

EL AGUA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

EL agua es el bien económico número uno: individuos, como los pueblos, pueden vivir incluso sin tierra, pero sin agua su existencia es inimaginable. *Primum bibere.*

I

En estas circunstancias, ¿cómo es posible admitir la propiedad privada del agua? Reconocer un señorío individual y exclusivo sobre el agua significaría colocar a los demás hombres a merced del propietario. La casi totalidad de los ordenamientos jurídicos son conscientes de ello y, por lo que se refiere a España, el principio se articula bajo la fórmula de que las aguas corrientes —o sea, la inmensa mayoría de los caudales— son declarados en general *aguas públicas*.

Esta declaración significa, como es obvio, que quedan sustraídas al dominio exclusivo e individual de los ciudadanos; pero no implica necesariamente que su aprovechamiento haya de recaer en entes públicos. Si el Estado se reserva la propiedad de las aguas, no lo hace a título de dómimo sino a título de administrador del bien común. Por tanto, se encuentra en el deber de adjudicar el aprovechamiento concreto de los caudales a quienes tengan interés en ello. Siendo de ordinario más numerosos los

petitionarios de caudales que el volumen disponible de los mismos, la ley establece una jerarquía de intereses —iniciada con el abastecimiento de poblaciones y terminada con los viveros y criaderos de peces—, de tal manera que, habiendo varios solicitantes, tiene preferencia quien pretende emplear el agua en una de las finalidades más altas de la escala jerárquica indicada.

A través de esta doble técnica de la *publicatio* de las aguas y de su posterior concesión a los particulares, el papel de la Administración queda reducido a velar por que los caudales hídricos sean aplicados a fines considerados primordiales para el bien común.

El interés público no es incompatible con el interés particular, puesto que con frecuencia aquél se logra a través de éste. Mientras dura la concesión —cuya vida por lo común suele ser muy larga—, su contenido económico es aproximadamente igual que el de la propiedad, hasta el punto de que las concesiones de aguas públicas pueden ser consideradas como bienes inmuebles e inscritas en el Registro de la Propiedad. A veces, incluso, no son temporales, sino perpetuas. De entre ellas, en la actualidad, las más importantes son las concesiones de aguas para riego. El agua concedida queda vinculada a la tierra, de tal manera que son inseparables y no pueden enajenarse separada-



EL AGUA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

mente. Huelga decir que en tales casos el contenido económico y el régimen jurídico de la concesión y de la propiedad se aproximan aún más.

II

Aunque la propiedad pública de las aguas es la regla, no faltan excepciones en que se admite la posibilidad de su *propiedad privada*. El supuesto más conocido es el de las aguas que nacen y corren en un predio, en cuyo caso su propiedad —no sólo su aprovechamiento— se atribuye al dueño del mismo. Ahora bien, se trata de una propiedad muy especial por cuanto se encuentra limitada por la circunstancia de que la parte del caudal que no se aprovecha por el dueño del predio, no puede ser desviada de su cauce natural, y al salir del fundo pasa a ser de naturaleza pública. Esta limitación es tan grave, que lo mismo podría hablarse de propiedad privada que de concesión de uso otorgada directamente por la ley.

Jurídicamente esta propiedad del agua se configura como una pertenencia de la tierra en que se encuentra; y lo mismo sucede con las aguas estancadas que ocupan, o con las aguas pluviales que caen y se mantienen sobre predios de naturaleza privada. Aunque con la salvedad de que en estos supuestos no opera la limitación propia de las aguas manantiales y corrientes.

III

Las *aguas subterráneas alumbradas* constituyen otro tipo de excepción al principio general de la condición pública de las aguas. En este caso, además, la ley atribuye su dominio al alumbrador y no al dueño del suelo debajo del que se encuentran. La propiedad se justifica por el trabajo empleado en la creación de la riqueza y no por la simple accesoriadad o pertenencia a la propiedad inmobiliaria. En definitiva, es un premio legal al trabajo y a la industria o, desde otro punto de vista, un fomento a la creación de la riqueza nacional.

IV

Contra lo que suele afirmarse, la propiedad de las *aguas subterráneas antes de ser alumbradas* no es atribuida por la ley al propietario del suelo debajo del cual se encuentran. En nuestro ordenamiento positivo tales aguas no tienen el carácter de bien en sentido jurídico. La única facultad del dueño del suelo consiste en perforarlo y apropiarse de las que encuentre debajo... siempre que otro no se le haya adelantado perforando desde un fundo vecino y alcanzando a través de él un manto hídrico común a ambos suelos; dado que el alumbramiento mediante pozos ordinarios, socavones y galerías nunca puede perjudicar explotaciones anteriores.

V

En el Derecho español las *diferencias esenciales entre las aguas públicas y privadas* son de índole jurídica, que operan en el título habilitante del aprovechamiento: en un caso la propiedad y en el otro, la concesión. El derecho de propiedad encuentra una justificación total en el simple título adquisición, o sea, en la causa u origen de su existencia: el propietario de aguas privadas las aprovecha —o en su caso dispone de ellas— *por o por causa* de su título de propiedad, sin otras limitaciones especiales. En cambio, la concesión encuentra en el título una justificación solamente parcial, puesto que tiene que ser complementada con un destino determinado (cierto interés público). Para utilizar las aguas públicas no basta con ser concesionario, es preciso, además, emplearlas en un destino concreto: se es concesionario *para*. La consecuencia práctica de este sistema es evidente: si el título depende exclusivamente de su origen, para nada interesa el destino del agua, que es libre; en cambio, si el título está vinculado a un fin, el destino es esencial e invariable, por lo que si desaparece se altera, su desaparición arrastra la del título. La llamada función social de la propiedad implica un intento de establecer un eslabón intermedio entre ambos tipos: a la existencia del título dominical privado se superpone la exigencia de un fin o destino concreto.

EL AGUA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD



VI

Las diferencias de índole económica son menos importantes, desde el momento en que tanto las aguas públicas como las privadas son utilizadas de ordinario por los particulares. En este sentido el tema de la llamada nacionalización o socialización de las aguas pierde gran parte de su trascendencia. A los beneficiarios del agua interesa el título jurídico de su utilización; pero mucho más, como es lógico, el contenido económico de sus facultades, y si éste es aproximado en uno y otro caso, poca trascendencia tiene que su título sea de dominio o de concesión. La mejor prueba de ello es la situación psicológica y económica de los concesionarios de las minas españolas, patrimonio de la Nación según su ley reguladora.

Sólo puede hablarse de una auténtica nacionalización o socialización cuando, además de imputarse al Estado la titularidad dominical del bien, se reserva al mismo su explotación tanto en beneficio de su patrimonio como en beneficio de la comunidad.

VII

Por lo que se refiere especialmente al *abastecimiento de agua a poblaciones*, el problema no suele estar en el título de utilización de los caudales (normalmente públicos y en el primer nivel de su escala valorativa a la hora de realizar la concesión), sino en la instalación y administración de la empresa de traída y distribución del agua. La administración es orgánicamente complicada y de eficacia difícilmente alcanzable. La instalación es costosa, las Corporaciones locales no pueden ordinariamente autofinanciarlas y el sistema de ayudas estatales, generosas por su cuantía, ofrece unas complicaciones procedimentales que rozan literalmente con lo grotesco.

VIII

En algunos casos excepcionales (que en la España insular son habituales) el abastecimiento de agua a las poblaciones se encuentra dificultado por razones de índole dominical: la población se abastece de aguas privadas, que ha de adquirir en el mercado sin consideración alguna al destino o servicio público de que se trata. No existiendo un adecuado mecanismo jurídico de privilegio ni una adecuada política hídrica, la Corporación local se ve sujeta a odiosas manipulaciones de mercado por parte de los proveedores (monopolísticamente organizados) que encarecen los precios, dada la obvia urgencia y necesidad de la adquisición del agua. Lo curioso del caso es que la mayor parte de las poblaciones interesadas contaban hasta hace poco con caudales propios; caudales que fueron sustraídos por los particulares y convertidos mediante prescripción en privados ante la negligencia de las autoridades, inútilmente espoleadas por la doctrina e incluso por la prensa e informes oficiales, según se ha demostrado irrefutablemente. Con la increíble consecuencia de que las Corporaciones, es decir, los usuarios están comprando hoy un agua que hace unos años era de su propiedad. Hasta ahí llega el poder del velo sacral que defiende, sin las necesarias precisiones, el derecho de la propiedad privada.

Alejandro Nieto. Catedrático de Derecho Administrativo
La Laguna.