la legislación estatal, ya que las competencias autonómicas de policía serán únicamente las que determine esa legislación», por lo que extraña que este precedente ni siquiera se mencione por la Sentencia que ahora comentamos.

La segunda, que frente al mencionado Real Decreto-ley han interpuesto ya sendos recursos de inconstitucionalidad las Cortes Valencianas, el Consell de la Generalitat Valenciana y el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia. En los anuncios de la admisión de estos recursos (vid. BOE núm. 21, de 25 de enero de 2012) no constan los motivos esgrimidos, pero imagino que, por la procedencia de los mismos, se habrá insistido en la desigualdad de trato, que en efecto resulta patente. Materialmente, el Real Decreto-ley podría ser inconstitucional por la generalidad de la atribución de las facultades de policía, que implica la «fragmentación» de la gestión de las cuencas (en lo que insiste particularmente FANLO), pero también por la selectividad de la atribución, a favor sólo de tres Comunidades Autónomas, lo que va en contra de «la función integradora y de reducción a la unidad» que ha de cumplir la legislación estatal en materia de aguas. Las actuales Cortes Generales podrían, desde luego, poner fin anticipado a estos recursos derogando la nueva Disposición adicional decimocuarta del Texto Refundido de la Ley de Aguas (salvo que medien también motivos formales, relacionados con la utilización del Decreto-ley, como veremos después en el apartado 6).

#### **4. LA OTRA CARA DEL ESTATUTO VALENCIANO: EL ESTATUTO ARAGONÉS Y LOS TRASVASES (STC 110/2011)**

El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la regulación de los temas del agua, sustantiva y competencial, en el nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, como en su día lo había hecho, aunque en este caso dentro de un conjunto más variado de impugnaciones, contra el Estatuto catalán (recurso éste resuelto por STC 138/2010, de 15 de diciembre).

En el caso del recurso contra el Estatuto aragonés, las impugnaciones riojanas se referían a los arts. 19 (Derechos en relación con el agua), dentro del capítulo I del Título I (Derechos y deberes de los aragoneses y aragonesas) y 72 (Aguas), dentro del Título V (Competencias de la Comunidad Autónoma), y a la Disposición adicional quinta, complementaria de los derechos enunciados en el art. 19, y relativa a la reserva para uso exclusivo de los aragoneses de una porción de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro.

Todas las cuestiones planteadas en este recurso o, al menos, todo el aparato argumentativo necesario para resolverlas había quedado fijado ya en las previas Sentencias del Tribunal Constitucional relativas al derecho al agua en el Estatuto de Autonomía

de la Comunidad Valenciana (STC 247/2007, de 12 de diciembre) y en la Sentencia principal de las recaídas sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 31/2010, de 28 de junio). Con empleo, pues, de los razonamientos desarrollados fundamentalmente en estas Sentencias, y en alguna otra anterior (no se cita, en cambio, en ningún momento la STC 138/2010, que en realidad era básicamente de remisión a la 31/2010), la Sentencia que ahora comentamos, la STC 110/2011, de 22 de junio, resuelve en un sentido desestimatorio el recurso, sin contener ninguna sorpresa ni ninguna novedad de relieve.

No haremos, pues, un repaso exhaustivo, sino selectivo de las impugnaciones y sus respuestas, con la simple finalidad de dar una idea de su contenido.

En relación con el «derecho al agua», el Estatuto aragonés contenía, y contiene, un mandato dirigido a los poderes públicos aragoneses de «velar especialmente para *evitar transferencias de aguas* de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras» (art. 19.3), cuya constitucionalidad salva la Sentencia con el mismo argumento con que en su día la STC 247/2007 libró el enunciado de signo contrario del Estatuto valenciano: por tratarse, cualquiera que sea su formulación, no de un auténtico derecho, sino de un simple «principio rector» que vincula tan sólo a los poderes públicos aragoneses, y no al Estado (SSTC 110/2011, FJ 9).

La previsión complementaria de la Disposición adicional quinta del Estatuto de una reserva de agua para Aragón («La planificación hidrológica concretará las asignaciones, inversiones y reservas para el cumplimiento del principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro y de los derechos recogidos en el artículo 19 del presente Estatuto, *considerando* que la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 establece una reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 hm<sup>3</sup>»), se salva igualmente por su redacción en unos términos no vinculantes para el Estado («considerando»), aunque se le hace objeto de un fallo interpretativo («Así interpretada...», FJ 17), que el Magistrado Ortega Álvarez, en su voto particular concurrente sobre este extremo, entiende, con razón, innecesario y contraproducente, porque realmente la Disposición no admite otra interpretación que ésta.

Por último, el art. 72.3 del Estatuto aragonés contenía, y contiene, una exigencia de informe preceptivo en caso de proyectos de trasvase («En este sentido, y para la defensa de los derechos relacionados con el agua contemplados en el artículo 19, la Comunidad Autónoma emitirá un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio. El Gobierno de España deberá propiciar de forma efectiva el acuerdo entre todas las Comunidades Autónomas que puedan resultar afectadas»), idéntica a la prevista en el Estatuto catalán (art. 117.4), que la Sentencia declara constitucional con el mismo argumento empleado en aquella ocasión (STC 31/2010, FJ 65): por tratarse de «un informe, aunque preceptivo, no vinculante, que se compadece con el principio de cooperación que ha de presidir las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma» (STC 110/2011, FJ 15).

## 5. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS MERCADOS DEL AGUA (STC 149/2011)

La modificación parcial de la Ley de Aguas de 1985 por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, introdujo, como es sabido, la figura de los «contratos de cesión de derechos de uso privativo de las aguas» o «mercados del agua», que pasó luego al vigente Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 (arts. 67 y sigs.). Aquella novedad legislativa fue recurrida en su día por la Diputación General de Aragón, y ese viejo recurso de inconstitucionalidad ha sido resuelto diez años más tarde por la STC 149/2011, de 28 de septiembre, que vamos a comentar ahora brevemente.

La impugnación de esta técnica por parte de la Diputación General de Aragón era probablemente de mayor alcance, pero se centraba en algunos aspectos de la regulación del procedimiento de autorización de dichos contratos por parte de la Administración hidráulica competente (las Confederaciones Hidrográficas en el caso de cuencas intercomunitarias), concretamente, en la brevedad de los plazos para resolver (uno o dos meses, según los casos), acompañada de un régimen de silencio «positivo» (art. 68.2 del Texto Refundido), que son los únicos de los que va a ocuparse la Sentencia por ser también los únicos debidamente argumentados.

Pese al limitado objeto del recurso, los motivos de impugnación eran muy variados y preferentemente sustantivos, que la Sentencia sintetiza en el FJ 2 de la manera siguiente: «el Letrado autonómico reprocha al régimen establecido en este precepto (...) que la exigüidad de los plazos previstos unido al carácter positivo del silencio, en sí mismo vulnerador del art. 149.1.18 CE, determinan que no se garantice un control real y efectivo del respeto a los intereses medioambientales (art. 45.2 CE) impidiendo tanto la intervención de los terceros interesados que exige el art. 105 c) CE como la posibilidad de una intervención real de la Comunidad Autónoma en garantía de sus competencias, vulnerando así por todo ello las previsiones constitucionales relativas al dominio público establecidas en el art. 132 CE».

Esta variada gama de motivos da lugar a que la Sentencia se extienda en muchos pormenores, especialmente en relación con la regulación constitucional del dominio público, que la hacen interesante y de agradable lectura, aunque la clave de la resolución del asunto, desestimatoria del recurso, resulte relativamente sencilla y se encuentre ya expuesta en los primeros fundamentos.

En efecto, el Tribunal considera *razonables* los breves plazos para la autorización y el régimen previsto para el silencio a la vista (1) del conjunto de condicionantes establecidos para estos contratos (sólo entre personas que «ya disponen de un título habilitante», para usos de igual o superior rango, etc.), (2) de la finalidad de los mismos («potenciar la eficiencia en el empleo de un recurso escaso e irregularmente distribuido») y (3) de las situaciones concretas que pueden justificar su celebración: «dada la necesidad de que los intercambios de este recurso natural se produzcan *en un tiempo útil*, flexibilizando el régimen concesional para promover su adaptación a las necesidades cambiantes y, ocasionalmente, extraordinarias de los recursos hidráulicos» (FJ 3).

Lo demás ya es sólo técnica (buena técnica) constitucional: (1) La Ley 30/1992 no es parámetro de constitucionalidad, y «el legislador estatal puede establecer la regla de silencio administrativo que considere más adecuada a la regulación sustantiva que pretende establecer» (FJ 5); (2) El «régimen concesional y la intervención pública que el mismo implica no se ve alterado de forma significativa por la regulación que se controvierte en este proceso, ya que la propia regulación sustantiva del contrato de cesión establece una serie de condiciones tendentes a asegurar esta misma finalidad de utilización racional del recurso hídrico en la línea señalada por el art. 45.2 CE» (FJ 3); (3) «La regulación legal que se cuestiona en nada obsta a la aplicación de las previsiones al respecto [audiencia de terceros interesados] contenidas en la regulación general en materia de procedimiento administrativo», por lo que no vulnera el art. 105 c) CE (FJ 4); (4) Tampoco se vulneran las competencias autonómicas en materia de agricultura, pues el precepto impugnado prevé un plazo de informe de diez días, que no es sino «el plazo general para la evacuación de informes establecido en la legislación de procedimiento administrativo» (FJ 4).

Y, finalmente (5), tampoco se lesiona la garantía institucional del dominio público que se deriva del art. 132 CE, entre otras razones, porque «el objeto del contrato no es el agua en sí misma considerada, la cual en su condición de bien demanial estaría excluida del tráfico jurídico ordinario», sino «un derecho individual sobre un aprovechamiento privativo». «Estamos así ante un mecanismo de reasignación o redistribución del aprovechamiento hidráulico previamente concedido, sin que con ello se altere la naturaleza jurídica de las aguas ni se atribuyan más facultades que las ya derivadas del título jurídico en virtud del cual las aguas eran objeto de aprovechamiento singular» (FFJJ 6 y 7).

En fin, como puede verse, la Sentencia viene a dar un aval general de constitucionalidad a la regulación actual de los «mercados del agua», más allá del concreto aspecto examinado, y así concluye en realidad su fundamentación: «(...) argumento que, sin perjuicio de lo dicho en relación con la delimitación del objeto del mismo, podría aplicarse al análisis del resto de preceptos alegados en el recurso, y respecto de los cuales el recurrente no ha desarrollado una argumentación plena» (FJ 7 *in fine*).

No sé si la intención de la Diputación General de Aragón al impugnar la regulación de los «mercados del agua» guardaba o no relación con la eventualidad de un futuro trasvase del Ebro, en el sentido de restarle parte de eficacia. Sería, desde luego, aventurado afirmarlo. Pero siempre he pensado que una de las virtualidades principales del trasvase sería la de posibilitar un provechoso mercado, en el que los agricultores y demás titulares aragoneses de derechos de uso privativo acabarían encontrando un claro interés, que terminaría imponiéndose a los posicionamientos de tipo más ideológico o político.

## 6. LOS LÍMITES DEL DECRETO-LEY, EN RELACIÓN CON LA LIBERALIZACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE (STC 137/2011)

### 6.1. ANTECEDENTES

Una vez clarificado el reparto de competencias en materia de urbanismo por la STC 61/1997, de 20 de marzo, el legislador estatal procedió a dictar una nueva Ley del suelo acomodada a los estrechos márgenes que le permitía aquella Sentencia. Esa Ley, como es sabido, fue la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, que, no obstante lo indicado, pretendió imprimir (gobernaba entonces el PP) un aire liberal al urbanismo español, aumentando la oferta de suelo urbanizable, mediante una redefinición de los criterios de clasificación del suelo (arts. 9 y 10), y facilitando su transformación, mediante la concreción del momento a partir del cual se podían ejercer las iniciativas urbanizadoras particulares y el reconocimiento de un derecho de consulta previa (arts. 15 y 16).

Esa Ley, con estos nuevos planteamientos, fue objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad presentados por la oposición parlamentaria de entonces y dos Comunidades Autónomas (Navarra y Extremadura), que, acumulados, dieron lugar a la STC 164/2001, de 11 de julio, que sólo objetó la constitucionalidad de uno de los preceptos mencionados, el art. 16.1, por exceso de detalle.

Pero, antes de que esto ocurriera, en el año 2000, formando parte de un conjunto de Reales Decretos-leyes de medidas liberalizadoras de la actividad económica, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes (convalidado por el Congreso el 29 de junio), cuyo art. 1 contenía una modificación parcial de la Ley 6/1998 (nueva redacción de los arts. 9.2 y 16.1, y adición de los arts. 15.2 y 16.3), tendente a corregir las insuficiencias que presentaba aquella de cara a los propósitos de fomentar la transformación del suelo urbanizable. Según la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, «las medidas que se adoptan pretenden corregir las rigideces advertidas en el mercado como consecuencia del fuerte crecimiento de la demanda y la incidencia en los productos inmobiliarios del precio del suelo, condicionada a su vez por la escasez de suelo urbanizable. En consecuencia, la reforma que se introduce habrá de incrementar la oferta del suelo, al eliminar aquellas previsiones normativas en vigor que por su falta de flexibilidad pudieran limitarla, trasladando este efecto positivo al precio final de los bienes inmobiliarios».

Concretamente, las modificaciones consistían en lo siguiente: (1) Se daba un carácter todavía más reglado a la clasificación del suelo no urbanizable, eliminando el inciso final del art. 9.2, es decir, aquel de los criterios que concedía mayor discrecionalidad a los titulares de la potestad de planeamiento («así como aquéllos otros que [el planeamiento general] considere *inadecuados para un desarrollo urbano*»); (2) Se reconocía iniciativa para la transformación del suelo a favor de las Administraciones públicas con competencias sectoriales (nuevo art. 15.2: «La transformación del suelo urbanizable

podrá ser también promovida por las Administraciones Públicas sean o no competentes para la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo»; (3) Se facultaba a la iniciativa privada para suplir, mediante sus propuestas de planeamiento de desarrollo, la falta de delimitación de los ámbitos o de definición de sus condiciones de desarrollo en el planeamiento general (art. 16.1); y (4) Se establecía el silencio positivo para las iniciativas de transformación presentadas por particulares o Administraciones sectoriales (art. 16.3).

Pues bien, antes también de que recayera Sentencia sobre la Ley 6/1998, su modificación parcial por el mencionado Real Decreto-ley fue recurrida por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por todo un conjunto de razones formales, materiales y competenciales: (1) falta del presupuesto habilitante e infracción de los límites materiales del Decreto-ley (art. 86.1 CE), (2) exceso respecto de la competencias estatales en materia urbanística delimitadas por la STC 61/1997, y (3) lesión, por su contenido, de la garantía institucional de la autonomía local (art. 137 CE), del mandato de protección del medio ambiente (art. 45 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE); lo que daría lugar, once años más tarde, a la Sentencia que ahora comentamos, la STC 137/2011, de 14 de septiembre.

En el ínterin, aquel Real Decreto-ley 4/2000, tramitado tras su convalidación por el Congreso como proyecto de ley, sería remplazado por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, con algunas modificaciones derivadas en buena medida de la toma en consideración de la entretanto recaída STC 164/2001; y más tarde, en cuanto modificación de la Ley 6/1998, derogado por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, antecedente del vigente Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

## 6.2. EL CONTROL ESTRICTO DEL PRESUPUESTO HABILITANTE DE LOS DECRETOS-LEYES

La falta de vigencia de las medidas adoptadas por la disposición impugnada hubiera provocado, sin duda, la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, de no ser porque entre los motivos de impugnación los había formales, sobre el respeto por parte del Gobierno de los límites constitucionalmente establecidos para la utilización del Decreto-ley (art. 86.1 CE), cuyo control es, como señala la Sentencia que aquí comentamos, atemporal, «pues al hacerlo se trata de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes, dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo» (STC 137/2011, FJ 2).

La STC 137/2011 otorga, pues, carácter prioritario al enjuiciamiento de los mencionados vicios formales y, como aprecia la falta del presupuesto habilitante («extraordinaria y urgente necesidad»), también detiene ahí su examen, declarando la inconstitucionalidad del art. 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de modificación de determinados artículos de la Ley 6/1998.

La Sentencia se enmarca así en la tendencia actual de la jurisprudencia constitucional de controlar con rigor la concurrencia del presupuesto habilitante de los Decretos-leyes (vid., en el mismo sentido, también las SSTC 68/2007, de 28 de marzo, y 31/2011, de 17 de marzo), lo cual, pese a la selectividad de las impugnaciones y al dudoso efecto ejemplarizante de los pronunciamientos, porque todas estas Sentencias se dictan cuando ya hace tiempo que las medidas aprobadas por Decreto-ley han dejado de estar vigentes, merece, a mi juicio, una valoración positiva.

No hace falta hacer aquí un resumen de los fundamentos de esta jurisprudencia, por lo demás expuestos con mucha claridad en cualquiera de las mencionadas Sentencias. Baste decir que, en el caso que nos ocupa, la Sentencia entiende que la regulación impugnada «se inserta en el esfuerzo continuado e iniciado en 1996 en el ámbito de la legislación urbanística por incrementar el suelo disponible y, al cabo, por abaratar el precio de la vivienda», sin que el Gobierno haya justificado que esta una situación «estructural» y no «coyuntural» del sector inmobiliario revistiera en el año 2000 particulares caracteres de «gravidad, imprevisibilidad o excepcionalidad» ni «la posible quiebra de la efectividad de las medidas con las que se pretende afrontar dicha situación en el supuesto de que se hubiera acudido al procedimiento legislativo» (STC 137/2011, FJ 7).

### 6.3. LA PROPUESTA EN VOTO PARTICULAR DE RECONSIDERACIÓN DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR LA STC 61/1997

La Sentencia que comentamos cuenta con un extenso voto particular discrepante, a modo de Sentencia alternativa, suscrito por los Magistrados Delgado Barrio y Aragón Reyes.

Discrepan los Magistrados firmantes de este voto, en primer lugar, de la reciente doctrina constitucional sobre el presupuesto habilitante de los Decretos-leyes o al menos de su aplicación al caso, es decir, de la correlación en cierto modo establecida por la Sentencia «entre coyuntura/decreto-ley frente a estructura/ley ordinaria», y de la sobrevaloración de la nota de «excepcionalidad», pues el Decreto-ley «no constituye norma de excepción», habiendo, en su opinión, la Sentencia sustituido indebidamente «un juicio político o de oportunidad» que al Tribunal no correspondería revisar «más allá de la constatación de que no se trata de una decisión abusiva o arbitraria» (FEJJ 1 a 3 del voto).

Pero superado este obstáculo, y más fácilmente el de la pretendida infracción de los límites materiales del Decreto-ley («pues las disposiciones recurridas no proceden, desde luego, a una regulación general del derecho a la propiedad del suelo», FJ 4), el propósito fundamental del voto es, entrando en los motivos de impugnación competenciales, someter a revisión la «criticable» doctrina establecida al respecto por la STC 61/1997, que los Magistrados firmantes «no comparten» (FJ 5), habiéndose perdido, a su juicio, «una excelente oportunidad para reconsiderar [una doctrina] que no tenemos reparo en considerar como desafortunada en muchos puntos» (FJ 6).

Por extenso desarrollan los Magistrados Delgado Barrio y Aragón Reyes su propuesta alternativa, que enlaza con el voto particular a la STC 61/1997 del entonces Magistrado Jiménez de Parga y añade otros argumentos, algunos derivados de la reciente Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 31/2010, de 28 de junio), y que se extiende a las dos cuestiones que a la sazón fueron clave: (1) la interpretación hecha entonces de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal (art. 149.3 CE), que, a su juicio, «descansa en un entendimiento incorrecto de nuestro modelo constitucional de Estado de las Autonomías, pues pretende considerarlo como un modelo federal (o incluso confederal)», y (2) la «drástica reducción» llevada a cabo, en su opinión, por aquella Sentencia de los títulos competenciales en virtud de los cuales el Estado puede intervenir en materia urbanística (FFJJ 5 a 7 del voto).

Deja, así, en particular el Magistrado Javier Delgado Barrio, en este voto particular su *legado* en una materia que le es especialmente próxima, como una de nuestras grandes figuras judiciales de siempre en el campo del urbanismo, cuya contribución desde la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a la formación y desarrollo del Derecho urbanístico español es unánimemente reconocida. Una reconstrucción del entendimiento del reparto competencial en la materia que merece toda la atención, aunque, desde luego, dista hoy de tener posibilidades de éxito en la jurisprudencia constitucional.

«Incluso sin necesidad de *overruling*», el voto justifica después la constitucionalidad del Real Decreto-ley desde la óptica competencial, salvo la de la nueva redacción art. 16.1 de la Ley 6/1998, en coherencia con lo decidido sobre este mismo precepto por la STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 8 del voto); y entrando luego en los motivos materiales de impugnación, también los rechaza de manera sumaria (FJ 10), concluyendo que el fallo, a su juicio, debió haber sido desestimatorio.

En el extremo tocante a la protección del medio ambiente, que aquí lógicamente nos interesa de modo particular, el recurso planteaba que una clasificación estrictamente reglada del suelo no urbanizable, como la introducida con la modificación del art. 9 de la Ley 6/1998, podría suponer una vulneración del art. 45 CE, al excluir por definición toda evaluación casuística «que arroje un resultado de inadecuación de unos terrenos para el desarrollo urbano y, por tanto, la necesidad de su preservación para la del medio ambiente adecuado», impidiendo así la «optimización conjunta de las exigencias de ambos bienes constitucionales [protección del medio ambiente y desarrollo económico]» propugnada por la jurisprudencia constitucional en la materia (STC 69/1982) [Antecedente 2 D) de la STC 137/2011].

El voto responde a este planteamiento por simple remisión a los argumentos del Abogado del Estado [Antecedente 5 D) de la STC 137/2011], en realidad bastante convincentes, en el sentido de que, aun en su nueva redacción, el art. 9.2 permitía al «planeamiento general» clasificar como no urbanizables los terrenos que «considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior», entre los que figuran los «ambientales», por lo que difícilmente puede decirse que vulnera el art. 45 CE.

## **7. LAS DEBILIDADES DE LA JURISPRUDENCIA CAUTELAR AMBIENTAL, EN RELACIÓN CON LA APROBACIÓN POR LEY DE PROYECTOS URBANÍSTICOS (ATC 114/2011)**

### 7.1. ANTECEDENTES

La Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Castilla y León contemplaba, entre otros instrumentos de ordenación territorial, los «Proyectos regionales», con el objeto de «planificar y proyectar la ejecución *inmediata* de las infraestructuras, servicios, dotaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social, que se consideren de interés para la Comunidad» [art. 20.1 c)], cuya aprobación, tras los trámites pertinentes, correspondía al Ejecutivo autonómico, la Junta de Castilla y León, por Decreto (art. 24.5).

Con la evidente finalidad de sortear los problemas derivados de la impugnación en vía contencioso-administrativa de estos instrumentos, que la «experiencia acumulada» durante los primeros años de vigencia de la Ley había puesto de manifiesto (las entrecomilladas son palabras de la Exposición de Motivos, no las restantes), en el año 2006 se llevó a cabo una modificación parcial de la Ley (por Ley 14/2006, de 4 de diciembre) en virtud de la cual se autorizaba a la Junta, cuando el Proyecto regional fuera de «excepcional relevancia para el desarrollo social o económico de Castilla y León», para «aprobarlo como Proyecto de Ley, remitiéndolo a las Cortes de Castilla y León para su tramitación parlamentaria» (nueva redacción del por entonces ya apartado 6 del art. 24), es decir, se daba vía libre a la aprobación por Ley de los indicados Proyectos. Esta modificación general, de aplicación a toda clase de Proyectos regionales, tenía como precedente la ya prevista en el mismo sentido «para la declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad», por la Ley 9/2002, de 10 de julio.

En aplicación de las previsiones de una u otra de estas disposiciones, la Comunidad castellano-leonesa ha aprobado ya por Ley hasta la fecha cuatro «Proyectos regionales»: (1) el «Centro de Tratamiento de Residuos Urbanos para la provincia de Salamanca», en el término municipal de Gomecello (Salamanca), por Ley 6/2005, de 26 de mayo; (2) la «Ciudad del Medio Ambiente», en el municipio de Garray (Soria), por Ley 6/2007, de 28 de marzo; (3) el «Centro de Tratamiento de Residuos Industriales No Peligrosos», en el término municipal de Fresno de la Ribera (Zamora), por Ley 2/2008, de 17 de junio; y finalmente (4), el que aquí nos ocupa, el «Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski», en el municipio de Tordesillas (Valladolid), por Ley 6/2010, de 28 de mayo.

Pero, obviamente, la indeseada litigiosidad no ha desaparecido por completo con estas medidas, sino que simplemente se ha trasladado de sede. Frente a la planta de tratamiento de residuos urbanos se interpuso un conflicto en defensa de la autonomía local, promovido por el Ayuntamiento de Gomecello (BOE núm. 61, de 13 de marzo de 2006). Frente a la «Ciudad del Medio Ambiente» soriana, hay interpuesto un recurso de inconstitucionalidad, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo

Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados (BOE núm. 229, de 24 de septiembre de 2007). Y, finalmente, en relación con el «Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski», además del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno con invocación del artículo 161.2 de la Constitución (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2011), que aquí comentamos, hay admitidas a trámite dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Valladolid (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2011).

## 7.2. EL CASO «MESETA-SKI»

El «Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski» era (o es) un proyecto de parque temático, centrado en la práctica del esquí, que pretendía implantarse en la ladera del cerro de San Juan, en la entidad local menor de Villavieja del Cerro, perteneciente al municipio de Tordesillas (Valladolid), promovido por la Diputación Provincial de Valladolid, a través de una sociedad instrumental (la Sociedad Provincial de Desarrollo de Valladolid –SODEVA), con el fin de impulsar el desarrollo económico de la zona. La primera fase del proyecto, correspondiente a la actividad primordial del Complejo, consistía en la construcción de dos pistas de esquí con superficie de deslizamiento sintético (césped artificial) y remonte independiente (una principal y otra para principiantes, de 300 y 25 m, respectivamente), un edificio de gestión y de servicios, así como las infraestructuras de accesibilidad y aparcamiento complementarias, sobre una superficie total de 7,2 Has.

El cerro de «San Juan» era, esencialmente, un monte de libre disposición perteneciente al Ayuntamiento de Tordesillas, sujeto a convenio con la Junta de Castilla y León y clasificado en el Plan General de 2005 del referido municipio como «suelo rústico de protección natural (forestal o paisajística)». El único (o principal) problema, causa de todos los males posteriores, es que parte del monte había sufrido un incendio en 1998 ó 1999.

La historia administrativa y judicial del asunto que precede a la interposición del recurso de inconstitucionalidad es rocambolesca. Sumariamente expuesta, la siguiente (para más información, *vid.* la página web de Ecologistas en Acción de Valladolid, promotora de todas las acciones judiciales):

El proyecto fue presentado por la Diputación Provincial de Valladolid en junio de 2006, y poco después dieron comienzo las obras al amparo de una «licencia de obras en precario» y otra «autorización de uso excepcional en suelo rústico» concedidas por el Ayuntamiento de Tordesillas. Paralizadas las obras por el propio Alcalde en noviembre de 2006 a la vista de las primeras denuncias y recursos, se reanudaron en enero de 2007, una vez otorgada por el Ayuntamiento la «licencia ambiental y de obras», previa Declaración de Impacto Ambiental favorable de la Consejería de Medio Ambiente (publicada en el BOCyL de 7 de diciembre de 2006). También la Consejería otorgaría en marzo de 2007 la «autorización de cambio de uso forestal» de los terrenos afecta-

dos. Todas estas resoluciones fueron recurridas en vía contencioso-administrativa por Ecologistas en Acción.

En septiembre de 2007 llegaría la primera resolución judicial, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid, *suspendiendo cautelarmente* la ejecución del proyecto, y con ella la paralización provisional de las obras. A partir de ahí se sucedió todo un rosario de resoluciones judiciales, tanto del Juzgado como de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, a través de las cuales no sólo se confirmó la suspensión del proyecto, sino que, además, se anularon sistemáticamente *todas* las resoluciones administrativas mencionadas que le servían de cobertura, esencialmente por vulneración del art. 50.1 de la Ley estatal de Montes (en la redacción dada al mismo por la Ley 10/2006, de 28 de abril), que establece la prohibición de cambio de uso forestal de terrenos forestales incendiados, durante al menos 30 años.

Tras casi tres años de paralización ininterrumpida, en mayo de 2010 las Cortes de Castilla y León, con el acuerdo de las dos fuerzas políticas principales (PP y PSOE), aprobaron la Ley 6/2010, de Declaración de Proyecto Regional del «Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski», con el fundamento legal que ya conocemos, lo que permitió, dados los efectos propios del régimen de estos proyectos (la «inmediata aptitud» para su ejecución), la reanudación de las obras, que prosiguieron hasta marzo de 2011, en que se admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a dicha Ley, con invocación del art. 161.2 de la Constitución y consiguiente suspensión inmediata de su vigencia.

El ATC 114/2011, de 19 de julio, se dictó en la pieza separada de suspensión que se abre en estos casos, y aunque enseguida nos ocuparemos de él, podemos ya anticipar que, como era previsible, se decanta por el *mantenimiento* hasta Sentencia de la *suspensión* de la Ley impugnada.

Antes de pasar al examen del Auto, conviene cerrar el relato de los hechos señalando que, pese a todas las interrupciones señaladas, a la fecha del mismo las obras estaban ya ejecutadas en más de un 90 por 100 («El Norte de Castilla», de 21 de julio de 2011) e invertidos ya unos 12 millones de euros («Aquí en Valladolid», de 3 de abril de 2012), y que por *Sentencia de 7 de julio de 2011*, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León (Valladolid) había *desestimado* ya en apelación, revocando la resolución tomada en primera instancia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid, la pretensión de *ejecución forzosa* de las Sentencias anulatorias de las resoluciones administrativas de partida y consiguiente derribo de las obras y restauración del monte a su estado anterior, en base, fundamentalmente, a que la Ley 6/2010 podría constituir una causa de imposibilidad legal de ejecución, de modo que todo quedaría pendiente de la decisión que tome el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o no de la Ley, entre otras, en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el propio Juzgado (FJ 2).

### 7.3. EL DISCUTIBLE MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN

Hay, tal vez, en mi opinión, algo de rutina en la más reciente jurisprudencia constitucional recaída en los incidentes cautelares en los que están involucrados intereses ambientales; aplicación de tópicos en un tipo de decisiones en el que ha de primar la prudencia y la debida atención a las circunstancias particulares de cada caso, como reza, por lo demás, la doctrina general que encabeza estos Autos: «Igualmente se ha destacado que esta valoración [la ponderación de todos los intereses y posibles perjuicios en juego] ha de efectuarse *mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas* y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulen en la demanda» (ATC 114/2011, FJ 2).

Es comprensible que en un principio, con las obras menos avanzadas y sin Ley autonómica de por medio, los Tribunales de lo Contencioso-administrativo (Juzgado y TSJ) acordaran la suspensión de la ejecución del Proyecto «Meseta-Ski», por entender que suponía «una alteración física importante del terreno de difícil reversión», que podía hacer peligrar la finalidad de los recursos, y por la «apariencia de buen derecho» de la parte recurrente (vulneración del art. 50.1 de la Ley de Montes). Vid. las bien fundamentadas SSTSJ (Valladolid) de 15 de mayo de 2008 y de 30 de septiembre de 2009, confirmatorias en apelación de las suspensiones previamente acordadas por el Juzgado de la «licencia ambiental y de obras» y de la «autorización de cambio de uso forestal», respectivamente.

Pero en julio de 2011, con las obras prácticamente terminadas y la intermediación de una Ley cuya constitucionalidad o no está aún por decidir, no me parece tan claro que la decisión más oportuna fuera la suspensión. Bien podría haber dicho el Tribunal Constitucional en este caso lo que dijo en otro Auto, el ATC 39/1995, de 31 de enero, cuando denegó la suspensión de un proyecto de obras de reforma en el puerto de Ribadeo (Lugo) aprobado por la Junta de Galicia, pese a la invocación por el entonces promotor del conflicto de competencia, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, de perjuicios ambientales de difícil reparación: que «las obras de reforma interior del puerto (...) estaban terminadas en el momento de iniciarse el conflicto, a falta únicamente de retoques de tipo estético (...). Siendo así, demorar la apertura al tráfico implicaría un perjuicio para Galicia sin beneficio alguno para Asturias, pues el hipotético mal estaría ya consumado y la eventual *restitutio in integrum* exigiría la destrucción de lo hecho, no la mera suspensión de cuanto queda por hacer, indiferente o neutro a estos efectos» (FJ 2).

De la misma manera, en el caso presente, la simple suspensión de la vigencia de la Ley 6/2010, de declaración del «Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski» como Proyecto Regional, sin destrucción de las pistas de esquí ya construidas (que, como vimos, había sido ya denegada por el Tribunal Superior de Justicia, y sobre la que, desde luego, no se pronuncia el ATC 114/2011), lo único que impide es la apertura al público de las instalaciones, «sin beneficio alguno» para la «recuperación de la cubierta vegetal [del monte] y del hábitat que le es propio», cuya «incompatibilidad» con la actividad pro-

yectada es, para el Auto que comentamos, el motivo de la suspensión (ATC 114/2011, FJ 6). Es decir, lo único que supone es desaprovechar, al menos provisionalmente, unas costosas inversiones sin contrapartida ambiental alguna. En tiempos de crisis tan severa como la presente, este tipo de consideraciones debieran ser tenidas en cuentas quizás con especial cuidado.

Pero aún se podría añadir algo más. A mi juicio, el «daño ambiental», al que la jurisprudencia constitucional otorga, con carácter general y con razón, como es sabido, un valor «preferente» en la toma de esta clase de decisiones cautelares, por su frecuente irreparabilidad o dificultad de reparación (ATC 114/2011, FJ 4), no parece en este caso tan evidente, ni creo que pueda decirse, como de forma estereotipada se afirma en el Auto, que reúna las notas de «certeza e inmediatez» y de «imposibilidad» de corrección (ATC 114/2011, FJ 6). Puede que el proyecto «Meseta-Ski», por llevarse a cabo sobre una superficie forestal parcialmente quemada, vaya en contra de la Ley de Montes y que la Ley autonómica que pretende darle cobertura sea inconstitucional (sobre estos temas de fondo volveremos después), pero eso no implica necesariamente que suponga un «daño ambiental», ni que ese daño sea «cierto e inmediato» y de «imposible» reparación, pues no todos los daños ambientales tienen la misma entidad ni todos son irreparables. El *status* jurídico previo del monte, que no era un monte catalogado ni formaba parte de un espacio natural, aunque estuviera clasificado urbanísticamente como «suelo rústico de protección natural paisajística o forestal» (la Ley 6/2010 no altera esta clasificación, limitándose a complementar sus determinaciones, para evitar «toda interpretación que pueda poner en cuestión el acomodo a las mismas», apartado II. Normativa, del Proyecto anejo a la Ley), y la simple contemplación de las imágenes del lugar y de las obras ya realizadas (hay muchas en internet), ponen de manifiesto, a mi juicio, el carácter quizás excesivo de tales afirmaciones, que ni siquiera hacían de manera tan tajante las resoluciones de la vía judicial ordinaria.

El Auto peca de algunas contradicciones. Se dice que el fondo del asunto es irrelevante en este momento (FJ 4), pero se habla luego de la «importancia ecológica de los montes» en general y de «la preocupación del legislador por asegurar la regeneración de la vegetación forestal en el caso en que la misma se haya visto afectada por un incendio», con referencia incluso a la Ley castellano-leonesa de Montes (FJ 5). Se niega relevancia a la «finalidad económica» del proyecto para «enervar la prevalencia otorgada, en la ponderación propia de este tipo de incidentes, a los intereses específicamente medioambientales», pero se concede, en cambio, a «la consolidación de situaciones jurídicas difíciles de reparar si la norma no se declara conforme a la Constitución y aquellas situaciones jurídicas vinculadas a la construcción y posterior explotación del complejo pudieran o hubieran de ser anuladas» (FJ 6), que no dejan de ser también eventuales consecuencias de carácter económico. Da la impresión, en fin, de que la «mirada de soslayo» al fondo del asunto (feliz expresión del antiguo Magistrado Mendizábal Allende, empleada por ejemplo en el ATC 39/1995, antes citado) ha ejercido más influencia de la reconocida.

#### 7.4. DE LA «MAYOR PROTECCIÓN» A LA «CERTEZA E INMEDIATEZ» DE LOS DAÑOS

Durante tiempo, el Tribunal Constitucional solía decantar la resolución de aquellos incidentes en los que se enfrentaba una normativa autonómica con otra estatal contradictoria (como ocurre también en este caso), en favor de la que suponía una «mayor protección» para el medio ambiente [por ejemplo, el ATC 29/1990, de 16 de enero, FJ 3: «La cuestión, en el presente asunto, radica en un *juicio de probabilidad* (...). Dada la drástica disparidad que existe entre las sanciones previstas por la normativa estatal y la autonómica, *parece razonable suponer* que la entrada en vigor de la más benigna podría ocasionar las consecuencias denunciadas por el Abogado del Estado. Por ello, y atendiendo al grave peligro que supone la amenaza contra las especies en trance de extinción en España, ha de prevalecer provisionalmente la aplicación de la norma que asegura *prima facie* una *mayor protección* de la riqueza biológica»; y en el mismo sentido, entre otros, los AATC 209/1995, de 4 de julio, 222/1995, de 18 de julio y 25/2000, de 18 de enero].

Ahora, con expreso rechazo de este criterio, que se supone interfiere indebidamente en cuestiones relativas al fondo del asunto, se dice que quien pide la suspensión o, mejor dicho, el mantenimiento de la suspensión, pues se trata habitualmente de impugnaciones de disposiciones autonómicas por el Gobierno con invocación previa del art. 161.2 CE, ha de evidenciar la existencia de daños ambientales, que, además, han de reunir las notas de «certeza e inmediatez» [por ejemplo, el propio Auto aquí examinado, ATC 114/2011, FJ 4: «Es por ello que, como en anteriores ocasiones (...) debamos desechar, en este momento, las alegaciones (...) relativas a la supuesta *mayor protección* del interés ecológico que se derivaría de la aplicación de la legislación básica en materia de medio ambiente que se reputa vulnerada por la autonómica impugnada (...), por ser ésta una cuestión directamente relacionada con el aspecto competencial de la disputa trabada sobre el fondo del asunto (...). Procede, por tanto, recordar que, a los efectos del presente incidente, es preciso que los argumentos en los que se justifique el mantenimiento de la suspensión solicitada sean aportados y razonados con detalle, lo que viene a significar que (...) sea preciso demostrar, *más allá de la simple discrepancia* entre lo dispuesto en las dos normas que han entrado en conflicto, que la ejecución del proyecto regional al que se refiere la Ley 6/2010 es, *en sí misma*, susceptible de ser determinante para la producción de perjuicios de imposible o difícil reparación»; y FJ 6: «Por ello, podemos considerar que se han aportado elementos de juicio suficientes para que apreciemos que concurren aquí *las notas de certeza e inmediatez de los daños* y la imposibilidad de corregir los posibles perjuicios susceptibles de ser considerados como determinantes para acordar el mantenimiento de la inicial suspensión de la ley impugnada»].

Este criterio de la «certeza e inmediatez» de los daños, en principio más restrictivo, empezó a usarse, según creo, en dos casos en los que, por distintas razones, los intereses ambientales no resultaban triunfantes, pero sin aparente pretensión de crear un nuevo estándar general. Uno primero en el que el Tribunal levantó la suspensión de ciertas actuaciones de la Comunidad de Madrid relativas al «Cierre Norte de la M-50»

por su carácter meramente *preparatorio*, de modo que los daños invocados al «Monte del Pardo» eran, en el mejor de los casos, «hipotéticos y de futuro» (AATC 283/2006, de 18 de julio y 303/2006, de 12 de septiembre). Y otro segundo, el de la planta desaladora de Torreveja, en el que se reconoció prevalencia al interés de «la seguridad del abastecimiento de agua para consumo humano y regadíos» sobre los posibles perjuicios ambientales «especialmente cuando estos últimos no hayan de generarse con carácter *inmediato* y existan posibilidades de reacción contra su producción, de tal forma que la perturbación de los recursos biológicos naturales no sea irreparable», como así se juzgó ocurría en este caso (ATC 355/2007, de 24 de julio, FJ 5).

Pero a partir de entonces, como decíamos, el nuevo criterio ha hecho fortuna, y ha desplazado prácticamente al anterior, que ha quedado proscrito. El problema, a mi juicio, de esta nueva tendencia es que cuando el criterio de la «certeza e inmediatez» de los daños deja de usarse con una función simplemente *negativa*, es decir, de rechazo de alegatos ambientales infundados, para emplearse también con una función *positiva*, esto es, como *condición* para la estimación de esta clase de alegatos, comienzan a advertirse sus *debilidades* o, si se quiere, la *inconsistencia en su aplicación*, que no siempre es tan rigurosa como el referido estándar parece exigir.

El caso de los «Agentes forestales» de la Comunidad de Madrid, decidido ya expresamente en base al nuevo criterio, no planteaba problemas, porque en los pocos meses de aplicación la Ley madrileña había pruebas más que evidentes de sus consecuencias (ATC 88/2008, de 2 de abril). Pero otros, en los que la decisión de mantener en suspenso la Ley autonómica no hubiera merecido reparo alguno de estar basada en el criterio anterior de la «mayor protección» (de la Ley estatal), los ofrece, y muchos, al pretender basarse en la «certeza e inmediatez» de los daños ambientales derivados de la aplicación de aquella. Me refiero, por ejemplo, al caso de la «caza de tordos con *parany*», en el que se pasa por alto la necesidad de desarrollo reglamentario (ATC 56/2010, de 19 de mayo) y, en parte, también al caso que aquí nos ocupa.

En fin, creo que a día de hoy la jurisprudencia cautelar en materia ambiental del Tribunal Constitucional ha perdido algo de la frescura y flexibilidad de antaño, acumulando ciertos tópicos, como el de la «certeza e inmediatez» de los daños, que, cuando menos, restan poder de convicción a algunas decisiones. Por eso, quizás debiera, a mi juicio, desembarazarse de estos clichés, hacer un análisis siempre exhaustivo y cercano de los casos (que muchas veces arrastran tras de sí una larga historia judicial previa) y, finalmente, fundamentar sus decisiones de una manera sincera, reconociendo en su caso el peso atribuido a los aspectos de fondo.

#### 7.5. LA PROHIBICIÓN DE CAMBIO DE USO FORESTAL EN CASO DE INCENDIO

Al margen de la decisión cautelar, el caso «Meseta-Ski» plantea cuestiones de fondo muy interesantes, a las que vamos a hacer también una breve referencia.

El propio Auto de mantenimiento de la suspensión identifica, en este caso, los motivos del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a la Ley castellano-leonesa 6/2010. En primer lugar, la posible vulneración de la legislación básica en materia de montes y protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE), en concreto, del art. 50.1 de la Ley de Montes que, tras su modificación en 2006, prohíbe, como ya sabemos, el cambio de uso forestal de los montes incendiados durante al menos 30 años. Y, en segundo lugar, la posible vulneración de los arts. 24.1 y 106 CE «por abuso del privilegio jurisdiccional de las normas con fuerza de ley», en la medida en que la finalidad de la Ley 6/2010 sería «impedir el despliegue de la normal eficacia de anteriores fallos judiciales contrarios a la puesta en marcha del ya mencionado proyecto regional» (ATC 114/2011, FJ 1), motivos ambos también planteados en las cuestiones de inconstitucionalidad frente a la misma Ley, pendientes igualmente de resolución, como ya sabemos.

En relación con la primera de las cuestiones, la futura Sentencia tendrá que pronunciarse obviamente, en primer lugar, sobre el carácter básico o no del art. 50.1 de la Ley de Montes, cuestión controvertida en su momento durante la tramitación parlamentaria de la Ley de reforma de 2006. Pero si lo confirma, la contradicción del proyecto «Meseta-Ski», y en consecuencia de la Ley que lo ampara, parece en principio clara, y ya fue declarada por la justicia ordinaria en varias ocasiones, descartando que la reforma de la Ley Montes se refiera sólo a incendios posteriores a su entrada en vigor, sino también anteriores (como ocurre en este caso, en el que el incendio data de 1998 ó 1999) y que por ello incurra en una retroactividad constitucionalmente prohibida (art. 9.3 CE), así como que el proyecto pueda encontrar cobertura en las únicas excepciones previstas por la Ley, que se refieren a proyectos ya contemplados por el planeamiento urbanístico con anterioridad al propio incendio, cosa que tampoco ocurre en este caso (*vid.* las Sentencias del TSJ de Castilla y León –Valladolid– de 28 de mayo de 2009, 19 de abril de 2010 y 20 de octubre de 2010).

La respuesta a la pregunta constitucional puede que sea, en efecto, clara y que haya de producirse en estos términos. Ahora bien, lo que, a mi juicio, debería cambiar, máxime si se interpreta de esta forma, es el mencionado precepto de la Ley de Montes. La finalidad de dicho precepto, como se desprende de la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2006, es disuadir de los incendios provocados con intención de lograr un cambio de uso forestal, pero su redacción no contiene estos matices, e interpretado de esta misma forma, puede conducir en ocasiones a resultados poco razonables. Piénsese que en Derecho español, dicho simplificada, todo terreno que no sea agrícola o urbano es monte o terreno forestal, y que esta definición de monte constituye también una disposición básica (art. 5 de la Ley 43/2003, de Montes), por lo que toda actuación urbanística que no se desarrolle en terreno agrícola o urbano tiene lugar en el monte e implica necesariamente un cambio de uso forestal. Así pues, vetar sin más la transformación durante al menos 30 años de cualquier monte que haya sufrido un incendio, con independencia de la causa del mismo y del valor ambiental del monte, parece excesivo. Como dijo una Diputada del Grupo Mixto (BNG) en la tramitación parlamentaria de la Ley de 2006: «es una prohibición [la de cambio de uso forestal]

que culpabiliza y castiga a los titulares de las tierras, que no son los que provocaron el fuego, porque además de padecer las consecuencias del incendio se les hipoteca el futuro desarrollo de las mismas» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 151, de 16 de febrero de 2006, pg. 7589).

En el caso «Meseta-Ski» desconozco la causa del incendio (pero tampoco hay en la documentación barajada ninguna referencia a que fuera intencionado), pero lo que sí parece es que no se trataba de un monte especialmente valioso.

El supuesto no es único. La inflexibilidad del precepto de la Ley de Montes ha motivado también una modificación del art. 59 de la Ley Forestal de la Comunidad Valenciana (Ley 3/1993, de 9 de diciembre), por medio de la Ley 9/2011, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat (art. 69), permitiendo excepcionar la prohibición mediante «acuerdo justificado» del Consell, «con carácter singular, y en los supuestos de proyectos de obras e infraestructuras de especial relevancia declarados de interés general de la Comunitat Valenciana» (nuevo art. 59.4 de la Ley Forestal), con el fin de amparar un proyecto, el nuevo vertedero de Dos Aguas que ha de dar servicio al área metropolitana de Valencia, que ha tropezado también con numerosos problemas por las mismas causas, la ocupación parcial de terrenos forestales incendiados. Una iniciativa tal vez razonable, pero igualmente sospechosa de inconstitucionalidad en tanto no se reforme el precepto básico estatal.

#### 7.6. LA «INGENIERÍA JURÍDICA» DE LAS LEYES URBANÍSTICAS SINGULARES

Menos simpatía produce el camino elegido por la Comunidad Autónoma de Castilla y León (y tal vez por otras) para resolver éste y otros problemas legales; un camino que, por lo demás, como demuestra el caso «Meseta-Ski», tampoco garantiza el éxito ni la ausencia de problemas.

La problemática constitucional de esta clase de Leyes, por lo demás bien conocida, tiene demasiada enjundia como para tratarla aquí con detalle. Baste decir, pues, que, en mi opinión, el Tribunal Constitucional, que ya cuenta con un precedente valioso en materia de expropiación forzosa (STC 48/2005, de 3 de marzo), no debiera desaprovechar la ocasión para reprobar estas prácticas de «ingeniería jurídica» particularmente odiosas en el campo del planeamiento urbanístico y territorial, que ha sido siempre referente en materia de participación ciudadana y control de la discrecionalidad administrativa, cuyas técnicas se han desarrollado en gran medida en el Derecho español al hilo del control judicial de los instrumentos de planeamiento (J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993).

En el caso de la Ley Castellano-leonesa de Ordenación del Territorio no padece la participación ciudadana, porque la remisión a las Cortes de los Proyectos Regionales se produce después de su tramitación ordinaria como planes administrativos (art. 24 de la Ley 10/1998). Pero inevitablemente, en éste como en cualquier otro caso de aprobación

por Ley de un proyecto urbanístico o territorial, sufren innecesariamente sus posibilidades de control judicial, que los procesos constitucionales no están en condiciones de igualar (STC 48/2005, FJ 6: «la forma legislativa únicamente será admisible si todas las lesiones que eventualmente le sean imputables [al acto expropiatorio] pueden corregirse con el normal ejercicio de la jurisdicción constitucional, sin desnaturalizarla o pervertirla para, forzando su naturaleza, extenderse también sobre extremos de la disposición que sólo están al alcance de la jurisdicción ordinaria»), lo que implica la más que probable lesión del art. 24.1 CE.

El tema, como decíamos, es clásico y bien conocido. El camino correcto para la realización de proyectos que pueden ser sin duda oportunos y beneficiosos no es, pues, la aprobación de Leyes singulares, sino el respeto y, en su caso, modificación de las Leyes generales.