

LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LOS TRASVASES COMO MEDIDA DE VERTEBRACIÓN TERRITORIAL

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.— II. LA DEFINICIÓN DE «TRANSFERENCIA» Y EL LIMITADO ENTENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY: 1. La reserva de Ley en el ámbito de las transferencias de recursos hídricos tiene engarce constitucional y es anterior a la LA. 2. La cuenca hidrográfica es la unidad básica para la gestión del agua; la necesidad de una interpretación integradora del TRLA y de la LPHN. 3. El tenor literal de la Ley de aguas se muestra claramente insuficiente.— III. SOBRE EL CARÁCTER EXCEDENTARIO DE LOS RECURSOS A TRANSFERIR.— IV. LA ARTICULACIÓN DE LOS TRASVASES TAJO-SEGURA Y TAJO-GUADIANA.— V. RECAPITULACIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

No es en modo alguno original comenzar una aproximación jurídica a los trasvases entre cuencas afirmando que se trata de una medida que, por un lado, supone una importante decisión política sobre la vertebración económica y social de un territorio, y por otro, que genera intensos conflictos políticos y sociales. Para comprobar esta afirmación, basta una superficial mirada al actual proceso de reforma estatutaria en el que la gestión del agua en general, y la regulación de las transferencias de recursos hídricos en particular, ha sido objeto de preocupación recurrente. Así, a los trasvases se refieren el art. 17 del EV (1), los arts. 19 y 72.3 EAr, el art. 75.5 ECL y el art. 117.4 EC. Y no hemos de ocultar que la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha —que cuya toma en consideración fue aprobada por el Congreso de los Diputados el pasado martes 14 de octubre— es la que se ocupa de forma más ambiciosa de esta problemática, lo que se explica de la paradójica situación histórica que ha padecido esta Comunidad (2).

(1) Como es de sobra conocido, la constitucionalidad de este precepto ha sido confirmada por las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre y 249/2007, de 13 de diciembre.

(2) Sobre todo ello, vid. DELGADO PIQUERAS, F. y GALLEGO CÓRCOLES, I., «Marco legal y competencial. Situación legal y perspectivas», *La gestión del agua en Castilla-La Mancha*, CES, 2006.

Sobre este proceso, baste decir que responde a una situación fáctica en el que el desarrollo de determinadas políticas sectoriales autonómicas (por ejemplo agricultura, turismo, etc.) se ha visto condicionada por la gestión centralizada del recurso, que no ha sabido adaptarse correctamente al actual modelo de Estado descentralizado. Eso sí, en mi opinión, la plasmación en los Estatutos de las aspiraciones territoriales sobre el agua puede ser fácilmente criticada, pues como se ha dicho, la función de las normas estatutarias no es certificar los enfrentamientos que se producen en toda sociedad, sino muy al contrario, ayudar a solucionarlos (3). Poco puede aportar en este sentido que la «guerra del agua» haya formado parte del contenido de los nuevos estatutos, pero una vez abierta esta vía en las primeras reformas estatutarias, el efecto de emulación era inevitable.

Tampoco es nada novedoso afirmar que en relación con los trasvases el papel del jurista no es pronunciarse de forma rotunda sobre la posibilidad o no de que se efectúen dichos trasvases, decisión eminentemente política (4). El papel del jurista, como en otros campos, es el de ofrecer cauces —procedimientos y límites— que permitan que el Derecho sea un mecanismo de resolución de conflictos. La Comunicación que se presenta va a girar precisamente sobre este punto. Ni siquiera se va a tratar de establecer un elenco exhaustivo de los condicionantes jurídicos a los que han de someterse los trasvases. Solamente se va intentar poner de manifiesto cómo decisiones de tanta trascendencia política, económica y social se han acompañado de un régimen jurídico ciertamente deficiente. Desde esta perspectiva, el éxito del Derecho como instrumento para encauzar los conflictos sociales ha de ser necesariamente limitado.

Por un lado, es el territorio donde nacen y engrosan sus caudales los ríos más importantes de España. Sin embargo, la participación de Castilla-La Mancha en la asignación de recursos hídricos —regulados y no regulados— es comparativamente pequeña ya que la política hidráulica estatal se limitó tradicionalmente a ubicar en este territorio las obras de regulación y trasvase en beneficio exclusivo del uso hidroeléctrico y los regadíos y usos urbanos del levante y sureste. Al tener vedado el aprovechamiento de estos caudales públicos superficiales, ayuntamientos, agricultores y demás usuarios han tenido que paliar sus necesidades de agua extrayendo las aguas subterráneas, hasta el punto de poner en riesgo el futuro de estos recursos, de humedales de gran valor ecológico y de los propios aprovechamientos.

(3) GARRORENA MORALES, «El Derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y los Estatutos de Autonomía», en *VVAA, Derecho de aguas*, 2006, p. 1110.

(4) Por todos, vid. MARTÍN-RETORTILLO, S. «Ordenación jurídica de los trasvases entre cuencas», *REDA*, 8, 1976 y EMBID IRUJO A., «Los medios de una política hidráulica finisecular», *REDA*, 79, 1993.

II. LA DEFINICIÓN DE «TRANSFERENCIA» Y EL LIMITADO ENTENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Ley de Aguas de 1985 fue la primera norma que utilizó la expresión «transferencia de recursos hidráulicos», probablemente para eludir la utilización de término «trasvase», y la conflictividad que lleva aparejada (5). Su art. 43.1 c) [como hace ahora el art. 45.1 c) TRLA], establecía como uno de los contenidos obligatorios del plan hidrológico nacional «la previsión y las condiciones de las transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca».

La definición legal de «transferencias entre recursos hidráulicos» se produce a través de la Ley 10/2001, de 5 de julio, que aprueba el Plan Hidrológico. En el artículo 3 se definen, «a efectos de la presente Ley», los siguientes conceptos:

Transferencia: la norma específica que autoriza el paso de recursos hídricos de un ámbito territorial de planificación hidrológica a otro distinto. Añade el precepto que «las conexiones entre diferentes sistemas de explotación dentro de un mismo ámbito territorial de planificación se ajustarán a lo dispuesto en su correspondiente Plan Hidrológico de cuenca».

Como tendremos ocasión de analizar con el suficiente detenimiento, por «ámbito territorial de la planificación» es preciso entender la cuenca hidrográfica, ya que es ésta y no otra la unidad básica de la planificación. Por tanto, la transferencia es la norma que autoriza el paso de recursos hídricos de una cuenca hidrográfica a otra distinta. Las conexiones entre diferentes sistemas de explotación dentro de una misma cuenca se ajustarán a lo dispuesto en su correspondiente PHC. Ahora bien, he de admitir que esta interpretación, que es sobre la que pivota esta parte de la *Comunicación*, ha sido rechazada de forma mayoritaria por la doctrina.

Trasvase: la autorización concreta de volúmenes que se acuerde transferir cada año o en cada situación concreta.

Infraestructuras de trasvase: las obras e instalaciones que resulten precisas para ejecutar cada autorización.

Por tanto, en el PHN se parte de una triple diferenciación entre transferencia —norma habilitadora—, trasvase —acuerdo concreto de derivación de

(5) En relación con esta cuestión, vid. MOREU BALLONGA, J.L., «Sobre la muy deficiente técnica jurídica del Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional de Septiembre de 2000», en ARROJO AGUDO, P. (coord.), *El Plan Hidrológico Nacional a debate*, Bakeaz, fundación nueva cultura del agua, Bilbao, 2001, p., pp. 389 y ss.

caudales— e infraestructuras de trasvase. Como se ha dicho, desde un punto de vista técnico, la transferencia es una autorización normativa genérica, que tiene que estar prevista y regulada en una norma con rango legal (en concreto, en la LPHN), que se aplica mediante resoluciones concretas (autorizaciones de trasvase) y que se ejecuta materialmente mediante la derivación de las aguas a través de las infraestructuras del trasvase, también denominadas «infraestructuras de conexión intercuencas» (art. 72 TRLA) (6).

En cualquier caso, el elemento determinante del régimen jurídico de las transferencias es un elemento territorial. Y su concreción no deja de ser conflictiva. En particular, se ha planteado la duda de si la previsión singularizada en el PHN ha abarcar a todos los trasvases entre cuencas hidrográficas diferentes, aunque la ordenación de las mismas corresponda a un mismo PHC, o si, por el contrario, las únicas transferencias que el PHN ha de recoger son aquéllas que se lleven a cabo entre cuencas diferentes sujetas además a PPHCC distintos.

Esta duda surge porque, superando la interpretación que nos parece más convincente de la Ley de Aguas de 1985 (7), la redacción actualmente vigente del TRLA, resultado de la modificación efectuada a través de la Ley 62/2003, no impone la elaboración de un Plan Hidrológico específico para cada cuenca hidrográfica, sino que admite la posibilidad de que se encomiende la ordenación de los recursos hídricos de varias cuencas hidrográficas a un solo PHC, siempre que se trate de cuencas integrantes de una misma y única demarcación hidrográfica. Así, el art. 40.3 TRLA dispone que «el ámbito territorial de cada Plan Hidrológico será coincidente con el de la demarcación hidrográfica correspondiente». Y el art. 16 TRLA define la demarcación hidrográfica

(6) MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias entre recursos hidráulicos», *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, 2007. Como añade el citado autor, existe una evidente confusión entre continente y contenido. La transferencia no es una norma, sino el contenido de esta norma, lo mismo que el trasvase no es una autorización, sino el objeto de ésta.

(7) En nuestra opinión, la redacción inicial de la LA exigía la elaboración de un PHC por cada una de las cuencas existentes. Y es que con la consagración del principio de unidad de cuenca, la Ley de 1985 se había deshecho todos los equívocos que pudieran existir entre el ámbito territorial de las Confederaciones Hidrográficas y el de los planes hidrológicos de cuenca. Así, si bien el art. 20.1 LA permitía que el ámbito territorial de las Confederaciones Hidrográficas comprendiese «una o varias cuencas indivisas», el plan hidrológico de cuenca —y no de cuencas— iba referido al significado propio que esta palabra tenía en el art. 14 LA y no al ámbito territorial de una Confederación Hidrográfica, cuando éste no coincidiese, por ser más amplio, con el de una sola cuenca indivisa.

Vid. GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH, DÍAZ LEMA, *El derecho de aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986, pp. 652 y ss y SÁNCHEZ MORÓN. «Sobre la planificación hidrológica. Con especial referencia a la cuenca del Júcar», en SÁNCHEZ MORÓN, M., JIMÉNEZ IBÁÑEZ, S., DELGADO PIQUERAS, F., *Planificación hidrológica y nuevos regadíos. Problemas jurídicos de la Cuenca del Júcar*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 94 y ss.

como «la zona terrestre o marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas». En este sentido, el RD 125/2007, de 2 de febrero, fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, incluyendo distintas agrupaciones de cuencas (8).

Dando por hecho, por tanto que en el plan hidrológico de cuenca puede agrupar varias cuencas, o dicho en otros términos, puede ser un plan hidrológico de «cuencas», en mi opinión ello no implica que las transferencias de recursos entre cuencas de la misma demarcación no se sometan al principio de legalidad, o lo que es lo mismo, no deban de estar previstas en el PHN. Bien es verdad que no es ésta la posición mayoritaria de la doctrina (9) que ha realizado una lectura literal del precepto. El Tribunal Supremo, por su parte, también han considerado que no están sometidos a reserva de Ley los llamados «trasvases internos» (los efectuados entre cuencas pertenecientes a un mismo Plan Hidrológico de Cuenca). Así lo ha declarado en las SSTs de 23 de noviembre de 2001 (rec. núm. 3465/1995) y de 9 de marzo de 2004 (rec. núm. 3186/2001) (10).

(8) No obstante, en el actual marco jurídico-constitucional existe un importante límite a esta agrupación de cuencas en demarcaciones, de tal modo que no es posible asociar en una misma demarcación cuencas intracomunitarias, por un lado, y cuencas intercomunitarias, por otro. Tanto si son cuencas grandes como si son pequeñas, lo que no cabe es reunir bajo una misma autoridad o un mismo plan, nacional o regional, cuencas supra o intra comunitarias. En este sentido ya se pronunció DELGADO PIQUERAS, F., «La planificación hidrológica en la Directiva Marco comunitaria del agua», en el Libro Colectivo *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas, La Ley Actualidad*, 2003, p. 77. Tuve ocasión de analizar esta cuestión en GALLEGO CÓRCOLES, I., «Crónica de una declaración de invalidez anunciada: la STS de 20 de octubre de 2004, que anula parte del Plan Hidrológico del Júcar», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 659, 3 de marzo de 2005.

(9) Vid. EMBID IRUJO, A., («Algunas consideraciones jurídicas sobre las transferencias entre cuencas. Reflexiones a propósito del proyecto del Plan Hidrológico Nacional 2001», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 41, 2001) para quien sólo, que unas transferencias concretas, las que se refieran al transporte de agua entre ámbitos territoriales de distintos PHC, deben ser materia propia del PHN [Cfr. Art. 43.1 c)], no el resto de transferencias posibles entre cuencas (por ejemplo, las situadas dentro del territorio del mismo plan hidrológico) sobre las que se podría decidir mediante resolución administrativa: bastaría, así, el otorgamiento de la correspondiente concesión demanial; EZQUERRA HUERVA, A., «Plan Hidrológico Nacional y trasvases entre cuencas hidrográficas», *REDA*, núm. 115, 2002, pp. 330 a 334 y MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos hidráulicos», *Diccionario de Derecho de Aguas*, p. 914.

No deja de ser llamativo que MARTÍN MATEO, R. («Sobre trasvases, concesiones y convenios. El suministro de agua a la comarca del Vinalopó», *REDA*, núm. 96, año 1997) niegue la necesidad de Ley para aprobar el trasvase Júcar-Vinalopó sobre la base de que el área del Vinalopó no constituye el ámbito de una cuenca hidrográfica.

(10) Esta sentencia viene a modular la doctrina contenida en otras sentencias anteriores, como la STS de 5 de marzo de 1996, que declaró que los trasvases entre cuencas hidrográficas tienen que estar permitidos por una norma con rango de ley «como así se ha venido haciendo en ante-

En mi opinión, los argumentos para afirmar la necesidad de que los trasvases entre cuencas de la misma demarcación se realicen por Ley se pueden reconducir a tres: a) la reserva de Ley en este ámbito es anterior a la LA, y su engarce constitucional ha de guiar la interpretación de dicha norma; b) el cabal entendimiento de la cuenca hidrográfica como unidad básica de gestión permite una lectura integradora de la LA y de la LPHN; c) la imposibilidad de aferrarse a la interpretación literal de la LA y de la LPHN, que se muestran a todas luces insuficientes.

1. La reserva de Ley en el ámbito de las transferencias de recursos hídricos tiene engarce constitucional y es anterior a la LA

En este punto, conviene recordar que gran parte de los argumentos utilizados para justificar la reserva de Ley en el ámbito de transferencias de recursos hídricos tienen carácter constitucional. Así, ha sido común en la doctrina apelar al principio democrático para explicar esta reserva de Ley (11).

Además, hay que tener en cuenta que el art. 45 CE refuerza la exigencia de reserva de Ley a la que tradicionalmente se han sometido los trasvases. De hecho, se ha sostenido que la planificación del recurso, para ser racional —como impone el art. 45 CE— debe basarse en la planificación de cuenca (12). Así lo ha puesto de manifiesto la propia Comisión Europea, para quien toda la producción debería adaptarse a la cantidad de agua disponible local-

riores ocasiones y se desprende del art. 43.1.c) de la LA». Y es que si la reserva de Ley ha existido y existe al margen de la LA, no se entiende bien la corrección de la doctrina apelando al tenor de la LA.

(11) Para EZQUERRA HUERVA, A. (*El régimen jurídico de las obras hidráulicas*, IEA, Murcia, 2007, p. 380), las transferencias de recursos hídricos son origen de acalorados conflictos y disputas entre los territorios y los colectivos afectados, de suerte que es conveniente buscar la legitimación democrática que dimana de la aprobación a través del procedimiento legislativo.

Por su parte, señala EMBID IRUJO A. («El contexto legal de los trasvases de agua entre cuencas hidrográficas», *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, núm. 8/9, p. 5) que la ruptura del principio tradicional de la administración del agua por cuencas que representan los trasvases debe llevar también en una lógica consecuencia la ruptura para el caso de los trasvases de la atribución de los usos mediante concesión y solamente por la acción de la autoridad administrativa. Y es que, como añade el citado autor, la decisión legal es más que plausible en cuanto significa la inserción de los trasvases dentro de un instrumento que, por definición, supone publicidad y debate en su adopción y donde pueden sopesarse las medidas de trasvase al lado de otras posibles de gestión hídrica como la desalación de aguas salinas o salobres, la reutilización, las mejoras en la gestión, y por supuesto, el ahorro. Sin duda, añade el citado autor, este dato ponderado y meditado sería una adecuada plasmación del principio constitucional de «utilización racional de los recursos naturales» (art. 45 CE).

(12) BERMEJO VERA ET ALT., ALT., *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 125.

mente ya que es ésta una condición clave para la planificación sostenible de los usos del suelo en Europa. En definitiva, el principio de unidad de cuenca no es sino una consecuencia del principio constitucional de gestión racional de los recursos.

Obviamente, el principio constitucional que impone la utilización racional de los recursos no es absoluto y se encuentra sin duda en tensión con otros principios constitucionales, en concreto con el relativo al desarrollo económico. Evidentemente, la decisión relativa a la alteración de curso natural de un río, transfiriendo parte de sus recursos a otra cuenca implica una opción, que puede ser perfectamente legítima, a favor del principio económico. No obstante, no corresponde al poder ejecutivo ponderar entre estos principios constitucionales, sino al poder legislativo. Precisamente, en relación con la ponderación de los bienes jurídicos «protección del medio ambiente» y «desarrollo económico», el Tribunal Constitucional pronto tuvo ocasión de afirmar que ninguno de ellos prevalece *a priori*, limitándose recíprocamente, correspondiendo al legislador ordinario establecer, en cada caso, las modulaciones de uno y otro (13). Siendo difícil dar una definición abstracta de en qué consiste o cuándo la utilización de los recursos es «racional», según ha señalado el Tribunal Constitucional, este dilema exige ponderar en cada caso por el legislador, «con criterio flexible», cuándo y hasta dónde debe prevalecer el principio económico o el principio ecológico (14). En materia de aguas, ello exige que esta ponderación entre principio económico y principio ecológico que supone todo trasvase se lleve a cabo por el legislador.

(13) STC 64/1982, de 4 de noviembre, Fj 2º.

«El art. 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida. Estas consideraciones son aplicables a las industrias extractivas como cualquier otro sector económico y supone, en consecuencia, que no es aceptable la postura del representante del Gobierno, repetida frecuentemente a lo largo de sus alegaciones, de que exista una prioridad absoluta del fomento de la reproducción minera frente a la protección del medio ambiente. Recuérdese también que la «calidad de la vida» que cita el art. 45 y uno de cuyos elementos es la obtención de un medio ambiente adecuado para promoverla está proclamada en el preámbulo de la CE y recogida en algún otro artículo como el 129.1. Sin embargo, debe advertirse que la Constitución impone asimismo «el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos» (art. 130.1), deber al que hace referencia el artículo 55.1 del Estatuto de Cataluña. Ese desarrollo es igualmente necesario para lograr aquella mejora. La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico».

(14) STC 64/1982, 4 de noviembre, Fj. 8.

Otro argumento que refuerza el principio de reserva de Ley en todo tipo de transferencias es el especial régimen económico-financiero que ha de acompañara a este tipo de obras hidráulicas.

En efecto, de distintos preceptos constitucionales (art. 40, 45 y 138 CE) se desprende la necesidad de que los trasvases estén justificados por distintas razones, entre otras las económicas. Como afirmara DÍAZ LEMA (15), del art. 40 de la Constitución —que, recuérdese, establece que los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico— se desprende que sólo en el caso de una mayor rentabilidad económica y social de las aguas en la cuenca receptora está justificado el trasvase (16).

En el mismo sentido, señala EMBID IRUJO (17) que entre las razones que pueden avalar una ruptura del régimen tradicional de la administración de las aguas por cuencas hidrográficas deben incluirse las económicas, es decir, aquellas ligadas a una mayor eficiencia del recurso. Esta mayor eficiencia ha de posibilitar la asunción de los costes totales de las obras por los beneficiarios de las aguas trasvasadas.

Pero además de incluir sin excepción al principio de recuperación íntegra de los costes de las infraestructuras, en el régimen económico y financiero de los trasvases se debe incardinar el coste de lo que se ha dado en llamar sistema de «compensaciones». El equilibrio regional, como subraya DÍAZ LEMA (18), es una directriz que aparece en varias disposiciones de la Constitución (arts. 40.1, 138.1, 158) íntimamente vinculada al principio de solidaridad. Se trata de un contrapeso que se concreta en la adopción de una serie de medidas compensatorias a favor de la cuenca suministradora de las aguas. A través de las compensaciones puede mantenerse un nivel de actividad económica y de prestación de servicios públicos aceptables en aquellas zonas suministradoras de recursos. Por ello, como ha seña-

(15) DÍAZ LEMA, J.M., *El derecho de aguas en España*, en colaboración con GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, Madrid, 1986, tomo I, p. 639.

(16) Como pone de manifiesto el Libro Blanco del Agua (p. 408) desde que tras su concepción inicial por Lorenzo Pardo en 1933, se retomó en 1967 la cuestión de los trasvases intercuenas, la filosofía que informaba la política de estas actuaciones fue que las grandes obras de infraestructura que comportaban debían estar justificadas económicamente, eliminado o prescindiendo en ellas del espíritu proteccionista y subvencionador, ampliamente comentado, que había regido la política estatal en materia de regadíos desde la promulgación de la Ley de Auxilios de 7 de julio de 1911. De esta forma se aseguraba que las obras de trasvases hidrográficos eran de auténtico interés nacional, no solo por razones sociales, sino también económicas.

(17) EMBID IRUJO, A., «Condicionamientos jurídicos de una política de precios del agua», en la obra colectiva dirigida *Precios y Mercados del Agua*, Civitas, Madrid, 1982, p. 73.

(18) DÍAZ LEMA, J.M., *El derecho de aguas en España*, en colaboración con GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, Madrid, 1986, tomo I, p. 639.

lado EMBID IRUJO (19), esta compensación para las cuencas cedentes por razones ambientales y de ordenación territorial tiene sede constitucional. Y es que lo que se persigue es que las aquellas regiones menos desarrolladas de donde se deriva un recurso que va permitir a otras un desarrollo económico todavía mayor puedan ser beneficiarias de determinadas actuaciones que permitan un aumento en su calidad de vida. Por ello, como señala MENÉNDEZ REXACH (20) las compensaciones no deben enfocarse como el precio (político) de una transferencia para hacerla socialmente aceptable, sino como la proyección territorial de decisiones de política económica y social adoptadas por el Estado en ejercicio de sus competencias.

Pues bien, de todo lo anterior se deriva que los beneficiarios de las aguas trasvasadas deben asumir la totalidad de los costes de las transferencias. Y entre estos costes se incluiría el tradicionalmente llamado sistema de «compensaciones». De ahí que sea preciso que la normas autorizatorias de las transferencias prevean el régimen económico de las mismas haciendo efectivo el principio de la recuperación de costes. Y este régimen jurídico ha de contenerse en una norma con rango de ley, pues así lo exige el art. 31.1 CE. Y es que, como se ha demostrado (21), las exacciones que se recaudan con motivo de la construcción de obras hidráulicas tienen naturaleza tributaria.

Por tanto, la reserva de Ley que cubre la autorización de transferencias entre cuencas no se desprende sólo de la LA, sino que ésta viene a explicitar un principio vigente con anterioridad en nuestro ordenamiento, que la Constitución de 1978 no ha hecho sino reforzar.

2. La cuenca hidrográfica es la unidad básica para la gestión del agua; la necesidad de una interpretación integradora del TRLA y de la LPHN

Como ha puesto de manifiesto PÉREZ PÉREZ (22), el art. 14 TRLA recoge expresamente tres principios de gestión del recurso, y éstos no son otros que:

(19) EMBID IRUJO, A., «Régimen económico-financiero del trasvase del Ebro en la Ley 10/2001, de 5 de julio, del PHN, y consideraciones sobre los aspectos económico-financieros de los trasvases en general», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002, p. 312.

(20) MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos...», *op. cit.*, p. 931.

(21) DELGADO PIQUERAS, F., «Cánones y tarifas en la Ley de Aguas. La modificación del régimen económico del trasvase Tajo-Segura y su repercusión sobre los usuarios de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 34.

(22) PÉREZ PÉREZ, E., «La gestión integral de las aguas superficiales y subterráneas», en Pérez Pérez (coor.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, La Ley, pp. 995.

Principio marco, de unidad e interrelación de todos los recursos naturales.

Principio funcional, derivado de la unidad de ciclo hidrológico, concretado en la necesidad de realizar planteamientos sistémicos en la gestión del agua.

Principio territorial, conforme a la cual la cuenca hidrográfica es la unidad básica para la ordenación del agua.

Como añade el citado autor, junto a la unidad de ciclo hidrológico la Naturaleza presenta otra unidad básica de esta ordenación; la cuenca vertiente definida por el *divortium aquarum*. Este ámbito geográfico y topográfico es la mejor unidad física para la ordenación de los recursos hídricos, en sus diferentes usos y efectos y en sus relaciones con los demás recursos naturales. Por tanto, no resulta en modo alguno descabellado entender que el «ámbito territorial» al que hace referencia el art. 3 LPHN y 45 TRLA) es la propia cuenca hidrográfica. En este sentido, no hay que olvidar, como elemento de interpretación sistemática que el principio proclamado en el art. 14 TRLA es el de unidad de cuenca, y no el de «unidad de demarcación». Y que el concepto de cuenca hidrográfica es un concepto geográfico. Como establece el art. 16 TRLA, la cuenca hidrográfica es la «la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente los hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta». Dicha norma insiste además, en que la cuenca hidrográfica es la unidad de gestión del recurso (23).

Esta perspectiva que impone una interpretación sustancialista de la expresión «ámbito territorial de la planificación» (art. 3 LPHN) entendiéndolo por tal no la demarcación, sino la cuenca, deriva igualmente de una atenta lectura del Derecho comunitario.

Como ha afirmado LA CALLE MARCOS (24), la cuenca hidrográfica en tanto superficie territorial que contiene un sistema ecológico, hidrológico e hidrogeológico, es necesariamente la base de la gestión y la planificación hidrológica. El objetivo de la calidad de las aguas debe perseguirse en cada cuenca hidrográfica como sistema (Cdo. 33) (25). Es además la unidad adecuada

(23) «La cuenca hidrográfica como unidad de gestión del recurso se considera indivisible». En relación con el principio de gestión del agua por cuencas hidrográficas vid. LA CALLE MARCOS, A.P., *La Administración Hidráulica Española e Iberoamericana*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2008.

(24) LA CALLE MARCOS, A., «Impacto de la Directiva marco comunitaria y territorio», en la obra dirigida por EMBID *Agua y Territorio*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 286 y ss.

(25) «El objetivo de un buen estado de las aguas debe perseguirse en cada cuenca hidrográfica, de modo que se coordinen las medidas relativas a las aguas superficiales y las aguas subterráneas pertenecientes al mismo sistema ecológico, hidrológico e hidrogeológico».

para adaptar la regulación general de la política de aguas a las particulares condiciones sociales, económicas y ambientales del territorio. Como razona la Directiva, «existen condiciones y necesidades diversas en la Comunidad que requieren soluciones específicas» y «esta diversidad debe tenerse en cuenta... en el marco de la cuenca hidrográfica» (Cdo. 13) (26).

Por tanto, dicho en otros términos, la demarcación hidrográfica es una unidad superior de actuación (27), que abarca un mayor espacio físico al incluir a veces otras cuencas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, pero no es la unidad mínima de planificación. Ello no representa una novedad absoluta para nuestro ordenamiento, respondiendo a la aplicación del principio de racionalidad en la organización administrativa. Pero como subraya PALLARÉS SERRANO, aunque un mismo ente organizativo se puede encargar de la gestión de varias cuencas pequeñas, ha de tener siempre presente el principio de unidad de cuenca en la gestión de cada una de ellas.

Por tanto, al pretendido albur del Derecho comunitario no se debe mantener una interpretación de nuestra legislación de aguas que permita crear unidades artificiales de gestión, las demarcaciones hidrográficas, en las que la auténtica unidad de gestión, la cuenca, se diluya. De hecho, si se analiza con detenimiento la propia actuación de la Comisión europea se pone claramente de manifiesto cómo para el Derecho comunitario es la cuenca hidrográfica y no la demarcación la unidad territorial mínima de gestión. La Decisión de la Comisión Europea C(2003)5311 de 22 de Diciembre de 2003, por la que se fija el nivel de participación comunitaria en el gran proyecto «Conducción Júcar-Vinalopó ha subordinado la participación comunitaria en la financiación del trasvase Júcar-Vinalopó, entre otras condiciones, a que se respeten, con carácter prioritario, todas las necesidades de la cuenca del Júcar. En uno de los apartados de su artículo 2 se establece literalmente que: «se elaborarán asimismo «normas de explotación» del trasvase que tengan en cuenta con carácter prioritario, todas las necesidades de la cuenca y, en particular, las necesidades medioambientales, fijándose y respetándose el «caudal ecológico» del río Júcar antes de proceder a cualquier trasvase». Al Derecho comunitario poco importa que el trasvase se quiera efectuar dentro de una misma demar-

(26) Señala el citado autor (*op. cit.*, p. 275), la idea que parece fundar el concepto de cuenca hidrográfica en el acervo comunitario es su carácter de unidad geográfica natural y la necesidad de que la gestión se adecue a un marco coherente con la naturaleza. Así se deduce, añade LA CALLE MARCOS, de la alusión que hace el quinto Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, cuando elabora la estrategia comunitaria de sostenibilidad. Al abordar la planificación sectorial y espacial propugna la necesidad de una planificación integrada y de que ésta se realice en marcos adecuados como son las unidades geográficas naturales cuando se trata de contaminación o cuencas fluviales.

(27) PALLARÉS SERRANO, A., *La planificación hidrológica*, Tirant lo blanch, pp. 346 y 347.

cación. Le interesa asegurar el respeto al principio de prioridad de la cuenca cedente, sin que admita una gestión indeferenciada de recursos de distintas cuencas.

A ello hay que añadir, además, que la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2006, C(2006) 6739, con motivo de asegurar y mejor clarificar el régimen de caudales ambientales para el río Júcar y la toma en cuenta de todas las necesidades de la cuenca, añade a las condiciones ya enumeradas en el Artículo 2 de la Decisión C(2003)5311, nueve condiciones adicionales sobre la recuperación de acuíferos, el ahorro de regadíos, la mejora de calidad de agua, el caudal ecológico el uso de energías renovables y el seguimiento de estas condiciones.

3. El tenor literal de la Ley de aguas se muestra claramente insuficiente

Como hemos señalado, el argumento principal que se utiliza para defender que los trasvases que se produzcan dentro de una misma demarcación no precisan de autorización por norma de rango de Ley es el argumento de interpretación literal. Pero desde un punto de vista teológico, EMBID IRUJO (28) subrayó en su día que, al margen de la dicción concreta, lo que se quiere indicar la expresión contenida en el art. 43 c) LA es que hay transferencia de recursos hidráulicos siempre y cuando los recursos pasen de una cuenca a otra. Eso supondría, que la LA partía de un presupuesto no escrito y es que existiría un plan hidrológico, y sólo uno, por cada cuenca (29). Por ello, añade el citado autor, aunque la presentación formal de la LA hable de transferencia entre ámbitos territoriales de distintos PHC, en modo alguno se podría hablar de tal transferencia —y, por tanto, de su necesaria inserción en el PHN— si se previeran «trasvases» del recurso entre los ámbitos territoriales de los dos planes hidrológicos de cuenca del Guadiana (30). Cosa ligeramente distinta sucedería, según EMBID IRUJO, en el caso de la CH del Norte, suma de muy distintas cuencas, con tres Planes hidrológicos distintos también. Según dicho autor, en este caso, «propiaemente, la transferencia sería una medida a incluir en el PHN».

De este modo se pone de manifiesto la necesidad de superar una interpretación meramente formal de la norma, extrayendo hasta las últimas consecuencias la interpretación del principio de unidad de cuenca. Lo relevante

(28) EMBID IRUJO, A. («Los medios ...», *op. cit.*)

(29) Sobre esta cuestión vid. supra. Nota 7.

(30) En contra, EZQUERRA HUERVA, A., *El régimen jurídico ...*, *op. cit.*, p. 387.

a efectos de la existencia de un auténtico trasvase no es tanto que la cuenca cedente y receptora se encuentren bajo la competencia de un mismo Organismo de Cuenca, sino que se trate de cuencas geográficas distintas. Porque en definitiva, el principio de unidad de cuenca tiene su fundamento en asegurar una gestión racional de los recursos, que, como tal, ha de basarse el sustrato fáctico que proporciona la propia naturaleza.

Finalmente, la interpretación según la cual en los casos de trasvases entre cuencas pertenecientes al mismo plan hidrológico de cuenca no está sometida a reserva de ley supone un patente peligro desde el punto de vista del respeto a los principios de legalidad y jerarquía normativa. Como subrayan de forma certera GARRIDO CUENCA y ORTEGA ÁLVAREZ (31) de aceptar esta interpretación, se permitiría a la Administración aprovechar cualquier remisión normativa de la ley al reglamento para eludir la congelación de rango en que consiste la reserva de ley, de modo que bastaría que mediante reglamento se incluyesen bajo un mismo plan hidrológico diferentes planes de cuenca para, a continuación, realizar a voluntad los trasvases que la Administración quisiese, sin que sea necesario que el Parlamento conociera, deliberase y aprobase tal decisión mediante ley.

III. SOBRE EL CARÁCTER EXCEDENTARIO DE LOS RECURSO A TRANSFERIR

El tradicional principio de gestión por cuencas hidrográficas ha cristalizado en el reconocimiento expreso, por parte del PHN del principio de prioridad de la cuenca cedente. Como establece el art. 12 del PHN, toda transferencia se basará en los principios de garantía de las demandas actuales y futuras de todos los usos y aprovechamientos de la cuenca cedente, incluidas las restricciones medioambientales, sin que pueda verse limitado el desarrollo de dicha cuenca amparándose en la previsión de transferencias. En relación con el trasvase Tajo-Segura, así se expresamente se reconoce en la disposición adicional tercera del PHN y lo ha reiterado la disposición adicional primera de la Ley 11/2005 (32). Precisamente, la autorización de las transfe-

(31) GARRIDO CUENCA, N. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 que anula el Plan Hidrológico del Júcar. Una decisión clarificadora sobre la distribución competencial en materia de aguas», *RAP*, núm. 167, 2005. p. 219.

(32) Según la misma, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, que establece la prioridad de la cuenca cedente, el volumen trasvasable desde la cabecera del Tajo se revisará en el futuro, oídas las Comunidades Autónomas afectadas, a medida que el Gobierno lleve a cabo las inversiones precisas para que resulten adecuadamente satisfechas las necesidades de la cuenca del Segura.

rencias que reconoce actualmente nuestro Derecho positivo parte de la premisa de la existencia de caudales excedentarios en las cuencas suministradoras. No obstante, no se ha de negar que el legislador ha obrado con gran casuismo, siendo ostensibles la disparidad de criterios que contienen las normas aprobatorias de los distintos trasvases.

Resulta llamativo por lo demás, que el PHN renunciara a una mínima unificación del régimen jurídico existente mediante una definición genérica y abstracta del concepto de excedentes. No obstante, ello no hace sino reforzar la necesidad de que se elaboran propuestas doctrinales al respecto. Y en mi opinión, estas ha de partir de deslindar claramente un plano político y otro estrictamente jurídico en la caracterización de las aguas excedentarias.

Desde un punto de vista político, como señala CABEZAS CALVO-RUBIO (33), los conceptos de déficit y excedente de una cuenca son, en buena medida, una convención del lenguaje. Y es que, en términos absolutos, en un desierto no hay agua pero tampoco hay déficit de la misma, pues es su natural condición y, precisamente, lo que lo caracteriza. Por el contrario, en una cuenca muy húmeda no cabría tampoco hablar de superávit, ya que el régimen de abundancia hídrica está en la base de los ecosistemas fluviales y los paisajes constitutivos de esa cuenca. Se concluiría así en la inexistencia de sobrante alguno en ningún caso. No obstante, este concepto extremo, sin matizaciones, es de una errada simpleza, pues es obvio que existe un cierto nivel de utilización de los recursos naturales que se considera necesario e incluso deseable. Existe, un punto intermedio de desarrollo, que es el deseable, y que requiere una definición formal mediante el análisis del sistema de usos y los conceptos de caudales ambientales y buen estado ecológico. Desde esta perspectiva, y de acuerdo con criterios técnicos, como señala el citado autor sería posible plantear operaciones de trasvase, con un horizonte temporal que permita que el volumen de recursos susceptibles de ser trasvasado compense el coste económico, político y social que la transferencia sin duda lleva aparejado.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la caracterización del concepto de aguas excedentarias ha de partir necesariamente de la planificación hidrológica de cuenca, pues sólo ésta ordena la utilización del agua en su ámbito territorial y cuantifica no sólo las demandas existentes, sino también las futuras. Desde esta perspectiva, voces tan fundadas como las del profesor EMBID IRUJO (34) critican el concepto de excedente, ya que no habría nada más artificioso que su forma de cálculo, y proponen que sean planteamientos

(33) CABEZAS CALVO-RUBIO, F., «El concepto de aguas sobrantes. Una aproximación técnico-jurídica» en la obra colectiva ya citada *Derecho de aguas*, p. 176.

(34) EMBID IRUJO, A., «El contexto legal...», *op. cit.*, p.392.

de ordenación territorial, medioambientales, de ponderación de importancia social, económica y ambiental entre los usos realizados en la cuenca cedente y los que podrían realizarse en la beneficiaria, los conceptos con los que habría jugar (35). No obstante, en mi opinión, el marco idóneo para proceduralizar este tipo de decisiones es la planificación hidrológica, y el concepto de excedentes puede resultar adecuado para racionalizar el proceso, como se explicará seguidamente. Además, como ha puesto de manifiesto EZQUERRA HUERVA (36), no atender al criterio de las aguas excedentarias equivale de facto a negar que el principio de unidad de cuenca en la ordenación de los recursos hídricos no implica una cierta preferencia de aprovechamiento de las mismas en la cuenca en la que por naturaleza discurren.

En efecto, en los planes hidrológicos de cuenca se establecen no sólo las necesidades ambientales y los suministros actuales del sistemas, sino que dentro del horizonte temporal que le es propio, se han de prever las «necesidades futuras». Así el art. 42.1 b) TRLA dispone entre los contenidos obligatorios de los PPHCC la «asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación y recuperación del medio natural».

Ahora bien, no puede en modo alguno entenderse que a la hora de fijar las necesidades futuras el planificador tenga la más absoluta libertad y que quepa cualquier tipo de previsión, por ilógica que parezca. Así, en primer lugar, como ha subrayado MENÉNDEZ REXACH (37) no puede olvidarse ni la función coordinadora del PHN, al que habrán de adaptarse los PPHCC (arts. 45.1 y 3 TRLA) ni la aprobación de los mismos por parte del Gobierno de la Nación, que, en este acto, debe garantizar la efectividad de los principios constitucionales y legales a que sirve la planificación hidrológica.

Y en segundo lugar, como toda actuación administrativa, la aprobación de la planificación está sometida a la Ley y al Derecho. Y en este sentido, como es evidente, al principio de interdicción de la arbitrariedad. La planificación ha de moverse dentro del límite de lo razonable. Como en su día señaló EMBID IRUJO (38) debe existir una referencia temporal y una apelación a la razonabilidad. Serán caudales excedentes los que se puedan producir en un determinado período de tiempo después de la previsión de un creci-

(35) Comparte esta tesis, ENTRENA RUIZ, D., «La errónea dependencia de la ejecución de trasvases entre cuencas hidrográficas. Interpretación jurisprudencial», *Revistas Mensual de Gestión ambiental*, noviembre 1999, p. 69.

(36) EZQUERRA HUERVA, A., *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 392.

(37) MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos...», op. cit., p. 930.

(38) EMBID IRUJO, A., «Los fines de una política...», op. cit.

miento razonable (midiendo la razonabilidad con parámetros demográficos, técnicos, industriales, agrícolas, económicos, etc...) de las expectativas de consumo de la cuenca suministradora. En este sentido la STS de 16 de mayo de 2003 ha declarado (rec. núm. 396/1996) que no caben reservas indeterminadas ni en cuanto a su finalidad ni en cuanto a su duración que puesto que en los planes hidrológicos debe identificarse de forma concreta y precisa el origen de los recursos reservados, su destino previsto y el plazo para su materialización. En mi opinión, son estas determinaciones las que permiten su control posterior.

Desde esta perspectiva, por tanto, parece lo más lógica la afirmación de gran parte de la doctrina según la cual, los posibles trasvases quedarían reducidos a las aguas que cada PHC figuren en el inventario de los recursos hidráulicos [art. 42.a-c' TRLA], y no hayan sido objeto de asignación y reserva para usos y demandas actuales y futuros, ni para la conservación o recuperación del medio natural [art. 42.b-c' TRLA] (39). Bien entendido, además, que el PHN puede asimismo fijar reservas que en principio sólo se se permiten por motivos ambientales (art. 25 LPHN), por lo que no supondrían usos consuntivos. Sin embargo, como ha advertido MENÉNDEZ REXACH (40) las reservas efectuadas en el PHN no siempre responden a este esquema (41). Las reservas hechas desde el PHN afectarán inevitablemente a las previsiones de los PPHCC, que deben incorporarlas.

Ahora bien, la afirmación de sólo son trasvasables los recursos no asignados ni reservados en la planificación hidrológica de cuenca ha de ser sometida a una serie de matizaciones.

En primer lugar, la experiencia en la gestión del trasvase Tajo-Segura pone de manifiesto la necesidad de traducir en una cifra el volumen de agua embalsada que permite la satisfacción de las necesidades de la cuenca cedente. Esta cifra además, conviene que sea incorporada a las normas reguladora

(39) En este sentido, CABEZA CALVO-RUBIO, F. («El concepto...», op. cit., p. 176) asimila el concepto de sobrante a un agua no asignada ni requerida por ningún uso, que está en el sistema una vez satisfechas sus necesidades ambientales y una vez atendidos sin limitaciones los suministros de todas las demandas del sistema. Del mismo modo, para MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos...», op. cit., p. 930, la posibilidad de transferencias de recursos se acota, en principio, a los recursos no comprometidos (asignados o reservados) por los PPHCC. Vid igualmente EZQUERRA HUERVA, A., *El régimen...*, op. cit., 392.

(40) MENÉNDEZ REXACH, A., «Transferencias de recursos...», op. cit., p. 930.

(41) Vid. disposición adicional nueva introducida por la Ley 11/2005 (art. único, decimosexto): «La Comunidad Autónoma de Aragón dispondrá de una reserva de agua suficiente para cubrir las necesidades presentes y futuras de su territorio, tal y como establece en el Pacto del Agua de Aragón». Sea como fuere, el contenido de esta reserva es indeterminado.

del trasvase (42). Así se hace, en relación con el Trasvase Tajo-Segura, actualmente en el art. 23 PHT y la disposición adicional tercera del PHN. De un modo similar, el art. 1 de la Ley 17/1995, de transferencia del río Guadiaro a la cuenca del río Guadalete fija el caudal mínimo que ha de circular en la cuenca del río Guadiaro para que sea posible el trasvase. Por su parte, la disposición adicional vigésima segunda de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que autoriza la transferencia de recursos del Negrafin al Almanzora exige respetar un mínimo de volumen embalsado.

En segundo lugar, contrasta con el Derecho positivo vigente la afirmación de que sólo son susceptibles de ser trasvasados los caudales que no hayan sido ni reservados ni concedidos en la planificación hidrológica de cuenca. En realidad, se ha admitido la posibilidad de trasvasar caudales asignados a reservas para demandas futuras, bien es verdad que con un carácter mucho más precario que el de los «caudales excedentarios ordinarios» (es decir, aquellos que no han sido concedidos), en tanto en cuanto dejarán de ser trasvasables cuando se materialicen las necesidades futuras, o lo que es lo mismo, cuando sean objeto de concesión. El ejemplo paradigmático en este punto lo suministra una vez más la regulación jurídica del trasvase Tajo-Segura. En este sentido, en el art. 19 PHT se establece una reserva en la Cabecera del Tajo de 200 hm³ para atender, además de los regadíos incluidos en el cuadro de asignaciones y los declarados de interés general que dependen de estos recursos, determinados regadíos públicos potenciales. Pues bien, el art. 23.5 PHT dispone, entre otras cosas que el límite de los 240 hm³ de agua embalsada en Entrepeñas y Buendía deberá revisarse al alza, de forma expresa, cuando la evolución de las demandas del Tajo así lo requiera, debiendo contemplarse a estos efectos, entre otros, los aprovechamientos que resulten del otorgamiento de las correspondientes concesiones con cargo a las reservas para aprovechamientos futuros que, dependientes de recurso regulados en cabecera, se recogen este PHT. En el mismo sentido, aunque quizá de una manera más confusa, la disposición adicional tercera del PHN dispone que este volumen mínimo [240 hm³] podrá revisarse en el futuro conforme a las variaciones efectivas que experimente las demandas de la cuenca del Tajo, de forma que se garantice en todo caso su carácter preferente, y se asegure que las transferencias desde la cabecera nunca puedan suponer un límite o impedimento para el desarrollo natural de dicha cuenca.

(42) La aplicación del concepto de aguas excedentarias ha estado rodeada de un halo demasiado amplio de incertidumbre antes de la aprobación del PHT. Y es que a falta de un criterio preciso, la cuestión de la determinación del concepto de aguas sobrantes era un problema de motivación, que había de acreditarse a la vista de las circunstancias del caso. Vid. MENÉNDEZ REXACH, A., «Los problemas jurídicos...», *op. cit.*, p. 802.

Un esquema similar se seguía en el derogado artículo 16.2 a) del PHN que establecía la prohibición de efectuar derivaciones mientras no circule por el río, en los puntos de toma, un caudal superior a la suma del mínimo a la suma del mínimo ambiental fijado en el PH en la cuenca del Ebro, más el correspondiente a las concesiones en su caso existentes aguas debajo de las tomas. Por tanto, el hecho de que determinados caudales estuviesen reservados —excepción hecha, obviamente, de los caudales ambientales— no impediría que, en este caso, dichos caudales puedan ser objeto de trasvase.

En definitiva, mediante el establecimiento de una serie de reservas en la planificación, se trata de asegurar la cobertura de las demandas futuras de la cuenca cedente. Pero como estos caudales no se aprovechan en el presente, la normativa reguladora permite su derivación a otras cuencas, si bien con un carácter, en principio, marcadamente coyuntural.

La posibilidad de trasvasar estos recursos reservados no plantea duda alguna, ya que tal y como establece el art. 55 TRLA, cuando existan caudales reservados o comprendidos en algún plan del Estado que no sean objeto de aprovechamiento inmediato, podrán autorizarse concesiones a precario que no consolidarán derecho alguno y ni darán lugar a indemnización si el organismo de cuenca reduce los caudales o revoca las autorizaciones. Ahora bien, posiblemente en un sistema más perfecto habrían de preverse los mecanismos que operan en caso de que los caudales reservados sean objeto de concesión en la cuenca cedente, determinando claramente qué concesiones o qué caudales son los que han de ser revisados en la cuenca receptora.

En tercer lugar, hechas estas consideraciones, no hemos de ocultar que esta caracterización de los caudales sobrantes como aquellos que no han sido asignados ni reservados para usos o demandas presentes o futuras no es en ocasiones suficiente para explicar determinadas situaciones reconocidas en el Derecho positivo. En efecto, el régimen transitorio de la transferencia Guadalquivir-Almanzora prevé «una transferencia de caudales con cargo a potenciales recursos de aguas superficiales y subterráneas de la cuenca, *incluido el posible remanente de agua procedente de la distribución de caudales que no haya sido objeto de concesión*» (43). Del término «incluido» puede deducirse que pueden trasvasarse determinados caudales, aunque hayan sido objeto de concesión.

Del mismo modo, el efímero (44) Real Decreto-ley 3/2008 calificó como sobrantes aquellos volúmenes que no eran efectivamente utilizados por el Con-

(43) Real Decreto-Ley 9/1998, de 28 de agosto.

(44) El Consejo de Ministros del día 6 de junio de 2008, mediante Acuerdo de la misma fecha, declaró la concurrencia de la causa de cese de la vigencia de dicho Decreto-Ley, ya que estima que se han superado las circunstancias extraordinarias que han motivado su aprobación.

sorcio de Aguas de Tarragona (45). En mi opinión, se trata de medidas extraordinarias en las que, al amparo de una norma con rango legal (46), el legislador utiliza mecanismos excepcionales de gestión del agua.

IV. LA ARTICULACIÓN DE LOS TRASVASES TAJO-SEGURA Y TAJO-GUADIANA

Aunque hunde sus raíces en el Plan Nacional de Obras Hidráulicas de 1933, el anteproyecto del trasvase Tajo-Segura, no fue aprobado hasta 1968 (O.M. de 2 de agosto). La obra se incluyó en el II Plan de Desarrollo Económico y Social, cuya Ley aprobatoria ordenó su regulación también mediante Ley. Así se hizo por la Ley 21/1971, de 19 de junio (47). Por su parte, la Ley 52/1980, de 16 de octubre, estableció el régimen económico de la explotación del Acueducto Tajo-Segura y terminó de perfilar su régimen jurídico.

Por otro lado, la Ley 13/1987, de 30 de julio, de Derivación de Volúmenes de la Cuenca Alta del Tajo, a través del Acueducto Tajo-Segura autorizó un trasvase con carácter experimental, y duración de tan sólo tres años, desde la cabecera del Tajo al parque nacional de las Tablas de Daimiel. El máximo trasvasable eran 60 hm³ durante un período trianual, sin que el volumen derivado en un año pudiese superar los 30 hm³ y sin que el caudal pudiese ser utilizado para fines diferentes a los de tipo medioambiental.

Esta Ley fue prorrogada a través del Real Decreto-ley 6/1990, de 28 de diciembre. Posteriormente, el Decreto-Ley 5/1993, de 16 de abril, no solo prorroga por un plazo adicional de tres años, a partir del 31 de diciembre de 1993, la autorización para derivar aguas de la cabecera del Tajo a las Tablas de Daimiel, en las condiciones previstas en la Ley 13/1987 sino que también autoriza el trasvase de un volumen de 10 hm³ de aguas a la cabecera del Tajo y con destino al abastecimiento de Ciudad Real, y, en su caso, de otras poblaciones de la cuenca alta del Guadiana afectadas por la sequía.

(45) Como es sabido, el Consorcio de Aguas de Tarragona es concesionario de determinados caudales del Ebro en virtud de la Ley 18/1981.

(46) La necesidad de que las medidas extraordinarias que superen el ámbito de la cuenca hidrográfica sean adoptadas por el legislador ha sido reiterada por el TS. Vid. SSTs de 4 de Marzo de 1996 (rec. núm. 507/1994), de 18 de septiembre de 1996 (rec. núm. 1286/1990) y STS de 28 de abril de 1997 (rec. núm. 849/1993).

(47) Para una completa exposición del marco jurídico del trasvase Tajo-Segura, vid. el sugerente trabajo de FANLO LORAS, A., *El trasvase Tajo-Segura y su instrumentalización jurídica*, Civitas, Madrid, 2008.

Finalmente, el Decreto Ley 8/1995, de 4 de agosto, de medidas urgentes de mejora del aprovechamiento del trasvase Tajo-Segura declara que las dotaciones previstas en dichas normas pasarán a tener carácter permanente. Tal y como se desprende la exposición de motivos se trata de aprovechar la potencialidad del acueducto Tajo-Segura como vertebrador territorial del centro y sudeste de la península (48).

Desde el punto de vista de la caracterización de las aguas trasvasables, este Real Decreto Ley no se ocupa de definir el concepto de aguas excedentarias, sino sólo define un límite máximo de agua trasvasable. Así, se establece un volumen «medio» máximo de 50 hectómetros cúbicos, correspondiendo a la Comisión Central de Explotación la adopción de las decisiones de derivación de los caudales (49). Además, el art. 2 del Decreto-Ley dispone una reserva de 3 hm³ por año para asignar al abastecimiento de los núcleos de población inmediatos al trazado del acueducto Tajo-Segura, en las cuencas de los ríos Guadiana y Júcar, sin que ello implique la modificación del volumen máximo trasvasable autorizado por la normativa reguladora del acueducto Tajo-Segura.

En cualquier caso, la deficiente técnica normativa empleada hace que la articulación de este trasvase con el trasvase Tajo-Segura, con el que comparte parte de las infraestructuras, plantee relevantes problemas jurídicos que afectan a cuestiones clave tales como el caudal máximo trasvasable y la prelación entre las necesidades que deben satisfacer ambos trasvases.

En primer lugar, se ha discutido si caudal máximo trasvasable desde la Cabecera del Tajo para satisfacer las demandas del Segura y del Guadiana es de 600 (caudal máximo trasvasable en la Ley de 1971) o de 650 hm³ (es decir, el caudal máximo trasvasable según la Ley de 1971, más el caudal reconocido por el Decreto Ley 8/1995).

(48) Esta norma fue precedida de la adopción por unanimidad, por parte de la Comisión de Infraestructuras y Medio Ambiente del Congreso de los Diputados, de la resolución de fecha 14 de marzo de 1995 en la que se solicita expresamente del Gobierno la presentación de un proyecto de ley para mejorar la explotación de acueducto Tajo-Segura.

(49) Artículo 1. Derivación de recursos del acueducto Tajo-Segura a la cuenca del Guadiana.

1. Se autoriza la derivación de recursos hídricos del acueducto Tajo-Segura para el abastecimiento de la cuenca alta del río Guadiana. El volumen medio anual derivado, computado sobre un período máximo de diez años, no será mayor de 50 hectómetros cúbicos.

2. Dentro de esta cuantía máxima de 50 hectómetros cúbicos se consideran incluidas las dotaciones previstas para el Parque Natural de las Tablas de Daimiel en la Ley 13/1987, de 17 de julio, y en los Reales Decretos-leyes 6/1990, de 28 de diciembre, y 5/1993, de 16 de abril, que prorrogaron sus efectos, dotaciones que en lo sucesivo pasarán a tener carácter permanente.

3. Corresponderá a la Comisión Central de Explotación del acueducto Tajo-Segura la adopción de las decisiones de derivación de agua del acueducto Tajo-Segura para las finalidades especificadas en los apartados 1 y 2.

En efecto, tras la aprobación del Real Decreto-ley 8/1995 existe una cierta confusión sobre el volumen máximo de los trasvases autorizados, esto es si dicho volumen es de 600 o de 650 hm³. La Exposición de Motivos de dicho Real Decreto afirma claramente que el nuevo trasvase a La Mancha y la reserva de 3 hm³, se hace «sin alterar los 600 hm³ de volumen máximo anual trasvasable» (50). Sin embargo, en el articulado del Real Decreto-ley, la no modificación del máximo trasvasable se menciona expresamente respecto de la reserva de 3 hm³ (art. 2). Explícitamente, nada se afirma al autorizar la transferencia de 50 hm³, aunque ello puede deducirse del tenor del art. 1 del RD, que hace referencia a la «derivación de recursos del acueducto Tajo-Segura a la cuenca del Guadiana». Como es de sobra conocido, los recursos del acueducto Tajo-Segura son un máximo de 600 hm³ anuales (art. 1 Ley 21/1971). En definitiva, la duda interpretativa puede resolverse acudiendo al criterio establecido en la Exposición de Motivos (máximo de 600 hm³). Por tanto, es éste el máximo de caudal susceptible de ser trasvasado tanto a las cuencas del Segura como a la del Guadiana.

En contra de la interpretación sistemática deducible del Real Decreto-ley, el art. 23.2 PH se refiere al «total acumulado para las cuencas del Segura y Guadiana de 650 hm³, máximo que hace compatibles ambos trasvases, en circunstancias hidrológicas normales. Pero como ha señalado FANLO LORAS, esta interpretación del art. 23 más parece un arrastre de la previsión originaria del trasvase al Guadiana autorizado por la Ley 13/1987, de 17 de julio, cuyo volumen es «independiente» del cómputo autorizado por la Ley 52/1980. Por otro lado, por aplicación del principio de jerarquía normativa no es posible entender que una norma reglamentaria, el PHT, contravenga lo establecido en una norma con rango de Ley (51).

(50) En concreto, se establece que: «De este modo, con la presente norma se posibilita el trasvase a la La Mancha de hasta 50 hectómetros cúbicos anuales y se crea una reserva de hasta 3 hectómetros cúbicos por año para atender demandas de abastecimiento menores en las inmediaciones del acueducto Tajo-Segura.

Todo ello exige la modificación parcial de la normativa reguladora del acueducto Tajo-Segura sin alterar los 600 hectómetros cúbicos de volumen máximo trasvasable de una cuenca a otra».

(51) En contra, CLAVER VALDERAS, J.M. («Aspectos jurídicos de la gestión y explotación del Trasvase Tajo-Segura», en la obra dirigida por A. Fanlo *La ordenación jurídica del trasvase Tajo-Segura*, Murcia, IEA, 2008, p. 51) para quien las dudas suscitadas por el preámbulo de la norma quedan aclaradas en el art. 23.2 PHT.

En idéntico sentido, señala PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F. («Modificaciones normativas del Trasvase Tajo-Segura», en *Foro del Agua. Debate sobre agua, ahorro y futuro en el sureste español*, CAM, Murcia, 2004 p. 100) que la interpretación sistemática de la norma pondría de manifiesto que en un caso —en el de los 3 hm³ para abastecimiento de poblaciones—, se indica, expresamente, que la reserva establecida no implica la modificación del volumen máximo trasvasable autorizado por la normativa reguladora del acueducto Tajo-Segura. Por el contrario, en el otro supuesto, los 50

Finalmente, en coherencia con todo lo anterior, la disposición adicional primera de la Ley 11/2005 establece que en aplicación de la legislación vigente, que señala la prioridad de la cuenca cedente, se llevarán a cabo con carácter de urgencia y de acuerdo con criterios de viabilidad las obras previstas en el Anexo al Plan Hidrológico Nacional que permitan que Castilla-La Mancha pueda utilizar también el agua y la infraestructura del Acueducto Tajo-Segura. Como se puede comprobar, no sólo se permite la utilización de la infraestructura del Acueducto Tajo-Segura, sino también el agua —los recursos— de la misma.

Por otro lado, dado que recaen dos trasvases sobre las mismas aguas, es preciso determinar si existe alguna regla de prelación entre uno y otro trasvase. Como señalara PÉREZ-CRESPO (52) la concurrencia de derechos sobre un mismo objeto se resuelve en nuestro derecho atendiendo a una regla de preferencia, cualitativa o temporal, o, en defecto de preferencia alguna, acudiendo a la regla de prorrata.

En aplicación del principio *prior in tempore potior in iure*, FANLO LORAS (53) y CLAVER VALDERAS, a la sazón Secretario General y Asesor Jurídico del Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, consideran que existe un derecho preferente a favor del trasvase más antiguo, es decir el trasvase Tajo-Segura.

No obstante, como ya hemos señalado, para CABEZAS CALVO-RUBIO y ESTRADA LORENZO (54), las asignaciones y reservas que se establecen a favor de las cuencas del Guadiana y Júcar se refieren siempre a abastecimientos y medio ambiente, por lo que la preferencia no parece discutible.

En realidad, la aplicación del principio de prioridad temporal a este supuesto encuentra obstáculos en mi opinión insalvables. En primer lugar, el criterio de prioridad temporal viene recogido expresamente en la legislación de aguas para casos de conflictos entre concesiones —cláusula «sin perjuicio de terceros» del art. 61.1 TRLA—, sin que los usuarios del trasvase Tajo-Segura

hm³, se guarda silencio, por lo que sería preciso considerar que los mismos son adicionales a los previstos en la ley 21/71. No obstante, como ya hemos señalado en el texto, no es que el legislador guarde silencio, sino que la circunstancia de que dichos caudales se encuentren incluidos en los 600 hm (3) se desprende del hecho de que en todo caso se derivan «recursos» del trasvase Tajo-Segura.

(52) PÉREZ CRESPO PAYÁ, F., «Modificaciones normativas...», *op. cit.*, pp. 101 y 102.

(53) FANLO LORAS, A., *El trasvase...*, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

(54) CABEZAS CALVO-RUBIO, F./ESTRADA LORENZO, F., «Las reglas de explotación del trasvase Tajo-Segura», en la obra dirigida por A. FANLO, *La ordenación jurídica del trasvase Tajo-Segura*, *op. cit.*, p. 252.

ostenten el título concesional del que se derive su derecho al uso privativo de las aguas (55).

Pero más allá de la dificultad aplicar un principio concebido en ámbito de la gestión de una cuenca a un supuesto de trasvases entre cuencas, lo cierto es que es discutible que los usuarios del Segura tengan un derecho prioritario en base a que la Ley que supuestamente reconoce el mismo es anterior. Antes al contrario, como han subrayado recientemente CABEZAS CALVO-RUBIO y ESTRADA LORENZO (56), el trasvase Tajo-Segura se concibió con un carácter integrado, de modo que ya en el año 1971 se programaron distintas obras en las cuencas de Tajo, Júcar y Guadiana, formando parte de un aprovechamiento conjunto. La aprobación del trasvase al Guadiana, como ponen de manifiesto dichos autores, es un paso más en esta concepción. Se ha repetido una y otra vez que el trasvase Tajo-Segura es una obra de Estado (57), y desde esta perspectiva es preciso poner de manifiesto que es difícil concebir una obra con tal carácter si sólo beneficia a una Región, sin distribuir a su paso parte de la riqueza que transporta (58). Precisamente por ello, ya el art. 3.2 de la Ley 21/1971, de 19 de junio, se establecía que quedaban incluidas e integradas en el aprovechamiento conjunto de los ríos Tajo y Segura, entre otras, las obras de «los recursos hidráulicos totales de la Mancha» (art. 3) y los de abastecimiento de las poblaciones afectadas por la traza del acueducto Tajo-Segura (art 4). Y la Ley 52/1982 otorgaba precisamente un carácter prioritario a estos aprovechamientos frente a los del Segura, al establecer, en su disposición adicional novena, que el carácter de excedentarias de las aguas del Tajo se determinará en el PHT, a cuyo efecto, se tendrán en cuenta, entre otros, «los aprovechamientos potenciales a que se refieren los artículos tercero, cuarto y quinto de la ley 21/1971». Por tanto, en esta norma se establecía ya la prevalencia entre ambos trasvases.

En congruencia con ello, el art. 23 PHT asigna esta prioridad en dos momentos; en primer lugar, en el art. 23.3, según el cual, la circunstancias hidrológicas excepcionales en virtud de las cuales la decisión de trasvasar

(55) Esta dificultad es puesta de manifiesto, así mismo, por PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F., «Modificaciones normativas...», *op. cit.*, pp. 101 y 102.

(56) CABEZAS CALVO-RUBIO F./ESTRADA LORENZO, F., «La regla de explotación...», *op. cit.*, p. 252.

(57) Vid. por ejemplo la participación de M.A. RÓDENAS CAÑADA en la mesa redonda: «el Trasvase Tajo-segura y su significado. Presente y futuro». Publicado en la obra dirigida por A. Fanlo, *La ordenación jurídica del trasvase Tajo-Segura*, Murcia, 2008.

(58) En esa misma redonda, DELGADO PIQUERAS, F. tuvo ocasión de poner de manifiesto que el sentimiento profundo de desafección que el trasvase Tajo-Segura ocasiona en La Mancha tiene su origen principal en que es una obra insolidaria, desde el punto de vista que no deja nada a su paso, en una tierra además que no es, ni mucho menos, exuberante de recursos hídricos.

corresponde al Consejo de Ministros se producen cuando no se pueda garantizar el volumen mínimo necesario para el abastecimiento y riego de socorro en la cuenca del Segura y la derivación para abastecimiento a la cuenca del Guadiana. Es evidente, por tanto, que no se reconoce ninguna prioridad a los usuarios del Segura; antes al contrario, si es posible satisfacer las demandas de abastecimiento de cuencas externas y riegos de socorro en la cuenca del Segura, la competencia se atribuye a la Comisión Central de Explotación, que tendrá que asignar las dotaciones a estos usos. Se colocan en pie de igualdad los abastecimientos de las cuencas del Segura y Guadiana, y los riegos de socorro.

Además, las cifras contenidas en el art. 23 PHT a efectos de determinar el volumen mínimo de reservas en los embalses de Entrepeñas y Buendía y la verificación de las circunstancias hidrológicas excepcionales a las que hemos hecho referencia, «deberán revisarse inmediatamente cuando la evolución de las demandas del Tajo y Guadiana así lo requieran, prioritariamente en relación a las obras de abastecimiento de la llanura manchega, Ciudad Real y Puertollano». Por tanto, este abastecimiento es prioritario a los demás usos del trasvase Tajo-Segura. Frente a la impugnación del SCRATS, la validez de este precepto fue confirmada por la STS de 16 de mayo de 2003 (rec. núm. 396/1996). Según dicha sentencia,

«Tampoco cabe objetar a este precepto el que autorice una revisión de los criterios que, en definitiva, conducen a que pueda calificarse como excedentaria parte del agua embalsada, en función de la evolución de las demandas no sólo del Tajo sino también del Guadiana, porque las transferencias a esta Cuenca tienen cobertura en el Real Decreto Ley 6/1994, de 27 May., que declara de interés general las obras necesarias para la aportación de recursos hidráulicos a la zona central de la provincia de Ciudad Real, y en el Real Decreto Ley 8/1995, de 4 Ago., que autoriza la derivación de recursos hídricos del Acueducto Tajo-Segura, para el abastecimiento de la Cuenca del Alto Guadiana».

Bien es verdad la disposición adicional tercera PHN no establece ninguna servidumbre de las aguas del Tajo a favor de los usuarios del Guadiana. Pero en mi opinión, ello no implica que se releguen dichos usos. Antes al contrario, técnicamente se mejora la definición de aguas excedentarias del PHT, pues ese carácter lo tiene frente a las distintas «transferencias» (el término se usa en plural) que tienen su origen en el Tajo.

Pero además de estas razones, la aplicación del principio de preferencia de los abastecimientos y el propio tenor de las normas reguladoras del trasvase, habría otro argumento que permite negar que los usuarios del Segura tengan un derecho preferente a los del Guadiana, y es el relativo a la reduc-

ción al absurdo. Si partimos de la base de que el legislador no ha ampliado el máximo trasvasable, 600 hm³, no tendría ningún sentido el reconocimiento de una transferencia que no habría de tener dotación alguna. E incluso aunque se admitiese que el máximo trasvasable a ambas cuencas es de 650 hm³, tampoco tendría mucho sentido que el legislador partiera de un derecho prioritario de los usuarios del Segura, pues como es de sobra conocido, lamentablemente, las aportaciones que reciben los embalses de Entrepeñas y Buendía sólo han permitido en un año hidrológico (en concreto, en el año hidrológico 2000-2001) que se trasvase el máximo permitido, 600 hm³ (59). Por tanto, igualmente, en esta interpretación se habría aprobado un trasvase que no contaría con dotación alguna.

V. RECAPITULACIÓN

La presente Comunicación no ha pretendido, en modo alguno, examinar los problemas jurídicos que rodean la aprobación de trasvases. Se han dejado en el tintero aspectos tan relevantes como el título jurídico de aprovechamiento de las aguas trasvasadas (o lo que es lo mismo, si este lo constituye ya la propia regulación autorizatoria de la transferencia), la caracterización de la potestad de aprobar trasvases, las implicaciones organizativas y económicas de las transferencias, etc. No obstante, se ha intentado que, a través de la observación atenta de algunos de los puntos de fricción que plantea la regulación de las transferencias en Derecho positivo español se compruebe que esta normativa presenta no sólo un elevado grado de dispersión, sino importantes deficiencias. Deficiencias que deben ser superadas, si se pretende que los trasvases puedan cumplir una auténtica función de vertebración territorial.

(59) En el Anteproyecto General de Aprovechamiento Conjunto de los recursos hidráulicos del Centro y Sudeste de España, del año 1967 se consideraba la existencia de una aportación media regulada en los embalses de cabecera del Tajo de 1200 hm³ anuales, y se estimaba que podían ser derivados sin problema alguno hasta 650 hm³. Como ha señalado CLAVER VALDERAS, («Aspectos jurídicos...», p. 194), si se comprueban las aportaciones habidas a dichos embalses entre los años hidrológicos 79/80 al 06/07, se puede comprobar no solo que dichas aportaciones presentan una notable irregularidad, sino que además que la media anual de las mismas ha sido sólo de 773 hm³, cuyo volumen, habida cuenta de las demandas prioritarias existentes en el Tajo —alrededor de 350 hm³— más las pérdidas, no permite en la actualidad disponer de 600 hm³ anuales excedentarios, sino que la existencia o no de excedentes, y el volumen de los mismos, debe ser valorado en cada año hidrológico, en el momento de plantearse o no la aprobación o no de un trasvase, conforme a las reservas de aguas existentes en cada momento. Este sería el primer problema de los existentes en la gestión y explotación del trasvase: las aportaciones a los embalses de Entrepeñas y Buendía no responden en la actualidad a las previsiones estudiadas en el Anteproyecto General, sino que son inferiores aproximadamente en un 35,5%.

En mi opinión, se puede llegar a afirmar que la Ley no ha estado a la altura de su papel de canalizador de los complejos conflictos políticos, económicos y sociales que plantean los trasvases. Probablemente, la elaboración de estas normas en un clima de clara confrontación no facilita su perfección técnica. Guardando las distancias necesarias, probablemente se pueda aplicar a las distintas Leyes *ad hoc* sobre transferencias de recursos hídricos que han sido aprobadas, la célebre frase del juez Holmes «[g]reat cases like hard cases make bad law.»