

**EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DEL AGUA:
OTRA FORMA DE ADQUIRIR DERECHOS SOBRE LAS AGUAS PÚBLICAS MÁS
ALLÁ DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS**

Daniel Vázquez García

Abogado del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de Uría Menéndez

Resumen

El contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico como mecanismo de flexibilización de la excesiva rigidez del régimen concesional para el uso privativo del dominio público hidráulico establecido por la Ley de Aguas de 1985. Nos encontramos ante un contrato que posibilita la reasignación temporal de volúmenes de agua ya concedidos, sin hacer, por tanto, uso de otros adicionales, mediante un simple acuerdo de voluntades.

A pesar de sus virtudes, este contrato no ha estado, sin embargo, exento de polémica, toda vez que se le ha culpado de abrir una peligrosa vía hacia un “mercado del agua” en un ordenamiento como el nuestro en el que el recurso hídrico es considerado como un bien de dominio público. Para evitar precisamente que se terminara incurriendo en ese mercado, el legislador optó por introducir un contrato fuertemente regulado tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

Son precisamente los diferentes elementos que componen el contrato lo que constituye el objeto de este estudio. En su análisis, nos detendremos en sus virtudes, que son muchas, y defectos, que también los tiene, así como en las dificultades prácticas que los operadores han encontrado a la hora de formalizarlo como medio alternativo a la solicitud de concesiones para la utilización privativa del dominio público hidráulico, en una España en la que los sectores secundario y terciario demandan cada vez más agua, pero en el que la escasez del recurso hídrico ha sido y sigue siendo un problema.

Palabras clave: agua, dominio público hidráulico, contrato, cesión, uso privativo, concesión administrativa, Ley de Aguas, Ley 46/1999, energía solar termoeléctrica, España.

Abstract

The contract for the assignment of rights to use water privately was introduced in the Spanish legal system as a mechanism to soften the “rigid” concession system of the 1985 Water Law. The contract allows the temporary assignment of volumes of water already awarded without the need to use additional volumes.

This contract created certain controversy because it was said to open the floodgates to a “water market” in a legal system in which water is considered by law to form part of the public domain. Precisely to avoid creating such a market, the lawmakers created a contract that is highly regulated both from an objective and a subjective point of view.

The different elements that conforms this contract are precisely the subject matter of this review. We will analyse its virtues and flaws, and the difficulties found by operators to formalise the contract as an alternative to administrative concessions to privately use the hydraulic public domain in a country where the secondary and tertiary sectors keep demanding water but also where the shortage of this natural resource has been and remains being a problem.

Key words: water, hydraulic public domain, agreement, assignment, privative use, administrative concession, Water Act, Act 46/1999, thermosolar projects, Spain.

Conclusiones

El contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua fue introducido en nuestro ordenamiento como un mecanismo de flexibilización del rígido régimen concesional para el uso privativo del dominio público hidráulico introducido por la Ley de Aguas de 1985.

Sin embargo, a pesar de los fines más que legítimos con que se introdujo este contrato en nuestro Derecho de Aguas, el legislador ha encorsetado más de la cuenta este contrato con la finalidad de evitar un verdadero “mercado del agua”, haciendo casi excepcionales los casos en los que concurren los requisitos necesarios para su formalización. Nadie discute que la Administración debía reservarse ciertas facultades para controlar el buen uso de este contrato y su funcionalidad coherente con los intereses generales; sin embargo, una cosa es evitar la especulación con el agua -fin este absolutamente coherente con su configuración como bien de dominio público-, y otra introducir un mecanismo de reasignación de los recursos hídricos tan rígido que, en la práctica, pueda devenir en prácticamente inutilizable (al menos para determinados usos, como el industrial).

Son tales los requisitos exigidos por la vigente Ley de Aguas para la formalización de este contrato que algunos Organismos de cuenca, ante la imposibilidad de otorgar nuevas concesiones por la escasez de agua, se han visto forzados a modificar (o están en vías de hacerlo) sus planes para flexibilizarlos y facilitar así la celebración de este tipo de contratos.

Confiemos, por tanto, en que la tendencia siga siendo la de facilitar la formalización de este tipo de contratos. En mi opinión, ello supone no sólo un estímulo para el ahorro de agua para quienes disponen de derechos cedibles bajo esta fórmula contractual -lo cual siempre es bueno-, sino una herramienta útil y dinámica en manos de los operadores para adquirir derechos privativos sobre el agua sin incurrir en un uso adicional del recurso. Frente al año y medio de media que vienen tardando los Organismos de cuenca en tramitar los expedientes de concesiones hidráulicas, allí donde hay agua disponible, el contrato de cesión abre la posibilidad a disponer de derechos privativos sobre el dominio público en poco más de dos meses. La diferencia es notable y los operadores deben aprovecharse de ello.

Por todo ello, creo que la valoración de este contrato ha de ser positiva, siempre y cuando se haga un uso correcto del mismo y la supervisión por parte de la Administración, no sólo en la fase de autorización, sino durante la vigencia del contrato sea constante, velando por el buen uso de un bien que no sólo es de todos, sino que además es escaso: el agua.

1. Introducción

España es, en su mayor parte, un país seco. Si bien es cierto que en las dos últimas décadas se han realizado esfuerzos notables por mejorar el déficit hídrico que presentan la mayor parte de nuestras cuencas, sobre todo a través de una mejor y más coherente planificación hidrológica y de un uso más eficiente del recurso, lo cierto es que todavía queda mucho camino por recorrer.

Una cosa es cierta: el agua es un recurso escaso y como tal hay que tratarlo. Frente a ello, hay quienes argumentan que una protección excesivamente rigurosa del agua conllevaría, entre otras cosas, una ralentización de la actividad económica, situando a nuestras empresas y a nuestra economía en desventaja competitiva con respecto a las del resto de países donde la escasez de agua no es un problema. Todo ello nos dirige inevitablemente al eterno debate entre el derecho a un medio ambiente sostenible como garantía del desarrollo de generaciones futuras, tal y como se recoge en el artículo 45 de la Constitución, frente a otro de contenido y trasfondo puramente económico, como el de libertad de empresa, también recogido en nuestra Carta Magna. No es desde luego el propósito de este estudio dar respuesta a ese dilema, que por otra parte ya ha sido analizado en diferentes ocasiones por el Tribunal Constitucional, pero sí es cierto que está en la esencia del mismo.

Lo que aquí se va a analizar es una figura contractual concreta que el legislador ha puesto en manos de los operadores para, en lo que al agua se refiere, intentar compatibilizar ambos derechos. Me estoy refiriendo al contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas públicas regulado en los artículos 67 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (“**TRLA**”).

El fuerte proceso industrializador vivido por nuestro país en la década de los noventa, junto con una frenética actividad inmobiliaria, motivó que subiera la demanda de agua de forma notable coincidiendo con una década especialmente seca, al menos en algunas cuencas del Sur y del Este del país. Se hacía necesaria, por tanto, una flexibilización del régimen concesional que permitiera a los operadores disponer del recurso hídrico de manera privativa, pero sin hacer un mayor uso del mismo.

Dicha necesidad se hizo incluso más palpable al constatar que los mecanismos puestos en manos de la Administración hidráulica para lograr la reasignación del agua (tales como los expedientes de caducidad y de revisión de concesiones, entre otros) en aras del interés general se habían manifestado absolutamente ineficaces para dicho fin.

Fue en este contexto cuando se introdujo en nuestro ordenamiento el contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua¹. Sin embargo, a pesar de los fines más que legítimos con que se introdujo este contrato en nuestro Derecho de Aguas, no estuvo exento de polémica, al menos en un primer momento, en la medida en que se le culpó de abrir una peligrosa vía hacia un “mercado del agua”. Hubo un importante sector de la doctrina para quien, no sin argumentos, la creación de esta figura contractual como mecanismo para ceder derechos sobre el agua chocaba frontalmente no sólo con la concepción de dicho recurso como bien de dominio público, sino también con la política comunitaria de aguas, que considera al agua

¹ Dicha incorporación se materializó a través de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley de Aguas de 1985.

como “un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal” y no como “un bien comercial más”².

Lo cierto, desde luego, es que el contrato que ahora nos ocupa goza de una serie de características que lo asemejan a cualquier otro contrato de bienes *intra commercium*. Lo veremos con más detalle a continuación, pero estamos hablando de un negocio que surge como un acuerdo de voluntades en virtud del cual se entrega una cosa -o mejor, el derecho a usar una cosa- a cambio de un precio. Visto desde ese punto de vista, no se aprecian muchas diferencias entre este contrato y un arrendamiento de una vivienda, por ejemplo.

Quizá por eso, y para no incurrir en un verdadero “mercado del agua” totalmente liberalizado, el legislador decidió establecer una serie de requisitos para la formalización de este tipo de contratos, desde luego no propios de un mercado libre en el que se manejan otros bienes *intra commercium*.

Se trata, por tanto, de un contrato fuertemente regulado tanto en los aspectos subjetivos como objetivos. Son estos requisitos subjetivos y objetivos los que analizaremos con detalle en las siguientes líneas, diseccionando su regulación, y exponiendo las dificultades prácticas que se han encontrado los operadores a la hora de su formalización como medio alternativo a las concesiones para adquirir un uso privativo del dominio público hidráulico.

2. El contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas públicas

2.1. Derechos sobre el agua susceptibles de cesión

El artículo 67 del TRLA establece que “los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder con carácter temporal a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente, o en su defecto, en el artículo 60 de la presente Ley, previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que le correspondan”.

La posibilidad de celebrar el contrato de cesión queda limitada, por tanto, a los concesionarios de aguas superficiales o subterráneas y a los titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas, entendiéndose por tales a los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas conforme a las Disposiciones transitorias segunda y tercera del TRLA.

De conformidad con lo previsto en el artículo 59 del TRLA, el titular de una concesión de aguas es toda persona física o jurídica, pública o privada, que ostenta un derecho al uso exclusivo y excluyente del dominio público hidráulico, y cuyo derecho no proviene de una habilitación legal. Su delimitación a los efectos del contrato que ahora estamos estudiando no ofrece, en mi opinión, mayor problema. En la medida, además, que todo acto concesional supone una decisión administrativa de carácter expresa, la acreditación por su titular de la concesión será fácilmente demostrable mediante la exhibición del título correspondiente o de la certificación emitida por el Organismo de cuenca competente sobre su inscripción en el Registro de Aguas. Deben incluirse aquí igualmente los derechos sobre aguas públicas

² Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

obtenidos por concesión o por prescripción adquisitiva acreditada sobre lagos, lagunas y charcas previstos en la Disposición transitoria primera del TRLA.

Por lo que se refiere a las concesiones como título habilitante de derechos sobre el agua objeto de cesión, sólo resta añadir que el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (“**RDPH**”)³ limita la posibilidad de celebrar este tipo de contratos al titular de concesiones otorgadas a precario. Suponemos que por no poder garantizar al cesionario ni el recurso ni el volumen cedido.

En mi opinión, sin embargo, no vería mayor obstáculo para incluir a las concesiones otorgadas a precario dentro de la lista de derechos susceptibles de cesión, toda vez que la revocación del título concesional operaría, en todo caso, como un supuesto de resolución anticipada del contrato. El derecho al uso privativo del agua existe; por tanto, no debería de haber obstáculo legal para su cesión bajo la forma contractual ahora analizada. Es cierto que ese derecho no es absoluto, sino condicionado a la existencia de recurso. Por ello, la formalización del contrato con el titular de una concesión otorgada a precario es un riesgo que asume el cesionario, pero en ningún caso debería de ser un supuesto de imposibilidad para celebrar el contrato, máxime cuando en la práctica son tantas las concesiones que se otorgan a precario.

Más dudas surgen, sin embargo, con la delimitación del concepto “titular de algún derecho al uso privativo del agua” que utiliza el artículo 67 del TRLA; y ello aún con la aclaración facilitada por el artículo 343.2.b) del RDPH.

Desde luego, quedarían incluidos dentro de este término aquellos titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de manantiales, pozos y galerías bajo la Ley de Aguas de 1879 que, en virtud de las Disposiciones transitorias segunda y tercera del TRLA, hubieran optado por su “legalización” mediante su inscripción en el Registro de Aguas, pasando a convertirse en aprovechamiento temporales de aguas privadas. Por contra, aquellos titulares de aguas privadas bajo la Ley de Aguas de 1879 que prefirieron mantener dicho estatus en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 y que, por tanto, no procedieron a su legalización mediante la inscripción en el citado registro, optando por su inscripción en el Catálogo de aguas privadas, no podrán ser sujetos cedentes ni cesionarios de este contrato, salvo que previamente conviertan dicho derecho en concesión y soliciten su inscripción en el Registro de Aguas. Tampoco las Administraciones Públicas titulares de autorizaciones especiales de uso obtenidas de conformidad con el artículo 59.5 del TRLA podrán ceder sus derechos bajo la fórmula contractual ahora analizada en la medida en que dichos derechos no tienen la naturaleza legal de concesiones, y no hay una disposición legal concreta que habilite dicha posibilidad.

Ahora bien, existen al menos dos grupos adicionales de titulares de derechos sobre el agua a los que el artículo 343 del RDPH no menciona, ni para incluirlos ni para excluirlos de la posibilidad de celebrar este tipo de contratos. Me estoy refiriendo a los titulares de derechos para el aprovechamiento privativo del agua por disposición legal (no concesional, que ya hemos visto anteriormente) y aquellos aprovechamientos adjudicados con motivo de regadíos de interés general y de la ejecución de obras públicas hidráulicas.

³ Aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

En la medida en que ninguno de ellos está mencionado de forma expresa en el artículo 343.2 del RDPH se podría pensar que quedan fuera de la posibilidad de celebrar este tipo de contratos. Sin embargo, en mi opinión, ambos han de quedar dentro.

Los primeros porque no encuentro obstáculo legal alguno para excluirlos de la posibilidad de celebrar contratos de cesión, sabiendo que un derecho atribuido por ley tiene aún más fuerza que un derecho concesional. Si bien la repercusión práctica de incluir los derechos legales al uso privativo del agua como derechos objeto de cesión bajo la fórmula contractual ahora analizada probablemente no sea mucha, toda vez que se limitan al uso de las aguas pluviales y estancadas que discurran o estén situadas en su integridad en fincas privadas y al uso de aguas subterráneas en un volumen no superior a 7.000 m³/año⁴, lo cierto es que, al menos teóricamente, y aunque, insisto, no estén mencionados expresamente en el artículo 343.2 del RDPH, deberían ser susceptibles de cesión.

Y los segundos porque así lo dispuso expresamente el Real Decreto Ley 15/2005 de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos de aprovechamientos de las aguas, al menos mientras el citado Real Decreto Ley estuvo vigente⁵. Por lo que se refiere a los titulares de derechos al uso de agua pertenecientes a las zonas regables de iniciativa pública, la posibilidad de que pudieran celebrar contratos de cesión al amparo del TRLA estaba vedada, toda vez que los derechos que ostentaban dichos titulares no eran concesiones en ningún caso, tal y como exige el mencionado artículo 67 del TRLA, sino más bien, como la propia Exposición de Motivos del Real Decreto Ley decía, derechos “*sui generis*” derivados de la legislación sobre reforma y desarrollo agrario. Con la habilitación específica hecha por una norma con rango de ley fue suficiente para incluir esos derechos como susceptibles de cesión bajo la fórmula objeto de estudio. Junto con ellos, el legislador extiende la posibilidad de suscribir contratos de cesión a los titulares derechos bajo determinadas leyes especiales aprobadas también para hacer frente a la sequía; en concreto, la Ley reguladora del trasvase Tajo-Segura (aprobada por Ley 52/1980, de 16 de octubre) y la que regula la mancomunidad de los Canales de Taibilla.

En todo caso, y sea cual fuere el derecho objeto de cesión, el volumen anual de agua cedible bajo la fórmula contractual analizada en ningún caso podrá superar el realmente utilizado por el cedente durante los cinco años precedentes a la fecha de ejecución del contrato. El cómputo de los cinco años tiene como finalidad la de ponderar los efectos negativos en el cálculo del agua cedible de un ciclo hidrológico seco, por ejemplo, que hubiera forzado al cedente a reducir el consumo de agua y que ahora supusiera un límite para ceder un volumen superior. En todo caso, el resultado obtenido podrá ser ponderado en última instancia por el Organismo de cuenca atendiendo a diferentes factores, tales como la dotación objetivo que fije el plan hidrológico de cuenca, los retornos que procedan, las circunstancias hidrológicas extremas, el respeto a los caudales medioambientales establecidos, el buen uso del agua y, en todo caso, los acuerdos que adopte el Organismo de cuenca en función de la situación hidrológica de cada año (artículo 345 del RDPH).

⁴ Artículo 54.1 y 54.2 del TRLA, respectivamente.

⁵ El Real Decreto-Ley 15/2005 fue aprobado para dar solución a la media anual de precipitaciones más baja de la presente década, tras el año hidrológico 2004-2005, donde la cantidad de agua almacenada en nuestros embalses descendió hasta una media del 34%. Aunque la situación mejoró con los años, el legislador mantuvo la vigencia de las medidas excepcionales en él contenidas hasta el 30 de noviembre de 2009.

La finalidad de esta limitación en el volumen de agua susceptible de cesión es la de evitar “venta de derechos sobre el papel”, entendiéndose por ello la cesión de más derechos de los que realmente dispone el cedente, evitando así la especulación con el precio de los derechos. Recordemos en este sentido que la no utilización efectiva de los caudales objeto de concesión puede suponer la revisión de oficio del título concesional y la disminución del caudal concedido. Si no ha habido un uso efectivo del agua en los cinco años precedentes, no se podrá ceder ese agua bajo la fórmula contractual ahora analizada.

Con independencia de la legitimidad de una medida como la que se reserva en este caso la Administración para autorizar la cesión de un determinado volumen de agua (no olvidemos que estamos ante un bien de dominio público), lo cierto es que los términos con los que se manifiesta el artículo 345 del RDPH son, al menos en parte, ciertamente ambiguos (por ejemplo, qué supone un buen uso del agua y qué no). Aunque toda decisión sobre la autorización de los contratos de cesión ha de ser motivada, lo cierto es que dicho precepto incorpora peligrosos criterios de discrecionalidad en la decisión de la Administración que, si no están debidamente justificados, podrían dar lugar a una litigiosidad no deseada. Desde un punto de vista práctico, este problema se agrava, además, por el hecho de que no hay un único órgano autorizante que aplique los mismo criterios en todas las cuencas hidrográficas, sino que existen a día de hoy más de una docena de ellos con competencias sobre la materia (algunos estatales y otros autonómicos), lo que motiva que los criterios sobre conceptos tan ambiguos como el comentado pueden terminar resultando de lo más dispares, en detrimento de la necesaria seguridad jurídica.

Finalmente, como norma general, cabe decir que los titulares de derechos concesionales o de derechos de usos privativos no consuntivos únicamente podrán ceder sus derechos bajo la fórmula contractual ahora analizada para usos que tengan el mismo carácter (artículo 343 *in fine* del RDPH). Es esta una previsión obvia que trae causa de la finalidad última del contrato, que es, como se dijo antes, la reasignación de los recursos hídricos, y no un consumo adicional del mismo, todo ello en atención al interés público. La cesión del uso de agua inicialmente otorgada para fines no consuntivos (por ejemplo, hidroeléctricos) con fines consuntivos (como pudieran ser los de regadío, abastecimiento o algunos industriales) supondría un mayor uso del agua y el efecto práctico sería similar al del otorgamiento de una nueva concesión, ya que no se reasigna el uso del agua, sino que constantemente se dispone de nuevo volumen.

2.2. Sujetos: capacidad del cedente y del cesionario

El segundo de los requisitos exigidos por el legislador para la formalización del contrato de cesión es que, no sólo el cedente, sino también el cesionario, sean titulares de algún derecho concesional previo para el uso privativo del agua o de algún derecho a su aprovechamiento privado, en los términos y con las limitaciones analizadas anteriormente.

Es este uno de los requisitos que, a mi juicio y desde un punto de vista práctico, más dificultades ha puesto y sigue poniendo para la celebración de este tipo de contratos, toda vez que las sociedades mercantiles constituidas específicamente para proyectos industriales, que son las que más se han interesado por este negocio jurídico como medio alternativo a la concesión para adquirir derechos al uso privativo del agua, no suelen ostentar, con carácter general, ningún derecho previo para poder ser cesionarias bajo este tipo de contrato.

Un caso claro que se ha dado con frecuencia en los últimos tiempos es el de los proyectos de energía solar termoeléctrica, que precisan de un volumen relativamente importante de agua para su funcionamiento, al menos en algunas de sus modalidades tecnológicas. Todos o casi todos los citados proyectos son ejecutados bajo la fórmula de *project finance*. Pues bien, uno de los requisitos esenciales que caracteriza esta fórmula de financiación es el aislamiento del riesgo, que ha de estar vinculado exclusivamente al proyecto financiado, y nunca a otros activos propiedad o explotados por la sociedad prestataria. Para aislar dicho riesgo, la práctica habitual es la creación de sociedades vehículo específicas para la construcción y explotación del proyecto financiado. De nuevo, al ser sociedad de nueva creación, la posibilidad de que para ser cesionario de derechos de agua bajo la fórmula objeto de estudio cuente previamente con una concesión o un derecho al uso privativo es prácticamente nula. Es este, sin duda, un obstáculo serio que se han encontrado los promotores de proyectos industriales que han precisado agua para su explotación, y que, lamentablemente, no han podido soslayar, impidiendo así la celebración de este tipo de contratos.

Yendo, sin embargo, a la esencia del contrato, y a la polémica antes mencionada sobre la posible creación de un “mercado del agua” asociado a esta figura contractual, lo cierto es que este requisito ha evitado que se acumulen grandes masas de agua en unos pocos titulares que pudieran dar lugar a la especulación, algo ciertamente contrario al espíritu del contrato y del propio TRLA. Lo que la norma pretendió con este requisito era, por tanto, redistribuir el agua entre aquellos agentes que ya estaban en el “ciclo del agua” con alguna concesión o derecho al uso privativo, según quedó explicado anteriormente.

En todo caso, el TRLA aclara que las cesiones de aguas entre miembros de una misma comunidad de regantes o de usuarios tendrán la consideración de “actos internos” de la comunidad, siempre y cuando sus ordenanzas y reglamentos internos así lo autoricen y, por tanto, no están sujetos a la regulación del contrato de cesión que ahora analizamos.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el contrato de cesión no implica una modificación de la titularidad del derecho, que seguirá siendo durante todo el plazo del contrato del cedente y titular original del mismo. Es esta característica precisamente la que diferencia el contrato que ahora nos ocupa de la cesión subjetiva temporal de las concesiones de aguas prevista en los artículos 63 y siguientes del TRLA. Mientras que en el segundo hay un cambio de titularidad del derecho, que puede ser temporal o definitivo, en el caso del contrato de cesión dicho cambio no se produce, al igual que no se produce cuando el titular de una vivienda la cede en alquiler a un tercero. Hay una cesión de uso, pero no un cambio de titularidad del derecho; o dicho de otro modo, el cesionario hace un uso de un derecho sobre el agua cuya titularidad no ostenta, pero amparado por el contrato que ahora analizamos.

2.3. Capacidad del cesionario: el derecho de uso del cesionario debe ser de igual o mayor rango que el del cedente según el orden de preferencia del Plan hidrológico de la cuenca correspondiente o, en su defecto, del artículo 60 del TRLA

Pero, en mi opinión, el mayor obstáculo que han encontrado aquellos operadores que en algún momento han evaluado la posibilidad de celebrar este tipo de contratos como medio alternativo a la concesión para utilizar el dominio público hidráulico de forma privativa es el requisito por el cual el uso del derecho del cesionario previo a la formalización del contrato ha de ser de igual o mayor rango que el del cedente en la escala de usos de la cuenca en cuestión o, en su defecto, en la escala de usos establecida en el artículo 60 del TRLA.

Como es sabido, el artículo 60 del TRLA establece un orden de prioridad de usos para el otorgamiento de concesiones donde el abastecimiento a la población aparece en primer lugar, seguido por este orden de los regadíos y usos agrarios, los usos industriales para producción de energía eléctrica, los demás usos industriales, la acuicultura, los usos recreativos, la navegación y el transporte acuático y, por fin, otros usos distintos de los anteriores. Establece el propio TRLA que el orden de prioridad podrá ser alterado por los diferentes planes de cuenca, debiendo respetar en todo caso el uso de abastecimiento a la población como prioritario. De hecho, el orden de prelación previsto en el TRLA sólo funcionará en ausencia de orden propio dentro de la cuenca en cuestión.

Pues bien, la experiencia nos demuestra que aquellos titulares que en los últimos años han podido permitirse ceder la totalidad o parte de sus derechos, ya sean concesionales o no, son aquellos cuyo uso estaba destinado al regadío, probablemente como consecuencia del abandono progresivo del campo a la ciudad, sino también de la mejora en los sistemas de riego introducidos en nuestro país en las últimas décadas. Esas mejoras han supuesto una mayor eficiencia en los sistemas de riego, lo que a la postre se ha traducido en un ahorro de agua y, con ello, en un excedente sobre los derechos ostentados que ahora son objeto de cesión. El problema que se han encontrado los agricultores y profesionales del campo a la hora de ceder esos excedentes es que su uso, el agrario, es, no sólo en el orden de prioridad establecido en el artículo 60 del TRLA, sino también en los de la mayor parte de las cuencas hidrográficas, prioritario con respecto al uso industrial, que ha sido el mayor demandante de agua en los últimos años, lo que les ha vedado la posibilidad de ceder agua bajo la fórmula contractual ahora analizada.

Es por ello que algunos Organismos de cuenca ya han alterado el orden de prioridad de usos para anteponer (o al menos equiparar) el uso industrial (o, al menos, algunos usos industriales) sobre el de regadío y el agrario, con la finalidad principal de dar solución al problema expuesto y favorecer así la ejecución de este tipo de contratos⁶.

En todo caso, el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino podrá autorizar, de forma temporal y excepcional, y cuando razones de interés general así lo aconsejen, la cesión de derechos que no respeten el orden de prelación analizado en el presente apartado.

Nótese, por último, que en lo que se refiere a la cesión de derechos al uso privativo del agua destinada a riego supone la quiebra del principio recogido en el artículo 61.4 del TRLA de que el agua y la tierra han de ir indisolublemente unidos. El citado artículo dispone que cuando el destino de las aguas objeto de concesión fuera para riego, el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, de forma tal que no se puede transmitir el agua sin la tierra ni a la inversa. Pues bien, la figura del contrato de cesión que ahora analizamos permite romper ese vínculo, en la medida en que el objeto de la cesión es exclusivamente los derechos sobre el agua, sin que necesariamente se hayan de ceder también los terrenos que hasta el momento de la cesión hubieran sido regados con dicha agua. Es este otro ejemplo de la flexibilización que la introducción de este contrato supuso en nuestro Derecho de Aguas con el fin de reasignar los recursos hídricos y optimizar su uso en aras del interés público.

⁶ Es el caso, por ejemplo, de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, que en su artículo 23 equipara en el orden de prioridad de usos el agrícola con los usos industriales, turísticos y otros usos no urbanos en actividades económicas de alto consumo.

2.4. Requisitos formales y autorización del contrato por parte del Organismo de cuenca

El contrato de cesión de derechos al uso privativo de aguas públicas que estamos analizando ha de ser formalizado necesariamente por escrito como requisito *ad solemnitatem* y en él se deberá incluir, además de la identificación de los contratantes, como no podía ser de otra manera, las especificaciones contenidas en el artículo 344 del RDPH (volumen de agua cedido, uso al que se va a destinar el agua, plazo del contrato, identificación de los derechos tanto del cedente como del cesionario, etc.).

Por lo que se refiere al precio, no parece ser un requisito necesario para la validez del negocio jurídico. El artículo 69.3 del TRLA establece que la cesión de derechos de uso del agua “podrá” conllevar una compensación económica (no necesariamente en dinero), que se fijará, como no puede ser de otra manera, de común acuerdo entre las partes. No obstante, el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino se guarda una nueva prerrogativa en relación con este contrato al reservarse la posibilidad de imponer un precio máximo para la compensación atendiendo a la “situación del mercado y a sus desviaciones”. Nos encontramos, de nuevo, con un elemento que confirma la excesiva regulación de este tipo de contrato. En todo caso, el precio, de haberlo, habrá de explicitarse en el contrato.

De todo ello parece deducirse que no hay obstáculo para que la cesión del uso del agua se haga con carácter gratuito. Evidentemente, la cesión a título gratuito será un incentivo importante para el Organismo de cuenca para ejercitar el derecho de adquisición preferente que ostenta sobre el agua objeto de cesión al que me referiré más adelante.

Más allá de las citadas especificaciones, los contratantes podrán establecer cuantos pactos, cláusulas y condiciones tengan por convenientes, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público, según lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil.

En todo caso, el contrato finalmente suscrito deberá ser notificado al Organismo de cuenca para su autorización, y a las comunidades de usuarios a las que, en su caso, pertenezcan los contratantes, al objeto de que puedan formular ante el Organismo de cuenca las alegaciones que estimen convenientes. Para ambos trámites, las partes contarán con un plazo de quince días desde la fecha de ejecución del contrato.

Cuando las aguas objeto del contrato vayan a destinarse al abastecimiento a población, cedente y cesionario deberán acompañar a la solicitud de autorización un informe de la autoridad sanitaria que certifique la idoneidad del agua para dicho uso, de forma tal que si no se acredita dicha idoneidad, la autorización deberá ser necesariamente denegada por el Organismo de cuenca. De la misma forma, cuando el agua sea cedida para regadío y usos agrarios, el Organismo de cuenca deberá dar traslado del contrato a las autoridades agrarias competentes, a los efectos de que emitan informe previo en el ámbito de sus competencias en el plazo máximo de diez días. En este último caso, es un requisito esencial del contrato que se identifiquen perfectamente los predios que el cedente renuncia a regar o se compromete a regar con menos dotación durante la vigencia del contrato, así como la del predio o los predios que regará el cesionario con el agua cedida.

Además, si el cedente o el cesionario fuesen titulares de una autorización de vertido vinculada total o parcialmente al agua cedida, deberá hacerse constar esta circunstancia en la documentación presentada con la solicitud de autorización, acompañando un estudio sobre los posibles efectos que, respecto de la autorización de vertido, comporte o pudiera comportar la

cesión de derechos. De esta manera, si se dan los requisitos necesarios para ello, el Organismo de cuenca tramitará junto con el expediente de autorización, otro de modificación de la autorización de vertidos, en el que necesariamente deberá de dar trámite de audiencia tanto al cedente como al cesionario. En todo caso, si habiendo sido autorizada la cesión, el Organismo de cuenca considerara que la nueva situación comporta un vertido de aguas no autorizado, estará facultado para revocar la autorización de cesión, previa audiencia a los interesados, pero sin derecho a indemnización, tal y como se encarga de aclarar el propio TRLA.

A la vista del contrato finalmente suscrito, de las alegaciones presentadas en su caso por las comunidades de usuarios a las que pudieran pertenecer cedente y cesionario, y de los informes requeridos en el caso de cesión de agua destinada a abastecimiento o a usos agrarios, el Organismo de cuenca autorizará o denegará el contrato.

La autorización del contrato por parte del Organismo de cuenca es un requisito de eficacia del mismo. Así pues, mientras no sea autorizado por el Organismo de cuenca, estaremos ante un contrato válido, pero carente de eficacia. En todo caso, y antes de que ello ocurra, el órgano autorizante deberá dar trámite de audiencia al cedente y al cesionario para que puedan formular las alegaciones que estimen oportunas frente a aquellas formuladas, en su caso, por las comunidades de usuarios, así como frente a los informes antes mencionados. El plazo para ello, será de quince días.

Con carácter previo a la autorización del contrato, el Organismo de cuenca deberá verificar además que tanto el cedente como el cesionario tienen debidamente inscrito su derecho legítimo al uso privativo de las aguas y, por supuesto, de que el contrato contiene los requisitos formales mínimos antes enunciados. Si ese es el caso, el Organismo de cuenca deberá autorizar el contrato, estableciendo en la oportuna resolución el volumen máximo de agua autorizado para ser cedido, así como la obligación de instalar un contador homologado que mida el caudal realmente cedido. Nótese en este sentido que el requisito de la previa inscripción del derecho en el Registro de Aguas ha sido considerado por la jurisprudencia como un requisito inexcusable, cuyo incumplimiento motiva la nulidad de pleno derecho de la resolución por la que se proceda a autorizar el contrato (véase en este sentido la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2010 -JUR\2010\112822-). En todo caso, la inscripción del derecho previo podrá ser solicitada al Organismo de cuenca conjuntamente con la autorización del contrato.

El Organismo de aguas podrá denegar la autorización en la medida en que la cesión pueda afectar negativamente al régimen de explotación de los recursos de la cuenca afectada, a los derechos de terceros, a los caudales medioambientales, al estado de conservación de los ecosistemas acuáticos o, por supuesto, si incumpliera alguno de los requisitos exigidos por el propio TRLA. En todo caso, la denegación de la autorización deberá ser motivada, y no dará derecho a indemnización alguna por parte de los afectados.

En mi opinión, es ciertamente criticable que siendo la protección de los derechos de terceros uno de los criterios que ha de tener en cuenta el Organismo de cuenca para autorizar el contrato, no haya un trámite de información pública en el procedimiento autorizatorio con arreglo al cual aquellos terceros que puedan verse perjudicados por la cesión puedan tener conocimiento de la misma y, en su caso, formular las alegaciones que en defensa de sus derechos estimen convenientes. En este sentido, recordemos que la única obligación legal por parte del cedente y del cesionario es la notificación del contrato al Organismo de cuenca para

su autorización y, caso de que una o ambas de las partes intervinientes pertenecieran a alguna comunidad de usuarios, la notificación a dicha comunidad para que pueda formular alegaciones. Nada se dice de otros terceros que pudieran verse perjudicados por el contrato de cesión, dejándoles, a mi juicio, en una situación de indefensión de todo punto injustificada, máxime cuando estamos hablando de derechos que afectan directamente al dominio público.

En todo caso, el plazo máximo para resolver sobre la solicitud de autorización es de dos meses desde la fecha de entrada del contrato en el registro del Organismo de cuenca. Transcurrido dicho plazo sin que el Organismo se hubiere pronunciado, la solicitud de autorización se entenderá estimada por silencio positivo. Dicho plazo será de un mes cuando la cesión sea entre miembros de una misma comunidad de usuarios. Ambos plazos se antojan ciertamente cortos en la medida en que, de nuevo, se están confirmando derechos sobre el dominio público y, aunque el procedimiento autorizatorio no es especialmente complicado, como hemos visto, sí precisa de trámite de alegaciones y, en algunos casos, de informes por parte de organismos diferentes a la propia administración autorizante, que pudieran retrasar la toma de decisión por parte del Organismo de cuenca.

En relación con esta cuestión y con los efectos del silencio administrativo, que, como hemos visto, es positivo, hay quien ha denunciado que choca frontalmente con el régimen general sobre el silencio cuando la inactividad de la administración transfiere derechos sobre el dominio público recogido en el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (“**LRJPAC**”), y que, como es sabido, otorga efectos negativos. En mi opinión, al tratarse el artículo 68.2 del TRLA de una disposición con rango de Ley aprobada con posterioridad a la LRJPAC, el efecto positivo del silencio allí regulado debe considerarse perfectamente ajustado a Derecho y, por ello, nada cabe objetar.

Más dudas surgen con la constitucionalidad del precepto, toda vez que podría contravenir el régimen constitucional de los bienes de dominio público regulado en el artículo 132 de la CE, toda vez que es difícil coonestar el otorgamiento de derechos sobre el dominio público (en este caso, derechos de uso sobre el agua) por la mera inactividad de la Administración. Es esta una cuestión que planteó el Gobierno de Aragón como parte de su recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 46/1999 que, como quedó dicho, introdujo la figura del contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho recurso no ha sido aún resuelto por el Tribunal Constitucional.

En todo caso, una vez autorizado el contrato, el Organismo de cuenca deberá inscribirlo en el Registro de Aguas. Además, el contrato podrá tener acceso al Registro de la Propiedad en aquellos casos en que los derechos del cedente y/o del cesionario sean concesiones para el uso privativo de las aguas. Evidentemente, si el agua objeto de cesión tiene respaldo en un derecho válido bajo el TRLA, pero que no puede acceder, por su naturaleza, al Registro de la Propiedad, la posibilidad de inscribir el contrato de cesión en dicho registro queda vedada de todo punto por su falta de trascendencia real.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la autorización por parte del Organismo de cuenta no sólo actúa como requisito de eficacia del contrato, sino que la ausencia de dicha autorización es motivo de infracción administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 116.g) en relación con el 67.1 del TRLA, sancionable con multa de hasta 6.010 Euros, y la apertura de expediente de caducidad de la concesión o derecho del cedente. Así pues, cabe concluir que

interesa especialmente al cedente la notificación del contrato al Organismo de cuenca para su autorización, toda vez que la falta de autorización podría suponer la caducidad del título objeto de cesión.

2.5. Derecho de adquisición preferente por parte del Organismo de cuenca

El TRLA guarda una última prerrogativa en favor de la Administración en relación con el contrato de cesión objeto de estudio. Se trata de una cuestión de calado y con importantes repercusiones prácticas, toda vez que reserva en favor del Organismo de cuenca un derecho de adquisición preferente sobre el agua objeto de cesión, rescatando así el caudal cedido de todo uso privativo.

El plazo que tiene el Organismo de cuenca que ha de autorizar el contrato para ejercitar el derecho de adquisición preferente es el mismo que el conferido para emitir la autorización (esto es, dos meses con carácter general, y salvo para los casos en que la cesión se lleve a cabo en entre miembros de una misma comunidad de usuarios, supuesto este en que el plazo se reduce a un mes, tal y como vimos antes).

Por otro lado, establece la regulación de este contrato que si mediara precio en el contrato y el Organismo de cuenca decide ejercitar su derecho de adquisición preferente, el Organismo estará obligado a abonar la cantidad pactada en el contrato al cedente en el plazo máximo de tres meses desde la fecha en que notifique formalmente a ambas partes su voluntad de ejercitar el derecho de opción.

Evidentemente, el ejercicio del derecho de opción por parte del Organismo de cuenca tiene carácter perpetuo, y de ninguna manera va vinculado con el plazo pacto en el contrato de cesión. La finalidad del derecho de opción es por tanto, como apuntaba antes, la de rescatar el caudal objeto de cesión del uso privativo, confiriéndoles para siempre el nuevo estatus de aguas públicas, si el objeto de cesión eran aprovechamientos temporales de aguas privadas, o eliminando la vinculación entre ese agua y un uso concreto, si lo que se cedían ya eran aguas públicas, como ocurre en la mayor parte de los casos.

Finalmente, nada dice el TRLA ni el RDPH sobre un posible derecho de retracto en favor del Organismo de cuenca, con lo cual, parece que esta opción está vetada para la Administración. Vencido el plazo, y una vez autorizado el contrato, decae toda opción del Organismo de cuenca para adquirir el caudal cedido vía el derecho de adquisición preferente aquí analizado.

3. Conclusiones

Llegados a este punto, me permito hacer una breve valoración global del contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua que hemos analizado.

Desde el punto de vista de la técnica normativa podemos concluir que se trata de un contrato bastante bien regulado, y eso ciertamente da seguridad jurídica a los operadores. En todo caso, habrá que esperar a que se manifieste el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del efecto del silencio administrativo en el caso de inactividad por parte de la Administración en la aprobación del contrato; a día de hoy es positivo, pero no es descartable que se haga precisa una modificación de la ley como consecuencia de una eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 68.2 del TRLA. Si fuera así, y aprovechando la ocasión, sería aconsejable también, al menos, una modificación del TRLA tendente a introducir mayores

garantías para los terceros afectados por el contrato de cesión en su proceso de autorización. Creo que este es uno de los mayores defectos de los que adolece la regulación del contrato y que debería ser subsanado por el legislador.

Descendiendo a su naturaleza jurídica, entiendo que el contrato de cesión ha sido y es un mecanismo adecuado para dar solución a situaciones de escasez del recurso hídrico como la que sufren algunas de nuestras cuencas. Se trata de un mecanismo que ciertamente ha flexibilizado el rígido régimen concesional de nuestro Derecho de Aguas.

Aún así, al objeto de evitar un verdadero “mercado del agua”, creo que el legislador ha encorsetado más de la cuenta este contrato, haciendo casi excepcionales los casos en los que concurren los requisitos necesarios para su formalización. Nadie discute que la Administración debía reservarse ciertas facultades para controlar el buen uso de este contrato y su funcionalidad coherente con los intereses generales; sin embargo, una cosa es evitar la especulación con el agua -fin este absolutamente coherente con su configuración como bien de dominio público-, y otra introducir un mecanismo de reasignación de los recursos hídricos tan rígido que, en la práctica, devenga en prácticamente inutilizable (al menos para determinados usos, como el industrial). Son tales los requisitos exigidos que algunos Organismos de cuenca, ante la imposibilidad de otorgar nuevas concesiones por la escasez de agua en sus cuencas, se han visto forzados a modificar (o están en vías de hacerlo) sus planes de cuenca para flexibilizarlos y facilitar así la celebración de este tipo de contratos, siempre dentro de los límites que impone la Ley de Aguas. Dichos esfuerzos se han dirigido a anteponer (o al menos igualar) el uso industrial sobre el agrícola en el orden de prioridad para el otorgamiento de concesiones de sus respectivos planes de cuenca, al objeto de posibilitar la cesión de agua destinada a riego para fines industriales, que es el uso que en la actualidad más agua están demandando.

Así pues, estamos ante una herramienta útil para los operadores en la medida en que en un breve periodo de tiempo permite reasignar volúmenes de agua, frente a largo y casi siempre tedioso procedimiento establecido para el otorgamiento de concesiones para el uso privativo del dominio público hidráulico.

Por ello, y a pesar de los estrictos requisitos antes mencionados, esta figura contractual debe ser suficientemente valorada por los operadores como un mecanismo alternativo, rápido y ágil para obtener derechos privativos sobre un bien escaso en nuestro país: el agua.

Madrid, 21 de octubre de 2010.