

LA DESALACION DE AGUAS MARINAS EN LA LEY 46/1999

Por

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA
Catedrático de Derecho Civil en Zaragoza

SUMARIO: A) LA TÉCNICA DESALADORA Y SU IMPLANTACIÓN.—B) EL DEFENDIBLE CRITERIO PRIVATISTA EN EL SISTEMA DE LA CODIFICACIÓN Y BAJO LA LEY DE AGUAS DE 1985.—C) LA DESALACIÓN BAJO LA LEY DE COSTAS DE 1988.—D) LA DESALACIÓN DE AGUAS MARINAS EN EL DERECHO ESTATAL VIGENTE: 1. *Planteamiento general y significado del Decreto 1327/1995.* 2. *La incidencia o significado en cuanto a la desalación de la Ley 46/1999.* 3. *Cuestiones de Derecho transitorio y alcance retroactivo de la normativa vigente.* 4. *El régimen jurídico resultante de las normativas de 1995 y 1999.* 5. *Las plantas desaladoras reguladas en el artículo 4.5.º del Decreto de 1995.* 6. *Las competencias legislativas sobre aguas marinas desalinizadas.*

A) LA TÉCNICA DESALADORA Y SU IMPLANTACIÓN

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua considera sinónimos los términos «*desalar*» y «*desalinizar*», significando ambos quitar la sal a una cosa, y tratándose de agua del mar (o de aguas continentales salobres, podríamos añadir), con el fin de hacerla potable o con otros fines (1). La legislación española, tanto en algunos artículos de la Ley canaria de Aguas de 1990, como del Decreto 1327/1995, como en la reciente Ley estatal 46/1999, ha optado más bien por utilizar el término «*desalar*» y derivados, pero en el artículo 102 de la Ley de Aguas de 1985, en el artículo 4.2.º de la Ley canaria de Aguas de 1987 y en otros artículos de dicho Decreto 1327/1995 utiliza, en cambio, el término «*desalinización*», que, como digo, es también perfectamente utilizable. Ambas Leyes canarias utilizan también profusamente el término más inapropiado de «*producción*» o de «*producción industrial*» de agua.

Las primeras experiencias conocidas en el mundo sobre construcción de plantas desaladoras se remontan a la segunda mitad del

(1) No parece cierta, por tanto, la afirmación de que el término «*desalinización*» sea un anglicismo que haya hecho fortuna entre nosotros y procedente de los términos ingleses «*desalinitation*» o «*desalinization*». Desalinizar, lo mismo que desalar, es quitar a algo su carácter «salino» y parece que hay un origen latino común (*sal-salis, salinae-salinarum, salinum-salini*) con los mencionados términos ingleses. Véase esta errónea explicación en el libro colectivo de Antonio M. RICO AMORÓS, Jorge OLCINA CANTOS, Vicente PAÑOS CALLADO y Carlos BAÑOS CASTIÑEIRA, *Depuración, desalación y reutilización de aguas en España*, Editorial oikos-tau, Barcelona, 1998, pág. 131.

siglo XIX (en el puerto de Adén en el Mar Rojo, construida en 1869 por el Gobierno británico; o la construida en 1872 en la zona minera de Las Salinas, cerca de Antofagasta, en Chile) (2). Durante el presente siglo las técnicas desaladoras fueron impulsadas significativamente y por interés militar durante la Segunda Guerra Mundial, y durante los años cincuenta y sesenta fueron perfeccionándose sobre todo por el esfuerzo de investigadores norteamericanos.

En un trabajo publicado en el año 1962, el profesor JORDANA DE POZAS anunciaba ya que los estudios sobre desalinización del agua salada del mar estaban dando resultados positivos (3), y un año antes, el Presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, había declarado que si la Humanidad descubriese una forma de obtener agua dulce de los océanos, el descubrimiento «empequeñecería a cualquier otro avance científico» (4).

Hoy día funcionan en el mundo más de 7.500 plantas de desalinización de diversos tipos y tamaños, que separan la sal del agua ya por calentamiento y condensación del vapor (destilación), ya filtrando el agua con una o varias membranas (ósmosis inversa), ya —más recientemente— por el método llamado de electrodiálisis reversible (5). Sin embargo, las grandes esperanzas que suscitó la desalinización del agua marina están hoy en buena medida defraudadas porque la gran cantidad de energía que consumen los procesos de desalinización convierte a estas técnicas en una de las opciones más caras de obtención de agua dulce (6). Esto explica que el sesenta por cien de

(2) Estas informaciones y las que apporto en el texto a continuación las he tomado del libro colectivo citado de ANTONIO M. RICO AMORÓS y otros, *Depuración, desalación y reutilización de aguas en España*, 1998, págs. 131 y ss. Información mucho más elemental y modesta, pero significativa, había dado yo en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 329-330.

(3) Véase *El Derecho español de aguas y la oportunidad de su revisión*, 1962, pág. 56.

(4) Cita que tomo de SANDRA POSTEL, *El último oasis*, 1993, pág. 40.

(5) Véanse explicadas estas técnicas, e incluso otra nueva que ha inventado el novelista VÁZQUEZ FIGUEROA (técnica que combina la ósmosis inversa y la fuerza de la gravedad o el peso del agua), en el libro colectivo antes citado de ANTONIO M. RICO AMORÓS y otros, *Depuración, desalación y reutilización de aguas en España*, 1998, págs. 140 a 145 y 231, nota 81. Como explican estos autores, la técnica más extendida y con más futuro y que va abaratando sus costes progresivamente es la de la ósmosis inversa. Sobre la misma puede consultarse el libro de J. A. MEDINA SAN JUAN, *Desalación de aguas salobres y del mar. Ósmosis inversa*, Ediciones Mundi Prensa, Madrid, 2000. Sobre la curiosa aventura personal del escritor ALBERTO VÁZQUEZ FIGUEROA, que hoy preside una empresa multinacional dedicada a la desalación de aguas y que está trabajando para el Gobierno de Jordania, véase su libro *El agua prometida*, Editorial Plaza y Janés, Barcelona, 1995.

(6) Incluso si en las dos últimas décadas el coste de la desalación se ha logrado reducir aproximadamente a la mitad y puede situarse hoy, en relación al agua del mar que se pretenda potabilizar, en 180 ó 190 pesetas el metro cúbico, y en relación al tratamiento de aguas salobres para el regadío, entre 18 y 30 pesetas el metro cúbico. Cfr. ANTONIO M. RICO AMORÓS y otros, *Depuración, desalación y reutilización de aguas en España*, 1998, págs. 227 a 231. Hay que tener también en cuenta que no siempre se obtiene con dichas técnicas de desalación agua dulce de buena calidad. Nuestro legislador canario supone que el agua de-

la capacidad de desalinización se halle en países del Golfo Pérsico, que son muy pobres en agua y muy ricos en energía (7).

España empezó a aplicar estas técnicas desaladoras a mitad de los años sesenta y ha llegado a convertirse en el país pionero en Europa en el conocimiento, aplicación y experimentación de las mismas, lo que probablemente explica el que sea país exportador de tecnología en esta materia y el que haya sido Madrid la sede en 1997 de un Congreso Mundial sobre Desalación de Aguas. La primera planta desaladora instalada en nuestro país fue la que la iniciativa privada instaló en 1964 en la isla canaria de Lanzarote, planta de evaporación-condensación y con una producción de 2.500 metros cúbicos al día. La segunda planta desaladora fue construida con fondos públicos en Ceuta en 1969, basándose también en el sistema de evaporación y con una producción prevista de 4.000 metros cúbicos diarios. Esta planta de Ceuta parece que no fue bien diseñada ni bien gestionada por el Municipio, resultando caro y defectuoso su funcionamiento y fracasando el mismo sustancialmente. Esto explica que Ceuta haya tenido que abastecerse con barcos-cisterna desde la Península hasta 1996, año en que entró en funcionamiento una nueva planta desaladora con una capacidad de desalación de 18.000 metros cúbicos de agua marina al día.

En Canarias se construyeron, con fondos públicos del Ministerio de Obras Públicas y del Gobierno de Canarias, entre 1987 y 1995, nueve plantas desaladoras de ósmosis inversa con una capacidad de producción total de 195.000 metros cúbicos diarios (71,2 hectómetros cúbicos anuales), y se han construido y proyectado otras nuevas con posterioridad, aspirándose a alcanzar para el año 2005 una producción de agua superior al triple de esa cantidad señalada del año 1995. En Baleares también ha sido importante el crecimiento de las plantas desaladoras de ósmosis inversa construidas con fondos públicos, a partir de la inauguración de la primera de ellas en Ibiza en 1994 y de la desaladora de Son Tugores en Palma de Mallorca, que empezó a funcionar en abril de 1995 y con una capacidad de producción de 30.000 metros cúbicos diarios (la mayor planta desalinizadora de Europa, al menos en ese momento). Si las previsiones existentes sobre construcción de nuevas plantas desaladoras en Baleares para el fin del siglo xx se han cumplido, se habrá alcanzado en el momento en que escribo estas líneas (primavera de 2000) una producción de agua de 35 hectómetros cúbicos anuales. Como se ve, en

salinizada será normalmente de menor calidad (cfr. el art. 91, apartados 1.º y 2.º, de la Ley canaria de Aguas de 1990).

(7) Véase la información y explicación al respecto de Sandra POSTEL, *El último oasis*, 1993, págs. 40 y 41.

definitiva, en Canarias y Baleares, las plantas desaladoras construidas por la Administración aportan parte sustancial del agua que necesitan ambos archipiélagos y aseguran el abastecimiento de la población, habiendo venido a sustituir en buena medida a las aguas subterráneas, que son la fuente básica y tradicional de abastecimiento en esos territorios, pero que están sometidas en ellos a procesos de intensísima sobreexplotación, hasta el punto de mostrar claros síntomas de agotamiento algunos de sus acuíferos.

En 1995 y hacia el final de una dura sequía que duraba ya cinco años, el equipo del Ministro Borrell contemplaba incluso la posibilidad de construir plantas desaladoras de aguas del mar en Murcia y en algunas provincias andaluzas, como Cádiz, Málaga o Sevilla. Sólo las copiosas lluvias que empezaron a caer a partir del mes de noviembre de 1995, y que se han mantenido a un buen nivel durante los tres años siguientes, parece que han llevado a nuestra Administración hidráulica (dirigida desde la primavera de 1996 por la señora Tocino, como Ministra de Medio Ambiente) a abandonar, de momento, la pretensión de construcción de esas plantas desaladoras en la misma Península.

Junto a estos meritorios y significativos esfuerzos de la Administración hidráulica española por introducir en ciertas zonas de nuestro país la desalación de aguas del mar, hay que reseñar también que la iniciativa privada, y en particular muchos agricultores individuales y comunidades de regantes, han recurrido a la instalación de pequeñas plantas desaladoras, casi siempre de ósmosis inversa y tanto para desalar aguas marinas como aguas continentales salobres, ya desde los años ochenta y noventa, y en un fenómeno económico que, iniciándose en Canarias, se ha extendido luego por varias provincias de Andalucía y Levante, como Almería, Murcia y, sobre todo, Alicante. Este fenómeno económico, más o menos apoyado por las Administraciones autonómicas responsables de la agricultura en los territorios correspondientes, tiene siempre como telón de fondo la grave sobreexplotación de los acuíferos y responde, sobre todo, al hecho de la gran rentabilidad de la agricultura hortofrutícola orientada a la exportación a mercados europeos (agricultura llamada de «*primor*» o de «*primores*» y muchas veces basada en cultivos bajo plástico), agricultura de vanguardia para la que resultan ya económicamente asumibles los actuales costes del agua desalinizada (8). Y la utilización de aguas desalinizadas se ha extendido también en algunos lugares

(8) Para comprender las causas jurídicas y sociales de la evolución de esta competitiva agricultura de productos hortofrutícolas, generalmente desarrollada «bajo plástico» y mucho tiempo sustentada sólo en el riego con aguas subterráneas privadas, véase mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 227 y ss., 253 y ss. y 273 a 278.

al abastecimiento de conjuntos residenciales, campos de golf y establecimientos hoteleros. El número de estas plantas desaladoras privadas no se conoce bien, a pesar de que el Decreto 1327/1995 estableció la obligación de que se inscribieran en el Registro administrativo que al efecto se constituía (cfr. art. 7). Investigaciones de campo han demostrado que muchas de ellas no están inscritas y que son abundantes las pequeñas plantas desaladoras que existen al margen de todo control administrativo (9).

En todo caso, pese a la importancia considerable y a la novedad de estas técnicas de obtención de agua dulce, las mismas no habían sido claramente contempladas —sólo levemente mencionadas o aludidas— en la legislación estatal de aguas (hasta la vigente Ley 46/1999) ni en la de costas, y sí sólo habían sido objeto de cierta atención en las Leyes canarias de Aguas de 1987 (arts. 51 a 54 y 4.2) y, sobre todo, de 1990 —cfr. arts. 1.1, 5.1, 33.1.e), 35.2, 73.1, 89 a 92, y disposición adicional primera—. Algunos años más tarde se dictó el Decreto 1327/1995, de 28 de julio, que constituye, junto a la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, y en la medida en que no haya sido derogado por ésta, el actual Derecho vigente en nuestro tema.

En este trabajo voy a ocuparme sólo de las aguas marinas desalinizadas en el Derecho estatal: no, por tanto, de la desalación de aguas salobres continentales (10) ni de la desalación en el Derecho canario (11).

(9) Véase una vez más el libro de Antonio M. RICO AMORÓS y otros, *Depuración, desalación y reutilización de aguas en España*, 1998, págs. 149, 155-158, 160, 164, 169 a 171 y 203 y ss. En estas últimas páginas mencionadas se explica con detalle la experiencia de la agricultura alicantina, provincia que puede considerarse pionera en la España peninsular en la utilización privada de las aguas desalinizadas. Sobre los antecedentes históricos del regadío en este territorio puede consultarse el libro colectivo editado por Andrés SÁNCHEZ PICÓS, *Historia y Medio Ambiente en el territorio almeriense*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1996, 370 págs. En fin, el Preámbulo del Decreto 1327/1995, que comento en el texto más adelante, explica que la técnica desaladora se ha usado sobre todo para el abastecimiento urbano y en menor medida para riego, y que se esperaba en ese momento que experimentase un desarrollo notable en el futuro.

(10) Sobre la parca y gramaticalmente delectuosa regulación del artículo 12 bis, apartado 3.º, de la Ley de Aguas, véase mi comentario, válido aunque referido al idéntico precepto del anteproyecto de mayo de 1997, en *Sobre la conveniente reforma de la Ley de Aguas. Observaciones al borrador de proyecto de ley de mayo de 1997*, en «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 11, 1997, págs. 180-181.

(11) La regulación de la desalación de aguas de la Ley canaria de 1990 no aclara, en realidad, las cuestiones más sustanciales sobre esta cuestión, con lo que la regulación estatal que voy a explicar en este trabajo resulta en buena medida de aplicación supletoria en el Derecho canario. Véase al respecto mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pág. 337. Por otra parte, y aunque desde su irrelevante condición de mera ley ordinaria, la nueva versión de la disposición adicional tercera de la Ley estatal de Aguas redactada por la Ley 46/1999 intenta declarar aplicable en Canarias, desde la entrada en vigor de esta última Ley, la nueva regulación de los artículos 2, letra e), y 12 bis en tanto que preceptos que definen el «dominio público estatal».

B) EL DEFENDIBLE CRITERIO PRIVATISTA EN EL SISTEMA DE LA CODIFICACIÓN Y BAJO LA LEY DE AGUAS DE 1985

Ya ha quedado explicado que las primeras experiencias de desalinización de aguas en nuestro país, aunque modestas, se remontan a los años sesenta y que antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 existieron tanto pequeñas plantas desaladoras construidas por la iniciativa privada como otras construidas con fondos públicos y por la Administración. Ello aconseja plantear cuál fuera el régimen jurídico de dichas plantas y de las aguas en ellas desalinizadas bajo la legalidad anterior, constituida sobre todo por la Ley de Aguas de 1879 y el Código civil, lo que veremos ayuda a entender también la evolución legal en esta materia en toda su complejidad.

Por otra parte, aunque las primeras plantas desaladoras importantes de nuestro país hayan sido construidas con dinero público y por la Administración, no cabe duda de que la desalinización de aguas como actividad económica, ya aislada, ya al servicio de otra actividad principal (regadío, complejos residenciales, campos de golf, abastecimiento de agua de ciertos hoteles situados en atolones o islotes o sitios pintorescos de muy difícil acceso, por ejemplo), no se prohibió nunca a los particulares ni acaso podría hoy prohibírseles por ley, a la vista del principio constitucional de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución. La posible intervención de la iniciativa privada en la desalinización de aguas, muy clara en el Decreto 1327/1995 (art. 4) y en la Ley 46/1999 (art. 12 *bis*, 1.º), parecía ya claramente presupuesta en la Ley estatal de Aguas de 1985 (cfr. art. 102) y, sobre todo, en la Ley canaria de Aguas de 1990 (cfr. arts. 73.1, 90.1 y 90.3). Ahora bien, lo que ya resulta más difícil de determinar, al menos hasta las vigentes normas de 1995 y 1999, es si los particulares que se dedicaron o que quisieran dedicarse a la desalación de aguas marinas pudieron o podrían adquirir la propiedad privada de las aguas marinas que tratasen, o si necesariamente tuvieron o tendrían que considerarse concesionarios de aguas públicas.

La consideración de este problema planteado conviene desdoblarse en cuatro momentos o fases sucesivas: antes de la entrada en vigor de la vigente Ley de Aguas de 1985, después de la entrada en vigor de dicha Ley, después de la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988, y bajo el Derecho estatal vigente impuesto por las mencionadas normas de 1995 y 1999 (12).

(12) En la explicación del texto que sigue a continuación, y en lo relativo al régimen jurídico anterior a la vigente Ley 46/1999, reproduzco sustancialmente la explicación que

Veamos primero la situación legal antes del primero de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la vigente Ley de Aguas de 1985. Antes de esa fecha, ni la Ley de Aguas de 1879 ni el Código civil habían incluido, lógicamente, las aguas desalinizadas del mar ni entre las aguas públicas ni entre las aguas privadas, aunque eran ya públicas en la época las aguas del mar territorial, que eran como la materia prima de la escasa desalinización que por entonces se realizó. Podría decirse quizás que había en este tema, por dicha razón, una laguna normativa.

Con dicho trasfondo normativo, creo que no era indefendible la posible privatización o adquisición de la propiedad privada del agua inicialmente pública a través de las técnicas de desalación. Podían alegarse para ello varios argumentos. En primer lugar, podía argumentarse que la desalinización de aguas del mar era un supuesto de la tradicionalmente admitida (13) ocupación de partes singulares de *res communes omnium*, entre las que se puede considerar que están todavía a estos efectos las aguas del mar de dominio público. En el mismo sentido se podía alegar, además, la analogía con la adquisición por ocupación de corrientes de agua subterránea con base en el artículo 22 de la anterior Ley de Aguas y artículo 418 del Código civil. Y el genérico carácter de bien de dominio público que tenía el agua del mar territorial no era objeción de peso frente a dicha explicación por la propia inmensidad del mar; frente a la que la ocupación de partes singulares del mismo con una finalidad de transformación y desalinización no era sino una especie de uso inocuo de la inagotable masa de agua del mar.

O quizás podía invocarse también el párrafo primero del artículo 383 del Código civil, relativo a la especificación de una materia ajena de buena fe, en la que el valor de la materia fuera nulo, por la inmensidad del mar, y en la que no se requiriese, por tanto, indemnización alguna por parte del especificante adquirente. Incluso hubiera podido pensarse, dado el señalado vacío normativo existente bajo la anterior normativa, en la adquisición de la propiedad privada del agua desalinizada mediante un sistema mixto entre ocupación de partes singulares de *res communes omnium* y la especificación, sistema que acaso hasta hubiera podido considerarse un tanto similar al de adquisición de la propiedad privada de terrenos mediante técnicas de

había dado sobre la desalinización de aguas en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 332 y ss.

(13) Véase al respecto la explicación que di en mi tesis doctoral, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, págs. 625 y ss. Véase allí la expresiva explicación de POTHIER de una idea recogida con frecuencia por los autores del Derecho intermedio.

deseccación de terrenos encharcados, que se preveía en los artículos 63 y 65 de la anterior Ley de Aguas (14).

Obsérvese que, razonando en esta línea privatista, hubiera podido defenderse que, incluso perteneciendo a la Administración la planta desalinizadora correspondiente, las aguas dulces nuevas y adquiridas hubieran podido considerarse aguas privadas patrimoniales de la Administración, susceptibles por tanto de autoconsumo o de venta y no de concesión administrativa, salvo que se hubiera establecido para esas nuevas aguas adquiridas su afectación a un uso o servicio público (cfr. arts. 339, 340 y 344 del Código Civil). Y, desde luego, razonando en esta misma línea privatista, las aguas desalinizadas procedentes de pequeñas plantas desaladoras de aguas del mar y privadas habrían de considerarse aguas privadas susceptibles de destinarse con total libertad al autoconsumo o a la venta a otros usuarios, presentando además, en principio, por la probable proximidad al mar de dichas plantas, escasa dificultad práctica el problema de la eliminación de las sales o las salmueras resultantes del proceso de desalación.

A la posible línea de interpretación privatista (carácter privado de las aguas del mar desalinizadas) a que acabo de referirme no se oponía decisivamente la exigencia legal de «*autorización*» administrativa a que ha estado sometida siempre la construcción en el mar territorial de obras nuevas o establecimientos industriales por ser el mar litoral de dominio público (cfr. art. 1, apartado 2, y arts. 18 y 22 de la Ley de Aguas de 1866, y arts. 1.2, 38 y 42 de la Ley de Puertos de 1928). Autorización administrativa de las instalaciones de desalación desplegadas en el dominio público marítimo-terrestre y adquisición de las aguas desalinizadas como propiedad privada eran soluciones jurídicas perfectamente compatibles.

Pero la cuestión se oscureció un tanto cuando la Ley de Costas de 1969 (art. 7) afirmó que en ninguno de los bienes declarados en ella de dominio público se podrían ejecutar obras de cualquier clase ni establecer aprovechamientos especiales sin la «*concesión*» o «*autorización*» pertinente. Desde el momento en que esta Ley se refirió ya a posibles aprovechamientos especiales objeto de concesión administrativa en el mar litoral podía también entenderse que tal fuese el régimen de posibles establecimientos de desalinización de agua del mar, ya que las aguas del mar litoral que proporcionaban la materia prima de la desalinización eran, sin duda, aguas de dominio público.

(14) Recuérdese también que, según el artículo 5 de la Ley de Aguas de 1866, los particulares debidamente autorizados por el Estado podían adquirir la propiedad privada de los terrenos que hubieran conseguido ganar al mar. En la actualidad, los terrenos ganados al mar son siempre de dominio público (cfr. art. 4.2 de la vigente Ley de Costas de 1988).

Y otros preceptos de la Ley se referían a concesiones administrativas para «*cualquier tipo de establecimientos industriales*» y aun para «*tomas de agua*» (expresión esta última que es difícil saber a qué iba referida: cfr. art. 10, apartados 2.º y 4.º). El desarrollo reglamentario de dicho artículo 7 de la Ley de Costas de 1969 no aclaraba demasiado si una eventual planta desaladora hubiera debido someterse a mera autorización administrativa en su construcción inicial, o más bien de modo continuado a un régimen de concesión administrativa otorgada por la Administración responsable del dominio público marítimo-terrestre del aprovechamiento privativo de unas aguas siempre consideradas públicas (15). Y piénsese todavía que, aun en el caso de que dicha regulación reglamentaria se hubiese orientado o entendido claramente en el segundo sentido considerado, es posible que hubiera podido considerarse la misma insuficiente, precisamente por su carácter reglamentario, frente a la contraria interpretación más arriba explicada de preceptos de rango legal como los artículos 610, 383 ó 418 del Código civil.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 era, por tanto, bastante difícil saber si las plantas desaladoras de aguas del mar existentes daban ocasión a adquisición de aguas desalinizadas como aguas privadas o si suponían un caso de aprovechamiento de aguas públicas que necesitaba concesión administrativa.

Sin entrar de momento en la cuestión del respeto a los posibles derechos adquiridos sobre aguas desalinizadas procedentes del mar, la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 no aclaró gran cosa el tema de la naturaleza de las aguas del mar desalinizadas, porque era ciertamente muy dudoso si la referencia de los artículos 1.2 y 2.a) a las «*aguas continentales*» e integradas en el «*ciclo hidrológico*» permitía incluir en el ámbito de dichos preceptos a las aguas del mar artificialmente desalinizadas, que sólo son o pueden llegar a ser sobrevenidamente «*continentales*», o si dichas aguas habían de quedar excluidas del ámbito de dichos preceptos. En favor de la primera explicación cabía alegar que tanto las aguas del mar litoral como las aguas continentales son genéricamente públicas en nuestro Derecho,

(15) El artículo 15 del Decreto 1088/1980, de 23 de mayo, que era el Reglamento de la Ley de Costas de 1969, distinguía lo que era propio de autorización administrativa y lo que era propio de concesión administrativa. La primera sólo procedía si había de hacerse un uso especial a título precario y sin menoscabo del uso común, y la segunda procedía si había de hacerse una ocupación o utilización o aprovechamiento con carácter temporal, privativo y excluyente de un bien de dominio público. El supuesto de plantas desaladoras de agua del mar parece que hubiera encajado mejor en la segunda de las dos mencionadas posibilidades. Y dicha interpretación podía acaso entenderse reforzada por la fundamentación o reenvío que hacía a dicho precepto reglamentario la norma de rango legal del mencionado artículo 7 de la Ley de Costas de 1969.

y acaso las leves alusiones a la desalinización de nuestra Ley de Aguas de 1985 (cfr. arts. 102 y 18.3) (16).

En favor de la segunda explicación cabía alegar el Preámbulo de la Ley de Aguas de 1985, con su idea de la unidad del ciclo hidrológico, y sus disposiciones transitorias primera y cuarta, que más bien se entienden referidos, tanto aquél como éstas, a aguas continentales originarias o propiamente dichas (y recuérdese que de entenderse entonces precisa una concesión administrativa para proceder a la desalación, ésta tenía que ser otorgada, según la Ley de Costas de 1969, por la Administración responsable del dominio público marítimo-terrestre). Y también cabía alegar en favor de esa segunda explicación la conexión que parecen establecer los dos primeros artículos de la Ley de Aguas de 1985 entre «*dominio público hidráulico estatal*» y «*ciclo hidrológico único*» e integrado por aguas naturalmente «*renovables*». De modo que los principales argumentos en favor del carácter privado de las aguas del mar desalinizadas (cfr. arts. 610 y 383 del Código civil) pudieron seguir invocándose para justificar esa explicación también bajo la vigencia de la Ley de Aguas de 1985. Sólo habría decaído bajo dicha Ley el posible argumento de la analogía con la adquisición de la propiedad privada y por ocupación, de una corriente de aguas subterráneas (cfr. arts. 65 y ss. de la Ley de 1985).

Obsérvese también que esta posible interpretación privatista, aunque bastante fundada, resultaba de algún modo incoherente con el conjunto del sistema de la Ley de Aguas de 1985 y, en mi opinión, resultaba también poco conveniente. Si se entendía, siguiendo el segundo de los dos razonamientos aludidos en el párrafo anterior —no inclusión de nuestro supuesto en los arts. 1.2.º y 2, párrafo a), de esa Ley—, que las aguas del mar desalinizadas constituían, incluso tras la entrada en vigor de dicha Ley de 1985, un supuesto de aguas privadas (de aguas privadas patrimoniales de entes públicos, en su caso) había que afirmar que dicho supuesto de aguas privadas, junto al supuesto muy defectuosamente regulado en el artículo 10 de la Ley de 1985, constituían los dos únicos casos de reconocimiento legal de aguas privadas fuera del reconocimiento que de éstas se ha hecho en las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas (disposiciones transitorias que son sólo una excepción al art. 2 de la Ley). Como tales aguas privadas, las aguas del mar desalinizadas hubieran sido libremente consumibles para cualquier uso, enajena-

(16) El artículo 1 de la Ley canaria de Aguas de 1990 sí que tiene un concepto decididamente amplio de «*aguas terrestres*», que incluye de modo expreso las aguas desaladas o de «*origen industrial*». Pero es evidente que dicha noción amplia de aguas terrestres no se puede extrapolar al Derecho estatal, ni a la Ley de Aguas en particular (cfr. art. 149.3.º *in fine* de la Constitución).

bles y usucapibles (cfr. art. 50.2, *a contrario*, de la Ley de Aguas o incluso con base directamente en el Código civil) y, además, como en el caso de las aguas privadas del artículo 10, no les hubieran sido aplicables los límites legales genéricamente impuestos (pero de modo retroactivo) a las aguas privadas por los apartados tercero y cuarto de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas.

C) LA DESALACIÓN BAJO LA LEY DE COSTAS DE 1988

Esta inconveniente interpretación privatista sobre las aguas del mar desalinizadas explicada en el epígrafe anterior sólo pareció haber perdido su consistencia desde que la vigente Ley de Costas de 28 de julio de 1988 estableció que toda ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal con «*obras o instalaciones no desmontables*» estaría sujeta a previa «*concesión*» otorgada por la Administración del Estado (cfr. art. 64 y, también, arts. 26.2, 31.1 y 51 y ss. de dicha Ley).

Regulación ésta que, como se sabe, respondía al criterio del artículo 132 de nuestra Constitución, según el cual la zona marítimo-terrestre y el mar territorial deben considerarse «*en todo caso*» de dominio público. A diferencia del dominio público de las aguas continentales, el dominio público de la zona marítimo-terrestre y del mar territorial está constitucionalizado en nuestro Derecho.

Bajo esta normativa, aunque aplicable a nuestro problema sólo de un modo indirecto o genérico (el legislador en ningún momento pareció pensar en la atribución del uso privativo del agua marina misma), resultó ya bastante más difícil de sostener el carácter de privadas de las aguas del mar artificialmente desalinizadas. Y ello pese a que ni la Ley de Costas de 1988 ni su Reglamento, contenido en el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, hacen la más mínima alusión a la desalinización de aguas marinas, aunque contengan muchos preceptos sobre los vertidos realizados en el mar y hasta alguno sobre instalación de tratamiento de aguas residuales cerca de la ribera del mar (cfr. art. 44.6.º de la Ley y art. 95 de su Reglamento). Esta nueva regulación para las costas, ahora ya contenida en preceptos de rango legal, parece que permitió superar (en realidad, antes de mi libro de 1996, no parece que se hubiera reflexionado por nadie en nuestra doctrina sobre el problema) la interpretación privatista más arriba explicada y basada en los artículos 610 y 383 del Código civil, al menos en relación a las plantas desaladoras que se hubieran insta-

lado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988, el día 29 de julio de ese mismo año (17).

Si la legislación de costas extendía, al parecer, la necesidad de «concesión» administrativa a todo uso privativo de las mismas aguas públicas del mar territorial, parecía que el corolario de tal principio tenía que ser el carácter de dominio público también de las aguas extraídas del mar y desalinizadas, salvo que algún precepto legal estableciese claramente para dichas aguas, una vez extraídas ya no estrictamente pertenecientes al «*mar territorial*», su carácter de aguas privadas. Un tal precepto legal creo que era constitucionalmente posible y que podía basar la privatización ya en la extracción u ocupación por alguien de las aguas (dada la inmensidad del mar y la ausencia significativa de mermas en su cantidad de agua), ya en la desalación o transformación de esas aguas, ya en ambos hechos o actos acumulados. Pero de momento, tras la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988, no existía en absoluto un precepto legal semejante.

Y desde luego que si, en lugar de preguntarnos sobre las aguas desalinizadas, nos preguntábamos por las plantas desaladoras, todavía era más claro que dentro del dominio público marítimo-terrestre no podían existir plantas o instalaciones de propiedad privada (creo que ni recurriendo a la idea del derecho de superficie o de propiedad sobre el «vuelo»: cfr. arts. 8, 9, 37.1.º y 61), sino sólo, aunque la financiación de la planta hubiese sido privada, derechos privados de naturaleza administrativa, basados en un título administrativo de concesión y de limitación legal temporal bastante estricta —treinta años como máximo: cfr. arts. 64, 66.2.º y 3.º, 72.3.º, 76.c) y 81.1.º—. Las grandes plantas desaladoras construidas por la Administración y destinadas al abastecimiento de poblaciones acaso habrían podido considerarse de dominio público marítimo-terrestre estatal por aplicación del artículo 4.9.º de la Ley, o acaso habrían podido ampararse en las reservas del dominio público por la Administración del Estado reguladas en los artículos 47 y siguientes, y que se prevé que duren «*el tiempo necesario para el cumplimiento de los fines*» que las justifican. En la zona de servidumbre de protección del dominio público

(17) La última precisión o acotación del texto la hago porque si ya resultaba un tanto forzado extraer de la sola Ley de Costas de 1988 la exigencia de una concesión administrativa para atribuir el uso privativo del agua del mar destinada a la desalación, desde luego que en las disposiciones transitorias de dicha Ley no existía el menor vestigio de base normativa para dar a esa pretendida norma, además, alcance retroactivo. Cosa diferente era que si la planta desaladora se había construido clandestinamente y sin obtener la autorización administrativa que exigía la Ley de Costas de 1969 para ocupar una porción de terreno de dominio público hidráulico, dicha planta pudiera ser demolida (tampoco en todo caso: se preveía también su posible legalización), con la consiguiente pérdida del acceso a las aguas desalinizables, por aplicación de la disposición transitoria 4.ª de dicha Ley de Costas de 1988.

marítimo-terrestre sí que cabrán desaladoras de propiedad privada, pero su instalación requerirá previa autorización administrativa y que será, además, revocable por la Administración unilateralmente en términos muy amplios (cfr: arts. 26, 55.1.º, 23 y 15).

Aunque en afirmación incidental y sin apenas argumentación, ha declarado para el Derecho canario, y vigente su Ley de Aguas de 1987, que son aguas públicas las aguas del mar artificialmente desalinizadas la Sentencia 17/1990 del Tribunal Constitucional, de 7 de febrero (cfr: su FJ 17).

D) LA DESALACIÓN DE AGUAS MARINAS EN EL DERECHO ESTATAL VIGENTE

1. *Planteamiento general y significado del Decreto 1327/1995*

Veamos primero el Decreto 1327/1995, de 28 de julio. Conviene reconocer de entrada que regular en 1995 y mediante una norma reglamentaria la desalinización de aguas, sin apoyo claro ni en la Ley de Aguas de 1985 ni en la de Costas de 1988, y siendo que ambas Leyes, en su artículo 1.º, empiezan delimitando estrictamente como el «objeto» o ámbito de cada una de ellas, respectivamente, el «dominio público hidráulico» y el «dominio público marítimo-terrestre», ofrecía objetivamente considerable dificultad. Ambas Leyes habían ido en este tema muy por detrás de la realidad social y no resultaba fácil suplir sus carencias con una norma meramente reglamentaria. Porque es indudable que una ley ordinaria (de aguas) hubiera podido otorgar a la Administración hidráulica la competencia para otorgar mediante concesiones administrativas el uso privativo del agua marina perteneciente al mar territorial (las aguas del que llama el art. 3.2.º de la Ley de Costas de 1988 «*mar territorial y las aguas interiores*») y la posibilidad de controlar de algún modo o autorizar su posterior desalinización y aprovechamiento. Incluso creo que una ley ordinaria (de aguas) hubiera podido atribuir a la Administración hidráulica, en aras de la seguridad jurídica y de la economía procesal, la competencia para reconocer la posibilidad de ocupar porciones de dominio público marítimo-terrestre exclusivamente para la instalación de plantas desaladoras. Todo ello no hubiera representado sino una excepción o pequeña desviación, no difícil de justificar a la vista de lo inagotable de la masa de agua marina, respecto de la línea divisoria general entre ambas Leyes estatales. Pero, sin duda, resultaba mucho más difícil de admitir que una norma reglamentaria atribuyera a la Administración hidráulica incluso sólo la competencia para

otorgar concesiones administrativas y el uso privativo de aguas marinas del mar territorial, que es lo que en esencia y a través de una oscura y deficiente regulación intentó hacer; con acertado criterio de fondo pero creo que incurriendo en ilegalidades sustanciales, el Decreto 1327/1995.

En efecto, el Decreto 1327/1995 optó por reconocer, como decía, que la Administración hidráulica concediese directamente el uso privativo del dominio público marítimo-terrestre, basándose para la regulación de ello, además, en una irrazonable y exagerada distinción según fuese la propia Administración hidráulica la que tomase la iniciativa de construir o instalar la planta desaladora (art. 3) o fuesen particulares, comunidades de regantes o municipios quienes solicitaran la que se denomina «*autorización de la actividad de desalación*», en casos en que parece suponerse que estos solicitantes se construyen su propia planta desaladora (cfr. art. 4), pero en que, en definitiva, obtenían también un título administrativo para aprovechar el uso privativo de aguas públicas, e indicando la Administración hidráulica «*los usos a los que se podrá destinar, sin que la misma pueda ser aplicada a otros distintos*» (cfr. el art. 4.1.º del Decreto, que se corresponde más bien con el art. 57.1.º de la Ley de Aguas y que viene a coincidir con la fórmula legal utilizada por el art. 59.2.º de dicha Ley para las concesiones administrativas).

En la primera de las dos hipótesis contempladas, el Decreto regula el acuerdo de la Administración hidráulica de instalar la planta desaladora y luego sacar a concurso público la explotación, o construcción y explotación de la misma, siempre a través de una concesión administrativa, y aplicando el procedimiento de los artículos 109 y siguientes del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986 (procedimiento propio de las concesiones administrativas sobre aguas públicas «*continentales*»). En la segunda de las dos hipótesis contempladas, el Decreto regula la mencionada «*autorización de la actividad de desalación*», que ya he indicado era más probablemente (si no cuestionamos en cierta forma a que aludo poco más abajo la legalidad del Decreto) una concesión administrativa o una figura híbrida entre concesión y autorización, y se remite poco razonablemente en cuanto al procedimiento o cauce para la misma a los artículos 52 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986 (procedimiento propio de las autorizaciones administrativas del uso de los cauces de dominio público hidráulico). En ambas hipótesis contempladas, el órgano administrativo competente era el Organismo de cuenca si la capacidad prevista de la planta de desalinización era de menos de 500.000 metros cúbicos anuales, y el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (MOPTMA) si la

capacidad prevista era mayor de esa cifra. El Decreto declara también considerar las técnicas de desalación como un «*tipo singular de incorporación de recursos al ciclo hidrológico*»; califica expresamente los recursos así obtenidos como parte del «*dominio público hidráulico*» (cfr. art. 2); e invoca por tres veces, aparte de lo dicho sobre la regulación de los artículos 3 y 4 de esta norma, la aplicabilidad en esta materia de los «*principios*» de la Ley de Aguas de 1985 (cfr. el Preámbulo del Decreto, que también alude a la necesaria consonancia con la planificación hidrológica, y sus arts. 1 y 2).

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho, en la concreta regulación de la instalación de plantas desaladoras no deja de remitirse el Decreto, con toda lógica, y sea de quien fuere la iniciativa para la instalación de la planta desaladora, a lo que establezca la Ley de Costas de 1988 en cuanto al «*título habilitante*» para la ocupación y utilización del dominio público marítimo-terrestre (cfr. art. 3, apartado 5), o en cuanto a las «*autorizaciones y concesiones*» precisas (cfr. art. 4, apartado 6). O sea, que se partía de la indudable competencia en el tema también de la Administración responsable del dominio público marítimo-terrestre, aunque resultase dudoso si sólo, como claramente suponía el Decreto de 1995, para permitir ocupar el terreno público con la planta desaladora o si esa competencia se extendía también a la concesión del uso privativo del agua marina misma (18), interpretación más coherente con la Ley de Costas de 1988 y que obligaba a considerar parcialmente ilegal el Decreto de 1995 (19).

En definitiva, como se ve, el Decreto podía armonizarse un tanto forzosamente con la Ley de Costas de 1988 y vino a confirmar la tesis del carácter siempre público de las aguas artificialmente desalinizadas procedentes del mar, aunque esa tesis podía apoyarse más fácilmente, en realidad, en otras leyes como, sobre todo, la Ley de Costas de 1988 que en la Ley de Aguas de 1985, contra lo que el propio Decreto claramente presupone. En la Ley de Aguas de 1985, salvo que se ampliase muy forzosamente su ámbito, faltaba una base nor-

(18) Aunque en un comentario del Decreto de 1995 menos minucioso o detenido que el que realizo en este trabajo, ya había optado por esta segunda interpretación, que todavía considero preferible, en mi libro *Aguas públicas, aguas privadas*, 1996, págs. 338 y 339.

(19) En qué medida era ilegal el Decreto de 1995 era opinable y es cuestión que ha perdido su interés tras la Ley 46/1999. Creo que era ilegal sustancialmente el artículo 3, al apoderar a la Administración hidráulica para conceder el uso privativo del agua marina, y que era parcialmente ilegal el artículo 4 y su regulación de la «*autorización de la actividad de desalación*», en la medida en que era concebida también como una concesión administrativa sobre el agua marina. Con todo, quizás esta peculiar «*autorización*» podía entenderse todavía como una figura híbrida si se pensaba que la Administración responsable del mar litoral reconocía un derecho genérico a usar el agua marina y la Administración hidráulica era la que luego fijaba la cantidad concreta a aprovechar, el plazo del aprovechamiento y el uso o destino a dar al agua desalinizada (cfr. art. 4.1.º, párrafo 2.º, del Decreto).

mativa mínimamente clara para apoyar las competencias administrativas que el Decreto reconoce a la Administración hidráulica sobre las aguas marinas a desalinizar o incluso sobre las desalinizadas no incorporadas al ciclo hidrológico. Recuérdese que incluso las aguas subterráneas no renovables habían sido excluidas de la publicación por esa segunda Ley y por no estar por sí mismas integradas en el ciclo hidrológico. Las aguas desalinizadas procedentes del mar se integran en el ciclo hidrológico, pero no necesariamente (o no necesariamente todas ellas), y sólo lo hacen con la ayuda y la intervención de la industria humana.

En otro sentido, la interpretación más arriba explicada sobre la incidencia en su momento de la Ley de Costas de 1988 en el tema de la desalinización de aguas marinas no devino irrelevante en 1995, porque el Decreto 1327/1995, por ser norma de rango inferior a la ley, hubiera podido no ser suficiente para excluir una posible interpretación privatista del tema de la desalinización de aguas que todavía podía tener su apoyo normativo en el Código civil (e interpretación conforme a la cual, como vimos, las aguas del mar desalinizadas se harían aguas privadas). Y recuérdese también que la propiedad privada (del agua, en este caso) está amparada por la reserva de ley que impone el artículo 53.1.º de nuestra Constitución, excluyendo formalmente de nuestro Derecho la posibilidad de reglamentos independientes en materia de propiedad privada. Por todo lo cual, creo que no era tampoco del todo indefendible la tesis de la ilegalidad parcial del Decreto en cuanto que parecía presuponer el carácter público siempre y en todo momento de las aguas del mar desalinizadas. Y creo que los argumentos principales contra dicha ilegalidad y contra el posible carácter privado de las aguas desalinizadas había que extraerlos de la Ley de Costas de 1988 y no, contra lo que el Decreto mismo parecía presuponer, de la Ley de Aguas de 1985.

2. *La incidencia o significado en cuanto a la desalación de la Ley 46/1999*

La Exposición de Motivos de la Ley 46/1999 explica que la intensísima sequía padecida en el país al principio de la última década del siglo (se refiere a la sequía de los años 1990 a 1995) impuso la necesidad de búsqueda de «*soluciones alternativas*» que permitieran «*incrementar la producción de agua mediante la utilización de nuevas tecnologías, otorgando rango legal al régimen jurídico de los procedimientos de desalación o de reutilización...*».

Desde la entrada en vigor de la Ley 46/1999, el día 3 de enero de

2000, afirma el artículo 2 de la Ley de Aguas reformada que «*constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta ley: ... e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores*». Critiqué ya al comienzo de este trabajo el término «*producción*» aplicado a la desalación de aguas marinas. También habría que criticar el término «*elementos*» para aludir a los cauces, lechos y acuíferos de dominio público, a los que sin duda el término se refiere.

Según los dos primeros apartados del nuevo artículo 12 *bis* de la Ley de Aguas reformada por la Ley 46/1999, único artículo de un nuevo capítulo de la Ley titulado «*De las aguas procedentes de la desalación*»:

«Cualquier persona física o jurídica podrá realizar la actividad de desalación de agua de mar, previas las correspondientes autorizaciones administrativas respecto a los vertidos que procedan, a las condiciones de incorporación al dominio público hidráulico y a los requisitos de calidad según los usos a los que se destine el agua.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales que sean precisas de acuerdo con la Ley 22/1998, de 28 de julio, de Costas, y las demás que procedan conforme a la legislación sectorial aplicable si a la actividad de desalación se asocian otras actividades industriales reguladas, así como las derivadas de los actos de intervención y uso del suelo.

Aquellas autorizaciones y concesiones que deban otorgarse por dos o más órganos u organismos públicos de la Administración General del Estado se tramitarán en un sólo (sic) expediente, en la forma que reglamentariamente se determine» (20).

(20) La publicación de la Ley 46/1999 en el «BOE» de 14 de diciembre de 1999 incluía la falta de ortografía que señalo en el texto, al acentuar la palabra «*solo*», que en la afirmación legal es evidentemente un adjetivo, como si fuera un adverbio. Algunas editoriales privadas, por la obligada fidelidad al texto oficial de la nueva Ley, están reproduciendo, creo que razonablemente (su misión no es ocultar los cada vez más frecuentes indicios de la incultura e incuria gramaticales de nuestro legislador), esta significativa falta de ortografía. Por otra parte, el artículo 12 *bis*, como también el nuevo artículo 115.1.º y el párrafo 2.º de la Exposición de Motivos de la nueva Ley, introducen el término italiano «*demaniales*», que se puso, por desgracia, de moda en la doctrina española hace unos cuarenta años, pero que no está aceptado todavía por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Estas novedades terminológicas rompen la uniformidad de la sensata y acertada

La transcrita regulación legal de la desalación de aguas marinas, bastante defectuosa, ha vuelto a dejar poco clara la regulación de la cuestión y sin resolver nítidamente la tensión subyacente entre la Ley de Aguas, la Ley de Costas de 1988 y el Código civil; entre la idea de que las aguas marinas desalinizadas son siempre y en todo momento aguas públicas y la de que puedan considerarse inicialmente privadas tras su desalinización (21).

En una primera consideración de la transcrita regulación legal de las aguas del mar desalinizadas puede sacarse la impresión de que el legislador de 1999 se ha inclinado más bien, en la misma línea que el Decreto 1327/1995 convenientemente rectificado para adaptarlo a la Ley de Costas de 1988, por la primera de las dos opciones señaladas (carácter público de dichas aguas), pero una consideración más detenida y cuidadosa de la cuestión sugiere más bien finalmente la idea de que dicho legislador de 1999 se ha inclinado en realidad por la segunda de las dos opciones señaladas (carácter privado de dichas aguas). Veamos los posibles argumentos de una y otra posición o interpretación.

En favor de la primera interpretación, según la cual las aguas marinas desalinizadas serían siempre públicas y sin solución de continuidad, estaría probablemente la *voluntas legislatoris*, manifestada en la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de que se trataba, al parecer, sólo de «elevant a rango de ley» la regulación sobre la desalación que ya antes existía (el Decreto 1327/1995, con los ajustes explicados), y manifestada también en declaraciones durante los trabajos prelegislativos de caracterizados dirigentes del partido del Gobierno (22). Podría decirse también, en el mismo sentido, que si el Decreto de 1995 estuvo presidido por la idea de conectar más el tema de la desalación con la Ley de Aguas que con la Ley de Costas, también ahora el legislador de 1999, en una línea de continuidad con dicha idea, ha llevado la regulación de este tema a la Ley de Aguas y no a la Ley de Costas. Aparte de que la nueva Ley 46/1999 no llega a

terminología legal que en este punto había mantenido la Ley de Aguas de 1985. Véase sobre esta cuestión mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, nota 1, págs. 13 y 14.

(21) En mi trabajo de 1997 antes citado había insistido yo en la necesidad de aclarar este punto decisivo, y había explicado cómo la regulación prevista por el borrador de anteproyecto de ley de mayo de 1997, sustancialmente idéntica a la actualmente vigente, dejaba la cuestión sin una clara solución. Aunque envié una separata del trabajo a los máximos responsables del Ministerio de Medio Ambiente, y aunque llegué a recibir amable acuse de recibo en algún caso, finalmente mis observaciones no fueron atendidas o entendidas. Insisto en ellas, por eso, en el texto, ahora ya comentando el Derecho vigente y con mayor extensión y cuidado. Véase mi trabajo citado en el núm. 11 de la «Revista Aragonesa de Administración Pública», 1997, págs. 179 y 180.

(22) Por ejemplo, por el Secretario de Estado de Aguas y Costas, don Benigno Blanco. Cfr. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», 1999, 6.ª legislatura, núm. 723, Sesión entre expertos y políticos celebrada el 28 de junio de 1999, pág. 20647.

decir claramente en ningún sitio que puedan ser privadas las aguas marinas desalinizadas, ni establece previsión alguna para dicha posible eventualidad (la posible inscripción de esas aguas en principio no «continentales» en el Catálogo de aguas privadas, por ejemplo), todo lo cual no deja de resultar de alguna significación cuando sabemos que el punto de partida legal es el de que las aguas marinas normales y salobres son en principio públicas.

Podría alegarse, continuando con esta línea de razonamiento, que la única «concesión» o título para otorgar el uso privativo del agua que contempla la nueva regulación (cfr. apartado 2.º del art. 12 bis) es la que, con base en la Ley de Costas de 1988, puede otorgar la Administración competente sobre el dominio público marítimo-terrestre, y que dicha concesión administrativa se completa, al modo de la autorización que contempla el artículo 62 de la Ley de Aguas, con una «autorización» administrativa otorgada por la Administración hidráulica «respecto a las condiciones de incorporación al dominio público hidráulico», pero que acaso podría entenderse como autorización no sólo previa, según exige expresamente la Ley, sino exigible en todo caso (o sea, idea de un control incluídible en todo caso por la Administración hidráulica de las aguas marinas desalinizadas). Y el que las plantas desaladoras mismas, cuando están situadas en el dominio público marítimo-territorial, no puedan ser nunca de propiedad privada puede alegarse también como argumento que dificulta la interpretación según la cual de dichas plantas desaladoras podría salir luego agua privada. En fin, un último argumento, aunque de escasa entidad, que podría aportarse en favor de esta primera interpretación que consideramos sería la afirmación del carácter de aguas públicas atribuido a las aguas del mar desalinizadas que se encuentra en la Sentencia 17/1990 del Tribunal Constitucional, de 7 de febrero (cfr. Fundamento Jurídico 17), aunque se trata de una afirmación incidental y no argumentada, además de circunscrita al Derecho de aguas canario.

Veamos ahora los argumentos de la segunda interpretación anteriormente mencionada, según la cual las aguas del mar desalinizadas serían aguas privadas antes de incorporarse a los cauces, lechos y acuíferos de dominio público, incorporación que, desde luego, puede no producirse nunca en ciertos casos, si se organiza el consumo del agua —y existen las canalizaciones artificiales— antes de llegar a dichos cauces o lechos, pudiéndose incluso organizar el traslado de retornos, sobrantes o salmueras directamente al mar otra vez. O sea, que cabe que ni las aguas sobrantes de una desaladora lleguen acaso a alcanzar nunca un cauce o lecho de dominio público. Conviene retener esta advertencia y explicación porque la regulación de la desa-

lación de las aguas marinas produce un tanto la impresión de que el legislador hubiera partido de la falsa idea de que, una vez convertida en agua dulce el agua marina, de modo inevitable o casi inevitable habría de acabar desembocando en los cauces o lechos públicos e integrándose en el ciclo hidrológico único.

El primer argumento de esta posible postura doctrinal sería el de una interpretación *a contrario* del nuevo artículo 2, letra *e*), de la Ley de Aguas, en relación con los artículos 610, 383 y 4.3.º del Código civil, en el sentido en que éstos quedaron explicados en el segundo epígrafe de este trabajo. Esta interpretación *a contrario* del artículo 2, letra *e*), parece gramaticalmente bastante clara, además de fuertemente subrayada por la tajante contraposición con el tratamiento que da a la desalinización de aguas salobres continentales el apartado 3.º del artículo 12 *bis* (equiparación aquí plena a la Ley de Aguas de 1985-1999). Las aguas marinas desalinizadas no incorporadas a los cauces o lechos públicos parecen considerarse por la Ley incluso como no «continentales» —cfr. arts. 1.2.º y 2, letra *a*), de la Ley de Aguas—, además de no pertenecientes al ciclo hidrológico único, que es lo que la Ley dominaliza —cfr. de nuevo los arts. 1.2.º y 2, letra *a*), este último dejando fuera del dominio público por esa razón también la fantasmal categoría de las aguas subterráneas no renovables—. De modo que la exigencia legal que impone el inicio del artículo 2 de la Ley de que para no ser de dominio público las aguas que enumera a continuación tendrá que haber «*salvedades expresamente establecidas*» no alcanza gramaticalmente, en rigor, a las aguas marinas desalinizadas y no incorporadas a cauces o lechos públicos. Podría decirse, por ello, que a favor de esta segunda interpretación están los elementos literal y sistemático de interpretación.

Pero quizás podrían invocarse también el elemento lógico y el histórico de interpretación en favor de esta explicación considerada. En efecto, obsérvese que en el nuevo artículo 12 *bis* de la Ley de Aguas, en claro contraste con la explicada regulación del Decreto de 1995, desaparece todo vestigio de otorgamiento de «concesión» del agua marina o de la instalación de la desaladora por parte de la Administración hidráulica, así como del otorgamiento de la que se llamaba por el Decreto «*autorización de la actividad de desalación*», autorización que, según expliqué, era más bien una figura híbrida o una verdadera concesión administrativa, puesto que en ella, al fin y al cabo, la Administración hidráulica era la que fijaba el uso a que el agua marina desalinizada tenía que destinarse (cfr. art. 4.1.º del Decreto). Nada de ello existe en la nueva regulación legal, que sí alude a los usos a que haya de destinarse el agua marina desalinizada, pero sólo al efecto de que la Administración hidráulica autorice el uso

cuando la ley exija especiales requisitos de calidad (potabilización del agua y requisitos de sanidad, esencialmente, parece).

De modo que la autorización administrativa previa de que trata la Ley y limitada o referida a «*las condiciones de incorporación al dominio público hidráulico*», nada tiene que ver ya con la antigua «*autorización de la actividad de desalación*», y debe entenderse establecida sólo para en su caso: cuando se pretendan introducir aguas desaladas, ya no utilizadas todavía (destinadas a riego, por ejemplo), ya sobrantes, con intención de reutilizarlas o no, en cauces o lechos de dominio público. El nuevo principio jurídico es el de que no se somete a autorización administrativa previa genérica de la Administración hidráulica (menos, a concesión administrativa suya) el uso privativo del agua marina desalinizada. Y esta nueva «*autorización*» administrativa que regula el artículo 12 *bis* no sólo es imposible, como digo, entenderla como una concesión por el propio texto de este precepto, sino también por exigencia de la interpretación sistemática del precepto junto con los artículos 50.1.º y 57.1.º de la propia Ley de Aguas y referidos a las verdaderas concesiones administrativas. Aparte de que el nuevo artículo 12 *bis* introduce paladinamente el liberal principio, inspirado en el artículo 73.1.º de la Ley canaria de Aguas de 1990, de que «*cualquier persona física o jurídica podrá realizar la actividad de desalación de agua de mar*», lo que resulta coherente con la nueva declaración de la Ley 46/1999 de la posible titularidad privada sobre las obras hidráulicas (cfr: art. 115.1.º) y con la libertad de empresa sancionada en el artículo 38 de nuestra Constitución.

Sólo el apartado 2.º del artículo 12 *bis* de la reformada Ley de Aguas parece separar, a la vista de la explicación realizada, el supuesto de la desalinización de aguas marinas de los supuestos de usos comunes del dominio público marítimo-terrestre regulados en régimen de total libertad por el apartado 1.º del artículo 31 de la Ley de Costas de 1988. Pero resulta oscuro el significado de este precepto del apartado 2.º del artículo 12 *bis*. Se recordará que bajo el régimen jurídico vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 46/1999 había defendido el que se entendiera, a falta de referencias expresas de la Ley de Costas de 1988 a la desalinización de aguas marinas, que preceptos genéricos de esta Ley se entendiesen como fundamento suficiente de la competencia de la Administración competente sobre el dominio público marítimo-terrestre para otorgar concesiones administrativas sobre el uso privativo del agua marina salobre que iba a constituir la materia prima de la desalinización (y no sólo, lo que resulta obvio, competencia suya para permitir ocupar con las instalaciones de la planta desaladora una porción de terreno dentro de la

zona marítimo-terrestre o de su zona de servidumbre). Esta explicación entiendo que no es del todo descartable todavía en el nuevo sistema instaurado por la Ley 46/1999, pero lo cierto es que ahora la misma resulta mucho más forzada e irrazonable.

En efecto, siendo la Ley 46/1999 la primera norma con rango legal que conscientemente regula la desalinización de aguas marinas, y sabiéndose que la Ley de Costas de 1988 ninguna referencia contiene sobre este tema, parece evidente que el legislador debió dejar claramente establecido que tenía que ser la Administración competente para el dominio público marítimo-terrestre la que otorgara mediante concesión administrativa el uso privativo del agua marina de dominio público marítimo-terrestre, una vez que había descartado claramente, como hemos visto (cfr. el apartado 1.º del art. 12 *bis* de la Ley de Aguas), que fuera la Administración hidráulica la que otorgara la concesión administrativa sobre el agua pública marina. Sin embargo, el legislador de 1999 no sólo no deja claramente establecido el mencionado principio, sino que usa una ambigua y poco comprometida fórmula de remisión a la Ley de Costas, que además, para oscurecer todavía más el sentido preciso de la regla, coincide con la fórmula que usó el artículo 4.6.º del Decreto de 1995 en un contexto en el que se había pretendido (acaso vulnerando la legalidad, como quedó explicado) que el uso privativo del agua marina lo otorgara mediante concesión administrativa la Administración hidráulica y en el que la posible «concesión» por la Administración competente sobre el dominio público hidráulico marítimo-terrestre había de entenderse reducida al reconocimiento de derechos de ocupación sobre «porciones de terreno» del dominio público marítimo-terrestre (cfr. la muy significativa letra del art. 5, *in fine*, del Decreto de 1995).

De modo que, en definitiva, la remisión a la Ley de Costas de 1988 del apartado 2.º del artículo 12 *bis* de la Ley de Aguas no deja claro si alude al otorgamiento de concesiones administrativas sobre el uso privativo de la misma agua pública marina, en cuyo caso habría que pensar más bien en el carácter de agua pública del agua marina tanto antes como incluso después de la desalinización (23), o si alude a un simple otorgamiento de concesiones de porciones de terreno de dominio público marítimo-terrestre para instalar la planta

(23) Aunque parece que, incluso con dicho presupuesto, tampoco sería completamente descartable una interpretación según la cual del artículo 2, letra e), *a contrario*, se dedujese que la desalinización del agua marina había privatizado esa agua anteriormente salobre y pública y cuyo uso privativo había sido reconocido a los desalinizadores mediante una concesión administrativa otorgada por la Administración competente sobre el dominio público marítimo-terrestre. Recuérdese lo explicado en el epígrafe 3 de este trabajo, al comentar la incidencia en nuestro tema de la Ley de Costas de 1988.

desaladora (24), idea que resulta más coherente con el carácter inicialmente privado que parece reconocer a las aguas desalinizadas el apartado 1.º del artículo 12 *bis* de la Ley de Aguas, e idea que podría sugerir el tratamiento de la desalación, pese a la normal existencia de instalaciones no desmontables, como un uso común del dominio público marítimo-terrestre no necesitado de previa autorización administrativa genérica —cfr. arts. 2, letra *b*), y 31.1.º de la Ley de Costas—, lo que es tradicionalmente compatible con la adquisición de la propiedad por ocupación de porciones singulares de *res communes omnium*.

Obsérvese también, en el mismo sentido y reforzando el elemento histórico de la interpretación, el marcado contraste entre el artículo 2 del Decreto de 1995, que claramente consideraba integradas en el ciclo hidrológico y públicas en todo momento a las aguas marinas desalinizadas sin alusión ninguna a su necesaria «*incorporación*» al ciclo hidrológico a través de su acceso necesario a cauces o lechos públicos, y el actual artículo 2, letra *e*), de la Ley de Aguas, que impone ese requisito, no desmentido luego en absoluto, como acabamos de ver, por el artículo 12 *bis* de la propia Ley.

Podría añadirse también, en favor de esta segunda interpretación defendida, que las posibilidades que nos da la letra del artículo 12 *bis* de atribuir competencia administrativa para otorgar el uso privativo de agua marina son sólo posibilidades en favor de la Administración competente sobre el dominio público marítimo-terrestre y no en favor de la Administración hidráulica, que es la que razonablemente hubiera debido declararse competente en este tema, puesto que lo importante es a qué se han de destinar en definitiva las aguas marinas desalinizadas y no (a la vista de la inmensidad del mar) de dónde se saque el agua. Y, además, si se admite ese carácter siempre público de las aguas marinas desalinizadas y esa competencia sobre el uso privativo del agua de la Administración responsable del mar territorial, la irrazonable consecuencia que se deriva de esa explicación, a la vista de los artículos 50.1.º y 57.1.º de la Ley de Aguas, es la de que hasta la más diminuta planta desaladora requeriría concesión administrativa para adquirir el uso privativo del agua marina, en lógica contradicción con el artículo 52.2.º de la Ley de Aguas y debién-

(24) Además de que otro posible problema que plantea la fórmula elegida por el legislador es el de haber hecho, al parecer, una remisión estática a la Ley de Costas de 1988, que es la que no resolvía la cuestión aludida en el texto, de modo que si una futura Ley de Costas resolviera mejor esa cuestión o hasta contuviera alusiones nuevas a la desalinización de aguas marinas, acaso habría todavía alguna base para seguir interpretando que a lo que la Ley de Aguas de 1985-1999 se remitía sería a la actual y ambigua regulación de la Ley de Costas de 1988.

dose entender derogado el razonable precepto del artículo 4.5.º del Decreto de 1995.

Recapitulando, creo que se podría concluir que de la interpretación sistemática de los artículos 2, letra *e*), y 12 *bis*, apartado 1.º, de la reformada Ley de Aguas, junto con los artículos 610, 383 y 4.3.º del Código civil, se podría llegar a deducir el inicial carácter de aguas privadas de las procedentes del mar y desalinizadas, mientras que en el apartado 2.º del artículo 12 *bis* podría existir un argumento de peso contra dicha interpretación privatista, pero, dada la ambigüedad y oscuridad de este precepto, ni queda claro si el peso de dicho argumento es suficiente para privar de fundamento a dicha interpretación privatista (en mi opinión, más bien no es suficiente) ni dicho apartado 2.º del artículo 12 *bis* puede ayudar a clarificar; si se admite la mencionada interpretación privatista, si las aguas marinas públicas se privatizan exclusivamente por su ocupación y extracción del mar territorial (art. 610 del Código civil), o si es la desalinización la que privatiza aguas ya extraídas u ocupadas pero todavía públicas (art. 383 del Código civil), o si son los dos requisitos acumulados de la ocupación y la desalinización los que producen la privatización de esas aguas marinas (una especie de ocupación-especificación, como quedó sugerido en el subepígrafe 2 de esta parte del presente trabajo).

En cuanto a esta última duda, parece que se debe resolver en favor de la idea de la privatización por ocupación de partes singulares de *res communes omnium*, idea perfectamente encuadrable en el artículo 610 del Código civil y coherente con la tradición romanista en este ámbito del Derecho español, e idea compatible con el régimen de los usos comunes del dominio público del mar territorial (25). La específica regulación de la desalinización que acabo de explicar constituiría, en este sentido, una normativa especial que se sobrepondría a la genérica de los artículos 2, letra *b*), y 31 de la Ley de Costas de 1988, lo que permitiría afirmar que la existencia de instalaciones más o menos fijas de la planta desaladora (incluso si necesitadas de título administrativo en sí mismas) no obstaría a la libre ocupación (libre en cuanto a la no necesidad de título administrativo ninguno

(25) Véase al respecto, de nuevo, la explicación que di sobre esto en mi tesis doctoral, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, 1980, págs. 625 y ss. Como explico en ese libro, la adquisición de la propiedad por ocupación sucede básicamente de dos maneras: para las cosas encontradas ocultas, por el mero hecho jurídico de su descubrimiento, y para las cosas que se encuentran a la vista, a través de la toma de posesión o apoderamiento. La ocupación de aguas marinas para su desalinización cae, evidentemente, en esta segunda modalidad de adquisición. En ese mismo libro intenté demostrar que en nuestro Derecho la ocupación es la adquisición de la propiedad de las cosas vacantes de posesión y faltas de dueño por un acto o hecho jurídicamente suficiente y en las condiciones de la ley (cfr. pág. 652).

para acceder al uso privativo de la misma agua) del agua marina por los titulares de la planta desaladora en concepto de uso común del mar territorial. Podría decirse que, aunque el agua marina es pública, nuestro Derecho, a efectos de su desalación, la trata como *res nullius*. El agua marina como *res communes omnium* es tratada aquí como *res nullius* (26).

Esta forma de justificar por el principio jurídico de la ocupación la privatización de aguas marinas públicas, parece mejor que la que pretendiera fundar ésta más bien en la desalinización de las aguas marinas (idea de especificación) (27), puesto que la Naturaleza, y ahora también el propio artículo 12 *bis* de la Ley de Aguas, nos enseñan que la noción de «*aguas continentales*» no implica necesariamente el carácter de agua dulce de las mismas (hay lagunas y manantiales de agua salada y, sobre todo, pozos salinizados). Todas las aguas marinas son salobres, pero no todas las aguas continentales están necesariamente integradas por agua dulce. Por eso es mejor pensar que, en nuestro actual Derecho, las aguas públicas marinas se privatizan por la ocupación y que, posteriormente, adquiridas ya como aguas privadas, se desalinizan sin cambiar de momento por ello su naturaleza jurídica. Y posteriormente, si se incorporan al ciclo hidrológico, vuelven a hacerse públicas.

(26) Una explicación diferente aporta, apoyándose en Isabel CARO PATÓN, ELOY COLOM PIAZUELO, quien para las aguas marinas desalinizadas antes de su incorporación al ciclo hidrológico no defiende directamente su carácter de aguas privadas (no invoca ningún principio civil), pero sí la posibilidad de que, aun siendo dichas aguas inicialmente públicas y su uso privativo objeto de concesiones administrativas, sean luego privatizadas o «patrimonializadas» mediante un uso privativo consuntivo como el riego, lo que produciría una especie de desafectación por consumación de efectos similar a la que se produce en la extracción de áridos de un cauce público o en la extracción de minerales. Esta explicación, en relación a las aguas públicas, viene a resucitar una antigua y errónea teoría, abandonada hace décadas por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, sobre el significado de la concesión administrativa y los usos privativos del agua pública. En realidad, como se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 y hoy, implícitamente, del apartado 1.º de la disposición transitoria 1.ª de la Ley de Aguas vigente, el agua pública absorbida por la tierra tras un riego deja de ser jurídicamente agua a los efectos legales. Lo mismo, por cierto, que el agua pública que sale del grifo de nuestra casa y que nos bebemos en un vaso. El objeto de los derechos subjetivos son corrientes de agua y no las concretas moléculas de agua que puedan consumirse o desaparecer. Véase del autor «El dominio público hidráulico. Novedades», en la versión provisional y multicopiada del libro de las Jornadas sobre Derecho de Aguas celebradas en Zaragoza en febrero de 2000, págs. 13 a 17. Para la doctrina mayoritaria y habitual, véase mi libro de 1996, págs. 14, 129 y 149, o Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, págs. 152 y 259.

(27) Aunque sin utilizar el término «*especificación*», algunos autores parecen haber insinuado o intuido esta idea, al afirmar que las aguas marinas se privatizarían al transformarse mediante la desalación y antes de incorporarse al ciclo hidrológico. Cfr. Ramón MARTÍN MATEO, *Situación actual y perspectivas futuras de la reutilización de aguas residuales como una fuente de recursos hidráulicos*, en «Ingeniería del Agua», vol. 3.º, núm. 1, marzo de 1996, pág. 75. También, y apoyándose en el anterior, Antonio EMBID IRUJO, en «*Reutilización y desalación de aguas. Aspectos jurídicos*», trabajo en versión multicopiada perteneciente al libro de las Jornadas celebradas en Zaragoza en febrero de 2000, pág. 43.

Esta regulación de la desalación de 1995 y de 1999 se caracteriza, como se ve, por una técnica bastante deficiente y por una notable falta de claridad de ideas, aparte de haber acogido, al parecer, una solución complicada y con más inconvenientes que ventajas, además de poco coherente con el sistema de nuestra legislación de aguas y de costas (28).

La explicación o interpretación ofrecida es mi dictamen, salvo mejor opinión, sobre las claves de esta regulación de 1995 y 1999, regulación dictada por un legislador que creo no ha acertado con las fórmulas más asequibles y razonables, que ha dejado dicho probablemente lo contrario de lo que quería decir, y especialista, en fin, en oscurecer lo que debiera haber sido sencillo. Pero el jurista debe saber leer correctamente las leyes y conocer el sistema jurídico, pero también debe esforzarse en conocer la realidad. En este sentido, no desconozco que el esquema legal que he descrito verosíblemente se habrá aplicado más y se habrá de seguir aplicando sólo a pequeñas plantas desaladoras construidas por particulares, empresas o comunidades de regantes, con destino al regadío en la mayor parte de los casos.

Para las grandes plantas desaladoras construidas con dinero público para atender el abastecimiento de poblaciones, del esquema legal vigente, tal y como lo he explicado, se debería desprender en teoría una adquisición por la Corporación local correspondiente de las aguas desalinizadas como aguas privadas patrimoniales y la posterior dominialización o publicación de dichas aguas a través de su afectación al servicio público del abastecimiento de poblaciones (cfr. art. 4.1.º del Decreto de 1995). Sin embargo, supongo que lo que en esas grandes plantas desaladoras se habrá hecho hasta ahora y verosíblemente se va a seguir haciendo, puesto que es lo más razonable, es proceder desde el principio a un otorgamiento por la Administración hidráulica de una concesión administrativa a la Corporación local correspondiente fijando, entre otras condiciones, la cuantía de agua a desalinizar y el destino de la desalinizada al abastecimiento de la población. En este sentido, hay que decir que el Decreto de

(28) Afirma Eloy COLOM PIAZUELO que en mi libro de 1996 me muestro partidario de la admisión de aguas privadas desaladas. Esta afirmación resulta incompleta e inexacta. En realidad, en general me mostré a favor de que las aguas desaladas se considerasen siempre públicas, y sólo como forma de salvar la legalidad del artículo 4.5.º del Decreto de 1995, precepto que consideré razonable en sí mismo, recurrí al argumento de que las pequeñas plantas desaladoras en el mismo contempladas se considerasen productoras de aguas privadas. Véase del autor citado la versión multicopiada de su trabajo «El dominio público hidráulico. Novedades», en el citado libro de las Jornadas de Derecho de Aguas celebradas en Zaragoza los días 24 y 25 de febrero de 2000, pág. 15. Y para mi mencionado pensamiento sobre esta cuestión, véase *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 336 y 337, 340, 811 y 815.

1995, pese a su deficiente y oscura regulación y a su posible parcial ilegalidad, traducía torpemente lo que había sido la espontánea y sensata reacción de la práctica administrativa frente a unas situaciones de grave desabastecimiento de agua en los archipiélagos. Y algo parecido habría que afirmar, todavía antes, de la regulación de la desalación en las Leyes canarias de 1987 y 1990.

El problema que tenemos hoy en nuestro país es que esa razonable posible potestad de la Administración hidráulica para otorgar concesiones administrativas que reconozcan el uso privativo (para abastecimiento de poblaciones, sobre todo) de aguas del mar desalinizadas (y potabilizadas, en su caso) sólo la ha reconocido, con posible ilegalidad, el Decreto de 1995, pero no la Ley de Aguas de 1985, ni la de Costas de 1988, ni la de Aguas de 1999. Y desde esta última Ley, por las razones anteriormente explicadas, resulta todavía más difícil que antes justificar la (razonable) potestad de la Administración hidráulica para otorgar concesiones administrativas sobre aguas del mar desalinizadas. Y, en estas condiciones, es evidente que las futuras concesiones administrativas que verosímilmente habrá de seguir otorgando en el futuro la Administración hidráulica cuando se construyan nuevas plantas desaladoras con dinero público para el abastecimiento de poblaciones, o incluso para otros usos de interés general, estarán probablemente viciadas de ilegalidad, al menos parcial y acaso sustancial. Si se producen impugnaciones, los tribunales se verán en el molesto trance de tener que forzar o aun corregir las leyes para defender la validez de esas convenientes concesiones administrativas y para proteger el buen uso de ese dinero público invertido en la desalación de aguas marinas.

3. *Cuestiones de Derecho transitorio y alcance retroactivo de la normativa vigente*

Veamos ante todo el problema de Derecho transitorio que plantea la vigente normativa sobre desalinización de aguas marinas, y en particular cuál será el régimen jurídico de las aguas marinas desalinizadas en plantas desaladoras que se han construido y que han funcionado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 46/1999, el día 3 de enero de 2000.

Cuando entró en vigor la Ley de Aguas de 1985 ya he explicado que no pareció modificar sustancialmente el régimen jurídico de la desalación, pero debemos plantearnos también su incidencia sobre las aguas desalinizadas entonces ya existentes, y que podemos aproximativamente considerar como corrientes discontinuas de aguas.

A las aguas desalinizadas públicas (las destinadas al abastecimiento de poblaciones, básicamente) sería razonable entender que pasó a serles aplicable genéricamente y de modo retroactivo esa nueva ley, puesto que la misma fue retroactiva para las aguas públicas (cfr. disposición transitoria 1.ª, apartado 1.º, de dicha Ley de 1985). En teoría, se opondría a dicha consideración el hecho de que los artículos 1.º y 2.º de la Ley de Aguas de 1985 restringen el ámbito de la ley y de la publicación del agua a las «*aguas continentales*» y sólo a las que se integren en el «*ciclo hidrológico*» único, afirmaciones ambas que sólo bastante forzosamente pueden llegar a alcanzar a las aguas desalinizadas del mar. Sin embargo, estas aguas procedentes de grandes plantas desaladoras construidas por la Administración con dinero público estarán probablemente amparadas por concesiones administrativas de la Administración hidráulica (aunque cupiera un cierto margen de duda sobre su legalidad) y encajarían bien en ese sentido en la letra de la mencionada disposición transitoria 1.ª, apartado 1.º, de la Ley de Aguas de 1985. Además, y sobre todo, negar el alcance retroactivo para estas aguas públicas desalinizadas de la Ley de Aguas de 1985 no significaría sino dejar a esas aguas bajo el régimen jurídico (algo menos administrativizado y sin planificación hidrológica) de las aguas públicas de la Ley de Aguas de 1879, lo que parece poco razonable y poco conveniente.

Mayores dudas puede producir, en cambio, la posible aplicabilidad retroactiva de la Ley de Aguas de 1985 a las aguas marinas desalinizadas y privadas procedentes de plantas desaladoras anteriores en su construcción al 1 de enero de 1986, fecha de la entrada en vigor de la Ley de 1985. Pese al amplio ámbito del apartado 1.º de la disposición transitoria 4.ª, que se refiere a las «*aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta ley*», podría considerarse que ninguna legislación anterior había «*calificado*», al menos expresamente, como privadas a las aguas marinas desalinizadas y privadas (en realidad, sabemos que el legislador nunca pensó en ellas y que la «*legislación anterior*» a que creía referirse era la Ley de Aguas de 1879 y el Código civil). Además, los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 1985 circunscribían el ámbito de la misma a las «*aguas continentales*» y que se integrasen en el «*ciclo hidrológico*» único, frases que sólo forzosamente se podía entender que alcanzasen a las aguas marinas desalinizadas y privadas. Y, en fin, la propia disposición transitoria 4.ª, apartado 1.º, de la Ley de Aguas de 1985 parece formularse como una excepción o «*salvedad expresa*» a la regla general de dominialización o publicación de todas las aguas integradas en el ciclo hidrológico único (cfr. art. 2 de la Ley de Aguas).

Estos argumentos acaso deben inclinar a pensar que no alcanza-

ba a las aguas marinas desalinizadas y privadas el apartado 1.º de la disposición transitoria 4.ª de la Ley de Aguas de 1985 y que dicha Ley carecía de alcance retroactivo frente a dichas aguas privadas (29). Dichas aguas privadas habrían de serlo ya tales para siempre en todo caso, y se registrarían, entonces, por la regulación principal que existe sobre las aguas privadas, que es la de la Ley de Aguas de 1879 y la del Código civil; y quedarían al margen de la muy desafortunada regulación de las disposiciones transitorias 2.ª a 4.ª de la Ley de 1985 (la compleja y oscura opción entre el Registro de Aguas y el Catálogo de aguas privadas, y las oscuras y severas limitaciones al dominio privado del agua de los apartados 3.º y 4.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª). Literalmente al menos, al no ser «*aguas continentales*», parece que no estaría prevista formalmente su posible inscripción en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca, pese a ser perfectamente razonable en teoría dicha inscripción o inmatriculación.

Este esquema legal surgido tras la Ley de Aguas de 1985, según he explicado anteriormente, no fue afectado sustancialmente, en cuanto a las plantas desaladoras y aguas marinas desalinizadas ya existentes, por la Ley de Costas de 1988, básicamente irretroactiva en esto, pese a que desde dicha Ley de 1988 se hizo más difícil de defender la tesis tradicionalmente defendible, a partir de los artículos 610, 383 y 4.3.º del Código civil, del inicial carácter privado de las aguas marinas desalinizadas.

Mayores dudas plantea el alcance parcialmente retroactivo que pretendió dar al Real Decreto 1327/1995 su disposición transitoria 1.ª. Con arreglo a esta norma:

«Los titulares de las plantas de desalación en servicio en el momento de entrada en vigor de esta norma, en el plazo máximo de 6 meses, deberán comunicar su actividad a los organismos de cuenca correspondientes, en orden a adaptar el ejercicio de la misma a lo dispuesto en este Real Decreto.»

Aparte la incorrección gramatical del precepto al referirse en su última frase a «*la misma*», donde debió referirse, en plural, a «*las mismas*», su sentido es claro al establecer una aspiración genérica y parcial de retroactividad de la norma (parcial, porque pide adaptar sólo a la nueva norma «*el ejercicio*» de las plantas desaladoras existentes) y al establecer, con dicha finalidad, la obligación de los titula-

(29) En este punto cambio la opinión que había expresado en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pág. 334.

res de plantas desaladoras entonces existentes de comunicar su «*actividad*» (más bien la existencia de la planta desaladora, aunque estuviera inactiva, parece) en un plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma a los Organismos de cuenca correspondientes.

Precisar el alcance retroactivo del Decreto 1327/1995 no se presenta como tarea fácil. No obstante, partiendo de la tesis genérica de la posible retroactividad de los reglamentos (tesis discutida en la doctrina y con conexión con la problemática interpretación del art. 9.3.º de la Constitución), y recordando que las normas que regulan materias nuevas o que declaran derechos por primera vez presentan lógicamente mayor vocación retroactiva que el resto de las normas, como se deduce del inciso segundo de la disposición transitoria primera del Código civil, yo me inclinaría por reconocer una cierta eficacia retroactiva al Decreto de 1995, aunque limitada sólo a las plantas desaladoras públicas y a las aguas salobres, tanto marinas como continentales, que se hayan desalinizado y que sean públicas (únicas, por cierto, que contempla como posibles el Decreto, que da por supuesto, muy discutiblemente, que las aguas desalinizadas nunca pueden ser privadas) (30).

Veamos por fin el alcance retroactivo de la regulación de la desalación de la Ley 46/1999. También aquí debe distinguirse, en mi opinión, entre plantas desaladoras públicas y aguas marinas desalinizadas públicas, por una parte, y plantas desaladoras «privadas» y aguas marinas desalinizadas privadas, por otra parte. En cuanto a las primeras, creo que puede reconocerse la retroactividad de la Ley 46/1999, dado el claro carácter complementario que dicha Ley presenta respecto de la Ley de Aguas de 1985, y que se desprende claramente tanto de la Exposición de Motivos de la Ley como de su mismo articulado. Como se sabe, según una opinión muy generalizada en la doctrina española y que se remonta a las explicaciones del profesor DE CASTRO, las leyes complementarias de otras leyes pueden considerarse un caso típico de la llamada retroactividad tácita, modalidad de retroactividad que es preciso invocar aquí por falta de disposición expresa por la Ley 46/1999 de su propia retroactividad (cfr. art. 2.3.º del Código civil). O sea, que como la Ley de Aguas de 1985 es retroactiva respecto de las aguas públicas (cfr. disposición transi-

(30) En concreto, me parece algo difícil de justificar la retroactividad del artículo 6 del Decreto, pero más defendible la de los artículos 5 y 7 y disposición adicional 2.ª, y la de muchas de las reglas dictadas para las aguas públicas por las Leyes de Aguas de 1985 y 1999, aunque en este último caso la aplicabilidad directa o retroactiva de dichas Leyes se superpondrá, lógicamente, a la llamada o remisión que a la Ley de Aguas de 1985 (a sus «*principios*») hace el artículo 1.º del Decreto de 1995.

toria 1.ª, apartado 1.º) y la Ley 46/1999 es complementaria de la de 1985, la retroactividad de ésta respecto de las aguas públicas se extiende también a aquélla. Y recuérdese también la mayor vocación retroactiva de las normas que establecen por primera vez una regulación (lo que para la desalación ha hecho la Ley 46/1999, al menos en cuanto norma con rango de ley), según establece el inciso 2.º de la disposición transitoria primera del Código civil. En fin, como anteriormente he advertido, las grandes plantas desaladoras destinadas al abastecimiento de poblaciones seguramente estarán amparadas por concesiones administrativas otorgadas por la Administración hidráulica, concesiones que no por presentar, en teoría, una dudosa legalidad dejarán de encajar literalmente bien en la letra del apartado 1.º de la disposición transitoria 1.ª de la Ley de Aguas de 1985 y, por tanto, en su mandato genérico de retroactividad para las aguas públicas.

En cuanto a las plantas desaladoras «privadas» y a las aguas marinas desalinizadas y privadas, supuesto que se admita su existencia, creo que la Ley 46/1999 no las alcanzará con su efecto retroactivo (como tampoco las alcanzó el Decreto de 1995), y ello, según quedó explicado anteriormente, no tanto porque resulte aplicable a esas instalaciones y a esas aguas privadas el apartado 1.º de la disposición transitoria 4.ª de la Ley de Aguas de 1985, con su mandato genérico de irretroactividad de la ley para las aguas privadas, sino porque las aguas marinas desalinizadas y privadas parecen considerarse por la Ley 46/1999 como aguas no «continentales» y no integradas en el «ciclo hidrológico único», por lo que quedan fuera del alcance de lo que esta normativa de 1995 y 1999 haya previsto para el conjunto de las aguas públicas o privadas. Ello significa, en esencia, que para estas aguas privadas no habrá regido nunca la peculiar opción del titular de aguas privadas para inscribir su derecho en un plazo de tres años ya en el Registro de Aguas, ya en el Catálogo de aguas privadas (cfr. disposiciones 2.ª a 4.ª de la Ley de Aguas de 1985), y que no serán aplicables a estas aguas privadas los severos y oscuros límites regulados en los apartados 3.º y 4.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas.

4. *El régimen jurídico resultante de las normativas de 1995 y 1999*

Las aguas marinas desalinizadas privadas tienen este carácter privado, según se explicó, porque han sido ya sustraídas del dominio público marítimo-terrestre y no han llegado a integrarse todavía en el dominio público hidráulico correspondiente a las aguas continen-

tales, llenando el vacío o «tierra de nadie» que queda entre la Ley de Costas y la de Aguas el principio civil de la ocupación. Esta propiedad privada de aguas resulta regulada de modo bastante diferente a la propiedad de la mayoría de las aguas privadas e integradas en el ciclo hidrológico porque, como se deduce de lo explicado en el epígrafe anterior, en ningún caso (y menos aún para aguas desalinizadas en instalaciones construidas tras la entrada en vigor de la Ley 46/1999) serán aplicables a dichas aguas desalinizadas privadas los severos y oscuros límites legales contenidos en los apartados 3.º y 4.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas de 1985. Como consecuencia de ello, en particular, dichas aguas privadas quedan formalmente fuera del alcance de la planificación hidrológica. Y en otro sentido, y por irrazonable que resulte, estas aguas privadas desalinizadas (privadas patrimoniales de entes públicos, en su caso) hay que entender que se regularán sólo por el Código civil y no por la regulación de las aguas privadas de la Ley de Aguas de 1879, a la vista de la disposición final primera y de la disposición derogatoria de la Ley de Aguas de 1985 (31). La más completa regulación de las aguas privadas de la Ley de Aguas de 1879, de la que la regulación del Código civil no es sino un resumen, no podrá formalmente invocarse sino como elemento histórico de interpretación (cfr. art. 3 del Código civil).

Como aguas privadas, estas aguas marinas desalinizadas estarán en el tráfico privado y serán, en teoría, usucapibles con la amplitud con que todo ello está reconocido para los bienes inmuebles en el Código civil. Sin embargo, al proceder en muchos casos de plantas desaladoras sobre las que sus titulares tendrán meros derechos privados administrativos o, si se quiere, derechos reales administrativos, serán, por dicha razón indirecta y como corrientes de aguas discontinuas, meras aguas privadas temporales (cfr. arts. 66 y concordantes de la Ley de Costas de 1988) y aguas privadas bastante vulnerables como derecho subjetivo, susceptibles de extinguirse, por ejemplo, si la Administración declara la caducidad del derecho administrativo de ocupación del dominio público marítimo-terrestre por inactividad de un año de la planta desaladora —aunque podría también considerarse «*justa causa*» de la inactividad la no necesidad de producción de agua en época de lluvias normales o abundantes: cfr. art. 79.1.º, letra *b*), de la Ley de Costas de 1988—. Y las plantas desaladoras clandestinas que impliquen ocupación ilegal del dominio público marítimo-terrestre (las aguas procedentes de ellas creo que

(31) Esta desafortunada forma de derogar la vieja Ley de Aguas por la nueva de 1985, forma de derogar criticada por muchos autores, parece responder a graves errores conceptuales padecidos por uno de los autores de la Ley de 1985. Véase al respecto mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pág. 369.

también puede defenderse que sean privadas) también podrán ser denunciadas y desmontadas por la Administración según la estricta regulación de la Ley de Costas —cfr. arts. 9.2.º; 40; 90, letra a); 91.2.º, letra b); 103-1.º; 108 y disposición transitoria 4.ª—, aunque el supuesto no haya sido específicamente contemplado por el reformado artículo 108 de la Ley de Aguas. A las plantas desaladoras clandestinas situadas fuera del dominio público marítimo-terrestre podría alcanzarles únicamente el precepto genérico del artículo 108, letra g), de la Ley de Aguas.

O sea, que ya se ve que estamos en ciertos casos ante unas aguas privadas un tanto vulnerables (incluso si situadas las instalaciones en la zona de servidumbre del dominio público marítimo-terrestre: cfr. art. 55.1.º de la Ley de Costas), con una propiedad privada en cierto modo temporal, y peculiares en ese sentido. Con todo, esta peculiar vulnerabilidad o temporalidad de las aguas marinas desalinizadas y privadas no existirá en los supuestos, tampoco infrecuentes, en los que las plantas desaladoras estén situadas a varios centenares de metros de la ribera del mar y fuera de la zona de servidumbre de protección, puesto que en estos casos la planta desaladora misma sí que podrá ser de propiedad privada o de dominio público municipal (no, en principio, al parecer, privada patrimonial del Municipio, por su habitual afectación a un servicio público como el abastecimiento de poblaciones).

La previsión legal del artículo 2, letra e), de la Ley de Aguas reformada en 1999 de que sólo se dominializarán o publicificarán las aguas desalinizadas «una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen...» a las aguas, cauces, lechos o acuíferos de dominio público hidráulico, resulta necesariamente inexacta respecto de las aguas desalinizadas de las grandes plantas desaladoras dedicadas al abastecimiento de poblaciones, e incierta en su alcance preciso respecto de las pequeñas plantas desaladoras privadas acaso dedicadas al regadío (32).

En efecto, las aguas marinas desalinizadas en las grandes plantas desaladoras para abastecimiento de poblaciones serán conducidas siempre hasta sus consumidores finales por canalizaciones artificiales, acaso atravesando temporalmente estanques o depósitos también artificiales, y es evidente que se dominializan por su afectación

(32) La mencionada y restrictiva exigencia legal de incorporación al ciclo hidrológico de las aguas marinas desalinizadas resultó muy polémica durante la tramitación parlamentaria de la Ley 46/1999, habiéndose presentado por el PSOE e Izquierda Unida enmiendas tendentes a suprimirla y que, lamentablemente, fueron rechazadas. Se trata de las enmiendas 65, 66 y 183, presentadas al texto del artículo 2, y de la enmienda 189, presentada al texto del artículo 12 bis.

al servicio público del abastecimiento de poblaciones, y no por su supuesta y estricta «*incorporación*» a otras aguas públicas o a cauces o lechos de dominio público. Incluso si las sobrantes del consumo de la población, por no verterse directamente al mar, llegaran a incorporarse ulteriormente a dichas aguas o cauces públicos, es evidente que para entonces ya serían aguas públicas y que la correspondiente «*incorporación*» resultaría jurídicamente irrelevante a estos efectos. Es sólo a través de su posible reutilización, con o sin previa depuración, como estas aguas marinas desalinizadas en las grandes plantas desaladoras terminarán finalmente incorporándose a cauces o lechos públicos o al ciclo hidrológico único.

En cuanto a las aguas marinas privadas y desalinizadas en pequeñas plantas desaladoras acaso destinadas al regadío, el momento de su «*incorporación*» a cauces o lechos públicos resultará dudoso en la medida en que lo es el carácter público de los cauces de los arroyos que atraviesan fincas privadas (incluyendo fincas privadas patrimoniales de entes públicos) o el de los lechos de lagunas o lagos situados en terrenos también privados (o privados patrimoniales de entes públicos). Como, por razones complejas que no cabe exponer aquí (33), creo que son de propiedad privada los cauces situados en fincas privadas tanto de arroyos privados como de arroyos públicos, y que también son de propiedad privada los lechos de lagunas o lagos de propiedad privada (o privada patrimonial de entes públicos), hay que sacar de ello la conclusión de que, en primer lugar, las aguas sobrantes de una pequeña planta desaladora sólo se dominializarán por «*incorporación*» (y entiéndase que sólo las sobrantes en cuanto tales, no la misma corriente discontinua de aguas generada en la planta desaladora) cuando desemboquen en el cauce de un río, de un embalse de un río o de un tramo de un arroyo situado en terreno que sea de estricto dominio público por otras razones. Y, en segundo lugar, hay que concluir que a las aguas sobrantes de la planta desaladora privada les serán aplicables, por analogía con las demás corrientes de aguas privadas y mientras circulen por cauces privados de arroyos, las reglas sobre las aguas sobrantes de la Ley de Aguas de 1879 (arts. 5 y ss.) (34).

En cuanto a la posible «*incorporación*» de las aguas marinas desalinizadas a los acuíferos de dominio público, aparte la dificultad práctica evidente de precisar los límites de dichos acuíferos y del carácter más bien retórico de su dominialización, no se acaba de ver claro el funcionamiento posible de dicha «*incorporación*», como no

(33) Véase mi libro de 1996, págs. 609 y ss.

(34) Véase mi libro de 1996, págs. 588 y ss.

fuera en la hipótesis, en absoluto descartable en un futuro próximo, de deliberada recarga artificial de algún acuífero con aguas marinas desalinizadas. Fuera de tal hipótesis, si aguas sobrantes de una corriente de aguas marinas desalinizadas y privadas fueran absorbidas por la tierra en una zona en la que exista un acuífero, más que su conversión en aguas de dominio público, parece que lo que, a efectos prácticos, se daría realmente sería una desaparición de esas aguas en sentido jurídico, de modo que se hace sumamente difícil intentar imaginar un posible conflicto sobre ellas o para qué habrían de interesar ya al Derecho.

Con todas estas acotaciones, limitaciones y prevenciones realizadas en la anterior explicación, podría aceptarse la idea de algún autor (35) de que la «incorporación» de que trata el nuevo artículo 2, letra e), de la Ley de Aguas recurre a la clásica idea de accesión como técnica de incorporación de bienes al dominio público hidráulico. Y aún cabría matizar esa idea observando que, puesto el precepto en relación con los artículos 1.2.º y 2, letra a), de la propia Ley de Aguas, parece que la «*idea fuerza*» de la nueva regulación de 1999 es la de la relevancia de la «incorporación» de las aguas desalinizadas al ciclo hidrológico, que no es una cosa (cosa principal) como requiere la noción de accesión, más que la de la relevancia de la «incorporación» de las aguas desalinizadas a un cauce o lecho de dominio público (éstos sí que podrían considerarse, aunque más bien sólo en forma mediata, como «cosa principal»). Y además de todas estas atenuaciones a la aplicabilidad en nuestro supuesto de la idea de accesión, todavía debería señalarse que la misma jugaría en este nuevo apartado del artículo 2 en un sentido contrario al que tuvo en los apartados b) a d) del propio artículo 2, en los que representó una modalidad de accesión «inversa» (cosa principal el agua y cosa accesoria la tierra), contraria al sentido tradicional desde el Derecho romano del juego del principio de accesión en el Derecho de aguas (cosa principal la tierra y cosa accesoria el agua) (36). Una nueva incoherencia más de toda esta deficiente regulación de la desalación de la Ley 46/1999.

Ya ha quedado explicado anteriormente que el artículo 12 *bis* de la reformada Ley de Aguas ha derogado la (acaso ya antes ilegal, como vimos) competencia de la Administración hidráulica para otorgar concesiones administrativas sobre aguas marinas para su desalación que habían reconocido los artículos 3 y 4 del Decreto

(35) Cfr. Eloy COLOM PIAZUELO, «El dominio público hidráulico. Novedades», en la versión multicopiada del libro de las Jornadas sobre Derecho de Aguas celebradas en Zaragoza los días 24 y 25 de febrero de 2000, págs. 3 y ss.

(36) Véase mi libro de 1996, págs. 623 y ss.

1327/1995, ya en cuanto competencia del Organismo de cuenca, cuando la «producción» prevista de agua fuese de menos de 500.000 metros cúbicos anuales, ya en cuanto competencia del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (hoy, Ministerio de Medio Ambiente), cuando la «producción» prevista fuese menor que la de esa cifra mencionada. Hoy, parece que la Administración (toda Administración) carece de base legal para limitar directamente la cantidad de agua que se haya de desalar en las futuras plantas desaladoras que se instalen, y que sólo indirectamente podrá limitar esa cantidad de agua «producida» a base de otorgar concesiones administrativas para el uso privativo de porciones pequeñas de terreno del mar territorial, por ejemplo, cuando hayan de instalarse nuevas plantas desaladoras (apartado 2.º del art. 12 *bis*). Quizás se parte de que, dada la inmensidad del mar, y que el agua de éste no es un recurso escaso, y dado el importante coste económico de las técnicas desaladoras, la vocación planificadora y de implantación de la discrecionalidad que caracteriza a la Ley de Aguas de 1985 tendría aquí menos sentido.

La disposición adicional segunda del Decreto de 1995 impone a los beneficiarios de las desaladoras que hayan sido construidas a cargo del Estado el pago del llamado (aunque no en este precepto reglamentario) *canon de regulación* establecido en el artículo 106 de la Ley de Aguas (precepto reformado, por cierto, por la Ley 46/1999). Ni antes de la entrada en vigor de la Ley 46/1999, ni mucho menos después, cabía (cabe) defender, por interpretación *a contrario* de dicho precepto reglamentario, que puedan entenderse excluidos por ello los cánones de vertidos y de ocupación del dominio público marítimo-terrestre que se regulan en el artículo 105 de la Ley de Aguas de 1985 (también reformado por la Ley 46/1999) y en los artículos 84 y 85 de la Ley de Costas de 1988.

Bajo el titulillo «Registro de desalinizadoras», el artículo 7 del Decreto de 1995 establece que «el organismo de cuenca llevará un registro de concesiones y autorizaciones para desalinizadoras, en el que se inscribirán de oficio sus características esenciales y aquellas observaciones que se consideren precisas, así como los cambios de titularidad». Y a continuación se remite a la insulsa regulación del Registro de Aguas por el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, que al menos dará fundamento a que se hayan de reflejar en el Registro de desaladoras las cuantías de los caudales de agua que se vayan desalinizando. Aunque es claro que hubiera sido más razonable abrir una nueva sección en el Registro de Aguas, los autores del Decreto prefirieron crear un nuevo Registro autónomo y paralelo, sometido, como se ve, a la misma regulación. El problema principal

de esta regulación, en cierto modo confirmado y ampliado tras la entrada en vigor de la Ley 46/1999, es el de que no se ha previsto, ni en 1995 ni en 1999, la inscribibilidad en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca de las pequeñas plantas desaladoras privadas y de las aguas privadas procedentes de aguas marinas desalinizadas. Esta inscribibilidad creo que convendría que fuera en el futuro reconocida por la jurisprudencia, para tapar razonablemente una laguna de la normativa en estudio.

Recuérdese también que existe otro Registro administrativo para títulos relativos al dominio público marítimo-terrestre regulado en el artículo 37.3.º de la Ley de Costas.

Ninguna duda ofrece la posible inmatriculación de desaladoras «privadas» en el Registro de la Propiedad, así como la de las aguas marinas desalinizadas y privadas (incluso como finca independiente: cfr. art. 66 del Reglamento hipotecario), ni la inmatriculación en dicho Registro de concesiones administrativas (acaso en teoría de legalidad discutible, como vimos) sobre aguas públicas procedentes de la desalación de aguas marinas (cfr. arts. 31 y 64 del Reglamento hipotecario). Y véase también el artículo 70.1.º de la Ley de Costas.

El párrafo segundo del apartado 2.º del artículo 12 *bis* de la nueva Ley de Aguas reformada establece que *«aquellas autorizaciones y concesiones que deban otorgarse por dos o más órganos u organismos públicos de la Administración General del Estado se tramitarán en un sólo (sic) expediente, en la forma que reglamentariamente se determine»*. Este precepto es el único añadido a la regulación de la desalación que contenía ya el anteproyecto de reforma de la Ley de Aguas de mayo de 1997. Las posibilidades simplificadoras del futuro reglamento se ven más claras o verosímiles cuando se trate de diversas resoluciones administrativas a dictar por una misma Administración estatal (la hidráulica, por ejemplo), pero cuando hayan de intervenir varias Administraciones de las pertenecientes a la Administración General del Estado (la hidráulica, por un lado; la competente sobre el dominio público marítimo-terrestre, por otro; la competente sobre cuestiones relacionadas con el consumo o generación de energía, por otro; etc.) esas posibilidades simplificadoras parece que quedarán reducidas a una mera unión o superposición formal de dos o más expedientes administrativos sustancialmente diversos, si es que el futuro reglamento pretende evitar el producir mermas sustanciales en las competencias respectivas de las correspondientes Administraciones. La preocupación por el principio de economía procesal es en la nueva regulación más aparente que real.

Por lo demás, la nueva normativa de 1999, siguiendo en esto los criterios del Decreto de 1995 (cfr. art. 3, apartados 3.º y 5.º; art. 4,

apartado 6.º, y art. 5) y un criterio general que la propia Ley instaure expresamente para todas las concesiones administrativas sobre el dominio público hidráulico (cfr. art. 57.8.º de la Ley 46/1999), hace un amplio llamamiento, pese a las pretensiones comentadas de unificación formal en un solo expediente, a muy diversas competencias administrativas que supone han de concurrir en este novedoso campo de la desalación de las aguas marinas (cfr. el art. 12 *bis*, que alude a las Administraciones competentes sobre las aguas continentales, sobre el mar territorial y zona marítimo-terrestre, sobre sanidad; competentes por razón de la legislación sectorial aplicable, como la de la energía, y competentes sobre actos de intervención y uso del suelo). Véase también el artículo 61 de la Ley de Costas.

El artículo 6 del Decreto de 1995, relativo a la energía consumida o generada en los procesos de desalación, puede entenderse que subsiste tras la entrada en vigor de la Ley 46/1999: tiene perfecto sentido aquí el adagio tradicional de que la norma general posterior no deroga la anterior más especial (37).

5. *Las plantas desaladoras reguladas en el artículo 4.5.º del Decreto de 1995*

Según el artículo 4, apartado 5.º, del Decreto 1327/1995:

«Cuando la actividad de desalación se realice con agua marina para consumo del titular de la planta, siempre que el volumen total producido de agua desalada sea inferior a 7.000 metros cúbicos cada año, no será de aplicación lo dispuesto en este Real Decreto, excepto lo establecido en el artículo 6.

En todo caso se deberá notificar al organismo de cuenca correspondiente la actividad que se realiza.»

Hay que tener en cuenta, para valorar un precepto como éste, que el configurar como privadas las aguas obtenidas por plantas desaladoras de muy pequeño tamaño no parece que entrañe riesgos serios para los intereses sociales o generales (o esos riesgos, de existir, serán con seguridad menores que los que pueden suponer los pequeños manantiales o pozos contemplados en el art. 52.2.º de la Ley de

(37) Las Sentencias de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998 y de 1 de marzo de 1999 han declarado que dicho artículo 6 del Decreto de 1995 no ha reconocido un trato de favor a estas instalaciones generadoras de energía eléctrica respecto de otras instalaciones dedicadas a lo mismo. Cfr. *Aranzadi*, núms. 4172 y 1830.

Aguas). ¿Qué inconveniente puede haber en que, existiendo dos hoteles en un islote y uno de ellos con una planta desaladora, venda parte del agua obtenida el mencionado hotel al otro perteneciente a distinto dueño? ¿Tiene la Administración hidráulica interés y medios como para ocuparse de problemas como éstos (intentando imponer, en nuestro ejemplo, el riguroso autoconsumo al titular de la única desaladora)?

Desde argumentos como éstos, consideré en mi libro de 1996 defendible y hasta conveniente el carácter privado de las aguas marinas desalinizadas en las pequeñas plantas desaladoras que contempla el artículo 4.5.º del Decreto de 1995.

Tras la entrada en vigor de la Ley 46/1999, tal y como aquí ha sido interpretada, esa interpretación del artículo 4.5.º del Decreto podría decirse que ha sido legalmente confirmada y aun rebasada, al generalizarse ahora la declaración legal del carácter privado de las aguas marinas desalinizadas antes de su integración en el ciclo hidrológico —art. 2, letra e), de la nueva ley—. Más que derogado, el artículo 4.5.º ha devenido ahora innecesario, al generalizarse por la Ley su (probable) solución a todas las aguas marinas desalinizadas. Los artículos 50.1.º y 57.1.º de la Ley de Aguas han dejado de obstaculizar al artículo 4.5.º del Decreto, si se acepta la interpretación sostenida en estas páginas sobre la desalación, porque esos preceptos legales no se refieren a las aguas privadas.

Y no parece razonable tampoco entender subsistente el precepto a los efectos de afirmar que, por debajo de una «producción» de agua marina desalinizada inferior a 7.000 metros cúbicos anuales, no serían aplicables ninguna de las autorizaciones o concesiones administrativas a que se refiere el artículo 12 *bis* de la Ley 46/1999. Casi todas esas autorizaciones administrativas resultarán inaplicables, no porque exista en nuestro caso una norma excepcional, sino por la misma escasa entidad de la desalinización de agua que se realizará, y por lo demás, esa escasa entidad de la desalinización realizada de lo que no llegará a eximir a los que pretendan instalar la pequeña planta desaladora es de tener que obtener una concesión administrativa sobre el uso privativo de una pequeña porción de terreno del dominio público marítimo-terrestre (si es que no pretenden instalarla fuera del mismo, se entiende).

Puede ofrecer alguna duda la inscribibilidad de desaladoras privadas y de las aguas marinas desalinizadas en ellas y privadas en el Registro de desalinizadoras instaurado por el artículo 7 del Decreto de 1995 desde la presuposición de que todas las aguas marinas desalinizadas eran siempre y necesariamente aguas públicas. Al menos para las pequeñas plantas desaladoras del artículo 4.5.º del Decreto

de 1995, parece clara la no necesidad de inscripción a la vista del texto del mismo precepto, y aunque el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, a que se remite el artículo 7 del Decreto, prevea la inscripción de los derechos (sobre aguas públicas, no se olvide) reconocidos en el artículo 52.2.º de la Ley de Aguas.

6. *Las competencias legislativas sobre aguas marinas desalinizadas*

Suele decirse que el Derecho va siempre por detrás de la realidad social, y eso es al menos lo que con la desalación de aguas ha ocurrido en nuestro país. El fenómeno ha irrumpido con fuerza en nuestra sociedad en el mismo momento en que se estaba realizando y culminando una etapa legislativa sobre las aguas y las costas en el nuevo marco, todavía no cerrado del todo, de nuestro Estado de las Autonomías. Pues bien, no hay regulación sobre la desalación ni en la Ley de Aguas de 1985, ni en sus Reglamentos de 1986 y 1988, ni en la Ley de Costas de 1988; ni en su Reglamento de 1989; ni han aludido expresamente al tema las fundamentales Sentencias del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas de 1985, y 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley de Costas de 1988; ni las versiones originarias de ninguno de los Estatutos de Autonomía —salvo alusiones implícitas del artículo 34, A), 2, del Estatuto de Canarias de 1982— (38), ni las versiones reformadas de algunos de dichos Estatutos como consecuencia de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, norma que, como ha sido notado (39), posibilitó sólo, en forma asimétrica y discutible, reformas robustecedoras de las competencias legislativas sobre aguas de Estatutos de Comunidades Autónomas que habían accedido a la autonomía por el artículo 143 de la Constitución y que fueran costeras (o sea, aquellas, como Baleares o Murcia en particular, en las que caben cuencas intracomunitarias, y que son también,

(38) El mencionado precepto utiliza términos como «captación», «transformación» y «fabricación» de agua, términos que mantiene, sin introducir el de «desalación», el actual artículo 30.6.º del Estatuto canario, modificado por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre.

(39) Por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, quien ha criticado también, con razón en mi opinión, la erosión que está sufriendo, por el ambiente político del momento y por consecuencia de algunas afirmaciones menores y ambigüedades de la Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional, el decisivo y necesario principio de la competencia legislativa y ejecutiva estatal sobre las aguas de las cuencas hidrográficas intercomunitarias. Cfr. *Derecho de aguas*, 1997, págs. 427 y ss.

por lo que aquí interesa, en las que se puede dar la desalación de aguas marinas) (40).

En este contexto y ante tanto silencio normativo, no resulta nada fácil trazar la delimitación entre las competencias legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia tan peculiar y novedosa como la desalación de aguas marinas. Aun así, parece que es útil recordar algunas declaraciones de nuestro Tribunal Constitucional, que pueden ayudar al menos a situar un problema complejo que no cabe aquí abordar con todos sus matices. La Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional sostuvo un concepto amplio de cuenca hidrográfica y aceptó la noción del ciclo hidrológico único, aunque sin precisar sus límites o su exacto perfil (cfr: FJ 15); sostuvo la existencia de una reserva de ley estatal en cuanto a la exclusión o inclusión de bienes en el dominio público estatal mencionado en el artículo 132.2.º de la Constitución, admitiendo, por supuesto, que podía existir también dominio público no estatal (cfr: FJ 14); y sostuvo que no puede entenderse, como regla general, que disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de una ley aprobadas por el Gobierno hayan de tener necesariamente carácter básico (cfr: FJ 32). En definitiva, esta importante Sentencia 227/1988 reconoció la sustancial competencia legislativa del Estado sobre las aguas pertenecientes a las cuencas hidrográficas intercomunitarias (la inmensa mayor parte de las aguas continentales del país) y reconoció sólo competencias legislativas sobre aguas de cuencas intracomunitarias a las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Valencia, Canarias y (en teoría) Navarra. Las reformas de algunos otros Estatutos de Autonomía impulsadas tras la Ley Orgánica 9/1992, como se ha dicho, han generalizado esas competencias legislativas sobre las cuencas hidrográficas intracomunitarias, aunque en realidad sólo de modo efectivo respecto de algunas Comunidades Autónomas costeras.

La Sentencia 149/1991 del Tribunal Constitucional reconoció una competencia legislativa estatal bastante amplia sobre el dominio público marítimo-terrestre, al delimitar dicha competencia respecto de otras competencias legislativas autonómicas, como las de ordenación del territorio, medio ambiente, vivienda y urbanismo. Consideró el Alto Tribunal que era una opción legítima la de que el legislador hubiera reservado a la Administración estatal la gestión del dominio público del Estado —cfr. FJ 4, A)— y que su facultad de otorgar con-

(40) Véanse el artículo 10.1.º, 2.º, 7.º y 8.º del Estatuto de Murcia, modificado por Leyes Orgánicas 4/1994, de 24 de marzo, y 1/1998, de 15 de junio; y artículo 10.3.º y 8.º del Estatuto de Baleares, modificado por Leyes Orgánicas 9/1994, de 24 de marzo, y 3/1999, de 8 de enero.

cesiones para ocupar bienes de dominio público marítimo-terrestre no le debía llevar a interferir o perturbar el ejercicio de las potestades de las Comunidades Autónomas en aquellos ámbitos materiales sobre los que éstas ostentan competencia de ejecución —cfr. FJ 4, G, a)—, según los parámetros de la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1984 (cfr. FJ 2). El Tribunal Constitucional da por buena la regulación del uso común del dominio público marítimo-terrestre del artículo 31.1.º de la Ley de Costas de 1988, precepto que considera una norma tradicional, aunque afirma que dicho precepto no excluye que ese uso común haya de ajustarse a las normas dictadas por Comunidades Autónomas cuando tal utilización implique la realización de actividades sobre las que éstas tienen competencia material —cfr. FJ 4, B, a)—. Finalmente, afirma la Sentencia 149/1991 la posibilidad, en general y especialmente en materia de medio ambiente, de la existencia de normas básicas de carácter reglamentario «*cuando esas normas sean complemento necesario de las establecidas con valor de ley*» —cfr. FJ 3, C)—.

Con este telón de fondo descrito, la disposición adicional primera del Decreto 1327/1995 declaró la aplicabilidad directa de dicha norma en las cuencas hidrográficas intercomunitarias y su aplicabilidad supletoria en los territorios de las Comunidades Autónomas con cuencas hidrográficas intracomunitarias. En el año 1995, el Decreto pudo entenderse referido ya tendencialmente, tras las reformas de Estatutos realizadas o pendientes a consecuencia de la Ley Orgánica 9/1992, a todas las Comunidades Autónomas con cuencas intracomunitarias. Sin embargo, la acertada disposición del Decreto se formula con una cierta timidez, al acotarse por el inciso «*en cuanto a las aguas terrestres*», inciso que conviene entender que no dejó fuera del ámbito del precepto a las aguas del mar desalinizadas, lo que hubiera vaciado de casi toda su utilidad a la norma y no parece deba admitirse que ocurriera sin una más clara formulación legal remitiéndose a otra diversa delimitación competencial para dichas aguas marinas desalinizadas (la de la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, por ejemplo).

Esta delimitación competencial del Decreto de 1995 creo que era compatible con la doctrina antes resumida del Tribunal Constitucional, y que acertaba al presuponer que las aguas marinas desalinizadas debían ser siempre y en todo momento públicas; al presuponer un concepto amplio de cuenca hidrográfica y un concepto amplio de integración en el ciclo hidrológico (cfr. también el art. 2 del Decreto) y al atraer a la competencia de la Administración hidráulica estatal la gestión de la mayor parte de las aguas marinas desalinizadas del

país. La limitación que establecía sobre posibles futuras regulaciones legales autonómicas de la desalación para las cuencas intracomunitarias era, con los presupuestos doctrinales señalados, una exigencia ineludible de los Estatutos de Autonomía correspondientes y de la doctrina del Tribunal Constitucional (41).

De modo que, pese a las posibles infracciones anteriormente señaladas del Decreto de 1995 contra el principio de jerarquía normativa o contra la reserva de ley estatal existente sobre la propiedad privada o sobre el dominio público estatal, su regulación sobre la delimitación competencial de la disposición adicional primera era acertada y merecería el esfuerzo de intentar mantenerla en la medida de lo posible incluso cuando la Ley 46/1999, presuponiendo un restrictivo y erróneo concepto de la integración en el ciclo hidrológico, parece haber abierto un amplio campo a la propiedad privada del agua en tema de aguas marinas desalinizadas y ha debilitado sustancialmente las competencias en el mismo de la Administración hidráulica (42).

Al menos, ante esta mala regulación legal estatal de la desalación de aguas, creo que no conviene esperar la posible mejora en nuestro tema de futuras reformas legales autonómicas, reformas que podrían acaso ampliar su ámbito a todas las Comunidades Autónomas costeras incluso en territorio de cuencas intercomunitarias desde un concepto restringido de cuenca hidrográfica (cfr. art. 14 de la Ley de Aguas) y de similar concepto restringido de las «*aguas continentales*» (cfr. arts. 1.2.º y 2 de la Ley de Aguas), porque ello, pese a la entidad de estos argumentos, presentaría el riesgo de la heterogeneidad de soluciones y chocaría probablemente, si se pretendiera abordar nor-

(41) El Dictamen del Consejo de Estado de 6 de julio de 1995 se pronunció en favor de la legalidad del que habría de ser Decreto 1327/1995, de 28 de julio, y de su disposición adicional primera, invocando genéricamente la doctrina del Tribunal Constitucional, presuponiendo el carácter siempre público de las aguas marinas desalinizadas, y argumentando desde la noción amplia de integración en el ciclo hidrológico del artículo 2 del mencionado Decreto. Cfr. *Recopilación de Doctrina Legal*, núm. 386, 1995, pág. 1616. Y en la misma línea argumenta la Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998, rechazando que el Decreto de 1995 incurriera en ilegalidad, al considerarlo amparado por la Ley de Aguas de 1985, y rechazando también que la competencia legislativa en materia de desalación correspondiese de forma principal a las Comunidades Autónomas. Cfr. *Aranzadi*, núm. 4172.

(42) Todo lo cual, ciertamente, además (acaso) del texto del artículo 44.1.º, letra d), de la Ley 46/1999, podría utilizarse para argumentar en defensa de que la desalación de aguas marinas quedase, como «*ordenación del litoral*», bajo la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas costeras incluso en el ámbito territorial de cuencas hidrográficas intercomunitarias. No será fácil que se dé la ocasión de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la desalación en el Derecho estatal. El Gobierno de Aragón ha interpuesto en marzo de este año 2000 un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 46/1999, que ha sido admitido a trámite a primeros de abril, pero en relación, al parecer, con la regulación por esa norma del llamado mercado del agua y sin cuestionar la regulación de la desalación.

mativamente el fondo del problema, con la reserva de ley estatal que existe sobre el dominio público estatal. El camino para rectificar los errores de la Ley 46/1999 sobre la desalación de aguas marinas parece, por eso, que no puede ser otro, en este punto como en tantos otros, que una nueva y mejor Ley de Aguas (43).

(43) No sólo la desalación ha sido regulada muy deficientemente en la Ley 46/1999, sino casi todas las cuestiones tratadas en la Ley que presentan cierta complejidad (por ejemplo, el llamado mercado del agua, o la reutilización de aguas, o la delimitación de las obras hidráulicas calificadas como de «interés general», o la delimitación entre las obras hidráulicas privadas y públicas), habiéndose introducido también temas complejos con regulación excesivamente parca e insuficiente (por ejemplo, la cuestión de los caudales ecológicos en el art. 57.7.º, o la peculiar unificación de captaciones individuales de agua de los arts. 54.1.º y 79.3.º). Como la muy deficiente Ley de Aguas de 1985 se ha respetado de forma casi total, subsisten todas las importantes razones que había para pedir una reforma profunda de nuestra legislación de aguas, pero incrementadas ahora con otro buen número de razones reconducibles todas a la misma razón de fondo: la muy mala técnica legislativa de esta normativa de 1985-1999. Véase mi libro *Aguas públicas, aguas privadas*, 1996, págs. 731 y ss.