



Thematic Week: Water Economics and Financing

Thematic Axis: Water Markets

Title: Asignación del agua y gestión de la escasez en España: los mercados de derechos de aguas

Authors: Antonio Embid Irujo

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza.

Abstract:

Los mercados de derechos de uso de aguas aparecen en España como una nueva forma de reasignación de recursos hídricos, pues las formas tradicionales (revisión concesional, expropiación de derechos, reasignaciones por Ley) no son operativas. La Ley 46/1999, de 13 de diciembre, introduce los contratos de derechos de uso de aguas y autoriza la creación de Centros de Intercambio de Derechos de uso de agua. La regulación jurídica es muy matizada e impide la especulación y la acumulación del agua en manos privadas. Durante la sequía que ahora tiene lugar, se han utilizado en distintos momentos estas formas de asignación de recursos como medio de evitar algunos de sus perjuicios

Keywords: Centros de Intercambio de Derechos de uso de agua, concesiones, contratos de cesión de derechos de uso de agua, Organismos de cuenca, sequía.

Sumario:

I. Introducción

Ii. La tradicional transmisión de las concesiones de derecho de aguas y su diferenciación con el mercado de aguas. El significado del principio de la vinculación del agua a la tierra.

Iii. Precisiones conceptuales sobre el “mercado” introducido por la ley 46/1999, de 13 de diciembre. Características generales.

Iv. El contrato de cesión de derechos de uso de agua. Régimen jurídico en la ley y precisiones reglamentarias. La cuestión del control público sobre estos contratos.

V. Los centros de intercambio de derechos de uso de aguas.

Vi. El mercado de derechos de uso de agua y la situación de sequía. Experiencias y reflexiones.

Vii. Valoración final.

Nota bibliográfica.

Lista de acrónimos utilizados.

I. INTRODUCCIÓN

Para considerar el marco legal actual de lo que genéricamente podríamos denominar como “mercados del agua en España” (aunque ello no sea una denominación jurídicamente apropiada, pues el agua, como bien de dominio público, no se puede ni comprar ni vender como advertiremos en otras ocasiones de este trabajo), hay que establecer claramente unos presupuestos de la cuestión que han sido decisivos para la admisibilidad de tal mercado y hasta determinan algunas de sus características jurídicas específicas. Estos serían los siguientes:

a) La necesidad de reasignación de recursos hídricos. O sea, de reasignar lo ya asignado. Y ello por una razón elemental, y es por la falta de recursos con los que atender a la múltiples demandas que puede generar una sociedad tremendamente dinámica como es la española de los comienzos de este siglo XXI. En la mayor parte de los organismos de cuenca españoles, no quedan recursos que asignar. Todo está ya atribuido. Por lo tanto, si alguna nueva demanda debe ser atendida, solo puede hacerse reasignando recursos existentes.

b) La introducción de signos económicos en la gestión del agua y de otros recursos naturales. Esto responde a afanes conducidos desde los años ochenta del pasado siglo por distintos economistas especializados en recursos ambientales. La mejor y más racional gestión de los recursos naturales exigiría la introducción de signos económicos (por ejemplo, precio por su utilización) para evitar el mal uso y hasta su destrucción motivada por la habitual gratuidad. En esas circunstancias, el precio de las transacciones sobre el agua sería uno de esos signos económicos válidos para mejorar su gestión.

El movimiento que indico en el anterior párrafo no es exclusivo del agua sino que se extiende a otros recursos naturales. Quizá el ejemplo más conocido sea el del comercio de emisión de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, que sigue a la suscripción de diversos instrumentos de derecho internacional o comunitario y que conoce hoy una realidad activa si bien, en los datos que se hacen públicos, todavía sin efectos apreciables en la mejora de la calidad del aire.

c) El ejemplo de otros países. El debate que a comienzos de los años noventa del pasado siglo tiene lugar entre nosotros, se apoya también en buena medida en el conocimiento y en la difusión de lo que en el ámbito de ese comercio de derechos de uso de agua está teniendo lugar en otros países. Libros, ponencias de congresos, intervenciones de responsables públicos, se centran en la situación que tiene lugar en diversos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, poniéndose especial hincapié en el ejemplo del Banco californiano de la sequía que opera en 1991. Igualmente se difunde y se conoce la situación de Chile, o la de Australia, países ambos en los que también está reconocido de formas distintas el mercado de aguas.

Es obvio que nos encontramos ante distintos modelos de mercado, más intervencionistas unos y mucho más laxos y proclives a la iniciativa privada y hasta la especulación (por ejemplo, Chile), otros. En todo caso, resalto la característica común de que el “derecho comparado” se constituya en elemento de referencia para el debate, cada vez más acentuado, intenso, que tiene lugar en España.

d) La crisis agrícola. Con altibajos, a veces notables, en precios y en situación económica, en general, del sector agrario, lo cierto es que la crisis agrícola es permanente en las últimas décadas en el sentido de una disminución progresiva del número de personas empleadas en este sector productivo y de su participación en el PIB del Estado. En esas circunstancias surge como de forma natural –el ejemplo de otros países también es importante a estos efectos– la propuesta de la transferencia de recursos hídricos utilizados en la agricultura hacia otros sectores (el abastecimiento a poblaciones, el industrial). Al margen de que siempre será la agricultura la fuente para proveer las

Asignación del agua y gestión de la escasez en España: los mercados de derechos de aguas

reasignaciones de recursos, por el amplio volumen de recursos hídricos utilizados en este sector en relación al total (con oscilaciones entre lugares, sin duda ese porcentaje está en torno al 70%), la introducción del mercado del agua se formula también con la intención de que tenga la virtualidad compensatoria de ofrecer unos recursos económicos a los agricultores a cambio de dejar o reducir la utilización del agua en ese sector.

e) La inefectividad de la reasignación de recursos por la mera acción del poder público. Se debe constatar también cómo las formas de reasignación de recursos que contiene el ordenamiento jurídico “tradicional”, no funcionan o lo hacen de forma ineficiente. Estas formas son la revisión concesional, la caducidad de concesiones, las expropiaciones de derechos de uso de agua o las reasignaciones realizadas por Ley, técnicas mediante las que se puede liberar recursos para otras utilidades (mediante otras asignaciones). Las dos últimas (expropiaciones o reasignaciones por Ley) tienen como lógica consecuencia la de la indemnización que también podrá encontrarse en la revisión concesional si el supuesto que sirve de base a la misma es su adecuación a los planes hidrológicos y se causa un daño (cfr. art. 65 TRLA). Solo la declaración de caducidad de las concesiones rechaza, por principio, la idea de indemnización (cfr. art. 66 TRLA), pero no tiene una significación cuantitativa mínimamente valorable.

El resultado de todo ello es el desinterés de la Administración hidráulica por proceder a reasignaciones masivas del recurso con los fundamentos jurídicos tradicionales. El obstáculo de la necesidad de disfrutar de bienes económicos suficientes para poder atender a la fijación de las indemnizaciones que se establezcan, es demasiado importante. Además, los titulares de los derechos que se pretenden revisar, expropiar o reasignar, no son muy proclives a facilitar el actuar de la Administración Pública en este ámbito y suelen resistirse, a veces con mucha eficacia, con la utilización de instrumentos jurídicos (recursos) o políticos (presión social organizada).

Con todo ello surge como de manera casi natural la propuesta de que con fundamento en el mercado de derechos de uso de agua, se proceda a la reasignación necesaria del recurso. Tendría la virtualidad de no ser obligatoria sino que es la misma acción de los particulares la que voluntariamente produciría tal asignación, lo que está también muy relacionado con una determinada concepción de la relación entre Estado-Sociedad muy propia del gobierno conservador que acaudilla la gran reforma que cristalizará en la Ley 46/1999, de 13 de diciembre.

Podemos designar a la reasignación de recursos hídricos a través del mercado, como una reasignación “indirecta” mientras que la que tendría lugar por medio de los instrumentos tradicionales del ordenamiento jurídico (revisión concesional, caducidad, expropiación, reasignaciones por Ley) sería una reasignación “directa”, producto deducible inmediatamente de una actuación de los Poderes Públicos (normalmente la Administración hidráulica, pero también el Legislador) que pretende conseguir tales resultados por medio de la previa liberación de recursos y su posterior asignación.

II. LA TRADICIONAL TRANSMISIÓN DE LAS CONCESIONES DE DERECHO DE AGUAS Y SU DIFERENCIACIÓN CON EL MERCADO DE AGUAS. EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE LA VINCULACIÓN DEL AGUA A LA TIERRA.

En todo caso lo que debemos conocer y establecer claramente es que en el derecho español siempre han podido transmitirse las concesiones de aguas como los derechos reales en general. Ha sido, bien es verdad, una transmisión con control público, pues ha debido darse conocimiento al poder público por parte de los particulares interesados de las transmisiones que se querían realizar. En unos casos, las concesiones que podrían denominarse como de “servicio público” (por ejemplo para abastecimiento a poblaciones) solo se podían transmitir previa autorización de la Administración competente. En otros casos, la transmisión era siempre posible pero con comunicación a la Administración competente para que incorporara los nuevos datos del titular al Registro de Aguas. Esta situación la sigue reflejando el TRLA vigente (cfr. art. 63 TRLA).

Vinculado a todo este régimen jurídico está el tradicional principio conocido como el de la “vinculación del agua a la tierra”. Quiere decirse con esta expresión que no es posible transmitir una tierra de regadío sin la transmisión paralela de la concesión de aguas (u otro derecho) que hace posible tal regadío y, en sentido contrario, que no es posible la transmisión autónoma de la concesión de aguas sin que paralelamente se transmita la tierra a la que está vinculada.

Ello responde a una razón de fondo y a determinados principios de forma en la configuración de las concesiones agrarias.

La razón de fondo consiste en impedir decididamente, que pueda formarse una categoría social de “aguatenientes” en relación a los cuales su patrimonio consista, precisamente, en la tenencia de derechos de uso de agua con la consiguiente tentación de poder hacer un uso especulativo de los mismos, casi subastando la utilización efectiva de dichos derechos entre el mejor postor que saldría de los titulares de tierra sin agua. Es una razón efectiva y convincente, muestra de la forma como el ordenamiento jurídico tiene que reaccionar a determinadas condiciones físicas del país en el que se desarrollan las correspondientes relaciones jurídicas.

La razón de forma consiste en que las concesiones de agua, en este caso para riegos, deben necesariamente señalar las tierras que con el agua concedida van a ser regadas, de tal forma que no es legítimo ningún cambio en esa determinación que aparece en la concesión y por la mera voluntad de su titular.

Obviamente no es posible montar ningún sistema de mercado de derechos de uso de agua (no hablamos de concesiones, sino de derechos incluidos dentro de esas concesiones) bajo el principio rígido de la vinculación del agua a la tierra. Bajo ese principio no habría nunca mercado de derechos de uso de agua sino, solamente, transmisión de tierras a la que van vinculados los derechos de uso de agua.

Por eso, una de las decisiones jurídicas que debió tomarse con la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, que implementó el llamado mercado de derechos de uso de agua entre nosotros, fue la liberación del principio de la vinculación del agua a la tierra pero solamente en relación a la suscripción de contratos de derechos de uso de agua. Por lo demás, el principio sigue siendo sólida línea descriptiva del derecho español de aguas (cfr. art. 61.2 TRLA).

III. PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE EL “MERCADO” INTRODUCIDO POR LA LEY 46/1999, DE 13 DE DICIEMBRE. CARACTERÍSTICAS GENERALES.

Visto todo lo cual podemos realizar algunas precisiones sobre el mercado instituido por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre (y, posteriormente, incluido como otras regulaciones sectoriales en el Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio, TRLA en este trabajo). Así, inicialmente, tenemos que realizar dos constataciones:

a) No estamos, en realidad, ante un “mercado de aguas”. En el derecho español el agua, como tal, no se compra ni se vende porque es un bien de dominio público [cfr. art. 2 a) TRLA] y estos bienes son inalienables por prescripción directa del art. 132 de la Constitución Española. En realidad se trata de un “mercado” de derechos de uso de agua. Lo que se puede adquirir (y ceder) son derechos de uso de agua, no el agua como tal.

b) Se trata de un mercado de derechos sobre aguas públicas. Lo que se adquiere y se cede son derechos que los titulares tienen para la utilización de aguas públicas y que habrán podido adquirir por distintos medios: concesiones, Ley, títulos históricos.

Conviene reparar un poco sobre esta característica que, si no se reflexiona bien sobre ella, puede parecer sorprendente. En realidad las aguas “privadas” quedan al margen del mercado dados los mismos términos en que la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (disposiciones transitorias segunda y tercera relativas, la primera, a las aguas subterráneas procedentes de manantiales y la segunda a las aguas subterráneas procedentes de pozos) permitió, en función de las opciones realizadas por sus titulares, la permanencia de aguas con una relación con su titular “privada”. Como bien advirtieron dichas disposiciones y rubricó el TC en su Sentencia 227/1988, las aguas eran privadas si se mantenían en la misma situación jurídica que tenían el 1 de enero de 1986, fecha de la entrada en vigor de la Ley 29/1985; si tenía lugar cualquier cambio en su forma de uso y aprovechamiento (por ejemplo, el derivado de su transmisión a un tercero) quedaban transformadas automáticamente en aguas públicas que solo podían ser objeto de aprovechamiento mediante una concesión que se debería otorgar ex lege.

Por lo tanto, el mercado de derechos de uso de agua a que se refiere la Ley 46/1999 (y el desarrollo normativo posterior) solo opera sobre los derechos que se tienen sobre aguas públicas. Las aguas privadas, para tener acceso a ese mercado deberán, primero, convertirse en públicas.

El “mercado”, entendido de la forma que se explica, hoy se regula en los arts. 67 y ss. del TRLA. El mismo presenta dos variedades:

a) Los contratos de cesión de derechos de uso de agua. Son los que proceden de la libre voluntad de los particulares, titulares de derechos de uso de agua, que suscriben uno como adquirente y otro como cedente un contrato de este tipo. Libre voluntad de los particulares en su iniciativa, obviamente, y sin perjuicio del matizado control público posterior al que más adelante me referiré.

b) La actuación de los Centros de Intercambio de derechos de uso de agua. Es la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, quien autoriza a crear estos Centros en el seno de los Organismos de cuenca. Lo que se regula es la capacidad de los Centros una vez creados de llevar a cabo ofertas públicas de adquisición de derechos de uso de agua a los titulares que les interese para, posteriormente, cederlos a otros titulares también en el marco de procedimientos transparentes y que suponen, en el fondo, la aplicación de los principios de la contratación pública. Parece claro que el modelo para estos Centros ha sido el Banco de Aguas creado en California durante la sequía de 1991, pues

también una de las causas que autoriza la constitución de los Centros de Intercambio de Derechos de uso de agua, es la existencia de una situación excepcional de sequía.

Posteriormente referiré con más pormenorización el régimen de estos Centros y algunos perfeccionamientos posteriores que han tenido lugar.

Voy a dedicar los dos siguientes apartados de este trabajo a narrar el régimen jurídico de las dos variedades de “mercados” de derechos de uso de agua cuyas características generales acabo de tratar.

IV. EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS DE USO DE AGUA. RÉGIMEN JURÍDICO EN LA LEY Y PRECISIONES REGLAMENTARIAS. LA CUESTIÓN DEL CONTROL PÚBLICO SOBRE ESTOS CONTRATOS.

Dedico ahora un apartado a narrar las características de estos contratos según lo que figura en los arts. 67 y ss. TRLA y en los arts. 343 y ss, RDPH adicionados a éste por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo. Así:

a) Se trata de contratos celebrados entre “usuarios” de derechos de uso de agua. Es obvio que la posición de cedente exige esa cualidad de usuario, pero es también exigencia del TRLA que el adquirente deba ser usuario. No hay posibilidad, por tanto, de que a través de estos contratos llegue agua aquél que no tiene ya un título para la utilización del agua, con independencia del significado cuantitativo de éste. La reforma del RDPH celebrada en mayo de 2003, precisará qué debe entenderse por usuarios: estos serán los concesionarios y los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas, que es la posición jurídica que corresponde a los antiguos titulares de aguas privadas que durante el tiempo apropiado para ello (del 1 de enero de 1986 al 31 de diciembre de 1988) hicieron la opción por pasar al régimen público. Se insiste específicamente en que no pueden hacer uso de este contrato los propietarios de aguas privadas, y que las cesiones entre miembros de la misma Comunidad de usuarios están al margen de esta regulación pues son actos internos de la Comunidad que podrán realizarse libremente si las Ordenanzas de la Comunidad no se oponen a ello.

b) Ya he indicado con anterioridad cómo se desvincula el agua de la tierra para hacer posible el mercado de derechos de uso de agua. Por eso, en los contratos que celebren usuarios agrícolas, debe indicarse qué tierras van a dejar de ser regadas o lo serán con menor dotación (la posición del cedente) y las que se regarán (la posición del adquirente).

c) El TRLA prohíbe expresamente que pueda ser cedida el agua de usos no consuntivos a usos consuntivos. Por ejemplo que un concesionario hidroeléctrico pueda ceder a un concesionario agrícola o de abastecimiento de poblaciones. La finalidad de esta prescripción es clara: se trata de impedir que la introducción del mercado de derechos de uso de agua lleve consigo un aumento del consumo. Una cosa es reasignar recursos hídricos y otra distinta es que ese reasignación desemboque en un mayor consumo.

d) Esa referencia a los usos va acompañada de una importante decisión: los contratos de cesión de derechos de uso de agua solo podrán prever la cesión a utilizaciones que sean preferentes

Asignación del agua y gestión de la escasez en España: los mercados de derechos de aguas

respecto a las cedentes según el orden que figure en los Planes Hidrológicos de cuenca o, en su defecto, del que aparece en el art. 60 TRLA. Es una consecuencia coherente con la ordenación de usos, se supone que también coherente con lo que se considera de interés público, que Planes y TRLA habrán realizado de antemano. Por cierto, que es posible excepcionalmente infringir lo relativo a esta prescripción sobre los usos preferentes, pero entonces el contrato debe ser objeto de aprobación por parte del Ministro del Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, y no por el correspondiente Organismo de cuenca tal y como contemplaremos en este mismo apartado más adelante.

e) En cuanto al volumen que puede ser cedido, el TRLA debe leerse conjuntamente con la reforma del RDPH a la que ya he hecho referencia. Según ello resulta que el volumen no puede ser, simplemente, el del título concesional sino que para evitar la venta de “agua de papel” hay que atender al realmente utilizado por el cedente a cuyos efectos se atiende a los últimos cinco años de consumo teniendo también en cuenta la posibilidad de correcciones derivadas de las dotaciones-objetivo que figuren en los Planes Hidrológicos de cuenca.

f) El tiempo del contrato no es cuestión que haya quedado definitivamente aclarada ni en el TRLA ni en el RDPH por lo que hay que reflexionar sobre esto con los elementos interpretativos propios del derecho de aguas. Así, es claro que estamos ante contratos “temporales”, referidos a derechos de uso de aguas también “temporales”. Ello quiere decir que si el tiempo máximo de las concesiones es 75 años, el tiempo de un contrato de cesión de derechos de uso de agua podrá llegar hasta, incluso, el tiempo que reste de esos 75 años para la finalización de la concesión a la que pertenecen los derechos sobre los que se transa.

g) En cuanto a la compensación económica que vaya a recibir el cedente no hay tampoco decisiones claras en TRLA ni en el RDPH. El TRLA en cuanto al importe máximo remite a lo que diga el Reglamento y éste RDPH a lo que indique la autoridad administrativa competente (hoy el Ministerio del Medio Ambiente, Medio Rural y Marino).

h) El contrato de cesión de derechos de uso de agua puede ir acompañado de la necesaria celebración de otros contratos para viabilizar el primero. Por ejemplo, un contrato con el poder público competente para el uso de las infraestructuras públicas para el transporte del agua objeto del contrato. Eso llevará consigo, obviamente, el pago de las tarifas que estén establecidas para el uso de esas infraestructuras.

Cuestión específica que debe atenderse es la del control público de los contratos de cesión de derechos de uso de agua. En ese sentido el TRLA y el RDPH contienen distintas prescripciones de las que se puede resumir lo siguiente:

a) El contrato una vez suscrito por las partes es válido, pero no eficaz. La eficacia depende de la autorización del mismo por las autoridades que corresponda.

b) Para conseguir esa autorización la norma indica que se debe remitir una copia del contrato a las Comunidades de usuarios respectivas (del cedente y del adquirente) así como al Organismo de cuenca competente para su autorización. También si se trata de un contrato en el que se contemplen finalidades agrarias, debe pedirse informe a la Comunidad Autónoma (pues las CCAA son las que tienen las competencias exclusivas en materia de agricultura) y se supone que habrá de realizarse también un trámite de información pública sobre el contrato para que los que puedan ser afectados por el mismo comparezcan alegando lo que consideren conveniente.

Asignación del agua y gestión de la escasez en España: los mercados de derechos de aguas

c) La autorización de los contratos corresponde a los Organismos de cuenca que tienen que impartirla en el plazo de dos meses. Si éstos transcurren sin resolución expresa, los contratos se entienden aprobados por silencio administrativo positivo¹.

d) La autorización fijará expresamente el volumen a transmitir y la obligación de instalar un contador.

e) La forma de impartir la autorización aparece reglada en el ordenamiento que estamos examinando. Así, se indican expresamente los criterios que permiten la denegación de esa autorización advirtiéndose que debe siempre ser motivada. Estos criterios se estructuran en torno a que el contrato afecte negativamente:

- al régimen de explotación de los recursos en la cuenca.

- a los derechos de los terceros o a los caudales ambientales.

- al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos.

Y al margen de lo amplio de estos criterios de denegación, se concluye indicando que también deberá dar lugar a la negativa en la autorización cuando se haya producido cualquier otro incumplimiento legal.

f) Durante el tiempo que el Organismo de cuenca dispone para otorgar la autorización, este puede también optar por ejercer un derecho de adquisición preferente mediante el pago de la compensación económica que se haya pactado y que aparezca en el contrato.

g) En el supuesto específico de contratos que impliquen transferencias entre cuencas distintas es necesario para el otorgamiento de la autorización (que correrá a cargo del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino) que esa transferencia esté autorizada por Ley o incluida en el Plan Hidrológico Nacional.

Finalmente y por concluir la exposición del régimen jurídico de estos contratos, digamos que deben ser inscritos en el Registro de Aguas y que pueden ir acompañados por la autorización para el uso de infraestructuras públicas (lo que antes he tratado desde la perspectiva de la suscripción de un contrato con la Administración pública administradora de la infraestructura para ello) y de la autorización para construir infraestructuras².

¹ El Gobierno de Aragón interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional porque entendió que esta prescripción del silencio administrativo positivo era contraria al régimen constitucional del dominio público. No habría posibilidad, según el recurrente, de ganar derechos sobre el dominio público por medio de silencio administrativo, de la misma forma que el silencio juega como negativo en el otorgamiento de concesiones, autorizaciones de vertido etc...En todo caso debe tenerse en cuenta lo muy apurado de ese plazo de dos meses si en el mismo y al margen de las comprobaciones que deban tener lugar por parte del Organismo de cuenca, hay que proceder a solicitar informes a la Comunidad Autónoma, practicar procedimientos de información pública etc...

² En este último caso se regula un plazo de cuatro meses para otorgar la autorización con silencio administrativo positivo también. El plazo parece muy reducido si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones habrá que tramitar un proyecto de obras, quizá someterlo a un trámite de evaluación de impacto ambiental...

V. LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS DE USO DE AGUAS.

Los Centros de Intercambio de derechos de uso de agua nos sitúan ante un comercio de derechos de uso de agua pero, a diferencia de lo considerado en el apartado anterior, absolutamente controlado por el poder público en tanto en cuanto que es el Centro el que hará ofertas públicas de adquisición de derechos de uso de agua y el mismo, a su vez, ofertas de cesión de los derechos puramente adquiridos. Los particulares accederán a ese “mercado” a través, por tanto, de un órgano público y no por su mera voluntad como era el supuesto de los contratos de cesión de derechos de uso de agua.

La regulación del TRLA sobre estos Centros nos presenta un primer punto de intervención pública derivado de la misma decisión de constituir un Centro. Es el Consejo de Ministros quien autoriza a los Organismos de cuenca a que los constituyan pero en situaciones extraordinarias de sequías, acuíferos sobreexplotados etc...Es, como ya he dicho con anterioridad, la imagen del Banco del Agua creado en California cuando la sequía de 1991 quien está tras esta regulación legal. En el momento presente se ha autorizado ya la constitución de Centros de intercambio de derechos en los Organismos de cuenca del Júcar, Segura, Guadiana y Guadalquivir. En el conocimiento que tengo, la actividad más notable ha sido desarrollada, hasta ahora, en el ámbito de la cuenca del Guadiana (por su relación con el llamado Plan Especial del Alto Guadiana³) y también ha habido una cierta actividad en la cuenca del Júcar.

Los Centros se constituyen en el seno del Organismo de cuenca, lo que quiere decir que son sólo un órgano administrativo sin personalidad jurídica. La personalidad la posee el Organismo de cuenca y es a él, en realidad, al que imputan su actividad.

Su régimen de funcionamiento está sometido a la legislación de contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre). Las adquisiciones pueden ser tanto temporales como definitivas debiendo en las ofertas de adquisición los criterios que permitan al Centro decidir en cuanto a las adquisiciones si tienen oferentes que superan el volumen de derechos que desea adquirir.

Punto importante es notar que en la regulación inicial de la Ley 46/1999 (y la que se incorporó al TRLA) el Centro no podía retener ningún derecho sino que todos los adquiridos debían ser ofertados a futuros adquirentes (que también deben ser usuarios, como en el caso de los contratos). Sin embargo, tras el Real Decreto-Ley 9/2006, se ha autorizado que el Centro pueda reservar derechos para utilizaciones ambientales y también para que las CCAA puedan realizar con ellos sus propias políticas. Parece claro que dado el contenido del Plan Especial del Alto Guadiana, esta modificación legal está pensada para viabilizar éste.

³ Cfr. RD 13/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Plan Especial del Alto Guadiana. Este plan especial estaba previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

VI. EL MERCADO DE DERECHOS DE USO DE AGUA Y LA SITUACIÓN DE SEQUÍA. EXPERIENCIAS Y REFLEXIONES.

Como se habrá advertido en el apartado anterior, la sequía es una de las circunstancias que están presentes a la hora de la construcción jurídica del mercado de derechos de uso de agua, pues, por ejemplo, esa circunstancia es la que puede conducir a la autorización para la constitución de Centros de Intercambio de derechos de uso de agua.

Pero al margen de ese dato de base, la sequía que tiene lugar en España desde hace casi cuatro años, con más intensidad en unos lugares que en otros, ha dado lugar a la aparición de algunas normas extraordinarias (Decretos-Leyes) en las que se adoptan diversas decisiones que tratan de aplicar las soluciones del “mercado de aguas”, excepcionando o adicionando algunos principios sobre lo ya conocido, para cooperar, así, a la superación de la situación de sequía o, al menos, hacer menos gravosos algunos de sus efectos. Veamos cuáles han sido estos textos jurídicos y su contenido desde el punto de vista de lo que interesa en este trabajo.

A) El movimiento normativo se inicia con el **Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre**, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2005). Los datos adicionales a lo conocido que aporta este Real Decreto-Ley serían los siguientes:

a) El primero hace referencia a los títulos que deben poseer los usuarios al uso del agua para poder celebrar el contrato. Como antes se ha indicado, la suscripción de contratos de cesión de derechos de uso de agua debe ser realizada entre usuarios, y he precisado, entre otras cosas, que usuarios son los concesionarios y los titulares de derechos al aprovechamiento temporal privativo del agua (quienes optaron por pasar al régimen público en el tiempo previsto para ello según las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas). Pues bien, en este Real Decreto-Ley se va a considerar que también pueden ser considerados usuarios los “titulares de derechos al uso de agua adscritos a las zonas regables de iniciativa pública cuyas dotaciones brutas máximas figuren en los Planes Hidrológicos de cuenca”. La razón de esta consideración es muy simple: normalmente estos usuarios no poseen concesión, luego si el entendimiento de lo que se entiende por usuario fuera muy estricto, quedarían fuera del mercado del agua cantidades muy significativas de agua para regadío. Por ello estos titulares se consideran usuarios e incluidos en el art. 190 a) RDPH⁴. Eso sí, se pide que estos títulos estén inscritos en el Registro de Aguas para lo cual se contienen normas que facilitan la inclusión (todo ello en el art. 2 del Real Decreto-Ley 15/2005).

b) La autorización de los contratos que impliquen transacciones entre cuencas, se atribuye a la Dirección General del Agua (disposición adicional cuarta, luego se rebaja de grado, para facilitar el procedimiento, la anterior atribución al Ministro).

c) Mientras dure la vigencia del Real Decreto-Ley no será necesario en el caso de los contratos para transferir agua de una cuenca a otra, que esas transferencias estén previstas en una Ley o en el Plan Hidrológico Nacional (disposición final segunda).

⁴ El art. 190 relaciona los tipos de aprovechamientos que deben ser objeto de inscripción en el Registro de Aguas indicando el párrafo a) que la Sección A del Registro de Aguas comprenderá las: “concesiones de aguas superficiales o subterráneas; reservas legalmente constituidas a favor de las Confederaciones Hidrográficas; derechos adquiridos por prescripción o por otro título legal; autorizaciones especiales a que se refiere el artículo 59.5 del texto refundido de la Ley de Aguas y otros derechos provenientes del anterior Libro de Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas”.

Asignación del agua y gestión de la escasez en España: los mercados de derechos de aguas

d) Finalmente digamos que la vigencia de este Real Decreto-Ley, como suele suceder con las normas extraordinarias de sequía, es temporal y se extiende hasta el 30 de noviembre de 2006.

E, igualmente, hay en el texto que comento algunas otras disposiciones para uso de infraestructuras, mejor rentabilización de las infraestructuras del Trasvase Tajo-Segura y otros.

B) El segundo texto es el **Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre**, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío en determinadas cuencas hidrográficas. En este texto hay diversos datos dignos de ser resaltados:

a) Por un lado, se prorroga hasta el 30 de noviembre de 2007 la vigencia del anterior Real Decreto-Ley 15/2005 y, por tanto, de todas las prescripciones que he destacado.

b) Pero, en segundo lugar, es muy importante que la disposición adicional tercera autorice a los Centros de Intercambio de Derechos de uso de agua a realizar ofertas para adquirir de forma temporal o definitiva derechos de uso de aguas y destinar estos a “constituir reservas con finalidad puramente ambiental, tanto de manera temporal como definitiva” y a cederlos “a las Comunidades Autónomas, previo convenio que regule la finalidad de la cesión y posterior utilización de las aguas. La cesión deberá inscribirse en el Registro de Aguas de la cuenca”.

Como digo ésta es una previsión importante puesto que en la regulación original del TRLA (y que sigue vigente en el art. 71, pues nadie ha derogado este texto) todos los derechos adquiridos por los Centros deberían ser inexorablemente transmitidos a usuarios que quisieran adquirirlos.

C) Sigue la regulación que esto comentando con el **Real Decreto-Ley 9/2007, de 5 de octubre**, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas. La única cuestión destacable aquí es una nueva prórroga del Real Decreto-Ley 15/2005, ahora hasta el 30 de noviembre de 2008.

D) Y, por fin, hay que referirse al reciente **Real Decreto-Ley 3/2008, de 21 de abril**, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona. Un Real Decreto-Ley curioso⁵ y de más curiosa todavía forma de cese de la vigencia que es dependiente del cese de la situación de sequía o de la entrada en vigor de una desaladora en Barcelona. Las copiosas lluvias de finales de abril, mayo y principios de junio, llevaron a los Gobiernos catalán y español a constatar el cese de la situación de sequía y, por tanto, estamos ante un texto que no ha tenido ninguna operatividad⁶.

Pero, en todo caso, sí que merece la pena destacar cómo el art. 3 del Real Decreto-Ley preveía que una de las formas de obtener el volumen de agua que se quería trasvasar a Barcelona, era a través de la suscripción de contratos de cesión de derechos de uso de agua con regantes de la

⁵ Una narración completa de su contenido y significado, y de los distintos problemas jurídicos que plantea su texto en el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón 81/2008, de 12 de mayo.

⁶ El Real Decreto-Ley se derogó, pues, según los términos que la disposición final tercera del propio Real Decreto-Ley contenía. No obstante, se llevó a cabo una constatación formal del cese de la situación de emergencia por el “Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008 por el que se declara la concurrencia de la causa de cese de la vigencia del Real Decreto-Ley 3/2008, de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona” publicado mediante Resolución de 6 de junio de 2008, de la Secretaría de Estado de Medio Rural y Agua (BOE núm. 138, de 7 de junio de 2008).

cuenca del Ebro que pertenecieran a Comunidades de usuarios de ésta. La medida, poco meditada, desató una gran tormenta política⁷, social y mediática y los regantes del Ebro a través de su Federación renunciaron a la suscripción de cualquier contrato de esta índole⁸ prometiendo, sin embargo, llevar a cabo actuaciones de ahorro en el uso del agua para de esta forma proveer a Barcelona⁹.

VII. VALORACIÓN FINAL.

Debo concluir indicando, como resumen, que la regulación del “mercado” del agua en España es muy matizada, de buena factura técnica y en absoluto proclive a facilitar operaciones especulativas o contrarias a los intereses generales. Pese a algún fallo detectado en la forma de configurar el control público (la configuración del silencio administrativo positivo a la que me he referido), dispone la Administración de buenos elementos para poder controlar el desarrollo de este mercado y su funcionalidad coherente con los intereses generales.

Desde luego la observación de las escasas transacciones que se han desarrollado en los últimos años lo que muestra es que se ha acudido a este mercado normalmente en situaciones límite, la sequía, y que estas transacciones han contribuido a paliar algunos de los efectos perjudiciales de ella (contratos entre una Comunidad de Regantes de Castilla la Mancha y el Sindicato del trasvase Tajo-Segura, por ejemplo). Por otra parte, la actuación de los Centros de Intercambio de Derecho de uso de agua aparece en el caso de la gestión del Plan Especial del Alto Guadiana, como una de las formas principales para conseguir el cese de la situación de insostenibilidad ambiental que se vive en aquél lugar debido a la sobreexplotación de las aguas subterráneas que, entre otras cosas, amenaza de forma prácticamente decisiva la supervivencia del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel.

El juicio ¿definitivo? sobre el “mercado” del agua en España precisará, todavía, de un estudio detenido de las transacciones realizadas y de sus efectos (económicos, ambientales, agrícolas...) para poder emitirlo. En pocas cuestiones como en éstas es prácticamente imposible separar la teoría de la práctica. Desde los aspectos jurídicos, ya he indicado mi valoración positiva, críticamente positiva, de la regulación existente. Es necesario esperar ahora a la aparición de los estudios serios y rigurosos que analicen, desde la perspectiva indicada, las transacciones que se han ido realizando para que de esa forma se pueda completar la opinión.

⁷ El Gobierno de Aragón llegó a anunciar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra esta medida. El fundamento era la falta de consulta previa tal y como prevé el Estatuto de Autonomía para cualquier medida de transferencia de aguas entre cuencas, y es evidente que la venta de los regantes de su agua a Barcelona hubiera representado una transferencia.

⁸ Hubiera sido, creo, bastante incongruente que los regantes del Ebro, que aducen, y con razón, su escasez de agua en relación a las necesidades que deben atender y reclaman consiguientemente la construcción de obras de regulación, hubieran vendido agua ¿sobrante? a Barcelona. Eso hubiera desautorizado para el futuro cualquier otra reivindicación que hubieran querido formular.

⁹ Al margen de que técnicamente el agua solo puede transferirse a Barcelona a través de los puntos de captación del sistema del abastecimiento de aguas a Tarragona situado en los canales de la derecha y de la izquierda del Delta del Ebro, la medida de ahorro anunciada es inteligente y una buena salida a la difícil situación creada.

Asignación del agua y gestión de la escasez en España: los mercados de derechos de aguas

En todo caso lo que sí me parece que ya se puede indicar es que no nos encontramos, en modo alguno, con una técnica decisiva o fundamental para realizar la gestión del agua en España –como en algún momento se quiso sugerir- sino con formas de reasignación indirecta de recursos que siempre se referirán a cantidades de agua porcentualmente insignificantes en relación al volumen total gestionado. Ello no quiere decir, en modo alguno, que esa insignificancia material no pueda ser de muy alta consideración en las situaciones críticas, de sequía, que es cuando, hasta ahora, se están realizando estas transacciones.

Finalmente apunto mi creencia en que estos instrumentos de reasignación indirecta deben permanecer en nuestro derecho de aguas y no suprimirse en modo alguno. Lo que importa es tener unas normas jurídicas configuradas con la suficiente amplitud y flexibilidad como para que distintas partes de dicho ordenamiento puedan tener aplicación y efectividad en distintos momentos, también, de la situación hídrica que se vive. Es tan compleja la situación del presente y tan dinámica la sociedad de la que formamos parte, que en línea de lógica coherencia hay que pedir –y ofrecer- un ordenamiento jurídico impregnado por esas ideas de flexibilidad a las que me refiero y que pueda ser para la sociedad una oportunidad y nunca un obstáculo. Hasta ahora la regulación jurídica que he resumido en este trabajo, tiene prácticamente todas las características de ser una oportunidad.

NOTA BIBLIOGRÁFICA.

EMBID IRUJO A., (dir.), Precios y mercados del agua, Civitas, Madrid, 1996. (Con trabajos de R. MARTIN MATEO, A. MENENDEZ REXACH, C. BAUER, A. EMBID IRUJO, A. VERGARA, M. ALLENDE, A. ALCARAZ).

EMBID IRUJO A., “El mercado del agua. Consideraciones jurídicas en torno al Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas”, *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, julio de 1999.

EMBID IRUJO A., “Una nueva forma de asignación de recursos: el mercado del agua”. O.P. 50, 2000.

ESTEVE PARDO J., “El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente”, en las pp. 743 y ss. de Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Civitas, Madrid, 2003.

MOLINA GIMENEZ A., “Administrativización vs. liberalización. Los mercados del agua en España”, *RAP* 146, 1998, págs. 357 y ss.

MOLINA GIMENEZ A., “Contrato de cesión de derechos de uso de agua”, en las pp. 464 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.) Diccionario de Derecho de aguas, Iustel, Madrid, 2007.

MOLINA GIMÉNEZ A., “Centros de intercambio de derechos del agua”, en las pp.322 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.), Diccionario de Derecho de aguas, Iustel, Madrid, 2007.

MOREU J.L., “La oscura reducción del mercado del agua por la Ley 46/1999”, *RarAP* 16, 2000, págs. 281-325 y en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1, 2000.

NAVARRO CABALLERO T. M^a, Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico. Estudio especial del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de los Bancos Públicos de Agua, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

NAVARRO CABALLERO, T.M^a, “¿Representa un verdadero “mercado del agua” el contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua?”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 2007-1, 11, pp. 203-211.

SETUAIN MENDIA B., “Aspectos normativos de los mercados de aguas: últimas aportaciones desde la reforma del Reglamento del Dominio Público Hidráulico”, *RAP* 163, 2004, pp. 349-387.

LISTA DE ACRÓNIMOS UTILIZADOS

RDPH.....Reglamento del Dominio Público Hidráulico (1986).

TC.....Tribunal Constitucional.

TRLA.....Texto Refundido de la Ley de Aguas (2001).