

Las características del mercado de derechos de agua en España

The features of the market of water rights in Spain

Antonio Embid Irujo*

Resumen.

Por diversas circunstancias el derecho español conoce desde 1999 de una regulación jurídica de los mercados de derechos de uso de aguas. De ellos se ha hecho bastante utilización durante la última gran sequía (2005-2009) y la experiencia ha sido favorable. La regulación de los mercados intenta evitar la especulación y el acaparamiento de derechos. Sin que sea gran cantidad de agua la que se mueve por razón de los mercados, sí que es suficiente para evitar graves inconvenientes y, con el adecuado control, deseable para conseguir recursos hídricos que sirvan para satisfacer las nuevas necesidades y producir una gestión más eficaz del agua.

Palabras Clave: regulación-agua-España-mercados

Abstract.

Since 1999, the Spanish Law has acknowledged, for several reasons, the importance of having legal provisions regulating the market of water rights. These provisions have been extensively applied during the last great draught (2005-2009) and the experience has been quite favourable. The market regulation aims at preventing speculation and monopoly. Although, the amount of water involved in the market is not so large, the quantity is sufficient to cause problems in the future and is worth of attention. Having adequate regulations for the proper management and search of new water resources to meet new needs and a more efficient use of water, would be desirable.

Key word: regulation-water-Spain-market

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza (España). Los comentarios se pueden enviar a aembid@unizar.es. Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Agua, energía y cambio climático en la crisis económica y en el contexto europeo”, otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad, referencia DER2012-35066

Las características del mercado de derechos de agua en España

Antonio Embid Irujo

1. La aparición del mercado de derechos de uso de agua en la legislación española: causas y características fundamentales.

En el moderno ordenamiento español de aguas la aparición del mercado de derechos de uso de agua tiene lugar tardíamente o, vista la situación desde otra perspectiva temporal, muy recientemente. Procede de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, Ley modificatoria de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que es la Ley postconstitucional que comienza su vigencia el 1 de enero de 1986, después de la más que centenaria vigencia de la Ley de Aguas de 1879 (de tanta influencia en Latinoamérica y en Argentina concretamente en Mendoza), con orígenes últimos en la Ley de Aguas de 1866, primer texto legal regulador de las aguas en el Estado constitucional español. Hoy en día, la ley vigente es el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, texto refundido en el que se integran, entre otras, las dos Leyes que he nombrado y que ha sido objeto de varias modificaciones desde entonces (las más importantes las de 2003, 2005 y 2012). La regulación del mercado de derechos de uso de agua se contiene en los arts. 67 y ss. TRLA.

1.1 Sus causas.

La regulación de los mercados de derechos de uso de agua en esa Ley 46/1999 tendría una serie de causas que enumero sucintamente:

a) *La necesidad de la reasignación de recursos hídricos.* Efectivamente España es un país maduro hídricamente y no es posible atender a las nuevas demandas con los volúmenes de agua existentes y muy difíciles de incrementar con los recursos llamados convencionales, dado que resulta muy complicado construir nuevos embalses y canales por el amplio número de los ya existentes, con la consecuencia de que los nuevos no siempre pueden situarse en lugares idóneos y suelen presentar graves problemas ambientales o económicos para su construcción, lo que genera fuertes resistencias sociales. Solo los recursos no convencionales (desalación, reutilización de aguas residuales) se presentan como alternativa, pero ello también suele

resultar muy costoso. Se acude a la idea del mercado, entonces, como medio de allegar recursos para las nuevas necesidades planteadas.

b) *La coherencia con la introducción de signos económicos en la gestión del agua y, en general, de los recursos naturales.* El mercado llega también al ordenamiento español como pura consecuencia de la doctrina que con origen en los Estados Unidos de Norteamérica, postula la introducción de signos económicos para la mejor gestión de los recursos naturales. Se podría señalar, así, la influencia del comercio de emisión de gases de efecto invernadero, consecuencia del protocolo de Kyoto. (Vid. ESTEVE PARDO, 2003, pp. 743 y ss).

c) *También tiene mucha importancia la observación de lo que sucede en otros países con cierta tradición en el mercado de aguas o de derechos de uso de agua.* Así, durante el período temporal que precedió a la reforma legal, se estudiaron los casos de los Estados Unidos de América, Australia y Chile, sobre todo, observándose sus características, ventajas e inconvenientes, pues son sistemas muy distintos.

d) *Debe señalarse también la influencia de las ideas del partido político que en ese momento ejerce el Gobierno de la Nación.* Efectivamente el Partido Popular ganó las elecciones de marzo de 1996 y una de las partes más sustantivas de su ideología consistía –y consiste- en el valor de lo que puede hacer la Sociedad frente a las limitaciones que tiene el papel del Estado por distintas causas. El mercado de derechos de uso de agua, en una de las dos variantes que luego contemplaremos –los contratos de cesión de derechos de uso de agua- responde a estas premisas de acción predominante de la Sociedad.

e) *La crisis de la agricultura.* Esta crisis es permanente y lleva mucho tiempo arrastrándose (EMBED IRUJO, 2011), siendo cada vez menor la participación del sector agrario en el Producto Interior Bruto y disminuyendo, asimismo, el porcentaje de población ocupada en la agricultura. Pero debe resaltarse su existencia porque, por un lado, los volúmenes que pudieran ponerse en circulación serían, en su casi totalidad, aquéllos provenientes del uso agrícola que consume en España más del 70% del recurso hídrico. Por otra parte, los agricultores podrían encontrar en el mercado de derechos de uso de agua, un mecanismo de compensación a sus rentas, normalmente en curso decreciente.

f) *La ineffectividad de la reasignación de recursos por la mera acción del poder público.* Es constatable en aquéllos momentos que otras técnicas que podrían servir a la reasignación de caudales, como la revisión concesional, la expropiación de derechos, la declaración de caducidad de concesiones o las reasignaciones por Ley, no están funcionando debido, por un lado, a la resistencia de los afectados y, por otro, al necesario coste económico que la adopción de dichas medidas puede representar en la mayor parte de las ocasiones para las arcas públicas.

g) *Una forma determinada de conseguir efectos ambientales positivos.* Finalmente señalo que la Ley procede del Ministerio de Medio Ambiente creado en los mismos comienzos de la legislatura 1996-2000. Se trata, por tanto, de una Ley con un cierto contenido ambiental que en el caso concreto que nos ocupa, ve en el mercado una forma de evitar la construcción de obras hidráulicas (canales, embalses) puesto que su funcionalidad (allegar nuevos recursos para ser asignados) sería sustituida por la capacidad propia de reasignación del mercado. Desde ese punto de vista, no habría impacto territorial de la construcción y, por tanto, tampoco ambiental.

1.2 Características fundamentales.

El mercado que crea la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, no es un mercado de aguas sino, como vengo diciendo repetidamente, es un mercado de derechos de uso de agua. Ese va a ser el objeto de las transacciones que operen a su amparo. En modo alguno podría ser un mercado de aguas en cuanto que en España son bienes de dominio público (vid. art. 2 del TRLA) y, como tales y por directa decisión de la Constitución (ex art. 132), son inalienables. Lo que va a ser objeto de la transacción son los derechos a utilizar el agua. Una transacción que es distinta de la tradicional transacción sobre las concesiones, que siempre ha existido en el derecho español, sometida en algunos casos a autorización administrativa y en otros solo a una comunicación a la Administración posterior a la transacción. En todo caso lo que no ha sido posible en el derecho español es ceder las concesiones de agua para riego sin ceder, a su vez, la tierra que estas concesiones debían regar. Es lo que se llama la vinculación del agua a la tierra y que ha debido ser levantada con ocasión de la Ley 46/1999, para posibilitar los contratos con derechos de agua de regadío.

En el mercado de derechos de uso de agua, la posición concesional de quien cede sigue existiendo y no se ve afectada por la transacción porque, normalmente, ella será temporal y, por

tanto, una vez transcurrido el período de la cesión, volverá el cedente (concesionario) a recuperar todos sus derechos.

Finalmente se trata de un mercado de derechos sobre aguas públicas. Paradójicamente, las aguas privadas (las que sigan siendo tales tras la operación de demanialización general llevada a cabo por la Ley 29/1985, en función del acogimiento de los antiguos titulares privados a la posibilidad de mantener tal titularidad para las aguas subterráneas y de manantial que regulaba las disposiciones transitorias segunda y tercera de esa Ley) quedan fuera del mercado.

Indico tras todo ello, que el mercado de derechos de uso de agua conoce dos figuras en la Ley 46/1999 (y hoy en el TRLA):

a) *El contrato de cesión de derechos de uso de agua*. Suscrito entre particulares. Es la expresión de la participación prácticamente exclusiva de la Sociedad en la reasignación de recursos hídricos que representa el mercado [de forma general vid. MENENDEZ REXACH 2001, MOLINA GIMENEZ 2007 a), NAVARRO CABALLERO, 2007, VAZQUEZ COBOS 2000] y

b) *La posibilidad de creación de Centros de Intercambio de Derechos de uso de agua*. Aquí nos encontraríamos ante una acción puramente administrativa (MOLINA GIMENEZ 2007 b). Es la Administración hídrica quien compra derechos a sus titulares y luego los cede a otros usuarios. (Y desde 2006 y en el ámbito territorial del Alto Guadiana, es posible que la Administración que adquiere derechos de uso de agua, reserve parte de los mismos para el medio ambiente sin necesidad de tener que ceder, como en el TRLA, todo lo que adquiere a otros usuarios).

En los dos siguientes apartados del trabajo voy a examinar las características básicas de estas dos variedades del mercado de derechos de uso de agua.

2. El contrato de cesión de derechos de uso de agua.

Como indicaba, la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, crea una figura contractual a la que denomina “contrato de cesión de derechos de uso de agua”. Es un contrato que solo puede celebrarse entre usuarios del agua. Obviamente el que cede los derechos debe serlo, pero también debe serlo el adquirente (cesionario), con lo que no es posible que acceda al uso de

agua aquél que no posea un derecho de utilización ya, por mínimo que éste sea en relación al volumen adquirido.

Al margen de otras decisiones legales, que luego referiré, conviene advertir que la Ley 46/1999 no fue objeto de desarrollo reglamentario hasta la aprobación por el Gobierno, en mayo de 2003 (Real Decreto 606/2003), de una modificación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (de 1986, con varias modificaciones posteriores, RDPH en posteriores citas en este trabajo, sobre ello SETUAIN MENDIA, 2004). Con ello se aclararon algunas dudas que planteaba la Ley 46/1999 o se adoptaron determinadas decisiones que eran necesarias para una implantación efectiva. Con todo ello podemos señalar las siguientes notas de los contratos:

a) En relación a los usuarios, la regulación reglamentaria precisa que los derechos transferibles son los de los concesionarios y los de los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas¹. Los intercambios entre miembros de la misma Comunidad de usuarios, quedan al margen de la regulación legal y sometidos solamente a lo que digan las Ordenanzas de dicha Comunidad.

b) Los contratos están sometidos a autorización de los Organismos de Cuenca (llamados Confederaciones Hidrográficas en las cuencas que gestiona el Estado). Pero si ésta no opera en un plazo muy breve (uno o dos meses, según circunstancias que no es necesario precisar aquí), el contrato queda autorizado por silencio administrativo positivo (art. 68.2 TRLA).

En todo caso están tasadas en la Ley los criterios que permiten la denegación de la autorización que, además, debe ser motivada. Estos criterios son: que el contrato afecte negativamente al régimen de explotación de los recursos de la cuenca, a los derechos de terceros, a los caudales ambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos o a cualquier incumplimiento legal. Es bastante cuestionable que en el escaso tiempo que se concede para la impartición pueda, realmente, observarse el cumplimiento, o no, de estos

¹ Es ésta una situación temporal de 50 años en la que quedaban los propietarios de agua que hubieran optado por pasar al régimen público dentro de las opciones que ofrecía la Ley 29/1985 que, como antes he dicho, llevó a cabo la demanialización general. Los que fueran propietarios podían optar por pasar al régimen público, permaneciendo durante 50 años como titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas y teniendo preferencia posterior para obtener una concesión sobre dichas aguas, o permanecer como titulares privados. Esa opción debió realizarse hasta el 31 de diciembre de 1988. Posteriormente se han reforzado los intentos para que los propietarios privados se transformen en concesionarios de aguas públicas, volviendo a insistir sobre ello la última reforma del TRLA, la Ley 11/2012, de 19 de diciembre.

criterios, máxime cuando en determinadas circunstancias la decisión del Organismo de cuenca debe ir precedida del informe de los organismos estatales o autonómicos competentes en materia de agricultura.

c) El Organismo de cuenca goza de un derecho de adquisición preferente de los caudales cedidos durante el tiempo de que dispone para la autorización. Para ello debe abonar al cedente la compensación económica que figure en el contrato.

d) El volumen que puede ser cedido no es, simplemente, el que aparezca en el título concesional puesto que éste puede ser ficticio en relación al que, realmente, puede utilizar el concesionario. Se trata de que no se transaccione sobre “agua de papel” y, por ello, se debe poner como tope de transacción el volumen realmente utilizado por el cedente a cuyos efectos de determinación se atenderá a los cinco últimos años de consumo con posibilidad, incluso, de correcciones atendiendo a las dotaciones objetivo que fijen los respectivos Planes Hidrológicos de cuenca.

e) Se prohíbe expresamente el contrato que suponga el paso de usos no consuntivos a consuntivos. Así, por ejemplo, un concesionario hidroeléctrico no podría ceder agua para regadío, porque el primer uso no es consuntivo y el segundo sí. Se persigue de esa forma que el mercado de derechos de uso de agua no incremente el consumo del recurso.

f) Igualmente las transacciones tienen que realizarse en la línea de la preferencia de usos que marca la legislación. El orden de preferencia de utilizaciones es esencial en la legislación española de aguas a efectos de otorgar concesiones o proceder a su expropiación (art. 60 TRLA). Lo mismo sucede en el mercado de derechos de uso de agua. Solo se pueden ceder derechos a usos preferentes o, en todo caso, situados en posición de igualdad en la jerarquía de usos. Ejemplo: un concesionario de agua para la agricultura puede ceder a un Ayuntamiento titular de una concesión para abastecimiento a poblaciones, pero no al contrario; de la misma forma, un concesionario de agua para la agricultura podrá ceder a otro concesionario agrícola.

g) La duración temporal de los contratos no se explicita en el TRLA (tampoco en la regulación reglamentaria) pudiendo ser, por tanto, la que fijen los que contratan con, obviamente, el límite temporal de la duración de la concesión de la que traen causa las transacciones.

h) En cuanto al aspecto económico de las transacciones, es de notar que la legislación habla de “compensación económica” y no de precio como un intento, consciente, de alejarse del mercado precisamente en este aspecto capital. La Ley dispone que el Ministerio puede fijar un importe máximo, pero esto no ha sucedido en ningún momento en la práctica.

i) Los contratos se deben inscribir en el Registro de Aguas que llevan los Organismos de Cuenca.

j) En muchas ocasiones se deberá también solicitar la celebración de contratos sobre el uso de infraestructuras públicas para el transporte del agua cedida. En otras, incluso, solicitar la autorización para construir infraestructuras de transporte. En los dos supuestos se regula un silencio administrativo positivo por el transcurso de cuatro meses desde las presentación de la solicitud.

k) Una situación singular se da en relación a los contratos que supongan una transferencia de agua entre distintas cuencas (art. 72 TRLA). Es lo que la legislación general de aguas llama una “transferencia” de agua entre cuencas. En esas circunstancias se excepcionan algunos de los principios que hemos visto con anterioridad. Así el contrato y también el uso de las infraestructuras estatales necesarias para que tenga lugar esa transferencia lo debe autorizar el Ministerio de Medio Ambiente y esta transferencia estar prevista en la Ley reguladora del Plan Hidrológico Nacional o en las Leyes reguladoras de las distintas transferencias.

Como veremos posteriormente, estos principios han sido a su vez excepcionados con ocasión de la gran sequía iniciada en 2005 y la necesidad de transferir agua, por la vía del contrato de cesión de derechos de uso de agua, entre distintas cuencas.

En general podría comentarse sobre esta regulación que resulta bien estructurada jurídicamente y con muchos mecanismos para evitar la especulación y el mal uso del agua conseguida con base en estos contratos. Solo el sistema de silencio administrativo positivo con los breves plazos de producción del silencio es, en mi opinión, algo que debía haber sido regulado con más matices y con presunción de negatividad del silencio. El Tribunal Constitucional (TC en adelante) en su Sentencia 149/2011, de 28 de septiembre, ha avalado este sistema legal.

3. Los centros de intercambio de derechos de uso de agua.

La otra forma de mercado de derechos de uso de agua que regula la Ley 46/1999 (y ahora el TRLA) es la posibilidad de constituir Centros de Intercambio de Derechos de Uso de Agua. En este caso se denota una clara influencia del llamado Banco de Aguas de California creado con ocasión de la sequía que tuvo lugar en 1991 y muy estudiado posteriormente, sobre todo por la doctrina económica, en los efectos que tuvo su actuación de compra y venta de derechos de uso de agua.

Lo que dispone sobre el particular la Ley 46/1999 es que en los casos en que se den una serie de circunstancias (como sequías extraordinarias, declaración de acuíferos sobreexplotados, vid. el art. 71 TRLA) el Consejo de Ministros puede autorizar la constitución de estos Centros de Intercambio de Derechos de Uso de Agua en los Organismos de Cuenca. Hasta el momento se han constituido en las cuencas del Júcar, Segura, Guadiana y Guadalquivir.

Estos Centros actúan mediante ofertas públicas de adquisición de derechos (con un régimen muy semejante al de la contratación pública), pudiendo ser esa adquisición temporal o definitiva. Pueden adquirir derechos sobre aguas públicas, pero también aguas privadas (es, por tanto, una de las formas de transformación de la propiedad privada de las aguas en propiedad pública).

Con posterioridad el Centro debe llevar a cabo ofertas para que los usuarios adquieran derechos de uso sobre esos caudales previamente adquiridos por él. En el sistema original del TRLA, no cabe reservar derechos para utilidades ambientales. Desde el Real Decreto-Ley 9/2006, eso es posible para el Alto Guadiana, lo que se hace en atención a los graves problemas de sobreexplotación de acuíferos que se viven en ese lugar.

4. La consideración del mercado de derechos de uso de agua en la jurisprudencia del tribunal constitucional.

Voy a resumir aquí el contenido de la STC 149/2011, antes mencionada, en la que se sometió a juicio del Tribunal Constitucional la adecuación a la Constitución del sistema de

silencio administrativo positivo previsto para la autorización de los contratos de cesión de derechos de uso de agua. Pero, en realidad, el TC trata también –sin que, por cierto, el recurrente se lo hubiera pedido- de la compatibilidad constitucional entre el mercado de derechos de uso de agua y la regulación constitucional del dominio público (art. 132 CE).

La Sentencia mencionada resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra distintos preceptos del TRLA (arts. 53.6, 68.2 y 3 y disposición adicional sexta²) pero recurso centrado, sobre todo, en la regulación del silencio administrativo positivo (art. 68.2) establecido normativamente para la falta de otorgamiento en el plazo adecuado de la autorización administrativa de los contratos de cesión de derechos de uso de aguas, cuestión que el recurrente concebía como incompatible con la regulación constitucional del dominio público. Voy a llevar a cabo varias citas de los elementos centrales de esta Sentencia. Serán largas pero, creo, necesarias para transcribir el método de razonamiento del TC y cómo queda definitivamente establecida tras esta Sentencia la compatibilidad del mercado de derechos de uso de aguas y la Constitución española. Sin embargo y tras todas esas citas, seguiré manifestando mi discrepancia, como ya he hecho en otros trabajos, con lo dispuesto para el silencio administrativo positivo, pues creo que sobre todo en los contratos de duración superior a un año hidrológico, el silencio de la Administración tendría que tener sentido negativo.

El TC constata, primero, la amplia libertad de demanialización de que goza el legislador en función del contenido del art. 132 CE, precepto en el que no se ha dispuesto que las aguas (continentales) sean de dominio público (estatal), sino que eso ha sido una decisión posterior del legislador (art. 2 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas) amparándose en la remisión a la Ley, para estas decisiones, que contiene el precepto constitucional citado. Estas son las

² El primer precepto indica que “la vigencia de los contratos de cesión de derechos de uso del agua a que se refiere el artículo 67 será la establecida por las partes en dichos contratos. En todo caso, la extinción del derecho al uso privativo del cedente implicará automáticamente la resolución del contrato de cesión”. El artículo 68.2 trata del silencio administrativo positivo estableciendo que así se entenderá la falta de oposición de la Administración cuando transcurra un mes en los contratos entre los miembros de la misma comunidad de usuarios y dos meses en el resto de los casos. El art. 68.3 trata de los motivos que pueden justificar la negativa a la autorización por parte de la Administración. La disposición adicional sexta de los plazos de resolución de expedientes relativos al dominio público hidráulico, siendo su superación en todos los supuestos tributaria del silencio administrativo negativo y no apareciendo allí nada relativo a la autorización de los contratos de cesión de derechos de uso de agua. Hay que indicar, por último, que originariamente el Gobierno de Aragón recurrió los preceptos de la Ley 46/1999, pero al integrarse éstos en el TRLA, se volvió a reproducir el recurso con el ámbito objetivo que he señalado.

palabras del TC en las que, además, aflora una clásica expresión para describir el régimen del dominio público, la “escala de la demanialización”, que para el TC puede explicar, y estoy de acuerdo con ello, las peculiaridades de régimen dominial que tengan distintos bienes públicos:

“Todo ello es conforme con la doctrina que acabamos de exponer según la cual corresponde al legislador estatal demanializar, si así lo estima oportuno en atención a los intereses generales concurrentes, tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas. *Siendo así que por prescripción constitucional, de acuerdo con la doctrina reproducida, corresponde al legislador estatal acordar o no la declaración de demanialidad de las aguas continentales, también ha de corresponderle, como corolario de esa facultad, la escala de la demanialización, esto es, la determinación de su extensión, efectos y límites de la manera que entienda más beneficiosa para el interés general al que este tipo de bienes han de servir.* Así pues, constituyendo la demanialización una opción del legislador estatal ésta puede perseguir distintos fines (STC 227/1988, fj 14) constitucionalmente legítimos vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 CE, o bien a la defensa y utilización racional de la riqueza del país, en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 CE)” (f.j. 6 último párrafo; el resalte tipográfico es mío).

Y dicho todo eso, se reafirma de esta forma la constitucionalidad de la regulación en el TRLA de los contratos de cesión:

“De este modo la declaración del agua como bien de dominio público constituye una opción legislativa destinada a garantizar una protección efectiva del citado recurso natural promoviendo condiciones que garanticen que su uso se realice siempre de conformidad con su destino público. El carácter demanial que por ley corresponde a las aguas continentales no excluye la posibilidad de que se otorguen, sobre algunos de sus caudales, usos o aprovechamientos privativos, por lo que, en principio, *no es de apreciar imposibilidad en que puedan ser objeto de contrato los derechos reales administrativos al uso privativo de esos concretos caudales a los que ese uso privativo vaya referido.* Nada impide, desde la perspectiva estricta de su legitimidad constitucional, que en la configuración del uso de un bien de dominio público por un privado *se module con mayor o menor intensidad la intervención de la Administración pues, en principio, entra dentro de la libertad de configuración normativa que*

corresponde al legislador determinar la manera de velar por su utilización racional siempre que satisfaga la finalidad constitucional que le ha llevado a establecer el carácter demanial de las aguas y el destino público de las misma.

En este caso es posible apreciar que dicho destino público, vinculado a la finalidad de promover un uso racional y eficiente del agua, no es puesto en cuestión. En efecto, sin perjuicio de señalar que, *como el propio demandante ha indicado*, también las concesiones de aguas vienen siendo objeto del tráfico jurídico en virtud de su transmisión y modificación en las condiciones previstas por la legislación de aguas y con los consiguientes efectos desde el punto de vista tanto de la flexibilización del régimen concesional como de la reasignación de los caudales concedidos, *lo cierto es que no hay aquí alteración del carácter demanial de los recursos hídricos en la medida en que el objeto del contrato no es el agua en sí misma considerada, la cual, en su condición de bien demanial, estaría excluida del tráfico jurídico ordinario*. Lo que la regulación que se cuestiona considera transmisible es un derecho individual sobre un aprovechamiento privativo, título habilitante para el uso privativo de un bien de dominio público que, reconocido u otorgado en las condiciones previstas por la Ley, es un presupuesto de hecho y de derecho esencial para la celebración del contrato. Ello pone de manifiesto que los bienes demaniales a los que podría referirse este tipo de contrato han de ser necesariamente aquellos objeto de un aprovechamiento privativo distinto del común o general de forma que la afectación al citado uso ya se ha producido con anterioridad a la celebración del contrato y sin que ello haya supuesto apropiación privada del bien pues la misma está excluida en el caso de un recurso esencial como el agua “*dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que, indudablemente, tiene y que la propia Ley de aguas impugnada le reconoce* “ (STC 227/1988, f.j 14). *Estamos así ante un mecanismo de reasignación o redistribución del aprovechamiento hidráulico previamente concedido sin que con ello se altere la naturaleza jurídica de las aguas ni se atribuyan más facultades que las ya derivadas del título jurídico en virtud del cual las aguas eran objeto de aprovechamiento singular*” (f.j. 7, dos primeros párrafos, el resalte tipográfico es mío).

Y eso es todo. La STC reconoce –nadie lo pone en duda- la libertad del legislador para demanializar una categoría de bienes y junto con esa libertad, la determinación de la escala de la demanialidad. Pero lo que es discutible es que la libertad del legislador, una vez que ya

existe un bien declarado como demanial, pueda tener la extensión indicada cuando se está tratando de la trasmisión de los derechos a su utilización privativa. Evidentemente que por esa trasmisión (el contrato de cesión de derechos de uso de agua) no cambia la naturaleza jurídica del bien, ni los derechos del cesionario son distintos que los del primitivo concesionario, pero lo que sí sucede como algo connatural a la celebración del contrato es:

a) Que cambia el destino, la forma de utilización del bien. En distinto modo y manera, bien es verdad, pero es evidente que la utilización no va a ser idéntica que la que apareció en la concesión primitivamente otorgada. Quizá el uso sea el mismo desde el punto de vista de la categoría (agrario, por ejemplo), pero lo será en distintos lugares, incluso muy alejados entre sí. O cambiará la finalidad del uso y de, por ejemplo, ser originalmente un uso agrario ahora se convertirá en abastecimiento de población. Obviamente los dos son usos privativos, pero no es la misma finalidad. Y ello porque el destino concreto del agua es un elemento esencial de la concesión otorgada³.

b) Que cambia la intensidad del uso desde el punto de vista del consumo efectivo. No hay dos usos que tengan un mismo consumo global pues, por ejemplo, los retornos pueden ser muy diferentes en un uso agrario o en otro de abastecimiento de poblaciones. Por tanto el impacto sobre el recurso hídrico globalmente considerado, también será distinto; y los efectos sobre terceros, igualmente.

c) Que puede cambiar el impacto sobre la calidad de las aguas como consecuencia de las dos condiciones anteriores, pues las aguas no resultan afectadas en la misma medida, en los usos industriales, que en los agrarios o en los de abastecimiento a poblaciones. Y es claro, dentro de los necesarios matices que a toda expresión deben darse, que dentro de los usos de la misma categoría (agrarios, industriales) las consecuencias sobre la calidad de las aguas pueden ser muy distintas en función del tipo de producción, depuración (en el caso de los industriales), abonos utilizados etc...

³Por eso el art. 64 TRLA indica que “toda modificación de las características de una concesión requerirá previa autorización administrativa del mismo órgano otorgante” y profundizando sobre ello, el art.144.1 RDPH refiere la existencia de una autorización administrativa para toda variación de las “características esenciales de una derivación de aguas” indicando que ésta deberá ser negada si no pudiera existir una compatibilidad de la misma con el Plan Hidrológico y, finalmente, el art. 144.2 RDPH indica que entre las características esenciales se entenderá la “finalidad de la derivación”.

Y debe repararse, además, en que el otorgamiento de la primitiva concesión fue precedido de un proceso de publicidad y transparencia, con apertura, incluso, de la posibilidad de presentación de proyectos de distinta índole (proyectos en competencia). En el caso de los contratos de cesión de derechos, la audiencia se limita a las Comunidades de usuarios a las que, en su caso, pertenezcan ambos (art. 344.2 RDPH) y tiene lugar cuando el contrato ya ha sido celebrado y solo está pendiente de autorización. No hay previsto otro trámite de audiencia a los ciudadanos en general, con lo que el principio de transparencia y publicidad ínsito al procedimiento de otorgamiento concesional queda francamente aminorado en los contratos de cesión de derechos de uso de agua.

Las diferencias son muy notables y confluyen en una evidencia: mediante un contrato de cesión de derechos de uso de agua se ganan por parte del cesionario derechos de uso del bien de dominio público equivalentes a los que tenía el concesionario, pero sin las garantías para el interés público con las que a éste se le atribuyó la concesión. Y el hecho de que tengan lugar tales adquisiciones de derechos sobre el dominio público es lo que determina el sistema de silencio administrativo negativo presente en el art. 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁴.

Podría existir una justificación para que los plazos de autorización del contrato de cesión de derechos de uso de agua fueran tan breves (los uno y dos meses que antes he indicado) y hasta que, en el límite, el silencio administrativo tuviera carácter positivo en aquéllos supuestos de contratos de escasa duración temporal (un año hidrológico, o incluso menos) y llamados a remediar situaciones de urgencia. Creo, sinceramente, que éste es el espíritu (pero no la letra) que movía la regulación de los contratos en la Ley 46/1999 en cuanto podía pensarse, legítimamente, que se utilizarían con finalidades como éstas de forma mayoritaria. En supuestos de la temporalidad limitada que indico, puede entenderse una rebaja tan sustancial de la “escala de la demanialidad” (por utilizar la terminología *ad hoc* de la STC 149/2011), pero es que podemos encontrar perfectamente contratos de muy larga duración (40, 50, 60 años o más, pues el plazo lo ponen las partes y solo tiene como límite la posibilidad de extinción, por ejemplo

⁴ El art. 43.1 de la Ley citada en el texto en su segundo párrafo indica que el silencio tendrá efecto desestimatorio en aquellos procedimientos “...cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público...”.

por el transcurso del plazo, del derecho concesional de que traen causa ex art. 53.6 TRLA y ya sabemos que la duración máxima de las concesiones puede llegar hasta los 75 años según el mismo TRLA) en donde no tienen sentido (lógico y, creo, también jurídico) plazos escasísimos para la autorización y mucho menos, todavía, el silencio administrativo positivo.

Creo, además, que para este tipo de contratos de larguísima duración lo que propongo causaría beneficios y no perjuicios a los contratantes, singularmente a los cesionarios. Es claro que si éstos se deciden a adquisiciones de períodos temporales tan largos, es porque quieren emprender actuaciones económicas de amplio volumen de inversión, negocios permanentes que precisan también de una permanente disponibilidad de recursos hídricos adicionales a los que ya poseen (piénsese en una gran explotación agraria, en instalaciones de energías renovables, en nuevos desarrollos urbanísticos⁵...). Y ello al margen de la amplia “compensación económica” de que tendrán que disponer, precisa, ante todo, de seguridad jurídica en la permanencia del recurso hídrico, incluso más allá del tiempo de duración del contrato o de la concesión de que trae causa éste. No se olvide, a esos efectos, que el art. 53.3 TRLA, dispone la novación prácticamente automática de las concesiones para abastecimiento de poblaciones y regadío si a ello no se opone el PHN. En el caso de adquisición de caudales vía contrato de cesión de derechos de uso de agua para esas finalidades, no estaría asegurado ni siquiera el otorgamiento de una concesión, pues sería trámite ineludible el de competencia de proyectos sin prioridad alguna a hacer valer⁶; pero si se introdujeran para esos contratos de larga duración el tipo de cautelas que estoy indicando, el interés público habría quedado, de verdad, satisfecho y sería congruente una configuración (modificación) del ordenamiento jurídico que pudiera asegurar en cierta manera la transformación de estos contratos en concesiones, cuando llegara el momento adecuado para ello. Por lo que, obviamente, los primeros interesados en una modificación de esa naturaleza en el ordenamiento jurídico de la autorización de los contratos,

⁵ La cuestión de fundamentar nuevos desarrollos urbanísticos en derechos de agua adquiridos por contrato, precisa de más amplios razonamientos que los que pueden dedicarse en este trabajo. En todo caso, en el texto se apuntan determinadas líneas para el tratamiento de la cuestión que ahora solo apunto.

⁶ Es más, si de prioridades o prevalencias debiera hablarse, éstas estarían del lado del cedente de los derechos que, ese sí, podría tener casi asegurada la novación de la concesión si ésta era para abastecimiento de poblaciones o regadíos... aunque llevara cincuenta años sin utilizarla realmente, porque cedió los derechos a un tercero para ello (se supone que sus antepasados, dada la serie temporal histórica que refiero).

serían los mismos adquirentes de los derechos (cesionarios), aunque quizá los cedentes no tuvieran la misma opinión.

5. La regulación excepcional, en situación de sequía, de los mercados de derecho de uso de agua entre distintas cuencas hidrográficas.

He mencionado anteriormente la regulación presente en el art. 72 TRLA de los contratos de cesión de derechos de uso de agua que deben realizarse entre dos distintos ámbitos de planificación hidrológica de cuenca (dos cuencas que tienen distinto Plan Hidrológico) y también que esa regulación había sido excepcionada por regulación aparecida con ocasión de la gran sequía iniciada en 2005.

Efectivamente, esto es lo que tuvo lugar mediante 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, prorrogado anualmente hasta llegar al Real Decreto-ley 14/2009, de 4 de diciembre, que ha estado vigente hasta el 30 de noviembre de 2010 habiendo acabado en él la vigencia del derecho excepcional. (He estudiado las características de este Real Decreto-ley en EMBID IRUJO 2011, pp. 38 y ss.. Vid. también NAVARRO CABALLERO (2008): pp. 108 y ss).

Subrayo este hecho porque nos informa de un carácter más que singular del mercado de derechos de uso de agua en España: sus escasas notas de puro “mercado” (entendido como algo al que dos partes llegan como resultado de su estricta y exclusiva voluntad dentro de un determinado marco jurídico, obviamente) y más bien la existencia de un mercado intervenido por la Administración no solamente por la presencia de determinados elementos de control posteriores a la acción de las partes –aunque sean bien lábiles-, sino por la misma creación del régimen jurídico de las transacciones muy probablemente adecuado a lo que las partes comunican a la Administración sobre cuáles son sus necesidades (esto es una suposición personal, obviamente, que puede estar completamente equivocada y lo asumo ya de entrada y, si es preciso, expreso también anticipadamente mis disculpas por poner negro sobre blanco lo que opino sobre la génesis de tal Real Decreto-ley). Como además ello coincide con lo que la Administración entiende que es de interés público (allegar recursos a determinadas zonas del territorio nacional por esta vía de asignación indirecta, ya que no hay recursos hídricos “directos” que asignar dada la situación de sequía existente) surge, de esa forma, el peculiar

mercado de derechos de la época de la sequía (2005-2009) que ha sido también, cuantitativamente hablando, lo más notable de las experiencias de mercado hasta ahora sucedidas en España.

Las características fundamentales de este régimen jurídico en relación al que ya ha sido expuesto en este trabajo, son:

a) Que no sólo los derechos concesionales son los trasmisibles. También lo son los derechos “al uso de agua adscritos a las zonas regables de iniciativa pública cuyas dotaciones brutas máximas figuren en los Planes Hidrológicos de Cuenca (art. 2.1)⁷.

b) Que los derechos de ambos contratantes deben estar inscritos en el Registro de Aguas (art. 2.3) a cuyos efectos se “calificará el título presentado por el solicitante” por el órgano competente para la inscripción (art. 2.4).

c) Que en el caso de contratos de cesión de derechos de uso de agua que deban operar entre distintas cuentas –es lo que se trataba de conseguir- no hace falta previsión en el Plan Hidrológico Nacional ni en la Ley específica reguladora de cada transferencia (que es lo que exigía el art. 72.1 TRLA como antes vimos). Basta con la autorización que supone el Real Decreto Ley 15/2005.

d) Que determinadas infraestructuras estatales se declaran hábiles para transportar las aguas objeto de contrato entre cuencas. Así, las infraestructuras de conducción entre la cuenca del Guadalquivir y la del Sur, o entre la del Tajo y la del Segura.

e) Que la autorización de estos contratos es competencia del Director General del Agua del entonces denominado Ministerio de Medio Ambiente. Este mismo es el que puede ejercitar el derecho de adquisición preferente que ya he contemplado antes en el punto 3.

6. La actualidad de los mercados de derechos de uso de agua. Reflexiones finales.

En la actualidad existen distintas circunstancias que están propiciando una intensificación en torno a las posibilidades de utilizar los mercados de derechos de uso de agua. Por un lado las

⁷ La razón de esta precisión radica en que en tales zonas regables no suelen existir concesiones para el uso de aguas.

circunstancias relativas al cambio climático (EMBED IRUJO 2010 y IPCC, 2008) que en muchos lugares están propiciando una reducción de precipitaciones y, por tanto, la necesidad incrementada de allegar recursos hídricos para atender las necesidades de ellos, y no sólo las nuevas.

Esas reflexiones se están produciendo, curiosamente, en el plano europeo siendo así que, hasta el momento, solo España conoce en Europa de una regulación sobre el mercado de derechos de uso de agua. Así. hay que referirse a recientes documentos de la Unión Europea donde se contienen referencias a esa posibilidad de utilización de mercados.

Uno de estos documentos es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las regiones, titulada “Informe sobre la revisión de la política europea de lucha contra la escasez de agua y la sequía” [Bruselas 14.11.2012 COM (2012) 672, final]. En el punto 4.3 de esta Comunicación, titulado como “Promoción de incentivos económicos a favor de un uso eficiente del agua”, y después de que se haya hablado en el mismo del significado y valor de los precios del agua se dice lo siguiente:

“El establecimiento de un mercado de derechos de uso del agua y de mecanismos de comercio con un límite máximo definido en relación con el medio ambiente puede constituir la oportunidad de pago por servicios ecosistémicos y, por ende, contribuir al logro de un balance sostenible en las cuencas fluviales con déficit. Otra ventaja que puede conseguirse es, por ejemplo, la reasignación (temporal o permanente) de derechos de uso del agua entre usuarios económicos, lo cual puede generar beneficios económicos adicionales”.

Y de forma más especulativa, en otro documento europeo de la misma fecha, la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa” [Bruselas 14.11.2012. COM (2012) 673, final] se dice dentro de las medidas que podrían adoptarse para el objeto de la Comunicación (p. 14) lo siguiente:

“Por último, el régimen de intercambio de derechos de agua es otro instrumento, utilizado principalmente fuera de la UE, que podría contribuir a racionalizar la utilización de agua y a superar el estrés hídrico si se aplica un límite máximo global sostenible a la utilización de agua. El régimen de intercambio de derechos de agua implica unos costes administrativos

relativamente significativos y, en principio, solo tiene sentido entre consumidores de agua de una determinada cuenca hidrográfica. Aunque no sería útil establecer un sistema de estas características a escala de la UE, la Comisión propone elaborar orientaciones en el marco de la estrategia común de aplicación para contribuir a la expansión del régimen de intercambio de derechos de agua en los Estados miembros que opten por utilizarlo”.

Los textos anteriores son importantes por su origen y están llamando a una reflexión sobre un instrumento que puede tener su utilidad. Sin desconocer los aspectos éticos que la introducción de mecanismos de mercado lleva necesariamente consigo⁸, debe tenerse en cuenta también que en España, la experiencia de la última sequía prueba el papel capital que los contratos de cesión de derechos de uso de agua han tenido para coadyuvar a superar una situación sin que se hayan producido daños definitivos en la cuenca que sufría tal sequía, como sería la pérdida del arbolado en el caso de los frutales.

La experiencia muestra también que a través del mercado en ningún país, con excepción quizá de Chile, tiene lugar la mayor parte de la gestión del agua. Y en España las cantidades de agua que se mueven en virtud del mercado son muy reducidas en relación al conjunto del consumo de recursos hídricos. Por eso es ajustado que se hable en ocasiones de los “mitos” del mercado de derechos de aguas (DELLAPENNA, GRIFFIN, MAESTU, 2013) sin desconocer su papel complementario en la gestión del agua (GARRIDO, 2013).

En suma, nos encontramos ante un instrumento jurídico que fuera de sus sedes tradicionales (Estados Unidos de América, Australia, Chile) se está extendiendo más (en España como se ha visto pero también en Méjico, por ejemplo) y las presentes circunstancias climáticas así como – no se olvide ello- la fuerte y ya casi permanente crisis económica que se vive con la consiguiente reducción de inversiones públicas pueden llevar a una situación en la que el predominio de la acción de la “Sociedad” aparezca cada vez más nítido en relación al papel de los Estados.

⁸ Fundamentalmente y en España se puede plantear la pregunta de la legitimidad de un lucro de los particulares que han obtenido unos derechos de uso de agua de forma enteramente gratuita y para dedicarlos a concretas finalidades. No cabe duda que desde una estricta consideración jurídica, lo que procedería cuando alguien intenta vender todos o parte de sus derechos derivados de una concesión, es que la Administración procediera a una revisión de la misma.

Anexo bibliográfico y documental.

DELLAPENNA J.W. (2013): “The myth of markets for water”, en las pp. 199-213 de J. MAESTU (ed.) *Water trading and Global Water Scarcity. International experiences*, RFF Press, New York, 353 pp.

EMBED IRUJO A. (2010): “Cambio climático y recursos hídricos. Aspectos jurídicos”, en las pp. 45-92 de M^a P. GARCÍA PACHÓN y O. D. AMAYA NAVAS (compiladores), *Derecho y cambio climático*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

-(2011): “La crisis del agua, de la agricultura y de las finanzas publicas: el papel del Derecho”, en las pp. 21-78 de A. EMBID IRUJO (dir.), *Agua y Agricultura*, Thomson-Reuters, Cizur Menor.

-(2013): “La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua” (de próxima publicación).

ESTEVE PARDO J. (2003): “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.

GARRIDO A. y otros (2013): “Voluntary water trading in Spain: a mixed approach of public and private initiatives”, en las pp. 180-193 de J. MAESTU (ed.) *Water trading and Global Water Scarcity. International experiences*, RFF Press, New York, 353 pp.

GRIFFIN R.C., PECK D.E., MAESTU J. (2013): “Introduction: myths, principles and issues in water trading” en las pp 1-14 de J. MAESTU (ed.) *Water trading and Global Water Scarcity. International experiences*, RFF Press, New York, 353 pp.

IPCC (2008): *Climate change and Water. Technical Paper of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (B. BATES, Z.W. KUNDEWICZ, S. WU y J. PALUTIKOF [eds]), Ginebra.

MAESTU J. (ed.) (2013): *Water trading and Global Water Scarcity. International experiences*, RFF Press, New York, 353 pp.

MENÉNDEZ REXACH A. (2001): “Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas”, en las pp. 65 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.) *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, tomo I, Civitas, Madrid.

MOLINA GIMÉNEZ A. (2007 a): “Contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas”, en las pp. 464-480 de A. EMBID IRUJO (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid.

- (2007 b): “Centros de intercambio de derechos del agua” en las pp. 322-331 de A. EMBID IRUJO (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid.

NAVARRO CABALLERO T. M^a (2007): *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 del Agua*, Tirant lo Blanch, Valencia.

-(2008): “Las transacciones de derechos al uso del agua y su transferencia a las cuencas receptoras del Tajo-Segura”, RADA 2, pp. 103-121

SETUAIN MENDIA B. (2004): “Aspectos normativos de los mercados de aguas: últimas aportaciones desde la reforma del Reglamento del Dominio Público Hidráulico”, RAP 163, pp. 349-388.

VÁZQUEZ COBOS C. (2000): “La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos de agua” en las pp. 159 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.), *La reforma de la Ley de Aguas. (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, Madrid.