MARCO LEGAL DE LOS MERCADOS DE AGUA EN ESPAÑA.

Antonio EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo.

Universidad de Zaragoza (España), (aembid@unizar.es)*

* Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Grupo de Investigación AGUDEMA (Agua, Derecho y Medio Ambiente), integrado en el IUCA (Instituto de Ciencias Ambientales de Aragón) de la Universidad de Zaragoza y su realización ha sido apoyada por el Gobierno de Aragón/Fondo Social Europeo.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL: LA APARICIÓN DEL MERCADO DE DERECHOS DE USO DE AGUA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES.

En el moderno ordenamiento español de aguas la aparición del mercado de derechos de uso de agua tiene lugar tardíamente o, vista la situación desde otra perspectiva temporal, muy recientemente¹. Procede de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, modificatoria de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que es la Ley postconstitucional que comienza su vigencia el 1 de enero de 1986, después de la más que centenaria vigencia de la Ley de Aguas de 1879, con orígenes últimos en la Ley de Aguas de 1866, primer texto legal regulador de las aguas en el Estado constitucional español. Hoy en día, la ley vigente es el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, texto refundido en el que se integran, entre otras, las dos Leyes que he nombrado y que ha tenido muchas modificaciones posteriores. La regulación del mercado de derechos de uso de agua se contiene en los arts. 67 y ss. TRLA² debiendo advertir que en ningún lugar de tal texto se contiene la expresión de “mercado” que aquí se utiliza, por tanto, de una forma descriptiva y no técnica en modo alguno.

En otro lugar he tratado de las causas, en mi opinión, de la introducción de esta novedad normativa y a lo allí especificado ampliamente me remito no sin recordar, sin más, la posición dentro de esas causas del agotamiento de los recursos hídricos tradicionales, la crisis de la agricultura, el ejemplo de lo sucedido en otros países y la consideración, en general, como bien económico del agua³.

¹ Hablo de moderno ordenamiento porque el examen histórico permite comprobar la existencia de mercados de agua más o menos formalizados, en bastantes lugares de España durante los siglos XIX y XX, singularmente en el Levante. Vid. esa realidad en GIL OLCINA (1993, *in totum*) y en LÓPEZ ORTIZ y MELGAREJO MORENO (2007, también *in totum*). Estos mercados tuvieron muy mala consideración por dar lugar al surgimiento de una casta de “aguatenientes” que abusaban de su posición privilegiada, lo que explica que se hayan desarrollado al margen de la Ley, tanto de la de 1866-1879 como de la legislación postconstitucional de aguas (Ley 29/1985). Los mercados no han sido aceptados en ella hasta la Ley 46/1999, modificatoria de la anterior. Las dos leyes se citan luego de forma completa en el texto.

²

³ También con posterior modificación y con desarrollo en los arts. 343 y ss. del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986 con múltiples modificaciones posteriores, entre ellas la llevada a cabo por el RD 606/ 2003 de donde proceden los preceptos citados. En adelante RDPH.

³

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

La Ley 46/1999 crea dos variedades de “mercado”. En una de ellas (el contrato de cesión de derechos de uso de agua), la posición concesional de quien cede sigue existiendo y no se ve afectada por la transacción; en ese contrato la cesión es siempre temporal y, en todo caso, retornarán los derechos al concesionario (cedente) antes –o al tiempo- de que finalice el período de la concesión con independencia de su posible prórroga o real terminación. En la otra (las transacciones que se lleven a cabo a través de los Centros de Intercambio de Derechos), las cesiones pueden ser temporales (al Centro) pero también definitivas, recuperando el poder público, entonces, los derechos de uso de agua en toda su extensión y no teniendo por qué cederlos a otro usuario.

Dentro de estas notas muy generales y propias solo de una introducción (que luego se desarrollará), hay que decir también que se trata de un mercado de derechos sobre aguas públicas. Paradójicamente, las aguas privadas (las que sigan siendo tales tras la operación de demanialización general prevista por la Ley 29/1985, en función del acogimiento de los antiguos titulares privados a la posibilidad de mantener tal titularidad para las aguas

□ Cfr. EMBID IRUJO (2013). Tiene mucho interés el tener claras las razones de la introducción normativa porque eso permite explicar su contenido y avatares. También, en su caso, las disfunciones que

subterráneas y de manantial que regulaba las disposiciones transitorias segunda y tercera de esa Ley) quedan fuera del mercado.

Desde otro punto de vista el mercado de derechos de uso de agua es muestra de la interrelación entre los vectores social (privado) y público combinados con distinto nivel de intensidad. Así:

a) *El contrato de cesión de derechos de uso de agua* se suscribe entre usuarios y supone, como se ha dicho, una transacción solamente temporal. Es la expresión de la participación prácticamente exclusiva de la Sociedad en la reasignación de recursos hídricos⁴.

b) La posibilidad de creación de *Centros de Intercambio de Derechos de uso de agua* sería la muestra de una intervención puramente administrativa que, eso sí, para perfeccionarse necesita de la voluntad de los particulares cedentes al Centro⁵. Es la Administración hídrica quien compra derechos a sus titulares y luego los cede a otros usuarios, de forma temporal o definitiva. Y desde 2006⁶ y en el ámbito territorial del Alto Guadiana, es posible que la Administración que adquiere derechos de uso de agua, reserve parte de los mismos para el medio ambiente sin necesidad de tener que ceder, como en el TRLA, todo lo que adquiere a otros usuarios.

A continuación voy a describir con algo más de profundidad y por separado el régimen jurídico de estas dos figuras (apartados II y III) y luego me referiré a las variaciones del ordenamiento jurídico, más que significativas en algunos casos, sobre las prescripciones originales.

4 puedan producirse en relación al modelo original.

⁴ Digo prácticamente exclusiva en el texto porque, como luego se verá, el contrato precisa de una autorización administrativa. Cfr. de forma general en la doctrina jurídica MENENDEZ REXACH (2001), MOLINA GIMENEZ [2007 a)], NAVARRO CABALLERO (2007), VAZQUEZ COBOS (2000).

⁵ Cfr. MOLINA GIMENEZ [2007 b)].

⁶ Cfr. las disposiciones adicionales segunda y tercera del Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío en determinadas cuencas hidrográficas (BOE núm. 222 de 16 de septiembre de 2006).

II. EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS DE USO DE AGUA.

Como indicaba, la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, crea una figura contractual a la que denomina “contrato de cesión de derechos de uso de agua”. Es un contrato que solo puede celebrarse entre usuarios del agua. Obviamente el que vende los derechos (cedente) debe serlo, pero también debe serlo el adquirente (cesionario), con lo que no es posible que acceda al uso de agua aquél que no posea un derecho de utilización ya, por mínimo que éste sea en relación al volumen adquirido (lo que no deja de ser una evidente contradicción o, por lo menos, carente de una completa lógica dada la posible absoluta disparidad entre lo que se posee y lo que se adquiere).

Al margen de otras decisiones legales, que luego referiré, conviene advertir que la Ley 46/1999 no fue objeto de desarrollo reglamentario hasta varios años más tarde, con la aprobación por el Gobierno, por Real Decreto 606/2003 de una modificación de tal texto⁷. Con ello se aclararon algunas dudas que planteaba la Ley 46/1999 y se adoptaron determinadas decisiones que eran necesarias para una implantación efectiva porque, de hecho, se dio una situación de mercado regulado legalmente sin posibilidad (si se hubiera querido) de hacer uso de él⁸. Tras este desarrollo reglamentario podemos señalar las siguientes notas que completan el régimen jurídico de los contratos ya iniciado en su exposición en el apartado anterior:

a) En relación a los usuarios, se precisa que los derechos transferibles son los de los concesionarios y los de los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas. Los propietarios de aguas privadas que decidieron seguir en esa posición en el momento hábil para ello no pueden usar el nuevo contrato. Los intercambios entre

⁷ Sobre ello vid. SETUAIN MENDIA (2004 *in totum*).

⁸

□ En realidad ese retraso solo puede explicarse por la voluntad gubernamental de no aplicar el mercado y acudir a las tradicionales políticas de oferta pública. Basta con recordar la Ley 10/2001, de 5 de enero, del Plan Hidrológico Nacional, enviada al Parlamento por un Gobierno surgido de las elecciones generales de marzo de 2000 (solo tres meses después de la Ley 46/1999) y que aun con el mismo signo ideológico, disfrutaba de mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados.

miembros de la misma Comunidad de usuarios, quedan al margen de la regulación legal y son sometidos solamente a lo que digan las Ordenanzas de dicha Comunidad.

b) Los contratos están sometidos a autorización de los Organismos de Cuenca. Pero si ésta no opera en un plazo muy breve (uno o dos meses, según circunstancias que no es necesario precisar aquí), el contrato queda autorizado por silencio administrativo positivo (art. 68.2 TRLA)⁹.

En todo caso están tasados en la Ley los criterios que permiten la denegación de la autorización que, además, debe ser motivada. Estos criterios son: que el contrato afecte negativamente al régimen de explotación de los recursos de la cuenca, a los derechos de terceros, a los caudales ambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos o a cualquier incumplimiento legal¹⁰.

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

d) El volumen que puede ser cedido no es, simplemente, el que aparezca en el título concesional puesto que éste puede ser ficticio en relación al que, realmente, puede utilizar el concesionario (el transcurso del tiempo desde que se otorgó la concesión puede tener mucho que ver en esta disparidad). Se trata de que no se transe sobre “agua de papel” y, por ello, se debe poner como tope material del contrato el volumen realmente utilizado por el cedente a cuyos efectos de determinación se atenderá a los cinco últimos años de consumo con posibilidad, incluso, de correcciones atendiendo a las dotaciones-objetivo que fijen los respectivos Planes Hidrológicos de cuenca.

9

□ El Tribunal Constitucional en Sentencia 149/2011 afirmó la constitucionalidad de este silencio administrativo positivo frente al recurso de inconstitucionalidad formulado por el Gobierno de Aragón. Puede verse un estudio específico de esta Sentencia y crítico con la misma en EMBID IRUJO (2013).

10 Es bastante cuestionable que en el escaso tiempo que se concede para el otorgamiento de la autorización pueda, realmente, observarse el cumplimiento, o no, de estos criterios, máxime cuando en determinadas circunstancias la decisión del Organismo de cuenca debe ir precedida del informe de los organismos estatales o autonómicos competentes en materia de agricultura.

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

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

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

h) En cuanto al aspecto económico de las transacciones, es de notar que la legislación habla de “compensación económica” y no de precio como un intento, deliberado, de alejarse del puro mercado precisamente en este aspecto capital¹¹. La Ley dispone que el Ministerio puede fijar un importe máximo, pero esto no ha sucedido en ningún momento en la práctica.

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

¹¹ Probablemente, también, por los malos recuerdos especulativos que trae la idea del mercado. No se pretende –otra cosa es que se consiga– que los titulares que venden derechos obtengan un lucro económico, sino una “compensación” por dejar de utilizar tales derechos. Las palabras llevan todas en sí una determinada carga ideológica; otra cosa es que la realidad pueda desmentir el contenido vinculado a tales palabras.

j) En muchas ocasiones la situación concreta informará de que se deberá también solicitar paralelamente la celebración de contratos (con la Administración titular) sobre el uso de infraestructuras públicas para el transporte del agua cedida. En otras, incluso, solicitar la autorización para construir o adaptar nuevas infraestructuras de transporte. En los dos supuestos se regula un silencio administrativo positivo por el transcurso de cuatro meses desde la presentación de la solicitud.

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

Como veremos posteriormente, estos principios fueron excepcionados con ocasión de la gran sequía iniciada en 2005 y la voluntad de transferir agua, por la vía del contrato de cesión de derechos de uso de agua, entre distintas cuencas; más adelante, incluso, ha existido una significativa modificación del art. 72 TRLA para que incluso en situaciones normales baste con la autorización administrativa para viabilizar estos contratos sin que sea necesario esa previsión legal previa.

En general esta regulación que se ha expuesto en sus líneas más importantes resulta bien estructurada jurídicamente y con muchos mecanismos para evitar la especulación y el mal uso del agua conseguida con base en estos contratos. Solo el sistema de silencio administrativo positivo por si no se contesta a la solicitud de autorización del contrato, con los breves plazos de producción del silencio es, en mi opinión, algo que debía haber sido regulado con más matices y con presunción de negatividad del silencio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, como ya he dicho, en su Sentencia 149/2011, de 28 de septiembre, ha avalado este sistema legal¹².

¹² Obviamente todo lo indicado ampara los contratos que se celebren en su aplicación. N. HERNÁNDEZ y L. DE STEFANO (2013) han descrito magistralmente la situación de informalidad que en muchos casos existe.

III. LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS DE USO DE AGUA.

La otra forma de mercado de derechos de uso de agua que regula la Ley 46/1999 (y ahora el TRLA) es la posibilidad de constituir Centros de Intercambio de Derechos de Uso de Agua. Lo que dispone sobre el particular la Ley es que en los casos en que se den una serie de circunstancias (como sequías extraordinarias, declaración de acuíferos sobreexplotados, vid. el art. 71 TRLA) el Consejo de Ministros puede autorizar la constitución de estos Centros de Intercambio de Derechos de Uso de Agua en los Organismos de Cuenca. Hasta el momento se han constituido en las cuencas del Júcar, Segura, Guadiana y Guadalquivir de entre las de gestión de la Administración del Estado¹³.

Estos Centros actúan mediante ofertas públicas de adquisición de derechos (con un régimen muy semejante al de la contratación pública puesto que su fundamento, en el fondo, es el mismo), pudiendo ser esa adquisición temporal o definitiva. Pueden adquirir derechos sobre aguas públicas, pero también aguas privadas (es, por tanto, una de las formas de transformación de la propiedad privada de las aguas en propiedad pública y situación que diferencia la regulación de los contratos de cesión de derechos de uso de aguas, contratos a los que no pueden acceder los propietarios privados, y los Centros de Intercambio de Derechos de Uso de Agua, que sí pueden adquirir aguas de propiedad privada).

Con posterioridad el Centro debe llevar a cabo ofertas para que los usuarios adquieran derechos de uso sobre esos caudales previamente adquiridos por él. En el sistema original del TRLA, no cabe reservar derechos para utilizaciones ambientales. Desde el Real Decreto-Ley 9/2006 antes citado, eso es posible para el Alto Guadiana, lo que se hace en atención a los graves problemas de sobreexplotación de acuíferos que se viven en ese lugar y que dieron lugar, posteriormente, hasta a la aprobación de un Plan Especial del Alto Guadiana por el Real Decreto 13/2008.

¹³ Existen algunos ejemplos de constitución de órganos semejantes en algunas cuencas de gestión de las Comunidades Autónomas pero son muy poco relevantes.

IV. LAS SIGNIFICATIVAS MODIFICACIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ORIGINAL.

Este ordenamiento ha conocido algunas modificaciones bien significativas (ya mencionadas en algún caso). Modificaciones temporales por situaciones de sequía (1), que luego se generalizan en algunos de sus aspectos (2) y una regulación singular para el ámbito del Alto Guadiana (3).

1. LA REGULACIÓN EXCEPCIONAL, EN SITUACIÓN DE SEQUÍA, DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE DERECHOS DE USO DE AGUA ENTRE DISTINTAS CUENCAS HIDROGRÁFICAS.

Lo que se indica en la rúbrica operó con ocasión de la gran sequía iniciada en 2005. En ese momento se dictó el Real Decreto-ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua, prorrogado anualmente hasta llegar al Real Decreto-ley 14/2009, de 4 de diciembre, que ha estado vigente hasta el 30 de noviembre de 2010 habiendo acabado en él la vigencia del derecho excepcional¹⁴.

Subrayo este hecho porque nos informa de un carácter más que singular del mercado de derechos de uso de agua en España: sus escasas notas de puro “mercado” (entendido como una transacción a la que dos partes llegan como resultado de su estricta y exclusiva voluntad, dentro de un determinado marco jurídico, obviamente) y más bien la existencia de un mercado intervenido por la Administración no solamente por la presencia de determinados elementos de control posteriores a la acción de las partes –aunque sean bien lábiles-, sino por la misma creación, para una situación muy concreta, del régimen jurídico de las transacciones muy probablemente adecuado a lo que las partes comunican a

¹⁴ He estudiado las características de este Real Decreto-ley en EMBID IRUJO (2011, pp. 38 y ss.). Vid. también NAVARRO CABALLERO (2008, pp. 108 y ss).

la Administración sobre cuáles son sus necesidades¹⁵. Como además ello coincide con lo que la Administración entiende que es de interés público (allegar recursos a determinadas zonas del territorio nacional por esta vía de asignación indirecta, ya que no hay recursos hídricos “directos” que asignar dada la situación de sequía existente) surge, de esa forma, el peculiar mercado de derechos de la época de la sequía (2005-2009) que ha sido también, cuantitativamente hablando, lo más notable de las experiencias de mercado hasta ahora sucedidas en España¹⁶.

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

a) Que no sólo los derechos concesionales son los trasmisibles. También lo son los derechos “al uso de agua adscritos a las zonas regables de iniciativa pública cuyas dotaciones brutas máximas figuren en los Planes Hidrológicos de Cuenca (art. 2.1)¹⁷.

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

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

d) Que determinadas infraestructuras estatales se declaren hábiles para transportar las aguas objeto de contrato entre cuencas. Así, las infraestructuras de

¹⁵ Esto es una suposición personal, obviamente, que puede estar completamente equivocada y lo asumo ya de entrada y, si es preciso, expreso también anticipadamente mis disculpas por poner negro sobre blanco lo que opino sobre la génesis de tal Real Decreto-ley.

¹⁶ Para todos los ejemplos sobre esos contratos y reflexiones sobre su significación, es imprescindible HERNÁNDEZ MORA y DEL MORAL (2015).

¹⁷ La razón de esta precisión radica en que en tales zonas regables no suelen existir concesiones para el uso de aguas.

conducción entre la cuenca del Guadalquivir y la del Sur, o entre la del Tajo y la del Segura.

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

2. LA MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS PARA FACILITAR LA UTILIZACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSFERENCIAS DE RECURSOS HÍDRICOS ENTRE TERRITORIOS DE DISTINTOS ÁMBITOS DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA EN CUALQUIER TIEMPO.

Como se ha indicado, en el diseño original por la Ley 46/1999 del que luego fue art. 72 TRLA, la suscripción de contratos de cesión de derechos de uso de agua para transportarla entre territorios de distintos ámbitos de planificación hidrológica se hacía dependiente de la presencia de esa posibilidad en el Plan Hidrológico Nacional (PHN en adelante) o en las leyes singulares reguladoras de cada trasvase (transferencia en términos técnicos tras el PHN de 2001). En suma, era necesaria una suerte de autorización legal previa de dichos contratos tras la cual vendría la autorización (administrativa) del uso de estas infraestructuras por parte del Ministerio de Medio Ambiente (denominación entonces existente).

Este texto pasó posteriormente sin variación al TRLA de 2001 constituyendo su art. 72 pero la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, introdujo, mediante su disposición final cuarta, determinadas modificaciones en el TRLA y, entre ellas¹⁸, llevó

18

□ Esta Ley en el ámbito de las aguas también contenía prescripciones relativas al trasvase entre la cuenca del Tajo y del Segura (reglas de explotación) y que fueron impugnadas por la Comunidad Autónoma de Aragón por haberse adoptado sin pedir a la Comunidad Autónoma el preceptivo informe que para ello contiene el Estatuto de Autonomía de Aragón (la Comunidad tiene una pequeña parte de su territorio en la cuenca del Tajo, y la necesidad de informe se predica en relación a los trasvases u obras hidráulicas que afecten a su territorio). La STC 13/2015, de 5 de febrero, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de tales disposiciones. Posteriormente la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, ha reiterado el mismo contenido de la Ley 21/2013 (vid. disposición adicional quinta,

a cabo la reforma del art. 72 del TRLA para construir un texto más complejo en cuyo apartado primero se indica que sin necesidad de base legal específica del contrato (en el PHN o en la ley reguladora de cada trasvase, como antes), la mera autorización por parte de la Dirección General del Agua de los contratos que celebren usuarios de distintas cuencas, servirá para la utilización de las correspondientes infraestructuras de transporte¹⁹. El siguiente cuadro en el que se contienen las sucesivas regulaciones que tan sucintamente se han resumido aquí, permite observar claramente, con la ayuda de los correspondientes resaltes tipográficos, la significativa variación aprobada.

TEXTO ORIGINAL ARTÍCULO 72	TEXTO ART. 72.1 REFORMA 2013
<p>Sólo se podrán usar infraestructuras que interconecten territorios de distintos Planes Hidrológicos de cuenca para transacciones reguladas en esta sección <i>si el Plan Hidrológico Nacional o las leyes singulares reguladoras de cada trasvase así lo han previsto</i>. En este caso, la competencia para autorizar el uso de estas infraestructuras y el contrato de cesión corresponderá al Ministerio de Medio Ambiente, entendiéndose desestimadas las solicitudes una vez transcurridos los plazos previstos sin haberse notificado resolución administrativa.</p>	<p>1. <i>La Dirección General del Agua podrá autorizar la cesión de derechos, a que se refiere esta sección, que implique el uso de infraestructuras que interconectan territorios de distintos Planes Hidrológicos de cuenca,</i>²⁰ <i>esta autorización conlleva la de uso de las infraestructuras de interconexión</i>. Se entenderán desestimadas las solicitudes de cesión una vez transcurridos los plazos previstos sin haberse notificado la resolución administrativa.</p>

disposición transitoria primera y disposiciones finales primera y segunda) sin que la Comunidad Autónoma de Aragón llegara a adoptar el informe que a esos efectos le solicitó el Congreso. Traigo aquí este recuerdo, aunque pueda parecer un poco marginal al tema que trato, por la evidente influencia que el trasvase Tajo-Segura tiene sobre el régimen jurídico de los trasvases y, a su vez, por cómo éste se modifica con el subconsciente del Tajo-Segura –seguro- en la voluntad del legislador.

¹⁹

□ Se han añadido además al art. 72 unos apartados 2 y 3 (el original art. 72 no estaba dividido en apartados). El primero sobre el régimen económico-financiero aplicable a estas transacciones que será el establecido en las normas singulares que regulen el régimen de explotación de las correspondientes infraestructuras y el tercero para decir que la autorización de estas cesiones no podrá alterar lo establecido en las reglas de explotación de cada uno de los trasvases. Esta última cuestión es una precaución que no debe desdeñarse y otra vez en el caso del Tajo-Segura (de tanta importancia, vuelvo a subrayar, en la creación del régimen jurídico de los mercados) da lugar paralelamente a la modificación de sus reglas de explotación.

²⁰

□ Obsérvese la deficiente redacción del precepto. Aquí, en lugar de una coma, debería existir un punto o, mejor, un punto y coma.

La modificación normativa operada por la Ley 21/2013 es, sin duda, heredera de los distintos Reales Decretos-leyes dictados a partir de 2005 para luchar contra la fuerte sequía que entonces se produjo y que fueron prorrogados hasta 2009²¹. También en aquéllos textos se excepcionaba en relación al régimen jurídico presente en el TRLA –entre otras cosas– que los contratos de cesión de derechos estuvieran previstos en el PHN o en las leyes singulares reguladoras de cada trasvase bastando con la autorización de la Dirección General del Agua para legitimar tanto los contratos como la utilización de las infraestructuras. Estos sucesivos Reales Decretos-leyes permitieron, como es sabido, la celebración de varios contratos para transportar agua desde la cuenca del Tajo a la cuenca del Segura y desde la del Guadalquivir a la del Sur. Pero lo que ahora sucede con la nueva norma es que se eleva a la regulación general y permanente del TRLA lo que en aquél momento era una regla de urgencia (por eso se utilizaba el Decreto-ley) y limitada temporalmente al período de tiempo anual (año hidrológico) al que se extendía la vigencia de cada Real Decreto-ley, para poner en ese tiempo algún remedio a una situación crítica que amenazaba fuertemente el desarrollo agrícola (y, por tanto, económico) en algunas cuencas hidrográficas.

La cuestión que se apunta no es, por tanto, baladí ni mucho menos en tanto que con la mera previsión del TRLA se pueden autorizar contratos fuera de situaciones extraordinarias, para las situaciones normales (hidrológica y, por tanto, social y económicamente) lo que, simplifcadamente, permite plantear dos cuestiones (problemas) desde el punto de vista de la planificación hidrológica:

- a) La pérdida de relevancia de la planificación hidrológica en un ámbito que forma parte de los temas clave de la política hídrica del país y, además, es esencialmente polémico, y
- b) La compatibilidad entre planificación hidrológica y mercado.

En el apartado final del trabajo, volveré sobre estas capitales cuestiones.

21

□ Vid. mayor desarrollo en EMBID IRUJO (2013, pp. 40 y ss.) con toda la excelente bibliografía que sobre esa cuestión cito en ese trabajo.

3. EL MERCADO DE DERECHOS DE USO DE AGUA EN EL ÁMBITO DEL ALTO GUADIANA.

Trato ahora de una normativa que excepciona la regulación general en función de un espacio territorial concreto: el Alto Guadiana tal y como se delimita en el Real Decreto 13/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Plan Especial del Alto Guadiana²², Plan que encuentra su legitimación en la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional²³.

En el caso que nos ocupa las previsiones de un comercio de derechos de uso de agua, se encontraban en las normas del citado Plan (Anexo I, publicadas en el suplemento del número 21 del BOE de 24 de enero de 2008). Pero la modificación del TRLA por Real Decreto-ley en mayo de 2012 que luego se transforma en la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente (disposición adicional 14^a), lleva a cabo una variación en el mismo.

Con el anterior párrafo ya he comenzado a centrar los datos normativos que se tienen que tener en cuenta. Efectivamente la Ley 11/2012, procede a introducir una nueva disposición adicional decimocuarta en el TRLA titulada “Cesión de derechos y transformación de aprovechamientos por disposición legal en concesiones, en el ámbito del Alto Guadiana”, modificación que tiene distintas virtualidades que se irán desgranando en este apartado, y el elemento común de referirse, en lo que hace referencia al mercado, a aguas subterráneas inscritas en el Registro de Aguas en las Secciones A o C o en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca, depende de las medidas que se prevean.

22

□ Vid., el art. 4 del Real Decreto 13/2008 cuyo apartado primero indica que el PEAG “es aplicable a la cuenca del río Guadiana, aguas arriba de la desembocadura del río Jabalón, incluyendo la cuenca de éste”. El apartado segundo permite la sectorialización territorial de las medidas del PEAG tal y como se incluye en los mismos documentos de éste.

23

□ Si bien a donde hay que ir a buscar la legitimación jurídica para muchas de las medidas contenidas en el PEAG (aprobado por el Real Decreto 13/2008) es en la disposición adicional segunda (“medidas urgentes de aplicación al Alto Guadiana” del Real Decreto-ley 9/2006, de 15 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío en determinadas cuencas hidrográficas, antes citado en nota.

Debe advertirse también que determinados acuíferos sitios en el PEAG fueron en el pasado objeto de la declaración de acuífero sobrexplotado (hoy la terminología, proveniente de la DMA, es la de masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico) y que para superar tal situación, con problemas ambientales (y sociales y económicos) muy graves se adoptaron a lo largo del tiempo distintas medidas hasta llegar al mencionado PEAG aprobado por el Real Decreto 13/2008. Curiosamente esta disposición adicional decimocuarta (nueva) del TRLA ve la luz en un momento de excepcional recuperación de los acuíferos en ese lugar producto de las abundantísimas lluvias iniciadas en 2009 y que han contemplado un renacimiento del río Guadiana y la vuelta a la vida del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel, así como una subida – congruente con las dos anteriores menciones- de los niveles piezométricos auténticamente sorprendente.

Dicho lo anterior, añado que desde la perspectiva del mercado de derechos de uso de aguas, las decisiones que se adoptan en los dos primeros apartados de esta disposición adicional decimocuarta tienen como referencia común que aun celebrándose un contrato de cesión de derechos de uso de agua –cosa que no se nombra expresamente ni, creo, es condición de los resultados que se prevén-, éste no tendría por sí mismo ninguna de las virtualidades que en el régimen común aparecen predicadas del mismo (vid. arts. 67 y ss. TRLA) sino que la transformación de derechos (llamémosle todavía así) va a operar exclusivamente por medio del otorgamiento de concesiones por parte de la Administración Hídrica (Confederación Hidrográfica del Guadiana) que seguiría a los eventuales acuerdos entre particulares, y ello aun cuando, equívocamente, se diga en algunos momentos en tales disposiciones que esos acuerdos producen una transmisión, cosa que contemplados los preceptos en su conjunto, no es así. Estamos ante un –aparente- reverdecimiento del régimen concesional bien que marcado en todo caso –predeterminado- por los previos acuerdos entre los particulares, lo que debe limitar cualquier consideración –entusiasta o

no- que se quiera hacer de esta suerte de “reaparición” del régimen concesional. Veamos todo ello más despacio²⁴.

A) LAS CESIONES TOTALES E IRREVERSIBLES DE DERECHOS INSCRITOS EN EL REGISTRO DE AGUAS Y EN EL CATÁLOGO DE AGUAS PRIVADAS, SON EFECTIVAS MEDIANTE EL OTORGAMIENTO DE UNA CONCESIÓN. UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL DE ÉSTA.

Observemos, en primer lugar, la originalidad del sistema previsto en el apartado primero de la nueva disposición adicional decimocuarta: puede haber contratos entre particulares acerca de la transmisión de derechos (totales e irreversibles, característica que siempre debe ser notada), pero esos acuerdos son solamente un presupuesto de la transmisión, una condición necesaria pero no suficiente, porque la transmisión solo será efectiva mediante el otorgamiento por el Organismo de Cuenca (Confederación Hidrográfica del Guadiana) de la correspondiente concesión que está marcada en su contenido por lo que previamente hayan dispuesto los particulares en su acuerdo.

Una concesión, entonces, que desde un punto de vista supone la consagración del cambio de naturaleza jurídica de las aguas privadas anotadas en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca y desde otro, el cambio del titular de las hipotéticas concesiones inscritas en la Sección A del Registro o de los aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en la Sección C (provenientes de quienes optaron en el marco de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, por la conversión de su titularidad privada en pública), lo que sería plenamente operativo a partir del 31 de diciembre de 2035 mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión para la que tenían derecho preferente encontrándose antes en la situación de titulares de un aprovechamiento temporal de aguas privadas, situación que ahora podría

²⁴ Lo que sigue es una reproducción bastante literal de lo que escribí en EMBID IRUJO (2013). Con posterioridad vid. AAVV (2014): *Las novedades del régimen legal de las aguas subterráneas*, Revista Jurídica de Castilla La Mancha, 54.

cesar –anticipadamente- si cedieran sus derechos a otro titular y éste obtuviera –condición imprescindible- la concesión mencionada en la disposición adicional decimocuarta TRLA.

El precepto supone, entonces, una fuerte apuesta por las transformaciones de los derechos privados sobre aguas en derechos públicos (transformación de las aguas privadas en públicas, en realidad) y también y desde otra perspectiva, por dar facilidades para que las situaciones de temporalidad propias del contrato de cesión de derechos de uso de agua (que no se nombra para nada en esta regulación ni, creo, guarde relación alguna con lo que aquí se trata pero traigo la mención a título comparativo), se transformen en la disposición que se comenta en situaciones más consolidadas (e irreversibles). Todo desemboca, por tanto, en el otorgamiento de una concesión para la que se fija un régimen jurídico especial, con unas notas singulares que sumar, obviamente, a las propias generales del régimen concesional presentes en la legislación de aguas.

En ese régimen jurídico especial las notas más destacadas son:

- a) El volumen que deberá figurar en la concesión. Este parece que no tiene por qué ser el que refieran los que suscriban los acuerdos que, se supone, se correspondería (la cesión es total e irreversible) con el de los títulos concesionales (sección A del Registro de Aguas), el de los aprovechamientos temporales de aguas privadas (sección C del Registro de Aguas) y lo anotado en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca, en su caso. Aquí la existencia de un régimen de sobreexplotación de acuíferos (masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico) determina necesariamente la imposibilidad jurídica de acudir a ese resultado cuando los acuerdos se refieran a las dos Unidades Hidrogeológicas declaradas sobreexplotadas en el ámbito territorial del PEAG porque, en ese caso, lo que transmitirían los cedentes y luego reflejarían las concesiones sería una pura “agua de papel”, quizás jurídicamente acreditada pero no existente de forma física en la realidad. Cosa que sería de auténtica gravedad, sobre todo si ello figurara así en el documento concesional. Y tampoco me parece que en relación al resto de los acuíferos, aun sin declaración de sobreexplotación, deba coincidir necesariamente el contenido de la concesión otorgada con los títulos inscritos en

los distintos registros. Y ello por la vulnerabilidad demostrada del Alto Guadiana que lo ha hecho, a lo largo del tiempo, merecedor de distintos tipos de medidas de protección, sin excesivo éxito hasta las últimas lluvias, aun cuando éstas no sean encajables, obviamente, dentro de las medidas de protección.

Por ello el precepto indica que “el volumen de agua concedido será un porcentaje del volumen objeto de transmisión. Ese porcentaje se determinará en atención a las condiciones técnicas y ambientales que concurran y, en su caso, vinculado al programa de actuación para la recuperación del buen estado de la masa de agua”.

La prescripción mencionada es en el plano de la teoría bien plausible. Ese, y no otro, debe ser el principio a tener en cuenta. Otra cuestión es la aplicación de la norma y cómo se concrete el porcentaje previsto en ella en la realidad, porque el precepto en sí no da pistas concretas y permite distintas formas de abocar a diferentes resultados también. Si se hubiera hablado, simplemente, de reflejar lo existente en el plan de actuación sobre la cuantificación de los derechos susceptibles de utilización, la forma de enjuiciamiento de la norma debería ser diferente en relación a las dos Unidades Hidrogeológicas declaradas sobreexplotadas. Formas y resultado que, supongo, deberán ser conocidas con anterioridad por los que suscriban los acuerdos porque de su conocimiento depende, obviamente, no sólo el precio de la transmisión sino hasta la misma decisión sobre la conveniencia de adquisición.

En todo caso y dados los antecedentes de las masas de agua subterránea en ese lugar, toda precaución a recomendar parece poca para que no puedan agravarse situaciones históricas que ahora conocen un cierto paréntesis por la recuperación espectacular de las masas de agua en función de las lluvias iniciadas en 2009. Pero, insisto, la memoria histórica es determinante del comportamiento que se debe tener, ahora y en el futuro, porque la regulación que se indica no tiene ningún plazo temporal para ser ejecutada (solo, indirectamente, podríamos decir que la fecha tope para ello será el 31 de diciembre de 2035, porque es a la que

va a ir referida la concesión que hipotéticamente se otorgue, tal y como veremos *infra*).

- b) El mismo elemento precautorio determina otra de las condiciones jurídicas de la adquisición: si el destino del agua cuyos derechos se van a disfrutar por el otorgamiento de la concesión va a ser el regadío, “no se podrá incrementar la superficie de riego que ya tuviera reconocida el cedente”. Elemento de precaución pero cuya última concreción necesita algunas palabras adicionales: quien sí puede incrementar su superficie de regadío y en la misma extensión que tuviera el cedente, es, como parece obvio, el que va a resultar titular de la concesión, en el caso de que se otorgue. Se supone que la concesión reflejará esas nuevas condiciones territoriales, fundamentalmente la del lugar que va a ser regado con los caudales adquiridos (más bien otorgados)²⁵, y las demás precisiones usuales en el ámbito de las concesiones para riego. Es también posible –aunque sobre eso, por elemental, no dice nada el precepto comentado– que no haya incrementos de la superficie hasta la proporción permitida, y que los derechos de agua “nuevos” se destinen –en todo o en parte– a la mejora de las dotaciones de las que ya disponía el adquirente.
- c) La fecha de finalización de la concesión es significativa: 31 de diciembre de 2035. Parece que se tratara de volver a la letra y espíritu de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, en el sentido de que es la misma fecha a la que iba allí vinculada la situación de aprovechamiento temporal de aguas privadas de la que disfrutaban los titulares de aguas privadas que hubieran optado por el sistema público. Ahora simplemente se otorga una concesión con un plazo limitado (un poco más de 20 años en el momento que se aprobó la novedad normativa) predicándose igual conclusión que en la Ley 29/1985, de tener en ese momento preferencia para obtener una nueva concesión.

²⁵ Porque si el lugar va a ser el mismo del cedente, lo que entonces se habría producido es una adquisición de las tierras de éste con la consiguiente adquisición también de las concesiones a ellas vinculadas. Ello no tiene nada que ver, obviamente, ni con éste régimen especial ni con el general de los

- d) La concesión a otorgar ahora tiene un régimen privilegiado en relación al general en otros aspectos de la misma. Así se prescindirá del trámite de competencia de proyectos y el plazo máximo para su otorgamiento es de 9 meses (18 en el régimen común, ex disposición adicional sexta TRLA) sin que se varíe el sistema de silencio administrativo negativo ahora existente.

Apostillo, finalmente, que la Administración Hídrica no dispone expresamente de la alternativa que aparece en el último inciso del art. 68.3 TRLA dentro de la regulación del contrato de cesión de derechos de uso de agua: el poder adquirir los caudales transados entre los particulares por el precio de adquisición “rescatando los caudales de todo uso privativo” tal y como indica el precepto citado. En realidad en ningún supuesto de la nueva disposición adicional decimocuarta se indica nada en relación a que exista un precio que deba figurar en el acuerdo (no es un contrato de cesión de derechos de uso de agua lo que se celebra por los particulares, eso ya lo he indicado expresamente al comienzo del tratamiento de este punto, pero sí un “acuerdo”) que los particulares deban hacer llegar a la Confederación Hidrográfica del Guadiana, silencio que parece difícilmente explicable²⁶. No hay, por tanto, posibilidad de usar este método para vincular volúmenes de agua al medio ambiente, por ejemplo. O a disponer de esos caudales libremente para destinarlos a utilidades distintas de las que hubieran dispuesto los suscribientes del acuerdo que luego habrán elevado a la Confederación Hidrográfica del Guadiana para la consagración definitiva de su voluntad en forma del otorgamiento de la correspondiente concesión. Lo que los particulares disponen, determina ineludiblemente el sentido final de la concesión porque si no se da la concesión, los derechos de uso de agua (sea cual fuere la naturaleza jurídica de éstos) quedan en poder del cedente (primitivo titular) que quería transmitirlos a otro usuario. El negocio jurídico privado, que estaba sometido a una condición para ser realmente eficaz (el otorgamiento de la concesión), desaparece de la vida jurídica. Sin más

contratos de cesión de derechos de uso de agua. Es el tradicional comercio de agua que se ha producido y se produce entre nosotros mediante la adquisición de la tierra a la que el agua está adscrita.

²⁶

□ Inexplicable en relación a lo que suele suceder en cualquier tipo de transacción. Que ello pueda dar lugar al cruce de un dinero “negro” en la adquisición (previa) de caudales que luego se reflejarán en la concesión otorgada, sería una consecuencia no expresa en el ordenamiento jurídico creado –obviamente- ni entraría su control dentro de las competencias propias de la Administración hídrica competente (Confederación Hidrográfica del Guadiana).

consecuencias jurídicas y en el ámbito de lo público, otra cuestión es la relación entre los particulares que suscribieran el primitivo acuerdo que no ha concluido, por los motivos que fuere, en el otorgamiento de la concesión²⁷.

B) LAS CESIONES PARCIALES E IRREVERSIBLES DE DERECHOS, OPERAN TAMBIÉN MEDIANTE EL RÉGIMEN CONCESIONAL. CARACTERÍSTICAS DE LA CONCESIÓN Y DE LA MODIFICACIÓN CONCESIONAL QUE DEBE DE EXISTIR.

La segunda posibilidad de mercado de derechos de uso de aguas es la que aparece en el apartado segundo de la nueva disposición adicional decimocuarta. Ésta solo está abierta a quienes tengan sus derechos (concesionales) inscritos en la Sección A del Registro de Aguas y consiste en que “excepcionalmente” se les podrá autorizar a transmitir irreversiblemente “una parte” de sus derechos (en el apartado primero recuérdese que se trataba de la transmisión de la totalidad de los derechos) a otros titulares de aprovechamientos “siempre que se declare de manera expresa el volumen de agua al que se renuncia y se identifique de forma inequívoca la extensión de tierra que se dejará de regar”. Pero la operatividad de este acuerdo necesita –igual que lo que se acaba de estudiar en el punto anterior- de la aplicación del régimen concesional, lo que quiere decir que la transmisión (su autorización) solo opera mediante el otorgamiento la concesión de la forma que inmediatamente diré, y que no hay transmisión decidida por los particulares que valga si no hay posterior otorgamiento de la concesión²⁸.

Porque, efectivamente, el precepto concluye indicando que “esta transmisión se realizará mediante la modificación de características de la concesión cedente y el

²⁷ Esas consecuencias puramente privadas se derivarían, probablemente, de lo que los particulares hubieran incorporado sobre esa posibilidad al acuerdo por el que acordaran la trasmisión.

²⁸ □ Como se habrá podido colegir, por tanto, de éste y de otros comentarios que he realizado, la técnica jurídica que se denota en esta disposición no es especialmente brillante. Más bien lo contrario. Lo que se dice no es enteramente preciso y necesita, inmediatamente, del correspondiente comentario para poder ser entendido (y aplicado).

otorgamiento de concesión para el cesionario, expedientes que se tramitarán obligatoriamente de forma conjunta”.

Finalmente añado dos reflexiones adicionales: la primera es el resultado de autoplantearme la cuestión de porqué se regula esto en relación a quienes tienen sus títulos inscritos en la sección A del Registro, y no a los que los tienen en la Sección C. Esta pregunta solo puede tener su respuesta en el sentido institucional de la legislación de aguas: operar de esa forma alternativa significaría pasar, sin más, al régimen concesional pero no para solo una parte de los derechos inscritos, sino para la totalidad (por la aplicación de lo previsto en las disposiciones transitorias segunda y tercera, originalmente, de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas). No tendría sentido, entonces, esa previsión y, por tanto, es adecuado que –con las evidentes precauciones que acabo de señalar- se trate solamente de la cesión parcial de derechos concesionales inscritos en la Sección A del Registro de Aguas.

La segunda es una mera constatación: proceder de la forma que se acaba de comentar para la cesión “parcial” (e irreversible) de unos derechos que, además, solo operarán por la aplicación del régimen concesional posterior, supone que en el ámbito territorial del PEAG la aplicabilidad del contrato de cesión de derechos de uso de agua es de dudosa posibilidad jurídica por el hecho de que su objeto está ya cubierto por la nueva prescripción normativa. Está claro que esa cesión parcial ya solo podría tener lugar a través de la disposición adicional decimocuarta, apartado segundo, y no a través de lo regulado en los arts. 67 y ss. TRLA. Y que, además, lo regulado en esa disposición no otorga a la voluntad de los particulares el “señorío” completo sobre la transmisión de los derechos sino, a lo más, la capacidad de iniciar un procedimiento administrativo que deberá terminar –o no- con el otorgamiento de la correspondiente concesión y la modificación de la primitiva. Si esto significa un anticipo del porvenir que en el plano de lo general y no limitado al Alto Guadiana y en el marco de una hipotética reforma de la legislación de aguas, espera a los arts. 67 y ss. TRLA, ello debe quedar a la imaginación de los comentaristas. Sinceramente no creo que sea así sino que las características tan singulares del Alto Guadiana y sus problemas hídricos tradicionales –aun enmascarados por abundantes lluvias y la recuperación cuantitativa consiguiente de las masas de agua subterránea, cuestión que la

experiencia enseña que será solo un resultado temporal- determinan la búsqueda, supongo que en todo caso reflexiva y consciente, de nuevas fórmulas de asignación de recursos hídricos, atípicas en relación a lo hasta ahora conocido en nuestro ordenamiento jurídico²⁹.

C) TRANSACCIONES Y UBICACIÓN TERRITORIAL DE LOS DERECHOS CEDIDOS. LA CUESTIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE CONDUCCIÓN.

El apartado tercero de esta disposición adicional decimocuarta dispone que “la cesión de derechos en los términos establecidos en los dos apartados anteriores, podrá efectuarse sin infraestructuras de conducción cuando el cedente y el cesionario pertenezcan a la misma masa de agua subterránea”.

El juicio sobre este precepto tiene que ser positivo, en principio, en cuanto representa una adecuación al mundo de las aguas subterráneas de algo que ya funciona así, sin precepto expreso, en el ámbito de las aguas superficiales. Efectivamente, también puede haber mercado sin construcción o uso de infraestructuras en el caso que las aguas puedan ser transportadas a través de un cauce (río, afluente, arroyo), dejadas de captar por el cedente y captadas por el cesionario...siempre sin afección a terceros y dentro del cumplimiento de las condiciones que, en otro caso, justificarían la negativa a la autorización del contrato.

En el caso del precepto que nos ocupa, se utiliza el verbo “podrán”, habitual en los preceptos relativos a las actuaciones de la Administración Pública y que suele presentar dificultades de interpretación jurídica. La interpretación adecuada para este caso es, en mi opinión, que no habrá necesidad de construir infraestructuras de conducción para las transacciones que operen dentro de la misma masa de agua subterránea...a no ser que sea necesario hacerlo, porque la situación en ámbitos territoriales alejados de la misma masa, puede ser hídricamente muy distinta y, por tanto, el mero hecho de que alguien deje de

²⁹ Y es la eficacia de las mismas la que determinará ineludiblemente su porvenir. Habrá que estar muy atentos a las noticias e informaciones que se hagan públicas sobre la aplicación de esta nueva normativa.

captar para que otro capte en un punto alejado, puede no ser tan simple o tener, vistas las cosas desde otra perspectiva, efectos negativos que deben ser evitados con el transporte superficial de las aguas, desde el punto de captación por el cedente hasta el lugar donde el adquirente (titular de la concesión otorgada) pretende llevar a cabo el aprovechamiento. De ahí que el “podrán” signifique que la Administración pueda adoptar otra decisión distinta de la falta de necesidad de construcción de infraestructuras de conducción.

Pero de la misma forma y teniendo en cuenta que no se dice nada expresamente para el supuesto de acuerdos entre titulares de agua de distintas masas de aguas subterráneas, podría ser factible que tampoco se obligara a la construcción de infraestructuras de conducción en este caso si el mero hecho de dejar de captar agua en una masa y hacerlo el adquirente y futuro concesionario en otra, no tuviera efectos perjudiciales para terceros, el medio ambiente u otros valores a proteger con base en el ordenamiento jurídico. Es un problema de prueba y demostración de la falta de esos efectos nocivos. Predicar la necesidad de construir, en todo caso, infraestructuras de conducción, podría hacer económicamente inviables cualesquiera acuerdos que se adoptaren que, sin embargo, podrían ser beneficiosos para las masas de agua controvertidas conjuntamente consideradas.

V. LA ACTUALIDAD DE LOS MERCADOS DE DERECHOS DE USO DE AGUA. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE PLANIFICACIÓN Y MERCADO.

En la actualidad existen distintas circunstancias que están propiciando una intensificación en torno a las posibilidades de utilizar los mercados de derechos de uso de agua. Por un lado las circunstancias relativas al cambio climático³⁰ que en muchos lugares están propiciando una reducción de precipitaciones y, por tanto, la necesidad incrementada de allegar recursos hídricos para atender sus necesidades, y no sólo las nuevas y que, en todo caso, conduce a una serie de reflexiones sobre la utilidad de los mercados de agua en

³⁰

□ Cfr. EMBID IRUJO (2010) e IPCC (2008 y 2014) todos *in totum*.

el derecho europeo, muy interesantes y que ya he estudiado detenidamente en otro lugar al que remito³¹.

Los textos a los que remito son importantes por su origen y están llamando a una reflexión sobre un instrumento que puede tener su utilidad. Sin desconocer los aspectos éticos que la introducción de mecanismos de mercado lleva necesariamente consigo³², debe tenerse en cuenta también que en España, la experiencia de la última gran sequía (2005-2009) prueba el papel capital que los contratos de cesión de derechos de uso de agua han tenido para coadyuvar a superar una situación sin que se hayan producido daños definitivos en la cuenca que sufría tal sequía, como sería la pérdida del arbolado en el caso de los frutales.

La experiencia muestra también que a través del mercado en ningún país, con excepción quizá de Chile, tiene lugar la mayor parte de la gestión del agua. Y en España las cantidades de agua que se mueven en virtud del mercado son muy reducidas en relación al conjunto del consumo de recursos hídricos. Por eso es ajustado que se hable en ocasiones de los “mitos” del mercado de derechos de aguas³³ sin desconocer su papel complementario en la gestión del agua³⁴.

En suma, nos encontramos ante un instrumento jurídico que fuera de sus sedes “tradicionales” (Estados Unidos de América, Australia, Chile) se está extendiendo a otros lugares (España como se ha visto pero también en México) y las presentes circunstancias climáticas así como –no se olvide ello- la fuerte y ya casi permanente crisis económica que se vive con la consiguiente reducción de inversiones públicas pueden llevar a una situación

³¹ Cfr. EMBID IRUJO (2013, pp. 30 y ss). Se estudia allí el contenido de diversos documentos europeos, fundamentalmente comunicaciones de la Comisión al Consejo.

³² Fundamentalmente y en España se puede plantear la pregunta de la legitimidad de un lucro de los particulares que han obtenido unos derechos de uso de agua de forma enteramente gratuita y para dedicarlos a concretas finalidades. No cabe duda que desde una estricta consideración jurídica, lo que procedería cuando alguien intenta vender todos o parte de sus derechos derivados de una concesión, es que la Administración procediera a una revisión de la misma.

³³
³⁴ □ Cfr. los trabajos de DELLAPENNA, GRIFFIN, MAESTU (2013).

□ Cfr. GARRIDO (2013).

en la que el predominio de la acción de la “Sociedad” aparezca cada vez más nítido en relación al papel de los Estados.

Pero, y por último, en un país como España que hace de la planificación hidrológica la clave de la política del agua (vid. el art. 1.4 TRLA que indica que a la planificación hidrológica se subordina toda actuación sobre el dominio público hidráulico) hay que relacionar, necesariamente, la técnica de la planificación con la del mercado. Esa necesidad no existió en los momentos iniciales de la regulación del mercado con la Ley 46/1999, ni tampoco en los inmediatamente posteriores, puesto que las transacciones celebradas en los primeros momentos y el mismo entendimiento difundido acerca de la regulación del mercado de derechos de uso de agua, permitía llegar a la conclusión de que las transacciones serían, además de raras en volumen, acordadas por escasos períodos de tiempo, normalmente por año hidrológico. Obsérvese, incluso, cómo la regulación especial de la sequía 2005-2009, que excepcionó principios de la Ley 46/1999 (y luego del TRLA de 2001, y baste el recuerdo a la evolución normativa presente en el art. 72 TRLA que he realizado con anterioridad), se basaba en normas legales anuales que permitían, por tanto, transacciones con solo un año de vigencia.

Pero cuando el régimen jurídico cambia en la dirección de permitir transacciones entre cuencas (que son las significativas) con mínimo control administrativo y sin previsión previa legal³⁵, y una vez que, además y en general, se ha asentado el silencio administrativo positivo como consecuencia de la no autorización administrativa en plazo de la correspondiente transacción, debe llevarse a cabo una seria consideración sobre la compatibilidad -y sus formas- entre la celebración de contratos de cesión de derechos de uso de agua y la planificación hidrológica.

Porque efectivamente y por principio, un contrato de cesión de derechos de uso de agua no estará previsto en la planificación hidrológica aprobada³⁶ y, por tanto, la

³⁵ Lo que en EMBID IRUJO (2015, pp. 55 y ss.) me ha llevado a hablar de pérdida de la relevancia de la planificación hidrológica en éste y en algún otro ámbito.

³⁶ Cuando se escriben estas líneas –octubre de 2015- se ve muy cercana la aprobación de los planes del segundo ciclo de planificación. Segundo ciclo según la DMA de 2000 aunque tercero en la práctica española, dada la aprobación de la mayor parte de los Planes hidrológicos de cuenca en 1998, conforme a las prescripciones del ordenamiento jurídico entonces vigente.

autorización administrativa que tenga lugar implicará un desconocimiento (también podríamos utilizar la palabra contradicción en la mayor parte de ocasiones) entre el contenido del contrato y la norma jurídicamente vinculante que es la planificación hidrológica. En la teoría general del derecho está claro, en principio, cuál es la consecuencia de la contraposición entre norma y acto (que es la autorización administrativa). Bien que en este caso esa contradicción tendría un elemento de resolución a priori dada la convivencia en la misma norma (TRLA) de la planificación hidrológica y del contrato de cesión de derechos de uso de agua (de los mercados de derechos de uso de agua, en general).

¿Significa esto que cualquier contrato es compatible con la planificación hidrológica con tal de que haya operado la autorización administrativa previa o, aun sin ella, el silencio administrativo positivo en los casos en que ello así está previsto? Esa es una conclusión a la que a priori no podría llegar, creo, ningún jurista reflexivo. Pueden existir contratos que sean contradictorios con los mismos objetivos ambientales perseguidos por un Plan y descubrirse esa contradicción en el marco de la tutela judicial efectiva que persigan los interesados en hacerla realidad a través de los correspondientes recursos que concluyan con éxito (o sea, con sentencia favorable, definitiva, correspondiente al contenido de su recurso).

Pero al margen de la existencia de los recursos puede existir una actuación administrativa que descubra tal contradicción y ponga en marcha los mecanismos que se desprenden del conjunto del ordenamiento jurídico para remediarla. Quizá ello no sea necesario en contratos de validez temporal anual y con escasa (cuantitativa y cualitativamente hablando) repercusión sobre volumen de agua, pero sí en contratos de otra índole. Ese mecanismo no puede ser otro que el de la revisión de la planificación por variación de un elemento sustancial de la misma, revisión anticipada y parcial, anterior a la revisión completa y periódica del Plan que debe tener lugar cada seis años tal y como dispone el ordenamiento jurídico en vigor (vid. el art. 89. 1 del Reglamento de la Planificación Hidrológica aprobado por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio. Obviamente no puede aquí anticiparse el contenido de tal revisión que será deducible (en

términos técnicos)³⁷ del contrato o contratos concretos, pero lo que sí puede advertirse es que no tiene esa revisión que limitarse a una mera inserción del contrato entre las prescripciones de la normativa del plan o de sus documentos anexos, sino que puede tener otro tipo de efectos sobre la zona en la que los recursos alegados por el plan van a operar y sobre otras también. Y no se olvide, además, que en los contratos para transportar recursos hídricos entre cuencas, las afecciones a la planificación lo serán tanto al plan del ámbito territorial cedente como al receptor.

En esos términos es perfectamente posible pensar que el resultado de un contrato de sustantiva importancia pueda llevar consigo una redistribución de los recursos asignados a las distintas unidades territoriales (sistemas de explotación) del Plan (de los Planes afectados); ello no es ninguna tontería y se puede deducir fácilmente su trascendencia. En suma, de lo que se trata es que siga siendo verdad el axioma claro y sencillo del que parte el art. 1.4 TRLA: que toda la actuación sobre el dominio público hidráulico está subordinada a la planificación hidrológica, también la actuación a la que pueda dar lugar la existencia, legalmente asegurada, de los mercados de derechos de uso de agua.

³⁷ Lo que quiere decir que en el actual ordenamiento jurídico no existe base jurídica suficiente para llevar a cabo esa revisión anticipada y parcial.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO Y DOCUMENTAL.

AAVV (2014): *Las novedades del régimen legal de las aguas subterráneas*, Revista Jurídica de Castilla La Mancha, 54.

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

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

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

-(2013): “La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua”, en las pp. 25-82 de A. EMBID IRUJO (dir.), *Usos del agua. (Concesiones, Autorizaciones y Mercados del Agua)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 506 pp.

-(2015): “Valoración global del nuevo ciclo de la planificación hidrológica, con atención especial al Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Ebro. Apuntes, pespuntos e hilvanos”, en las pp. 33-120 de A. EMBID IRUJO (dir.), *El segundo ciclo de planificación hidrológica en España (2010-2014)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 525 pp.

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

GARRIDO A., CALATRAVA J. y REY D., “La flexibilización del régimen de concesiones y el mercado de aguas en los usos de regadío”, en las pp 177-200 de A. EMBID IRUJO (dir.), *Usos del agua. (Concesiones, Autorizaciones y Mercados del Agua)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 506 pp.

GIL OLCINA A. (1993): *La propiedad de aguas perennes en el sureste ibérico*, Universidad de Alicante, Alicante.

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

HERNÁNDEZ MORA N. y DE STEFANO L. (2013), “Los mercados informales de aguas en España: una primera aproximación”, en las pp. 375-406 de A. EMBID IRUJO (dir.), *Usos del agua. (Concesiones, Autorizaciones y Mercados del Agua)*, Thomson.Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 506 pp.

HERNÁNDEZ MORA N. y DEL MORAL L. (2015): “Developing markets for water reallocation: Revisiting the experience of Spanish water *mercantilización*”, *Geoforum* 62, pp. 143.155.

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

IPCC (2014), Grupo Internacional de Expertos sobre el Cambio Climático, *Cambio Climático 2014. Impactos, Adaptación y Vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas*.

LÓPEZ ORTIZ M.I. y MELGAREJO MORENO J. (2007): “El fin del regadío tradicional y la creación de sociedades mercantiles para la venta de agua. Riegos de Levante margen derecha del segura”, *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, nº 43, pp. 307-334.G

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

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

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

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

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

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

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

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