

EL AGUA COMO MERCANCIA

Por
RAMÓN MARTÍN MATEO

SUMARIO: 1. LOS MERCADOS DEL AGUA EN EL ANTIGUO RÉGIMEN. EL CASO DEL SURESTE ESPAÑOL.—2. LA RACIONALIZACIÓN POR EL DERECHO PÚBLICO DE LOS USOS DEL AGUA: *El modelo histórico*.—3. TRANSACCIONES SOBRE DERECHOS SOBRE EL USO DEL AGUA. EXPERIENCIAS COMPARADAS RECIENTES: A) *El caso californiano*. B) *La vigente legislación chilena*. C) *La inviabilidad de la liberalización sustancial del uso del agua*.—4. POSIBILIDADES TRANSACCIONALES ENTRE PARTICULARES DE DERECHOS DE AGUA EN EL MARCO DE LA LEY DE AGUAS DE 1985: A) *Agua de disponibilidad privada: pervivencia de situaciones preconstitucionales*. B) *Aguas de Canarias*. C) *La cesión de derechos de aguas en la Ley de 1985*.—5. EL IMPULSO DE LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL PROYECTO DE LEY 46/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 29/1985, DE 2 DE AGOSTO, DE AGUAS: A) *El marco de la reforma*. B) *Una reforma razonable*. C) *La modificación del régimen de transferencia de derechos*. D) *La transmisión de derechos concesionales en circunstancias extraordinarias*. E) *Transporte*. F) *Contención*.—6. LAS AGUAS MARINAS DESALADAS.

1. LOS MERCADOS DEL AGUA EN EL ANTIGUO RÉGIMEN. EL CASO DEL SURESTE ESPAÑOL

En cualquier sistema, y no importa en qué región, la posible intervención del mercado en la asignación de usos del agua está normalmente relacionada con una demanda insatisfecha, lo que no es el caso cuando se dispone de abundancia de caudales, existen sistemas de transporte y la agricultura es de secano o se sostiene gracias a una pluviometría abundante.

Estas últimas circunstancias se han dado históricamente en el norte de Valencia y Cataluña, dos ámbitos socioeconómicos donde la accesibilidad por parte de los regantes a ríos caudalosos y de sostenibles aportes les permitió aplicar sin mayores problemas la tecnología de reparto de agua ya empleada por las primeras civilizaciones de riego que los árabes trajeron consigo al invadir la Península Ibérica.

Otras son las características meteorológicas del denominado Sureste Ibérico, que ha estudiado magistralmente A. GIL OLCINA (1) y que abarca la mayoría de la actual provincia de Alicante, Murcia y

(1) Me refiero a su obra *La propiedad de aguas perennes en el Sureste Ibérico*, Universidad de Alicante, 1993. Con un enfoque más circunscrito, A. M. RICO AMORÓS, *Sobreexplotación de aguas subterráneas y cambios agrarios en el Alto Vinalopó (Alicante)*, Universidad de Alicante, Diputación de Alicante, 1994.

Almería, donde las precipitaciones son escasas y, en algunos años, en ciertas zonas nulas.

Ante la exigüidad de los efectivos disponibles, difícilmente podía ser una solución la distribución de un recurso supuestamente perteneciente a todas las criaturas según las Partidas, incluidos los hombres, lo que dio lugar a soluciones alternativas de Derecho privado, mediante la venta de aguas, que, como veremos, resultó injusto y sobre todo empobrecedor. El espontaneísmo del mercado del agua, ya abordado en la Edad Media, hubo de ser corregido mediante soluciones de Derecho público al avanzarse en la Historia y progresarse institucionalmente. El mercado del agua no es precisamente ni un invento postindustrial ni una solución satisfactoria en términos puramente académicos.

Según nos informa A. GIL OLCINA, a quien seguimos, inicialmente el agua, según lo ordenado por Alfonso X en 1268, se distribuía «por días y tiempo», quedando unido su disfrute a la propiedad de la tierra, lo que pronto se disociacionó, en el Reino de Murcia, cuando Lorca decidió vender diariamente en subasta la procedente de la Fuente del Oro (2). Otro tanto sucedió en la huerta de Alicante, donde se detectaron prácticas monopolísticas tendentes al encarecimiento, por lo que Juan I, a petición del Concejo, prohibió comprar derechos de agua a quienes no poseyeran tierras (3).

La sustantivización de los derechos de agua, separados, implica la difusión de su venta, arrendamiento y subasta mediante instituciones como las bolsas de agua, lo que concretamente determinó en estos parajes un alto coste para el riego (4). En Elche, la venta de las conducidas por la Acequia Mayor se hacía mediante subasta diariamente en la plaza (5).

La sustantivación de los derechos de agua, separados de la tierra, no implica ventajas para el dinamismo del sistema, sino contrariamente su estamentalización, concentrándose la titularidad en los mayorazgos de la clase nobiliaria, ciudades y manos muertas eclesiásticas.

El autor citado señala a este respecto que «una serie de conclusiones esenciales constituyen el denominador común para los tres grandes regadíos deficitarios del Sureste peninsular. En primer lugar

(2) *La propiedad de aguas perennes en el Sureste Ibérico*, pág. 50.

(3) Vid. A. ALBEROLA, *El pantano de Tibi y el Sistema de riegos de la Huerta de Alicante*, Instituto Juan Gil Albert, Alicante, 1981, y especialmente, «Agricultores y monopolistas: el control del agua de riego en las comarcas meridionales del País Valenciano durante la Edad Moderna», en M. T. PÉREZ, *Historia del mundo moderno*, Ed. Crítica, Madrid, 1982, págs. 188 y ss.

(4) A. GIL OLCINA, *op. cit.*, pág. 75.

(5) A. GIL OLCINA, *op. cit.*, pág. 761.

un proceso secular de concentración de derechos de agua en los linajes más prominentes del patriciado urbano, auspiciado por las prácticas endogámicas y la institución del mayorazgo» (6).

2. LA RACIONALIZACIÓN POR EL DERECHO PÚBLICO DE LOS USOS DEL AGUA

Es evidente que el sistema medieval de aprovechamientos hídricos no podía mantenerse en las condiciones expuestas en las regiones deficitarias, pero en la España del interior no existía un soporte institucional suficiente, por lo que una vez se progresaba en términos económicos y crecía la demanda de aguas se hacía necesario adoptar una serie de medidas de carácter general básicamente dirigidas a los siguientes objetivos:

- Liquidación de privilegios vía desamortización.
- Creación de una infraestructura pública, de la que fue precursor el Pantano de Tibi.
- Adopción de un cuadro normativo general.

Durante el siglo XIX y el presente, vía extinción de las vinculaciones y de la movilización de los bienes de las «manos muertas», desaparecen los controles privatistas sobre el agua. En la pasada centuria una política dinámica de obras públicas, aún inacabada, ha incorporado una importante infraestructura que incluye cerca de mil embalses para la acumulación y distribución de los caudales destinados a aplicaciones energéticas, regadíos y abastecimiento de poblaciones, en lo que no vamos a entrar. Nos referiremos tan sólo al cuadro normativo adoptado durante el siglo XIX y el presente, al objeto de constatar su incompatibilidad con el sistema de precios privados y mercados del agua, que en estos momentos se plantean.

El modelo histórico

En España, tempranamente se asume lo que hoy denominaríamos institucionalización de los bienes comunes, lo que afecta al agua. Así, las Partidas de Alfonso X el Sabio, en 1256, incluyen entre las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas el aire, el agua de la lluvia, el mar y sus riberas, mientras que los ríos pertenecerían a todos los hombres. En la primera categoría están los com-

(6) A. GIL OLCINA, *La propiedad de aguas perennes en el Sureste Ibérico*, pág. III.

ponentes básicos de la biosfera, el agua y el aire, de que los ríos son pura consecuencia. Hay, pues, aquí una premonición sorprendente de los planteamientos ambientales modernos sobre defensa de los bienes colectivos, que se materializa en la asignación a éstos de la condición de bien público (7), que trasciende a la adjudicación del estatuto propio del dominio público, régimen que no está previsto en otros ordenamientos de nuestro entorno.

La legislación de aguas española, que sigue las pautas de la tradición jurídica valenciana, que a su vez, como antes se expuso, conecta con la que emerge tras el Neolítico en Mesopotamia, recoge la gran preocupación social sobre el uso de este recurso escaso, esencialmente en áreas que disponen de una climatología benigna, idónea para el riego de los cultivos.

Como acertadamente se ha dicho, no puede por menos de resultar sorprendente que la primera Ley General de Aguas, de 3 de agosto de 1866, a la que sustituyó la de 13 de junio de 1879, se adopte, a pesar de todo, en un contexto pretendidamente liberal, lo que se justifica por la importancia de este recurso (8), recordando los comentarios de la Comisión redactora del Proyecto, que entendía que la sociedad no podía abandonar las aguas «al interés o a la codicia individual, sin ocasionar grandes perturbaciones al orden público».

Seguramente la Comisión, en la que se integraron conocidos expertos levantinos en esta materia, era conocedora de los trastornos que ocasionaba el sistema individualista de aprovechamiento de los contenidos económicos del agua, antes expuestos, y quería, precisamente en aras de la liberalización de estos recursos, sustraerlos de la posibilidad de su explotación monopolista y conservadora, a lo que, como veremos, están abocados los mercados del agua.

La posterior reforma del ordenamiento del agua por la Ley de 2 de agosto de 1985 profundiza en estos planteamientos, ampliando el ámbito del dominio público hídrico al incluir las aguas subterráneas, que anteriormente podían ser aprovechadas en régimen privativo por el dueño del terreno que las alumbraba, lo que es razonable dada la trascendencia de estas aguas, como ha destacado justamente R. LLAMAS (9).

(7) En este sentido, A. GALLEGU ANABITARTE, «El concepto de dominio público en el Derecho español, en concreto la Ley de Aguas de 1985», en *La gestión de los Recursos Hídricos en vísperas del siglo XXI. AIDA III*, Generalitat Valenciana, 1990, pág. 82. También de este autor, su aportación al Derecho histórico de aguas en la obra *El Derecho de Aguas en España*, Madrid, 1986, págs. 45 y ss., y 131 y ss.

(8) A. MENÉNDEZ REXACH, «Principios reformadoras de la nueva Ley de Aguas», en *AIDA III*, pág. 62.

(9) Entre otros, en su trabajo *La inserción de las aguas subterráneas en los sistemas de gestión integrados*, conferencia pronunciada en el X Congreso de la Asociación Brasileña de Aguas Subterráneas, São Paulo, 9-4 septiembre 1998.

La Ley de 1985, cuya glosa general no procede en este trabajo (10), incorpora la problemática contemporánea de la protección de la calidad de las aguas tanto superficiales como subterráneas, arbitrando, además de las cautelas preventivas obligadas, la exigencia de aportaciones económicas en aplicación del principio contaminador pagador (11).

Las coordenadas del sistema normativo son dos: la calificación como dominio público de todos los recursos hídricos continentales, lo que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional (12), y la supe-ditación de su aprovechamiento al otorgamiento de una concesión que compatibilice los distintos usos potenciales, alternativos o concurrentes, en función de su importancia social, y condiciona la explotación en función de las características del medio.

No olvidemos que no puede concebirse al margen del Derecho ningún sistema limitado de utilización del agua; no casualmente, como ha recordado un destacado hidrólogo, el primer código del mundo, el de Hamurabi, que entró en vigor aproximadamente en el año 1700 antes de Jesucristo, es esencialmente una Ley de Aguas (13).

3. TRANSACCIONES SOBRE DERECHOS SOBRE EL USO DEL AGUA. EXPERIENCIAS COMPARADAS RECIENTES

Las corrientes liberalizadoras se han introducido también en el régimen de las aguas, dando lugar a propuestas de modificación de las pautas universalizadas sobre su uso, adosado secularmente a la prevalencia de los intereses colectivos. Sin embargo, como veremos, salvo el caso chileno, el mapa jurídico no se ha modificado, y no sólo por razones ideológicas, sino sobre todo por imperativos de práctica utilidad.

Los defensores dogmáticos de la privatización, o más bien desregulación, del uso del agua sostienen que el mercado es capaz de deparar un uso más eficiente de recursos escasos a condición de que se garantice a los titulares de ciertos bienes que dejan de ser colectivos un derecho de exclusión, es decir de propiedad. Con apoyo técnico

(10) Vid. por todos la monografía de S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho de Aguas*. Cívitas, Madrid, 1987.

(11) Me remito a mi trabajo «Precios del agua y política ambiental», en A. EMBID, *Precios y mercados del agua*. Cívitas, Madrid, 1996, págs. 117 y ss. También, J. OLIVÁN, «La planificación hidrológica y el respeto a la posición constitucional sobre la protección ambiental», en J. BERMÚDEZ, *Constitución y planificación hidrológica*, Cívitas, Madrid, 1995, págs. 123 y ss., y A. EMBID, *La calidad de las aguas*, Cívitas, Madrid, 1994.

(12) Sentencia de 29 de noviembre de 1988.

(13) R. LLAMAS, *La inserción de las aguas subterráneas*, cit., pág. 80.

en R. H. COASE, cuyo famoso teorema fue publicado en 1960 (14), se ha defendido que en tales circunstancias no sería necesaria la intervención del Estado para impedir la internalización de externalidades, en cuanto que los propietarios al disponer de derechos de exclusión podrían, vía establecimiento de precios de mercado, garantizar la eficiencia económica.

Dejando para más adelante la revisión crítica de esta audaz formulación, vamos a repasar someramente algunas experiencias sobre los «supuestamente famosos» mercados del agua.

A) *El caso californiano*

En materia de régimen del agua, Estados Unidos no es un país didácticamente ejemplar; aquí se concitan los clásicos derechos públicos sobre los ríos navegables, las facultades tradicionalmente reconocidas a los ribereños en países de abundantes precipitaciones, las prácticas habituales en zonas áridas más respetuosas con los derechos prioritarios de los que explotan estos recursos con técnicas mineras. Finalmente, parece que contrariamente en USA se va difundiendo el control público y el requisito del uso efectivo, para obtener la protección legal.

Por todo ello se ha dicho que las normas vigentes en la materia son «fraccionadas, desorganizadas y cualquiera otra cosa menos comprensibles» (15).

La experiencia californiana en materia de transacciones sobre el agua ha sido invocada con frecuencia, ligeramente y sin suficiente conocimiento de causa, como ejemplificadora y estimuladora del libre mercado del agua; nada más lejos de la realidad, como ilustran las aportaciones de sólidos conocedores de esta problemática (16).

California es, como es sabido, un extenso Estado, de una superficie equivalente a la de España, que tiene una próspera agricultura de regadío, en zonas de escasas precipitaciones y extensas conurbaciones que acogen industrias de alta tecnología.

El derecho de aguas tradicional, sólidamente implantado, se ba-

(14) R. H. COASE, *Problem of social cost*, en «The Journal of Law and Economics», vol. III, octubre. Una traducción reciente, en F. AGUILERA y V. ALCANTARA, *De la economía ambiental a la economía ecológica*, Barcelona, 1991, págs. 65 y ss.

(15) W. GOLD, *Water Law*, cit. M. PARFIT, *Sharing the Wealth of Water*, en «National Geographic», Special Edition, 1993, pág. 24.

(16) Me refiero a C. BACER, *Régimen jurídico del agua: La experiencia de Estados Unidos*, «Revista CEPAL», núm. 49/1993, págs. 75 y ss., y especialmente su trabajo, que aquí seguimos, «El mercado del agua en California», en A. EMBID (Director), *Precios y mercados del agua*, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 180 y ss.

saba en el sistema anglosajón de la propiedad ribereña, asignada al primer apropiador, que ha sido matizado posteriormente por el legislador constitucional mediante la imposición del criterio del uso razonable y beneficioso.

El sistema hídrico está, no obstante, fuertemente administrativizado, con presencia activa del Gobierno Federal, a través del *Bureau of Reclamations*, que se ocupa de trasvases y aportación de agua para riego (en nuestro caso, principalmente por medio de trasvases desde Sierra Nevada a las áridas tierras en que se asientan los cultivos); el *State Board*, organismo de control y arbitraje de escala estatal, y los organismos de gestión, especialmente el *Metropolitan District* de Los Angeles y el *Imperial Irrigation District* del Valle Imperial.

El agotamiento de los caudales disponibles en las áreas de montaña de donde se captan los recursos demandados por las ciudades y los agricultores, y muy especialmente la oposición ecologista, que consiguió que en un referéndum se rechazase el proyecto previsto, determinaron que en épocas de aguda sequía (1987-1992), se procediese a la creación de un Banco de Aguas de naturaleza pública, que canalizaba a las áreas urbanas los caudales cedidos voluntaria y temporalmente por los regantes. La experiencia de reasignación de recursos ha sido positiva, pero tiene poco que ver con el esquema prático integral que ciertos entusiastas del mercado tienen en mente.

B) *La vigente legislación chilena*

Chile es el único país del mundo, salvo que en el interin otras naciones, como Perú, le hayan seguido, cuya legislación a escala nacional permite a los detentadores de derechos de agua disponer libremente de los recursos que tienen asignados, sin necesidad de autorización alguna, desvinculándose además el derecho del agua para riego de la tenencia de la tierra.

Este desiderátum de régimen liberal se implantó durante la dictadura militar, con el radical apoyo intelectual de jóvenes economistas formados en la famosa Escuela de Chicago.

En Chile se disponía de una legislación de aguas de cuño tradicional que partía del Código de Aguas de 1951, que distinguía las aguas en públicas y privadas en forma parecida a la Ley española precedente. El segundo Código de Aguas, de 1967, declaró públicas todas las aguas del país (17).

(17) Vid. C. BAUER, *Los derechos de agua y el mercado: efectos e implicaciones del Codi-*

En el gobierno militar predominó, parece, la opinión de los economistas neoliberales, con escasos conocimientos concretos sobre el funcionamiento del sistema hídrico, sobre la de juristas e ingenieros más expertos en la materia, lo que se plasmó en la adopción del Decreto-Ley 2603, de 18 de diciembre de 1979, que dio lugar al Código de 1981, con las siguientes características (18):

- Fortalecimiento de la condición de propiedad privada de los derechos de agua.
- Libre determinación del cambio de destino.
- Separación de los derechos de agua de los de la tierra.
- Distinción entre usos consuntivos y no consuntivos.
- Gratuidad de la adquisición de los derechos.
- Registros públicos indiscriminados de derechos privados.
- Libertad de transacción.
- Resolución de conflictos a través del sistema judicial ordinario.

Este cuadro normativo ha producido obviamente notables disfunciones, especialmente graves en lo que respecta a la acumulación desmesurada y ociosa de derechos con fines especulativos y al incremento de la contaminación, lo que suscitó el proyecto de su reforma, teniendo en cuenta que no se produjeron las esperadas transacciones y que los agricultores preferían buscar nuevas ampliaciones de sus recursos sin tener que pagar a los cedentes, vía perforación de pozos o ampliación de sus caudales superficiales.

Por todo lo cual, razonablemente, en diciembre de 1992 el Ministerio de Obras Públicas chileno propuso la modificación del vigente Código de Aguas, haciendo hincapié principalmente en los siguientes aspectos:

- Imposición de la necesidad del compromiso sobre el uso obligatorio de las aguas en cuanto al otorgamiento de nuevos derechos.
- Conservación y protección de aguas y cauces frente a la contaminación, lo que se controlaría por la Dirección General de Aguas, y establecimiento de caudales ecológicos mínimos por cuenca.
- Caducidad de los derechos por el no uso durante un período de cinco años (19).

go de Aguas chileno de 1980, en «Revista de Derecho de Aguas», Instituto de Derechos de Minas y Aguas, Universidad de Atacama, vol. IV, 1993, págs. 17 y ss., a quien sigo.

(18) Vid. C. BAUER, *Los derechos de agua*, loc. cit., págs. 31 y ss.

(19) Tal y como se reseña en el documento de trabajo de la Asesoría Económica al Congreso Nacional de agosto de 1999.

Los usuarios del agua reaccionaron enérgicamente frente a estas propuestas por considerar que atentaban contra la propiedad privada de las aguas, respaldados por el sector más conservador del país, para quien la imposición de justificaciones al uso efectivo del agua y el establecer una tasa sobre el no uso constituía una vuelta atrás en la legislación de aguas y un avance «hacia un proceso de estatización que no constituye la mejor manera de conservar y aprovechar eficientemente este recurso» (20).

La experiencia no parece haber sido satisfactoria, las transacciones de derechos de aguas separadas de la tierra para fines agrícolas han sido escasas y, en cuanto a los usos energéticos, tampoco han constituido un partictivo, como demuestran las severas restricciones en todo el país durante la última sequía.

Pero sobre todo han fallado, como era de esperar, las expectativas generadas por la aplicación de los dictados del famoso teorema de COASE, al no asignarse coste alguno al mantenimiento pasivo e incontrolado de los derechos del agua, por lo que justamente se ha dicho que: «Es precisamente quebrantar la lógica del mercado el propiciar la acumulación especulativa de bienes, sin costo real en la adquisición y conservación, pero con un costo social relevante por la falta de aprovechamiento de los mismos», con lo que desaparecen los incentivos para mejorar la eficiencia en el uso de este recurso (21).

C) *La inviabilidad de la liberalización sustancial del uso del agua*

Las experiencias antes descritas nos ilustran sobre la imposibilidad práctica de desregularizar sustancialmente la utilización de las aguas continentales con trascendencia a la captación incondicional de estos recursos; otra cosa será que, en épocas determinadas (grandes sequías), desde la propia Administración del agua se propicie el cambio de destino de los caudales que se vienen utilizando.

El uso del agua, como acreditan viejos códigos, es inseparable del Derecho, que sirve para arbitrar la solución de conflictos entre usuarios actuales pero también futuros, propiciando el que las generaciones venideras no vean mermadas sus posibilidades de uso vía contaminación, de acuíferos subterráneos especialmente. No sobran las normas, sino más bien faltan, al menos en lo que respecta a su eficacia y a la optimización jerarquizada de los aprovechamientos.

(20) M. DOMPER, en «El Mercurio», 2 de febrero de 1999, pág. 12.

(21) Vid. A. VERGARA, «El mercado de aguas en el Derecho Chileno. Titularidad privada y libertad de transacción», en A. EMBID, *Precios y mercados del agua*, cit., pág. 338.

Un destacado especialista en estos temas, a los que ha dedicado una preocupada e inteligente atención, M. SOLANS (22), ha puesto de manifiesto, desde Chile, que la complejidad de los mercados del agua hace que se deban tener en cuenta los siguientes factores:

- Prioridad del derecho transferido.
- Perfil del comprador y vendedor.
- Flexibilidad geográfica del uso.
- Importancia económica de la operación.
- Fiabilidad del derecho.
- Volúmenes de agua implicados.
- Característica del comprador.
- Sistema global de administración de las aguas.
- Economías regionales (23).

Debe, efectivamente, descartarse que las leyes económicas jueguen un papel decisivo, ya que, como sentó un Tribunal de California: «A juicio de esta Corte, la noción de maximización racional de utilidad no tiene contrapartida en el mundo real y es por tanto una base no adecuada para fundamentar la decisión del caso» (24).

Como se ha señalado inteligentemente desde la ciencia económica, «contrariamente a una opción superficial de esta cuestión, un elemento sustancial que distingue el funcionamiento de las economías de los países desarrollados y los no desarrollados es la existencia de un cuerpo jurídico y unas costumbres y prácticas de negocios que hacen relativamente más eficientes de los sistemas económicos. El Código Civil, el Código Mercantil, la rapidez de la aplicación del Sistema jurisdiccional, son básicos en estas relaciones» (25). La displiencia en torno a estas vitales circunstancias ilustra las dificultades de la reforma del mercado del agua chileno (26).

(22) Asesor jurídico de la CEPAL.

(23) M. SOLANS y A. DOUROJEANI, *Mercados de derechos de aguas: entorno legal*, septiembre 1994, con base en B. COLBY y otros, *Water Rights Transactions Market Values and Price Dispersion*, en «Water Management Research», vol. 29, núm. 6, junio 1993, págs. 1565 y ss.

(24) *Natural Resources Defense Council*, 26 julio, 1991, cit. M. SOLANS, pág. 21.

(25) M. SEVILLA, *Mercado del agua. Variables económicas, jurídicas, medioambientales, sociales y políticas*, trabajo aportado a las «Jornadas de debate de la problemática del agua», Elche, 4-5 de noviembre de 1999, pág. 5.

(26) Vid C. BAUER, *Slippery property right: Multiple water uses and the neoliberal model in Chile 1981-1995*, aportación al I Congreso Ibérico sobre Planificación y Gestión de Agua, Universidad de Zaragoza, 1999.

4. POSIBILIDADES TRANSACCIONALES ENTRE PARTICULARES DE DERECHOS DE AGUA EN EL MARCO DE LA LEY DE AGUAS DE 1985

Más allá de lo que puede *a priori* esperarse de los rotundos pronunciamientos de la Constitución sobre el dominio público en general, del Código Civil sobre los ríos y de la propia Ley de Aguas vigente sobre la incorporación al demanio de las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, hay mucho más ámbito que el esperable para el ejercicio de potestades iusprivatistas sobre el agua, incluida la libre enajenación de los contenidos económicos. Nos referimos a los siguientes supuestos:

A) *Agua de disponibilidad privada: pervivencia de situaciones preconstitucionales*

La panorámica descrita al inicio de este trabajo pervive en buena medida por la disponibilidad, especialmente en el sureste español, de aguas de riego en manos de comunidades de regantes, sociedades agrarias de transformación y equivalentes, y también en poder de particulares.

A la Ley de Aguas le faltó audacia para zanjar definitivamente una situación, que se limitó a congelar, trasladándola a las Disposiciones Transitorias de la Ley, que abarcan los siguientes supuestos (27):

- Titulares de aguas públicas por prescripción acreditada.
- Particulares con derechos autorizados.
- Utilizaciones amparadas por acta de notoriedad.
- Titulares de aguas privadas procedentes de manantiales.
- Titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación.

Aunque teóricamente estas situaciones son transitorias, los plazos de tolerancia son extensos y desembocan en concesiones definitivas, lo que implica sobre todo a las aguas subterráneas.

B) *Aguas de Canarias*

Las peculiaridades geográficas del archipiélago canario, y el hecho de que allí prácticamente no existan aguas superficiales, ha

(27) P. ARROYO, *El mercado de aguas. Aspectos económicos*, loc. cit., 1999.

tenido como consecuencia que el aprovisionamiento hídrico de estos territorios se base en la captación de recursos subterráneos, hoy completados por los obtenidos mediante desalinización de aguas marinas.

El agua en Canarias está gestionada casi en exclusividad por el sector privado, del que forman parte las comunidades de agua, que exploran las posibilidades de obtención de recursos, captándolos en su caso y procediendo a su transporte y comercialización.

El régimen demanial general nunca ha regido aquí, excepcionándose la normativa común peninsular.

La legislación tradicional de Canarias fue recogida por la Ley de 27 de diciembre de 1954 sobre Heredamientos de Aguas en el Archipiélago Canario y la 56/1962, de 24 de diciembre (28).

El régimen jurídico de estos recursos y de su explotación no ha cambiado con la legislación postconstitucional, pese a que la Ley de Aguas de 1985 califica rotundamente como de dominio público estatal a las aguas subterráneas, si bien su Disposición Adicional Tercera dispone que su entrada en vigor no supondrá la derogación de la legislación vigente en Canarias, que continuaría aplicándose hasta tanto esta Comunidad no dicte su propia legislación.

Esta disposición dio lugar a una confusa situación transitoria con reiteradas intervenciones del Tribunal Constitucional (29), a la que puso punto final la Ley 12/1990, de 26 de julio, vigente en la actualidad, que ratifica la posibilidad de propiedad privada del agua por parte de las organizaciones consuetudinarias canarias, que ha funcionado perfectamente, ya que, como se ha dicho «este sistema único, económico y jurídico de gestión del recurso esencial, se ha saldado, en general, con un alto grado de eficacia, puesto que nunca ha faltado agua, ni en los peores años de sequía, para las labores agrícolas, en muy contadas ocasiones ha habido que recurrir a la requisa» (30).

C) *La cesión de derechos de aguas en la Ley de 1985*

La vigente Ley de Aguas española posibilita que en el marco del régimen concesional, en que inevitablemente deben moverse las rela-

(28) Desarrollada por Decreto 43/1965. Vid A. NIETO, «Heredamientos y Comunidades de aguas en el siglo XIX», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, vol. III, Tenerife, 1969, págs. 95 y ss.; «Las Comunidades de agua Canarias en 1956», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, vol. III, Tenerife, 1969, págs. 149 y ss., y del mismo. «Legislación de aguas de Canarias», en A. EMBID (Director), *La legislación del agua en las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1993.

(29) Vid. A. DOMÍNGUEZ VILA, «El mercado de aguas en Canarias», en A. EMBID (Director), *Precios y mercados del agua*, págs. 287 y ss.

(30) A. DOMÍNGUEZ VILA, «El mercado de aguas en Canarias», *loc. cit.*, pág. 293.

ciones que afecten a un bien de naturaleza demanial, puedan transaccionarse determinados derechos sin que ello afecte a los intereses generales que la Administración hídrica tutela.

El artículo 61 de la vigente Ley de Aguas admite, con una amplitud que me parece no ha sido suficientemente explotada, «la transmisión total y parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público», para lo que se precisará autorización administrativa. Pero si se trata de aplicaciones para riego sólo será necesario acreditar de modo fehaciente la transferencia.

Bien es verdad que, como recuerda la doctrina, las cosas no son tan sencillas (31) ya que la Administración hídrica ha defendido desde sus barricadas reglamentarias sus fueros tradicionales, imponiendo en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico (32) la exigencia para el nuevo titular de solicitar la inscripción en el Registro, con lo que la libre transmisibilidad se evapora en buena medida.

5. EL IMPULSO DE LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL PROYECTO DE LEY 46/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 29/1985, DE 2 DE AGOSTO, DE AGUAS

La Ley que ahora analizamos y que ha suscitado un apasionado debate político opera, no obstante, en la relativamente modesta arena del perfeccionamiento de los mecanismos de transmisión de derechos de agua previstos en la Ley de 1985; su impulso viene de un documento escasamente comprometido: el llamado Libro Blanco del Agua, que no respondió a las expectativas suscitadas, entre otras razones, por su difícil asimilación (33).

A) *El marco de la reforma*

La iniciativa se sitúa en el marco de dos coordenadas ampliamente debatidas, dirigidas a optimizar la utilización de los recursos de aguas y a promover la interiorización de costos y la reasignación de usos, lo que se conecta con las transacciones y mercados de agua que se han analizado con anterioridad.

(31) A. MENÉNDEZ REXACH, «Reflexiones sobre un mercado de derechos de agua en el ordenamiento jurídico español», en A. EMBID, *Precios y mercados del agua*, cit., pág. 149.

(32) Artículo 144 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

(33) Un volumen de más de mil páginas que, con su ironía habitual, fue calificado por Ramón LLAMAS como *El libro del agua de borrajás*, en «La Gaceta del Sábado», 23 de enero de 1999.

La problemática de los precios del agua gira en torno a la exigencia de un retorno monetario adecuado por la utilización de los recursos hídricos, con lo que se pretende evitar su despilfarro (34) sobre la base de implantación de tarifas eficientes-suficientes.

Esta política fue primeramente aplicada a las aguas de consumo doméstico, al constatarse, sobre todo en países menos desarrollados, las negativas consecuencias de la asignación gratuita de caudales (35).

Análogos planteamientos se intenta trasladar al aprovechamiento de aguas para riego, aplicación ésta volumétricamente mucho más importante que la correspondiente a los abastecimientos urbanos pero que tradicionalmente han venido siendo subvencionados por la Administración vía construcción de equipamientos hidráulicos: embalses y canales, más la impulsión necesaria para el traslado de los recursos (36).

Esta preocupación ha llegado a los medios de la Unión Europea, donde se está gestando un proyecto de Directiva que parte del postulado que, en términos anglosajones, se denomina *Full Recovery Cost* (37).

Estimo por mi parte que la economía no es más importante que la cultura, y que si bien es comprensible que no se admita el coste cero para usos agrícolas, tampoco es razonable que vaciemos nuestros campos en aras a la introducción de productos generados en países como los Estados Unidos, donde la climatología y las extensiones cultivables favorecen un sistema de costos con el que el sur de Europa no puede competir (38).

B) *Una reforma razonable*

La modificación de la Ley de Aguas de 1985 introducida por la Ley 46/1999, de 2 de agosto, es perfectamente reconducible al marco jurídico tradicional de nuestro Derecho de aguas, nucleado en torno a la institución del dominio público y a la gestión vía concesional de estos recursos por los particulares.

Se descartaron alternativas inasimilables que, al parecer, preten-

(34) Me remito a mi estudio *El agua: bases institucionales*, en «Revista Valenciana d'Estudis Autònoms», núm. 1/1985, pág. 56.

(35) Vid. mi estudio *Administration of water resources and management modalities*, en «Natural Resources Forum», vol. 16, núm. 2, mayo 1992, págs. 117 y ss.

(36) Vid. críticamente en este sentido V. PÉREZ DÍAZ y otros, *Política y economía del agua en España*, Círculo de Empresarios, y P. ARROYO, *La gestión del agua en España y California*, BAKEAZ, Bilbao, 1997.

(37) Vid. Posición Común. Marco Comunitario sobre Políticas de Aguas, 41/99, de 22-10-1999.

(38) Me remito a mi artículo *La agricultura y el guirigay de Seattle*, en «La Verdad», 20 de diciembre de 1999.

dían introducir entre nosotros supuestas experiencias ajenas sobre mercados libres del agua, lo que, como vimos, no es el caso ciertamente de California ni de Estados Unidos en general y sí de Chile, aunque no parece que éste sea un modelo a imitar, ya que está basado más en el dogmatismo que en la racionalidad económica real.

La doctrina ya había alertado sobre la imposibilidad de conceder autonomía a los usuarios del agua para disponer de un recurso colectivo. Así, por A. REXACH se recuerda el carácter extracomercial de los bienes incluidos en el dominio público, institución ésta que «no consiste tanto en una forma de propiedad, en el sentido del código civil, como en la exclusión del tráfico jurídico ordinario» (39).

En opinión de este autor, que suscribimos, como ha asumido por cierto el texto comentado, antes de plantearse la reforma sustancial del régimen vigente, parecería «razonable aprovechar al máximo las posibilidades que el mismo ofrece para conseguir una asignación eficiente de los recursos y el consiguiente ahorro en su utilización» (40).

Con absoluta rotundidad se expresa al respecto nuestra primera autoridad en materia de Derecho de aguas, S. MARTÍN-RETORTILLO, al afirmar que «en nuestros días está de muy notoria actualidad, el mercado de aguas: básicamente porque una de sus consideraciones en la que mayormente se insiste de modo principal desde perspectivas estrictamente económicas, para abordar el tema de la escasez de los recursos y la obtención de mayor rentabilidad, es la posibilidad de desregularizar los aprovechamientos como ahora se dice, permitiendo su venta conforme a los criterios de mercado por parte de quienes tienen derecho al agua, “afirmando la imposibilidad de estas prácticas conforme al derecho vigente”, y en todo caso cuestionando “la conveniencia de asumirlas”» (41).

C) *La modificación del régimen de transferencia de derechos*

La reforma analizada aborda diversos aspectos puntuales de la Ley de Aguas de 1985, pero aquí sólo entraremos en lo que respecta a la ampliación de la autonomía de la voluntad de los sujetos sometidos al ordenamiento hídrico (42).

(39) «Reflexiones sobre un mercado de derechos de aguas en el ordenamiento jurídico español», en A. EMBID, *Precios y mercados del agua*, cit., pág. 141.

(40) *Los mercados del agua en el ordenamiento español*, loc. cit., pág. 177.

(41) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Tratado de Derecho de Aguas*, Cívitas, Madrid, 1997, pág. 522, en nota. La cursiva es mía.

(42) Una visión panorámica del Proyecto de Ley, en S. BÚRDALO, *Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Aguas uso eficiente*, en «Revista de los Ministerios de Fomento y Medio Ambiente», núm. 478, septiembre 1999, págs. 16 y ss.

El núcleo esencial de la reforma es la adición que efectúa de un artículo 61 bis ampliando el control de la Administración de las facultades de cesión de derechos de los concesionarios (43).

El artículo 61 bis establece ahora que los titulares podrán ceder la totalidad o parte de los derechos de usos que les correspondan con las siguientes condiciones materiales:

- Carácter temporal de la cesión.
- El cesionario habrá de ser concesionario a titular de derecho de igual o mayor rango.
- El volumen anual de agua cedible no podrá superar el realmente utilizado.
- El agua de uso no consuntivo no podrá cederse para usos distintos.
- Los adquirentes se subrogarán en las obligaciones del cedente.
- En las cesiones de agua para riego se harán constar los precios, en que disminuya o se renuncia a la dotación.
- El agua que se conceda quedará adscrita a estos usos indicados en el título concesional.
- Cuando el destino de las aguas fuese el riego, el titular deberá serlo también de las tierras.
- La cesión de derechos de uso del agua podrá implicar una compensación económica que se reflejará en el contrato.

En cuanto a los aspectos procesales, la reforma contiene las siguientes especificaciones:

- Los contratos deberán ser formalizados por escrito.
- Se dará traslado de los mismos a la organización hídrica y a las comunidades de usuarios de cuenca en el plazo de quince días a partir de su firma.
- El organismo de cuenca puede oponerse tácitamente en el plazo de un mes, o de dos si la cesión es entre miembros de distintas comunidades, o por resolución expresa en el mismo período.
- Si la administración de cuenca no formula oposición se entenderán aprobadas, por el equivalente a silencio positivo.

(43) Los primeros comentarios sobre los aspectos de la reforma aquí abordada, que me han sido de relevante utilidad, son los aportados por M. SEVILLA, *Mercado del agua: variables económicas, jurídicas, medioambientales, sociales y políticas*, en las «Jornadas de debate sobre la problemática del agua», Elche, 4-5 de noviembre de 1999, y por A. MENÉNDEZ REXACH, III Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Barcelona, 21-26 de noviembre de 1999.

- El incumplimiento de las exigencias materiales o formales será causa para acordar la caducidad de la concesión del cedente.

D) *La transmisión de derechos concesionales en circunstancias extraordinarias*

En determinadas situaciones extraordinarias (44) contempladas en la Ley de Aguas: falta de disponibilidad de recursos (45), acuíferos sobreexplotados (46) o sequías extraordinarias (47), se podrán constituir centros de intercambio, lo que evoca nítidamente la experiencia californiana antes mencionada.

Aquí sí que estamos ante una aproximación a los mercados del agua, aunque atípica, ya que el protagonismo básico es de la Administración, al ser los organismos de cuenca, previo acuerdo del Consejo de Ministros, los que llevan la iniciativa, quedando autorizados para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua para posteriormente cederlos a otros usuarios mediante el precio que el propio organismo fije (48).

Las adquisiciones y enajenaciones de derechos de uso del agua deberán respetar los principios de publicidad y libre concurrencia (49).

Si se dan las circunstancias excepcionales contempladas u otras también de interés general que lo justifiquen, el Ministerio del Medio Ambiente podrá autorizar expresamente, con carácter temporal, cesiones de derecho de agua que no respeten la prelación de usos establecida en el Plan Hidrológico de la Cuenca (50), si bien se deberá mantener en todo caso, entiendo, la recogida en la Ley que se reforma, que da preferencia absoluta al abastecimiento humano seguido del uso agrícola (51).

E) *Transporte*

La materialización de las cesiones puede realizarse con facilidad si las nuevas captaciones están ubicadas en la misma cuenca y, en su

(44) Artículo 61 bis. 11.

(45) Artículo 53.

(46) Artículo 54.

(47) Artículo 56.

(48) Artículo 61 bis. 11.

(49) Artículo 61. 11 *in fine*.

(50) Artículo 61 bis. 12.

(51) Artículo 58.3.1.º bis.

caso, en el mismo sistema de riego, aunque si son grandes ríos los que las nervian pueden surgir problemas, debidos a la evaporación, o ya en las proximidades a la entrega del agua cedida, por pérdida en canales y acequias.

La Ley establece a este respecto que cuando la realización material de las cesiones requiera el empleo de instalaciones e infraestructuras hidráulicas que sean de la titularidad del organismo de cuenca, los contratantes deberán solicitar el régimen de su utilización (52).

Si las cesiones implican a cuencas cuya disciplina corresponda a distintos planes hidrológicos, su materialización supondría un trasvase, por lo que la Ley de reforma (53) establece que sólo podrán utilizarse infraestructuras de conexión si el Plan Hidrológico Nacional o las leyes singulares reguladoras de cada trasvase así lo han previsto, lo que, por cierto, será más que improbable.

F) *Conclusión*

Con una cierta ligereza se ha censurado a la reforma al observarse, lo que por mi parte parece positivo, que «en algunos aspectos es dirigista, cautelosa y limitante y en otros muchos se otorga a la Administración una gran responsabilidad para prevenir ciertos aspectos negativos que se han detectado en otros países» (54).

La reforma introducida en la Ley de Aguas de 1985 para facilitar las transacciones de derechos de agua es perfectamente asimilable por el régimen tradicional de este recurso. Ahora bien, dista de establecer mecanismos de mercado propiamente dichos; los requisitos en las transacciones ordinarias de derechos son obligadamente rígidos y exigentes; su incumplimiento será causa para acordar la caducidad del derecho concesional del cedente (55).

La falta de tradición y experiencia en estas prácticas hace poco probable que se recurra a estos mecanismos para reforzar regadíos extensivos, aunque pueden ser interesantes para cultivos de alto valor añadido; en caso de agotamiento de los acuíferos que les abastecen y, desde luego, en situación extraordinaria de sequía, el abastecimiento a poblaciones puede encontrar por aquí un alivio.

(52) Artículo 61 bis, 8.

(53) Artículo 61 bis, 14.

(54) A. GARRIDO, *El mercado del agua. Una visión desde la perspectiva económica*.

(55) Artículo 16 bis, 9.

6. LAS AGUAS MARINAS DESALADAS

Estas aguas habían suscitado escasa atención del legislador, lo que es explicable dada la rigurosa novedad. A la posibilidad de obtener caudales adicionales aprovechables vía progreso de la ciencia y tecnología me he referido con anterioridad (56).

Si se dispusiese de energía abundante, teóricamente la transformación del agua del mar —lo que es extensible a las aguas salinizadas interiores— en agua potable, o al menos relativamente potabilizada, acabaría con todos los problemas dadas las prácticamente ilimitadas posibilidades de recursos que por aquí se ofrecen.

Esta alternativa ofrece hasta ahora grandes inconvenientes debido a los costos implicados tanto en energía (57) como en equipo e instalaciones, por lo que incluso en países con apremiantes necesidades hídricas como Israel se llegó a la conclusión de que en términos económicos es preferible la reutilización, habiéndose dicho que no sería previsible que en esta centuria la desalinización se incluya en el balance hídrico (58), sin que haya a la vista nuevas tecnologías que puedan influir en el abaratamiento de estas operaciones (59).

Confirmaría estos pesimistas criterios la experiencia californiana, otra de las áreas del mundo con más sensibilidad hacia estos temas; aquí con una preocupación adicional, la de eliminar las aguas salinizadas procedentes del drenaje de los regadíos del Valle de San Joaquín, que supondrá 450 millones de metros cúbicos para el año 2000.

En 1971, el Gobierno de este Estado creó un Centro de evaluación de tratamientos y en 1980 estableció un Fondo especial para financiar las investigaciones, sin que los logros fueran convincentes. La experiencia de la Universidad de California es aún más dilatada y se remonta a enero de 1952, fecha en que se instalaron los Laboratorios de Conversión del Agua del Mar, tampoco sin espectaculares avances pese a la incorporación de algunas mejoras en los procesos ya conocidos de desalinización por evaporación (60), habiendo conseguido, entre otros progresos, un pequeño destilador de agua salada

(56) *El agua: bases institucionales*, en «Revista Valenciana d'Estudis Autònòmics», núm. 1/1985, pág. 31.

(57) BÚRDALO Y DELGADO, 1985.

(58) KNEESE, «Israel Water Policy», en GOLANY, *Arid zone settlement planning. The Israel Experience*, Pergamon, New York, 1979.

(59) KALLY, 1979.

(60) HOWE, *Progress in Salina Water Conversion*, «Journal American Water Works Association», núm. 10, 1959.

a partir de la energía solar que en realidad funciona como una especie de alambique (61), condensándose el agua dulce en la cubierta de un depósito de agua salada (62).

Pero en la actualidad se han suscitado nuevas esperanzas con el sistema denominado de ósmosis inversa, en el que la presión permite invertir el sentido natural de ósmosis, filtrándose el agua potable a través de una membrana. Hoy plantas de este tipo son ya operativas, algunas de ellas en Canarias, con costos de instalación menores desde luego que las de condensación, la conservación es más delicada y el precio de las membranas elevado; pero las costas están decreciendo, por lo que puede esperarse aplicación para el abastecimiento humano cuando sea imposible recurrir a otros abastecimientos, ya que existe un futuro prometedor para estas instalaciones.

No cabe duda de que vía desalación agua marina se pueden crear auténticos recursos hídricos de disponibilidad privada, lo que no es el caso de las obtenidas con aplicación de técnicas análogas de acuíferos subterráneos o cursos superficiales salinizados, por lo que en la Ley de reforma se asigna correctamente a las aguas continentales desaladas al régimen común (63).

Sin embargo, el tratamiento de las aguas marinas que dé lugar, como es habitual, a agua potable para el consumo humano o industrial —idónea también para el riego— origina un bien privado; por ello, la reforma, acertadamente también, establece que cualquier persona física o jurídica podrá realizar la actividad de desalación de aguas del 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. Todo ello sin perjuicio de las concesiones que sean precisas según la Ley de Costas (64), lo que afectará tanto a la captación del agua a tratar como al retorno de las salmueras.

Lo que parece innecesario es la incorporación de un nuevo apartado al artículo 2 de la Ley de Aguas estableciendo, en relación con la ampliación por estas vías del dominio público hidráulico del Estado, la inclusión de «las aguas procedentes de la desalación de agua

(61) HOWE y TLEIMAT, *Review Paper. Twenty Years of Work. Solar Distillation at the University of California*, «Solar Energy», vol. 16, 1974.

(62) TLEIMAT y HOWE, *Comparative Productivity of Distillation and Reverse Osmosis Desalination Using Energy from Ponds*, «Journal of Solar Energy Engineering», núm. 104, 1982.

(63) Artículo 12 bis. 1.

(64) Artículo 12 bis. 2.

del mar una vez que fuera de la planta de producción se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores»; la desalación realiza, al fin y al cabo, por vía tecnológica, lo mismo que el proceso de evaporación-transporte que, a partir del mar, produce la lluvia.

