

# ADMINISTRATIVIZACION VS LIBERALIZACION. LOS MERCADOS DEL AGUA EN ESPAÑA

Por

ANDRÉS MOLINA GIMÉNEZ

Area de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS MERCADOS DEL AGUA. CONSIDERACIONES GENERALES: 2.1. *El mercado del agua. Idea general.* 2.2. *Características del mercado de aguas: a) Inter-subjetividad. b) Onerosidad. c) Sujeción a intervención pública. d) Búsqueda de la eficiencia.* 2.3. *Estudio de implicaciones: a) Desequilibrios entre las zonas oferentes y receptoras. b) Aparición de fenómenos especulatorios asociados a las dinámicas de mercado. c) Una plusvalía inaceptable. d) Problemas de sobreexplotación inducidos por el mercado. e) Inidoneidad de los mercados para financiar las obras hidráulicas necesarias para la transferencia de recursos hidráulicos.*—3. REFERENCIAS COMPARADAS: 3.1. *Dos experiencias contrastadas: la liberalización integral chilena y la administrativización sudafricana.* 3.2. *El tímido desarrollo de los mercados del agua en el Derecho norteamericano.*—4. FUNCIONALIDAD JURÍDICA DE LOS MERCADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL: 4.1. *La posible entrada del mercado a través de la transferencia de los aprovechamientos.* 4.2. *La demanialidad como obstáculo al mercado.* 4.3. *El mercado de aguas de creación industrial.*—5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos permitimos aportar nuestras consideraciones sobre la propuesta que en la actualidad sostiene el Ministerio de Medio Ambiente en cuanto a la introducción en nuestro ordenamiento hidráulico del sistema de los mercados del agua (1). Nuestro propósito pasa por considerar la cuestión a la luz de las más modernas experiencias normativas existentes a nivel comparado, especialmente en los entornos jurídicos del *Common Law*, más proclives a las soluciones de mercado.

Referencia obligada son los sistemas norteamericano y chileno, desarrollados con algún éxito en los últimos años. Ciertamente presentan, igualmente, algunos desarrollos normativos recientes que, aun situados en órbitas jurídicas bastante alejadas a nuestro sistema, aportan algunas ideas importantes sobre el particular. Nos referimos al proceso actual de reforma de la legislación de aguas de la República Sudafricana (2).

---

(1) Manejamos el Borrador del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 29/95, de 2 de agosto, de fecha 16-5-97.

(2) En marzo de 1995 se finaliza el documento inicial de reforma de la Ley sudafricana de aguas, Ley núm. 54/56, denominado *You and your water rights*, donde se analiza la situación de partida y se ponen las bases de todo el proceso de reforma. Seguidamente se nombró una Comisión ministerial para el estudio de la reforma —*Panel*—, en la que se determinarán un conjunto de principios informadores de la futura legislación, incorporando un estudio de implicaciones de las principales líneas de la reforma. Finalizados sus traba-

La aparición del mercado, como solución estructural al problema de la escasez del recurso, es una propuesta sugerente en su filosofía aunque discutible en su aplicación. Hay un dato muy significativo: la gestión hidráulica ha tomado tradicionalmente como referencia la perspectiva de la oferta. La política hidráulica ha venido de la mano de los ingenieros; las grandes obras de ingeniería civil, trasvases, grandes presas, pantanos, entre otras, han primado en la gestión del recurso. Hoy, la perspectiva es necesariamente otra; las políticas de la oferta dejan paso a aquellas que pretenden incidir en el control de las demandas. Desde esta nueva perspectiva, aparecen nuevas medidas de control que pretenden obtener mayores niveles de eficiencia en la gestión del recurso y, por tanto, un mayor ahorro. Entre ellas, podemos citar la transformación de regadíos, el control integrado de las redes urbanas, la aplicación de estrictas políticas tarifarias contra el despilfarro, o la protección de la calidad de las aguas. De la mano de estas tendencias, como medida adicional, se apunta también la introducción de las técnicas del mercado (3).

---

jos, sus conclusiones fueron incorporadas en el documento *The report of the Water Law Review Panel* —febrero 1996—; parte de los Comisionados pasan posteriormente a formar un comité —*Steering Committee*— encargado de elaborar un documento fruto de la discusión pública abierta sobre las conclusiones de la Comisión. Como resultado de estas consultas se redacta un documento de conclusiones: *Official Water Law Principles Discussion Document*, en abril de 1996. Aquellos planteamientos serán sistematizados en un listado de principios que se incorporan a la Declaración Final, que recibe el nombre de *Fundamental Principles and Objectives for a new Water Law in South Africa*, aprobada el 19 de noviembre de 1996. Finalmente, tenemos conocimiento del documento *Review of South Africa Water Law Document*, de diciembre de 1996, en el que se concretan los anteriores principios en forma articulada.

(3) La gestión de la oferta, y por tanto el impulso a las grandes obras de ingeniería civil, está presente en la política hidráulica tradicional y comparada. Así lo indica, en el marco de la organización del recurso en el Estado de California, M. LEVINSON, *California water: an economic consideration*, UCLA, «Journal of Environmental Law and Policy», núm. 12, 1993. En nuestro país, la situación no difiere sustancialmente; G. ARIÑO, «Los mercados del agua en España», Ponencia en AQUA 97, I Conferencia sobre Economía y Gestión del Agua, Madrid, 12 de junio de 1995, pág. 5, expresa con claridad que: «el problema de la escasez del agua se debe afrontar, no sólo desde la oferta, como se ha venido haciendo en España a lo largo de los últimos tiempos, sino también desde la demanda». Muy expresivas son las afirmaciones realizadas sobre este particular por S. MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre la problemática actual de la gestión de las Aguas», en *Gestión del agua y medio ambiente*, op. col., dir.: A. EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 1997, pág. 37, para quien las soluciones apoyadas en el salvaje incremento de la oferta de los recursos superficiales llevan a una política de proliferación de grandes obras hidráulicas con graves e irreparables daños ambientales; ello lleva, necesariamente, a lo que se ha calificado como «*peinado trasvásico*», que daría lugar a «*llenar la geografía española de muros de hormigón y tuberías de cemento*». Hay que indicar, no obstante, que esta orientación tiene su origen en las dinámicas corporativas existentes en el sector; así, J. L. BARTOLOMÉ NAVARRO y A. GARCÉS SANAGUSTÍN, *Consideraciones en torno a la gestión institucional del agua*, «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 9, diciembre 1996, pág. 74, destacan el peso del Cuerpo de Ingenieros de Caminos en la proliferación de este tipo de políticas. En cualquier caso, hoy día la tendencia parece estar cambiando, apareciendo otro tipo de soluciones no tan estrictamente vinculadas a la obra pública. Entre este tipo de «nuevas» políticas aparece con fuerza el mercado de las aguas; así, A. MENÉNDEZ REXACH, «Reflexiones sobre un mercado de derechos de aguas en el ordenamiento jurídico español», en *Precios y mercados del agua*, op. col., dir.: A. EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 1996, pág. 147, entre otros, considera al mercado como una de las nuevas vías para obtener una mayor racionalización

El mercado del agua pretende precisamente detraer caudales de aprovechamientos escasamente rentables con la finalidad de dedicar aquéllos a actividades de tipo industrial o urbano de alto rendimiento económico —abastecimiento a poblaciones, agricultura industrial, industria en general—. Con ello se pretende incentivar al concesionario agrícola a que transforme su explotación reordenando sus cultivos y, sobre todo, integrando sistemas de riego que le permitan obtener un excedente comercializable (4). Desde esta perspectiva, es una opción interesante; sin embargo, como veremos, no está exenta de importantes disfuncionalidades.

Por todo ello, el estudio del mercado de aprovechamientos apunta, a nuestro juicio, en una doble dirección: de un lado, es necesario estimar su eficacia real y las implicaciones socioeconómicas que conlleva; de otro, debe ponderarse su articulación jurídica en el entorno demanial. Ciertamente, la liberalización del sistema hidráulico español es una opción política legítima dentro del marco constitucional. La publicación del recurso operada por la Ley de Aguas del 85 así lo fue, de modo que la actual propuesta liberalizadora también podría serlo (5). La cuestión es si, en los términos en que se plantea, la incorporación del mercado es correcta en términos jurídicos. A ello nos dedicaremos a lo largo de nuestra exposición.

## 2. LOS MERCADOS DEL AGUA. CONSIDERACIONES GENERALES

### 2.1. *El mercado del agua. Idea general*

El mercado ha sido definido de forma dispar desde el ámbito de la teoría económica, aunque muchas de las definiciones tradicionales han quedado superadas por la transformación progresiva de los planteamientos políticos y sociales, y por los fenómenos de internacionalización de la vida económica. Con carácter general, un mercado puede entenderse, sin mayo-

---

del agua y un mayor ahorro del recurso. Abundan en este mismo planteamiento: G. ARIÑO y M. SASTRE BECEIRO, *Los mercados del agua en España: una propuesta de reforma de la Ley de aguas*, «Ingeniería del Agua», vol. IV, núm. 1, marzo 1997, págs. 19 y ss. Ver también J. M. LLAMAS MADURGA, *El agua urbana en el siglo XXI: futuros problemas y posibles soluciones*, en «Revista de Obras Públicas», núm. 3358, octubre 1996, pág. 12.

(4) Ver M. LEVINSON, *California water: an economic consideration*, cit., pág. 186.

(5) La demanialización del recurso en el año 85 fue, como ha señalado, entre otros, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 77-79, una simple opción política entre otras que también eran posibles. El marco constitucional permite tanto la opción liberal: propiedad privada regulada, como la opción intervencionista: demanialización. En el proceso legislativo del 85 se optó por esta última, con la manifiesta pretensión de crear un máximo título de intervención pública sobre el recurso. Así lo indican, entre otros, S. DEL SAZ, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1990, pág. 65, y A. GALLEGO ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACII y J. DÍAZ LEMA, *El Derecho de aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986, pág. 399. La consecuencia inmediata, evidentemente, es la aplicación al recurso de un régimen jurídico exorbitante y privilegiado con respecto al común; sobre el particular, ver L. PAREJO, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. III, enero-diciembre 1983, pág. 2416. Quien considera que tal régimen especial es creado con la «indispensable» finalidad de «extraer dichas cosas del tráfico jurídico ordinario común».

res determinaciones, como el conjunto de actos de compra y venta de ciertos bienes en tiempo y espacio determinados. Sin embargo, el mercado así definido resulta un concepto incompleto, simplista y excesivamente vago. En la actualidad, el mercado no es un simple foro de intercambio, sino que constituye un sistema intervenido por el Estado en distinto grado según el ámbito de que se trate (6).

El mercado del agua, allí donde existe, se conforma necesariamente como un sistema sujeto a una intensa intervención pública reguladora. Como señala MARTÍN MENDILUCE, «*el mercado libre no resulta fácil ni eficiente*» (7). La mercancía objeto de este peculiar mercado tiene una elemental significación y trascendencia jurídica. Su condición de elemento esencial para la vida, su escasez y contenido económico exigen la presencia pública en su organización. Sea cual sea la forma de intervención, ésta debe existir; así ocurre, por ejemplo, en el sistema norteamericano, donde existe un potente control administrativo del régimen de titularidades privadas sobre el recurso.

En nuestro sistema, la condición demanial del agua presupone el máximo grado de intervención posible sobre ésta; el particular carece de derecho originario alguno sobre el agua, a la que sólo puede acceder mediante un título administrativo. Sólo a partir de ese momento el agua otorgada queda bajo la disponibilidad de los particulares, aunque éstos no pueden después, libremente, disponer de él al tratarse de un título estrictamente regulado. Esta circunstancia obstaculiza de raíz la generación de cualquier sistema de transferencias sobre el recurso (8).

---

(6) N. REICH, *Mercado y Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985, pág. 27.

(7) J. M. MARTÍN MENDILUCE, «Los mercados del agua y su aplicabilidad a la legislación de aguas española». Borrador preparado para el CEDEX, Centro de Estudios Hidrográficos (CEH), 1997, pág. 2. Facilitado como Anexo en Ponencia «La gestión económica de la demanda y los trasvases entre cuencas», AQUA 97, I Conferencia Internacional sobre Economía y Gestión del agua, Madrid, junio 1997.

(8) Como señala F. GARRIDO FALIA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, pág. 461 *todo uso privativo de un bien demanial no constituye un derecho ex lege del administrado, sino que es algo que nace de un acto administrativo de concesión*. No es un derecho que integre previamente la esfera subjetiva del particular, sino que le es otorgado por aquel que tiene la potestad para hacerlo, es decir, la Administración titular del bien. Otros sistemas, en los que el agua es susceptible de propiedad regulada —i.e., sistema norteamericano—, sujetan la obtención del agua al otorgamiento de una licencia o autorización, lo que demuestra un importante control administrativo de entrada; ver W. GOLDFARB, *Water Law*, 2.ª ed., Lewis Pub. Inc., Chelsea, Michigan, 1989, págs. 10 y ss. Sin embargo, durante el funcionamiento, los controles se relajan y a menudo dependen de la aplicación de principios generales como la razonabilidad del uso que de ningún modo pueden equipararse al nivel de control que supone la concesión demanial, en la que prácticamente todas las condiciones de utilización del agua están predeterminadas. Como veremos, el sistema chileno es el único que se desmarca casi íntegramente de la regulación pública, alcanzando el máximo nivel de liberalización.

## 2.2. Características del mercado de aguas

### a) Intersubjetividad.

El mercado del agua funciona entre sujetos que participan de un mismo interés, la adquisición y transmisión respectiva de derechos sobre el agua. La cuestión radica, sin embargo, en determinar si ambas partes han de tener naturaleza privada o si, por el contrario, la Administración puede intervenir directamente como un interesado más en el mercado.

Según el esquema actual, el agua es cedida por título concesional a sujetos privados o públicos y destinada a ciertos usos y aprovechamientos predeterminados. De desarrollarse el mercado, los particulares podrían explotar el agua íntegramente o ceder parte de sus caudales —o la totalidad— a terceros. El interviniente activo en la relación sería, generalmente, un particular. Por otro lado, siendo la finalidad esencial del mercado la consecución de mayores niveles de eficiencia en el uso agrícola del recurso, incentivando la distracción de caudales a usos más rentables, parece lógico que en la parte pasiva de la relación no sólo aparecerán otros particulares —regantes—, sino también la Administración, en cuanto que a ésta le es imputable la obligación, entre otras, de prestar directa o indirectamente el servicio de abastecimiento a poblaciones, siendo éste un uso potencialmente demandante de caudales en el mercado (9). Actualmente, existen mercados de agua privada en nuestro país a través de los que algunos Municipios obtienen importantes volúmenes de agua de particulares. Los mercados de las Islas Canarias, basados en la existencia tradicional de importantes obras de transferencia gestionadas por intermediarios privados, son un claro ejemplo de esta realidad.

Volviendo al agua pública, resulta de lo más paradójico, sin embargo, que la Administración, originariamente titular del recurso —al menos si, como se pretende, se mantiene su condición demanial—, tenga que adquirir el agua de un tercero a quien primero la ha concedido sin precio alguno —únicamente con un coste fiscal— mediante el título concesional (10).

---

(9) Obligación establecida en los artículos 25, 26 y 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local.

(10) El borrador de Anteproyecto de Ley de Aguas que manejamos consagra esta situación al otorgar a la Administración hidráulica un derecho de adquisición preferente sobre las aguas en el mercado, atribuyéndole incluso la facultad del retracto. El artículo 53 bis, segundo, letra b), establece: «*El Organismo de cuenca podrá ejercer el derecho de adquisición preferente, subrogándose en la posición del cesionario, durante el plazo de un mes a partir de que le sea notificada la celebración del contrato de cesión. Asimismo, el Organismo de cuenca podrá ejercitar en cualquier momento el derecho de retracto, al objeto de dotar los centros de intercambio concesional a que se refiere el apartado 4 del presente artículo.*» En estas condiciones, la Administración no sólo le atribuye gratuitamente al concesionario un conjunto de caudales públicos, sino que luego, sin que aquél haga nada, se los compra pagando un precio determinado por ellos.

b) *Onerosidad.*

Las transferencias de mercancías en el mercado son por naturaleza onerosas, es decir, suponen la entrega de bienes a cambio de un precio. En el mercado de aprovechamientos de agua, la mercancía es el recurso, y el precio su valor en el mercado. En un entorno demanial, la obtención de agua por el particular es básicamente gratuita. El concesionario de las aguas las obtiene sin contraprestación alguna, debiendo abonar únicamente las cantidades devengadas por aplicación de los Tributos que gravan las distintas acciones imponibles definidas por la Ley de Aguas —ocupación, utilización de infraestructuras, etc—. Todo ello en la medida en que, como afirma Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «*el agua no tiene un precio, sino un coste*» (11) —coste fiscal en alta, o industrial en baja—.

A pesar de su gratuidad, el agua es un activo económico fundamental en la economía de todos los Estados. El rendimiento económico generado a partir de la utilización del recurso en las explotaciones agrícolas, industriales, en el entorno urbano, incluso en los usos recreativos o meramente paisajísticos, es fundamental en términos cuantitativos. Donde hay agua disponible existe actividad y riqueza. Ahora bien, el agua no es sólo un activo económico; por el contrario, presenta un contenido social y ambiental indudable. El agua es también un activo social, colectivo (12). Por ello, el agua es totalmente gratuita en origen.

El mercado, por el contrario, crea un valor añadido al recurso, un valor que posiblemente éste tuviera ya en origen, que ahora materializa el particular. En efecto, el rendimiento final, fruto del juego entre la oferta y la demanda, entrará en el patrimonio del cedente; lo que supondrá la atribución al particular de un beneficio importante.

No debe confundirse, por otro lado, lo que significa el mercado del agua en sí mismo con lo que suponen otros fenómenos de «venta» de aguas en régimen de servicio público —suministros urbanos o a regadíos—. El mercado no está vinculado a servicio público alguno, ni presupone el desarrollo de ninguna actividad industrial sobre el agua. Téngase en cuenta que el precio del servicio —tarifa de los suministros urbanos— no contempla un precio de mercado, sino el valor correspondiente al conjunto de trabajos desarrollados sobre el recurso —captación, transporte, tratamiento, depósito, distribución—. No estamos aquí ante un mercado de aguas, sino ante una actividad prestacional lógicamente remunerada.

---

(11) S. MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre la problemática actual de la gestión de las aguas», cit., pág. 42.

(12) Sobre este particular, ver AGUILERA KLINK, *El agua como activo económico, social y ambiental*, «El Campo», núm. 132, 1995, pág. 21. Por su parte, R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. II, Trivium, Madrid, 1992, pág. 7, destaca la importancia del «*enfoque económico de la utilización del agua*» dada su trascendencia social y ambiental.

c) *Sujeción a intervención pública.*

En la mayor parte de los sistemas jurídicos, la Administración tiende a quedar al margen de las relaciones intersubjetivas que se desarrollan en el mercado. Son los participantes los que, estimulados por el juego de la oferta y la demanda, asumen los costes necesarios para poner el producto en el mercado y obtienen el beneficio correspondiente. Los intervinientes actúan libremente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento vigente. En este contexto, el Estado ve reducida su capacidad de intervención en la vida económica y pierde ciertas parcelas de poder, pero al mismo tiempo ve disminuidas sus responsabilidades inversoras.

Ahora bien, lo cierto es que en cualquier sistema de mercado se hace necesaria la existencia de cierto grado de intervención administrativa. La Administración no puede apartarse totalmente de la actividad, sobre todo si se trata de mercancías tan relevantes como la que estamos considerando. En todo caso, la Administración se retrotraerá a posiciones meramente reguladoras, pero mantendrá su intervención como garantía de los intereses sociales implicados (13).

Los principales modelos de intervención sobre el recurso: actividad privada regulada y demanialización, mantienen la presencia de la Administración en la ordenación del recurso con diferente grado de intensidad. En el primero de los sistemas, cuyo paradigma se encuentra en el ordenamiento norteamericano, el titular del recurso —en propiedad— accede a él a partir de una licencia administrativa previa y, a partir de ese momento,

---

(13) Como señala L. M. FRIEDMAN, *Introducción al Derecho norteamericano*, Zaragoza, 1988, pág. 181, «hay muy pocos campos hoy, suponiendo que quede alguno, que sean puramente privados. El Gobierno es un socio silencioso o ruidoso con el que hay que contar en mayor o menor extensión, en todos y cada uno de los campos del Derecho». Con todo ello, actualmente, existe un ambiente generalizado imbuido por reformas liberalizadoras de gran calado. La liberalización de numerosos sectores y bienes jurídicos ha entrado en claro auge de la mano de los impulsos del Derecho Comunitario. Quizá es el campo de los servicios públicos el que está sufriendo estas inercias de manera más patente. Sobre el particular, resultan de lectura necesaria: S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado, los fundamentos*, vol. I, Civitas, Madrid, 1998; J. M. SOUVIRÓN, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1988; C. CHINCHILLA, «Servicio público, ¿crisis o renovación?», en *Régimen jurídico de los servicios públicos*, op. col., dir.: E. MALARET GARCÍA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997; desde la órbita liberal: G. ARIÑO, J. M. DE LA CUÉTARA y J. J. LÓPEZ MUÑOZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1988. Estos desarrollos, sin embargo, no terminan, afortunadamente, por dinamitar la esencialidad de la intervención pública en los distintos sectores afectados, surgiendo categorías nuevas de garantía pública como el servicio universal, y recuperando otras casi olvidadas como el concepto de «servicios económicos de interés general». Las pretendidas reformas en la legislación española de aguas, y en particular la voluntad de incorporar el sistema de mercados en nuestro ordenamiento, obedecen a este tipo de pretensiones liberalizadoras. En este contexto, el servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones no ha sido afectado todavía directamente por estas tendencias, quizá porque aquí es casi imposible romper el monopolio en la actividad, aunque sí se han detectado ciertos supuestos de influencia en los que no podemos entrar aquí —básicamente en materia de utilización de privilegios de Derecho público por parte de las suministradoras privadas, en su relación con la temática de la defensa de la competencia—.

su actividad queda sujeta a la fiscalización pública, administrativa y jurisdiccional. El desarrollo y adaptación de soluciones tradicionales de intervención elaboradas por la aplicación jurisprudencial del Derecho, como las doctrinas de la *public trust*, o la entrada en las Constituciones de ciertos Estados de criterios de uso como la «razonabilidad», determinan la asunción administrativa de importantísimos títulos de intervención sobre el recurso (14). Estos títulos permitieron la aparición de organizaciones de intervención como el Banco de Aguas californiano, y facilitan el control externo de las transferencias entre particulares siempre con el horizonte de preservación del interés público. En algunos modelos continentales, y en particular en el sistema español, la intervención sobre el recurso se legitima a través de la demanialización o publicación integral, y la sujeción de toda disponibilidad consuntiva sobre aquél al otorgamiento de un título administrativo regulador —autorización o concesión—; un título que, por otra parte, condiciona todo el ejercicio posterior de las actividades y que, por lo pronto, parece oponerse a la articulación de cualquier tipo de mercado (15).

Con todo lo anterior, hay que advertir que esta necesidad de intervención es un planeamiento no siempre admitido y aplicado en todos los sistemas. El caso chileno, precisamente, es paradigmático en la exclusión casi integral de cualquier tipo de intervención administrativa sobre el recurso privatizado (16).

#### d) *búsqueda de la eficiencia.*

La característica fundamental, definitiva del mercado, y fundamento último de su introducción en el ordenamiento de las aguas, es la consecución de mayores niveles de eficiencia en la utilización del recurso. Se trata de obtener un uso óptimo en el campo de los aprovechamientos agrícolas, considerando excedentes susceptibles de comercialización y transferencia con destino a usos más rentables desde un punto de vista económico y social.

(14) Sobre ello volveremos, *in extenso*, en el apartado 3.2 de este trabajo.

(15) Como indica J. M. DE LA CUÉTARA, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 69, «la operación aquí estudiada —demanialización— persigue la aplicación de un título jurídico nuevo a las aguas que antes eran *res nullius*, susceptibles de apropiación, para conseguir unas potestades más intensas de ordenación y control de estas aguas al servicio de la mejor conservación del recurso y racionalización de su empleo».

(16) Sobre este particular, J. M. MARTÍN MENDILUCE, «Los mercados del agua y su aplicabilidad a la legislación de aguas española», cit., pág. 15, expone las siguientes consideraciones, cuyo interés merece su traslado literal en este momento: «Chile, para abordar el problema de la asignación y uso eficiente de sus recursos hídricos, adoptó en 1981 la aplicación de los mecanismos de mercado al sector, elaborando un Código de Aguas, vigente, dentro del marco de una economía de mercado imperante en el país. En virtud del nuevo Código se pasó de una legislación que entregaba el absoluto dominio sobre el recurso hídrico a la autoridad administrativa, a un sistema de libertad en cuanto a la adquisición y transferencia del derecho de aprovechamiento de aguas. La legislación del 81 eliminó en la práctica la labor de planificar y desarrollar los distintos usos y destinos del recurso en función del interés general de la nación. Si bien se mantuvo el concepto de que el agua es un bien nacional de uso público, de hecho dicha mención, en la práctica, tiene un mero valor declarativo.»

Se supone que el titular del recurso, de poder ceder a terceros parte de los caudales de que disfruta, intentará mejorar el rendimiento técnico hidráulico de su explotación mediante la introducción de sistemas de riego de rendimiento óptimo (17). El sistema resulta viable en la medida en que el agua multiplica su rendimiento económico cuando es destinada a otros usos de mayor rentabilidad como los industriales y los de carácter urbano (18). Se presupone, además, que se trata de un mecanismo adecuado para enfrentar situaciones de escasez crónica e intensa de recursos hidráulicos (19).

Con todo ello, algunos autores han puesto en duda la eficacia de los mercados para conseguir un ahorro efectivo del recurso que genere excedentes comercializables. En este sentido, se ha apuntado cómo en los Estados Unidos han fracasado rotundamente algunos programas destinados a *obtener mayor ahorro en el riego, habida cuenta de que la introducción de nuevas tecnologías, al mejorar los costes de la explotación, ha terminado incentivando al agricultor a introducir cultivos con mayor demanda de agua* (20).

---

(17) Así lo indica, entre otros, D. ROSEGRANT, *Markets in tradable water rights could improve irrigation production in developing countries*, «IFRI Report», vol. XV, núm. 2, 1993, *in totum*.

(18) El suministro urbano, en particular, constituye uno de los destinos de más alta rentabilidad económica. Se trata de empresas que gozan de una clientela generalmente fija o en crecimiento, un nivel de impagados bajo —dados los fulgurantes medios de cobro: corte del suministro, vía de apremio, y las exiguas cantidades de que se trata— y una garantía financiera integral mediante la aplicación del principio del equilibrio financiero de la concesión. Hasta el momento, el precio del agua urbana ha estado tradicionalmente infravalorado, muchas veces subsidiado y, en general, difícilmente mostraba su valor real. En el ámbito agrícola, la situación es todavía más clara, al entrar el componente subsidiador: A. EMBID IRUJO, *Precios y mercados del agua*, en «Ingeniería del Agua», vol. IV, núm. 1, marzo 1997, págs. 13-14, señala que, siendo el agua esencialmente gratuita en nuestro sistema, al mismo tiempo existe un «fuerte componente de subvención a los precios que paga el usuario, que se refieren sólo a la compensación al Estado por la realización de las obras hidráulicas que les benefician, pero no al recurso en sí». Gratuidad y subvención crean un sistema en el que la valoración económica del agua como tal es muy escasa. Este fenómeno, por otra parte, no es exclusivo de nuestro país: J. A. BEECHER y P. MANN, *Real water rates on the rise*, «Fortnightly», vol. 135, núm. 14, pág. 42, exponen claramente la tradicional infravaloración del precio del agua en comparación con el resto de *public utilities* como el gas, telecomunicaciones, residuos sólidos, entre otros. A pesar de todo ello, aun en la situación actual, se trata de un destino de alta rentabilidad económica y clara conformación empresarial, es decir, un buen «cliente» de un potencial mercado. En cualquier caso, parece que la tendencia actual apunta cada vez más hacia el incremento del precio del agua urbana. Ni que decir tiene que no se trata de un precio originario del recurso —lo que repugnaría a su condición demanial—, pero sí un precio comprensivo de toda la actividad industrial que se genera sobre el agua desde su fuente al momento del consumo.

(19) Sobre el particular, ver R. SEGURA GRAÑO, «La introducción en España de un mercado de aguas a la luz de la experiencia californiana», en *Precios y mercados del agua*, op. col., dir.: A. EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 1996, pág. 332. También desde la experiencia norteamericana, H. J. INGRAMM y C. R. OGGINS, «The trust doctrine and community values in water», en *La gestión de los recursos hídricos en vísperas del siglo XXI. Actas y Ponencias*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1990, pág. 356, quienes han llegado a sostener que «los mercados del agua amenazan con socavar las bases de las comunidades desde las que el agua se transfiere».

(20) R. G. HUFFAKER y N. K. WHITTLESEY, «Agricultural water conservation legislation. Will it save water?»; citado por A. GARRIDO, «¿Qué papel pueden jugar los mercados del agua?», en *Precios y mercados del agua*, op. col., cit., págs. 314 y 315.

### 2.3. *Estudio de implicaciones*

Llegados a este punto, debemos considerar las diferentes implicaciones que en nuestro ordenamiento hidráulico estimamos podrían tener los mercados del agua; para ello, nos serviremos de los resultados experimentados en los sistemas comparados objeto de consideración.

#### a) *Desequilibrios entre las zonas oferentes y receptoras.*

Aunque en términos globales el resultado económico de los mercados suele tener un impacto positivo en la economía del Estado, las experiencias comparadas, y en especial los resultados obtenidos a partir de la operación del Banco de Aguas californiano, demuestran la aparición de importantes desequilibrios interterritoriales entre las regiones oferentes y las receptoras. En las primeras, el perjuicio económico global fue significativo, al reducirse la productividad agraria e incrementarse el desempleo en el sector; por el contrario, las zonas compradoras experimentaron un incremento económico exponencial (21).

En el global de la economía del Estado, las transferencias resultaron positivas, lo que no obsta a que, sectorialmente, se derivaran consecuencias negativas sobre todo a largo plazo. Dado que la vigencia del mercado fue muy limitada en el tiempo, estos efectos quedaron en un segundo plano, aunque, si de lo que se trata es de articular mercados estables, estas consideraciones deberían ser tomadas muy en cuenta antes de legitimar su desarrollo.

De todos es conocido el gran problema que plantea cualquier propuesta de transferencia de caudales entre cuencas, o incluso dentro de la misma cuenca, en nuestro sistema. Es lógico pensar que estas tensiones se verían multiplicadas en un entorno en el que se fomentaran las cesiones vía mercado, en la medida en que el beneficio reportado por éste a las zonas oferentes se localizaría en unos pocos —concesionarios— en perjuicio de la colectividad.

#### b) *Aparición de fenómenos especulativos asociados a las dinámicas de mercado.*

La articulación de un sistema de mercado liberalizado no conlleva automática y necesariamente un mecanismo más adecuado de reasignación de caudales. El mercado no tiene siempre un funcionamiento perfecto; los intervinientes pueden a menudo incidir en el funcionamiento de sus leyes creando disfuncionalidades que afecten al precio de los productos.

---

(21) Sobre el particular puede verse B. LÓPEZ CAMACHO, *¿Nuevas infraestructuras hidráulicas o conservación del agua?*, «Revista de Obras Públicas», julio-agosto 1996, núm. 3356, pág. 35.

El sector privado, cuando actúa en un entorno de mercado en el que existen pocos oferentes y una demanda estable, razonablemente tiende a controlar los precios al alza para obtener mayor beneficio a costa del usuario. Téngase en cuenta que el agua, como mercancía, se comporta de manera fuertemente inelástica, de manera que soporta bien los incrementos en el precio sin que ello incida sustancialmente en la demanda. Un mercado «libre» o escasamente regulado de aprovechamientos podría generar fácilmente tensiones inflacionistas motivadas por maniobras especulativas. Esta situación podría desestabilizar el precio del recurso y generar importantes problemas de índole social.

Actualmente, la gestión del recurso se caracteriza por soportar situaciones oligopolíticas en aducción y de monopolio cuando el agua llega al usuario urbano. Unas y otras no crean distorsiones especiales sobre el precio del recurso dado el intenso grado de intervención pública que sufren. En alta, el mercado no juega y los aprovechamientos son adjudicados a los particulares o Administraciones públicas gratuitamente según el uso solicitado. No hay distorsiones porque no hay precio. En baja, por el contrario, sí existe un precio sobre el agua suministrada, la tarifa del servicio; sin embargo, en este caso existe una sujeción directa al coste, y un doble control externo verificador: municipal y autonómico. En el primero de los casos el título de intervención proviene de la demanialización del recurso; en el segundo, de su calificación como servicio público local mínimo y reservado (22).

No basta, por tanto, con crear un mercado y dejar su funcionamiento a la libre voluntad de los interesados. Esta situación, que si bien puede dar lugar a un incremento en la oferta de caudales, también puede generar la situación inversa, es decir, la retención de éstos por parte de los propietarios, su no incorporación al mercado, con la finalidad de provocar movimientos inflacionistas en su precio. Este dato es señalado por VERGARA BLANCO como uno de los obstáculos principales para el adecuado funcionamiento de los mercados en Chile. La falta de un «valor o precio del no uso del recurso» favorece la retención de los caudales por sus titulares (23).

---

(22) La calificación de la actividad en baja como servicio público excluye las posibles disfuncionalidades que pudieran surgir en el mercado ante una situación de monopolio. Ya F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, págs. 146-150, sostenía que, en realidad, hablar de «monopolio» en el campo de los servicios públicos resulta inadecuado, porque en estos sectores la clave no está tanto en la existencia de un único oferente, sino en el hecho de que aquél está tan vinculado por el propio régimen del servicio público que difícilmente puede desarrollar maniobras restrictivas de la oferta: régimen estrictamente reglamentado, imposibilidad de discriminación en el acceso de usuarios, intervención de precios, exigencias de regularidad, igualdad, continuidad de prestación, etc. Efectivamente, los posibles problemas derivados de la existencia de un único suministrador quedan de sobra superados con la sujeción de éste a un altísimo grado de control público en su actividad.

(23) Según indica G. ARIÑO, «Los mercados del agua en España», Ponencia en AQUA 97, I Conferencia Internacional sobre Economía y Gestión del Agua, Madrid, 12 de junio de 1992, pág. 22, la privatización de las aguas en Chile y su integración en un sistema de mercado se realizó «con el propósito de lograr una asignación más eficiente del agua y la fijación de un precio real». Sin embargo, como señala el propio autor, estas finalidades se han visto en buena parte frustradas «por la forma en que se ha implantado en mercado, en la medida en que un pequeño grupo de personas está acaparando el agua con fines únicamente especu-

Los fenómenos especulatorios podrían verse agravados, además, por el hecho de que, como señala SEGURA GRAIÑO, muchas de las concesiones de aprovechamiento existentes «*resultan fuertemente imprecisas, están delimitadas en términos ambiguos, o presentan dotaciones exageradas en función de las necesidades de la explotación a abastecer*» (24). Sobre estas bases, parece claro que el potencial mercado requeriría un importante grado de intervención pública en materia de precios (25).

c) *Una plusvalía inaceptable.*

Como hemos señalado anteriormente, el agua, como elemento natural de naturaleza pública, es un recurso gratuito en origen. Si se paga algo por ella es por aplicación de los Tributos que gravan las diversas modalidades de utilización, o por efecto de la actividad industrial de transformación que se desarrolla sobre ella. El agua es, como ha señalado MARTÍN MATEO, un producto empresarial (26), cuyo coste es originariamente cero. El valor añadido es, simplemente, el precio de dicha actividad.

---

*lativos, no usándola ni vendiéndola». De hecho, «sólo tres propietarios controlan el 70% del recurso». Sobre este particular, y en el mismo sentido, ver A. VERGARA BLANCO, «El mercado de aguas en el Derecho chileno. Titularidades privadas y libertad de transacción», en *Precios y mercados del agua*, op. col., cit., págs. 334 y 335.*

(24) R. SEGURA GRAIÑO, *La introducción en España de un mercado de aguas a la luz de la experiencia californiana*, cit., pág. 323.

(25) En la actualidad, el precio del agua suministrada a través de las redes urbanas está sujeto a un régimen de control de precios por las Comunidades Autónomas. La Orden 861/93, de 26 de febrero, modificada por la 178/95, de 17 de enero, declara el precio del suministro como precio autorizado autonómico. En términos generales, siguiendo a J. TORNOS MAS, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Bolonia, 1982, págs. 95 y 97, puede afirmarse que la ordenación de los precios constituye una potestad clave en el contexto de la política económica, situándose por encima del mercado; «*la decisión administrativa es ajena a las concretas relaciones de mercado, fijando un marco dentro del cual éstas deben moverse*». La necesidad de control surge, a su juicio, ante dos situaciones diversas: el monopolio, y la existencia de productos de especial trascendencia y significación social. El sector del agua participa claramente de estas características y exige, en consecuencia, un alto grado de intervención en materia de precios. La esencialidad del recurso, su escasez, su valor económico y social y su vertiente ambiental fundamentan el control público. El control de precios del agua es, por otro lado, una manifestación común en los distintos sistemas comparados. Ver sobre el particular, en relación con el sistema británico, J. L. VILLAR ROJAS, *La privatización de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 162 y ss. En Norteamérica, el control desarrollado por las Agencias administrativas reguladoras —*Public Utilities Commissions (PUCs)*— es también intensísimo en materia de precios, aunque sólo opera cuando los servicios de aguas están privatizados. Así lo indican K. M. HOWE y E. K. RASMUSSEN, *Public utility economics and finance*, Englewood Cliffs, New Jersey, 1982, págs. 60 y ss. En el mismo sentido, T. FRANKLIN y otros, *Public Utilities Commission*, en «*California Regulatory Law Reporter*», Spring-Summer 1995, pág. 198. La intervención del Banco del Agua en California también incidía sustancialmente en el control de los precios de transferencia.

(26) R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. II, Trivium, Madrid, 1992, pág. 54, para quien «*el agua, cuando llega a ser un bien sumamente escaso, puede ser objeto de actividades llevadas a cabo por particulares idénticas o equiparables a las de carácter manufacturero, que incorporan a partir de una determinada materia prima ciertas facilidades y ventajas, convirtiéndola en producto intermedio o final*».

La creación de un mercado del agua, es decir, la atribución a los concesionarios del recurso de la capacidad para vender agua a terceros, supone convertir el agua pública en una mercancía susceptible de apropiación privada. A los particulares que la obtienen sin más, gratuitamente, se les proporciona la posibilidad de obtener un rendimiento económico cuya causa no está en la realización de algún trabajo o actividad de transformación sobre el agua, sino en el más puro y simple fenómeno de la mera transferencia y comercialización de un producto. El agua, gratuita en origen, recibe un valor añadido determinado por las fuerzas del mercado, oferta y demanda, lo que genera una importante plusvalía en el titular de la concesión, que parte de un coste inicial inexistente.

Ni siquiera en otros ámbitos tradicionalmente más remuneradores del propietario, como la propia ordenación urbanística, se atribuye a aquél una plusvalía tan intensa, sin que tenga que realizar prácticamente nada. Es cierto que la acción planificadora crea plusvalías en los terrenos incorporados al proceso urbanizador, pero los propietarios, para materializarlas, han de integrarse en un proceso de conversión de los terrenos en solares que requiere importantes inversiones por su parte. En el caso de los mercados del agua, la acción pública por la que se otorga la concesión no tiene contrapartida alguna por el adjudicatario y, sin embargo, éste puede verse beneficiado no sólo por un autoconsumo gratuito —efecto de su carácter demanial—, sino por la posibilidad de obtener un beneficio líquido a partir de su venta.

Desde las posturas favorables al mercado se ha pretendido proporcionar una explicación adecuada al beneficio otorgado al particular a partir de bienes integrantes del demanio. CARO-PATÓN CARMONA entiende que los titulares del aprovechamiento, en realidad, «son ya titulares del derecho al agua, y al transmitirlo estarían añadiendo un servicio, la distribución o el ahorro, que la sociedad valora» (27). En nuestra opinión, esta valoración no resulta suficientemente justificativa. El concesionario que entrega el agua a un tercero no está desarrollando un servicio a la colectividad; está obteniendo un lucro, una plusvalía sobre un bien que le ha sido otorgado de manera gratuita, y en función de unas condiciones particulares acreditadas en el expediente de tramitación en competencia, condiciones que nada tienen que ver con la posterior venta del agua.

Podríamos concluir, tal como señala EMBID IRUJO, con que «el establecimiento del mercado no puede en modo alguno ser la consagración de un privilegio permanente en favor de los titulares concesionales que accedieron a la concesión probablemente en concurso (competencia) con otros solicitantes y para realizar una finalidad que el poder público juzgó prevalente en su momento y que luego no se realiza» (28).

---

(27) I. CARO-PATÓN CARMONA, *El derecho a regar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 339.

(28) A. EMBID IRUJO, *Precios y mercados del agua*, «Ingeniería del Agua», vol. IV, núm. 1, marzo 1998, pág. 15.

d) *Problemas de sobreexplotación inducidos por el mercado.*

La rentabilización económica del recurso, que ciertamente puede crear dinámicas de consumo eficiente en el sector agrario, puede derivar también en el desarrollo de actividades de explotación excesiva e irracional del recurso (29). El titular de un derecho concesional susceptible de transferencia se verá tentado a explotar el recurso de manera excesiva, empeorando fenómenos tan preocupantes como la salinización de acuíferos o la desecación de zonas húmedas dependientes del nivel freático de los acuíferos (sobre-explotados) (30). Todo ello contando, además, con que la adopción de medidas de intervención preventiva —delimitación de perímetros de protección— y control represivo —declaración de sobreexplotación y ordenación de usos— en esta materia es tremendamente complicada por la gran cantidad de intereses implicados (31).

En consecuencia, si en un entorno de mercado el sistema de transferencias presenta un control administrativo débil, es muy posible que el titular del aprovechamiento exceda los niveles concedidos incumpliendo los términos de su concesión, si es que éstos están bien delimitados. Es cierto que esta situación puede darse igualmente sin la mediación de un mercado, en la propia actividad de autoconsumo desarrollada por el regante, pero no es menos cierto que si el titular, además del uso propio, tiene el incentivo de introducir agua en un mercado de alta rentabilidad, el problema anterior se verá incrementado. Dos son las cuestiones que queremos plantear a este respecto:

---

(29) Durante el período en que funcionó el Banco de Agua californiano se observó un crecimiento sustancial en el número de extracciones de agua subterránea. Como señala B. LÓPEZ CAMACHO, *¿Nuevas infraestructuras hidráulicas o conservación del agua?*, «Revista de Obras Públicas», núm. 3356, agosto 1996, pág. 35, «el 51% de los agricultores dejaron simplemente de regar sus explotaciones, pero en el 32% de los casos se transfirieron recursos superficiales que fueron sustituidos por nuevos recursos subterráneos para el regadío». Con ello, no sólo no se transformaron las explotaciones, ni siquiera muchas de ellas dejaron temporalmente de cultivarse, sino que los agricultores mantuvieron las mismas explotaciones en las mismas condiciones acudiendo a la explotación de nuevos recursos subterráneos para obtener un cedente comercializable.

(30) R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, 1992, pág. 154, define la sobreexplotación como «la extracción de caudales de acuíferos por encima de las posibilidades de su recuperación ordinaria», lo que, a su juicio, puede crear problemas ambientales —aunque no necesariamente— y, sin duda, producir efectos altamente negativos como el agotamiento de los recursos. En cuanto a la relación del fenómeno con las dinámicas del mercado, S. DEL SAZ, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, op. cit., pág. 236, ha denunciado que los titulares de explotaciones de aguas subterráneas, cuando se dan fenómenos de sobreexplotación asociados a situaciones de escasez de agua, lejos de limitar sus extracciones, apuran al máximo sus niveles de explotación alentados por el mayor precio de venta del agua en el mercado.

(31) Sobre este particular, A. EMBID TRUJO, «Principios generales sobre el ordenamiento jurídico-administrativo de la calidad de las aguas», en op. col. *La calidad de las aguas*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 41, destaca la dificultad que existe a la hora de aplicar estas medidas, y en especial la declaración de sobreexplotación, en la medida en que ésta, al paralizar o reducir el régimen de aprovechamientos, afecta sensiblemente a las actividades socioeconómicas que hasta este momento estaban desarrollándose en base a la utilización del recurso.

— Si la concesión otorga un caudal que es aproximadamente el necesario para cubrir las necesidades de la explotación —dado que en el otorgamiento de la concesión se valora el tipo de uso y la razonabilidad del mismo—, la obtención de un excedente comercializable traerá causa de alguna de las siguientes situaciones:

- El uso originario no era tan eficiente como supuestamente acreditaba el otorgamiento de la concesión. Si lo que ocurre es que el regante deja de cultivar o reduce su cultivo, estará vulnerando igualmente las condiciones que en su día fueron valoradas para otorgarle el título concesional en competencia con otros licitadores.
- El regante ha adoptado mejoras en su explotación, lo que, por otra parte, es una decisión privada ajena al control público del mercado, que podrá concurrir o no.
- El excedente se obtiene de manera fraudulenta incrementando los niveles de explotación más allá de lo que legitima el título.

— Si el caudal concedido es mayor al necesario para el desarrollo de la explotación, la existencia del excedente comercializable no exigirá la adopción de ninguna de las medidas antes consideradas, pero en éste caso se debe plantear el porqué la Administración otorga un beneficio especial al interesado, mejorando su posición en comparación con terceros que pudieran estar también interesados en obtener caudales excedentarios en los términos de sus respectivas concesiones.

e) *Inidoneidad de los mercados para financiar las obras hidráulicas necesarias para la transferencia de recursos hidráulicos.*

Otra cuestión que nos permitimos poner en duda es la viabilidad del mercado para soportar la financiación de las obras hidráulicas de transferencia que resultarían necesarias para conectar las zonas oferentes con las demandantes (32).

Salvo que estemos considerando mercados locales de agua, la ejecución de grandes obras de transferencia supone importantísimos costes de inversión y mantenimiento. Sólo el Estado tiene capacidad financiera suficiente para acometer este tipo de obras (33). La ejecución de estas obras,

---

(32) Como señala F. HERRERAS ESPINO, *Los mercados del agua, la experiencia de California*, «Revista de Obras Públicas», núm. 3352, marzo 1996, el exitoso funcionamiento del Banco de Aguas californiano tuvo mucho que ver con la existencia de una extensísima red de canales, acueductos, obras de regulación, entre otras, que permiten el transporte de agua desde las zonas vendedoras, situadas en la parte norte del Estado, y las demandantes, especialmente la zona de influencia de la ciudad de Los Angeles. Estas infraestructuras pertenecen al Estado, «quien no sólo las puso a disposición del Banco, sino que dirigió y coordinó todas las operaciones».

(33) Aspecto que se ha constatado suficientemente en el sistema más liberalizado en materia de mercados, es decir, el mercado de aguas chileno. El profesor A. VERGARA BLANCO, «Las obras hidráulicas en el actual Derecho de Aguas chileno», en *Las obras hidráulicas*

financiadas a partir de los presupuestos públicos, debe tener como fundamento la satisfacción de necesidades públicas debidamente justificadas. Desde luego, estas actuaciones no pueden dirigirse a financiar un mercado privado de aprovechamientos, dado que en otro caso se estaría atribuyendo a los intervinientes una segunda plusvalía. Si la primera venía determinada por la incorporación de un precio a un elemento originariamente gratuito, ahora lo sería a través de relevar a los intervinientes de la asunción de las cargas inversoras necesarias para financiar el mercado (34).

Si esto es así, todos los contribuyentes estarán financiando el negocio de unos pocos, negocio que además incidirá finalmente en la cuantía final de las tarifas a pagar por el usuario final del agua, normalmente el usuario urbano, si éste es el destino final de los caudales incorporados al mercado.

### 3. REFERENCIAS COMPARADAS

#### 3.1. *Dos experiencias contrapuestas: la liberalización integral chilena y la administrativización sudafricana*

La evolución de estos sistemas corre por vías paralelas aunque en sentido contrario. Ambos parten de situaciones diametralmente opuestas. Mientras que Chile partía de un sistema altamente publicitado, en el que el recurso integra el dominio público estatal, la República Sudafricana se caracteriza por soportar un sistema feroz de titularidades privadas directamente vinculadas a la titularidad de la tierra (35). La transformación de

---

cas, op. col., dir.: A. EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 1995, pág. 322, indica expresamente lo siguiente: «es normal que los particulares financien obras menores que les permiten aprovechar efectivamente sus derechos de agua. Trátase de aquellas obras que se relacionan más directamente con el aprovechamiento del agua una vez que sale del río o canal»; sin embargo, «difícilmente los particulares financian obras medianas o mayores»; para éstas es necesaria la intervención del Estado al menos mediante la subsidiación financiera.

(34) También ha sido criticado este fenómeno en el sistema norteamericano. En este sentido, WILLEY, citado por T. DUMARS, «Emergence of social constraints in the property allocation system of water law in the United States», *La gestión de los recursos hídricos en vísperas del siglo XXI. Actas y Ponencias*, cit., pág. 378, denuncia la «incoherente política federal norteamericana consistente en la subsidiación financiera del mercado mediante la construcción de infraestructuras hidráulicas (federal project works), destinadas en principio a fomentar el desarrollo de las explotaciones agrícolas y ganaderas (farms), y que, sin embargo, son utilizadas posteriormente para transferir el recurso a usos distintos a aquellos para los que se concibieron los subsidios». El autor, incluso, llega a plantearse si aquellos recursos deberían ser reintegrados a las arcas del Tesoro Público por los nuevos usuarios.

(35) La todavía vigente Ley de Aguas de la República Sudafricana del año 1956 —*Water Act 54/56*— toma como base del sistema de atribución de usos el criterio del ribeño y, por tanto, de la titularidad de la tierra. Configura un sistema confuso e inseguro en el que ni siquiera los propietarios del agua conocen el alcance de su propio derecho. Se distingue, no obstante, entre agua pública y privada, pero el agua pública tiene un carácter meramente residual y es susceptible de apropiación en todo momento. Sólo existe la posibilidad de que el Estado declare áreas de control en las que los derechos privados sobre las aguas pueden ser suspendidos por razones de interés público. Las aguas públicas se dividen en aguas de curso normal y extraordinario. Las primeras son aquellas que de ordina-

ambos es inversa: Chile provoca una liberalización integral del sistema, manteniendo nominalmente la titularidad pública de las aguas, pero equiparando los derechos de aprovechamiento sobre aquéllas al régimen de la propiedad privada, mientras que la reforma sudafricana apunta hacia la publicación integral del recurso, declarándose expresamente que el agua es un bien *common to all* (36).

Partiendo de este dato fundamental, es claro que las soluciones adoptadas en uno y otro sistema en cuanto a la gestión del recurso y la articulación de mercados del agua serán sustancialmente distintas:

— Chile configura un sistema en el que el particular es absolutamente libre para ceder agua a terceros, superando cualquier tipo de vinculación del agua al uso o a la tierra. El titular del agua la obtiene de forma gratuita, sin que ésta esté gravada ni siquiera por tributos sobre su utilización. Nada obliga al particular a integrar el agua en el mercado, pero, si lo hace, tampoco está sujeto a regulación alguna, pudiendo fijar el precio del recurso de acuerdo con el libre juego de la oferta y la demanda. El sistema carece prácticamente de control público, el cual únicamente se manifiesta en el otorgamiento de las titularidades y en la vigilancia de que los beneficiarios no excedan los límites cuantitativos del título en su actividad mercantil —aspecto que se ve dificultado por la existencia de numerosas titularidades consuetudinarias no controladas por la Administración— (37).

— La República Sudafricana, por el contrario, pretende la publicación integral de las aguas. El agua pasaría a ser un recurso de titularidad pública no susceptible de apropiación privada, excluyéndose expresamente el sistema de atribución de derechos de propiedad sobre las aguas sobre la base del tradicional criterio del ribereño (38). La transformación de los derechos adquiridos se justifica en el juego de la doctrina anglosajona de la *public trust doctrine*, según la cual el Estado siempre tiene la posibilidad de intervenir en los derechos sobre el agua, a los efectos de preservar los intereses públicos dignos de protección implicados. Junto a ello, la sección

---

rio llevan los cursos fluviales, siendo susceptibles de apropiación privada con el límite al respeto de ciertos usos preferentes como los urbanos. Las aguas de curso extraordinario —avenidas— también son susceptibles de apropiación privada, esta vez sin límite ni preferencia alguna.

(36) Principio núm. 2 de la Declaración *Fundamental Principles and Objectives for a new Water Law*, de 19 de noviembre de 1996.

(37) Sobre el particular, hemos tomado como referencia los trabajos de A. VERGARA BLANCO, «El mercado de aguas en el Derecho chileno», en *Precios y Mercados del Agua*, op. col. cit., pág. 336. También G. ARINO, «Los mercados del agua en España», cit., págs. 20 y ss., así como J. M. MARTÍN MENDILUCE, «Los mercados del agua y su aplicabilidad a la legislación de aguas española», cit., págs. 14 y ss., y C. BAUER, *Los derechos de agua y el mercado: efectos e implicaciones del Código de Aguas chileno de 1981*, «Revista de Derecho de Aguas», vol. IV, 1993, págs. 17 y ss. A éstos nos remitimos para una referencia más extensa del sistema chileno, cuyas líneas básicas hemos intentado simplemente apuntar en el texto.

(38) Principio núm. 4 de la Declaración *Fundamental Principles and Objectives for a new Water Law in South Africa*, de 19 de noviembre de 1996.

núm. 24 del *Bill of Rights* de la Constitución sudafricana relaciona toda una serie de derechos sociales de contenido ambiental que justifican por sí solos la intervención del Estado en su protección.

Se argumenta que la legislación hasta ahora vigente ha configurado un sistema desconocedor de las exigencias de aquella doctrina, de incontestada vigencia en el contexto del *Common Law*, por lo que no es posible ni legítimo aducir la presencia de derechos adquiridos con arreglo a aquella normativa para paralizar el proceso reformador (39). Téngase en cuenta, por otro lado, que la ordenación anterior configuraba un sistema de propiedad privada de las aguas vinculada al derecho del ribereño y, por tanto, al derecho de propiedad sobre la tierra, y que, bajo el régimen del *Apartheid*, sólo la población blanca podría ser propietaria de la tierra. Esta situación queda excluida en el nuevo marco de titularidad sobre las aguas que pretende la reforma (40). En definitiva, la reforma busca la publicación integral del recurso, enmarcándose en un proceso general de nacionalizaciones que se ha abierto en el país tras el cambio de régimen (41).

En este contexto reformador, la incorporación de mercados del agua se contempla como posibilidad estimable a la luz de las experiencias norteamericanas en este campo. Sin embargo, el legislador sudafricano desmonta una a una todas las posibles ventajas de aquéllos, postulando su no incorporación en la nueva legislación sudafricana. Se estima que éstos han sido simples soluciones puntuales sin solución de continuidad, señalándose los peligros que conlleva la liberalización en orden al desarrollo de fenómenos especulatorios y la explotación abusiva y poco respetuosa con el ambiente del recurso. El sistema camina, por tanto, hacia una intensa administrativización del recurso, en la que se excluye expresamente cualquier forma de mercado sobre las aguas.

---

(39) Según K. ASMAL, *National Consultative Conference on the South African Water Review Panel*, East London, 17 de octubre de 1996, la acción del actual Gobierno no puede verse anulada por la existencia de derechos adquiridos sobre regulaciones ilegítimas del pasado, ilegítimas por desconocer algunos elementos esenciales de la doctrina tradicional del *Common Law*, y entre ellos, en relación con el régimen de las aguas, las exigencias de la *public trust doctrine*.

(40) En «Review of South Africa Water Law Document», Ministry of Water Affairs and Forestry, Republic of South Africa, diciembre de 1996.

(41) En efecto, la publicación del recurso no es un fenómeno aislado en el contexto sudafricano. La misma situación se ha producido con respecto a los recursos energéticos y minerales. La aprobación de la Constitución sudafricana, en vigor desde el 27 de abril de 1994, de contenido fuertemente publicificador, ha impulsado la progresiva nacionalización de estos recursos naturales, los cuales, al igual que el agua, habían sido atribuidos tradicionalmente a la población blanca en régimen de propiedad, sobre la base de la titularidad de la tierra. Así lo ponen de manifiesto BADENHORST y otros, *Proposed Nationalisation of Mineral Rights in South Africa*, en «Journal of Energy and Natural Resources Law», vol. XII, núm. 3, año 1994, págs. 289-291.

### 3.2. *El tímido desarrollo de los mercados del agua en el Derecho norteamericano*

El Derecho norteamericano de aguas tiene sus bases en el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las aguas. Dos son las doctrinas que se siguen en la adscripción de los aprovechamientos: el criterio del ribereño *riparian rights*, y el de la apropiación, *prior appropriation doctrine*. El primero de ellos tiene su desarrollo en los Estados del Este del país, en los que la abundancia del agua no exige la articulación de incentivos especiales para su apropiación. Los Estados del Oeste, sin embargo, se rigieron siempre por el principio de apropiación (42).

Se trata de un sistema altamente regulado. La obtención de los derechos sobre el agua se sujeta a licencia previa —*permit system*— y, durante el funcionamiento del derecho, el particular queda sujeto a una fuerte intervención administrativa. Esta es especialmente intensa en los Estados «secos» del Oeste del país, donde la escasez estructural del recurso exige un fuerte control público de las explotaciones (43).

En el Derecho norteamericano, el respeto por el derecho de propiedad es una exigencia reconocida al más alto nivel. La propiedad de las aguas, en consecuencia, es un derecho que otorga originariamente a su titular el máximo nivel de libertad sobre el recurso. Sin embargo, tanto en la propia tradición jurídica del Derecho anglosajón como en las más recientes regulaciones constitucionales, el reconocimiento de la presencia de un interés público protegible, y la consiguiente limitación en las facultades del propietario, es un hecho innegable. Por ello, la propiedad de las aguas se ha convertido en una propiedad regulada sujeta a altos niveles de intervención.

Las doctrinas principales de intervención son: en el marco tradicional del *Common Law*, la ampliación del campo de aplicación de las doctrinas de la *public trust* y, desde la órbita constitucional, la incorporación en las Constituciones estatales de la doctrina de la razonabilidad (*reasonability*) del uso. Las doctrinas de la *public trust* tienen su origen en la protección jurisdiccional de ciertos usos públicos del agua, principalmente la navegación, comercio y las pesquerías. Tradicionalmente, los Tribunales limitaron el derecho del propietario de las aguas en la medida en que su explotación impidiera aquellos aprovechamientos colectivos. Actualmente, el de-

---

(42) Sobre ambos sistemas de obtención del recurso, ver, entre otros, BECK y GOPLE-RUD, *Waters and water rights: riparianism and prior appropriation*, Chicago, 1991, pág. 105.

(43) El régimen jurídico de aplicación a estas autorizaciones es muy variable según el Estado de que se trate. En términos generales, la exigencia de autorización previa afecta a todo tipo de usos, aunque algunos Estados articulan excepciones relacionadas con los usos domésticos, o incluso con determinados regadíos —esto último sólo en cuatro Estados—. Generalmente, se establece un límite mínimo de explotación, a partir del cual es necesaria la obtención del permiso correspondiente. También suelen exigirse fianzas y tasas en la expedición de los títulos de aprovechamiento privativo. El impago de estos devengos puede dar lugar a la caducidad de los mismos. Sobre este particular, W. GOLDFARB, *Water Law*, op. cit., págs. 26-27.

sarrollo jurisprudencial de aquellas doctrinas ha evolucionado en un sentido expansivo, facilitando la incorporación de nuevos valores protegibles, sobre todo de contenido ambiental. Por esta vía, la Administración hidráulica norteamericana ve legitimado un mayor grado de control sobre el propietario, cuyo uso podrá ser restringido si afecta a los valores ambientales del efluente (44). Paralelamente, las Constituciones de la mayoría de los Estados del Oeste han introducido la exigencia del «uso razonable» entre sus determinaciones sobre la ordenación del recurso. Con ello, la Administración puede intervenir en los aprovechamientos tanto en el momento de otorgar los usos —existen algunos preferentes por razón de su utilidad pública y razonabilidad de uso— (45) como durante la gestión —es posible declarar caducados los derechos si se demuestra un uso manifiestamente ineficiente del recurso—.

En este contexto jurídico se enmarca el desarrollo de los mercados del agua en los Estados Unidos. En principio, la base conceptual que fundamenta la ordenación del recurso no crea especiales obstáculos a la articulación de transferencias. El particular, titular de un derecho de propiedad sobre las aguas, puede cederlas a terceros contra precio. Sin embargo, el fuerte control administrativo de las transferencias hace muy difícil que éstas se produzcan a nivel regional o interestatal. Menos problemas existen en la articulación de mercados locales, pero cuando éstos pretenden ampliarse son muchas las restricciones legales y fácticas que encuentran para su desarrollo.

Básicamente, las legislaciones estatales (*statutes*) prohíben la creación de externalidades negativas en los distintos sectores económicos del Estado, o en los particulares. Ello limita sensiblemente, si no impide, la mayor parte de las transferencias de agua, dado que dichos efectos siempre aparecen de un modo u otro, y así son alegados por los sujetos potencialmente afectados. Sin embargo, el desarrollo del mercado no sólo se ve limitado

---

(44) Ver C. F. WILKINSON, *The headwaters of the public Trust: some of the traditional doctrine*, en «Environmental Law», Spring 1989, quien expone la evolución expansiva que en la jurisprudencia ha tenido la doctrina en los últimos años por razones de interés público; en particular, el autor indica cómo la doctrina ha pasado a amparar situaciones y valores que no aparecían originariamente en su ámbito de aplicación: «valores naturales, económicos, recreativos, relativos a la belleza e incluso a la espiritualidad del recurso» (pág. 426). Este dato tiene una incidencia indudable en el campo de los mercados del agua. En este sentido, H. M. INGRAM y C. R. OGGINS, «The trust doctrine and community values in water», *La gestión de los recursos hídricos en vísperas del siglo XXI. Actas y Ponencias*, cit., pág. 361, han señalado que «el énfasis actual en relación con los mercados del agua, la eficiencia económica, las transferencias de agua del ámbito rural a la ciudad, están produciendo que valores esenciales inherentes al agua estén siendo nuevamente dañados». Ahí es donde interviene la doctrina, que aparece como reacción necesaria frente a estos hechos; así, «la expansión de las public trust protections, desde los usos tradicionales de navegación, comercio y pesquerías, hacia esos nuevos valores refleja el reconocimiento de que el agua está cada vez más allá de su valor económico».

(45) En este sentido, el artículo 3: *Preferred priorities of municipalities*, del *Water Code* del Estado de California dispone: «la solicitud de autorización dirigida por el Municipio para la utilización de aguas en ejecución del servicio de abastecimiento a poblaciones, será considerado como primero en el derecho, independientemente de que lo sea en el tiempo». Citación: CA WATER s: 1460, West's annotated California Water Codes.

por el control administrativo de las Agencias, sino por la presencia de Instituciones —i.e., «*irrigation districts, mutual water districts, Commercial water districts, municipal water districts, etc.*»— con plenos poderes para bloquear cualquier tipo de transferencia fuera de los miembros que las integran (46).

Desde un punto de vista material, la legislación de los Estados establece ciertas cautelas que la Administración debe valorar para autorizar la cesión, lo que termina poniendo grandes trabas al desarrollo de los mercados; seguiremos en este punto la relación aportada por LEVINSON en atención al sistema californiano:

— La Agencia Administrativa competente —que en el caso californiano es la SWRCB—, en el ejercicio de sus funciones de control sobre el «uso eficiente» del recurso, debe valorar que la transferencia no contra-

---

(46) Sobre el particular, puede verse B. H. THOMPSON, *Institutional perspectives on water policy and markets*, «California Law Review», mayo 1993, págs. 677-678. Como indica este autor, las *Water Institutions* forman una industria compleja y de naturaleza diversa —pública o privada—, a partir de la cual numerosos consumidores reciben agua —regantes, usuarios urbanos, industrias, etc.—. Algunas de ellas suministran el agua directamente al usuario, mientras que otras lo hacen a través de entidades interpuestas. Siguiendo los trabajos de D. H. GETCHES, *Water Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1997, págs. 418-435, así como A. TARLOCK y otros, *Water resource management. A casebook in Law and public policy*, 4.ª ed., The Foundation Press Inc., Westbury, New York, 1993, págs. 590 y ss., pasamos a exponer brevemente el conjunto de instituciones que intervienen en la gestión del recurso. Al efecto, debemos distinguir entre aquellas que presentan naturaleza pública y las privadas, teniendo en cuenta la presencia de un tercer *genus* de organizaciones que participan de una naturaleza heterogénea. Entre las primeras se encuentran las Agencias reguladoras de ámbito estatal o federal con competencias sectoriales en la ordenación del recurso; junto a ellas, los propios Municipios, titulares por delegación estatal del servicio de abastecimiento de agua en poblaciones. Dentro de las entidades que calificábamos como «heterogéneas» en su naturaleza, nos encontramos con los *Irrigation Districts*, que se encargan de la distribución y control de riegos. Estas organizaciones son creadas por Ley del Estado y disfrutan de un *status* público o cuasi-público, según los casos. La variedad organizativa es aquí especialmente amplia. Son titulares de derechos sobre el agua, de modo que los regantes únicamente contratan con ellos su disponibilidad. Junto a estas entidades, participando de su misma naturaleza, existen en algunos Estados los llamados *Municipal Water Districts*, titulares de derechos sobre agua destinada a suministro urbano. Como señala D. L. CROSBY, *Water, water, everywhere, but not enough to drink: a look at water supply and Florida's Growth Management Plan*, «Journal of Land Use and Environmental Law», Fall 1996, pág. 160, sus funciones alcanzan la regulación, gestión, conservación, desarrollo, provisión y fiscalización del uso razonable de todas las aguas superficiales y subterráneas, vigilando su calidad y estableciendo líneas de actuación política. Por último, existen otras organizaciones de base privada encargadas de la gestión de suministros urbanos o regadíos en forma industrial. Se trata de las *Water Utilities* y las *Mutual Ditch and Irrigation Companies*, a las que habría que unir las *Mutual Water Companies*. Las dos primeras son simples entidades privadas de gestión que pueden tener derechos propios sobre el agua aunque no de manera necesaria. Su intervención en la gestión del agua urbana parte del otorgamiento de una *franchise* por el Municipio, que las convierte en *public utilities corporations*. Las últimas son organizaciones de usuarios urbanos que organizan la gestión del suministro de manera propia y separada al resto de la ciudad, siendo todos ellos accionistas de la compañía y generalmente propietarios pro cuota de determinados volúmenes de agua. No pueden servir agua a terceros. Atendiendo a la organización descrita, queda patente el doble lastre al desarrollo de los mercados: la intervención pública reguladora y el propio control interno de las instituciones titulares del recurso.

viene la *no-injury rule*, es decir, no supone perjuicios a terceros usuarios del agua.

— La determinación de lo anterior es costosa, dado que hay que valorar numerosísimos factores para asegurar la inexistencia de perjuicios a terceros o al interés público (*externalities*):

- Es necesario efectuar una valoración de los efectos ambientales de la transferencia en *stream values*. Los valores implicados aquí son difusos, afectan al conjunto de la sociedad, y su estimación resulta sin duda difícil.
- Debe realizarse también una valoración de las externalidades generales del sistema, motivadas no ya por el efecto directo de la transferencia entre usuarios particulares, sino por la posible afección de la transferencia en algún sector de la economía del Estado, por ejemplo para la sostenibilidad del mercado agrario, o en el global de ésta (47).

— A pesar de que no se afecten derechos de terceros, la autorización de la transferencia debe partir de la previa certeza sobre los derechos de aprovechamiento de que es titular el cedente, lo que no resulta fácil dado que el volumen de agua apropiado por los particulares varía con motivo de la disponibilidad de agua existente.

En resumen, las propias reticencias de los titulares del recurso, y las limitaciones administrativas existentes en la articulación de transferencias a media o gran escala, han motivado un escaso desarrollo de los mercados del agua en los Estados Unidos, al menos como solución generalizada. Cuando se han desarrollado, ha sido a partir de la propia iniciativa pública, a menudo forzando a los titulares del recurso a efectuar las transferencias bajo amenazas de cancelación de sus derechos por «*uso no razonable*». Este dato se ha materializado en la formalización de algunos importantes contratos de transferencia, o en la creación de mercados intervenidos a nivel institucional, caso del Banco de Aguas californiano:

— El contrato entre IID-MWD (*Imperial Irrigation District y Metropolitan Water District*). El profesor BAUER expone cómo este contrato tiene su origen en una resolución dictada por el *Board* californiano en el año 1984, según la que se declaraba el uso del agua efectuado por el Distrito de riego como «*no razonable*», interesando la caducidad de sus derechos. Dado que la resolución no fue inmediatamente ejecutada, el Distrito se apresuró a buscar un destino razonable a sus excedentes, encontrándolo en la cesión de los caudales al MWD (48).

Numerosos son los problemas que presenta esta modalidad de articula-

---

(47) Todo ello es puesto de manifiesto por M. LEVINSON, *California water: an economic consideration*, cit., págs. 195-200.

(48) C. J. BAUER, «El mercado de aguas en California», en *Precios y mercados del agua*, op. col., cit., pág. 197.

ción del mercado. El gran problema jurídico se plantea para justificar cómo una entidad como el IID, cuyo derecho sobre las aguas le permite obtener un excedente comercializable, podrá acreditar un «uso razonable» de las aguas a la finalización del contrato de cesión y, en particular, cómo podrá demostrar la necesidad del uso propio de aquéllos. La cuestión es simple. Si el Distrito de riego tuvo un caudal excedentario que vender, eso demuestra que no estaba destinando el agua de la manera más eficiente posible, ya que en otro caso, sencillamente, no hubiera tenido caudales excedentarios. Siendo esto así, a la finalización del contrato el IID debería perder parte de sus derechos sobre el agua (49).

— El Banco del Agua: mucho se ha hablado sobre el devenir de esta institución, y sobre los beneficiosos efectos que en la sequía del 91 tuvo en el contexto de los suministros urbanos de las grandes ciudades del Sur de California. Por nuestra parte, simplemente destacar tres elementos clave en su desarrollo, a saber: su limitado marco temporal, ya que sólo operó durante seis meses; su diferente incidencia en las zonas oferentes y receptoras, y el tremendo protagonismo que tomó en él la propia Administración, quien actuó como intermediaria e impulsora en todas las transacciones (50). Quizá sea oportuno señalar, siguiendo de nuevo a BAUER, que la experiencia «*resultó bien como solución parcial e inmediata a un problema coyuntural, los efectos a terceros, sean económicos o ambientales, fueron bastante manejables en el corto plazo (...) pero aquellos efectos serían mucho más graves y conflictivos si siguieran los traspasos en el largo plazo*» (51).

No hay que dejar de lado, por último, la enorme trascendencia que en este ámbito ha tenido la presencia de un enorme sistema de obras públicas de transferencia denominado *Federal Reclamation Project*, gestionado y dirigido por una Agencia Federal especial: *Bureau of Reclamation*. Este sistema, concebido ya a finales del siglo XIX con la finalidad de llevar agua a los Estados recién colonizados del Oeste del país, fomentando su población y desarrollo, tomó carta de naturaleza con la aprobación de la Ley de 1902 denominada *Reclamation Act*, y ha venido desarrollándose hasta la actualidad. El propósito originario del sistema estaba directamente vinculado al regadío de las nuevas tierras, pero pronto se transformó en un complejo sistema de abastecimiento y aprovechamiento energético de gran envergadura. Sin duda, la existencia de este gran sistema ha facilitado los intercambios de agua entre los usuarios del *Federal Project* (52). Alrededor de este sistema, de manera localizada, han surgido otros subsistemas más o

---

(49) Esta interpretación se ve agravada por el hecho de que, además, el Distrito de riego referido fue coaccionado para la formalización del contrato por la constatación de un uso manifiestamente no razonable del recurso, lo que le llevó a la cesión de los caudales ante la posibilidad de decaer en sus derechos sobre el agua. Ver M. L. LEVINSON, *California water: an economic consideration*, cit., págs. 187-194.

(50) Ver I. CARO-PATÓN CARMONA, *El derecho a regar*, op. cit., pág. 333.

(51) C. J. BAUER, «El mercado de aguas en California», cit., pág. 201.

(52) Ver D. H. GETCHES, *Water Law*, op. cit., págs. 371-372.

menos vinculados o complementarios de aquél. Es de señalar, en California, el Sistema *Central Valley Project*, dependiente del *Bureau*, y el *State Water Project*, dependiente del SWRCB.

En términos generales, el desarrollo de los mercados, como solución generalizada, ha sido incierto, puntual y, si se quiere, esporádico. La solución a los problemas hidráulicos del país no ha pasado, al menos hasta el momento, por las soluciones de mercado. Algunas experiencias han resultado ciertamente exitosas, pero no han estado exentas de importantes disfuncionalidades poco evaluadas dada la escasa vigencia del sistema. Las propias dinámicas internas del proceso han incidido sustancialmente en este escaso desarrollo: las reticencias corporativas de los oferentes a la hora de ceder agua, bajo el riesgo de perder sus derechos futuros sobre el excedente, han creado tensiones insoportables en el propio seno de las Instituciones detentadoras del recurso. La propia actividad de las Agencias reguladoras externas ha puesto numerosas trabas al sistema. En definitiva, el desarrollo del mercado ha sido, como señalábamos al principio de esta exposición, demasiado tímido y limitado como para servir de modelo incontestable para la configuración de una nueva organización del recurso.

Junto a ello, numerosas son las voces que se están alzando en la propia doctrina norteamericana contra la pretendida eficacia del mercado o, al menos, contra la falta de control de las disfuncionalidades que aparecen necesariamente asociadas a sus dinámicas: empobrecimiento de las regiones oferentes, fenómenos de especulación sobre el terreno y sobre el propio recurso, perjuicios en la agricultura y empleo agrario, perjuicios ambientales, etc. (53).

#### 4. FUNCIONALIDAD JURÍDICA DE LOS MERCADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

##### 4.1. *La posible entrada del mercado a través de la transferencia de los aprovechamientos*

Una parte significativa de la doctrina ha pretendido justificar la articulación de mercados del agua en nuestro ordenamiento a partir de las propias determinaciones de la vigente Ley de Aguas. Como ha señalado EMBID IRUJO, estas posiciones no se refieren a la venta del agua como tal, lo que repugnaría directamente a su régimen demanial, sino que acuden a la «*metáfora de que, en realidad, lo que se transmitiría serían los derechos concesionales*», es decir, los derechos de aprovechamiento otorgados al particular sobre el agua (54).

(53) Así lo indica, entre otros, R. BABBIT, *New Laws needed to slake West's Thirst*, «*Albuquerque Journal*», agosto 1988, s: A9.

(54) Así lo denuncia A. EMBID IRUJO, *Precios y mercados del agua*, cit., págs. 14-15. Un exponente claro en esta línea lo constituye G. ARIÑO y M. SASTRE BECEIRO, *Los mercados del agua en España: una propuesta de reforma de la Ley de aguas*, en «*Ingeniería del Agua*», vol. IV, núm. 1, marzo 1997, pág. 25, quienes han señalado que «*desde un punto de vista*

MENÉNDEZ REXACH sostiene que, si bien los bienes demaniales son inalienables, no lo son necesariamente los derechos de aprovechamiento otorgados sobre ellos; la legislación sectorial correspondiente puede legitimar estas transferencias de manera expresa, lo que, a su juicio, se contempla en los artículos 61 y 62 de la vigente Ley de Aguas (55). En estos términos, sería posible en nuestro ordenamiento actual el desarrollo de lo que GALLEGU ANABITARTE denomina «*un mercado intervenido por la Administración pública*»; intervención que se manifestaría en la sujeción necesaria de la transferencia a autorización administrativa con motivo del cambio en las características esenciales de la concesión que supondría la transmisión del aprovechamiento (56). Desde estas posiciones, además, se considera que dicha intervención sería incluso adecuada para el buen funcionamiento del mercado (57).

Con todo ello, desde estos planteamientos se considera que el sistema vigente es excesivamente obstativo al mercado. En opinión de ARIÑO, el mercado es posible en el actual marco jurídico, pero se articula a través de un sistema «*perfectamente rígido de asignación de derechos y usos del agua*», lo que aconseja su modificación. El actual estado de cosas legitima las transferencias pero las hace prácticamente imposibles, al imponer al interesado la obligación de seguir farragosos trámites ante la Confederación Hidrográfica competente (58).

En esta línea, precisamente, parece que trabaja el legislador actual, quien sin alterar la condición demanial del recurso pretende integrar en el sistema mercados del agua intervenidos por la Administración. Ese mercado se articularía a partir de contratos de cesión de los aprovechamientos

---

constitucional, ninguna traba hay para la implantación de un mercado del agua, ya que no se vulnera el artículo 132.1 CE que declara el dominio público inalienable, porque lo que se pretende no es "privatizar" las aguas, sino permitir la transmisión de derechos de aprovechamiento sobre las mismas, manteniéndose como hasta ahora la naturaleza de éstas. No estamos, por tanto, refiriéndonos a la compraventa de un bien de dominio público». En el mismo sentido, I. CARO-PATÓN CARMONA, *El derecho a regar*, op. cit., págs. 325 y 332.

(55) Sobre el particular, ver A. MENÉNDEZ REXACH, «Reflexiones sobre un mercado de derechos de aguas en el ordenamiento jurídico español», en *Precios y mercados del agua*, op. cit., pág. 148.

(56) Ver A. GALLEGU ANABITARTE y A. CALVO LECHOSA, *Algunos aspectos de la Ley de aguas de 1985 a los diez años de su aprobación*, en «El Campo», núm. 132, año 1995, pág. 174.

(57) En este sentido, J. M. MARTÍN MENDILUCE, «Los mercados del agua y su aplicabilidad a la legislación de aguas española», cit., pág. 22, señala que «ante la imposibilidad de establecer mercados libres eficientes debido a la naturaleza del recurso, debe recomendarse que la gestión de la demanda se lleve a cabo mediante una combinación de medidas regulatorias y voluntarias», es decir, mediante la creación de un mercado parcialmente regulado.

(58) Ver G. ARIÑO y M. SASTRE BECEIRO, «Los mercados del agua en España: una propuesta de reforma de la Ley de aguas», cit., pág. 24. Junto a ello, como ha señalado J. MAESTU, «Dificultades y oportunidades de una gestión razonable del agua en España: la flexibilización del régimen concesional», en *La economía del agua en España*, op. col., Fundación Argentaria-Visor Dis, Madrid, 1997, pág. 128, lo anterior se traduce, en la práctica, en una interpretación sumamente restrictiva de la posibilidad de transferencia por las Confederaciones, quienes, además, sostienen de manera generalizada que «no debe haber transferencias económicas a particulares por un bien de dominio público».

expresamente autorizados por la Administración, los cuales, además, habrían de formalizarse en situaciones de sequía o déficit estructural del recurso —situación, por otro lado, común en nuestro entorno hídrico—. El mercado no sólo quedaría legitimado con ello, sino que, además, resultaría inducido por la propia Administración hidráulica mediante la creación de bolsas o centros de contratación de aguas, a imagen y semejanza del californiano Banco del Agua (59).

Estos centros facilitarían el contacto entre los oferentes y demandantes del agua, permitiendo además a la Administración realizar ofertas públicas de adquisición de agua, con la que posteriormente efectuar cesiones a terceros interesados. Esta función de intermediación, tan similar al citado Banco californiano, tendría un carácter potestativo y potencialmente indefinido.

#### 4.2. *La demanialidad como obstáculo al mercado*

A nuestro entender, el régimen actual del agua, como parte integrante fundamental del dominio público hidráulico estatal, impide la articulación de cualquier tipo de mercado sobre aguas públicas. Cuestión distinta son los mercados sobre aguas privadas que se han desarrollado con cierto éxito en algunas zonas del país —sobre todo en el archipiélago canario—, en los que las transferencias de agua son un factor inherente a la propia cualidad del recurso. Sin embargo, el agua pública participa de una condición indudable de inercialidad (60). Es, por prescripción constitucional, un bien inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 132.1 CE) (61).

Junto a ello, y en íntima conexión, la propia Ley dificulta las transferencias al crear una doble y expresa vinculación del agua al uso concedido y a la tierra para la que se concede —si se trata de regadíos— (art. 59.2 LA). Esta vinculación tiene una razón de ser evidente: si se atiende al proceso de atribución de derechos concesionales, puede comprobarse cómo en todo momento se valora el tipo de uso solicitado a los efectos del otorgamiento de la concesión. La propia Ley, en defecto de la planificación hidrológica, establece un sistema de preferencias de uso al que debe sujetarse en todo caso la Confederación (art. 58.3 LA). En la tramitación en competencia de proyectos ha de valorarse este hecho y, dentro de los usos del mismo rango, el que manifieste mayor razonabilidad de uso, mayor utilidad pública o general (art. 58.4 LA).

En estos términos, difícilmente puede admitirse que el concesionario, una vez obtenido el derecho en perjuicio de terceros, pueda alterar las con-

(59) Así parece deducirse del Borrador de Anteproyecto de reforma de la Ley de Aguas de 16-5-97, que pretende la introducción de un nuevo artículo, el 53 bis, regulador del mercado, sin alterar la condición demanial del recurso.

(60) Así lo significa F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 423.

(61) Sobre el contenido y alcance de estas características, ver, por todos, MURILLO-VELARDE PÉREZ, *Dominio público*. Madrid, 1992, págs. 76-86.

diciones esenciales tomadas en consideración por la Administración hidráulica para otorgarle el derecho, transformando el destino del agua para dedicarla a otros usos o terrenos distintos. Con ello, quedaría vaciado de contenido todo el proceso concesional.

El punto clave se encuentra en la interpretación de los artículos 61 y 62 de la Ley de Aguas, en su relación con el artículo 59.2 de la misma norma, en la medida en que los primeros contemplan la transmisión total o parcial de los aprovechamientos y la modificación de las características de la concesión, respectivamente, y el último la doble vinculación al uso y a la tierra de los caudales concedidos. Veremos cómo, a la luz de esta doble exigencia, el sentido de aquellos preceptos nada tiene que ver con la articulación de un sistema de mercados en la Ley.

El artículo 61, en su primer apartado, sujeta la transferencia de los aprovechamientos que vengán destinados a la prestación de un servicio público de abastecimiento de aguas a poblaciones o riegos, a una autorización administrativa previa. Tomando en consideración las dos limitaciones fundamentales que se derivan de la condición demanial del agua, la vinculación al uso y a la tierra, debemos interpretar el precepto en el siguiente sentido:

— La norma contempla una transferencia subjetiva del título concesional, total o parcial, temporal o definitiva, transferencia que lleva consigo la del servicio público que le es inherente. Del contenido del precepto, sin embargo, no se deduce en ningún momento que haya de producirse un cambio en el *uso* del agua. Únicamente contempla una transformación en la titularidad concesional. Pensemos en una empresa suministradora, concesionaria de un determinado volumen de aprovechamiento, que distribuye agua en régimen de servicio público a una urbanización aislada, suministro urbano, o para riegos, decidiéndose en un determinado momento ceder a un tercero el aprovechamiento y el servicio para que éste continúe con la actividad gestora. Se trata de una subrogación en la posición jurídica del anterior concesionario, que deja a partir de ese momento de tener tal condición. No creemos que pueda hablarse de un verdadero mercado del agua con ello.

— En cuanto al segundo de los límites derivados del régimen demanial del agua, a saber, la vinculación al *suelo*, hay que decir que, por razones obvias, este régimen queda excepcionado por la Ley cuando se trata de suministros en régimen de servicio público, de conformidad con lo establecido en los artículos 59.2 y 60.1 del texto legal.

El apartado segundo del precepto que venimos considerando sujeta a simple notificación la transferencia del aprovechamiento cuando no concurren las condiciones anteriores. Estimamos que la transformación subjetiva a que se refiere la norma, tal como ocurría en el caso anterior, sólo puede operar cuando con ello no se altere el destino del agua ni su régimen de uso. Así pues, el precepto contemplaría únicamente aquellos supuestos en los que se produce la transformación en bloque de la titulari-

dad del bien que soporta el título concesional. En efecto, la cesión gratuita u onerosa del terreno sobre el que está otorgada la concesión, a través de sucesión hereditaria, compraventa, donación, permuta, ejecución forzosa, o por cualquier otro sistema de transmisión de titularidad, supondrá la necesaria transferencia de los derechos asociados a la finca, entre ellos la concesión de aguas. El agua seguirá vinculada al terreno y al uso, aunque el propietario de las tierras haya cambiado. Dado que la transmisión no afecta sustancialmente al régimen de la concesión, es decir, no incide de manera relevante en los aspectos relacionados con el interés público, las exigencias procedimentales se relajan con respecto al supuesto anterior, exigiéndose únicamente la comunicación de la transferencia.

Por su parte, el artículo 62 de la Ley, también aducido para fundamentar la viabilidad jurídica del mercado, nos parece un precepto meramente complementario del anterior, en la medida en que toda transferencia de un aprovechamiento supone la novación o modificación subjetiva del título concesional. Únicamente destacar la aparente contradicción entre este precepto, que exige autorización administrativa en todo supuesto de modificación del título, y el párrafo segundo del artículo 61, que exige simplemente comunicación al Organismo de cuenca cuando se trata de una modificación subjetiva que no implique servicio público (62).

Coherentemente con lo anterior, EMBID IRUJO sostiene que la legitimación del mercado a través de la transmisión de los derechos concesionales exigiría una regulación jurídica de la que hoy se carece en nuestro ordenamiento, «una regulación que debiera excepcionar ciertos principios que regularmente han sido calificados como básicos a la tradición del Derecho de aguas español, entre ellos, la vinculación del agua con un uso establecido concesionalmente». El cambio de uso, por la voluntad del particular, contraveniría una de las condiciones básicas de la concesión, y expondría a su titular a soportar la declaración de caducidad del artículo 64.1 de la LA (63). Sebastián MARTÍN-RETORTILLO se manifiesta, si cabe, de manera más contundente, negando la posibilidad del mercado mientras se mantenga la vinculación del agua a la tierra en los términos en que lo hace actualmente la Ley de Aguas; consideramos conveniente traer aquí parte de sus reflexiones, que resultan del mayor interés:

*«Afirmo la imposibilidad de estas prácticas —de mercado— conforme al Derecho vigente. Y en todo caso, cuestiono la conveniencia de asumirlas. No cabe olvidar las dificultades que genera este mercado del agua, dificultades cuya referencia se soslaya siempre al referir la situación de aquellas zonas*

---

(62) Quede constancia de que, en la interpretación de S. DEL SAZ, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, op. cit., pág. 269, la transmisión contemplada en el artículo 61 supone en todo caso una modificación subjetiva del título concesional, lo que, a su juicio, sólo requiere autorización previa de la Administración hidráulica competente cuando se trate de una concesión de servicio público o, aun no siendo así, el cambio en el sujeto comporte también una transformación en las condiciones objetivas de la concesión.

(63) A. EMBID IRUJO, *Precios y mercados del agua*, cit., pág. 15.

*donde se ha establecido. No rechazo, sin embargo, la posible conveniencia de flexibilizar los aprovechamientos, siempre en situaciones de emergencia —sequía, acuíferos sobreexplotados— en todo caso, al amparo de las facultades que al respecto se otorgan a la Administración Hidráulica (arts. 53, 56, etc., LA), de forma que la indemnización a percibir por quien cede el agua no lo sea en concepto expropiatorio, sino resultado del convenio que pueda establecerse entre las partes. Tal planteamiento puede ser razonable pero, obviamente, muy distinto a un mercado del agua conforme a las leyes del libre mercado» (64).*

La Administración hidráulica, al conceder los aprovechamientos solicitados entre los distintos proyectos en competencia, valora numerosos factores de carácter general: condiciones hidrológicas de la cuenca, disponibilidades, captaciones de terceros, etc.; al mismo tiempo, el Organismo de cuenca ha de tomar en consideración las propias características del terreno a abastecer: tipo de cultivo, superficie, condiciones del terreno, eficiencia en el riego, etc.; con estos datos, entre otros, la Confederación decide sobre la atribución del aprovechamiento. Si las condiciones vienen determinadas por todos estos factores, entre los que resultan esenciales las propias características del terreno de destino, el sistema se vería desvirtuado si el titular del aprovechamiento, una vez concedido, dedicara las aguas a otro uso y las cediera a terceros.

Por todo ello, a nuestro juicio, lo que frena al mercado es el propio contenido de la institución concesional y, por extensión, del régimen demanial que afecta al recurso. No bastaría, por tanto, con la derogación del artículo 59.2 de la LA para solventar los obstáculos que se presentan al mercado; la cuestión entraña más al fondo, a las raíces del propio sistema diseñado por el legislador del 85. Y es que todo el sistema de control público sobre los aprovechamientos hidráulicos gira precisamente alrededor de un dato fundamental, es decir, la seguridad, la garantía de que el agua que se concede va a tener el destino más acorde con el interés general definido en la Ley y en los Planes hidrológicos.

#### 4.3. *El mercado de aguas de creación industrial*

El régimen actual de la reutilización es muy obstativo frente a cualquier posibilidad de mercado sobre estas aguas. De hecho, sujeta a nueva concesión aquellos aprovechamientos que se realicen por persona distinta al que somete las aguas al tratamiento de depuración —art. 101 LA—. Ello es, por otro lado, perfectamente coherente con lo que hasta este momento hemos venido indicando en cuanto a la viabilidad de los mercados en

---

(64) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 522, en texto, y nota 49.

nuestro ordenamiento. Sin embargo, tan exigua regulación deja numerosos interrogantes sobre el régimen de estas aguas.

Ciertos sectores de la doctrina más autorizada han criticado la aplicación indiscriminada del régimen demanial a las aguas reutilizadas o desalinizadas. Para MARTÍN MATEO, «no se justifica que las aguas obtenidas mediante procesos artificiales, y que no se devuelven a su cauce, deban tener un régimen estricto de dominio público estatal» (65). Quizá fuera oportuno una mayor flexibilización de este régimen para dar más agilidad al sistema. En nuestra opinión, la calificación de la actividad de reutilización o desalinización como un servicio público, la correspondiente asunción administrativa de un fuerte grado de intervención sobre la actividad y el producto sin necesidad de monopolio, y la posibilidad de venta de agua a terceros contra el abono de los costes de tratamiento y beneficio industrial —como ocurre con el agua potable en los suministros urbanos—, podría, a nuestro juicio, dar un impulso decisivo al sector.

Téngase en cuenta que aquí no estaríamos realmente ante una «venta» de agua, sino ante el cobro del rendimiento correspondiente a una actividad de tipo empresarial desarrollada sobre el recurso a imagen y semejanza de lo que ocurre con los suministros urbanos en régimen de servicio público. Al no existir mercado, las objeciones expuestas a su incorporación en nuestro ordenamiento quedarían salvadas.

## 5. CONCLUSIONES

El mercado de aguas se muestra como una solución relativamente novedosa frente a las contumaces inercias de la política hidráulica tradicional en cuanto a la gestión de la oferta. El mercado aparece como una vía sugerente para la consecución de mayores niveles de eficiencia y ahorro en el riego, permitiendo la valorización de los caudales, e incentivando teóricamente al agricultor a transformar sus explotaciones para obtener un excedente comercializable.

Sin embargo, el mercado, allí donde se ha desarrollado, ha mostrado graves disfuncionalidades de tipo social, económico y ambiental. Ha fomentado la depredación de los recursos y la aparición de fenómenos especulativos en épocas de escasez. Por ello, los más recientes desarrollos normativos se muestran reacios a su incorporación como solución general. Ni siquiera en el entorno norteamericano, cuna de los mercados, éstos han tenido una continuidad suficiente, estando sujetos a numerosas críticas sobre su funcionamiento.

Más allá de las cuestiones valorativas, pretender la introducción de un sistema de mercados del agua en nuestro ordenamiento no es técnicamen-

---

(65) Ver R. MARTÍN MATEO y otros, *El reto del agua*, Instituto de Cultura Juan Gil Albert, Alicante, 1989, pág. 246. En cuanto a la actividad de desalación, el RD de 28 de julio de 1985, núm. 1327/95, no contempla en ningún momento la posibilidad de un mercado de estas aguas.

te posible, a no ser que se acometa una profunda reforma que afecte a los mismísimos fundamentos que hoy basan nuestro sistema. Cuestiones como la naturaleza demanial del recurso, el alcance de los mecanismos de utilización privativa de las aguas mediante concesión, el propio diseño institucional de la Ley de Aguas, fundamentalmente, deberían ser profundamente transformadas provocando una regresión inaceptable en nuestro ordenamiento hidráulico.

Quizá haya que reiterar aquí algo que, por tantas veces repetido, nunca termina por realizarse de manera efectiva; en efecto, el desarrollo de la función planificadora, elemento esencial en la articulación de cualquier política distributiva del recurso, y en la conformación de un sistema integrado de gestión del agua, quizá estuviera en la base de la resolución de los actuales problemas de asignación. Con el desarrollo de los Planes, los problemas que hoy llevan erróneamente a plantear soluciones de índole liberal, estarían en el camino de recibir una solución adecuada y sin duda mucho más respetuosa con nuestra legislación vigente.

Como propuesta final, sí nos parece necesario incorporar elementos de flexibilización en el sistema en aquellos sectores en los que la revalorización del recurso puede tener una incidencia más favorable. La articulación de un mercado de aguas reutilizadas o incluso desalinizadas, bajo un régimen de intervención pública que podría pasar por la calificación de la actividad como servicio público, susceptible de gestión indirecta, podría incentivar esta actividad en el sector privado, proporcionando una rentabilidad económica a una actividad de contenido eminentemente industrial.

