

La Toga. Digital

EL MERCADO DEL AGUA EN LAS
COMUNIDADES DE USUARIOS

Juan Luis Pérez Marín

N.º 187 - Enero / Abril 2013



Publicado por [Juan Luis Pérez Marín](#) |
abril 1, 2013 | [La Toga 187 – ENE/ABR 2013](#)

Planteamiento

En una misma comunidad de usuarios es frecuente encontrarnos con el comunero ahorrador de agua, que optimiza su dotación al máximo y logra sacarle pleno rendimiento al cultivo por el que ha apostado, e incluso fruto de su pericia, le sobra parte de la dotación asignada, y el comunero que, por circunstancias diversas, no le alcanza la dotación asignada para sacar la campaña de riego, aun sin ser derrochador, puede ser que haya cambiado de cultivo y necesite más dotación los primeros años de plantación. En definitiva, es fácil que a un comunero de una comunidad de regantes le sobre un determinado año dotación y a otro le falte.

E incluso pudiera darse la circunstancia y de hecho se da, que exista comunidades de usuarios con distintos usos de agua, en las que convivan regantes con usuarios industriales, como las termosolares. Estas comunidades tienen la peculiaridad que surge de la propia naturaleza de las termosolares que, por su proceso industrial necesitan para su producción una dotación mínima continua cada temporada. De tal forma que, en épocas de sequías si la dotación asignada en el seno de las comunidades de usuarios baja, éstos, los usuarios termosolares, se quedarían sin poder producir energía, por falta de agua.

Con el presente estudio pretendemos ofrecer soluciones en derecho a los comuneros termosolares, así como a los regantes que por circunstancias diversas necesiten más dotación para una determinada campaña y estén dispuestos a acudir al mercado del agua para su compra.

¿Existe un mercado del agua inmediato para circunstancias excepcionales?

Aunque no esté regulado expresamente, adelantamos que somos de la opinión que en el seno de una comunidad de usuarios o de regantes se puede mercadear con el agua sin necesidad de pedir permiso alguno al organismo de cuenca. Y ese mercadeo se puede llevar a efecto al margen de lo regulado en el trasvase de derechos de agua previsto en la normativa básica estatal, artículos 67 a 70 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, esto es, al margen del contrato de cesión de derechos.

Nuestro estudio se centra en el mercado del agua en el seno de las comunidades de regantes, mercado del agua dentro de los propios comuneros, ciñéndonos al perímetro territorial que delimita el propio ámbito de la comunidad de usuarios, y en el marco del título concesional que dispongan estas comunidades. Nos hacemos las siguientes preguntas:

¿Se puede mercadear con un bien demanial?

¿Sería legal realizar transacciones mercantiles sobre derechos de aguas dentro del perímetro concesional de la comunidad de usuarios?

¿Cómo se debe articular este mercado del agua?

¿Le pueden poner precio al agua los organismos de gobierno de las comunidades de usuarios?

Intentaremos dar respuesta a todos estos interrogantes.

Naturaleza jurídica del agua, como objeto de comercio.

El análisis que realizamos comprende sólo las aguas de dominio público, el comercio del derecho de propiedad sobre aguas privadas está muy restringido, y por su propia naturaleza, queda al margen del presente estudio.

Lo primero que debemos despejar es si un bien de dominio público como el agua es susceptible de ser objeto de transacciones. De todos es conocido que

los bienes de dominio público, por su propia naturaleza son; imprescriptibles, inembargables e inalienables.

Precisamente sobre este particular ya se ha pronunciado el TC en la reciente Sentencia, de 28-9-2011, nº 149/2011, BOE 258/2011, de 26 de octubre de 2011, rec. 1403/2000, por la que entran a resolver los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de Aragón en relación con el denominado contrato de cesión de derechos de uso de agua, introducido por el artículo único de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre.

Dice así su FD séptimo:

“Por ello no puede ser acogida la denunciada infracción del art. 132 CE EDL 1978/3879 fundamentada en que la regulación de este tipo de contrato sería contraria al marco legislativo estatal que califica a las aguas como bien extra commercium. Ya hemos estimado que con la regulación cuestionada no se afecta a la naturaleza pública de las aguas pues al referirse el contrato cuestionado a la redistribución de caudales que ya han sido concedidos lo que, con la transferencia regulada de un uso previamente otorgado, se incorpora al tráfico jurídico privado no es el bien demanial en sí mismo considerado sino el derecho de utilización que sobre el mismo se ostentaba, guardando directa relación con las condiciones que ya hemos examinado y que la regulación legal impone a los beneficiarios del contrato. Todos ellos ostentaban ya un título habilitante para el uso privativo del agua y, en cuanto tales, se encuentran sometidos a las limitaciones subjetivas, temporales y territoriales al efecto establecidas por el legislador.

Por todo ello, teniendo en cuenta que la incorporación de determinadas categorías de bienes al dominio público estatal persigue asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute, tampoco desde esa perspectiva puede entenderse que la concreta regulación que venimos examinando ponga en riesgo las referidas finalidades pues se configura como un instrumento de reasignación y flexibilización de caudales derivados de los derechos de uso privativo de las aguas a fin de lograr una más

racional distribución de los recursos sin crear nuevas demandas hídricas. Así, correspondiendo al Estado definir legislativamente el dominio público estatal y establecer el régimen jurídico de los bienes que lo integran (STC 46/2007, de 1 de marzo, FJ 12 EDJ 2007/13256), determinar cuál sea el grado de intervención en relación con el uso de los bienes demaniales y la forma en la que ésta se produzca es algo que corresponde precisar al legislador estatal, que, por mandato constitucional, viene obligado a establecer su régimen jurídico y, singularmente, las correspondientes potestades administrativas para su conservación y vigilancia, régimen que, por la razones ya expuestas, no puede apreciarse contradicho o puesto en duda por una regulación como la que se controvierte en el presente proceso, argumento que, sin perjuicio de lo dicho en relación con la delimitación del objeto del mismo, podría aplicarse al análisis del resto de preceptos alegados en el recurso, y respecto de los cuales el recurrente no ha desarrollado una argumentación plena”.

La primera incógnita está despejada, lo que es objeto de comercio son derechos reales administrativos sobre el uso privativo del dominio público hidráulico, configurado como un instrumento de reasignación y flexibilización de caudales ya otorgados para lograr una más racional distribución de los recursos sin crear nuevas demandas hídricas.

No obstante, el mercado del agua que ahora estudiamos es de derechos al aprovechamiento privativo del dominio público restringido a los propios comuneros de una comunidad de usuarios, por ello, nos resulta inevitable entrar a continuación en el análisis del contrato de cesión de derechos previsto en el TRLA y la propia Ley de Aguas para Andalucía.

Mercado al margen del contrato de cesión de derechos

La segunda cuestión objeto de estudio versa sobre la competencia que pudiera tener la comunidad de usuarios para mercadear con el agua entre sus partícipes al margen del contrato de cesión de derechos previsto en los artículos 67 a 70 del TRLA y en los artículos 343 a 353 del RDPH.

Las comunidades de usuarios tienen encomendadas por la Ley, la gestión integral del recurso hídrico que le ha sido asignado en su título concesional (artículo 82.1 TRLA). Por ello, somos de la opinión que siempre que no se salga del marco concesional asignado, es posible y plausible que la comunidad de usuario se preocupe y fomente la reasignación de caudales entre los diversos usos que contempla su título concesional.

Cualquier cambio sustancial del título concesional debe ser autorizado por el organismo de cuenca, por el contrario, el ordenamiento jurídico le otorga competencias explícitas a las comunidades de usuarios para que gestionen racionalmente el recurso asignado.

La normativa autonómica (Ley de Aguas para Andalucía) va más allá. En su artículo 37. Titulado: "Funciones de las Comunidades de Usuarios de Masas de Agua Subterránea en el ámbito de competencias de la Administración Andaluza del Agua."

Se regula lo siguiente:

"Sin perjuicio de las facultades de las comunidades de usuarios que con carácter general se contemplan en el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, a las comunidades de usuarios de masas de agua subterránea que estén adscritas a la Consejería competente en materia de agua les corresponderán, en la medida en que afecte a sus respectivos ámbitos territoriales, las siguientes funciones:

"(...) e) Fomento entre los distintos tipos de usuarios de mecanismos de racionalización del uso del agua, como reasignaciones de derechos de uso de agua, mejora de regadíos, entre otros"

Quien suscribe junto con la compañera CRISTINA CASTELLANO BRAVO, nos pronunciamos precisamente hace un año, en este mismo foro (Revista la Toga nov 2011), sobre las reservas de legalidad que nos producía la Ley de Aguas para Andalucía. Decíamos: "Recordemos que la Ley de Aguas para Andalucía

no ha sido impugnada directamente ante el TC, por lo que formalmente sigue vigente, aunque gran parte del texto está “contaminado” por el fallo del TC.”

No vamos a hacer un análisis extenso sobre la vigencia o nulidad sobrevinida del artículo 37 de la Ley de Aguas para Andalucía, aunque si nos aventuramos a afirmar que tiene plena vigencia y es de aplicación para las cuencas intracomunitarias andaluzas y además no contradice lo regulado en el artículo 83, ni el 82.1 del TRLA, sino que lo complementa.

La normativa básica estatal concede a las comunidades de usuarios la potestad de la gestión integral del recurso hídrico asignado, y la normativa autonómica es más explícita aún, pues fomenta la posibilidad de reasignación de derechos de uso de agua. Entendemos que la gestión integral del recurso engloba la opción de reasignar derechos de uso, por lo que no son normativas contradictorias sino complementarias, si bien es cierto y no deja margen de dudas que el 37 de la Ley de Aguas Andaluza es de plena aplicación para las cuencas intracomunitarias andaluzas.

Recopilando lo que llevamos expuesto entendemos que, siempre que no se salga del marco concesional, las comunidades de usuarios tienen competencias legales para llevar a cabo una gestión integral del caudal asignado dentro del perímetro territorial al que está adscrita, y entre sus facultades debe fomentar entre los distintos tipos de usuarios mecanismos de racionalización del uso del agua, como la reasignación de derechos de uso de agua.

Entre las medidas de fomento, y siempre en el marco del título concesional, nada les impide a las comunidades de usuarios que, entre los diversos partícipes de la concesión, se reasignen derechos del uso del agua, y se validen mecanismos de compensación económica, sin que ello suponga entrar en el marco del contrato de cesión de derechos previsto en los artículos 67 a 70 del TRLA.

En efecto el contrato de cesión está regulado (Artículo 67 TRLA) en la Ley Estatal como sigue:

“1. Los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder con carácter temporal a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente o, en su defecto, en el artículo 60 de la presente Ley, previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan.

Los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivo no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan tal consideración.”

El mercado interno de la comunidad de regantes se plantea al margen de lo previsto en el TRLA, pues el mercadeo se lleva a cabo entre comuneros de una misma concesión (no entre diversos concesionarios o titulares de derechos privativos), y el título competencial que dispone la comunidad de usuarios, como hemos analizado, le permite y le obliga a controlar la gestión integral del caudal asignado; y, entre sus funciones está el fomento de la reasignación de derechos de uso, como puede ser asignar temporalmente, para una campaña determinada o un periodo de tiempo a convenir, determinada dotación de agua a favor de un comunero determinado, a cambio de una prestación económica.

Lo que se escapa a la legalidad, bajo nuestro punto de vista, es establecer un mercado del agua en el seno de la comunidad de usuarios, al margen de ésta. Y por la experiencia profesional que tenemos, debemos de decir que ésta es la practica más generalizada.

Para evitar irregularidades entendemos que en los estatutos de las comunidades de usuarios se deberían de regular estas prácticas mercantiles.

En efecto, entre las competencias de los organismos de gobierno de las comunidades de usuarios se debería de regular y establecer mecanismos ágiles para validar estas prácticas e incluso sancionar cualquier operación de intercambio de derechos de aguas al margen de la comunidad, pues sólo a ella le compete el control integral de los derechos hídricos concesionales, y es evidente que establecer un mercadeo del agua en el seno de la comunidad de regantes, pero al margen de ella, se escapa de sus obligaciones de control del recurso hídrico asignado.

La comunidad de usuarios debe validar las operaciones mercantiles que surjan para cada campaña. Su competencia se debería de ceñir a controlar que la dotación que se transfiere no sobrepase los límites previstos en el título para cada uso, en el caso que hubiera más de un uso en el título concesional. Entendemos que no puede mediar en el precio, ni imponer el mismo a ningún comunero. En caso contrario, pudiera estar interfiriendo en potestades no concedidas, e imponiendo unos criterios que salen de su función de control integral del recurso hídrico asignado.

Conclusiones

La comunidad de usuarios tiene competencias legales para llevar a cabo una gestión integral del caudal asignado dentro del perímetro territorial al que está adscrita, y entre sus facultades debe fomentar entre los distintos comuneros, mecanismos de racionalización del agua, como la reasignación de derechos de uso de agua.

El mercado interno de la comunidad de usuarios se debe de plantear al margen de lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Aguas sobre el contrato de cesión de derechos, pues el mercadeo se lleva a cabo entre comuneros de una misma comunidad de usuarios que disponen de un mismo título concesional (no entre diversos concesionarios o titulares de derechos privativos).

Las comunidades de usuarios deben validar las operaciones mercantiles que surjan para cada campaña. Su competencia se debería de ceñir a controlar que la dotación que se transfiere no sobrepase los límites previstos en el título

concesional. Entendemos que no puede mediar en el precio, ni imponer el mismo a ningún comunero. En caso contrario, pudiera estar interfiriendo en potestades no concedidas, e imponiendo unos criterios que salen de su función de control integral del recurso hídrico asignado.