

PRECIOS Y MERCADOS DEL AGUA

Antonio Embid Irujo*

RESUMEN: El título de este artículo resume muy bien una parte de la evolución que en los últimos tiempos ha presidido la permanente polémica sobre el uso y la gestión del agua: Una vez fracasado, al menos en el primer intento, el proceso de planificación hidrológica nacional¹, la búsqueda de la racionalización en el uso del agua se intenta hacer gravitar en una política de precios concreta, distinta a la hasta ahora seguida, y también se postula por algunos y en diversos grados la introducción de mecanismos de mercado en la asignación del agua a los distintos usos. En el presente artículo, y desde la perspectiva propia de un jurista -aun sin utilizar un método solamente jurídico-, voy a reflexionar sobre el significado y trascendencia de ambas líneas de pensamiento².

INTRODUCCIÓN:

EL ASPECTO ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL AGUA / PROBLEMÁTICA GENERAL

Que la preocupación actual del debate sobre el agua se centre en torno al binomio precios-mercado representa una visión predominantemente economicista que debe, en todo caso, resaltarse frente a otros posibles enfoques de la cuestión. No obstante hay que indicar que ello no es una novedad absoluta desde la contemplación histórica de la política del agua sino que representa, solamente, el acento específico de los tiempos presentes en aspectos parciales de dicha política que han podido ser objeto de consideración en otras épocas también, aun cuando ahora se pone énfasis en algunos aspectos singulares.

En efecto, la trascendencia de una política de precios sobre el agua no ha sido desconocida anteriormente en modo alguno. El mismo hecho de construir a partir de la Ley de 7 de julio de 1911 un sistema impositivo que recae sobre los beneficiados por las obras hidráulicas, aporta una evidente originalidad a la política sobre precios del agua. Un componente fundamental de dicho precio se forma a partir de la aportación específica que los directamente beneficiados por las obras hidráulicas deben pagar a los organismos gestores del agua, las Confederaciones Hidrográficas.

Han sido los regantes y en menor medida los industriales los directamente afectados por el canon de regulación y las tarifas de agua que son las exacciones respectivamente vinculadas a las obras de regulación y a las realizaciones distintas de éstas. El

ciudadano distinto del regante abona al ente suministrador (normalmente su Ayuntamiento) unas tasas por el suministro mediante las cuales el Ayuntamiento debe, también, resarcirse de las inversiones que haya realizado para proporcionar el servicio -obras de captación, potabilización, canalización- incluyéndose últimamente también el coste de la depuración y saneamiento (alcantarillado y plantas de depuración). Desde una reciente normativa estatal³, se indica que las cantidades que los Ayuntamientos abonen a las Confederaciones Hidrográficas en concepto de canon de regulación y tarifas de agua deben también ser repercutidas sobre los usuarios urbanos por sus Ayuntamientos.

Pues bien, este régimen económico del agua, contenido primeramente en textos de escaso rango normativo y solo "legalizado" a partir de su inclusión en la Ley de Aguas de 1985, supone la construcción de un sistema de precios a partir del principio indemnizatorio por un gasto previamente realizado por la Administración, lo que indica que en modo alguno el recurso es objeto de una valoración específica. En segundo lugar, ese precio no supone en prácticamente ningún caso un traslado completo de costes al usuario, sino que se produce de una o de otra forma una asunción de costes por parte de los distintos poderes públicos implicados en cada fase del ciclo del agua (Confederaciones Hidrográficas, Ayuntamientos y Comunidades Autónomas).

GRATUIDAD Y SUBVENCIÓN

El agua es, pues, gratuita en nuestro sistema jurídico y al mismo tiempo, hay un fuerte componente de

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

Artículo publicado en *Ingeniería del Agua*. Vol.4 Num. 1 (marzo 1997), páginas 13-16, recibido el 27 de enero de 1997 y aceptado para su publicación el 14 de febrero de 1997. Pueden ser remitidas discusiones sobre el artículo hasta seis meses después de la publicación del mismo. En el caso de ser aceptadas, las discusiones serán publicadas conjuntamente con la respuesta de los autores en el primer número de la revista que aparezca una vez transcurrido el plazo indicado.

subvención a los precios que paga el usuario y que se refieren solo a la compensación al Estado por la realización de las obras hidráulicas que les beneficien y no al recurso en sí. Gratuidad y subvención forman, pues, dos características esenciales al sistema actual de precios del agua y son, precisamente, las hoy más fuertemente contestadas.

En efecto, desde posiciones ecologistas pero también de un liberalismo extremo⁴, se incide en la necesidad de fijar un precio adecuado para el agua correspondiente a su valor en sí o a su coste de producción para inducir a su menor consumo (sería la consecución de la racionalización de consumos de que habla la Ley de Aguas). Esas posiciones postulan o la introducción de un precio abstracto por el recurso o la supresión de las subvenciones al precio del agua existentes en el régimen económico-financiero actual.

Sin negar el probable acierto del fondo de esta teoría (parece evidente que toda subida de precio de un producto, y no sólo del agua, induce a un menor consumo de éste, al margen de la mayor o menor elasticidad ínsita al producto en sí), sí que me parece que hay todo un conjunto de hechos sociales y económicos vinculados al agua que son olvidados o postergados por estas posiciones que no puedo compartir en la radicalidad con que muchas veces están formuladas.

Desconocer, así, la trascendencia social del uso del agua para postular, simplemente, un precio real por la misma, supone olvidar muchas cosas. Entre ellas la necesidad de ponerla al alcance de cualquier ciudadano con independencia de su capacidad de pago, para que éste pueda, simplemente, desarrollar una vida con la calidad que la misma Constitución postula (art. 45.2 CE) y en el marco de una existencia digna (art. 10 CE). Igualmente el puro sistema de aplicación de un precio real olvida el alejamiento de las fuentes del recurso que determinados asentamientos poblacionales pueden tener y los consiguientes costes adicionales de la producción del agua que si son trasladados mecánicamente a los usuarios pueden oponerse a políticas de ordenación territorial, por ejemplo.

Igualmente se pasa por alto la situación delicada de mucha agricultura de regadío cuando se opta por una elevación radical de los precios del agua. Es muy claro que ello llevaría también radicales disminuciones del consumo de agua por muchos agricultores, pero fundamentalmente porque dejarían de serlo.

Todo lo anterior quiere decir que el mantenimiento de una política de subvenciones al precio del agua puede, quizá, ser calificado como contradictorio con los mecanismos tradicionales del mercado postulados por los defensores de éste pero, sin embargo, perfectamente congruente con ciertos hechos sociales y económicos que una colectividad organizada no puede desconocer.

Como en tantas cosas, aquí también debe postularse una política de justo medio, de cierta elevación muy medida de precios del agua a través, sobre todo, de facturaciones aproximadas al real consumo (tener en cuenta el consumo efectivo producido en la agricultura, por ejemplo, y no las presunciones de consumo por ha. con las que muchas veces se funciona), pero manteniendo la acción interventora y moduladora del Estado allí donde una política de precios reales puede abocar a resultados social o económicamente indeseables. En ese sentido me siguen pareciendo preferibles los mecanismos de participación económica del usuario a través de figuras tributarias (contribuciones especiales o, sobre todo, impuestos) a la fijación de un precio abstracto por el recurso que aunque teóricamente factible, tropezaría con unos inconvenientes prácticos (la atribución del valor no dejaría de ser una decisión absolutamente discrecional, lo que no quiere decir arbitraria) que no pueden ser desconocidos.

MERCADO Y DOMINIO PÚBLICO

El mercado del agua ha funcionado y funciona en nuestro país. Lo hace en la actualidad en las Islas Canarias en donde el sistema de abastecimiento y de utilización agrícola en muchas de sus Islas es inimaginable sin el funcionamiento reglamentado del mercado, y también en la Península donde se desarrolla conforme a la legalidad -otra cosa son los comportamientos alegales que también los hay- en relación a las aguas que siguen manteniendo su naturaleza jurídica privada.

Naturalmente que esta situación es relativamente residual y, sobre todo, desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 está meridianamente claro que no pueden adquirirse más titularidades privadas sobre aguas subterráneas pues éstas se han declarado de dominio público por la Ley (art. 2). Incluso el sistema de derecho transitorio que contiene la Ley, tiende a favorecer la conversión de las aguas poseídas a título de propiedad privada en aguas públicas cuyo aprovechamiento se realizará mediante concesión, sistema que, por otra parte, ha sido juzgado conforme con la Constitución⁵.

Es evidente, entonces, que un mercado sobre aguas calificadas de dominio público no puede en modo alguno funcionar de la misma forma que lo haría un mercado basado en aguas de titularidad privada. En éste último caso la venta es hasta una consecuencia "natural" del régimen de propiedad privada, una facultad del propietario que no podrá ser negada excepto en casos extremos, allí donde sea necesaria una intervención pública (sequías extraordinarias, por ejemplo, y ello mediante la correspondiente indemnización), mientras que la venta de aguas calificadas como de dominio público es, en principio, una inconsecuencia conceptual que debe salvarse

acudiendo a la metáfora de que, en realidad, lo que se transmitiría serían los derechos concesionales.

MERCADO Y REGULACIÓN JURÍDICA

En todo caso ello precisa de una regulación jurídica que hoy es prácticamente inexistente, una regulación que deberá excepcionar, además, ciertos principios que regularmente han sido calificados como de básicos a la tradición del derecho de aguas español. Entre ellos la vinculación del agua con un uso establecido concesionalmente y que no puede hoy excepcionarse so pena de arriesgar la declaración de caducidad de la concesión.

Igualmente esa regulación jurídica deberá establecer bien claramente unas limitaciones temporales en la transmisión de los derechos concesionales pues, en caso, contrario la misma fundamentación jurídica de la concesión original se resentiría gravemente. En efecto, si la transmisión pudiera ser una alternativa permanente al uso establecido concesionalmente, no se entendería el porqué del mantenimiento de una concesión de dominio público cuya finalidad no se cumple. Sería mucho más apropiado y congruente con la configuración institucional del dominio público, la revisión de la concesión con la recuperación de los caudales para el uso público general y, en su caso, el otorgamiento de una nueva concesión por el poder público a favor del uso que pareciera socialmente prevalente dada la demanda (mediante precio, incluso) que demostraba en el mercado establecido.

Es decir, lo que el establecimiento del mercado no puede en modo alguno ser es 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.

Las consecuencias de la configuración de un bien como de dominio público estatal (y no se olvide que el dominio público es un concepto constitucionalizado en el art. 132 CE), no operan solo en el ámbito de su atribución formal al Estado como titular, sino también en toda la vida posterior del recurso una vez establecida su titularidad, en su aprovechamiento material. No puede parcelarse la comprensión conceptual del dominio público volcando todo el énfasis en su titularidad pero perdiendo el interés el poder público en cuanto al aprovechamiento que es lo verdaderamente importante ⁶.

LAS LIMITACIONES FÁCTICAS DEL MERCADO

Por último, creo que es conveniente relativizar el valor del mercado del agua como medio de solucionar los problemas hídricos de nuestro país, fundamentalmente

el del desigual reparto del recurso según las diversas necesidades del territorio. El mercado puede solucionar, no lo dudo ni por un momento sino todo lo contrario, problemas territoriales limitados y temporalmente concretos⁷, pero es una institución inútil para enfrentar los déficits de ciertas cuencas. Estas disfunciones entre cuencas necesitan, primero, de mecanismos de reducción de las mismas impulsadas por los poderes públicos y, después y en el caso de que persistan, de la acción decidida de los poderes públicos construyendo infraestructuras de transporte que no podrán ser asumidas por los particulares por simples problemas de rentabilidad económica tal y como enseña bastante claramente la historia hidráulica española. La participación privada en la construcción de las infraestructuras hidráulicas es perfectamente posible (lo ha sido y lo es en muchos aprovechamientos hidroeléctricos y también de abastecimiento a poblaciones), pero no parece posible que pueda enfrentarse -a no ser que hubiera algún tipo de incentivos por parte del poder público-, infraestructuras del tipo de las que aquí se están tratando. Pero, si hubiera estos incentivos, ¿no podría legítimamente pensarse que, otra vez, se estaban desvirtuando los valores del mercado para llevar a cabo una eficaz atribución de usos del agua?

NOTAS

1. El Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional se presentó en 1993, habiéndolo informado el Consejo del Agua en 1994. El Consejo de Ministros no llegó a formular el correspondiente Proyecto de Ley, que hubiera sido el paso siguiente a dar según la tramitación prevista legalmente. Al margen de algunas razones de índole formal que entonces se dieron (necesidad de que los planes hidrológicos de cuenca precedieran al Plan Hidrológico Nacional y que éste, a su vez, siguiera a la formulación del Plan Nacional de Regadíos) el fracaso proviene, realmente, de la ausencia de consenso político en torno a sus contenidos.
2. A esta problemática de los precios y mercados del agua se han dedicado las VI Jornadas sobre derecho del agua organizadas en Zaragoza en marzo de 1996. Las ponencias y comunicaciones presentadas han sido objeto de publicación en el libro Precios y mercados del agua. (A. Embid Irujo, dir.) ed. Civitas, Madrid, 1996. En el presente artículo, junto a algunas ideas nuevas resumo, también, otras más desarrolladas en mi aportación específica a tal publicación.
3. Se trata del RDley 12/1995, de 28 de diciembre.
4. Normalmente suelen ser posiciones aducidas por distintas personas o grupos, aun cuando no creo que haya un obstáculo teórico, ni tampoco práctico, a que desde posiciones ecologistas se mantengan teorías perfectamente liberales.
5. Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, que no encuentra contradictorio con la Constitución el sistema de incentivo al tránsito a la propiedad pública sin ninguna

indemnización que las disposiciones segunda y tercera de la Ley de Aguas contienen.

- 6 La contemplación de la experiencia de funcionamiento de los mercados en otros países indica, además, que en el ámbito del aprovechamiento el valor medio ambiental del recurso transferido queda siempre en segundo término, con mucha mayor facilidad que cuando se mantiene el régimen normal de utilización según la concesión. En los momentos actuales, no puede en modo

alguno olvidarse la trascendencia de los valores medio ambientales y si se regula el mercado entre nosotros, la norma deberá dedicar un espacio específico a su consideración.

- 7 La ponencia del prof, californiano Bauer en el libro Precios y mercados del agua, supra cit., es bien representativa de la limitación fáctica del mercado en el país al que muchas veces se apela como ejemplo o referencia en estas materias.