

LA CESIÓN DE DERECHOS DE USO DEL AGUA EN EL PROYECTO DE LEY DE 7 DE MAYO DE 1999, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE AGUAS DE 2 DE AGOSTO DE 1985

José Manuel DÍAZ LEMA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO. 1. Introducción.–2. Clases de cesión.–3. El objeto de la cesión.–4. El procedimiento. 5. Cesión de derechos e infraestructuras.–6. Banco del agua.–7. Las cesiones de derechos intercuenas. 8. Cesión de derechos de uso del agua y relación concesional.–9. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

PUEDE parecer sorprendente plantearse la cuestión de la privatización de las aguas, en unas Jornadas dedicadas al estudio de la privatización en distintos sectores de la actividad económica, cuando la Ley de Aguas actualmente vigente de 2 de agosto de 1985 ha declarado de dominio público todas las aguas, con la salvedad del mantenimiento del carácter privado de las aguas subterráneas que vinieran siendo objeto de utilización, en los términos de las transitorias 2.^a y 3.^a

Sin embargo, al poco tiempo de aprobarse la citada Ley de Aguas han surgido con fuerza voces críticas que reclaman la introducción en la gestión del agua de criterios de mercado (el mercado del agua, en expresión sobre todo de los economistas). Fundamentalmente las críticas al actual modelo de gestión –concesional, en líneas generales, como consecuencia de la declaración de dominio público– se basan en dos tipos de argumentos, entre los que existe una cierta interrelación.

AFDUAM 3 (1999), pp. 271-285.

Desde un punto de vista económico –y ecológico– se aduce que existe un gran despilfarro en el uso del agua, y ello como consecuencia de que su precio no refleja ni mucho menos los costes. Al introducir precios más cercanos a los reales del agua, debe incentivarse, especialmente en ciertos usos como el regadío, un notable ahorro, que en último extremo redundará en la innecesariedad de llevar a cabo costosísimas obras públicas (de trasvases, por ejemplo). Al mismo tiempo, se achaca al binomio planificación-concesiones de la Ley de 1985 una excesiva rigidez, que bien pudiera ser aminorada introduciendo elementos de flexibilidad en el régimen de las concesiones. Ambos argumentos se dan en este punto la mano: la flexibilidad que se reclama va en la línea de incorporar en la gestión del agua elementos propios de un mercado de agua, de compraventa o cesión entre los distintos titulares de los aprovechamientos existentes.

En estas coordenadas hay que situar el recientemente aprobado Proyecto de Ley de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto de Aguas (acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de mayo de 1999), cuya Exposición de motivos se hace eco de la necesidad de reasignar los recursos disponibles, y de potenciar la eficiencia en el empleo del agua través de la necesaria flexibilización del actual régimen concesional (1). Ya puede avanzarse por tanto que el objetivo de la Ley es relativamente limitado: se trata de reasignar los usos del agua entre los actuales concesionarios o titulares de derechos privativos, produciéndose una especie de compensación entre ellos. En ningún modo consiente el Proyecto de Ley en que las aguas concedidas puedan ser cedidas por el concesionario a cualquier otro particular que no sea usuario de las aguas, en una operación que podríamos denominar de subconcesión. El artículo 56 bis,1, tajantemente establece que la cesión de derechos al uso de las aguas debe producirse entre concesionarios o titulares de derechos privativos. Flexibilidad de las concesiones, reasignación de los recursos, para atemperar la rigidez de la planificación, compensación-cesión de aguas entre los distintos usuarios (con los matices importantes que luego se verán), estos son los objetivos del Proyecto de Ley, a cuyo fin se regula un nuevo contrato de cesión de derechos al uso del agua, que se analiza a continuación.

(1) Dice así la Exposición de Motivos:

«En este sentido la experiencia de la intensísima sequía padecida por nuestro país en los primeros años de la década final de este siglo, imponen la búsqueda de soluciones alternativas, que, con independencia de la mejor reasignación de los recursos disponibles, a través de mecanismos de planificación, permitan, de un lado, incrementar la producción de agua mediante la utilización de nuevas tecnologías, otorgando rango legal al régimen jurídico de los procedimientos de desalación o de reutilización; de otro, potenciar la eficacia en el empleo del agua para lo que es necesario la requerida flexibilización del actual régimen concesional a través de la introducción del nuevo contrato de cesión de derechos al uso del agua, que permitirá optimizar socialmente los usos de un recurso tan escaso, y por último, introducir políticas de ahorro de dicho recurso, bien estableciendo la obligación general de medir los consumos de agua mediante sistemas homologados de control o por medio de la fijación administrativa de consumos de referencia para regadíos».

2. CLASES DE CESIÓN

A tenor de la indicada finalidad del Proyecto de Ley que no es otra que proceder a una reasignación de recursos, la cesión de derechos presentará un distinto cariz según las circunstancias. Revestirá muy distinta dificultad en primer término la reasignación entre los miembros de una Comunidad de usuarios, que si se trata de concesionarios de distintas cuencas hidrográficas; por lo demás la cesión de derechos debe ser «canalizada» a través de unas infraestructuras, y en la medida en que cedente y cesionario se encuentren más alejados, crecerán las dificultades de la cesión. Sobre el influjo de las infraestructuras en la cesión de derechos volveremos posteriormente.

Pues bien, se deduce del Proyecto de Ley, artículo 56.2, la existencia de tres tipos de cesiones: entre miembros de la misma Comunidad de usuarios, entre usuarios pertenecientes a distintas Comunidades de usuarios dentro de la misma cuenca hidrográfica, y por último entre usuarios pertenecientes a distintas cuencas hidrográficas. La complejidad de la tramitación va ascendiendo de un escalón a otro, de tal modo que el tercer supuesto mencionado reproduce en rigor los requisitos y características de un trasvase entre cuencas (art. 56 bis.14). A él nos referiremos en un momento posterior. Pero también en los dos primeros supuestos nos vamos a encontrar con diferencias notables, que no se deducen tanto de una separación explícita en el Proyecto, sino más bien son consecuencia práctica de los distintos controles establecidos en la Ley.

En esta mayor facilidad para ejecutar la cesión en el seno de una Comunidad de usuarios se observan los limitados objetivos del Proyecto de Ley: básicamente se trata de establecer mecanismos de compensación entre distintos usuarios, de forma temporal, e incluso se puede adelantar ya ahora que dichas compensaciones o reasignaciones abarcarán determinados usos (fundamentalmente, los regadíos o el abastecimiento de población).

3. EL OBJETO DE LA CESIÓN

a) Ante todo, el objeto de la cesión es el derecho al uso del agua con carácter temporal (art. 56 bis.1), lo que excluye *a limine* que se cedan las concesiones o aprovechamientos en cuanto tales. En ningún momento da el Proyecto de Ley este paso, que implicaría evidentemente que las facultades administrativas de gestión del dominio podrían pasar a manos de particulares. Bien es verdad que según el mismo artículo 56 bis.1, la cesión puede comprender la totalidad o parte de los derechos que correspondan al cedente, y en el primer caso podría argüirse que la cesión de derechos de uso encubre en realidad la cesión o transmisión del aprovechamiento o concesión. Sin embargo, el Proyecto no distingue entre la cesión de la

totalidad de los derechos y de solo una parte, hasta tal punto que la relación concesional con el cedente se mantiene incólume. Una vez más late en el Proyecto el objetivo limitado de reasignar el uso del agua, sin mayores pretensiones.

b) *Se ceden derechos al uso privativo*

«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...», dice el artículo 56 bis.1. La cesión, por lo tanto, se produce entre concesionarios o titulares de derechos de uso que tengan carácter privativo, lo que excluye de entrada los usos especiales. Lo que sean los usos privativos en la Ley de Aguas se deduce de los artículos 50 y 57, que establecen el primero, que el derecho al uso privativo se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa; mientras que el segundo identifica el uso privativo con la concesión, con la salvedad de los dos supuestos del artículo 52, que constituyen también usos privativos aunque el derecho dimana directamente de la Ley: aprovechamiento de las aguas pluviales, y aprovechamiento por el propietario de un predio de las aguas procedentes de manantiales y aguas subterráneas cuando el volumen total anual no sobrepase los 7000 m³ anuales. No cabe duda de que no sólo los concesionarios de aguas, sino también los titulares de aprovechamientos privativos *ex lege* del artículo 52 encajan en la expresión del Proyecto de Ley: «Los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo...» Estos últimos son efectivamente titulares de un derecho privativo.

Cabe plantearse además si la expresión «titulares de algún derecho al uso privativo» permite incluir también como posibles cedentes y cesionarios a distintos supuestos de aguas privadas que reconoce con distinto alcance la Ley de 1985. Se trata en concreto de las situaciones previstas en el artículo 10 («Las charcas situadas en predios de propiedad privada se considerarán como parte integrante de los mismos, siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios»), reconociéndose así el carácter privado de dichas aguas, con la limitación de que no pueden ser objeto de venta o cesión (que esto es lo que significa destino exclusivo al servicio de tales predios). Esta limitación, por tanto, toca de lleno el régimen de cesión de derechos que prevé el Proyecto de Ley. Supuesto similar es el previsto en la disposición adicional 1.^a, a cuyo tenor los lagos, lagunas y charcas, sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, conservarán el carácter dominial que ostenten a la entrada en vigor de la Ley. Aquí el carácter privado, reforzado por la inscripción registral, no está sujeto a la limitación del artículo 10, y por lo tanto estas aguas pueden ser objeto de cesión o venta a partir de la regulación contenida en la Ley de 1985.

Por último, hay que referirse a la situación de las aguas privadas procedentes de manantiales y a las subterráneas o procedentes de pozos o galerías en explotación, que prevén las transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de 1985. A su vez el aprove-

chamamiento privado de estas aguas puede tener carácter temporal (50 años), inscribiéndose en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, o bien puede mantenerse la titularidad privada indefinidamente, sin gozar de la protección administrativa del Registro de Aguas, en cuyo caso se inscriben en el Catálogo de aprovechamiento de aguas privadas de la cuenca.

Nada dice expresamente el Proyecto de Ley de estos tres supuestos de aguas privadas, sobre las que *prima facie* el mecanismo de la cesión de derechos debiera proyectarse con más facilidad. El criterio del legislador de excluir estos supuestos de la cesión de derechos puede obedecer a diversas causas, entre las que se puede citar el hecho de que, dada su naturaleza privada, la aplicación de la cesión en estos casos carecería de sentido. Este argumento, no obstante, sólo es válido para las aguas de la adicional 1.^a señaladas, pero no para los restantes (y sin duda los más significativos de las transitorias 2.^a y 3.^a). Porque en dichas transitorias se establece, a modo de mecanismo para lograr una más rápida incorporación al dominio público, que «en cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley».

Puede afirmarse que entre la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento debe incluirse la cesión de derechos del agua, que por lo tanto resultará impedida en la actual redacción del Proyecto de Ley, a no ser que el titular privado de las aguas consienta la transformación de su derecho en una concesión administrativa al mismo tiempo que se produce la cesión del uso del agua a un tercero. Hipótesis ésta que no parece muy realista.

La conclusión que se impone, en definitiva, es que el Proyecto de Ley no contempla los mecanismos para formalizar la cesión de derechos en las aguas privadas del artículo 10 (de trascendencia menor) y de las transitorias 2.^a y 3.^a cuya importancia cualitativa y cuantitativa no es necesario ponderar. La aplicación de la cesión de derechos a estos casos requeriría modificar el apartado 3, de las transitorias 2.^a y 3.^a así como el artículo 10, en cuanto a éste en el sentido de suprimir el destino de las charcas al uso exclusivo de los predios, y en cuanto a aquéllas dejando claro que la cesión de derechos a terceros no implica transformación en concesión administrativa.

En síntesis, en principio cabría considerar que la expresión «titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas» permite acoger los distintos supuestos de titularidad de aguas privadas en la Ley de 1985, singularmente los de las transitorias 2.^a y 3.^a, pero del conjunto de la redacción del Proyecto de Ley se deduce que el legislador no desactiva los mecanismos que permitirían en estos casos la cesión de derechos, modificando la redacción de los preceptos citados. Hay que concluir por tanto que la cesión de derechos al uso del agua deja fuera a las aguas privadas, ya tengan este carácter de forma temporal o definitiva.

No es fácil adivinar las razones que llevan al Proyecto de Ley a adoptar esta solución. Es posible que haya influido ante todo el desconocimiento o falta de catalogación por la Administración de muchos aprovechamientos que encajan en las transitorias 2.^a y 3.^a; o quizá el legislador ha querido ser cauto ante una realidad conflictiva y no resuelta todavía hoy a los quince años de la aprobación de la Ley de 1985. En cualquier caso, es contraproducente ensayar como quiere el Proyecto un sistema de cesión de derechos de uso del agua únicamente en las aguas públicas, cuando por su propia naturaleza esto debiera resultar más sencillo en las privadas. Sencillo, al menos, desde el punto de vista de la propia concepción del dominio público como *res extra commercium*, que dificulta la comprensión de la cesión de derechos sobre aguas públicas. Por el contrario, en las privadas, con carácter temporal o definitivo, no existe este problema fundamental. En definitiva, la exclusión de las aguas privadas de los mecanismos de cesión de derechos en cierto modo desmiente la finalidad del Proyecto, la reasignación del uso de las aguas por la vía de la compensación entre los distintos usuarios. Al menos en el caso de los titulares de aprovechamientos de las transitorias 2.^a y 3.^a que han sido reconocidos por la Administración no debiera existir ningún inconveniente extraordinario para la cesión, con la salvedad, por supuesto, de que debiera ser objeto de un exhaustivo control administrativo. Esto es precisamente lo que prevé el Proyecto para las cesiones de derechos de agua en general.

c) *La prohibición de cesión en función del carácter consuntivo o no del uso*

En el mismo artículo 56 bis.1, se establece una importante limitación a los usos que pueden ser objeto de cesión. Literalmente dice: «Los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivo no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan tal consideración». La cualidad de consuntivo en los usos del agua, reflejada en el artículo 51 de la Ley de 1985, carece en la actualidad de relevancia. El mismo precepto al referirse a las formas de adquisición del uso privativo del agua es indiferente ante el hecho de que dicho uso sea o no consuntivo.

El Proyecto de Ley comentado recupera esta distinción y la llena de sentido desde el punto de vista de la cesión de derechos de uso. Ante todo, han de considerarse usos consuntivos del agua los regadíos, el abastecimiento de población, así como aquellos usos industriales en la medida en que degraden la calidad del agua, que la hagan inservible o difícilmente recuperable para otros usos (no la producción de electricidad, desde luego).

La transcrita expresión del Proyecto de Ley es bastante alambicada. En primer término, debe ser entendida en el sentido de que los titulares de usos no consuntivos no pueden ceder sus derechos para usos consuntivos. Bajo este eufemismo lo que se pretende en realidad es evitar el riesgo de que los concesionarios hidroeléctricos puedan ceder agua a los regantes, que situaría a los primeros en una situación de intermediación y de dominio que no se ha juzgado deseable. Pero a

contrario sensu, hay que plantearse qué posibilidades hay de cesión entre otros usos consuntivos y no consuntivos. En concreto, nada impide según la dicción del Proyecto la cesión de usos no consuntivos a otros usos no consuntivos (por ejemplo, entre distintos aprovechamientos hidroeléctricos, o entre aprovechamientos destinados a la acuicultura). Es más, incluso cabría la posibilidad de efectuar cesiones de usos consuntivos a no consuntivos, por ejemplo, agua sobrante de regadíos para la producción de electricidad, aunque esto lo cierra la limitación que establece el mismo 56 bis.1 que tratamos a continuación.

No es fácil saber si la intención inicial del Proyecto de Ley permitía amparar las variantes señaladas. A tenor de las expresiones utilizadas, caben desde luego todas ellas. Si, como es probable, la alusión al carácter consuntivo o no del uso a efectos de su cesión únicamente encubre la necesidad de prohibir la cesión de derechos hidroeléctricos para regadíos, hubiera sido más preciso y congruente señalarlo expresamente. Al fin y al cabo ni siquiera la delimitación de lo que sea un uso consuntivo es en todos los casos fácil de trazar.

d) *La condición de que los concesionarios o titulares de derechos sean de igual o mayor rango*

La cesión ha de producirse entre concesionarios o titulares de derechos de igual o mayor rango, según el orden de preferencia establecido en el Plan hidrológico y subsidiariamente en la Ley de Aguas. Se utiliza también aquí una institución arraigada del Derecho de Aguas (la preferencia) con unos fines muy alejados de los que originariamente tuvo (y tiene). Esta limitación en las cesiones contribuye a acentuar el efecto compensación entre los mismos usos de que antes hemos hablado. Porque, unida esta condición a la anterior, el resultado más frecuente será probablemente la concentración de las cesiones de derechos entre regadíos y abastecimiento de población (cada uno de ellos entre sí, o entre ambos). Por último, si las limitaciones a las cesiones de derechos a través del carácter consuntivo o no del uso y a través de la preferencia legal dibujan un panorama un tanto confuso, esta impresión se acrecienta al considerar el artículo 56 bis.12, que permite al Ministro de Medio Ambiente autorizar excepcionalmente cesiones de derechos que no respeten las normas de prelación de usos (por supuesto, siempre que se cumpla la otra condición: que no implique cesión de usos no consuntivos a consuntivos).

4. EL PROCEDIMIENTO

En los apartados 2 y 3 del artículo 56 bis regula el Proyecto de Ley el procedimiento para autorizar las cesiones de derechos de uso del agua. La iniciativa de tal cesión radica en los concesionarios o titulares de derechos privativos, pero ha de contar con la autorización subsiguiente de la Administración hidráulica. En todo caso,

debe advertirse que el procedimiento aquí descrito sólo es aplicable a las cesiones entre usuarios de una misma Comunidad o usuarios de distintas Comunidades, pero situados dentro de una misma cuenca. Y no lo es a las cesiones entre cuencas distintas, cuya tramitación es por completo distinta (apartado 14, del mismo artículo).

La cesión debe formalizarse en contrato escrito entre cedente y cesionario, dándose traslado del mismo a la Comunidad o comunidades de usuarios y al Organismo de cuenca. Transcurrido el plazo de un mes si se trata de usuarios de una misma Comunidad, o de dos meses si se trata de usuarios de distintas Comunidades, ha de entenderse otorgada por silencio administrativo la referida autorización. Puede, sin embargo, en el mismo plazo de un mes o dos meses, según los casos, la Administración hidráulica denegar dicha autorización, por los motivos tasados que se fijan en el apartado 3 de del artículo 56 bis. Pero la Administración tiene abierta una tercera opción ante el proyecto de cesión presentado por los particulares: rescatar los caudales de todo uso privativo, como dice el apartado 3, *in fine*. Este rescate enerva la cesión, implicando que las aguas serán objeto de reserva por la Administración, que puede mantenerlas en esta situación o destinarlas a incrementar los caudales ecológicos, según las circunstancias. Se aprovecha en suma la existencia de aguas sobrantes para incrementar los caudales en manos de la Administración, cumpliendo un papel regulador. Por lo demás, a pesar de ciertos parecidos entre esta regla de rescate de caudales, y el Banco de aguas o centro de intercambio de uso del agua previsto en el apartado 11, se trata en realidad de dos instrumentos diferentes. De ello nos ocuparemos posteriormente.

Finalmente, la cesión de derechos ha de ser inscrita en el Registro de Aguas, tal como dispone el apartado 11 del mismo artículo 56 bis.

En síntesis, el procedimiento delata el fondo de la regulación de la cesión de derechos contenida en el Proyecto de Ley. Hemos dicho anteriormente que ante todo se trata de una compensación entre aprovechamientos para reasignar las aguas concedidas. Ahora puede añadirse que el formato mismo de dicha cesión no es ni más ni menos que una variante del procedimiento de modificación de concesiones por cambio de titularidad de una concesión, que regulan con detalle los artículos 146 y sigs. del Reglamento del Dominio Público hidráulico. El Proyecto de Ley simplifica el trámite, la voluntad de cedente y cesionario tienen un mayor peso, lo que se manifiesta en la existencia de silencio positivo, pero en último extremo la Administración hidráulica no declina su poder de control a través de las autorizaciones reseñadas (o del ejercicio de las otras opciones que han sido descritas).

5. CESIÓN DE DERECHOS E INFRAESTRUCTURAS

Si la tramitación de la cesión de derechos es relativamente simple, como lo prueba la aplicación del silencio administrativo positivo a las autorizaciones perti-

nentes, resulta, sin embargo, que en los casos –que serán los más frecuentes– en que la cesión del agua deba canalizarse a través de infraestructuras de terceros, la propia cesión puede resultar bloqueada si no existe acuerdo de los mismos. La cesión, en definitiva pende de la voluntad de los terceros titulares de las infraestructuras u obras de canalización, constituyendo en realidad dos actos y dos procedimientos distintos: una cosa es la cesión, otra la autorización para el uso de las infraestructuras.

Veamos en primer lugar los distintos supuestos que prevé el Proyecto de Ley: en primer lugar, puede suceder que no sea necesario utilizar infraestructuras de terceros, porque sean suficientes las del cedente y cesionario. El supuesto más sencillo. De hecho aquí no es necesaria autorización alguna de las infraestructuras (no hay más que autorización de la cesión), y ante todo debe servir para aquellas cesiones entre usuarios vecinos o colindantes.

Segundo supuesto: la cesión de derechos implica utilizar infraestructuras de terceros, pudiendo ser éstos la propia Comunidad de usuarios (el resto de los comuneros son terceros en relación con cedente y cesionario) o bien otras Comunidades de usuarios (por ejemplo, el cedente es de una Comunidad, y el cesionario de otra distinta). Pues bien, en este caso es preciso el acuerdo voluntario entre los cedente y cesionario, por un lado, y dichos terceros por otro, tal como establece el apartado 8, del artículo 56 bis. De este modo, en el momento en que las cesiones de derechos salen del ámbito de los colindantes, pende sobre ellas la buena voluntad del resto de los usuarios (los terceros del Proyecto de Ley). Puede destacarse en este punto una cierta contradicción entre la sencilla tramitación de la cesión, por un lado, y la puesta a disposición de las infraestructuras por el otro. Ambos procedimientos van separados, lo que es desde luego criticable. Estimo por el contrario que el acto central debe ser la cesión de derechos, que no puede ser enervada o dificultada por terceros; la Administración hidráulica debe estar facultada para imponer el derecho de paso del agua través de canalizaciones de terceros con las garantías que procedan, lo que por lo demás concuerda con un sistema de gestión de las aguas tan publicado como el español, cuyo primer rasgo distintivo es la servidumbre de acueducto, punto de partida para cualquier ordenación pública de las aguas. La regulación del Proyecto de Ley en este punto provoca la fragilidad de toda la construcción de la cesión de derechos de uso. Por lo demás, el establecimiento de derechos de paso, que gravan y limitan la propiedad, se ha generalizado en la más reciente legislación sobre los servicios públicos por cable (ejemplo, teléfonos). De ahí y de la tradición publicista española en materia de aguas (servidumbre de acueducto) debiera extraer el legislador justificación suficiente para imponer el paso del agua, cuando no existe consentimiento de los titulares de las instalaciones o infraestructuras.

El tercer supuesto está constituido por la necesidad de usar instalaciones e infraestructuras pertenecientes al Organismo de cuenca o cuando tenga éste enco-

mendada su explotación. En este caso, la autorización de cesión a que antes nos hemos referido, y la autorización de las instalaciones son actos administrativos separados (art. 56 bis. 8), no aplicándose a ésta los plazos y la regulación del silencio administrativo de aquélla. En definitiva, la autorización de cesión de derechos, lograda por la vía del silencio administrativo, en aquellos casos en que sea precisa la utilización de instalaciones del Organismo de cuenca, es papel mojado. En la autorización de instalaciones del Organismo de cuenca se concentra el poder real de facilitar o no las cesiones de derechos. Puede argüirse que es contraproducente autorizar expresamente o por silencio la cesión, mientras que al mismo tiempo se deniega la autorización para el uso de las instalaciones necesarias para canalizar las aguas. Lo lógico es que los actos sean acordes. Pero formalmente no es necesario, o dicho con otras palabras, cuando se decide de verdad la cesión de derechos es en el momento en que la Administración hidráulica acuerda el uso de las instalaciones.

En definitiva, la necesidad de utilizar las infraestructuras e instalaciones para llevar a cabo operaciones de cesión de cierta envergadura hace obligado contar o bien con la anuencia de los terceros titulares de dichas instalaciones o con la autorización del Organismo de cuenca. De este modo, sólo las cesiones entre colindantes podrán ser efectivas con relativa facilidad. La regulación de las cesiones de derechos al uso del agua se convierte con este precepto en sumamente cautelosa, llena de dificultades, más propensa a dificultar las cesiones que a facilitarlas. Por ello, se aboga aquí por una reforma del texto en el sentido indicado de permitir a la Administración hidráulica, previa solicitud de los sujetos de la cesión, imponer el paso del agua, previo el pago de las cantidades que procedan; y en cuanto a las autorizaciones de las infraestructuras por el Organismo de cuenca, sería preciso unificar en un mismo procedimiento la autorización de cesión y la de las instalaciones, denegando aquélla sólo en casos muy justificados.

6. BANCO DEL AGUA

Utilizamos esta expresión ampliamente divulgada por la doctrina para referirnos a los «centros de intercambio de derechos de uso del agua» que prevé el artículo 56 bis.11. Es el Organismo de cuenca el que asume esta función de intermediario, realizando ofertas de adquisición de agua para posteriormente cederlas a otros usuarios mediante el precio que se establezca.

La constitución de estos centros tiene carácter extraordinario: sólo cuando se den las circunstancias de los artículos 53, 54, y 56 de la Ley de Aguas (sobrexplotación, sequía extraordinaria, etc.) se faculta al Consejo de Ministros para ordenar la constitución de dichos centros. Por otra parte, la intervención de la Admi-

nistración hidráulica en estos casos difiere de lo establecido en el mismo artículo 56 bis. 3 a que antes nos hemos referido: la Administración puede rescatar caudales de todo uso privativo reservándolos o destinándolos a caudales ecológicos, lo que es de aplicación a cualquier cesión de derechos de agua que se solicite. Mientras que la finalidad del Banco de Aguas o centros de intercambio es una labor de intermediación, de adquisición y cesión de agua, en los supuestos concretos para los que haya sido autorizado caso a caso por el Consejo de Ministros.

La distinción entre el Banco de Aguas y las cesiones de derechos se extienden al mismo procedimiento de actuación. En concreto, ¿se rigen las actuaciones de adquisición y cesión del Banco por las normas antes vistas sobre la cesión de derechos? Esta exigencia carece de sentido; es el propio Banco el que adquiere y cede el agua, por lo que tanto la autorización de cesión de derechos como la autorización de uso de infraestructuras e instalaciones son improcedentes. Sería absurdo que el mismo organismo de cuenca ceda el agua y al mismo tiempo no autorice las instalaciones. En definitiva, el procedimiento de las cesiones no es de aplicación a las operaciones de intercambio del Banco de Aguas.

Cosa distinta es si para llevar a cabo los intercambios del Banco de Aguas es preciso contar con el permiso de terceros titulares de instalaciones necesarias para el traslado del agua. Tal como se ha señalado, el Proyecto exige en estos casos el acuerdo de dichos terceros, y del mismo modo que antes se ha criticado en este punto el Proyecto, también debemos hacerlo ahora: la Administración debiera estar facultada para imponer el paso de los caudales cedidos, siempre que no cause perjuicios a los titulares de dichas instalaciones, y previa la correspondiente compensación.

Finalmente, debemos plantearnos si en los Bancos de Agua rigen las limitaciones antes vistas sobre las cesiones de derechos de uso, en concreto, la prohibición de ceder aguas destinadas a usos no consuntivos a consuntivos; y la limitación de que la cesión deber producirse entre concesionarios o titulares de derechos de igual o superior rango dentro de los mecanismos de preferencia. El régimen de estos Bancos de Agua o centros de intercambio, aunque recogido en el mismo art. 56 bis, parece gozar de una autonomía con respecto a las cesiones de derechos previstas en los restantes apartados de este precepto. Nada dice el apartado 11 (Bancos de Aguas) que lo relacione con el régimen general de las cesiones de derechos de agua. Y del mismo modo que las autorizaciones carecen de sentido, hemos de llegar a la conclusión de que las limitaciones reseñadas no tienen efecto aquí. Puede por tanto el Banco o Centro de intercambio ceder aguas al margen del orden legal de preferencia, o del carácter consuntivo o no de los usos del cedente y cesionario. La otra interpretación del Proyecto, en el sentido de que dichas limitaciones rigen por igual en las cesiones comunes y en el Banco de Agua, debiera establecerse expresamente en el Proyecto, y esto obviamente no sucede.

7. LAS CESIONES DE DERECHOS INTERCUENCAS

El apartado 14 del artículo 56 bis regula las cesiones de derechos de uso del agua que se producen entre cuencas distintas. El procedimiento es radicalmente distinto del que hemos resumido anteriormente a propósito de las cesiones dentro de una misma cuenca, ya sea entre miembros de una misma Comunidad de usuarios o entre usuarios de distintas Comunidades. Esencialmente el Proyecto de Ley concibe estas cesiones intercuencas como si se tratara de un trasvase, y aplica por tanto criterios propios de éstos, tal como se configura en la Ley de Aguas.

Así, en primer término, estas cesiones han de estar previstas en el Plan hidrológico nacional o en las leyes específicas de cada trasvase. Segundo, la autoridad competente ya no es el Organismo y Organismos de cuenca, sino directamente la Administración Central (Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas), porque al conectar distintas cuencas «salta» la competencia estatal (del mismo modo que sucede por ejemplo, en el art. 22. a) Ley de Aguas en lo relativo a las obras y actuaciones de interés general). Por último, desaparece la ficción de la separación entre la autorización de la cesión y la autorización de las infraestructuras para llevarla a cabo. Tanto una como otra corresponden al mismo tiempo a la misma autoridad estatal, excluyendo en estos casos expresamente la producción del silencio positivo.

La regulación de estas cesiones entre cuencas no permite augurarle un desarrollo de cierta importancia. Más bien cabe pensar que el legislador la ha previsto para cerrar las distintas posibilidades de cesión de derechos, en el bien entendido de que en este caso las cesiones serán más retóricas que efectivas. Si en las cesiones intracuenca la iniciativa de los cedente y cesionario tiene un papel notable (y sobre todo si son vecinos y no necesitan autorización de instalaciones), por el contrario la cesión intercuencas está por completo en manos de la Administración. Aquí se observa el escalonamiento que va siguiendo el Proyecto a medida que sube de las cesiones más simples (entre vecinos) a la más compleja (intercuencas): en éstas el protagonismo de los concesionarios o titulares prácticamente desaparece, y todo se reduce a la macrogestión de grandes masas de agua en manos de la Administración.

8. CESIÓN DE DERECHOS DE USO DEL AGUA Y RELACIÓN CONCESIONAL

El principio de que parte el Proyecto de Ley es que la cesión mantiene la relación concesional en pie (Administración-cedente), mientras que lo único que se cede son caudales de agua (derechos de uso en la terminología del Proyecto). A pe-

sar de ello no es posible que el cesionario esté inmune al control de la Administración, dado el caso. Veamos a continuación las manifestaciones de este triángulo Administración-cedente-cesionario, que en más de una ocasión puede provocar una compleja maraña de relaciones.

En primer lugar, la cesión de derechos enerva la declaración de caducidad por no uso del agua durante el período de tres años, prevista en el artículo 64 de la Ley de Aguas. Se considera a estos efectos que el cedente está realizando en términos correctos el aprovechamiento, aunque en realidad es el cesionario quien lo hace (en todo o en parte) (art. 56 bis.6).

En segundo lugar, la cesión implica la subrogación del cesionario en los derechos y en las obligaciones del cedente, apartado 4 del art. 56 bis. Por lo tanto, todo el control administrativo recae sobre el usuario efectivo del agua.

En tercer lugar, se segregan del cumplimiento de las obligaciones que giran en torno al aprovechamiento del agua aquellas relativas al procedimiento de cesión. Ejemplo, solicitar las autorizaciones pertinentes; esperar a que se produzca la autorización para que el cesionario aproveche el agua, etc. Pues bien, este tipo de responsabilidades estrechamente relacionadas con el procedimiento de cesión recaen en el cedente, en los términos del apartado 9 del artículo 56 bis («El incumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo será causa para acordar la caducidad del derecho concesional del cedente»).

En definitiva, se mantiene la relación concesional, pero el cesionario debe hacer frente a las responsabilidades que se deriven del aprovechamiento del agua que disfruta.

9. CONCLUSIÓN

La regulación de la cesión de derechos del agua contenida en el Proyecto de Ley puede constituir un primer paso importante en el camino de la señalada reasignación de recursos que se pretende. No es casual que el Proyecto de Ley se tramite a los pocos meses de la aprobación generalizada de la planificación hidrológica: probablemente se trate de dos piezas que se necesitan mutuamente. La planificación del agua sin el rigorismo que ha dominado la elaboración de los primeros planes, constituye un elemento imprescindible en la gestión del agua, que precisamente para hacerlo más eficaz debe ir acompañado de medidas como la cesión de derechos de uso.

Al mismo tiempo, es perceptible en el Proyecto de Ley la sensación de novedad, de experimentalismo, y por tanto de actuar con excesiva cautela. En más de una ocasión da la impresión que se trata de entorpecer más que de facilitar la cesión de derechos sobre el uso del agua. Algunos aspectos del Proyecto que han sido señalados como dejar en manos del acuerdo entre las partes la puesta a disposición

de las infraestructuras e instalaciones, debieran ser revisados. La cesión de derechos no puede quedar reducida a un simple intercambio con los vecinos o colindantes, pensando por encima de todo en el riego.

Quizá contribuya a esta sensación de cautela el argumento ampliamente utilizado de que a través de la cesión se produce el «comercio» con bienes de dominio público. Esto constituye un riesgo que debe ser desechado. En todo caso parece lícito rehacer algunas categorías sobre el uso del dominio público, que pongan su acento no tanto en mantenerlo completamente incontaminado de cualquier relación onerosa o comercial, y poniendo el acento por el contrario en que debe ser la Administración la que retenga en todo momento en su poder la gestión, la decisión sobre el uso del dominio. Esto desde luego en el Proyecto de Ley se sigue a rajatabla, a través de las sucesivas autorizaciones descritas.

Al fin y al cabo la declaración de dominio público de las aguas superficiales no perseguía otra cosa en la Ley de 1866 que contribuir a la riqueza colectiva (fomento de la riqueza nacional):

«Exigen éstos (buenos principios de Administración) la intervención del poder público en el disfrute y aprovechamiento de aquellas cosas que, aunque son de uso común, no bastan para el consumo de todos. La sociedad no puede abandonarlas al interés o la codicia individual sin ocasionar grandes perturbaciones en el orden público; y el fomento de la riqueza exige por otra parte que se dé la preferencia a aquellos aprovechamientos que más pueden contribuir a ella, distribuyen esos bienes comunes con la misma economía y acierto con que un prudente padre de familia distribuye los suyos. Con estas razones sostiene los escritores consagrados al estudio de este ramo especial de la Administración Pública la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes de aguas como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria».

Sirvan estas palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 1866 como recordatorio de que las categorías jurídicas deben estar al servicio de la prosperidad colectiva, y por tanto de las formas de gestión que en cada momento se consideren más adecuadas. Existe en este sentido una opinión generalizada de los especialistas en Economía en el sentido de introducir elementos propios del mercado, de fijar el precio del agua, de promover por tanto la concurrencia sobre ese bien... el Proyecto de Ley pretende dar satisfacción a estas demandas. Por nuestra parte sólo podemos añadir que del mismo modo que el texto transcrito de la Ley de 1866 justificaba la declaración del dominio público de las aguas superficiales en el fomento de la riqueza, puede muy bien en paralelo argüirse ahora más de un siglo después que una reasignación de las aguas por la vía de acuerdos entre usuarios puede muy bien contribuir a un uso más eficiente y socialmente más valioso de este recurso.

BIBLIOGRAFÍA

- GALLEGO ANABITARTE, A.; CALVO LECHOSA, A., «Algunos aspectos de la Ley de Aguas de 1985 a los diez años de su aprobación». *El Campo. Servicio de Estudios del BBV*, n.º 132, 1995, pp. 169 y ss.
- MENÉNDEZ REXACH, A., «Reflexiones sobre un mercado de derechos de aguas en el ordenamiento jurídico español». En: *Precios y mercados del agua* (Dir. A. EMBID IRUJO). Civitas, Madrid, 1996, pp. 139 y ss.
- BAUER, C., «El mercado de aguas en California». En: *Precios y mercados del agua*. cit., págs. 179 y sigs. Así como otras colaboraciones en el mismo libro que tienen por objeto el mercado del agua.
- EMBID IRUJO, A., «La evolución del Derecho de Aguas y las características de la actual problemática del agua». En: *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. (Dir. A. EMBID IRUJO). Civitas., Madrid, 1998, pp. 25 y ss.
- PÉREZ DÍAZ (y otros), *Política y economía del agua en España*. Círculo de Empresarios, Madrid, 1996.
- AGUILERA KLINK (Coord.), *Economía del agua*. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1992 (diversas colaboraciones sobre los temas aquí tratados).