

## EL MERCADO DEL AGUA. CONSIDERACIONES JURIDICAS EN TORNO AL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE AGUAS DE ESPAÑA\*

ANTONIO EMBID IRUJO  
*Catedrático de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: I. *El mercado del agua. Significación real de esta expresión. Sus orígenes intelectuales.*- II. *Transmisión de derechos concesionales y previsión de la misma.*- III. *Transmisión de derechos concesionales e intervención administrativa. Posibilidades y límites. Las contradicciones presentes en la levedad de la intervención administrativa.*- IV. *Reflexiones Finales.*- V. BIBLIOGRAFÍA.

Sin la más mínima duda la institución que está llamada a ser considerada como el elemento distintivo, la referencia principal, del proyecto de Ley de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas recientemente formulado<sup>1</sup>, será lo que llamo gráficamente en el título de este pequeño trabajo y en concordancia con la denominación normalmente utilizada, el "mercado del agua". El resto de los contenidos de este proyecto si bien significativos y hasta objetivamente importantes en muchos casos -características que son apropiadas para designar el régimen de vertidos y la regulación jurídica de las obras hidráulicas, singularmente- pasarán desapercibidos en el debate político, en el social y en el mediático<sup>2</sup> -juguemos a profeta- ante la tremenda fuerza expansiva, la vis

atractiva que tiene la expresión "mercado del agua" dados los conceptos ideológicos y, también, las expectativas de intereses económicos que en torno a la misma pueden reunirse.

### I. EL MERCADO DEL AGUA. SIGNIFICACIÓN REAL DE ESTA EXPRESIÓN. SUS ORÍGENES INTELECTUALES

En términos estrictos no es un mercado del agua lo que pretende introducir el Proyecto de Ley que se comenta ni, además, tendría acogida posible tal institución en un sistema jurídico como el español que declara el agua como dominio público y, consiguientemente, caracteriza al recurso con la nota de inalienabilidad proveniente de la misma Constitución (art. 132)<sup>3</sup>. No, no se pretenden instaurar transac-

\* Este artículo fue publicado originalmente en la Revista Mensual de Gestión Ambiental, 7, 1999, y se reproduce en este lugar por la amable autorización del director de dicha revista, D. Andrés Betancort.

<sup>1</sup> Puede consultarse el texto del proyecto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, núm. 171-I de 24 de mayo de 1999.

<sup>2</sup> Nada puede decirse sobre tal debate, puesto que todavía no se ha iniciado en realidad. El Boletín Oficial de las Cortes Generales informa que el plazo de presentación de enmiendas fina el 10 de junio de 1999, aunque posteriormente ha sido ampliado hasta el 14 del mismo mes. Cuando se redacta este trabajo no se conocen todavía las

enmiendas formuladas por los Grupos Parlamentarios y, en general, el debate público no ha comenzado, pues el proceso electoral recientemente vivido lo ha hecho pasar al apartado de las cosas pendientes.

<sup>3</sup> Llamo la atención de que las aguas que continúen siendo privadas tendrían -como lo tienen- un régimen de transacciones al margen de lo que figura en el proyecto de Ley que, aun no expresándolo directa y expresamente, solo cobra pleno sentido en relación a las aguas de dominio público.

ciones que versen sobre el recurso en sí mismo sino que lo que se quiere es, más simplemente, regular las transmisiones de los derechos que posibilitan la utilización del agua. Parece que el resultado final es exactamente el mismo, la utilización del agua por alguien que no es su original destinatario en función de la voluntad del poder público competente que le otorgó ese derecho, pero jurídicamente es importante hacer la distinción para no abocar a resultados que serían difícilmente entendibles dados los presupuestos constitucionales de los que se debe partir necesariamente. Por todo eso el Proyecto de Ley se refiere con más precisión a la suscripción entre particulares de contratos de cesión de derechos de agua<sup>4</sup>.

La referencia última a la institución contractual es significativa de la orientación general del proyecto de innovación normativa: se acude a una institución típica del derecho privado, el contrato –contrato que ahora se apellida, tipifica, como de cesión de derechos del agua–, para amparar jurídicamente la voluntad política del proyecto. Se trata de hacer posible –luego mediremos el grado de novedad, relativo, que ello tiene en nuestro derecho de aguas– que los titulares de derechos al uso privativo de agua puedan cederlos a otros usuarios en las condiciones que regula la Ley<sup>5</sup> recibiendo a cambio un determinado precio. Las voluntades de cesionario y cedente confluirían en la institución contractual; mediante el contrato las partes se obligarían recíprocamente “a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (de la definición de contrato presente en el art. 1254 del Código Civil) siendo el derecho a utilizar el agua y el precio pagado por la adquisición de ese derecho las cosas o prestaciones intercambiadas.

No es esta, sin embargo, la única forma de transacción posible de derechos de aguas según el proyecto de Ley. Hay también otra regulada en la que la transmisión de derechos necesita imprescindiblemente de un intermediario

que será la propia Administración. Siguiendo el modelo del Banco de Aguas californiano instaurado durante la sequía de 1991, el art. 56 bis 11 permite al Gobierno la autorización en determinadas circunstancias de la constitución de centros de intercambio de derechos de agua en el seno de los Organismos de cuenca. Por medio de estos “centros” se realizarían ofertas públicas de adquisición de derechos de agua que, a su vez, serían ofrecidos luego por el centro a otros usuarios. Habría un precio de adquisición y otro de venta suponiéndose, entonces, que la diferencia de precios compensaría los costes de gestión de estos centros y hasta es posible que –si el ejemplo californiano se siguiera en todas sus consecuencias– hubiera un cierto beneficio económico para la Administración. En cualquier caso, la imagen de “mercado” que maneja el proyecto de Ley es la fundamentada en la suscripción de contratos entre particulares, por lo que la mayor parte de las reflexiones que aquí se contendrán irán dirigidas, salvo mención expresa, a esa modalidad.

La referencia económica que acabo de realizar no es gratuita sino, al contrario, buscada a propósito por lo imprescindible que resulta para entender el origen y esencia de una institución que tiene nombre y apariencia esencialmente económica. Son, precisamente, economistas los que aquí y en otros países han estudiado primordialmente los mercados de agua, primero a nivel teórico especulando acerca de su configuración y formas que podrían adoptar y luego en el plano de la práctica considerando las transacciones efectivamente celebradas y su significado. En esta dedicación preferente de los economistas hay una razón inicial que permite explicarla y es la mera especialización técnica que puede dar lugar a una valorable positivamente consideración distanciada, indiferente, del mercado que se estudia como cualquier otra institución en la que los elementos económicos formen su base sustancial; pero hay, creo, otra más profunda que en ocasiones, además, nos facilita observar posturas un tanto militantes en favor de la instauración de mercados de aguas. Esta posición va acompañada de reproches a la ineficiencia que se derivaría de los sistemas tradicionales de asignación de derechos de agua, profundamente lastrados, se dirá, por una intervención administrativa, burocrática, que además constituiría derechos de agua inmunes a los cambios derivados de las nuevas necesidades so-

<sup>4</sup> El precepto que dentro del proyecto se refiere al mercado es el larguísimo art. 56 bis.

<sup>5</sup> Imprescindible será en el futuro el complemento del reglamento al que el proyecto de Ley llama en muy diversas ocasiones y para cuestiones, además, básicas como pueda ser la forma de medición del volumen anual que pueda ser cedido, cuestión que parece dependiente del valor medio del caudal realmente utilizado durante la serie de años que fije el reglamento.

ciales o económicas<sup>6</sup>. La instauración del mercado sería, pues, finalista: mediante la atribución de un "precio" al agua y la posibilidad paralela de la transacción, se resolverían los problemas de ineficiencia del sistema instituido, puesto que la utilización del agua se dirigiría a los usos más rentables económicamente porque solo quien fuera a llevar a cabo un uso "más beneficioso"<sup>7</sup> estaría dispuesto a pagar dinero por la adquisición de derechos del agua a aquel que tenía un horizonte económico más limitado en función de sus procesos productivos específicos. De ello derivarían otros múltiples efectos adicionales en las formulaciones económicas más optimistas, como una contención en la realización de obras hidráulicas y algunos benéficos efectos medioambientales como es posible leer en algunos autores.

En ese sentido debe entenderse la referencia inicial que he realizado a los beneficios económicos provenientes de la gestión del Banco de Aguas californiano, pues no es factible imaginar, si se aceptan las premisas de las posiciones que narro, una institución que beneficie a quienes contratan aprovechándose de una organización administrativa pero no a la Administración que hace posible esa contratación. Además ello sería obviamente, por situarme en las premisas ideológicas de las posiciones que refiero, "ineficiente" desde el punto de vista económico.

Situación de crisis –sequía–, introducción de un parámetro económico –valoración del agua<sup>8</sup>– y transacciones sobre derechos forman,

pues, una tripleta de conceptos imprescindible para intentar comprender la institución que seguimos según la traza californiana. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que trato no dedica excesivas palabras a la justificación de la introducción del mercado pero, desde luego, aparece la sequía en el origen del intento de novedad normativa que, por otra parte, no se configura ni mucho menos como la única solución posible para luchar contra ella. Parece conveniente que sea el mismo proyecto de Ley quien se explique a sí mismo en este capital punto. Transcribo, por consiguiente, el párrafo que me parece más significativo a esos efectos con algunos resaltes tipográficos personales:

"En este sentido, la experiencia de la intensísima sequía padecida por nuestro país en los primeros años de la década final de este siglo impone la búsqueda de soluciones alternativas, que, con independencia de la mejor reasignación de los recursos disponibles, a través de mecanismos de planificación, permitan, de un lado, incrementar la producción de agua mediante la utilización de nuevas tecnologías, otorgando rango legal al régimen jurídico de los procedimientos de desalación o de reutilización, de otro, potenciar la eficiencia en el empleo del agua para lo que es necesario la requerida flexibilización del actual régimen concesional a través de la introducción del nuevo contrato de cesión de derechos al uso del agua, que permitirá optimizar socialmente los usos de un recurso tan escaso, y, por último, introducir políticas de ahorro de dicho recurso, bien estableciendo la obligación general de medir los consumos de agua mediante sistemas homologados de control o por medio de la fijación administrativa de consumos de referencia para regadíos".

La introducción del mercado no se fundamenta solamente en una reflexión propia, exclusivamente nacional, sobre los problemas de la sequía. Tampoco la influencia de la ciencia económica es por sí misma determinante. Hay

<sup>6</sup> Para explicar más gráficamente la diferente concepción de las formas de asignación me he referido en alguna ocasión a sistemas centralizados y descentralizados de asignación de usos de aguas. Los primeros son aquellos en los que los derechos son constituidos por la Administración. En los segundos es al mercado al que se da un papel preponderante en ello.

<sup>7</sup> Utilizo esta palabra sin las pretensiones técnicas propias del derecho norteamericano en las que el uso beneficioso (en los sistemas de la apropiación prioritaria) es básico para constituir un derecho de aguas. Aquí lo que me interesa es describir solamente un resultado económico de forma comparativa.

<sup>8</sup> Debo advertir que las consideraciones sobre mercados de aguas van ineludiblemente unidas en cualquier teoría que se realice a las de precios del agua. Se postula con mucha generalidad en la misma doctrina que sigo la introducción de un "precio" del agua (no hablemos ahora de la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de ese precio) que permitiera compensar de una forma sustancial los costes públicos de producción del

agua. Cada vez más es advertible la generalización de la postura favorable a la repercusión de los precios de producción del agua sobre los usuarios, lo que en el ámbito de los abastecimientos urbanos comienza a ser en muchos casos una realidad y en el agua para el regadío solo un desiderátum expresado parcialmente, se considere los países que se considere con la excepción, quizá, de determinadas situaciones en Australia.

otras dos condiciones que también permiten entender algo fundamental como es la influencia a la que se responde, las causas que explican un intento de novedad normativa. Así, en primer lugar, no puede ignorarse el profundo conocimiento que se tiene en la actualidad en España de la introducción de mecanismos de mercado en Chile y Australia además de la producida con anterioridad en diversos Estados de los Estados Unidos. Se acepte o no, no existen hoy en día ciencias jurídicas puramente nacionales y los legisladores en todas las cuestiones, y también en el ámbito del agua, miran de reojo a otros países para observar las tendencias, más o menos minoritarias o mayoritarias, que en ellos se sigan. Los países que nombro, además, tienen unas ciertas condiciones geográficas o de producción agrícola que guardan evidentes semejanzas –aunque no se pueda hablar de completa equiparación– con la situación española. Entender plenamente el proyecto de reforma de la Ley de Aguas obliga a conocer los derechos foráneos nombrados, sus principales características y también, en cuanto son derechos vigentes, su aplicación. Esa tarea, que es muy importante, tiene que quedar en su plasmación escrita necesariamente para otra ocasión y aquí ser solamente apuntada a modo de intuición y tarea pendiente.

Pero, en segundo lugar, creo que es posible distinguir también un aspecto plenamente ideológico en la reforma intentada. Quizá no primariamente en el proyecto de Ley formulado, desde luego, pero sí en el entorno intelectual que lo acompaña, en los escritos e intervenciones públicas de quienes aun antes de su aparición como proyecto de Ley, desde el borrador filtrado en febrero de 1997 y oficializado posteriormente en mayo del mismo año, han intervenido en diversos foros sustentando un texto por otra parte cambiante<sup>9</sup>. Es evidente, así, que existe una forma ideológica de enfocar la cuestión del mercado que vincularía esta institución con la solera liberal, con un cierto movimiento de pri-

vatización de funciones públicas también advertible en otros sectores de la actividad económica pública en contraposición, se diría, con otras posturas más estatistas o publicadoras, cuyo reflejo se encontraría en el texto vigente de la Ley de Aguas, que estaría iluminado –lastrado– por una inflexibilidad del régimen concesional que habría de ser superada.

La cuestión me parece evidente pero al tiempo y también, comprensible. En materia de agua y pese a la sucesión de Gobiernos de signo político distinto no ha sido factible advertir hasta ahora posiciones radicalmente contrarias –al menos en la mayor parte de la práctica vivida– en torno a los fundamentos básicos de la Ley 29/1985, de 2 de agosto que para mí son la configuración del dominio público, la planificación hidrológica y la tutela medioambiental. Dicha Ley y hasta este momento permanece intocada<sup>10</sup>, excepto en la cuestión, probablemente bastante marginal al menos considerada relativamente, de la creación de las Sociedades para la construcción y explotación de obras hidráulicas y de su impacto sobre algún aspecto del régimen jurídico de las Confederaciones Hidrográficas<sup>11</sup>. Una buena parte del proyecto de reforma de la Ley de Aguas que ahora se comenta parcialmente, además, podría ser perfectamente suscribible por el anterior Gobierno en cuanto que no representa otra cosa –en sus líneas generales y a despecho, obviamente, de las tan importantes en ocasiones cuestiones de matiz– que la lógica y deseable evolución del ordenamiento jurídico después de catorce años de vigencia de una Ley en el marco de unas condiciones, además, extremadamente dinámicas<sup>12</sup>. El signo distintivo de la reforma es en-

<sup>9</sup> Otra tarea pendiente es el examen comparativo de los muy diversos borradores que desde las fechas nombradas en el texto han ido apareciendo hasta su concreción final en un proyecto de Ley. La singularidad de la Ley de Aguas y la amplia trascendencia social de su contenido, ha llevado consigo, como de forma natural, diversos debates e intervenciones sobre el mismo. Es en ellos en donde es factible distinguir ese elemento ideológico, perfectamente legítimo, por supuesto, al que me refiero en el texto.

<sup>10</sup> La reforma operada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas, y que afecta a los arts. 17 y 25 de la Ley de Aguas para prever la presencia de las entidades locales a través de su Federación más representativa en el Consejo Nacional del Agua (art. 17) y de las provincias en la Junta de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas (art. 25) no se contraponen con lo que se dice en el texto por su carácter anecdótico.

<sup>11</sup> La escasa operatividad hasta el momento de esas sociedades, tampoco permite hacer de ellas y con facilidad ocasión de defensas o de ataques cerrados, sin matices.

<sup>12</sup> Téngase en cuenta como elemento testimonial, a los efectos de lo indicado en el texto, que la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, entra en vigor el 1 de enero de 1986,

tonces, sin duda, esa configuración del mercado de aguas que permite polarizar y hasta estructurar "ordenadamente" un debate que sería algo más dificultoso de otra forma.

## II. TRANSMISIÓN DE DERECHOS CONCESIONALES Y PREVISIÓN DE LA MISMA SITUACIÓN EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Pero todo lo anterior debe entenderse en el marco de la propuesta de reforma de un ordenamiento jurídico que, aparente paradoja, permite también la transmisión de derechos de agua. Esto no está negado en la Ley 29/1985 sino, al contrario, incluso afirmado taxativamente. Véase si no la referencia del art. 61 de la Ley a la "transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público" y que precisa de autorización administrativa previa. O la previsión también de autorización administrativa previa para la modificación de las características de una concesión (art. 62), entendiéndose por característica esencial que requiere tal autorización, la de la identidad del titular (art. 144.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico). Sin duda con fundamento en estos preceptos es posible descubrir la posibilidad de un "mercado" de derechos de agua que presupone contratos entre particulares —llámense o no de cesión de derechos de agua— que para ser operativos precisan en todos los casos, y no solo en los vinculados al servicio público como se habrá advertido, de esa autorización administrativa previa.

Pero es que si acudimos a otro precepto de la misma Ley de Aguas, al art. 53.2, descubrimos, entonces, la posibilidad de que el Organismo de cuenca "condicione" o "límite" el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional. La abstracción de la expresión no oculta, sin embargo, su último y posible significado: si como consecuencia de las medidas se ocasionan modificaciones de caudales que generen perjuicios a unos aprovechamientos en beneficio de otros, los "titulares beneficiados deberán satisfacer la oportuna in-

demnización, correspondiendo al Organismo de cuenca, en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía". Es obvio entonces que lo que el precepto permite sin dificultades es una transmisión de derechos concesionales operada por decisión de la Administración; transmisión coactiva, en principio, con independencia de que, de hecho, pueda satisfacer a las partes. Prueba de que puede existir esa satisfacción recíproca es que el precio ("indemnización") solo será fijado por la Administración en defecto de acuerdo entre las partes, entre el "beneficiado" y el "perjudicado".

Por fin, y por último, en las situaciones excepcionales mencionadas en el art. 56 de la Ley 29/1985, el Gobierno puede adoptar también medidas que afecten a las concesiones y que solo tendrán el obvio límite temporal de la misma situación excepcional.

No es, entonces, una absoluta novedad en nuestro derecho la transmisión de derechos de uso sobre el agua sino que, al contrario, hay pruebas teóricas evidentes de su previsión<sup>13</sup>. Lo que debemos preguntarnos a continuación es la singularidad, la novedad que aporta el nuevo proyecto de Ley en relación a una previsión jurídica incontestablemente existente, puesto que si no hubiera tal distinción que, además, fuera sustantiva la reforma legal sería, simplemente, incomprensible.

## III. TRANSMISIÓN DE DERECHOS CONCESIONALES E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA. POSIBILIDADES Y LÍMITES. LAS CONTRADICCIONES PRESENTES EN LA LEVEDAD DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

Pues bien, la esencia de la novedad consiste, en primer y preferente lugar, en que desaparece la autorización administrativa previa que como acabamos de constatar es signo distintivo de la actual regulación y, en segundo, en que surge un ordenamiento jurídico sustantivo, "denso", que regula un conjunto de cuestiones que ahora no aparecen expresadas ni por asomo en el texto legal. Las referencias a la prohibición de que los usos no consuntivos

precisamente la misma fecha de incorporación de España a la Comunidad Económica Europea. La política ambiental y de aguas comunitaria es capital a la hora de entender y de proyectar la reforma de la propia legislación.

<sup>13</sup> Indico todo ello dejando al margen, además, la situación específica canaria en donde la transmisión del agua es consustancial a la historia jurídica de las Islas en materia de aguas.

puedan ceder sus derechos, la decisión acerca de que las cesiones deben tener lugar solamente a favor de derechos prioritarios –que puede ser excepcionada, no obstante–, el régimen de la levísima intervención administrativa que notaremos, la referencia expresa al precio que puede ser limitado por reglamento, la apertura a la posibilidad de mercado de aguas entre cuencas hidrográficas diferentes etc..., están construyendo un régimen jurídico que, simplemente, no existía hasta el momento. Desde esta perspectiva podría decirse –algo frívolamente, por cierto, pero podría decirse– que la regulación que se pretende aprobar es más restrictiva que la actual, porque formalmente en el derecho todavía vigente<sup>14</sup> pueden existir transacciones que no tienen a priori un régimen predeterminedo y en teoría limitante.

Se podría decir pero con frivolidad, insisto, porque la verdadera clave que explica el cambio normativo que se adivina en el futuro es la desaparición de la autorización administrativa previa. Pese a que una lectura apresurada del art. 56 bis pueda inducir a lo contrario<sup>15</sup>, es lo cierto que la mera suscripción de un contrato entre particulares puede ser de por sí ejecutiva, a no ser que la Administración se oponga en un período de tiempo sorprendente tanto por lo escaso como por las amplias finalidades a que se debe atender durante el mismo. Dicho de otra forma, si en ese período (un mes en contratos entre miembros de la misma Comunidad de Usuarios y dos meses entre miembros de distinta Comunidad) la Administración no muestra su oposición (o sea, deniega la autorización), los contratos “se entenderán autoriza-

dos”. Es decir, el régimen del silencio administrativo es en este caso “positivo” a favor de la iniciativa privada.

El plazo, decía, sorprende por lo escueto. La Administración (el Organismo de cuenca) puede denegar su autorización por causas tasadas –lo que quiere decir que la autorización es reglada–, a saber: “si la misma afecta negativamente al régimen de explotación de los recursos en la cuenca, a los derechos de terceros o a los caudales medioambientales” o si desconoce otra parte del régimen jurídico prevista en el precepto. Durante ese plazo (un mes, dos meses) se deberá averiguar, lo acabamos de ver, si el contrato afecta a intereses de terceros. No se indica cómo la Administración adoptará su decisión acerca de esa posible afección. Si ello se debe hacer mediante una información pública es algo que el precepto calla, pero en ese caso será, sin duda, una información de plazo inusualmente corto para lo que es común en el régimen del procedimiento administrativo común y en el más específico del otorgamiento de concesiones demaniales que conocemos en la misma legislación de aguas. Durante ese plazo, también, deberá observarse el respeto por el régimen de explotación de recursos “de la cuenca” y los caudales medioambientales. Quiere ello decir que la imagen de la Administración hídrica que maneja el proyecto es ciertamente encomiable, pues una Administración capaz de responder en ese tiempo a los retos que el proyecto le encarga es una Administración que todos deseáramos tener, y el firmante de estas páginas el primero; pero tengo dudas de que responda a las actuales características de los Organismos de cuenca, al menos de la mayoría de ellos. Mucho me temo que, si no cambian las cosas, el Legislador realice un encargo a la Administración pero que esta tenga la tentación de no iniciar siquiera su cumplimiento al advertir, además, que el no concluir en tiempo adecuado su trabajo –cuestión muy previsible dada la escasez de este– hace que todo se decante en favor de los suscribientes del contrato. Y tampoco me parece solución oportuna postular en caso de duda administrativa o de imposibilidad de llevar a cabo la comprobación, la emisión siempre de una negativa expresa porque, entonces, ese será inevitablemente el destino que deberá darse a la gran mayoría de las peticiones de autorización que se presenten a la Administración hidráulica.

<sup>14</sup> Y, por cierto, con unos artículos (61, 62) no derogados en modo alguno por la nueva regulación que, curiosamente y a despecho de algunas dudas que podrían legítimamente surgir, se manifiesta, al menos en opinión implícita del proyecto de Ley, perfectamente “compatible” con la legislación que acabo de indicar. Todo ello no afecta, claro está, al Reglamento del Dominio Público Hidráulico que podría ser en algunos preceptos claramente incompatible con la nueva regulación intentada y, además, necesitar nuevos preceptos de desarrollo.

<sup>15</sup> La lectura del precepto desde esta perspectiva es muy confusa. Hay que reconocer que desde el punto de vista de la técnica legislativa, y sin discutir todavía las decisiones de fondo, la institución podría haber sido regulada de mejor forma. Probablemente han existido en el largo y complejo proceso de consecución del proyecto de Ley diversas fases e intervenciones que han contribuido, voluntaria o involuntariamente, al oscurecimiento de la regulación.

En realidad me parece que los preceptos dedicados a la intervención administrativa en el mercado han pretendido conscientemente configurar una levísima intervención de la Administración quizá coincidente con lo que podría pensarse que debería ser una reacción administrativa en situaciones extraordinarias, por ejemplo en tiempos de sequía, reacción que debería ser presidida por la idea de la excepcionalidad y de lo inusual. Pero es que aquí es donde reside un evidente equívoco del proyecto de Ley presentado: La exposición de motivos que antes reflejé comenzaba apelando a las "experiencias de la sequía" dentro de las cuales surgía, como una consecuencia natural, la instauración de la posibilidad de transar derechos entre particulares con el régimen que estamos contemplando. Pero, adviértase, el art. 56 bis no está configurado en la realidad como aplicable exclusivamente a las situaciones de sequía o excepcionales sino que, al contrario, el mercado allí reflejado se postula como un medio habitual, aplicable en todo tiempo y circunstancia, para conseguir la asignación de derechos de agua. No hay, así, limitación temporal de los derechos adquiridos a la misma temporalidad de la sequía, porque esta no es la causa habilitante de la celebración del contrato. Los contratos pueden tener una duración "casi" igual que las concesiones de que los derechos transados traen causa<sup>16</sup>. Por ello se manifiesta –al menos desde mi punto de vista– como incompatible con la regulación general del mercado y la misma sistemática general de la Ley, el escaso tiempo que la Administración tiene para decidir, dada la "habitualidad" en la adquisición de derechos que puede tener este mecanismo de transacciones de derechos.

Esto permite, además, otro tipo de reflexiones. Contra lo que aparentemente pueda pensarse, contra lo que se deduce de las exposiciones de ciertos juristas y economistas, el mercado de aguas es una institución muy compleja en la teoría y, además, de juego todavía mucho más complejo en la práctica. Precisa de una serie de complementos normativos y administrativos –por ejemplo los registrales–, al margen de la "autorización" legal inicial que mueven a la reflexión pesarosa, al menos al jurista que firma estas páginas y que tiene por norte la duda metódica lo que, dicho sea de paso, suele darle normalmente buenos resultados en el trabajo típico del operador jurídico.

Un mercado de aguas es, esencialmente, una institución organizada desde el poder público, aunque parezca lo contrario o se pretenda en ocasiones afirmar o sugerir lo contrario. Y no hay contradicción entre intervención pública y funcionamiento del mercado. Son vectores que se mueven, obviamente, en distintos planos pero que necesariamente deben converger si lo que se quiere es el funcionamiento efectivo del mercado. Solo se transa, así, sobre aquello que es jurídicamente incontestable, sobre una "propiedad" sólidamente afirmada e indiscutible, al menos con un mínimo fundamento. Y ello precisa de un registro de aguas sin fisuras y de una consideración en realidad anecdótica del tradicional principio de nuestro derecho de aguas de otorgamiento de las concesiones "sin perjuicio de tercero". El perjuicio de tercero es, precisa y fundamentalmente, lo que puede dar al traste con cualquier operación de mercado intentada y sobre ello, recuerdo, debe juzgar la Administración en unos plazos cortísimos. El mercado precisa de una exacta delimitación de aquello que se puede vender y adquirir y ello en la regulación intentada es dependiente de los consumos efectivos, y estos de la posibilidad de conocimiento cierto mediante mecanismos de aforo no siempre existentes o contrastados. Podría pensarse, por ello, que la seguridad contractual de los participantes en un contrato depende, sobre todo, de una intervención administrativa precisa y medida que despeje toda serie de dudas sobre dicho contrato, que estas no deban o tengan que plantearse a posteriori, cuando haya comenzado la vida efectiva del contrato y realizado o en trance de realizarse las inversiones económicas normalmente vinculadas a él. Estoy plenamente convencido de que los que en

<sup>16</sup> Digo casi igual porque la celebración de los contratos precisa de la aparición de una norma reglamentaria que fijará cómo se calcula el volumen anual que puede ser cedido "tomando como referencia el valor medio del caudal realmente utilizado durante la serie de años que se determinen". Esa serie de años sería, en el límite, los que deberían restarse de los 75 máximos que puede tener cada concesión según la Ley de Aguas (art. 57.4), para saber también el máximo período temporal que puede tener un contrato de cesión de derechos de agua. No obstante, y teniendo en cuenta los períodos de tiempo ya transcurridos de, al menos, las concesiones ahora existentes, es cierto que ese período temporal deberá ser necesariamente menor. La cuestión es compleja, como se verá, y solo apunto el plano inicial del discuir. En otro orden de cosas la trascendencia económica del plazo del contrato es evidente.

este momento estén animándose en virtud del nuevo proyecto normativo a transar sobre derechos de agua, desearían una autorización administrativa previa del contrato y no un mero silencio administrativo positivo, desconocedor –o descorazonador– en torno a los posibles avatares futuros. Esa intervención pública, además, permitiría especular –y probablemente con éxito– acerca del nacimiento de responsabilidad administrativa si después de emitida aparecieran dificultades no imputables a las partes que imposibilitaran la “perfección” del negocio. Por fin, y como argumento adicional pero no despreciable, la existencia de autorización administrativa es el mecanismo habitual existente en los países que han instaurado mercados de agua.

Desde otra perspectiva, difícilmente se compadece un régimen como el diseñado en el proyecto de Ley, con el dominio público y las características que él, como propiedad de la Administración, tiene necesariamente. Aparece la Administración en el proyecto desposeída de unos instrumentos elementales de cuidado de su propiedad que mueven a la obligación de una reflexión de corte constitucional, cuya necesidad ahora solo apunto, pero que deberá ser objeto de consideración en el futuro –juguemos otra vez a profeta– si persiste la regulación con sus actuales características.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Y debo concluir necesariamente porque las características del medio en el que me expreso y la misma urgencia con que estas páginas son escritas, no permiten extenderme más allá, llegar a otras muchas fronteras que sería necesario tocar en una consideración que se quisiera exhaustiva sobre el mercado de aguas en el proyecto de Ley recientemente formulado. Pero no quiero concluir sin apuntar algunas tareas pendientes como, por ejemplo, la reflexión sobre la compatibilidad y forma de relación de esta institución con la planificación hidrológica, signo distintivo de la Ley, y que aparece como uno de los primeros retos a enfrentar, al menos desde el punto de vista jurídico. Igualmente la relación entre el cuidado medioambiental y el mercado, sobre todo tras leer cuidadosamente las experiencias de otros países que señalan el desconocimiento de las preocupaciones medioambientales como una de las

características indeseadas de la instauración de un mercado. Es obvio que no se puede inicialmente exigir a quienes pactan la transmisión de un derecho de aprovechamiento que incorporen a su contrato las exigencias medioambientales. El medio ambiente es parte del interés general que la Administración procura y los suscribientes de un contrato, al margen de que no tienen por qué conocer cuáles son, en realidad, las exigencias medioambientales a observar, miran prioritariamente, o sobre todo, por su interés particular, cuestión en la que, por cierto, nada es reprochable si bien deba de ser ello conocido y asimilado por los protagonistas públicos de la gestión del agua.

Igualmente debo concluir apuntando mi convencimiento adquirido por muchas lecturas y testimonios personales recibidos acerca de aventuras foráneas, que en el mercado de aguas casi más importante que la regulación jurídica de la institución, es su funcionamiento práctico. En ese funcionamiento práctico es característica común advertible en todos los lugares la del escaso peso cuantitativo de las transferencias en materia de aguas, lo que no empece, por supuesto, que las pocas realizadas no puedan en ocasiones determinar mejoras sustantivas en la gestión, sobre todo en situaciones de crisis hídrica. Es obvio que de práctica poco puede decirse entre nosotros, como no fuera la referencia a Canarias –tan distinta en su configuración a la problemática hídrica de la Península– o la traída a la memoria de ciertas experiencias históricas peninsulares del funcionamiento de mercados que deben ser tomadas como información, sí, pero sin extrapolar, con convencimiento y de forma mecánica, conclusiones a la situación de nuestros días.

En suma, y finalmente, la situación hídrica de España, tan extrema en ocasiones, es fuente permanente de incitación a una mejor gestión del recurso o, simplemente, a imaginar una gestión diferente que se pretenda, además, ser mejor. Lo mejor y lo peor son palabras de contenido claramente relativo que en muchas ocasiones son plenamente dependientes de coyunturas históricas y de evoluciones económicas a veces imprevisibles. En estas páginas se ha analizado con excesiva rapidez una parte, pequeña, de un proyecto de Ley que reacciona aportando nuevas técnicas para la gestión del agua y sin apartarse en demasía, excepto en lo indicado, de la traza que parece muy firmemente asentada en nuestro ordenamiento jurí-

dico de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Tómense estas páginas que ahora finalizo como un simple deseo de participación personal en la mejora de la gestión del agua a través de la configuración del ordenamiento jurídico como en tantas ocasiones he hecho con anterioridad<sup>17</sup>, entendiendo que las sutiles críticas realizadas<sup>18</sup> aquí no son más que una aportación a un debate general que solo ahora se inicia, en un nuevo momento en la compleja y apasionante cuestión de la evolución y construcción de nuestro derecho de aguas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía sobre el mercado de aguas es impresionante. Muy probablemente y aun tratándose en todos los países de una institución hasta cierto punto marginal en relación a los mecanismos habituales de asignación de recursos, exceda en páginas publicadas a las dedicadas a los mecanismos normales o tradicionales de asignación, al menos en los últimos años. Por consiguiente no intento ahora, ni por asomo, llevar a cabo un tratamiento exhaustivo, sino solo proporcionar algunas informacio-

nes que puedan ser útiles para el lector interesado en estas cuestiones.

Pidiendo perdón por lo que podría equivocadamente ser juzgado como inmodestia, creo que el volumen que dirigí hace algún tiempo, "Precios y mercados del agua", Civitas, Madrid, 1996, contiene una serie de trabajos de derecho español y extranjero valiosísimos en sí mismos y por la información bibliográfica que aportan. Remito, así, a las aportaciones en este libro de A. Menéndez Rexach (derecho español), C. Bauer y R. Segura Graiño (california) A. Vergara Blanco (Chile), A. Domínguez Vila (derecho canario) y A. Garrido Colmenero (planteamiento económico). De este mismo puede verse más recientemente "Economics of water allocation and the feasibility of Water Markets in Agriculture", que es un *paper* presentado al coloquio de la OCDE celebrado en Atenas en 1997 y titulado "Sustainable management of water in agriculture: issues and policies". En España es destacable también la incorporación del mercado al mismo título de un libro sobre derecho de aguas en donde se postula la existencia de un mercado intervenido administrativamente. Cfr. I. Caro-Paton Carmona, "El derecho a regar. Entre la planificación hidrológica y el mercado del agua", Marcial Pons, Madrid, 1997, cfr. págs. 332 y ss. especialmente. Por último, muy diversas intervenciones públicas y *papers* presentados a Seminarios y reuniones por el prof. Gaspar Ariño Ortiz se orientan en la línea defensora a ultranza del mercado del agua.

Una síntesis excelente del derecho norteamericano en D. Getches, "Water Law in a nutshell", West publishing Co, St. Paul, Minn, 1997, 3ª ed., págs. 59 y ss. para el estudio de los mercados en los sistemas de derecho ribereño (*riparian rights*) y págs. 155 y ss. para las transferencias en los sistemas de la apropiación prioritaria (*prior appropriation*).

La referencia que en el texto hago a la asignación centralizada y descentralizada puede verse en A. Embid Irujo, "La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua", en "El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación", Civitas, Madrid, 1998, págs 46 y ss. Hay allí una reflexión inicial, puramente abstracta, sobre el significado de los mercados de aguas.

<sup>17</sup> De cuando en cuando, además, se tiene la satisfacción de observar cómo determinados cambios normativos o intentos de cambio responden a propuestas específicas personales puestas por escrito con la aportación -imprescindible- de los argumentos que la sustenten. En el caso del proyecto de Ley ello sucede en varias ocasiones, lo que es un acicate a continuar el trabajo en la misma línea.

<sup>18</sup> Prefiero dejar al margen, porque excede del contenido puramente jurídico, y del espacio reservado en la revista, la cuestión capital acerca de la oportunidad de la introducción de un tipo de mercado como el diseñado por el proyecto de reforma. En general adelanto para otra ocasión en la que pueda centrarme con más detenimiento sobre este tema y por no rehuir un juicio general, que me parece coherente con el tipo de problemas que la situación del agua en España enfrenta que el ordenamiento jurídico ofrezca diversas posibilidades de actuación, sobre todo para los periódicos momentos de excepción. Desde ese sentido la instauración de los centros de intercambio concesional me parece, en abstracto, positiva. Respecto al mercado de aguas puramente privado que diseña el proyecto, las páginas anteriores sirven de crítica a una regulación que me parece excesiva por lo permisiva y probablemente inútil por el tipo de razones apuntadas. La vinculación, por fin, entre el mercado del agua y la transferencia de caudales entre cuencas hidrográficas, desconocedora a conciencia del aspecto sustancial de decisión política que en nuestro país tiene y debe tener una opción de interconexión de cuencas.

Sobre la situación en Australia vid. J. Pigram, "Property Rights and Water Markets in Australia", en *Water Resources Research* 29, (4), 1993 págs. 1313-1919, y el más reciente de W. Musgrave, presentado al mismo coloquio de Atenas supra cit. "Decentralized mechanisms and institutions for managing water resources: reflections on experiences from Australia".

Sobre Chile, además de lo supra cit, vid. más recientemente A. Vergara Blanco, "Derecho de Aguas", vol. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, págs. 257 y ss., y Carl Bauer, "Against the current? Privatization, Markets and the State in Water Rights", Kluwer Academic Publishers, Boston, 1998.

La importancia de los precios del agua en la agricultura -cuestión de precios ineludiblemente vinculada al mercado tal y como he indicado en el texto- me induce a una sola cita,

pero muy representativa, de esta cuestión. Se trata del libro de J.M. Sumpsi Viñas, A. Garrido Colmenero, M. Blanco Fonseca, C. Varela Ortega y E. Iglesias Ortega, "Economía y Política en la gestión del Agua en la Agricultura, Ministerio de Agricultura", Pesca y Alimentación, Madrid, 1998.

Sobre la complejidad de los mercados de agua enmarcados en la problemática general del agua ante el nuevo siglo vid. recientemente I. Serageldin, "Looking ahead: Water, Life and the Environment in the Twenty-first Century", en *Water Resources Development*, vol. 15, N<sup>os</sup>. 1/2, 1999, págs. 17 y ss.

En un plano general, finalmente, el magnífico informe de Terence R. Lee y A. S. Juravlev, "Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua", Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 1998.