

ASPECTOS NORMATIVOS DE LOS MERCADOS DE AGUAS: ÚLTIMAS APORTACIONES DESDE LA REFORMA DEL REGLAMENTO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO (*)

Por

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: ALGUNAS PRECISIONES NORMATIVAS Y CONCEPTUALES.—II. EL DISEÑO NORMATIVO DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DEL AGUA: ARTÍCULOS 67 A 72 TRLAG. Y TÍTULO VI DE LA REFORMA DEL RDPH.—III. LOS FINES DE ESTE PARTICULAR CONTRATO JUSTIFICAN, A JUICIO DEL LEGISLADOR, SU INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO HÍDRICO: 1. *Primer obstáculo: la reproducción del modelo contractual típico evoca una discutible intervención preferente de la voluntad privada.* 2. *El modo en que está regulada la intervención administrativa en el proceso de autorización o denegación de la cesión no contrarresta el empuje de la decisión particular.* 3. *Pueden conseguirse los fines deseados activando sistemas ya previstos en el Derecho español.*—IV. CONTENIDO DEL CONTRATO DE CESIÓN: ELEMENTOS SUBJETIVO, OBJETIVO Y FORMAL. EN PARTICULAR, EL ALCANCE DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. *Los sujetos del contrato: cedente, cesionario y Administración autorizante. La extensión de la intervención de esta última: a) El cedente y el cesionario: su necesaria condición previa de usuarios de aguas públicas. b) La Administración: los estrechos márgenes dejados a su intervención. La cuestión singular de la adquisición preferente de caudales.* 2. *El objeto: a) Lo que se cede no es el agua, sino los derechos a su uso privativo. b) Los volúmenes susceptibles de cesión.* 3. *La forma de celebración del contrato de cesión: a) El contrato se formalizará por escrito y se remitirá a los interesados para que formulen alegaciones en el plazo de quince días. b) Existe una contraprestación económica a la cesión del derecho al uso del agua. c) La resolución sobre el contrato debe estar motivada, pactándose su duración por las partes. d) La inscripción en el Registro de Aguas.*—V. EFECTOS: SUBROGACIÓN DEL CESIONARIO EN LA POSICIÓN DEL CEDENTE Y CADUCIDAD DEL TÍTULO CONCESIONAL POR INOBSERVANCIA DEL CONTRATO.—VI. LA CUESTIONES SINGULARES DE LAS INFRAESTRUCTURAS PRECISAS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y DE LOS VERTIDOS DERIVADOS DE LA CESIÓN: 1. *Instalaciones e infraestructuras hidráulicas: a) Infraestructuras intracuenca. b) Infraestructuras de conexión intercuenca.* 2. *Autorización de vertido en los contratos de cesión.*—VII. LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS DE USO DEL AGUA: 1. *El elemento relevante de la figura: la Administración como intermediadora inter privados.* 2. *El resto de elementos: subjetivo, objetivo y procedimental: a) Los sujetos vinculados a los Centros de intercambio. b) El objeto del intercambio. c) El procedimiento de intercambio de derechos: a') La oferta pública de adquisición de derechos. b') La posterior cesión de los mismos.* 3. *Unas causas legitimadoras laxas desmienten la excepcionalidad del sistema de Centros.*

(*) El *corpus* de este trabajo se corresponde con el texto, adaptado y actualizado a las importantes manifestaciones normativas posteriores, de la conferencia que impartí en el marco del curso «Gestión del agua: nuevas perspectivas planteadas por la Ley de Aguas 1999», en la sede valenciana de la UIMP. Quisiera destacar desde aquí el alto nivel científico de las sesiones y agradecer a sus Directores, los Profesores Vicente FULLANA y Joaquín ANDREU, Catedráticos de Ingeniería Hidráulica, el rigor demostrado y la amabilidad ofrecida a todos los participantes.

I. PLANTEAMIENTO: ALGUNAS PRECISIONES NORMATIVAS Y CONCEPTUALES

Para cualquier interesado en la temática hídrica abordada desde su perspectiva jurídica resulta evidente la «motorización» legislativa que, en relación con las aguas continentales, se está viviendo en nuestro país en los últimos tiempos. En efecto, si bien el conjunto normativo surgido a raíz de la aprobación en 1985 de la moderna Ley de Aguas se ha caracterizado, a diferencia de otros ordenamientos sectoriales, por su relativa viveza (como corresponde al propio elemento físico que pretende regular, fluente y alterable), la realidad ante la que nos hemos situado de un lustro a esta parte supera cualquier expectativa. Y ya no sólo por la cantidad de normas aparecidas, sino, sobre todo, por su enorme calado. Piénsese si no en la aprobación mediante RD 1664/1998, de 24 de julio, de los *Planes Hidrológicos de cuenca*; indispensables para hacer buenas muchas de las previsiones de aquella Ley y que, aunque demandados desde su aprobación, tardaron ¡trece años! en surgir a la vida jurídica (1). Por su parte, el año siguiente se aprobó una importante reforma de la Ley de 1985 a través de la *Ley 46/1999, de 13 de diciembre*; norma que introduce en el Derecho de las aguas continentales novedades tan sustanciales como la propia figura del contrato de cesión de los usos del agua —vulgo mercados del agua—, sobre la que se va a reflexionar. Por lo que respecta al año 2001, éste fue el año del *Plan Hidrológico Nacional*, aprobado por Ley 10/2001, de 5 de julio, y del *RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas* (TRLAg. en adelante) (2). Por fin, recientemente, ha visto la luz del Boletín el *RD 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el RD 849/1986, de 11 de abril, aprobador del Reglamento del Dominio Público Hidráulico* (reforma del RDPH en adelante). Éste ha sido un texto largamente reclamado, dado que su ausencia determinaba la inaplicabilidad o, mejor, la imperfecta aplicabilidad de algunas de las ordenaciones del TRLAg. Era el caso, precisamente, de las relativas al contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, remitentes en sucesivas ocasiones —sobre todo en lo que hace a aspectos procedimentales— al futuro desarrollo reglamentario ahora concretado (3).

(1) Alguno de ellos ha sido ya modificado, como el Plan de la cuenca del Ebro, enmendado mediante RD 201/2002, de 18 de febrero. Por lo que respecta a los Planes Hidrológicos de las cuencas intracomunitarias, aún ha sido mayor la dilación aprobatoria: el Plan Hidrológico de las Illes Balears se aprobó mediante RD 378/2001, de 6 de abril, y el de Galicia-Costa lo hizo a través del RD 103/2003, de 24 de enero.

(2) Ambos textos han sido ya modificados por las Leyes 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación; 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas; y 24/2001, de 27 de diciembre; 53/2002, de 30 de diciembre, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

(3) No hay que creer que esta modificación del RDPH sea la modificación demandada, entendiendo por tal la revisión *completa y definitiva* de los Reglamentos existentes en materia de aguas. De hecho, el propio RD se excusa en este sentido, justificando la falta de uniformidad del desarrollo en que él mismo consiste en la afección que sufrirían algunos de los aspectos a perfeccionar cuando se aprobase la norma de transposición de la Directiva 2000/60/CE (sobre ella, vid. mi trabajo *La Directiva-marco sobre el agua: el fin del proceso*

Esta breve relación de cambios normativos no ha de entenderse, sin embargo, como una muestra gratuita de conocimiento. Al contrario: la intención que anima este recordatorio sucinto —singularmente, de las últimas referencias al TRLAg. y a la reforma del RDPH— no es otra que la de situar en primera línea la normativa que, hoy, ha de ser tomada en consideración. Y ello en la medida en que ha acontecido un reposicionamiento ordinamental importante, de consecuencias jurídicas no menos sustanciales y que, en algunos casos —como el de los contratos de cesión—, debe interpretarse precisamente en relación con la normativa anterior, con la realidad derivada de la misma y con el entendimiento de estas novedades como apuestas firmes —otra cosa será su acierto— en pro de las insuficiencias detectadas.

Junto con esta precisión normativa, también quisiera formular unas puntualizaciones de carácter conceptual. Puntualizaciones que, en sí, no dejan de constituir ya unas consideraciones jurídicas sobre la figura objeto de análisis. La primera de ellas es clara: se trata de la trascendencia de que se quiere dotar a los contratos de cesión como actuación material novedosa encaminada a mejorar la gestión de los recursos hídricos. Y ello porque, se supone, va a permitir una disposición más abundante y sensata del agua. Se trata, pues, de una apuesta legislativa intensa acorde con la esperanza en que, a su través, se consiga racionalizar los usos. Buena muestra de lo afirmado son las amplias extensiones que tanto el TRLAg. como el nuevo texto del RDPH dedican a esta figura. Esto no ha de significar, sin embargo, y como habrá ocasión de comprobar, que en ella se encuentre el remedio absoluto y definitivo a la situación aludida.

La segunda de las puntualizaciones viene exigida por las evocaciones que a veces sugieren las denominaciones de las figuras. Es el caso del *nomen* singular «mercados de aguas». Como se encargó de aclarar en la doctrina A. MENÉNDEZ REXACH, en un ordenamiento como el español —caracterizado por la consideración demanial de las aguas continentales, excluidas por ende del comercio de los hombres y sujetas a la potestad eminente de la Administración— no tiene cabida la aplicación del principio de libertad de empresa que la mención de los «mercados» sugiere (4). Lo que no está a la libre disposición del tráfico jurídico muy difícilmente podrá ser susceptible de netas transacciones mercantiles *inter privados*. Existe así una contradicción nuclear manifestada a través de esta dicotomía; contradicción que debe superarse y que obliga a indagar a qué se está haciendo referencia realmente cuando se habla de mercados en relación

decisorio y el inicio del aplicativo, «Justicia Administrativa», 11, 2001). Por cierto que a esa transposición se ha procedido, estando este trabajo en fase de pruebas, mediante la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Como siempre que se procede de esta manera —muy habitual en los últimos tiempos—, no puede silenciarse el reproche que tal *modus operandi* merece. Sólo se abordan con ésta los aspectos más necesitados de tratamiento, siendo uno de ellos, precisamente, la figura del contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua.

(4) Vid. «Reflexiones sobre un mercado de derechos de aguas en el ordenamiento español», en la obra colectiva, dirigida por A. EMBID IRUJO, *Precios y mercados del agua*, Ed. Cívitas, Madrid, 1996, págs. 140-147.

con el agua. ¿Quizá hay que entender producida una desafectación tácita de los recursos hídricos respecto del uso y servicio públicos a que les había sujeto la Ley sectorial *ex* artículo 132 de la Constitución? ¿O es que, como parece más racional, el término «mercado» es utilizado sin puridad, para referirse a actuaciones de fuerte componente económico-privado pero situadas, en realidad, al margen del tráfico particular?

Sin duda, la primera de estas opciones no se ha producido, por lo que deberá ser el segundo el sentido en que habrá que incardinarse la intención exacta de la expresión. Más cuando el articulado del TRLAG, ni siquiera alude a ella, refiriéndose siempre a los contratos de cesión de derechos al uso privativo del agua. Y ello pese a que, como señala A. EMBID IRUJO (5) y como también podrá comprobarse del análisis de su régimen jurídico, el factor «voluntad privada» sigue prevaleciendo en el planteamiento normativo de los mismos, acercando así su régimen a lo que, por coherencia jurídica, no pueden ser (6). No obstante, se insiste en que la lógica del derecho impone valorar la expresión en términos no textuales: un mercado de aguas reconocido como tal es imposible en el ordenamiento español (7). Distinto será que la trayectoria práctica de la institución se encargue de desdecir o matizar desde el plano de la realidad lo que ha de rechazarse desde la dogmática jurídica.

(5) Vid. su trabajo *Una nueva forma de asignación de recursos: el mercado de agua*, «OP» 50, 2000, pág. 38.

(6) En este sentido es elocuente A. GARRIDO COLMENERO: «desde el Ministerio de Medio Ambiente se ha insistido en la conveniencia de no llamar mercado al sistema de intercambios previsto en el contrato de cesión de concesiones que se contempla en la modificación de la Ley de Aguas. En sentido estricto no es un mercado, pero podemos considerarlo así porque incorpora tres aspectos que aproximan el intercambio a un mercado: la voluntariedad de las partes, la duración variable de las cesiones y el precio negociado libremente. Así, si bien el agua no es objeto de transacción, como el derecho a usarla sí lo será, podemos convenir en llamar mercado del agua a lo que en la Ley se denominan contratos de cesión de derechos». Cfr. «Consideraciones económicas sobre la regulación de los mercados de aguas», en A. EMBID IRUJO (Director), *La reforma de la Ley de Aguas*, cit., pág. 497.

(7) Es curiosa la interpretación de «mercado» de C. VÁZQUEZ, quien, desdenando la textualidad de la expresión e importándole más el contenido de la figura así calificada, afirma que «si por mercado entendemos la posibilidad de que la decisión sobre qué demandas son ineficaces, o en dónde se debe reducir el consumo, y cuáles, como contrapartida, son más eficientes y deben ser atendidas prioritariamente, no quede exclusivamente en manos de la Administración y que, por tanto, la iniciativa para aumentar la oferta y ajustar a ella la demanda a cambio de una contraprestación económica, reasignando más eficientemente los derechos sobre el agua, esté en manos de los particulares, es evidente que en la Ley de Aguas se regula un mercado». Cfr. «La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», en A. EMBID IRUJO (Director), *La reforma de la Ley de Aguas*, op. cit., pág. 193. Particularmente considero que la interpretación ha de hacerse al contrario: respetando lo que comúnmente se ha considerado mercado —cosa o cantidad que se compra o trato vinculado a la venta, compraventa o permuta, de acuerdo con alguna de las acepciones recogidas en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española—, y a partir de ahí concluir que lo que describe el TRLAG, no lo es por no adecuarse su contenido al concepto preciso.

II. EL DISEÑO NORMATIVO DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS
AL USO PRIVATIVO DEL AGUA: ARTÍCULOS 67 A 72 TRLAG.
Y TÍTULO VI DE LA REFORMA DEL RDPH

El TRLAg. fragmentó y sistematizó en seis preceptos diferentes lo que en el cuerpo de la Ley 46/1999 —introdutora de tales contratos en el ordenamiento— se englobaba en el extenso artículo 61 bis. Así, éste identifica separadamente el concepto de la figura y sus requisitos fundamentales (art. 67), la forma en que ha de procederse a su formulación, autorización y registro (art. 68), su objeto (art. 69), las instalaciones e infraestructuras hidráulicas que pudieran precisarse para su ejecución (arts. 70 y 72) y el supuesto —no específico de los contratos de cesión— de los Centros de intercambio de derechos de aguas (art. 71). La reforma del RDPH, por su parte, respetando este esquema general, lo desarrolla, incidiendo en las condiciones a las que ha de acomodarse el contrato para ser legítimo (art. 343.1), en las actuaciones procedimentales a seguir para su válida formalización (arts. 344 y 346 a 350), en la identificación de su ámbito subjetivo y objetivo (arts. 343.2, 3 y 4 y 345) y, nuevamente, en los supuestos de las infraestructuras hidráulicas precisas y de los Centros de intercambio (arts. 351 a 355). No se trata, obviamente, de reproducir textualmente estas disposiciones. Pero sí entiendo oportuna una presentación sintética de sus contenidos con el fin de conocer la estructura del modelo contractual previsto por la norma y, en su función, incidir sobre los elementos más reseñables.

De acuerdo con estos preceptos, puede afirmarse que la vigente normativa hídrica establece la posibilidad genérica —matizada con algunas excepciones que se indicarán— de que los concesionarios o titulares de derechos al uso privativo de las aguas cedan a otros concesionarios o titulares de un derecho de igual o mayor rango conforme al orden de preferencia establecido en el correspondiente Plan Hidrológico de cuenca (8), con carácter temporal y previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan, subrogándose los segundos en las obligaciones de los primeros. Esta transferencia se formalizará siempre por escrito, siguiendo el procedimiento tasado fijado en las normas. Obviamente, las condiciones de la cesión deben determinarse en el instrumento contractual, siendo un elemento esencial la limitación cuantitativa constituida por el volumen de agua que realmente utiliza el cedente y por el caudal total concedido, así como la contraprestación económica a abonar por el cesionario. La norma también contempla la necesidad eventual de utilizar infraestructuras hidráulicas de una misma cuenca hidrográfica para proceder a la cesión (9), si bien se considera como un elemen-

(8) O en el artículo 60 TRLAg. en caso de silencio del Plan.

(9) Toda vez que las infraestructuras de conexión intercuenas sólo podrán ser utilizadas para proceder a estas transacciones si así lo prevé el Plan Hidrológico Nacional o la Ley reguladora de cada trasvase y si, asimismo, lo autoriza el Ministerio de Medio Ambiente (art. 72 TRLAg.).

to externo al contenido contractual: por un lado se formaliza la cesión y en paralelo, y sin prejuzgar la decisión a tomar (10), se solventan las cuestiones relativas a aquéllas. Con estas determinaciones, y una vez concluida la cesión, se inscribirá en el Registro de Aguas de la cuenca, pudiendo también acceder al Registro de la Propiedad.

El descrito es el entramado básico de la figura del contrato de cesión. Pero, pese a ser tal, ya permite plantear interrogantes sobre determinadas cuestiones, algunas tratadas con más o menos amplitud en el binomio normativo TRLAg.-reforma del RDPH, otras ausentes de consideración.

III. LOS FINES DE ESTE PARTICULAR CONTRATO JUSTIFICAN, A JUICIO DEL LEGISLADOR, SU INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO HÍDRICO

La primera de estas cuestiones se refiere a los fines del contrato de cesión. En efecto, la decisión de insertar en el ordenamiento de las aguas continentales (bastante consolidado en sus categorías) una nueva figura como la descrita hubo de obedecer a algún propósito sustancial. No puede justificarse esta presencia en un capricho del legislador. Menos si se imaginan, siquiera superficialmente, los efectos que sugiere su regulación y se intuye su importancia.

Si se atiende a la Exposición de motivos de la Ley 46/1999 (que decidió su implantación en nuestro país), así como a los argumentos esgrimidos a lo largo de su tramitación parlamentaria en defensa de la figura (11), habrá que concluir que con ella se persigue potenciar la eficiencia en el empleo del agua y la optimización social de los usos de ese recurso escaso. Y ello en la medida en que su reconocimiento introduciría un factor de flexibilización en el actual régimen concesional que, por su rigidez, pudiera estar ralentizando la consecución de aquéllos.

1. *Primer obstáculo: la reproducción del modelo contractual típico evoca una discutible intervención preferente de la voluntad privada*

Es, pues, la eficiencia el punto en que el poder público sitúa la razón de ser de los contratos sobre los que se reflexiona; cuestión ésta en absoluto novedosa, constituyendo, por contra, lugar común en cualquier discurso general en torno a los mercados del agua (12). Lugar común que, sin em-

(10) Lo que quiere decir (arts. 70.4 TRLAg. y 351.4 de la reforma del RDPH.) que ni la autorización del contrato de cesión implica la autorización automática del uso o construcción de infraestructuras —a valorar y decidir de manera independiente— ni la resolución del Organismo de cuenca sobre uso o construcción de infraestructuras vinculará la decisión que adopte sobre la autorización o no del contrato de cesión.

(11) Pueden conocerse en mi trabajo «La reforma de la Ley de Aguas: un recorrido por los aspectos más relevantes de la tramitación parlamentaria de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre», en la obra, dirigida por A. EMBID IRUJO, *La reforma de la Ley de Aguas*, Ed. Cívitas, Madrid, 2000.

(12) Sobre todo cuando esa agua se considera en netos términos económicos. Signifi-

bargo, no debe suponer un obstáculo para plantear el asunto en los términos que realmente han de interesar al derecho: el conocimiento de la existencia de una auténtica necesidad *jurídica* de recurrir a esta fórmula para alcanzar los objetivos sugeridos, plenamente compartibles en cuanto tales. En otras palabras, ¿es real la parálisis funcional achacada al ordenamiento de las aguas continentales? Más aún: de ser así, ¿carecía éste de mecanismos para superarlo —demandándose así una figura como la propuesta— o, por el contrario, podían lograrse los fines pretendidos recurriendo a alguno de los planteamientos que contemplaba tradicionalmente?

Para responder a estas preguntas podrían tomarse como referencia experiencias comparadas que, por haber hecho uso de los genéricamente llamados mercados de aguas, avalarían la primera proposición. Sin embargo, todas éstas no dejan de ser prácticas realizadas en otros contextos geográficos, económicos, políticos y jurídicos y que, en un número no pequeño, han sido valoradas con claro sobredimensionamiento (13) (14). Por ello,

cativamente, C. BAUER: «a favor del mercado del agua se alega que aumentaría la *eficiencia* económica y la flexibilidad de los usos del agua, entendiéndose por *eficiencia* económica la asignación de recursos que maximice el valor económico total, medido en términos monetarios, dada una distribución inicial de riqueza e ingresos y un marco de reglas». Vid. «El mercado de aguas en California», en A. EMBID IRUJO (Director), *Precios y mercados del agua*, op. cit., págs. 180-181. En análogos términos, A. GARRIDO [«¿Qué papel pueden jugar los mercados de agua?», en A. EMBID IRUJO (Director), *Precios y mercados del agua*, op. cit., pág. 305], A. MOLINA GIMÉNEZ (*Administrativización vs liberalización. Los mercados del agua en España*, en el núm. 146 de esta REVISTA, 1998, pág. 365) y C. VÁZQUEZ («La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», cit., pág. 168).

(13) Es el caso siempre destacado de los mercados de aguas californianos. La posibilidad de traspaso voluntario de aguas entre particulares, reconocida tempranamente por varias leyes de este territorio, los ha situado como modelo de referencia cuando se habla de la figura reseñada. Y más en España, con unas circunstancias físicas parecidas a las de aquel Estado. Sin embargo, debe conocerse que la valoración que la propia doctrina norteamericana ha hecho de la incidencia real de estos mercados ha sido notablemente minimizadora de su influencia, al reconocerse la amplitud de la subyacencia de la intervención pública. Textualmente, C. BAUER: «en general se reconoce que las transacciones de mercado han sido pocas y consisten en casos puntuales. Un estudio del período 1981-1989 concluyó en que había pocos traspasos privados no obstante la nueva legislación a su favor». *Ibidem*, pág. 196.

Tampoco es de desdeñar el caso del Derecho de aguas chileno, exponente de la visión más neoliberal sobre el mercado de aguas, pues parte del reconocimiento jurídico expreso y prácticamente ilimitado de la libre creación y transmisibilidad de los derechos de aguas. Libertad que, como acaba de decirse, es prácticamente absoluta, en la medida en que las titularidades de aguas pueden ser transmitidas por sus detentadores sin cortapisas (salvo circunstancias excepcionales de sequía extrema, en que se deja intervenir al poder público), con independencia de la tierra y sin primar ningún uso sobre otro, siendo éstos, además, intercambiables. La razón de ser de este liberalismo obedece a la necesidad de solucionar los problemas de escasez existentes; problemas que, en lo visto, reclaman una reasignación eficiente de caudales que, se ha entendido, puede lograrse mediante el recurso a mecanismos económicos como el citado. Esto no significa que el Derecho hídrico chileno, al igual que el español, no se fundamente en el carácter demanial de las aguas continentales. Al contrario; como ocurre en nuestro país, en Chile ha de diferenciarse entre *la consideración general* del recurso como «bien nacional de uso público» y el hecho de que, *para su uso y aprovechamiento*, se recurra a estos mecanismos de mercado, considerados más adecuados a los fines pretendidos.

El sistema apuntado, de funcionamiento más fluido que el español, no es, empero, infalible, como demuestra A. VERGARA BLANCO en sus trabajos *Derecho de Aguas*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, págs. 276 y ss., y «El mercado de aguas en el derecho chileno. Titularidades privadas y libertad de transacción», en A. EMBID IRUJO (Director),

parece más razonable activar sólo el razonamiento impuesto por nuestro sistema jurídico y, alineándose con la segunda afirmación, convenir con A. MENÉNDEZ REXACH en que la flexibilización apuntada supone reconocer en el fondo una patrimonialización de derechos al uso del agua más allá de lo que resulta de un régimen concesional puro, que es el que consagra la categorización del agua como bien demanial (15).

Abundando en esta idea, no puede negarse que el contrato de cesión, en sí mismo, responde al esquema tradicional del negocio *inter privatos* consagrado por el Código Civil: acuerdo entre dos o más partes que genera un vínculo creado al amparo del principio de autonomía privada, al cual someten los contratantes su propia conducta y que se dirige a la creación, modificación y extinción de obligaciones de carácter patrimonial cuya validez y cumplimiento no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (16). Por lo tanto, a través de estos contratos se está introduciendo una llamada explícita a la autonomía de la voluntad particular en un sector que debe estar íntegramente intervenido por el poder público y al que el privado sólo puede acceder para aprovechar el recurso previo otorgamiento de un título administrativo. Sintomáticamente, es tal la amplitud del espacio dejado a la decisión individual que va a corresponder a los propios concesionarios privados el planteamiento de la celebración misma del negocio contractual (17). A la vista de esto, claramente surgen dudas

Precios y mercados del agua, op. cit., págs. 325 y ss. Vid. también las aportaciones de F. PERALTA TORO, «El mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas. La experiencia chilena», en A. EMBID IRUJO (Director), *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, vol. I, págs. 153 y ss., y G. DONOSO, J. P. MONTERO y S. VICUÑA, «Análisis de los mercados de derechos de aprovechamiento de agua en las cuencas del Maipo y el Sistema Paloma en Chile: efectos de la variabilidad en la oferta hídrica y de los costos de transacción», en la obra que acaba de citarse, págs. 109 y ss.

(14) También en territorio español existen experiencias reales de mercados de aguas, concretamente en Tenerife. Hay que recordar que el uso y aprovechamiento del agua en Canarias se acomoda a un régimen particular, de larga tradición histórica, y que parte una inveterada posibilidad de apropiación privada de los caudales hídricos y la subsiguiente y habitual negociación entre particulares sobre los mismos. No obstante, en los últimos tiempos se vienen denunciando abusos derivados de la posición oligopólica de ciertos grandes vendedores de agua. Hecho éste que también ha permitido detectar un desplazamiento de usuarios desde aquéllos hacia una empresa pública de gestión del agua (BALTEN), que depende del Cabildo Insular de Tenerife y que se ha introducido en este mercado con la finalidad de ofrecer una gestión transparente en un campo de actuación ciertamente oscuro. Sobre estos mercados tinerfeños pueden consultarse los trabajos de J. FERNÁNDEZ BETHENCOURT, «El papel económico de las aguas subterráneas en Canarias», en N. HERNÁNDEZ-MORA y R. LLAMAS (editores), *La economía del agua subterránea y su gestión colectiva*, Fundación Marcelino Botín, Madrid, 2001, y F. AGUILERA KLINK y J. SÁNCHEZ GARCÍA, *Los mercados de agua en Tenerife: de la teoría a la práctica*, comunicación presentada al III Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación del Agua, Sevilla, 13 a 17 de noviembre de 2002.

(15) «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 A. EMBID IRUJO (Director), *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, op. cit., vol. I, pág. 69.

(16) Vid. artículos 1091, 1254 y 1256 del Código Civil. Asimismo, véase la voz «Contrato», redactada por L. PUIG FERRIOL, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, vol. II, pág. 1549.

(17) A salvo del supuesto particular de los Centros de intercambio de derechos, anali-

razonables sobre una inserción excesiva del componente privado, opuesta al proceder jurídico reclamado por los cimientos reguladores de las propiedades públicas.

2. *El modo en que está regulada la intervención administrativa en el proceso de autorización o denegación de la cesión no contrarresta el empuje de la decisión particular*

Y la respuesta a estas dudas ha de ser indudablemente afirmativa (18), sin que en nada altere esta valoración la necesaria intervención administrativa que reconoce la normativa hídrica. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68.2 TRLAg. y en la reforma del RDPH, la última palabra sobre la autorización de los contratos de cesión corresponde al poder público hidráulico. Autorización que, como toda resolución administrativa, habrá de ser preferentemente expresa y siempre motivada y notificada al interesado (art. 347.1 de la reforma del RDPH). Pero autorización que también podrá ser presunta, actuando en estos casos el silencio en sentido estimatorio por transcurso de uno o dos meses, según pertenezcan o no los implicados a la misma Comunidad de usuarios (arts. 68.2 TRLAg. y 347.2 de la reforma del RDPH) (19). Detengámonos aquí un momento.

zados posteriormente, en los que es la Administración hidráulica la que plantea ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua para su posterior cesión a cambio de precio tasado a otros usuarios (art. 71 TRLAg.).

(18) No es éste el pensamiento común en la doctrina iusadministrativista. Sintomáticas de la valoración contraria son las palabras de G. ARIÑO ORTIZ y M. SASTRE BECEIRO que ahora transcribo: «desde un punto de vista constitucional, ninguna traba hay para la implantación de un mercado del agua ya que no se vulnera el artículo 132.1 de la Constitución que declara el dominio público inalienable, porque lo que se pretende no es “privatizar” las aguas sino permitir la transmisión de derechos de aprovechamiento sobre las mismas, manteniéndose como hasta ahora la naturaleza de éstas. No estamos, por tanto, refiriéndonos a la compraventa de un bien de dominio público» (*Los mercados del agua en España: una propuesta de reforma de la Ley de Aguas*, «Ingeniería del Agua», vol. IV, núm. 1, 1991, pág. 25). En análogos términos, I. CARO-PATÓN CARMONA (*El derecho a regar*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 326) y C. VÁZQUEZ («La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», *op. cit.*, pág. 192). En un plano objetivo es cierto lo que apuntan estos autores. Sin embargo, entiendo que la realidad no se presenta tan asépticamente como la plantean. Porque, ¿acaso la preponderancia de la voluntad privada en la realización de transacciones jurídicas sobre un bien demanial como el agua no supone recortar las potestades públicas exorbitantes que caracterizan aquel régimen jurídico? ¿Cabe pensar que el actuar público queda impasible al tener que intervenir siempre con posterioridad a la celebración de un acuerdo de voluntades *inter privados*? ¿Y más cuando esa intervención, planteada limpiamente en la norma, tiene posibilidades reales de quedar reducida a la mínima expresión, como se verá a continuación? Desde luego, no puede negarse la existencia de estas dudas.

(19) Esta referencia a las Comunidades de usuarios ha de identificarse con un reconocimiento implícito del ámbito preferente de actuación de los contratos de cesión: el riego agrícola. Como puso de manifiesto en la doctrina S. MARTÍN-RETORTILLO, la referencia genérica que la legislación de aguas hace a las Comunidades de usuarios ha de entenderse, en puridad, como una generalización de las normas aplicables a las Comunidades de regantes, auténticos exponentes de las mismas, al punto de no existir a su margen tipología alguna de Comunidad diversa. Sobre esta cuestión, vid. su trabajo «Comunidades de usuarios de las aguas públicas», en la obra, del mismo autor, *Derecho de Aguas*, op. cit. Destacando

No hace falta recordar ahora la situación de colapso en que se encuentran la mayoría de las Confederaciones Hidrográficas. Pues bien: enlazándolo con lo que acaba de exponerse, ¿es racional pensar que éstas (o los análogos organismos de Comunidades Autónomas con cuencas propias) van a poder abordar en los breves plazos señalados el examen individualizado de cada contrato —siguiendo un procedimiento bastante complejo, como podrá comprobarse posteriormente—, más cuando su utilización se generalice? Es dudoso (20) (21). Más aún: no sólo el análisis. ¿Van a poder también producir y notificar el acto expreso y motivado que demanda norma no sólo para autorizar la cesión (art. 347 de la reforma del RDPH), sino, asimismo, para proceder a su denegación (art. 68.3 TRLAg)? Dene-gación que, a mayor abundamiento, va a tener como razones justificativas las fijadas en este mismo precepto y en el artículo 348 de la reforma del RDPH: bien afectar negativamente al régimen de explotación de los recursos en la cuenca, a los derechos de terceros, a los caudales medioambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos, bien incumplir alguno de los requisitos demandados a los contratos, singularmente la falta de la inscripción debida del derecho legítimo al uso privativo del agua por parte de cedente y/o cesionario. Todos ellos son, sin discusión, supuestos ilícitos, pero cuya presencia efectiva no se percibe inmediatamente en todos los casos, requiriendo labores de comprobación que pueden ser costosas. Y tampoco se olviden otras posibilidades no tasadas en la norma que podrían determinar también la denegación de la autorización para la cesión (22); posibilidades que, precisamente por obviarse, parecerían predestinadas a insertarse en la vida jurídica vía silencio. Ante estas dificulta-

la misma cuestión, E. PÉREZ PÉREZ, *Naturaleza de las Comunidades de usuarios del agua y esquema de su régimen jurídico*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 81, 1994.

(20) En la doctrina expresó antes esta misma duda A. EMBID IRUJO. Vid. *El mercado del agua. Consideraciones jurídicas en torno al Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas*, «Revista Mensual de Gestión Ambiental», 7, año 1, julio 1999, págs. 5-7.

(21) También alguna Comunidad Autónoma se ha manifestado escéptica en este sentido. De hecho, lo exiguo de estos plazos en comparación con los previstos para adoptar otro tipo de resoluciones (como el otorgamiento de concesiones, por ejemplo, que es de seis meses), así como la vulneración que el sentido positivo del silencio supone del artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (que lo rechaza si de esa estimación presunta se derivasen transferencias a favor del solicitante o de terceros facultades relativas *al dominio público*; cosa que podría entenderse que ocurre en este caso, en la medida en que se están cediendo aguas públicas, aunque éstas hayan sido previamente objeto de una concesión privativa al cedente), son dos de los motivos alegados por el Gobierno de Aragón en el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el TRLAg. (recurso núm. 5493/2001, «BOE», 272, de 13 de noviembre de 2001).

(22) El elenco de causas citado en el TRLAg. y en la reforma del RDPH no constituyen una lista cerrada, como se deduce de la redacción de los dos preceptos citados: «el Organismo de cuenca podrá no autorizar la cesión de derechos de uso del agua, mediante resolución motivada, dictada y notificada en el plazo señalado, *si* la misma afecta negativamente a...» (art. 68.3 TRLAg.); «mediante resolución motivada, el Organismo de cuenca denegará la autorización *cuando*...» (art. 348 de la reforma del RDPH). Es decir: siempre que concurren esas condiciones, la Administración hidráulica adoptará una decisión negativa, sin que esto signifique que no puedan existir otras que justifiquen asimismo una resolución desestimatoria. Quizá se echa de menos en este punto la inclusión de una cláusula de cierre o residual que apoyase explícitamente esta interpretación.

des de verificación, y vista la indicada intimación temporal, ¿no acabará suponiendo esta regulación normativa un terreno abonado para la falta de análisis y la asunción por asentimiento —salvo supuesto flagrante de anti-juridicidad— de la voluntad particular plasmada en el contrato de que en cada caso se trate? Se volverá más adelante sobre estas cuestiones.

3. *Pueden conseguirse los fines deseados activando sistemas ya previstos en el Derecho español*

A la vista de lo anterior, es imposible negar que existen distorsiones operativas del sistema; dificultades para que los usuarios dispongan del agua que deseen, donde deseen y cuando deseen. De hecho, la propia demanda abstracta de eficiencia en la gestión del recurso constituye un buen ejemplo de ello. Y no sólo hay que achacar esto a la irregularidad climática: también el gobierno humano del recurso tendrá que ver. Tanto por parte de la Administración (a la que no puede negarse su buena parte de responsabilidad) como por la de los demandantes del agua, que, conociendo la escasez existente, no moderan sus peticiones. Hay que convenir, pues, en el anquilosamiento funcional aludido *supra* y en la necesidad de superarlo.

Pero esto no significa que el único corolario necesario fuese introducir en el ordenamiento español de las aguas continentales la fórmula de los mercados de aguas. Y menos en la consideración de elemento insoslayable para solucionar el problema referido. Al contrario: nuestro Derecho hídrico reconoce mecanismos suficientes para proceder a reasignaciones de caudales, de manera que los que estén infra o en absoluto utilizados puedan destinarse allá donde sean precisos. Como señala A. EMBID IRUJO (23), ¿qué es si no la posibilidad de modificar las concesiones reconocida en el artículo 65 TRLAg.? (24). ¿O el condicionamiento del uso del agua como garantía de su explotación racional recogido en el actual artículo 55.2 TRLAg.? ¿O la transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen servicio público del artículo 63 TRLAg.? ¿O, añadido, la caducidad concesional por incumplimiento de condiciones y plazos o por interrupción permanente de la explotación (art. 66 TRLAg.)? ¿Acaso en todos estos casos los caudales recuperados o reasignados no volverían a integrarse en el ciclo hidrológico y podrían volver a ser objeto de uso y aprovechamiento en virtud de un nuevo título concesional?

No faltan, pues, opciones redistributivas; mecanismos para proceder a una gestión más eficiente del agua. O en el reverso de la moneda: no era realmente preciso instaurar en nuestro ordenamiento la figura de los con-

(23) Vid. *El mercado del agua. Consideraciones jurídicas en torno al Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas*, op. cit., págs. 4 y 5, y *Una nueva forma de asignación de recursos: el mercado del agua*, op. cit., págs. 39 y 40.

(24) Precepto éste que alude expresamente a un control concesional continuo con el fin de comprobar la eficiencia de la gestión y utilización del agua objeto de las mismas (apartado 2 *in fine*). Y si de esa fiscalización se deduce su inconveniencia, ¿qué impide una actuación administrativa en sentido rectificador? Jurídicamente, nada.

tratos de cesión de derechos al uso privativo del agua. No por lo menos con la justificación que se les ha dado. Ha podido verse cómo el Derecho español disponía con anterioridad de medidas jurídicas que permiten alcanzar la misma —poca o mucha— eficiencia gestora que con tanto ahínco se reclama. Y, cuidado, no se entienda esta última aseveración como una negación a cualquier innovación ordinamental: por supuesto que cuando las fórmulas vigentes agoten su validez se impondrá la instauración de otras nuevas (25). Pero si no es éste el caso ante el que nos hallamos —en el que lo que se da es inacción—, ¿por qué no se incide en lo existente antes de desecharlo por fallido? ¿Por qué no se actúan hasta el límite de sus posibilidades las opciones previstas antes de incluir otras que, en caso de análogo inejercicio, pueden verse abocadas al mismo fracaso? Piénsese en ello: es la falta de práctica o la práctica perversa de los mecanismos reasignadores existentes el mayor enemigo del régimen de usos privativos del agua fundamentados en la concesión administrativa. Y no un fallo de estructura, no demostrado en cuanto tal (26).

IV. CONTENIDO DEL CONTRATO DE CESIÓN: ELEMENTOS SUBJETIVO, OBJETIVO Y FORMAL. EN PARTICULAR, EL ALCANCE DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Otro aspecto importante, también a destacar, es el referido a los sujetos, objeto y modo de celebración del acuerdo contractual. En otras palabras: a las partes intervinientes en el mismo, al elemento sobre el que transaccionan y a la manera en que el negocio se perfecciona jurídicamente.

(25) O incluso con más flexibilidad, como postula A. EMBID IRUJO, a quien no desagradaba la existencia simultánea o acumulativa de soluciones normativas diversas para un mismo problema jurídico. Cfr. *Una nueva forma de asignación de recursos: el mercado del agua*, op. cit., pág. 44., y *Aspectos jurídicos de la economía del agua en España. Algunas reflexiones*, «Revista del Instituto de Estudios Económicos», 4, 2001, pág. 206.

(26) No es de esta opinión A. MENÉNDEZ REXACH, para quien la nueva fórmula del contrato de cesión supone la introducción en nuestro ordenamiento de una facultad inexistente anteriormente (la de transmitir los *destinos* y no ya la titularidad del recurso) que —aquí radica lo importante— va a posibilitar empleos alternativos, incentivar la renuncia al consumo al prever una compensación económica para el que deje de usar el derecho o lo haga con menor intensidad, y permitir el uso simultáneo y diverso de un mismo aprovechamiento por dos o más personas. Vid. «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas», op. cit., págs. 79-80. Valorando esta acreditada opinión, me reitero en lo afirmado: no creo preciso —o no *tan* preciso— tal ingenio para el propósito pretendido.

1. *Los sujetos del contrato: cedente, cesionario y Administración autorizante. La extensión de la intervención de esta última*
 - a) *El cedente y el cesionario: su necesaria condición previa de usuarios de aguas públicas.*

Como ya se ha descrito, el contrato sobre el que se reflexiona se celebra entre dos particulares: un *cedente*, titular hasta ese momento de un derecho al uso privativo del agua, y un *cesionario*, titular también de un derecho análogo de igual o superior rango en las preferencias normativas —ora del Plan Hidrológico de cuenca que corresponda, ora por defecto del anterior del art. 60 TRLAg. (27)—, que es quien recibe, además, la totalidad o parte de aquel primero.

Ambos privados deben ser ya, cuando se celebra el contrato, usuarios de aguas públicas por mor de título legítimo, lo que ratifica, *a contrario sensu*, la imposibilidad de acceder *ex novo* al uso del recurso a través de este negocio jurídico: la cualidad de usuario previo es esencial para intervenir como parte en el mismo. A veces, esta exigencia no ha sido entendida desde visiones extrajurídicas que, centradas exclusivamente en criterios de pura economía, defienden la intervención en el mercado de agentes que no han seguido el procedimiento habitual para configurarse como usuarios con título del agua (28). Sin embargo, los juristas no podemos sino conve-

(27) De acuerdo con lo establecido en el artículo 67.2 TRLAg., sólo cuando existen razones de interés general que lo justifiquen, el Ministerio de Medio Ambiente podrá autorizar, mediante Orden Ministerial publicada en el «BOE», cesiones de derechos de uso del agua que no respeten la prelación de usos indicada.

Desde la doctrina económica, A. GARRIDO COLMENERO ha criticado esta eventualidad, por entender que la propia ambigüedad del concepto «interés general» podría suponer la apertura de una espita al uso abusivo de la cláusula de excepción. Es más, este autor defiende la conversión de la excepción en regla general, al considerar que el interés general no tiene por qué ser acorde con el respeto al irracional orden de prelación establecido por la normativa hídrica. Vid. «Consideraciones económicas sobre la regulación de los mercados de aguas», *op. cit.*, pág. 511.

Quizá habría que convenir con GARRIDO en un aspecto: que la racionalidad de la prelación de usos establecida en el TRLAg. podría encontrarse, en algún supuesto, superada por la propia realidad social actual. No es el caso, evidentemente, de los abastecimientos a poblaciones, cúspide del catálogo, pero sí tal vez el del regadío, que le sigue en el mismo. Sin negar que la agricultura es todavía un sector económico importantísimo en nuestro país y que, en cuanto tal, ha de ser garantizado, no lo es menos que el devenir del tejido económico español aparece hoy más inclinado hacia el sector industrial, que, paradójicamente, se encuentra situado en cuarto lugar de preferencia (tercero si se trata de producción de energía hidroeléctrica). En estos casos puede discutirse que el atribuido por la normativa de aguas sea, realmente, el lugar que corresponda a cada uso. Y entiéndase: manifiesto mis dudas, sin que esto signifique que sea claro que los usos industriales deban prevalecer sobre los agrícolas.

(28) Significadamente, L. RIESGO ÁLVAREZ y J. A. GÓMEZ-LIMÓN RODRÍGUEZ: «creemos que esta restricción legal puede impedir que se logren mayores mejoras de la eficiencia en la asignación del recurso, impidiendo que el agua se destine a usos de gran valor por el simple motivo de que sus potenciales usuarios no sean actuales concesionarios de agua». Vid. *Mercados del agua. Análisis de las opciones elegidas para su aplicación en España*, informe realizado por el Departamento de Economía Agraria de la Escuela Superior de Ingenieros Agrí-

nir en su necesidad: el agua es un bien de dominio público cuya gestión y ordenación corresponden a la Administración, siendo ella quien debe supervisar cada actuación que pretenda llevarse a cabo sobre el recurso. Cualquier transacción que desee realizarse con relación a esos caudales públicos ha de ser previamente conocida, valorada y permitida por la Administración, en su papel de titular y gestor del demanio hídrico, garante de su distribución pública, velador de su uso y disfrute general y equilibrado, e impulsor del crecimiento de la riqueza nacional.

La regla general será que esa condición de usuario derive de la obtención de una concesión administrativa. Así lo indica el artículo 343.2.a) de la reforma del RDPH: «son concesionarios y titulares de derechos al uso privativo de las aguas los concesionarios de aguas superficiales y subterráneas» (29). Nada obsta, sin embargo, a que la titularidad derive también de la inscripción de aprovechamientos temporales de aguas privadas en el Registro de Aguas (apartados 1 de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera del TRLAg.), del reconocimiento legal de un derecho de aprovechamiento (30) o del juego de la usucapión al amparo de la Ley de Aguas de 1866-1879 (31).

En atención a lo dicho, quedarían al margen de los contratos de cesión los propietarios de caudales privados, que nunca podrían tener la

colas de Palencia (Universidad de Valladolid) para el portal electrónico de información agraria www.infoagro.com. En sentido parecido, A. GARRIDO COLMENERO. Vid. «Ventajas y limitaciones del uso del mercado en la asignación de los recursos hídricos», en *VI Conferencia Internacional del Seminario Permanente de Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua: hacia una mejor gestión de los recursos hídricos*, Iberdrola, Valencia, 2000.

(29) Sin embargo, y como se encarga de alertar C. VÁZQUEZ («La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», *op. cit.*, pág. 200), estos concesionarios podrán encontrarse en algunos casos con la dificultad de probar la propia existencia de la concesión, habida cuenta la acreditada problemática de la regularización de estos títulos. Como es sabido, muchos de los aprovechamientos legítimamente autorizados por la Administración hidráulica no están debidamente inscritos en el Registro de Aguas; inscripción que, pese a corresponder de oficio al poder público (arts. 80.1 TRLAg. y 118 y 189.1 RDPH), no es llevada a cabo con demasiado rigor. En estos supuestos —y sólo en éstos: no en el de las utilidades carentes de legitimación alguna, en cuyo caso nos situamos en presencia de la pura ilegalidad—, los titulares del aprovechamiento que carecen de protección registral pueden tener problemas para acreditar el origen cierto de su derecho y, por ello, ver dificultada la posibilidad de hacer uso del contrato de cesión; contingencia ésta que, de darse, corresponde resolver, en lógica con lo expuesto, a la Administración del agua de la que se supone ha emanado el título concesional en discusión.

(30) Serían los supuestos recogidos en el artículo 54 TRLAg.: aprovechamiento por el propietario de una finca de las aguas pluviales que discurran por ella y de las estancadas —dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley y las que deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho— y extracciones de menos de 7.000 metros cúbicos de aguas procedentes de manantiales por el dueño del predio en el que se encuentren los mismos.

(31) En este caso, es el tenor de la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, el que hay que tener en cuenta: «quienes conforme a la normativa anterior de la Ley de Aguas de 1985 fueran titulares de aprovechamiento de aguas públicas en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditativa, así como de autorizaciones de ocupación o utilización del dominio público estatal, seguirán disfrutando de sus derechos de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos y lo que la propia Ley 29/1985 establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma, de no fijarse en su título otro menor».

condición de usuario de aguas públicas. Las aguas privadas son precisamente eso: privadas, lo que las hace en principio susceptibles de negociación jurídica entre particulares sin otras cortapisas que las derivadas de la Disposición Transitoria Tercera TRLAg., que las regula (32). Distinto es que su propietario decida transformar su derecho al aprovechamiento privado —que deberá estar inscrito en el pertinente catálogo— en una concesión de aguas públicas e inste su inscripción en el Registro de Aguas; posibilidad que reconoce expresamente el artículo 343.4 de la reforma del RDPH. En este caso, el particular que ha modificado el régimen de aprovechamiento de sus caudales se convierte en titular de una concesión de aguas públicas, lo que le habilita para hacerlas objeto de un contrato de cesión (33).

Un supuesto singular es el regulado en el apartado 5 del artículo 343 de la reforma del RDPH, de acuerdo con el cual «los acuerdos entre usuarios de una misma comunidad constituida con arreglo al artículo 81 TRLAg., celebrados para la utilización del agua asignada a cada uno de ellos como miembros de la comunidad concesionaria, se consideran como actos internos si a ello no se opusieran las ordenanzas y estatutos de la propia comunidad, y no están sujetos a lo establecido en esta sección». Parece, pues, que lo que se deduce de este precepto es la posibilidad de cesiones concretas al margen de la figura contractual, siempre en el seno de una única Comunidad de usuarios, y *sin intervención de la Administración hidráulica*. En otras palabras: que un particular que aprovecha unos caudales en su condición de miembro de una Comunidad de usuarios acuerde por su cuenta, con la aquiescencia de la misma, y sin necesidad de notificarlo al poder público, su utilización por otro comunero. Así considero que debe entenderse el señalamiento como «actos internos» de este tipo de acuerdos. Señalamiento, por otra parte, con el que estoy de acuerdo, ante la falta de sentido jurídico de la utilización, a estos efectos, de la figura del contrato de cesión. Así es. Este último caso plantearía absurdos tales como el exigir a aquel particular usuario de caudales en su condición de miembro de una Comunidad la exhibición, a los efectos de perfeccionar el negocio jurídico de cesión, de un título de aprovechamiento que detenta como titular la Comunidad y no él: el concesionario es la Comunidad y no cada uno de sus miembros singularmente considerados, beneficiarios de esa agua por su pertenencia a la misma con arreglo a lo establecido en sus ordenanzas particulares. Súmese, además, como nueva demostración de la inadecuación indicada, que en nada alteraría el contenido de la concesión de uso —único título relevante a los efectos de proceder a una cesión— el hecho de que el destinatario último de parte del caudal concedido sea tal o cual miembro de la misma: los volúmenes concedidos y el destino que ha

(32) Así, A. MENÉNDEZ REXACH, «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas», *op. cit.*, págs. 71-72.

(33) Previo a su reconocimiento en la reforma del RDPH, hizo referencia a esta posibilidad L. MORELL OCAÑA. Vid. *Las titularidades sobre aguas privadas*, núm. 154 de esta REVISTA, 2001, págs. 43-44.

de dárseles seguirán siendo iguales, constituyendo el único cambio el referido al receptor final de los mismos. Y eso, en buena lógica, no tiene más efectos que los puramente internos.

Quiénes claramente no podrán celebrar contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas (art. 343.3 de la reforma del RDPH) son los titulares de concesiones o autorizaciones concedidas a precario. Tampoco los titulares de las autorizaciones especiales recogidas en el artículo 59.5 TRLAg., extendidas por la Administración hidráulica a favor de los órganos de la Administración central, de las Comunidades Autónomas o del Patrimonio del Estado.

- b) *La Administración: los estrechos márgenes dejados a su intervención. La cuestión singular de la adquisición preferente de caudales.*

Cedente y cesionario son, indudablemente, las partes más vistas del contrato en la medida en que son ellos quienes se ponen en contacto, toman la iniciativa transaccional y perfeccionan el negocio. Sin embargo, no están solos en su desarrollo: la *Administración* también es reclamada para dar su autorización *ex* primer inciso del artículo 67 TRLAg., viniendo condicionada la propia eficacia de aquél a esta intervención. La llamada al poder público es lógica de todo punto si se considera que, como se ha reiterado en este trabajo, no conjugan bien el carácter demanial de las aguas continentales con la elusión de la actuación administrativa. Difícilmente se entendería un sistema jurídico basado en la titularidad pública de unos bienes si, llegado el momento de gestionarlos, aquel nivel público quedase al margen de cualquier presencia. Por tanto, la Administración hidráulica debe intervenir en las cesiones, si bien es posible que su intervención se lleve a cabo en los términos expuestos anteriormente: autorizando las más de las veces a través de la figura del silencio positivo y no respondiendo expresamente salvo en los casos de las denegaciones de autorización por los motivos tasados ya enunciados. La duda que se plantea una vez visto esto es: ¿es suficiente esta actuación? ¿El alcance reconocido a la misma, o, mejor, la manera en que ésta se configura, es garantía bastante de una intervención pública de la calidad e intensidad demandadas?

La formulación de esta pregunta no es casual. De hecho, ya podía predecirse de los términos expuestos en el apartado anterior. Y, sobre todo, ha sido puesta de manifiesto en la mejor doctrina por A. EMBID IRUJO, que llega a hablar incluso de una desaparición *de facto* de la autorización administrativa previa, pese a que la textualidad de la norma lleve a considerar lo contrario (34). De acuerdo con este autor, es en la activación del silencio estimatorio por transcurso de los brevísimos plazos de tiempo

(34) *El mercado del agua. Consideraciones jurídicas en torno al Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas*, op. cit., págs. 5-7.

establecidos en el TRLAg. el punto en que hay que situar la clave de su afirmación, toda vez que imposibilita —en el sentido apuntado *supra*— una actuación administrativa auténtica, si se entiende por tal el análisis sereno de las condiciones del contrato y la conclusión de su pertinencia por no concurrir causa de denegación. Y es que es así: sencillamente, no da tiempo. Nótese, para comprobarlo, los plazos que, con mayor precisión que la norma básica, señala la reforma del RDPH: desde la firma del contrato por las partes, éstas deben dar traslado de una copia a la Comunidad de usuarios a la que pertenecen uno y otro en el plazo de quince días (art. 344.2); plazo idéntico al que disponen para remitir otra copia a la Administración hidráulica a quien corresponde otorgar la autorización (art. 346.1). Pero, atención, a partir de la recepción por la Administración de la copia del contrato, y si se trata de una cesión de derechos referida a una concesión para regadíos y usos agrarios, ésta debe enviarla a su vez al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y a la Comunidad Autónoma correspondiente, que en el plazo de diez días deben emitir un informe (art. 346.3). Simultáneamente, además, está transcurriendo el plazo máximo de quince días en el que las Comunidades de usuarios que han recibido la copia del contrato deben formular sus alegaciones (art. 344.2). Alegaciones que deberán ser presentadas ante la Administración hidráulica para que ésta, a su vez, abra un turno de audiencias de quince días para que los solicitantes de la cesión respondan a las alegaciones (art. 346.4) y, a partir de entonces, la misma deberá resolver expresa y motivadamente. Recuérdese, por supuesto, que, por mor del artículo 48 de la Ley 30/1992, los plazos expresados en días se entenderán hábiles siempre que no se diga lo contrario, lo que no ocurre en la reforma del RDPH. Los meses, por su parte, se computarán de fecha a fecha a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud por la Administración. Por lo tanto, los plazos diarios señalados por la normativa hídrica son, en realidad, bastante más extensos que el «medio mes» que evoca una primera lectura. Sinceramente, y a la vista de lo expuesto, ¿hay alguien que crea que estos plazos son mínimamente realistas?

No puede estar más claro: en el sentido apuntado antes, y avalada la insinuación por una de las voces más autorizadas en la disciplina, necesariamente debe concluirse en la llamada implícita a la inacción administrativa y al triunfo final de la voluntad particular plasmada en cada instrumento contractual que supone la operatividad automática del silencio. Y no es nimia esta aserción. Sobre todo si, como nuevamente afirma el Profesor EMBID, «aparece la Administración en la norma desposeída de unos instrumentos elementales de cuidado de su propiedad que mueven a la obligación de una reflexión de corte constitucional» (35), en la medida en que desvirtúan la configuración más íntima del régimen anudado a las propiedades públicas.

Antes de concluir este apartado, aún debe comentarse una última cuestión, contemplada en el artículo 68.3 *in fine* TRLAg. y desarrollada por el 349 de la reforma del RDPH: la relativa a la posible adquisición preferente

(35) *Ibidem*, pág. 7.

por parte de la Administración, y mediante rescate, del aprovechamiento de los caudales a ceder. Se trata ésta de una potencial intervención pública en el marco del contrato de cesión, adicional a la genérica —y leve— actuación autorizatoria que acaba de exponerse y con un planteamiento que suscita algunas dudas. Éstas han sido destacadas por A. MENÉNDEZ REXACH, quien, con tino, identifica las lagunas e incongruencias en que incurrían las previsiones normativas (36). Una de ellas hace referencia a la perceptible confusión —en la medida en que ambos se mixturaban en una acción planteada de modo único— entre derecho de adquisición preferente y rescate, siendo la realidad que la primera de estas opciones supone el ejercicio normal del contrato —mediando, por ende, y como veremos, el pago por el cesionario (en este caso, la Administración) de la contraprestación pactada *inter partes*, a cuyo abono efectivo queda condicionada la adquisición—, mientras que la segunda vendrá regida por los planteamientos de la legislación de expropiación forzosa en lo que se refiere a la valoración del derecho, desplazando así el precio concretado por las partes. Se trata, pues, de dos *modus operandi* diversos que la norma ha unido bajo idéntico guarismo y, aún más, bajo una misma intención operativa y que, coincido con aquel autor, plantean dudas sobre cuál ha de actuar (37).

El segundo aspecto dudoso viene dado por la referencia que al rescate de los caudales de «todo uso privativo» lleva a cabo el precepto indicado. ¿Cómo ha de interpretarse? ¿Quizá como un intento de integrar en el dominio los volúmenes hídricos adquiridos para ser objeto de uso común, general o especial, y apartarlos así del aprovechamiento privativo por los particulares? No lo entiende así aquel autor, para quien su sujeción al régimen general de las aguas públicas es razón suficiente que justifica su adscripción a nuevas concesiones. Particularmente manifiesto mis dudas al respecto, en la medida en que la norma no explica la razón que avalaría una actuación de este tipo. Si sólo se trata de revitalizar caudales inaprovechados por el concesionario, hay que convenir, obviamente, con lo indicado por A. MENÉNDEZ REXACH: éstos se reincorporarían al sistema habitual de aprovechamientos, que pasa en su práctica totalidad por su concesión para nuevos usos que se entendiesen precisos. Pero si, por contra, la intención responde a una necesidad excepcional —podría ser, se me ocurre, la de asegurar los caudales ecológicos demandados para cada tramo de río por la normativa aplicable o el aseguramiento de unos usos puramente ambientales—, la respuesta ha de ser de signo opuesto: el aprovechamiento

(36) Cfr. «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas», pág. 11.

(37) Aunque, apelando a una interpretación sistemática, parece que debiera ser el ejercicio normal del contrato de cesión el que habría de regir esta actuación. La diferencia con el desarrollo ordinario de uno de estos negocios jurídicos radicaría en que, ante la constancia de una transacción prevista entre privados, la Administración podría decidirse a ocupar la posición del cesionario particular previsto inicialmente, convirtiéndose así en una de las partes. Entiendo que esta opción es más razonable que la de apelar al rescate concesional, siempre factible por razones de interés general al margen de la figura sobre la que se reflexiona.

to privativo de esas cantidades de agua queda, de momento, vedado. El hecho de que la norma no aclare los supuestos en que se hará uso de esta posibilidad ni las causas a las que obedece impide, a mi entender, desvelar la intencionalidad de la previsión y dar una respuesta unívoca a la duda planteada.

Aún me atrevo, por mi parte, a plantear otro dilema irresoluto por el ordenamiento hídrico: esa adquisición preferente de caudales o, incluso si se procede a él, el rescate citado, ¿han de entenderse definitivos u, opuestamente, están limitados por el tiempo de duración del contrato de cesión suscrito? Porque, claro está, de la aceptación de una u otra respuesta va a depender también la mayor o menor posibilidad de decisión acerca del destino de los volúmenes hídricos recuperados. No es igual disponer de ellos sin cortapisa temporal que tener pendiente sobre el nuevo destino (que se verá necesariamente condicionado por ésta) la obligación de retorno de aquéllos. Algo, entiendo yo, deberían haber previsto las normas con relación a este punto.

2. *El objeto*

a) *Lo que se cede no es el agua, sino los derechos a su uso privativo.*

Si se atiende al tenor literal del artículo 67.1 TRLAg., puede verse cómo el objeto sobre el que recae el contrato de cesión son los *derechos al uso privativo de determinados volúmenes hídricos*, bien en su totalidad, bien parcialmente. Dicho con otras palabras: es el uso de los caudales que los concesionarios o beneficiarios por otro título vienen disfrutando el que, a través de la vía abierta por esta figura, puede ser susceptible de transacción a favor de otros sujetos análogos, con las particularidades que ya se conocen y con el único límite legal que para los usos privativos de carácter no consuntivo constituye su imposible transferencia en favor de los usos que carezcan de tal consideración (apartado 2 del mismo precepto) (38).

No debe perderse de vista que lo que realmente se cede es el *derecho al uso*; la posibilidad, reconocida por la Administración hidráulica o adquirida de alguna otra forma amparada por la legislación, de aprovechar de

(38) C. VÁZQUEZ da una explicación convincente a esta limitación: «la justificación de la citada prohibición se encuentra en la necesidad legal de indicar expresamente que no cabe ceder lo que no se tiene. No es posible ni conveniente que si el derecho de aprovechamiento hubiera sido concedido conociendo unos retornos del 100 por 100 (usos no consuntivos), se ceda para unos usos en los que el retorno es sólo un porcentaje limitado de la demanda de agua asignada (aun cuando oscile entre un 20 por 100 máximo en el caso de riegos o un 80 por 100 en el caso de abastecimiento). Sin embargo la Ley, no prohíbe la cesión en sentido inverso, de un uso consuntivo pasar a un uso no consuntivo pues desde el punto de vista de la gestión del recurso es *a priori* favorable pasar de un aprovechamiento sin retorno a un aprovechamiento con retorno, al tener como resultante o efecto neto un aumento de agua en el sistema de explotación» («La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», *op. cit.*, pág. 206).

manera particularizada unos caudales de agua (39). Y ello aunque tenga como reflejo físico precisamente eso: agua. Quiere decirse con esto que lo que en ningún caso se está cediendo es el recurso en cuanto tal —recuérdese: bien demanial insusceptible de negocio jurídico—, sino el derecho a utilizarlo; derecho que se detenta frente al gestor del recurso —poder público— y que hace que el cesionario se subroge en la posición jurídica del cedente. Esta precisión es fundamental desde el punto de vista del derecho, ya que sirve para legitimar jurídicamente el contrato. No importa, pues, a estos efectos, que la diferencia manifestada se difumine en la realidad por el hecho de que lo que físicamente se traslade sea el agua en cuanto tal.

b) *Los volúmenes susceptibles de cesión.*

Hecha esta aclaración sustancial, interesa detenerse ahora en dos cuestiones singulares. La primera de ellas se refiere al límite establecido en el apartado 1 del artículo 69 TRLAg., que en su primer inciso impide expresamente que el volumen anual susceptible de cesión supere al realmente utilizado por el cedente. La lógica de esta prohibición está clara en los casos en que existe una utilización total: si sólo se tiene concedido un determinado volumen de agua y éste es utilizado íntegramente, ahí se sitúa el tope de la cesión, puesto que nadie puede decidir sobre lo que no dispone. Mayores dudas se plantean, sin embargo, en los supuestos de utilización parcial del caudal. En estos casos, y según A. MENÉNDEZ REXACH —con quien convengo como jurista por una pura cuestión de prioridades en la aplicación de las categorías del derecho con la que ya me manifesté de acuerdo hace algunas páginas—, lo que procedería hacer con los volúmenes inutilizados es reasignarlos, mediando una revisión del título concesional que les da cobertura —inapropiadamente, por lo visto—, y procediendo posteriormente a la cesión sólo de los caudales que siguiesen quedando bajo la órbita de la concesión rectificada. Es cierto, y así lo destaca este autor, que la doble acción citada plantea la incongruencia de restringir como objeto a transferir unos caudales medidos y calculados en función de la verdadera demanda del cesionario que, se supone, serán precisamente los que necesite para su propio uso, dificultando en definitiva la aplicación de la figura contractual. Pero también lo es que aquí debe primar el mecanismo previsto legalmente para reasignar caudales. Que no es el contrato de cesión (40).

La segunda cuestión a comentar, íntimamente imbricada con la anterior, es la relativa al modo en que se han de calcular los caudales realmente

(39) Sin que ello signifique, como señala nuevamente C. VÁZQUEZ, que sean objeto de transmisión los títulos legitimatorios de ese derecho, normalmente la concesión. *Ibidem*, pág. 203.

(40) «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas», *op. cit.*, pág. 7.

utilizados por el cedente, habida cuenta su carácter de límite cuantitativo del contrato de cesión. Desde luego, el mayor problema que plantea esta previsión es el de su prueba, más cuando el TRLAg. no fija un sistema de cálculo que pudiera serle de aplicación. De hecho, el artículo 69.1 se contenta con esbozar unas directrices de aproximación muy generales, basadas en el valor medio del caudal utilizado durante una serie de años también a determinar, corregido en su caso conforme a la dotación objetivo que fije el Plan Hidrológico de cuenca y el buen uso del agua. La reforma del RDPH ha intentado superar estas imprecisiones, estableciendo (art. 345) un sistema para determinar la utilización real de los caudales que no es, a la postre, sino un desarrollo de las directrices del TRLAg. Los criterios elegidos para proceder a ese cálculo son, en primer lugar, los valores del volumen realmente utilizado durante los cinco últimos años; valores que, de ser preciso, podrán ser corregidos atendiendo a la dotación objetivo que se fije en el Plan Hidrológico de cuenca, a los retornos que procedan, a las circunstancias hidrológicas extremas y al respeto a los caudales medioambientales establecidos o, en su defecto, al buen uso del agua. Y valores que, según cual sea el resultado final que arrojen, quedarán supeditados a los posibles acuerdos que haya adoptado la Administración hídrica en función de la situación hidrológica de cada año (apartado 1 *in fine* de este artículo) (41).

A mi juicio, no cabe formular críticas a la elección de estas pautas de deducción: en sí mismas son válidas, en cuanto que atienden al único elemento de referencia plenamente objetivo —el histórico reciente de la utilización de los caudales—, matizado en su caso por circunstancias sobrevenidas que inciden sobre la disponibilidad del agua. La dificultad, creo yo, va a radicar en la determinación sin obstáculos de los parámetros iniciales, precisos a su vez para fijar el elemento que interesa en última instancia: el volumen anual susceptible de cesión. Porque, en efecto, ¿existe en el seno de las Administraciones hidráulicas un registro eficaz y actualizado de los caudales de agua efectivamente utilizados por cada usuario? (42) ¿Se extiende a los últimos cinco años? ¿Todos los Planes Hidrológicos de cuenca han calculado su dotación objetivo? ¿Qué hay que entender por buen uso del agua a los efectos de su aplicación como criterio corrector del cálculo de los volúmenes medios utilizados? Existen aún muchas indeterminaciones en este punto, lo que puede ralentizar el arranque del sistema de cálculo de caudales a ceder fijado por la reforma del RDPH.

No hace falta incidir, por último, sobre la cuestión de la prioridad de usos y la incidencia —limitación, más bien— que tiene sobre la posibilidad

(41) Quiere esto decir —y es una aportación novedosa de la reforma del RDPH— que en ningún caso podrá procederse a la cesión (no por lo menos en la cuantía señalada) cuando el volumen susceptible de la misma calculado conforme a estos criterios exceda el fijado en un posible acuerdo administrativo tomado en atención a las disponibilidades hídricas del momento.

(42) No parece que sea así, y buena muestra de ello es la encomienda que recoge la Disposición Adicional 12.^a del Plan Hidrológico Nacional, conforme a la cual la Administración hidráulica debería determinar los mecanismos concretos de medición en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor; encomienda que no se ha realizado.

de ceder derechos. Ya ha sido suficientemente expuesta en apartados anteriores.

3. *La forma de celebración del contrato de cesión*

Es el artículo 68 TRLAg, el que establece el modo en que han de celebrarse los contratos de cesión. Este precepto ha sido desarrollado con bastante amplitud por los artículos 344 a 350 de la reforma del RDPH.

- a) *El contrato se formalizará por escrito y se remitirá a los interesados para que formulen alegaciones en el plazo de quince días.*

Como se mencionó anteriormente, el primero de los requisitos que demandan esas normas es el de la plasmación escrita de los contratos. Atendiendo al artículo 68.1 TRLAg, y, sobre todo, al artículo 344 de la reforma del RDPH, es ésa la manera válida de proceder a su formalización, debiendo contener el documento, como especificaciones mínimas: *a)* la identificación de los contratantes; *b)* indicación de la concesión administrativa o título jurídico, debidamente inscrito en el Registro de Aguas, en virtud del cual cada parte ha adquirido el derecho a usar privativamente las aguas objeto del contrato; *c)* señalamiento del volumen anual susceptible de cesión y una apreciación del volumen susceptible de reutilización; *d)* cálculo del montante de la compensación económica que se establezca; *e)* indicación del uso al que se va a destinar el caudal cedido; *f)* identificación expresa de los predios que, en caso de cesiones entre usuarios de agua para riego, el cedente renuncia a regar o se compromete a regar con menos dotación, así como la de los predios que regará el adquirente con el caudal cedido (43); *g)* expresión del período al que se refiere el contrato de cesión, y *h)* singularización de las instalaciones o infraestructuras necesarias para la realización de la cesión. El requisito es, a juicio correcto de C. VÁZQUEZ (44), de eficacia, en lo que supone de única manera de dejar constancia del cumplimiento de las especificaciones indicadas.

De esta plasmación escrita debe darse traslado, en un plazo de quince días desde su firma *inter partes*, a las Comunidades de usuarios afectadas (por pertenecer a las mismas cedente y cesionario), a la Administración hidráulica (acompañada de un informe de la autoridad sanitaria sobre la idoneidad del agua en el caso de cesiones destinadas al abastecimiento de poblaciones) y, adicionalmente y en el caso de cesión de derechos vinculados a concesiones para regadíos y usos agrarios, a la Comunidad Autónoma

(43) La normativa hidráulica no establece la manera en que se ha de proceder a esa identificación. Ello lleva a suponer que, ante este silencio, se utilizará el mismo mecanismo empleado para solicitar una concesión de agua para riego: la presentación de un plano parcelario catastral sobre el que se señalan las zonas a regar.

(44) Cfr. «La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», *op. cit.*, pág. 214.

ma y al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (arts. 68.1 y 2 TRLAg. y 344.2 y 346.1, 2 y 3 de la reforma del RDPH). La finalidad de estas remisiones es facilitar el trámite de audiencia a los posibles interesados (caso de las Comunidades de usuarios y del Ministerio) y hacer llegar el documento a quien corresponde su autorización definitiva (caso de la Administración hidráulica). Nuevamente hay que denunciar aquí la fugacidad de los plazos previstos, y no sólo del ya indicado para realizar estos envíos, sino, sobre todo, del reconocido a los destinatarios para proceder a la actuación que les corresponde: las Comunidades de usuarios sólo disponen de quince días para formular sus alegaciones al contrato y remitirlas a la Administración hidráulica encargada de pronunciarse sobre su pertinencia, mientras que al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación se le otorgan diez días para articular todo un informe valorando el contenido del contrato en el ámbito de sus competencias. ¿Se cree que en unos plazos tan fugaces puede apreciarse con rigor un documento contractual? Más aún: nada dicen las normas, pero es de suponer que, una vez recibida por la Comunidad de usuarios la copia del contrato, ésta habilitará alguna fórmula acorde con sus ordenanzas para dar a conocer su contenido a los comuneros, encargados reales de plantear las alegaciones que luego hará suyas. ¿Cómo es esa fórmula? ¿Se pondrá a disposición de sus miembros esa copia en un lugar físico concreto, a donde deberán acudir éstos para consultarla? ¿O quizá, previo análisis de la misma por alguno de sus órganos o personal a su servicio, se procederá al aviso singularizado de aquellos comuneros que pudieran verse afectados por el negocio? Y estos últimos, ¿cómo realizarán las alegaciones? ¿Se remitirán a la Administración separadamente, tal como han llegado a las manos de la Comunidad, o será preciso redactarlas sistemáticamente? ¿Todo esto en el plazo de quince días?

b) *Existe una contraprestación económica a la cesión del derecho al uso del agua.*

Un elemento que no puede faltar en un contrato de cesión es la compensación económica a satisfacer por el cesionario al cedente cuando se haga efectivo dicho traspaso. No sólo porque es uno de los contenidos mínimos que señala la norma (45), sino también porque se trata de uno de los elementos más poderosos para mover las voluntades de las partes, singularmente del cedente.

Antes de proseguir, creo conveniente destacar un dato que podría suscitar dudas. Y es que, atendiendo sólo al tenor literal de la norma —que se

(45) Corrigiendo así el equívoco planteamiento potestativo que refleja el artículo 69.3 TRLAg. («la cesión de derechos de uso del agua *podrá* conllevar una compensación económica que se fijará de mutuo acuerdo...»). Aun sin la reforma del RDPH, nadie podía creer que se fuesen a celebrar demasiadas transacciones de aguas sin mediar algún tipo de beneficio pecuniario, salvo quizá el supuesto excepcional de cesiones recíprocas en distintas épocas del año.

refiere a «compensaciones económicas—, nada impediría entender por tales tanto cantidades de dinero (supuesto más habitual) como otorgamientos de derechos, siempre que sean cuantificables económicamente. Insisto: ésta es la conclusión a la que se llega siguiendo al pie de la letra el texto del TRLAg. y de la reforma del RDPH. Sin embargo, la aplicación de un criterio de interpretación finalista parece demostrar que sólo la contraprestación monetaria estaba en la mente del legislador. Cómo entender si no la mención al pago por la Administración hidráulica de una *cantidad* igual a la pactada por cedente y cesionario para poder ejercitar su derecho de adquisición preferente de caudales.

Aclarado este punto, y retomando la cuestión, la pregunta que ahora corresponde responder es: ¿de qué manera debe calcularse la cuantía de la compensación económica? La regla general es que la fijación de aquélla corresponderá al mutuo acuerdo de las partes, y así lo señala el artículo 69.3 TRLAg.; artículo que recoge también una remisión al Reglamento en orden a establecer un importe máximo de la compensación a partir del cual la cantidad a satisfacer por la cesión es considerada abusiva por la Administración. Pero la reforma del RDPH no ha hecho nada de esto, conformándose el artículo 345.2 con formular, a su vez, otra remisión en el mismo sentido (y, siempre que lo estime oportuno, atendiendo a la situación del mercado y a sus desviaciones), en esta ocasión al Ministro de Medio Ambiente. No parece, desde luego, que el juego de remisiones sucesivas sea el más deseable. Nunca porque no es así como debe proceder un ordenamiento jurídico, llamado precisamente a regular y no a introducir más elementos de duda. Y menos en este caso. Bastante es ya la indefinición que rodea a la figura de los contratos de cesión como para dejar la fijación de uno de sus elementos esenciales al albur de conceptos jurídicos indeterminados. Porque, ¿qué ocurrirá si se sigue demorando la fijación de ese tope máximo? ¿Podrán celebrarse los contratos? Supongo que sí, con todo el riesgo de abusos que supone. Y aún más, ¿qué hay que entender por esa «situación del mercado» que justificaría el señalamiento de tal límite cuantitativo? ¿Acaso la definición misma de qué es ello no requiere previamente un enraizamiento real de la figura contractual del que en estos momentos carece? ¿En qué desviaciones está pensando la norma reglamentaria? ¿Puede considerarse una de ellas, incluso, la propia inacción o el accionamiento tibio del sistema de mercados previsto en la normativa hídrica? Piénsese en esto.

Lo sensato, a mi parecer, hubiese sido abandonar innecesarios criterios de máximos y fijar un sistema de cálculo objetivo y polivalente —basado, se me ocurre, en la preasignación de valores a los distintos factores concurrentes en la cesión: uso al que van a ser destinadas las aguas, volúmenes cedidos, participación simultánea de alguna o ambas partes en otros contratos, etc.— que permitiese, mediante su aplicación, establecer la contraprestación a satisfacer en todos los supuestos de cesiones. El libre albedrío de las partes en los negocios contractuales ha de tener su cabida, eso no puede negarse, pero siempre circunscrito a unos parámetros de racionalidad que impidan los abusos. Y más si, como en este caso, el objeto físico

sobre el que van a materializarse es un bien tan escaso, disputado y controvertido como el agua (46).

- c) *La resolución sobre el contrato debe estar motivada, pactándose su duración por las partes.*

Ya se adelantó cómo la solicitud de autorización del contrato se formula por las partes en el momento en que remiten copia del documento a la Administración hidráulica a la que corresponde pronunciarse sobre ella. A partir de entonces, el poder público debe analizar su contenido para concluir el procedimiento con una resolución estimatoria o denegatoria. Resolución sujeta a los breves lapsos temporales indicados —un mes en cesiones entre miembros de una misma Comunidad de usuarios, dos en los demás casos— y necesariamente precedida de un trámite de audiencia de quince días para que los solicitantes respondan a las alegaciones formuladas en su caso por Comunidades de usuarios, Comunidades Autónomas y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación a la recepción de sus respectivas copias (art. 346.4 de la reforma del RDPH). No hace falta insistir en el tema de la insuficiencia de los plazos, ya criticado sobradamente.

También se destacó la obligación de motivar el pronunciamiento sobre la cesión, como resolución final de un procedimiento administrativo que es. Tanto si tiene sentido autorizatorio como si decide la denegación de la misma. Más en concreto, y según establecen los artículos 347 y 349 de la reforma del RDPH, la Administración hidráulica deberá autorizar la cesión si comprueba su adecuación a las previsiones normativas ya conocidas, y que las partes tienen debidamente inscrito su derecho legítimo al uso privativo del agua, especificando en dicha autorización el volumen máximo anual susceptible de cesión y la obligación de instalar un contador homologado que mida el caudal realmente cedido (47). Por el contra-

(46) Se manifiesta contrario a este razonamiento C. VÁZQUEZ («La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», *op. cit.*, págs. 211 a 214), quien entiende lógico que sea la voluntad de las partes la que fije el importe a satisfacer, sin que el Estado deba intervenir, a no ser que las reglas de funcionamiento no sean correctas o se produzcan desviaciones importantes respecto de lo que debería ser una compensación económica fijada por las partes libremente y en condiciones de igualdad.

Personalmente reitero lo expuesto *supra*, y añado un elemento más: en ningún momento dejamos de estar en presencia de un recurso público y el control por parte de la Administración de este tipo de negocios debiera ser exquisito. Concurriendo elementos monetarios, ante los que fácilmente se plantean problemas, ¿no sería más lógico que fuese la propia Administración la que determinase el sistema de cálculo de las contraprestaciones a satisfacer en el contrato de cesión? ¿Y no lo sería también que lo hubiese hecho genéricamente y *ex ante* en un instrumento normativo, y no *ex post*, analizando cada supuesto y arriesgándonos a que, como expresé en mis temores, no llegue a llevar a cabo ese análisis por falta de medios? Considero que toda precaución es poca en este punto.

(47) Al establecer esta obligación, el redactor de la norma reglamentaria está reconociendo explícitamente la dificultad de controlar los volúmenes de agua utilizados sin disponer de un mecanismo técnico de este tipo. Por eso, resulta cuando menos chocante comparar esta previsión con el hecho de que algunos de los aspectos más esenciales del contrato de cesión —por ejemplo, la determinación del volumen anual susceptible de cesión— se hagan depender de simples estimaciones imposibles de comprobar con exactitud.

rio, procederá a su denegación, también motivada, cuando el cedente o el cesionario no tengan inscrito su derecho al uso privativo del agua y cuando concurren las circunstancias señaladas en el artículo 68.3 TRLAg. ya citadas anteriormente. En ningún caso esa resolución denegatoria generará derecho a indemnización a favor de los contratantes, puesto que no se les ha privado de ningún derecho subjetivo.

Resulta curioso que ni el TRLAg. ni la reforma del RDPH se refieran a la duración del contrato de cesión, a salvo de breves referencias a su carácter temporal contenidas en los artículos 67.1 del primero y 343.1 y 344.1.g) del segundo. Que, desde luego, no pueden ser indefinidos lo explica el hecho mismo de que el título del que normalmente traen causa —la concesión de uso del agua— tiene evidente carácter finito. Sin embargo, y partiendo de este dato, nada dicen las normas sobre un necesario acomodo entre negocio transaccional y extensión temporal de la concesión. Estimo entonces que esto significa que, siempre que se respeten los límites temporales del título, el contrato podrá durar el plazo que pacten las partes: bien la totalidad de vida jurídica que reste a aquél, bien un lapso más breve. Nuevamente será la voluntad particular la que tomará la decisión.

d) *La inscripción en el Registro de Aguas.*

Como último requisito, el TRLAg. (art. 68.4) conmina a la Administración hidráulica a inscribir los contratos de cesión en el Registro de Aguas, difiriendo en el desarrollo reglamentario la determinación de la forma en que se procedería a tal anotación. Lamentablemente, la reforma del RDPH no ha hecho caso de este envite, limitándose en su artículo 350 a proceder a una nueva remisión en este sentido, en esta ocasión en el Ministro de Medio Ambiente. Ya me he manifestado en contra del ejercicio de estas dobles remisiones, y nuevamente aplico mis críticas en este punto. Sí ha introducido el precepto reglamentario indicado, sin embargo, una lógica obligación adicional de inscripción de cualquier ejercicio de adquisiciones preferentes de caudales.

En sí misma, la exigencia es plenamente coherente con la finalidad que reconoce al Registro de Aguas el artículo 80 TRLAg.: albergar la inscripción de las concesiones de agua y sus modificaciones, de las que aquellos contratos y rescates (según la dudosa terminología empleada por el ordenamiento hídrico) no dejan de ser variantes. También *ex idéntico* precepto, los contratos de cesión tienen acceso al Registro de la Propiedad en los folios abiertos a las concesiones administrativas afectadas. La única objeción oponible a esta previsión es la dejación exclusiva en manos públicas de la obligación citada. Porque si bien es cierto que el Registro de Aguas está configurado normativamente como un registro público a cargo de la Administración, no lo es menos que, como se indicó, la eficacia en la incorporación al mismo de los títulos referidos adolece de importantes lagunas. Conocido esto, ¿no hubiese sido más lógico reconocer al usuario siquiera la facultad de impulsar la anotación de su título ante la inacción del poder

público? Más cuando de tal inscripción se deriva una protección importante para sus derechos.

V. EFECTOS: SUBROGACIÓN DEL CESIONARIO EN LA POSICIÓN DEL CEDENTE Y CADUCIDAD DEL TÍTULO CONCESIONAL POR INOBSERVANCIA DEL CONTRATO

La consecuencia jurídica que más evidentemente deriva de un contrato de cesión es la subrogación del cesionario en la posición del cedente (art. 67.3 TRLAg.). Sin mayores explicaciones: si aquél pasa a utilizar unos caudales inicialmente concedidos a éste —y de los que sigue siendo concesionario por no mediar transmisión alguna de derecho, sino sólo de uso—, es lógico que, junto con ese beneficio, asuma también las cargas inherentes a la situación. Por eso, además de la recepción del agua por parte de la Administración —comprometida en adelante a suministrarla a él—, el cesionario también se encargará de las obligaciones propias del cedente hasta el perfeccionamiento del negocio, singularmente del pago del canon anudado a la concesión.

Es de destacar que el incumplimiento de cualquier requisito contractual señalado hasta ahora —singularmente la falta de autorización administrativa a la cesión— constituye una infracción administrativa tipificada en el artículo 116.g) TRLAg. (art. 343.1 *in fine* de la reforma del RDPH). Igualmente, ese incumplimiento determina la caducidad del derecho concesional del cedente (arts. 67.4 TRLAg. y aquel mismo precepto reglamentario) (48), si bien, y como se ha destacado en la doctrina (49), debe referirse a los considerados esenciales, de acuerdo con el artículo 66.1 TRLAg. Por contra, a esta caducidad no va a contribuir la cesión de parte de los volúmenes hídricos que otorga al cedente pues, como establece el artículo 69.2 TRLAg., computarán como de uso efectivo de la concesión, aunque quien los utilice efectivamente sea el cesionario.

(48) Nótese que lo que se entiende caducado es la concesión de la que es titular el cedente, y no, como sería lógico pensar, el contrato de cesión. En este punto, C. VÁZQUEZ plantea unas acertadas matizaciones, defendiendo la interpretación restrictiva de esta exigencia legal: que sólo sea posible acordar la caducidad de la concesión del cedente cuando el incumplimiento le sea imputable en todo o en parte. Por contra, si se trata de incumplimientos atribuibles al cesionario, considera que debiera haberse facultado expresamente a la Administración para revocar la autorización del contrato para no hacer recaer sobre el detentador del título un perjuicio que no ha causado («La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», *op. cit.*, pág. 219). La lógica de esta interpretación es clara: si la subrogación no afecta a la titularidad del derecho de aprovechamiento del cedente, ¿por qué habría de verse despojado de ella por una acción antijurídica que no le es imputable? No tiene sentido.

(49) Por todos, A. MÉNENDEZ REXACH, «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas», *op. cit.*, pág. 76.

VI. LAS CUESTIONES SINGULARES DE LAS INFRAESTRUCTURAS PRECISAS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y DE LOS VERTIDOS DERIVADOS DE LA CESIÓN

1. *Instalaciones e infraestructuras hidráulicas*

Los artículos 70 y 72 TRLAg. y 351 a 353 de la reforma del RDPH contienen previsiones relativas a las instalaciones e infraestructuras hidráulicas que pudieran ser precisas para la ejecución del contrato de cesión. Más concretamente, los preceptos del Decreto Legislativo distinguen los supuestos —diferentes— de que tales construcciones sirvan para realizar, respectivamente, cesiones de derechos de uso *dentro de una misma cuenca hidrográfica* o, por el contrario, *comuniquen aguas de cuencas distintas*. Esta distinción no es reproducida por el texto reglamentario, que sólo centra su atención en la primera de las posibilidades, toda vez que, como se verá, la segunda es materia de norma con rango de Ley y de autorización singular otorgada por el Ministerio de Medio Ambiente. La división, no obstante, va a mantenerse a efectos expositivos.

a) *Infraestructuras intracuencas.*

Es natural pensar que la ejecución de algunos contratos de cesión puede precisar la utilización de instalaciones hidráulicas sitas en una única cuenca hidrográfica: infraestructuras de bombeo, canales, acequias, etc. Instalaciones que, en lo que interesa, y de acuerdo con lo establecido por la normativa hídrica, son susceptibles de encontrarse en tres situaciones jurídicas distintas: pueden pertenecer a un tercero —ni cedente ni cesionario, por tanto (50)—, pueden ser de titularidad del Organismo de cuenca o, simplemente, pueden no existir, siendo precisa su construcción *ex novo*. Pues bien: a cada una de estas posibilidades, aquella normativa anuda una regulación puntual.

Si para la transferencia de aguas se van a emplear *instalaciones de las que fuesen titulares terceros*, serán las propias partes implicadas las que acuerden los términos de esa utilización: duración, posible contraprestación económica, condiciones del uso, etc. Y ello en la medida en que tanto contrato como titularidad de la infraestructura se mueven en el ámbito de

(50) En tal sentido al menos entiendo yo la literalidad de los artículos 70.1 TRLAg. y 351.1 de la reforma del RDPH: «cuando la realización material de las cesiones requiera el empleo de instalaciones o infraestructuras hidráulicas de las que fuesen titulares *terceros*, su uso se establecerá por libre acuerdo entre las partes». Pueden estar incluidas en esta alusión a los terceros tanto personas privadas singulares como Comunidades de usuarios de cualquier tipo, pero no cedente ni cesionario, puesto que son *las partes* del contrato cuya ejecución requiere la utilización de las infraestructuras. No es de esta opinión C. VÁZQUEZ, para quien ambos son incardinables en la consideración de terceros, siendo en estos casos el propio contrato el instrumento en el que se establecerán las condiciones de su uso. Vid. «La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», cit., pág. 227.

lo privado, dominado por la voluntad individual y con los únicos límites que suponen la Ley y las buenas costumbres. Si, por el contrario, se trata de utilizar *infraestructuras públicas* —de titularidad de la Administración hidráulica de la cuenca o gestionadas por la misma—, los artículos 70.2 TRLAg. y 351.2 de la reforma del RDPH exigen a las partes contratantes una solicitud en ese sentido, correspondiendo al poder público fijar un régimen de utilización y las exacciones económicas que correspondan (tasas o precios *ex art.* 352.1 de la reforma del RDPH), de acuerdo con la legislación vigente (51). Por último, y como supuesto más complejo, cabe que la procedencia a la cesión imponga *la construcción de nuevas infraestructuras ad hoc*, en cuyo caso los contratantes, a la vez que dan traslado a la Administración del documento contractual, deberán entregarle —a los efectos de conseguir la autorización de su realización efectiva— un documento técnico en el que se las defina adecuadamente, así como un informe de idoneidad de la autoridad sanitaria en el caso de que las aguas cedidas vayan a destinarse al abastecimiento a poblaciones (arts. 70.3 TRLAg. y 351.3 de la reforma del RDPH). En ningún caso, como establecen los apartados 4 de esos mismos artículos, ni la autorización del contrato de cesión implicará la autorización automática del uso o construcción de infraestructuras —que se valorará y decidirá de manera independiente a aquél— ni, *a contrario sensu*, la resolución del poder público sobre el uso o construcción de las infraestructuras —no regida por los plazos establecidos para la fórmula transaccional (52)— vinculará la decisión que se adopte sobre la autorización o no del negocio jurídico, debiendo concluirse en que la tramitación de ambas anuencias discurre en paralelo y sin prejuzgar en ningún caso la decisión a tomar (53).

No parece por lo expuesto que deban plantearse dificultades jurídicas en ninguna de las situaciones previstas. Por lo menos, desde una valoración puramente teórica. Otra cosa será que, en función de la envergadura

(51) Como alertó en su momento A. EMBID IRUJO, la redacción de estos preceptos incurrir, en este punto, en cierta falta de claridad. De acuerdo con la literalidad del artículo 70.2, «los contratantes *deberán solicitar*, a la vez que dan traslado de la copia del contrato para su autorización, *la determinación del régimen de utilización de dichas instalaciones o infraestructuras, así como la fijación de las exacciones económicas que correspondan de acuerdo con la legislación vigente*», lo que parece identificar la única demanda de las partes en la fijación del régimen de uso de las instalaciones y no en un permiso de utilización propiamente dicho. Este hecho podría dar lugar a intuir un cierto derecho de las partes del contrato al uso de las infraestructuras precisas que en absoluto es real, como se verá. Es precisa, desde luego, una previa aquiescencia administrativa al uso, por otra parte totalmente lógica. Cfr. en este sentido *Una nueva forma de asignación de recursos: el mercado del agua*, op. cit., pág. 42.

(52) Las solicitudes de uso o construcción de infraestructuras vinculadas a la cesión se entienden estimadas por transcurso de cuatro meses desde su presentación ante la Administración (art. 351 de la reforma del RDPH).

(53) No deje de tomarse en consideración que, aunque las normas que nos ocupan no digan nada al respecto, van a ser de aplicación a estas instalaciones las previsiones del Título VIII del TRLAg. en torno a las obras hidráulicas. Obviamente, estas infraestructuras tienen la categorización de tales, y más cuando se comprueba que el artículo 122 TRLAg. entiende por obra hidráulica, entre muchos otros supuestos, «la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada a la regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas».

singular de las infraestructuras y de la realidad concreta que les rodee, puedan presentarse obstáculos de ejecución práctica, sin que, en todo caso, este hecho suponga algo diferente a lo que plantea con normalidad cualquier instalación relacionada con el agua.

b) *Infraestructuras de conexión intercuencas.*

Más complejas son las cesiones de derechos que exceden el ámbito de una cuenca hidrográfica y, además, precisan instalaciones que conecten territorios regidos por distintos Planes Hidrológicos.

En efecto, el ámbito básico de ordenación y gestión de las aguas continentales en España es la cuenca hidrográfica (art. 16 TRLAg.), y quien debe realizar en su seno esa actividad reguladora es la Administración sectorial constituida en cada una de ellas: Organismos de cuenca en las intercomunitarias, Administración hidráulica autonómica en las intracomunitarias. Pues bien, por ceñirnos al tema que nos ocupa: es obvio que a la ya expuesta problemática que rodea a la figura del contrato de cesión en cuanto tal va a sumarse, en el caso de que tal cesión se realice entre usuarios de dos o más cuencas distintas, la derivada de la implicación de niveles públicos con operatividad distinta, surgiendo la duda de a cuál de ellos corresponden las actuaciones demandadas por las normas para perfeccionar el contrato.

Este dilema es despejado por el artículo 72 TRLAg., que, elevando jerárquicamente el rango organizativo habitual, reclama la intervención del Ministerio de Medio Ambiente para autorizar la celebración de un contrato con estos condicionantes (54) y permitir la utilización de las infraestructuras (55). El límite normativo a este tipo de actuaciones es su contemplación expresa en el Plan Hidrológico Nacional o en la Ley singular reguladora de cada trasvase —porque se está pensando en realidad en este tipo de traslados de agua—, constituyendo éste un requisito para su propia realización.

2. *Autorización de vertido en los contratos de cesión*

El artículo 353 de la reforma del RDPH introduce unas previsiones no contempladas en la regulación del contrato de cesión llevada a cabo por el TRLAg. Estas previsiones se refieren a la posibilidad de que cualquiera de las partes del contrato sea titular de una autorización de vertido de aguas

(54) Contrato que —en esto no hay cambio— se aprobará por silencio si transcurren los plazos de tiempo ya conocidos. Es razonable pensar, como C. VÁZQUEZ, que en estos casos cedente y cesionario pertenecerán a Comunidades de usuarios distintas, puesto que la transacción va a ser intercuencas. Por eso, el plazo más habitual será de dos meses. Vid. «La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua», *op. cit.*, pág. 230.

(55) Que entiendo deberá atenerse a los requisitos generales ya expuestos, singularmente a la solicitud de autorización administrativa de tal utilización.

residuales y que dicha autorización pueda verse afectada por la realización de la cesión.

En efecto, la obtención de autorización administrativa antes de evacuar aguas residuales a cauce público es una obligación ineluctable derivada de la normativa hídrica (arts. 100 y ss. TRLAg.). Y es una exigencia porque, a través del procedimiento que culmina con el otorgamiento de ese instrumento autorizador (56), la Administración se asegura conocer las circunstancias que rodean al vertido (lugar donde se produce, composición, volumen de las aguas evacuadas, uso del agua del que derivan, etc.), garantizando así —cuando menos en teoría— que los caudales evacuados no sobrepasan los límites cualitativos de sustancias contaminantes permitidas (57) y son acordes con los objetivos de calidad previstos para el medio receptor por el ordenamiento jurídico. No se trata de analizar ahora la problemática planteada por el vertido de aguas residuales. Ni es breve ni es sencilla (58). De lo que se trata simplemente es de dejar constancia de cómo el Ejecutivo, al reformar el RDPH, ha considerado la posible afectación que una cesión de derechos al uso privativo del agua puede tener sobre un vertido autorizado.

Esta última idea no es peregrina. Al contrario. Lo que extraña precisamente es que el legislador no la haya tenido en cuenta antes, obsesionado como está con un tema —el de la calidad del agua— que recorre transversalmente todo el *corpus* del TRLAg. (59). Si las referencias a la calidad exceden con mucho el ámbito de su Título específico (el V) y pueden detectarse en el tratamiento normativo de cada aspecto concreto del régimen de las aguas continentales, ¿cómo no se había considerado su relación con la figura de los contratos sobre los que se reflexiona? ¿Acaso una cesión —en lo que supone de movilización de caudales— no puede tener sus implicaciones en este plano? Indudablemente, sí. Y se me ocurren varios ejemplos. Piénsese así en los detentadores de la autorización: si un titular dispone de ella porque realiza un uso del recurso que genera aguas residuales, y por mor de un contrato de cesión en el que actúa como cedente traspaasa todo o parte del volumen hídrico concedido a otra persona, ¿no debería ser este cesionario —nuevo utilizador de las aguas— el que tendría que disponer del título autorizador vinculado a los caudales? O, igualmente, considérese la relación existente entre volumen de aguas residuales evacuadas y autorización de vertido: una de las referencias necesarias a reflejar en este título es el caudal a evacuar y su contenido. Pues bien: de una variación sustancial de dicho volumen como consecuencia de

(56) Por cierto, muy desarrollado por la reforma del RDPH (arts. 245 y ss.).

(57) A este respecto, es necesaria la consulta, entre otras normas, de los Anexos II y III de la reforma del RDPH, en los que se recogen nuevas relaciones de sustancias contaminantes.

(58) Véase un exhaustivo análisis de esta compleja problemática en mi trabajo *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.

(59) De tal obsesión habla A. EMBID IRUJO. Cfr. «Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico», en la obra, dirigida por el mismo autor, *La calidad de las aguas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994, pág. 120.

la cesión de parte del agua cuyo uso las generaba, ¿no debería seguirse una revisión de aquella autorización para adecuarla a las nuevas circunstancias? Y en el otro lado de la moneda: si el cesionario ya era titular de una autorización de vertido de sus aguas residuales e incrementa los caudales de que dispone por ese negocio —con el consiguiente aumento de aquéllas—, ¿no tendrá que informar a la Administración para actualizar el contenido de su título? ¿Y no correrá incluso el riesgo de verlo revocado por exceder el producto total de los límites jurídicamente tolerados?

Estas cuestiones y otras análogas parecen implícitas en las nuevas previsiones referidas. Y es que, conforme al citado artículo 353 de la reforma del RDPH, cuando el cedente y el cesionario sean titulares de una autorización de vertido deberán hacer constar esta circunstancia al solicitar la autorización del contrato, adjuntando a la documentación normalmente requerida un estudio de los efectos que la cesión pudiese tener sobre aquélla. A la vista de este informe, la Administración hidráulica decidirá, tanto sobre el contrato como, si fuera preciso, sobre una eventual modificación de la autorización o autorizaciones de vertido, en los términos establecidos en el artículo 262 de la reforma del RDPH. Por supuesto, si el poder público constata que la nueva situación derivada de la cesión de derechos comporta un vertido no autorizado, procederá a revocar la autorización del contrato, comunicándolo a las partes pero sin reconocer derecho alguno a indemnización.

La regulación expuesta en síntesis resulta bastante clara. Sin embargo, aún pueden sugerirse algunos puntos no clarificados en el texto reglamentario. Así es, ¿qué ocurriría en el caso de que la modificación de la autorización de vertido para adecuarla a la situación derivada de la cesión no resulta interesante para el cesionario por devengar, por ejemplo, un importe excesivo del canon de control de vertidos o porque debe realizar a sus expensas costosas infraestructuras de depuración con las que, en principio, no contaba? (60). ¿Podría en este caso solicitar la resolución del contrato de cesión alegando falta de rentabilidad? ¿Y debería indemnizar al cedente por incumplimiento de lo pactado? A mi juicio, sí. O, es más, ¿podría intentar evitar esta situación intentando introducir en el contrato de cesión una cláusula que condicionase su perfección a las nuevas exigencias derivadas del tema de los vertidos? ¿Debería autorizar la Administración un contrato de cesión condicionado a la «rentabilidad» de la autorización de vertido? No creo, desde luego, que ése fuese un proceder público correcto.

(60) Otra cuestión: en este caso, ¿debería solicitarse a la Administración hidráulica una autorización de realización de infraestructuras de las analizadas anteriormente? La respuesta, entiendo, resultará de la interpretación que se dé al término «instalaciones precisas para la *realización material* de la cesión», del que la reforma del RDPH hace depender la necesidad de ese título. Así, puede defenderse que esas nuevas instalaciones de depuración se consideren, en última instancia, tales, ya que en su defecto no cabe obtener o mantener la autorización de vertido y sin ésta —en un efecto dominó— la autorización del contrato de cesión queda revocada. O, por contra, puede defenderse una interpretación restrictiva del término, reservándolo sólo a las instalaciones por las que circularán los caudales movilizados por la cesión. A mi juicio, es más coherente con la textualidad de la norma esta segunda interpretación.

Si se plantea esta situación, se evidenciaría por sí sola la innecesariedad de la cesión: el cedente tiene concedido más caudal del que necesita, pues propone cederlo (por lo que nada habría que reprochar a una revisión concesional), y el cesionario iba a concentrar en sus manos unos volúmenes hídricos que realmente no precisa, ya que desiste en su deseo de utilizarlos viendo los inconvenientes que le causan sus vertidos. Lo coherente entonces es otorgar una nueva concesión a favor de un usuario que lo necesite de verdad.

Todos éstos —y otros similares que pudiesen pensarse— son aspectos que probablemente van a plantearse en la realidad pero que el Reglamento deja sin resolver. Su resolución queda diferida a la praxis diaria de la Administración hidráulica. O, en último término, a los Tribunales de Justicia.

VII. LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS DE USO DEL AGUA

Las reflexiones formuladas hasta este momento han venido referidas a aquella manifestación del contrato de cesión que, es de suponer, va a ser la más habitual en la práctica: la celebrada entre dos particulares, concesionarios o titulares de derechos al uso privativo del agua. Habitualidad figurada que, no obstante, no debe eclipsar una variante adicional de este «tipo general» descrito: la regulada en el artículo 71 TRLAg. En efecto, en la misma sección en que la norma fija el régimen jurídico del negocio transaccional sobre el que se viene reflexionando, este precepto reconoce expresamente la facultad de la Administración hidráulica para formular —mediando Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Medio Ambiente (61)— ofertas públicas de adquisición de derechos de usos de agua, con el fin de cederlos posteriormente a otros usuarios a cambio del precio establecido por ella misma. *Modus operandi* alternativo —rubricado legalmente con el nombre de «Centros de intercambio de derechos»— al que se refiere también la reforma del RDPH, que desarrolla aquel artículo 71 mediante la incorporación a su cuerpo reglamentario de un capítulo específico dedicado al mismo: el capítulo II del Título IV (arts. 354 y 355).

1. *El elemento relevante de la figura: la Administración como intermediadora inter privados*

A diferencia de lo que sucede con el modelo común de cesión —en el que, se ha comprobado, se posiciona como autorizadora final del contrato, con intensidad discutible—, la Administración hidráulica adopta, en el caso de los Centros de intercambio de derechos, una ubicación singular.

(61) O, asimismo, a instancia de las Comunidades Autónomas si con las adquisiciones citadas se trata de satisfacer fines de interés autonómico en el ámbito de sus competencias (apartado 2 del artículo).

Así es: *inicialmente*, el poder público ocuparía una posición análoga a la del cesionario —pues obtendría el derecho al uso tras abonar el precio de adquisición—, si bien simultáneamente divergente, toda vez que el sistema ideado para la adquisición del mismo no va a ser, como se verá, la articulación de un contrato singular de cesión. *En un momento posterior*, sin embargo, la Administración hidráulica adoptaría un emplazamiento semejante al del cedente, al transferir mediante precio el derecho previamente conseguido.

Esta posición sucesivamente dual tiene su lógica, y debe llevar a concluir en la evidencia: la articulación de estos Centros supone la prosecución de un procedimiento bifásico —adquisición primera a sus detentadores legítimos de los derechos al uso del agua, cesión posterior de éstos a otros usuarios— en el que la Administración desempeña un papel de intermediaria entre quienes desean ceder y los que anhelan disponer. Intermediaria, por cierto, tal vez demasiado expeditiva, ya que, como evidenció en la doctrina A. EMBID IRUJO (62) y como también puede deducirse del ordenamiento hídrico (63), le va a corresponder tanto definir la posibilidad de transaccionar —ella decide realizar ofertas públicas de adquisición de derechos— como su finalidad última. De esta mediación, o, mejor, de su resultado, debe quedar constancia expresa, exigiéndose notificación a los posibles afectados, publicación en el «BOE» e inscripción en un apartado específico del Registro de Aguas (art. 355.6 de la reforma del RDPH).

2. *El resto de elementos: subjetivo, objetivo y procedimental*

a) *Los sujetos vinculados a los Centros de intercambio.*

La Administración es, acaba de verse, un sujeto principal en la articulación de los Centros de intercambio de derechos. Primero la General —representada a los efectos por el Ministro de Medio Ambiente y el Consejo de Ministros—, que es la que decide su constitución. Y, por supuesto, la sectorial hidráulica, pues ella procede a las ofertas públicas de adquisición de derechos.

El complemento necesario a esta presencia pública viene constituido, sin duda, por los usuarios, igualmente actores principales. Porque son ellos, en primer lugar, los que resuelven ceder sus derechos legítimos al uso del agua concurriendo a la oferta formulada por la Administración. Y porque también son ellos los que, en última instancia, desean disponer

(62) *Una nueva forma de asignación de recursos: el mercado del agua*, op. cit., pág. 38.

(63) Artículo 71.1 TRLAg.: «los Organismos de cuenca quedarán autorizados para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua para posteriormente cederlos a otros usuarios mediante el precio que el propio organismo oferte»; artículo 355.1 de la reforma del RDPH: «la aprobación por el Consejo de Ministros de la constitución del centro de intercambio de derechos de uso del agua facultará al Organismo de cuenca para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos»; apartado 5 de este mismo precepto: «recibidas las solicitudes en los plazos previstos en la oferta pública de adquisición, el Organismo de cuenca resolverá sobre la determinación de los derechos que han resultado adjudicatarios de la oferta».

de más caudales y esperan obtenerlos en la cesión que se sigue de aquella oferta. De hecho, en puridad, es innegable que son estos usuarios la causa por la que se concibe la figura de los Centros: porque hay quienes desean ceder sus volúmenes de agua concedidos —al preferir a su uso la compensación económica que deriva de esa cesión (64)— y, por otra parte, quienes ansían disponer de ellos a la mayor brevedad.

Nótese, y esto es importante, que en todo momento se alude a los *usuarios* como contrapunto a la intervención administrativa. Esto quiere decir que, también en lo que hace a los Centros de intercambio de derechos, los privados que deseen operar en su marco deberán tener esa cualidad, derivada de una concesión o de otro título análogo que les otorgue legítimamente el derecho al uso privativo de las aguas. No puede ser, pues, cualquiera quien pretenda acceder a este sistema, debiendo detentar previamente la condición indicada y debiendo, asimismo, tener inscritos sus derechos en el Registro de Aguas o en el catálogo de aprovechamientos de la cuenca (art. 354.2 de la reforma del RDPH). En este mismo orden de cosas, y a mayor abundamiento, el artículo 355.4 del Reglamento exige a los solicitantes de cesión que acrediten, en la solicitud dirigida con este fin a la Administración hidráulica, el título jurídico que ampara ese derecho al uso privativo de las aguas que desean transferir. No hay, pues, posibilidad de soslayar esta exigencia.

b) *El objeto del intercambio.*

Al igual que en los casos de cesión *inter privados*, conviene no perder de vista el dato sustancial de cuál es el verdadero objeto del intercambio. Y es que, también como en aquéllos, en el sistema de Centros de intercambio lo que se «desplaza» es *el derecho de uso del agua*, nunca el título jurídico que lo legitima. Bien lo indica A. MENÉNDEZ REXACH (65): en estos supuestos se está en presencia de una actuación pública redistribuidora de caudales, nunca recuperatoria, lo que supone —en otras palabras— que la Administración pretende actuar a modo de bisagra en lo que constituye una acción reasignadora general con pretensiones de mejora del sistema de aprovechamientos del recurso. Pero nunca está en su intención —tampoco podría— la modificación del título que sirve de fundamento jurídico al uso (la concesión ordinariamente), en cuyo caso debería recurrir al mecanismo *ad hoc* que constituye la revisión concesional.

(64) A. MENÉNDEZ REXACH destacó este importante matiz al afirmar que «el criterio de los caudales realmente utilizados debería aplicarse como límite para aceptar las ofertas de cesión realizadas por los usuarios ... Si hay un desajuste entre el caudal concedido y el realmente utilizado habrá que revisar la concesión, y no propiciar la obtención de un lucro a costa de un exceso que, en rigor, sería un abuso de derecho. La transferencia debe hacerse a costa de unos caudales que realmente se vienen utilizando pero a los que el usuario renuncia porque prefiere obtener una compensación económica». Cfr. «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas», cit., págs. 77-78.

(65) *Ibidem*, pág. 77.

c) *El procedimiento de intercambio de derechos.*

Como se ha indicado líneas atrás, la realización de las operaciones a las que pretenden dar cobertura los Centros de intercambio de derechos requiere seguir un procedimiento bifásico en el que la Administración desempeña su papel de intermediación entre quienes desean ceder y los que anhelan disponer. Dos fases, pues, que —conviene saberlo— están articuladas normativamente *de manera sucesiva y con arreglo a distintos mecanismos ejecutivos*: así, mientras en una primera quieren adquirirse de sus detentadores legítimos los derechos al uso del agua a través de una oferta pública, en una segunda hay que proceder a su cesión a otros usuarios interesados, sin que los textos de referencia indiquen, no obstante, el modo a seguir. Detengámonos en estas cuestiones.

a') *La oferta pública de adquisición de derechos.*

Conforme a lo que acaba de señalarse, la primera fase del intercambio de derechos consiste en la captación de derechos al uso privativo del agua mediante *la formulación de una oferta pública de adquisición*. Oferta de la que, de acuerdo con los artículos 355.2 y siguientes de la reforma del RDPH, deberá darse necesaria noticia a través de su publicación en el «BOE», en el Diario Oficial de las Comunidades Autónomas afectadas y en al menos dos diarios de amplia difusión, haciéndose constar también en estos anuncios la existencia de un folleto explicativo de la misma, a disposición de los interesados, en la sede de la Administración hidráulica. En todo caso, y con independencia de informaciones adicionales, en ella deberán estar siempre concretados: *a)* el volumen máximo susceptible de cesión y las características de los aprovechamientos que pueden ceder derechos (66); *b)* los requisitos técnicos necesarios para poder acudir a dicha oferta, y en especial los referentes a la calidad del recurso y a los criterios relativos al entorno de las aguas susceptibles de cesión; *c)* los importes máximos y mínimos de la compensación económica anudada a la cesión y las condiciones y formas de pago; *d)* el señalamiento del carácter temporal o definitivo de dicha cesión; *e)* los criterios en virtud de los cuales se procederá a la selección de los derechos objeto de adquisición y a la fijación del precio de la cesión (respetando siempre los principios de publicidad y concurrencia, y considerando a estos efectos las prioridades de usos y la compatibilidad con los Planes Hidrológicos de cuenca y los sistemas de explotación del recurso, así como el menor coste de la adquisición de los derechos susceptibles de cesión), y *f)* el plazo para la presentación de soli-

(66) Lo que, implícitamente, parece dar a entender que no todos los aprovechamientos son susceptibles de ver minorados sus caudales vía concurrencia a estas ofertas de adquisición, ya sea por el destino que se esté dando a sus aguas (piénsese, sobre todo, en los abastecimientos domiciliarios de agua), ya, preferentemente, por los volúmenes hídricos manejados o las condiciones en que se encuentran los mismos.

citades. En estas solicitudes, por su parte, deberá constar la identidad del concesionario o titular que desea ceder, el título jurídico que ampara el derecho al uso privativo del agua que ostenta el solicitante y el volumen que está dispuesto a ceder, así como justificarse el cumplimiento de las reglas fijadas para poder acudir a la oferta pública de adquisición, en especial los referentes a la calidad del recurso y a los criterios relativos al retorno de las aguas susceptibles de cesión. Una vez recibidas en plazo las mismas, el poder público resolverá —conforme a aquellos criterios preestablecidos— sobre los derechos que resulten adjudicatarios de la oferta, notificando esa resolución a los afectados, publicándola en el «BOE» e inscribiéndola en el Registro de Aguas.

No parece que este procedimiento diseñado para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos plantee dificultades de entendimiento, si bien convendría exponer unas breves salvedades en relación con dos de los aspectos indicados. Por una parte, destacar que resulta dudosa la mención que el artículo 355.3.d) de la reforma del RDPH hace al «carácter temporal o definitivo de la cesión», debiendo entenderse que, como tal, ésta tiene que tener en todo caso vigencia temporal limitada. Como se indicó en relación con el contrato de cesión, el título del que normalmente traen causa los derechos que pretenden traspasarse —usualmente la concesión— tiene un evidente carácter finito, lo que impide cualquier traslado de agua definitivo e impone una acomodación entre la vigencia de la transacción y la extensión temporal de la concesión. Por otro lado, y en relación con el precio anudado a la adquisición, nada dice la normativa, pero debe entenderse lógica una divergencia entre la contraprestación dada por la Administración al titular del derecho de uso que se adquiere —precio de adquisición (67)— y el precio fijado posteriormente para el cesionario final —precio de cesión—, más si se recuerda que uno de los criterios de selección más considerados por el poder público era, precisamente, el del menor coste de la adquisición de los derechos (68).

b') *La posterior cesión de los mismos.*

Mayor es la oscuridad que rodea a la segunda fase del procedimiento de intercambio, esto es, a la *cesión de los derechos de uso adquiridos por la Administración a usuarios interesados en los mismos*. Oscuridad derivada, precisamente, del silencio de una normativa que no indica cómo ha de

(67) Del que sólo se resalta su carácter limitado por sus dos extremos (máximo y mínimo) y la posibilidad de incluir un porcentaje para gastos de gestión no superior al 5 por 100 de su total.

(68) Como indicó A. EMBID IRUJO, este precio de adquisición —siempre que se siga el modelo californiano de Bancos de Agua en todas sus consecuencias— podría permitir incluso un cierto margen de beneficio económico para la Administración, ya que resulta difícil imaginar una institución que beneficie a quienes contratan aprovechándose de una organización administrativa pero no a la Administración que hace posible esa contratación. Vid. *El mercado del agua. Consideraciones jurídicas en torno al Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas*, op. cit., págs. 2 y 3.

procederse a la misma. El artículo 71.1 TRLAg. se limita a declarar que la Administración hidráulica queda autorizada para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua «para posteriormente cederlos a otros usuarios mediante el precio que la misma determine», mientras que la reforma del RDPH se centra en exclusiva en desarrollar un procedimiento para aquella primera fase de oferta, planteando así la duda de cómo abordar la cesión subsiguiente.

De la lectura de estas previsiones sólo cabe deducir con claridad la intervención de la Administración hidráulica como cedente. No podía ser de otro modo, toda vez que es a ella a quien se han transferido los derechos de uso. Pero, a renglón seguido, esto ha de significar —y no es cuestión nimia, suponiendo además una primera diferencia significativa con el contrato de cesión de derechos— que en este caso no se está en presencia de una transacción *inter privatos* con control público, puesto que una de las partes es insoslayablemente la propia Administración. Esta afirmación conlleva a su vez, entiendo, un corolario necesario: convenir en la imposibilidad de que sea un contrato de cesión singularizado el procedimiento por el que se lleve a cabo el traspaso de derechos. Por mejor decir: no podrá tratarse de un contrato de cesión puro, si se entiende por tal el que regulan el TRLAg. y la reforma del RDPH, y cuyo régimen jurídico se explica en este trabajo. La realidad indicada —la posición del cedente la ocupa siempre la Administración— excluye la aplicación de algunas de las previsiones pensadas para aquél, sobre todo la que se refiere a la autorización administrativa del negocio. Porque, ¿cabe pensar que el poder público tiene que autorizar un contrato en el que él mismo es parte sustancial? No tendría ningún sentido.

Lo que va a caber entonces para proceder al traspaso de derechos es bien un contrato de cesión *sui generis* (con aquiescencia pública asegurada de principio por la presencia como parte de la Administración), bien, como se ha indicado en la doctrina, la opción por otro sistema. En este sentido se incardina la sugerencia realizada por A. MENÉNDEZ REXACH al plantear que la adjudicación a los cesionarios pudiera llevarse a cabo otorgando concesiones en pública licitación, siguiendo el régimen general de la concesión de aguas y no el de los contratos administrativos (69). Cualquiera de las dos posibilidades enunciadas sería válida desde el punto de vista jurídico.

3. *Unas causas legitimadoras laxas desmienten la excepcionalidad del sistema de Centros*

Visto lo anterior, y llegados a este punto, resta preguntarse por las razones que respaldan este *modus operandi*. En otras palabras: ¿por qué asume

(69) «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas», *op. cit.*, pág. 78.

el poder público una función reasignadora como la descrita, creando un complejo sistema particular, cuando es de presumir que el ejercicio *inter privados* del contrato de cesión está precisamente para cumplir esta misión? ¿Dónde radica el *quid* que impulsa la actuación administrativa en sustitución de la netamente particular?

En el entender del legislador, las causas que justifican la creación de estos Centros de intercambio son las reguladas en los artículos 55, 56 y 58 TRLAg. u otras análogas. Esto es: en presencia efectiva o en riesgo de presencia de una explotación irracional de demanio hídrico, de sobreexplotación de acuíferos, o de una situación excepcional (sequía extraordinaria y similares), *es cuando* la Administración puede decidir la creación de un Centro de los descritos, y ello con el fin de evitar y corregir tales lances y garantizar la explotación racional, la prevención de la sobreexplotación y la superación de las consecuencias de situaciones excepcionales. Tendrían, pues, una misión correctora y preventiva, para cuyo cumplimiento deberían constituirse.

Sin embargo, y como nuevamente pone de manifiesto A. MENÉNDEZ REXACH (70), la laxitud con que puede ser interpretada la primera de aquellas causas (garantía de una explotación racional del demanio hídrico) determina que, en la práctica, cualquier constitución de un Centro de este tipo pueda ser justificada por su contribución a aquélla. Porque, ¿qué constatar a un poder público que afirma —y que puede ser del todo cierto— activar un sistema de mejora colectiva? A la vista de esto, hay que llegar a la conclusión de que este precepto abre, en realidad, una segunda opción redistributiva en absoluto singular, sino de operatividad paralela a los contratos de cesión celebrados entre usuarios particulares. Y es éste precisamente el punto en que radica la diferencia entre la figura descrita y los Bancos de aguas californianos en los que parecía inspirarse: la fórmula estadounidense se restringe a situaciones realmente desusadas —de sequía extrema, en concreto—, mientras que la española, y por esta espita señalada, se ve privada de su carácter excepcional.

(70) *Ibidem*, pág. 76.