

El mercado de derechos de uso de agua en España y el derecho al agua y al saneamiento*.

Antonio Embid Irujo.

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza (España).

I. LOS DEBATES PERMANENTES SOBRE LA GESTIÓN DEL AGUA. LA COTIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE AGUA EN UN MERCADO DE FUTUROS.

Los debates sobre la gestión del agua en España y en el mundo son permanentes. En la mayor parte de las ocasiones responden a causas objetivas y las polémicas que aparecen reflejan la expresión de distintas opiniones que no son más que la traducción de legítimas discrepancias sobre la forma de abordar los concretos problemas que tiene la sociedad en este ámbito. En algunas otras y probablemente en función de una cierta manipulación previa de las bases del problema que se pretende debatir, las polémicas parecen artificiales, respondiendo a puros clichés ideológicos que se trasladan a un hipotético frente de batalla que, en realidad, no existe si se examina detenidamente el marco jurídico en el que las distintas posiciones deben (deberían) desarrollar su argumentación. La discusión, podríamos decir, es falsa o provocada sobre rudimentos falsos porque no pueden existir alternativas a desarrollarse hacia diferentes caminos (en eso consisten las bases y el resultado de cualquier discusión) dado que el ordenamiento jurídico –si no se modifica profunda y previamente, claro está, lo que no es fácil- ya ha marcado la única dirección en la que el hipotético problema debe resolverse y gestionarse. Inevitablemente.

Pero mientras tanto, y sin una mera mención al campo de juego claramente delimitado en que deben desarrollarse las cosas, se enfrentan argumentos ideológicos, provenientes de posiciones asentadas –y enfrentadas- en las que, obviamente, afloran diferentes concepciones del mundo, de la sociedad, de la economía etc...

Vengo advirtiendo últimamente que algo así que ha sido muchas veces pauta habitual de comportamiento (y no solo en el ámbito del agua) ha comenzado a tomar cuerpo otra vez

a partir de la noticia ampliamente difundida en los medios de comunicación a mitades de diciembre de 2020, sobre la cotización en una bolsa norteamericana de derechos (futuros) de aprovechamiento de agua¹. Eso ha llevado (a algunos) a hablar (volver a hablar) de la “mercantilización” de los derechos de uso de agua, para denostar (otra vez) el llamado “mercado del agua” lo que, es el final del argumento, amenazaría gravísimamente la realización del derecho al agua y al saneamiento. Para otros, esta cotización de futuros es signo constataador de la forma en que debería organizarse universalmente la gestión del agua: basada en el mercado, pues el suministro de agua sería una actividad económica más y como con todas ellas debería acontecer, sujeta puramente a la ley de la oferta y la demanda².

Pues bien, ni en España ni tampoco en la mayor parte de los países del mundo de los que conozco sus bases jurídicas (y son muchos), esa instauración de un mercado de futuros circunscrito a cinco zonas de California puede tener efectos mínimamente relevantes sobre la gestión del agua. Ni produce ni puede producir una “mercantilización” del uso del agua³,

* Este trabajo debe entenderse enmarcado en el Proyecto de Investigación “Desafíos de la seguridad hídrica. Consideración especial de los recursos hídricos no convencionales: desalación y reutilización de recursos hídricos”. PGC2018-095924-B-I00 Otorgado por el Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades. Igualmente en el ámbito de las actividades que se desarrollan por el grupo de investigación AGUDEMA (Agua, Derecho y Medio Ambiente) del que soy IP dentro del Instituto Universitario de Ciencias Ambientales (IUCA) de la Universidad de Zaragoza.

¹ La noticia que los medios de comunicación reflejaron es que en el Chicago Mercantil Exchange comenzaron a cotizar contratos de aprovechamiento de agua ligados al Nasdaq Veles California Water Index (NQH2O) que es un índice existente desde 2018 y que mide el precio de los derechos de uso de agua en cinco zonas del Estado de California de carácter desértico. El resultado fue la aparición de un valor inicial (486,5 dólares el acre-pie, medida equivalente a 1.233 metros cúbicos) que irá oscilando, como cualquier cotización bursátil, con lo que al precio que resulte, se liquidarán los contratos que allí cotizan cuando llegue el momento fijado para la utilización del agua a que se refieren. El precio, aun pretendidamente universal, solo se aplicaría, obviamente, a los contratos cotizados en relación a esas cinco zonas californianas.

² Estas menciones pueden leerse en muchas de las informaciones que dan cuenta del comienzo de la cotización de los contratos en el índice mencionado en la nota anterior. Los medios periodísticos dan la noticia y, paralelamente, solicitan opinión sobre el sentido de la novedad a distintas personas que expresan con distintas razones lo que resumo en el texto. Otras, obviamente, solo comentan la noticia en sí.

³ Presupuesto que el concepto de “mercantilización” sea claro, que no lo es, aunque para las posiciones ideológicas que lo usan viene a equivaler a la posibilidad de patrimonializar los derechos sobre el agua y comerciar libremente con ellos, en su propio beneficio. Con anterioridad a la emisión de opiniones tras la incorporación de contratos a la cotización en bolsa en Norteamérica, se habían producido iniciativas legislativas en nuestro país en las que aparecía el concepto de mercantilización y, entre otras cosas y para combatirlo, se postulaba la supresión del mercado de derechos de uso de agua. Vid., así, la Proposición de Ley contra la mercantilización de derechos concesionales de agua presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. (BOCG-CD, Serie B, núm. 103-1, de 17 de

ni conduce ni puede conducir a basar exclusivamente en el mercado su gestión, ni puede, finalmente, poner en cuestión, en absoluto, la realización del derecho al agua y al saneamiento. Ni directamente, por supuesto, pero tampoco influyendo para propiciar una forma, distinta a la existente, de la gestión del agua que pudiera conducir a esos resultados contrapuestos que las dos partes del problema dibujan en sus opiniones.

Pretendo a lo largo de estas páginas llevar a cabo un mero ejercicio teórico acerca de porqué la polémica que se pretende producir es completamente falsa entre nosotros, no se encuentra dentro de los parámetros del derecho hídrico que nos hemos dado y, por tanto, no puede conducir a ninguna afección de valores a los que se debe tener siempre un máximo respeto, como todos los vinculados al derecho al agua. Mi objetivo es, además de cooperar a cerrar (más bien, para ser realista, a dificultar) el paso a los profesionales de la confusión⁴, aportar un granito de arena (uno más) al juicio positivo que debe tenerse sobre los fundamentos del actual derecho español de aguas cuya evolución -cuando se produzca y debería producirse para, fundamentalmente, introducir en él las consideraciones propias del cambio climático-, deberá hacerse sobre cimientos claramente asentados, por positivos, a lo largo de los años⁵.

II. EL AGUA, COMO BIEN DE DOMINIO PÚBLICO, ES INALIENABLE. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE DERECHOS DE USO DE AGUA EN ESPAÑA. EL RECUERDO A ALGUNAS DE LAS RAZONES DE SU INSTAURACIÓN.

marzo de 2017) y la Proposición de Ley de reforma del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas en coherencia con la Directiva Marco del Agua y el contexto de Cambio climático presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. (BOCG-CD, Serie B, núm. 268-I, de 7 de mayo de 2018). Ambas iniciativas decayeron al concluir la XII legislatura y no se han vuelto a reproducir, ni en todo ni en parte, cuando en la actual legislatura el partido político promotor de las mismas es parte del Gobierno de coalición.

⁴ Que no son, obviamente, todos los que participan en las polémicas mencionadas, pues hay matices evidentes en la presentación de opiniones, en algunos casos marcadas por el rigor en la argumentación pero en muchos otros el rigor brilla por su ausencia y se trata, simplemente, de manifestar posiciones ideológicas en el sentido de los clichés *supra* citados.

⁵ En esa dirección general se mueven las distintas aportaciones que he realizado al llamado Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España (iniciativa del Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico) y que pueden consultarse en www.librogobernanzagua.es. Al igual que las de otros autores que han aportado también estudios a ese proceso, algunas en dirección contraria a mis posiciones.

El recurso natural agua es en España (y en la mayor parte de los países de nuestro ámbito cultural y también en ámbitos culturales más alejados del nuestro) un bien público; en concreto en España se caracteriza por ser un bien de dominio público y por tanto y por directa aplicación de la Constitución (art. 132), resulta ser inalienable, además de imprescriptible e inembargable.

Ello no quiere decir que los derechos de utilización del agua no puedan ser susceptibles de comercio. En concreto las concesiones, como derechos reales, han sido y son susceptibles de transmisión tanto inter vivos como mortis causa. Transmisión que opera en el marco de las condiciones que fija el ordenamiento jurídico vigente que para las transmisiones inter vivos puede llegar a exigir hasta una autorización administrativa para que sean eficaces (para las concesiones vinculadas a un servicio público, como sucede hoy con el abastecimiento de poblaciones) aunque lo más habitual es que solo se demande la comunicación de la transmisión a la Administración hídrica competente para que ésta, en sus registros y en su actuación, tenga en cuenta al nuevo titular del derecho⁶. Lo mismo, por cierto, que sucede en la transmisión de concesiones sobre recursos mineros, de hidrocarburos y otros. Esto es característica tradicional y sobre la que no puede hacerse otra cosa que recordar el sentido general del ordenamiento jurídico existente desde hace muchísimo tiempo⁷.

Pero a partir de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (con contenidos luego incorporados al Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de mayo, TRLA en adelante), se puede comerciar no solo con las concesiones sino con los derechos de uso de agua en cuanto que se introdujo una modificación (luego desarrollada mediante el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del Dominio

⁶ En el ámbito de las concesiones para riego, la transmisión se produce con la de la misma tierra dada la vinculación del agua a la tierra. Podríamos decir que el mercado de la tierra lleva consigo el mercado de los derechos (concesionales o de otra naturaleza) de uso de agua. O, dicho de otra forma, que para transmitir el derecho a la utilización del agua, hay que transmitir también la tierra a la que el agua está vinculada. En su configuración tradicional, el mercado del agua es, en realidad, el mercado de la tierra.

⁷ Tratándose del régimen concesional es obligatoria la referencia a F. López Menudo, "Concesiones", en *Diccionario de Derecho de Aguas*, (A. Embid Irujo director), Iustel, Madrid, 2007. También S. Martín-Retortillo, *Derecho de Aguas*, pp. 266 y ss., Civitas, Madrid.

Público Hidráulico, RDPH en adelante) que permitía a los concesionarios transmitir total o parcialmente, por un período temporal limitado y mediando una compensación económica, los derechos de uso de agua vinculados a esa concesión a otro concesionario (sin transmitir la concesión, atención a ello). Se instauraba, así, un limitado mercado de derechos de uso de agua que operaría mediante la suscripción entre concesionarios (o sea, ya titulares de derechos de uso de agua, tanto el cedente –obviamente– como el cesionario) de un llamado contrato de cesión de derechos de uso de agua⁸. Para hacer posibles estas transmisiones la regulación excepcionaba el tradicional principio de vinculación del agua a la tierra (en las concesiones para riego), permitiendo una desvinculación temporal, durante el tiempo en que pudiera operar ese contrato. Se instauraba también un sistema de control administrativo de tales contratos que debían ser autorizados expresamente por los Organismos de cuenca⁹ y en un plazo muy breve, pero el transcurso de este plazo sin resolución administrativa llevaba consigo su autorización implícita dado que se instauraba en este caso un sistema de silencio administrativo positivo¹⁰.

⁸ De la amplísima literatura jurídica española elaborada sobre esta cuestión creo que son de destacar los trabajos primigenios, aun sin base normativa, agrupados en el libro *Precios y Mercados del Agua* (A. Embid Irujo, dir, con una valiosa aportación de A. Menéndez Rexach, crítico con la futura e hipotética regulación del mercado), Civitas, Madrid, 1996. Ya luego, sobre la base de la reforma normativa de 1999, el trabajo de A. Embid Irujo “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”, en las pp. 25-82 de *Usos del Agua (Concesiones, autorizaciones y mercados del agua)* (A. Embid Irujo, dir), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, y el de T. Navarro Caballero *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.

⁹ En el caso de los contratos que debieran desarrollarse íntegramente dentro de una cuenca. Para aquellos contratos que se refirieran a transferencias de agua entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca, se preveía su inserción dentro del Plan Hidrológico Nacional (aprobado por Ley) aunque más adelante se realizó una modificación legislativa para instaurar una simple aprobación de los mismos por el Director General del Agua. Vid. ahora sobre ello el art. 72 del TRLA.

¹⁰ Me pareció completamente cuestionable –y me lo sigue pareciendo– que se aceptara un sistema de silencio administrativo positivo cuando la suscripción de un contrato de este tipo permite ganar derechos de aprovechamiento sobre el dominio público, pero el Tribunal Constitucional, al que acudí mediante la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra este aspecto de la regulación la Comunidad Autónoma de Aragón, fue de otra opinión. Cfr. STC 149/2011, de 28 de septiembre, que afirmó tal situación y que al mismo tiempo, lo que es muy importante, admitió la plena compatibilidad de la novedad normativa de la Ley 46/1999, con el art. 132 CE. En los contratos relativos a transferencias de agua entre distintos ámbitos territoriales de planes hidrológicos de cuenca y que debe aprobar el Director General del Agua el sistema de silencio administrativo es el lógico, o sea, el negativo.

De la manera indicada se creaba un “mercado del agua” en España, en la fórmula que, resumidamente, se ha transcrito siendo evidente que no hay tal mercado “del agua” (puesto que ésta es inalienable por prescripción constitucional relativa a los bienes de dominio público como ya se ha mencionado) sino que lo que se crea es una posibilidad de, a través de un contrato, comerciar temporalmente con los derechos de utilización del agua vinculados a las concesiones (inicialmente a las concesiones, en el apartado III veremos cómo se produjo su ampliación a otras titularidades sobre derechos de uso de agua).

La regulación de la Ley 46/1999 se completaba con la previsión de la posibilidad de instaurar mediante Acuerdo del Consejo de Ministros y en el seno de los Organismos de cuenca, unos Centros de Intercambio de Derechos de Uso de Agua que operarían por medio de ofertas públicas de adquisición y, posteriormente, de venta de derechos de uso de agua (ofertas de adquisición y venta que, por la falta de personalidad jurídica de los Centros, en realidad serían realizadas por los Organismos de cuenca correspondientes)¹¹. Ofertas de adquisición a los titulares de derechos de uso de agua y, posteriormente, de venta a otros “usuarios”, lo que, subjetivamente, seguía limitando claramente la teórica expansión de este “mercado” realizado a iniciativas de la Administración¹². Por otra parte, y ello es muy importante, la nueva regulación vinculaba la posibilidad de instauración de estos Centros a la constatación de una situación excepcional, como lo sería la sequía o la sobreexplotación grave de acuíferos.

En uso de esta autorización legal se instauraron Centros en el seno de las Confederaciones Hidrográficas del Guadiana, del Segura y del Guadalquivir (las, en teoría, más afectadas globalmente por las situaciones de sequía y por sobreexplotación de acuíferos), Centros que sobre todo en el caso del Guadiana tuvieron una cierta actividad tras la sequía iniciada en el año 2005¹³. Luego, los avatares de la vida económica (la crisis

¹¹ Como se puede colegir de lo sucintamente dicho, se trata, en realidad, de la celebración de contratos públicos de adquisición y cesión de derechos y que como tales deben estar presididos por la idea de publicidad y transparencia.

¹² Curioso “mercado”, por cierto, que en esta variedad solo funciona cuando el poder público opera tanto de adquirente como de trasmisor.

¹³ La actividad del Centro del Guadiana estuvo vinculada a la gestión del llamado Plan Especial del Alto Guadiana que se aprobó mediante el Real Decreto 13/2008, de 11 de enero, y que vinculaba su actuación a la regularización de las decenas de miles de pozos ilegales que existían (y existen todavía aunque,

económica oficializada en el verano de 2008) ocasionaron el cese de su actividad por falta de medios económicos para adquirir derechos, actividad que no ha retornado en los años posteriores de algo más de bonanza económica y muy difícilmente lo hará en las presentes circunstancias de crecimiento espectacular de la deuda pública (y de relativo bienestar en cuanto a recursos hídricos disponibles como es la que actualmente se vive, bueno es apuntarlo). Es notable que la acción de estos Centros fuera ampliada (mediante la normativa que se cita en la anterior nota) a la posibilidad de adquisición de derechos de uso de agua para reservarlos para el medio ambiente, y no proceder, como era el diseño original de la novedad normativa de la Ley 46/1999, a la posterior venta a otros usuarios, hecho que se produjo mediante la normativa citada en la última nota.

Las razones de instauración de estos mercados son muy variadas. Unas, puramente internas, residieron en la crisis de la agricultura (crisis permanente de, en realidad, una agricultura marginal, no de la gran agricultura empresarial) para la que el mercado imaginado podría ser una fuente para allegar recursos económicos y posibilitar una cierta transformación económica modernizadora¹⁴. También se hizo uso expreso de una referencia ambiental, mencionándose cómo el mercado podría impedir la realización de obras hidráulicas de fuerte impacto ambiental y que no serían precisas al poder los necesitados de agua cubrir sus demandas de forma distinta a la tradicional que radicaba en las obras de embalse y canalización¹⁵. También, y desde el punto de vista externo, se apeló a los ejemplos de otros países como Estados Unidos, Chile o Australia, que habían encontrado en el mercado una forma eficaz –se decía, aunque creo que ello no es acertado en relación a todas las referencias geográficas citadas- de complementar los mecanismos

probablemente, en menor medida que antes) en su ámbito territorial, todo de la forma que disponía 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. Cuencas que en lo relativo a la aplicación del mercado de derechos de uso de agua se limitaban, y de una forma muy original, a la del Guadiana. Por cierto que estas medidas (y por tanto todo lo relativo al funcionamiento del mercado) se extendieron luego al resto de cuencas hidrográficas mediante, primero, el Real Decreto-ley 17/2012 y luego por la Ley 11/2012, ambos modificatorios del TRLA.

¹⁴ Cfr. A. Embid Irujo: “La crisis del agua, de la agricultura y de las finanzas públicas: el papel del Derecho”, en las pp. 21 y ss. de A. Embid Irujo (dir), *Agua y Agricultura*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.

¹⁵ Estas razones ambientales se encuentran en el preámbulo de la Ley 46/1999 y fueron manejadas muchas veces durante la tramitación de la iniciativa normativa.

usuales de adjudicaciones de derechos de uso de agua mediante la acción administrativa o la judicial.

Probablemente no exista una única causa para fundamentar una novedad normativa que técnicamente estaba bien construida, tenía precauciones suficientes para impedir un mercado puramente especulativo y fue, además, apoyada parlamentaria y socialmente de una forma mayoritaria. Lo cierto es que su aplicación ha sido bastante restringida pero en los momentos críticos (sequías de 2005-2009 y 2015-2018) se ha hecho uso de estos mecanismos de mercado para allegar, sobre todo, recursos hacia la cuenca del Segura – aunque no solo- por medio de contratos de cesión de derechos realizados por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura (SCRATS en adelante) como adquirente con una Comunidad de regantes de Castilla La Mancha como cedente¹⁶, contratos fuertemente criticados por la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha¹⁷ pero facilitados de una forma tenaz por la Administración del Estado que a esos efectos promovió modificaciones legislativas esenciales para que tales contratos pudieran tener viabilidad jurídica¹⁸. De nuevo y como antes he señalado, la intervención de la Administración sobre la creación del mercado es, en España, esencial, lo que es una singularidad que siempre debe tenerse en cuenta para entender de forma completa la teoría y práctica del mercado de derechos de uso de agua entre nosotros¹⁹. Lo voy a contemplar con más extensión en el siguiente epígrafe del trabajo.

¹⁶ Cfr. sobre el particular N. Hernández-Mora, y L. Del Moral. (2015) “Developing markets for water reallocation: Revisiting the experience of Spanish water *mercantilización*”, *Geoforum* 62: 143-155. <http://dx.doi.org/10.1016/j.geoforum.2015.04.011>. También N. Hernández-Mora, L. Del Moral, F. La Roca, A. La Calle, G. Schmidt (2014): “Interbasin water transfers in Spain. Interregional conflicts and governance responses”, en G. Schneider-Madanes, (Ed.) *Globalized water: A question of governance*. Springer, Dordrecht, pp. 175-194.

¹⁷ Que llegó a interponer recurso contra la resolución autorizatoria de uno de estos contratos celebrados en el marco de la sequía iniciada en 2005 desestimando el Tribunal Supremo por Sentencia de 24 de julio de 2012 (rec. 6634/2009) tal recurso.

¹⁸ Las referencias normativas de lo que se resume en el texto están en el siguiente epígrafe.

¹⁹ Cuestión diferente a la que se trata en el texto es la de la existencia de mercados “informales” del agua, que se desarrollan al margen de la normativa legal y que la Administración no controla o impide. ¿Ello sucede porque es desconocedora de ellos? Sobre la cuestión el trabajo de N. Hernández-Mora y L. De Stefano “Los mercados informales de aguas en España: una primera aproximación”, en las pp. 375 y ss. de A. Embid Irujo (dir) *Usos del agua...*, op. cit.

III. UN MERCADO PROFUNDAMENTE INTERVENIDO POR LA ADMINISTRACIÓN. EN ALGUNAS OCASIONES, HASTA “CREADO” POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN.

El mercado de derechos de uso de agua que existe en España es un mercado fuertemente intervenido por la Administración. Recuerdo, así, que es la Administración quien debe aprobar los contratos²⁰ (con el sistema de silencio administrativo positivo indicado cuando operan los Organismos de cuenca) y es también la Administración la auténtica protagonista del sistema de oferta pública de adquisición y venta de derechos que se nuclea en torno a los Centros de Intercambio de Derechos de Uso de Agua.

Pero no solamente es la Administración quien interviene en el mercado sino que, además, en algunas ocasiones lo “crea” directamente. Eso hizo el Gobierno del Estado 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, que dio lugar a un peculiar mercado de derechos de uso de agua operativo durante la sequía 2005-2009²¹ y que permitió que no solo los derechos vinculados a una concesión, sino también 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, pudieran ser objeto de transmisión, lo que ampliaba en mucho las posibilidades del mercado desde el ángulo de la oferta (y, desde luego, permitía que los derechos de la Comunidad de regantes que los cedería mediante el correspondiente contrato al SCRATS, pudieran ser objeto de transmisión por encontrarse en esa circunstancia aparecida, como por ensalmo, en la legislación aplicable).

²⁰ Usualmente los Organismos de Cuenca, pero también en algunos casos debe darse la intervención de órganos de la Administración Central del Estado.

²¹ El Real Decreto-ley citado conoció de prórrogas anuales también realizadas mediante Real Decreto-ley hasta llegar al Real Decreto-ley 14/2009, de 4 de diciembre, que ha estado vigente hasta el 30 de noviembre de 2010, momento en que acabó su vigencia esta normativa de urgencia por cese en la situación de sequía.

Y también la Administración intervino poderosamente en el mercado en la sequía de 2015-2018 en las confederaciones del Júcar y del Segura, excepcionando la regla “general” de que la dirección del mercado debía ir hacia los usos del agua preferentes²² aunque salvando, eso sí, la primacía en todo caso del abastecimiento de poblaciones²³.

Papel decisivo de la Administración, por tanto, en la regulación de las condiciones en que opera el mercado y que ya se demostró inicialmente con la reforma del RDPH de 2003, cuando se excluyó de la regulación del contrato de cesión de derechos de uso de agua a los acuerdos que pudieran celebrar entre sí los miembros de una Comunidad de Usuarios lo que, aun razonable, provenía exclusivamente de una decisión reglamentaria (administrativa) ya que en los términos estrictos de la Ley 46/1999 tales acuerdos deberían considerarse también como constitutivos de un contrato de cesión de derechos de uso de agua. La novedad reglamentaria servía para animar a los miembros de las Comunidades de Usuarios a realizar acuerdos entre ellos sin pasar por el enojoso trámite del control administrativo propio de los contratos.

Pero es que, además, este mercado tan intervenido tiene una serie de prescripciones para su juego que enmarca claramente tanto la actuación de los usuarios como de la Administración Pública. Así, y adicionando algunas notas a lo que ya se ha descrito en estas páginas (control administrativo con silencio positivo, mercado que solo opera entre los que ya tienen la previa condición de usuarios...) llamo la atención de que el mercado:

²² La fórmula concreta, según la tomo del art. 4 del Real Decreto 356/2015, decía así: “El titular del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 67.2 del texto refundido de la Ley de Aguas (...), podrá autorizar con carácter temporal y excepcional, cesiones de derechos de uso de agua que no respeten el orden de preferencia definido en el plan hidrológico, respetando en todo caso la supremacía del uso de abastecimiento”.

²³ Como puede observarse la novedad supone una excepción a las reglas del mercado instauradas en la Ley 46/1999 y es significativa. Procede, además, de los RRDD (355 y 356 de 8 de mayo de 2015) por los que se declara la situación de sequía en los ámbitos territoriales de las cuencas del Júcar y del Segura. Reales Decretos solamente, que no precisan, como los Reales Decretos-leyes, de la ratificación (en el plazo máximo de treinta días) por el Congreso de los Diputados para ser plenamente eficaces tras su promulgación por el Gobierno. Por eso digo en el texto que el mercado es entre nosotros, una creación pura de la Administración, lo que se advierte claramente en los momentos decisivos de las situaciones extraordinarias (sequía). No responde, precisamente, a las premisas propias de un mercado concebido y ejecutado, exclusivamente, por los particulares. (Esos RRDD conocieron de distintas prórrogas hasta el cese en la situación de sequía).

a) Solo puede conducir el agua hacia usos preferentes (según el orden de utilizations de los Planes Hidrológicos o si no existe, el presente en el art. 60 del TRLA) o situados en la misma línea que los usos de los caudales cedidos.

b) Lo que el adquirente pagaría al cedente sería una “compensación económica” no, en términos estrictos, un precio. El lenguaje utilizado tiene aquí una finalidad evidente: no es un precio (no es, en realidad y lo que se quiere sugerir subliminalmente, un mercado) lo que obtiene el cedente, sino una mera compensación que le retribuya (en parte) los ingresos que debería recibir por la utilización del agua a la que renuncia. Compensación económica que, además, debería estar enmarcada en una previa delimitación administrativa de su extensión (que nunca se produjo).

c) Siempre cabe que la Administración se sitúe en la posición del adquirente (se subrogue en ella) cuando deba autorizar el contrato, pagando al cedente el precio pactado por éste.

d) En última instancia la Administración podría revisar la concesión cuyos derechos de agua quieran ser transmitidos, porque tal voluntad de transmisión estaría demostrando –una premisa lógica- que no precisa el cedente el volumen concesional otorgado.

Todo lo cual hace que de existir mercado (contratos de cesión de derechos de uso de agua), sean los abastecimientos urbanos en última instancia los beneficiarios finales de tal mercado o, en todo caso, otros usos agrarios pues parece evidente que los caudales a ceder solo podrán salir de los usos agrarios y no cabe la transmisión hacia usos inferiores jerárquicamente²⁴. Y ello con independencia de la posibilidad de la Administración de, aduciendo razones de interés general, subrogarse en la posición del adquirente o revisar las concesiones afectadas reduciendo el volumen concesional.

²⁴ Excepto lo que ha sucedido durante la sequía iniciada en 2015 en las Confederaciones Hidrográficas del Júcar y del Segura y que antes se ha mencionado. Pero eso ha sido una normativa excepcional, para un período concreto de sequía y que ya no está vigente al haber cesado el mismo.

Como ya he indicado, el resultado del mercado así regulado ha sido que éste solo ha sido realmente operativo en situaciones de sequía, no en períodos “normales” de gestión de recursos hídricos y que, además, el volumen de recurso objeto del mercado haya sido porcentualmente insignificante²⁵.

IV. A FAVOR DEL MANTENIMIENTO DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE DERECHOS DE USO DE AGUA CON ALGUNAS PEQUEÑAS MODIFICACIONES.

Ya he indicado con anterioridad dos datos de los que ahora es conveniente partir. Por un lado mi participación como autor de distintos trabajos en el Libro Verde de la Gobernanza del agua (www.librogobernanzaagua.es) y, por otro, la existencia en 2018 de dos iniciativas legislativas en las que se utilizaba el concepto de “mercantilización” y se proponía la derogación de la regulación del mercado de derechos de uso de agua en España. Pues bien, mi postura ya manifestada en los escritos mencionados es justamente la de mantenimiento del mercado de derechos de uso de agua en la forma que he descrito en los apartados anteriores pero sumando alguna pequeña modificación normativa. Resumo, a continuación, los argumentos que el lector interesado podrá leer con algo más de amplitud accediendo a la página web antes mencionada.

Creo, así, que el mercado de derechos de uso de agua debe mantenerse como una opción legal para la utilización de recursos hídricos. En situaciones de la complejidad en la gestión del recurso hídrico como las que habitualmente se viven y las que en el futuro pueden acontecer dado el cambio climático existente y las muchas incertidumbres (léase ignorancia, en bastantes ocasiones) que éste plantea, creo que no es malo sino justamente lo contrario que el ordenamiento jurídico ofrezca distintas posibilidades de actuación a los gestores públicos para poder optar, en cada momento, por la que se considere más

²⁵ Es difícil conocer cifras concretas de los volúmenes de agua utilizados y provenientes de la operativa de mercado. En los trabajos de Hernández-Mora antes citados, aparecen algunas que demuestran esa marginalidad de la realidad del mercado en nuestro país, solo medianamente significativo en situaciones críticas.

adecuada. Máxime si se trata de un mercado tan intervenido administrativamente como el que existe en España.

Cuestión distinta es que deba mantenerse la regulación actual y, sobre todo, la práctica seguida singularmente en el caso de los contratos para cesión de derechos entre distintos ámbitos de planificación hidrológica de cuenca.

En particular y para el caso que se acaba de señalar, debe hacerse presente una imbricación más estrecha entre la planificación hidrológica y el mercado de derechos de uso de agua. La decisión fundamental de nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, es la de la planificación hidrológica; el mercado es una decisión posterior (Ley 46/1999) y, sobre todo, complementaria, que no puede desvincularse, en mi opinión, de la primera. Por tanto la suscripción de determinados contratos debe examinarse a la luz de la planificación hidrológica existente y si se considera contradictoria con ella, conducir a la denegación en vía administrativa de la eficacia del contrato o a la revisión controlada, en su caso, de la planificación para hacerla congruente con la nueva realidad jurídica creada por el contrato. Obviamente ello supone una ágil gestión, corta en plazos, de la intervención administrativa, puesto que mediante los contratos de cesión de derechos de uso de agua se trata normalmente de reaccionar frente a determinadas situaciones de urgencia, lo que es incompatible con plazos muy dilatados para la intervención administrativa²⁶.

En todo caso y circunstancia sería conveniente establecer expresamente el silencio administrativo negativo en la regulación de la aprobación de los contratos de cesión de derechos de uso de agua. Y ello pese a que el TC expresó en sentencia sobre cuyo

²⁶ Lo que aquí se indica era más claro (y prescindible de exposición) cuando el ordenamiento jurídico original de los contratos cuando trataban del transporte de agua entre distintos ámbitos de planificación hidrológica de cuenca, propiciaba su inclusión en el PHN o su aprobación por Ley, pero ello desapareció en una de las reformas normativas que sufrió el TRLA, por lo que debe insistirse en esa idea (vid. el texto actual del art. 72 TRLA).

contenido discrepo, la licitud de la regulación del silencio administrativo positivo para los contratos que operan dentro del ámbito de planificación hidrológica de cuenca²⁷.

Las propuestas escuchadas en algunos foros y leídas en determinados documentos sobre creación de un “Banco Público del Agua” (entiendo que de base nacional) no tienen tras sí ninguna fundamentación que exprese claramente su objetivo y funcionalidad o, al menos, no se ha hecho pública. Antes de adoptar ninguna decisión sobre esta cuestión (que por su trascendencia nacional me parece decisiva para la gestión de las aguas) debe procederse a un estudio riguroso de la forma y coherencia de su inserción en el ordenamiento jurídico.

V. Y TODO ELLO PORQUE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL MERCADO DE DERECHOS DE USO DE AGUA NO PUEDE AFECTAR A LA REALIZACIÓN DEL DERECHO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO BÁSICO.

La rúbrica de este apartado es el corolario lógico de todo lo que se ha ido indicando en estas páginas: la regulación española del mercado de derechos de uso de agua no podría afectar al derecho al agua y al saneamiento básico. Un derecho, por cierto, curioso en su fundamentación jurídica pues surge de una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2010²⁸ estando también presente en algunas Constituciones latinoamericanas (Uruguay, Ecuador, Bolivia, México, Perú, Costa Rica)²⁹ pero completamente ausente de la nuestra³⁰, aun cuando con alguna base en el TRLA en donde

²⁷ Lo que no quiere decir que el silencio administrativo positivo sea, obviamente, la única solución adecuada a la Constitución sino que el TC juzgó que no había contradicción entre la regulación normativa en ese momento y ahora existente y la CE.

²⁸ Con antecedentes en la Observación nº 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, de 2002. Y complementos en aportaciones de organizaciones como la Organización Mundial de la Salud que precisan cuál debería ser el contenido del derecho humano al agua.

²⁹ También en alguna africana (Uganda) y, por supuesto, en determinadas normas legales de los países nombrados (y de otros), aunque, curiosamente, no en todos los que presentan una base constitucional del derecho.

desde la perspectiva tarifaria se habla de un “precio asequible” para atender las necesidades básicas³¹. Endeble situación jurídica de tal derecho al agua y al saneamiento básico aun cuando podemos pensar que tal endeblez está siendo superada por la práctica existente en las ciudades de nuestro país en las que, de diversas formas y modos, nadie se ve privado del abastecimiento de agua si no puede, por las causas que fuere, abonar los recibos correspondientes al suministrador³².

Un derecho al agua, por tanto, que solo es susceptible de consideración y aplicación en el ámbito del consumo humano. No hay derecho humano al agua para regar y producir alimentos, para producir electricidad, para instaurar una piscifactoría, para realizar usos recreativos en un embalse o en un parque de atracciones...Y en ese marco la situación real en nuestro país³³ es, como digo, la de la garantía del abastecimiento a quienes moran en una vivienda aun con imposibilidad de pago de los recibos³⁴.

³⁰ Pero con presencia en algunos Estatutos de Autonomía, aunque el TC ha dejado claro en distintas ocasiones, que no son los EEAA el lugar idóneo para la regulación de derechos de los ciudadanos eficaces frente a los poderes públicos.

³¹ El último párrafo del art. 111 bis 2 del TRLA añadido por la disposición final 1.13 de la Ley 11/2005, de 22 de junio, indica que “A tal fin (se refiere a lo indicado en el párrafo anterior, donde se menciona el principio de recuperación de costes) la Administración con competencias en materia de suministro de agua establecerá las estructuras tarifarias por tramos de consumo, con la finalidad de atender las necesidades básicas a un precio asequible y desincentivar los consumos excesivos”.

³² Las formas de actuación son diversas y propias de los distintos Municipios que es donde opera el derecho humano al agua. En ocasiones las Ordenanzas reflejan el derecho; cuando existe gestión indirecta del servicio a través de concesión, las empresas llegan a acuerdos con el Municipio (y a veces hasta interviene también la Comunidad Autónoma) para instaurar garantías de respeto al derecho si es que éstas no están incorporadas al concreto contrato. Un derecho que, como se podrá deducir de lo que digo, es muchas veces muestra de una política de acción social para su garantía. No advierto, en la España actual, riesgos para el mismo por esa actuación decidida del sector público y también del privado. Los riesgos surgen, más bien, para el derecho a la vivienda como luego menciono, vivienda que es el ámbito en el que se realiza el derecho humano al agua, pues en las condiciones de ocupación del territorio de España, los supuestos de falta de suministro a chabolas, infraviviendas etc..., aun existentes, son anecdóticos y, desde luego, no relacionados, en absoluto, con la existencia del mercado de derechos de uso de agua.

³³ Subrayo lo de nuestro país porque no es idéntica la situación en otros muchos países. Por eso se situó el abastecimiento urbano y el saneamiento básico como uno de los Objetivos del Milenio (2005-2015) cerrándose con un éxito relativo en lo concerniente al consumo humano (reducción de un 50%, aproximadamente, de las personas que no lo disfrutaban) pero con fracaso estrepitoso en lo relativo al saneamiento básico (hubo crecimiento importante de las personas que no tenían acceso al mismo). Los Objetivos de Desarrollo Sostenible con el horizonte de 2030 siguen centrados en este derecho. Habrá que esperar a ver qué sucede con el mismo tras la pandemia y la crisis económica surgida de forma impactante en aquellos países más necesitados de inversión para hacer realidad este derecho.

Y plena compatibilidad de la posibilidad de realización de ese derecho entre nosotros con la actual regulación del mercado de derechos de uso de agua. Ya he subrayado suficientemente cómo el suministrador de caudales para el mercado solo puede ser, lógicamente, el regadío y dada la necesidad legal de que los caudales transados solo puedan caminar en dirección a usos preferentes, será el consumo humano o, en su caso, otro uso agrario el único beneficiario posible de los contratos que se suscriban. Obsérvese que incluso en la situación de sequía de 2015-2018 en la que se varió el punto de partida de cesión del agua hacia usos preferentes para permitirlo en cualquier dirección, se mantuvo el abastecimiento a poblaciones como uso preferente y, por tanto, de necesaria consideración en cualquier transacción que se celebre.

Con ese presupuesto y dado, además, el control administrativo que en todos los casos debe existir (de los Organismos de cuenca para los contratos con ámbito territorial limitado a la cuenca y del Director General del Agua para los contratos que superen el ámbito territorial de la planificación hidrológica de cuenca) resulta imposible pensar en la autorización de un contrato que suponga el desconocimiento del consumo humano realizado en una ciudad poniéndolo, por tanto, en riesgo.

No es factible, así, pensar en un contrato suscrito por un Ayuntamiento como cedente y que suponga la entrega de caudales precisos para su población a otro Municipio. Esa es una realidad que no puede suceder con el actual ordenamiento jurídico. Por otra parte una nueva garantía de la preservación de los caudales necesarios para el consumo humano se encuentra en una característica del derecho español de índole general y alejada de la regulación concreta del mercado: los derechos concesionales vinculados al abastecimiento a poblaciones se novan automáticamente cuando llega el momento de su extinción temporal si a ello no se opone el Plan Hidrológico Nacional (art. 53.3 TRLA). Nada hay en el actual PHN de 2001 sobre ese particular pero es que, además, resulta completamente impensable imaginar un PHN (que se aprueba por Ley) y que dispusiera la no renovación de una

³⁴ He querido mencionar expresamente la vivienda porque, en la realidad, ese es el derecho cuestionado, difícil y problemático siempre en su realización; vivienda que es lo que más costes económicos implica para los ciudadanos, pues la cuantificación del recibo del agua en relación con los costes habituales de los alquileres (o de los precios de venta), es poco menos que testimonial. Allí es donde reside el verdadero problema de los derechos sociales en España y en donde todos, poderes públicos y ciudadanos, debemos hacer un amplio esfuerzo para su realización efectiva. Obviamente nada tiene que ver con ello, ni en la más mínima relación, el mercado de derechos de uso de agua.

concesión para abastecimiento urbano cuando esos caudales fueran necesarios para el consumo de quienes moran en un Municipio. Cuestión distinta es que se produzca –por el motivo que fuere- una fuerte reducción de población en un Municipio, lo que en los términos del derecho actual (cfr. art. 63 TRLA) debería conducir a una lógica revisión de tal concesión.

Creo, con todo ello, haber cumplido plenamente el objetivo planteado en el inicio de este trabajo: la plena compatibilidad entre el mercado del agua regulado en el derecho español y la realización del derecho al agua y al saneamiento básico³⁵. Y paralelamente, la irrealidad (o la realidad puramente ideológica) de las posiciones que postulan la necesaria abolición del mercado para la realización de ese derecho o, justamente las contrarias: la necesidad de basar en el mercado la gestión del agua en nuestro país. Las polémicas falsas conducen inevitablemente a la frustración de quienes se animan a participar en ellas bajo premisas puramente ideológicas y alejadas de la realidad normativa y fáctica. Pero se debe intentar que ese sentimiento de frustración no trascienda a la pura ciudadanía que debe conocer que el derecho hídrico español presenta unas notas de calidad indudables con independencia de las adecuaciones parciales (y en modo alguno vinculadas con la realidad aquí tratada) que como en todas las ramas del derecho, hay que ir realizando progresivamente.

³⁵ Ese suministro de agua y prestación del saneamiento dependerá, en la realidad, del estado de la calidad de las infraestructuras del correspondiente Municipio. Eso sí que nos sitúa ante un problema grave, pues llevamos muchos años de deficiente inversión en plantas de potabilización, transporte, colectores y saneamiento y depuración en muchos Municipios. Pero otra vez es claro que ese déficit no tiene absolutamente nada que ver con la existencia de un mercado de derechos de uso de agua sino que presenta sus propias claves autónomas y con soluciones perfectamente conocidas.