

Módulo II: Marco Institucional,
Jurídico y Económico

REGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS HIDRAÚLICAS

AUTOR: CARLOS MORENO

REGIMEN JURIDICO DE LAS OBRAS HIDRÁULICAS

Concepto de obra hidráulica

La vinculación de la regulación de la obra a la del agua está presente desde un principio en nuestro derecho positivo, señalemos la Ley Gasset de 7 de julio de 1911, sobre construcción de obras hidráulicas con destino a riegos y defensas y encauzamientos de las corrientes; no obstante tanto en esta Ley como en normas posteriores, la regulación de las obras hidráulicas se encuentra recogida en un conjunto de normas prolijo y difuso, lo que impedía cualquier tipo de referencia a un régimen general y común de las obras hidráulicas. Con esto se quiere decir que la regulación de la obra hidráulica venía regulada en unas normas y la del agua en otras, a pesar de esa vinculación.

Con la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de Aguas, se incorpora, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación del régimen jurídico de las obras hidráulicas en el derecho de aguas. No obstante tal incorporación se lleva a cabo de forma reducida.

En un país como el nuestro con una geografía en extremo accidentada, con una muy irregular distribución de los recursos, con condiciones climáticas muy distintas, conduce a la imprescindible necesidad de las obras hidráulicas si de verdad quieren utilizarse los recursos. La obra hidráulica es la que posibilita su aprovechamiento, también la que establecerá el régimen económico del mismo y la que determinará las limitaciones a imponer los derechos a los terceros etc.

Antes de pasar a exponer lo que dispone el artículo 122 del TRLA, y la doctrina, y centrándonos en la obra pública, esta puede definirse como aquellas “obras ejecutadas por cuenta – por encargo – de una persona pública con un fin de utilidad general”. Esta definición exige que se cumplan tres requisitos. Un elemento objetivo, el objeto de la obra debe reunir la condición de bien inmueble; un elemento subjetivo, debe ser realizada por encargo o por cuenta de la Administración; un elemento teleológico, con un fin de interés o utilidad general. Estos tres elementos son predicables de la obra pública hidráulica.

A. EMBID ha dado un concepto amplio de obra hidráulica, definiéndolas como aquellas que posibilitan el aprovechamiento del recurso y del que sólo deben alejarse aquel tipo de obras en el que el agua es un elemento accesorio o en las que tradicionalmente el derecho de aguas ha operado una separación tajante. Por su parte E. PÉREZ señala que “las obras hidráulicas en general serán las obras públicas relacionadas con el agua, tanto si persiguen posibilitar los usos o aprovechamientos de la misma como si tienen la finalidad de defenderse de sus efectos nocivos.

Por su parte, el artículo 122 del TRLA, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, solventa razonablemente el problema de establecer cualquier posible concepto de obra hidráulica, recogiendo un amplio listado de las que tienen tal consideración a efectos de la Ley; en otras palabras, establece un posible concepto de obra hidráulica eludiendo cualquier pretensión definitoria de las mismas. A tal efecto dispone:

A los efectos de esta Ley, se entiende por obra hidráulica la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada a la captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, así como el saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aprovechadas y las que tengan como objeto la recarga artificial de acuíferos, la actuación sobre cauces, corrección del régimen de corrientes y la protección frente avenidas, tales como presas,

embalses, canales de acequias, azudes, conducciones, y depósitos de abastecimiento a poblaciones, instalaciones de desalación, captación y bombeo, alcantarillado, colectores de aguas pluviales y residuales, instalaciones de saneamiento, depuración y tratamiento, estaciones de aforo, piezómetros, redes de control de calidad, diques y obras de encauzamiento y defensa contra avenidas, así como aquellas actuaciones necesarias para la protección del dominio público hidráulico.

La Ley (TRLA) señala a continuación que las obras hidráulicas pueden ser de titularidad pública o privada. Las primeras, son *“las destinadas a garantizar la protección, control y aprovechamiento de las aguas continentales y del dominio público hidráulico y que sean competencia de la Administración General del Estado, de las Confederaciones Hidrográficas, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales”*, para sentar seguidamente (art. 124.1), con carácter de auténtico principio, que las obras hidráulicas de interés general son competencia de la Administración General del Estado. Este principio es referible tanto a las obras hidráulicas de las cuencas intercomunitarias como a los de las intracomunitarias (FJ 20 STC 227/1988).

Son obras hidráulicas privadas las que son solicitadas y realizadas por los particulares, p.e. red de acequias hechas por las Comunidades de Regantes.

Competencias

AGUAS

- Competencia de las CCAA en las aguas intracomunitarias (TRLA y STC 227/1988).
- Competencia del Estado en las aguas intercomunitarias CE-149.1.22º.

OBRAS

- Competencia de las CCAA:
 - a) En las obras públicas de interés de la CCAA en su propio territorio. CE - 148.1.4^o
 - b) En proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la CCAA. CE - 148.1.10^o
- Competencia del Estado en las obras hidráulicas de interés general o cuya realización afecte a más de una CCAA. CE – 149.1.24
- Competencia Administración Local – Suministro de agua, alcantarillado, tratamiento de aguas residuales.

El artículo 124 del TRLA dice:

1. *Son competencia de la Administración General del Estado las obras hidráulicas de interés general. La gestión de estas obras podrá realizarse directamente por los órganos competentes del Ministerio de Medio Ambiente o a través de las Confederaciones Hidrográficas. También podrán gestionar la construcción y explotación de estas obras, las Comunidades Autónomas en virtud de convenio específico o encomienda de gestión.*
2. *Son competencia de las Confederaciones Hidrográficas las obras hidráulicas realizadas con cargo a sus fondos propios, en el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado.*
3. *El resto de las obras hidráulicas públicas son de competencia de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, de acuerdo con lo que dispongan sus respectivos Estatutos de Autonomía y sus leyes de desarrollo, y la legislación de régimen local.*
4. *La Administración General del Estado, las Confederaciones Hidrográficas, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales podrán celebrar convenios*

para la realización y financiación conjunta de obras hidráulicas de su competencia.

Por tanto, únicamente las obras hidráulicas de interés general del Estado son competencia de la Administración General del Estado, todas las demás obras hidráulicas o son competencia de las CCAA o de las Entidades Locales, de acuerdo con lo que disponen sus Estatutos de Autonomía y sus leyes de desarrollo, y la legislación de régimen local.

La declaración de interés general, sin reserva alguna, evidencia las competencias en el Estado (art. 124.1 TRLA), incluso en las cuencas intracomunitarias, constituye, por tanto, una expresa habilitación a su favor, (Art. 149.1.23º CE y FJ 20 STC 227/1988).

La aceptación por las CCAA de este sistema, además de lo que dice la Constitución en el art. 149.1.23ª, encuentra su explicación en dos circunstancias muy concretas. En primer lugar, la importante colaboración financiera que supone por parte del Estado. En segundo lugar, que tal habilitación a favor del Estado, en modo alguno supone en tales supuestos la cancelación de la presencia de las CCAA. Este extremo lo ha cuidado muy mucho el TRLA, por ejemplo concurso de las CCAA en la construcción y explotación de estas obras hidráulicas de interés general, en virtud de convenio específico o de encomienda de gestión (art. 124.1, in fine). Un planteamiento que responde a la línea de establecer, y hacer efectiva, la colaboración entre los distintos Poderes públicos, ampliamente acogida en el TRLA.

El artículo 46 del TRLA se refiere a la **declaración de las obras hidráulicas de interés general**, a tal efecto dispone:

1. Tendrán la consideración de obras hidráulicas de interés general y serán de competencia de la Administración General del Estado, en el ámbito de las cuencas a que se refiere el artículo 21 de esta Ley:

a) Las obras que sean necesarias para la regulación y conducción del recurso hídrico, al objeto de garantizar la disponibilidad y aprovechamiento del agua en toda la cuenca.

b) Las obras necesarias para el control, defensa y protección del dominio público hidráulico, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, especialmente las que tengan por objeto hacer frente a fenómenos catastróficos como las inundaciones, sequías y otras situaciones excepcionales, así como la prevención de avenidas vinculadas a obras de regulación que afecten al aprovechamiento, protección e integridad de los bienes del dominio público hidráulico.

c) Las obras de corrección hidrológico-forestal cuyo ámbito territorial afecte a más de una Comunidad Autónoma.

d) Las obras de abastecimiento, potabilización y desalación cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

2. El resto de obras hidráulicas serán declaradas de interés general por ley.

3. No obstante lo señalado en el apartado anterior, podrán ser declaradas obras hidráulicas de interés general mediante Real Decreto:

a) Las obras hidráulicas contempladas en el apartado 1 en las que no concurren las circunstancias en él previstas, a solicitud de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ubiquen, cuando por sus dimensiones o coste económico tengan una relación estratégica en la gestión integral de la cuenca hidrográfica.

b) Las obras necesarias para la ejecución de Planes Nacionales, distintos de los hidrológicos pero que guarden relación con ellos, siempre que el mismo plan atribuya la responsabilidad de las obras a la Administración General del Estado, a solicitud de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ubique.

4. La declaración como obras hidráulicas de interés general de las infraestructuras necesarias para las transferencias de recursos, a que se refiere la letra c), apartado 1 del artículo 45 de la presente Ley, sólo podrá realizarse por la norma legal que apruebe o modifique el Plan Hidrológico Nacional.

El primer apartado, obviamente, se refiere a las cuencas intercomunitarias. Así se deduce de la remisión que se hace al artículo 21. Nada se dice de a quién corresponde, en concreto, la declaración de interés general de las obras hidráulicas en esas cuencas. Tan sólo se señala que en los cuatro supuestos que allí se enuncian, la competencia es de la Administración General del Estado, por lo que debemos entender que las obras hidráulicas que se señalan y que reúnen los requisitos establecidos en las letras a, b, c, d del apartado 1 son de interés general por virtud de la Ley, ex lege, sin necesidad de ningún otro requisito, en contraposición a que como establece el nº 2 en el artículo, el resto de las obras hidráulicas serán declaradas de interés general por Ley. Aunque en la práctica todas se han declarado de interés general por Ley.

En segundo lugar, están los dos supuestos del apartado 3 en los que entran también las cuencas intracomunitarias: la declaración de interés general debe realizarse por Real Decreto. Son supuestos distintos, en los que juega un papel fundamental la solicitud de la CCAA en cuyo territorio se ubiquen las obras para que se lleve a cabo tal declaración.

El último apartado del artículo 46 mantiene la exigencia de Ley para las infraestructuras requeridas con motivo de las transferencias de recursos prevista en el artículo 45 del TRLA. Exigencia de Ley que, además, se cualifica de modo especial: no basta una norma con ese rango, sino que ha de ser, precisamente, la que aprueba el Plan Hidrológico Nacional o lo modifique.

El artículo 131 del TRLA se refiere a **quiénes pueden instar tal declaración**. A tal efecto dispone:

1. La iniciativa para la declaración de una obra hidráulica como de interés general, conforme a los apartados 2 y 3 del artículo 46 de la presente Ley, corresponderá al Ministerio de Medio Ambiente, de oficio o a instancia de quienes tuvieran interés en ello, sin perjuicio de lo dispuesto en las letras a) y b) del apartado 3 del artículo 46. Podrán instar la iniciación del expediente de declaración de una obra hidráulica como de interés general, en el ámbito de sus competencias:

- a) El resto de los Departamentos ministeriales de la Administración General del Estado.*
- b) Las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.*
- c) Las Comunidades de Usuarios u organizaciones representativas de los mismos.*

En todo caso, serán oídos en el correspondiente expediente las Comunidades Autónomas y Entidades locales afectadas.

2. Cuando se trate de obras hidráulicas que tengan como finalidad principal los regadíos u otros usos agrarios, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación informará preceptivamente sobre las materias propias de su competencia, en especial sobre la adecuación del proyecto a lo establecido en la planificación nacional de regadíos vigente.

En los dos siguientes apartados (3 y 4 del art. 131) se establece la obligación de ponderar la adecuación del proyecto a las exigencias medioambientales y la necesidad de que en el expediente de declaración se incluya la propuesta de financiación de la ejecución y explotación de la obra.

El artículo 127 del TRLA se refiere a las **prerrogativas** de la obra hidráulica de interés general, a tal efecto:

- Las obras hidráulicas declaradas de interés general y las obras y actuaciones hidráulicas de ámbito supramunicipal, incluidas en la planificación hidrológica y que no agoten su funcionalidad en el término municipal donde se ubiquen, no estarán sujetas a licencia ni a cualquier acto de control preventivo municipal.
- Ni podrán suspenderse las obras siempre que:
 - Se haya cumplido con el trámite de informe previo a la administración local.
(Informe previo emitido a petición del MIMAM o sus Organismos Autónomos a efectos urbanísticos y se entenderá favorable si no se emite y notifica en el plazo de un mes). [Ley 62/2003]
 - El proyecto técnico esté debidamente aprobado por el órgano competente.
 - Las obras se ajusten a dicho proyecto o a sus modificaciones y se haya comunicado a las Entidades Locales la aprobación de los proyectos de las obras hidráulicas a que nos referimos.

Por su parte el 130, señala que:

- La aprobación de los proyectos de obras hidráulicas de interés general llevará implícita la declaración **de utilidad pública** y la necesidad de la ocupación de los bienes y adquisición de los derechos, a los fines de la expropiación forzosa y la ocupación temporal.
- Cuando la realización de una obra hidráulica de interés general afecte de forma singular al equilibrio socioeconómico del término municipal en

que se ubique, se elaborará y ejecutará un proyecto de restitución territorial para compensar tal afección.

En cuanto a las formulas de **cooperación y coordinación** entre los distintos Poderes públicos (AGE, CCAA y Administración Local) a que se refiere el TRLA, el artículo 124.4 enuncia estos vínculos con carácter general: Se refiere a los Convenios entre la Administración del Estado, las Confederaciones Hidrográficas, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales "para la realización y financiación conjunta de obras hidráulicas de su competencia". Un postulado que hay que completar en relación con las obras hidráulicas de interés general en los términos que se recogen en el apartado 1 del mismo artículo 124: tras sancionar la competencia de la Administración General del Estado en relación con esas obras, se prevé que la gestión de su construcción y explotación podrán llevarla a cabo las CCAA en virtud de convenio específico o encomienda de gestión.

Y junto a estas fórmulas de colaboración, el artículo 128 del TRLA sanciona también la exigencia de una recíproca coordinación de las distintas Administraciones públicas en el ejercicio de las competencias que pueden corresponderles en estas materias. Y ello conscientes en todo momento de que, como estableciera la STC 227/1988, la coordinación no supone ni menoscabo ni reducción de los ámbitos competenciales que se coordinan. La Ley establece: *"La Administración del Estado, las Confederaciones Hidrográficas, las CCAA y las Entidades Locales tienen los deberes de recíproca coordinación de sus competencias concurrentes sobre el medio hídrico con incidencia en el modelo de ordenación territorial, en la disponibilidad, calidad y protección de las aguas y, en general, del dominio público hidráulico, así como los deberes de información y colaboración mutua en relación con las iniciativas o proyectos que promuevan"* (Art. 128.1).

Modalidades de Construcción y Explotación de Obras Hidráulicas

A las tres siguientes modalidades de construcción y explotación vamos a hacer referencia.

1. Construcción y explotación por el Ministerio de Medio Ambiente y las Confederaciones Hidrográficas.
2. Construcción y explotación por las Sociedades Estatales de Aguas.
3. Construcción y explotación a través del contrato de concesión de obras públicas.

En cuanto a la primera modalidad, el MIMAM o las Confederaciones Hidrográficas no suelen construir directamente las obras hidráulicas sino empresas con quienes contratan su ejecución y con cargo a sus presupuestos, es decir, tanto el Ministerio de Medio Ambiente (Ministra) como las Confederaciones Hidrográficas (Presidencia como órgano de contratación, art. 12 TRLCAP) contratan con terceros la ejecución de las obras hidráulicas con arreglo a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con cargo a sus respectivos presupuestos, pues ambos tienen presupuestos diferenciados, si bien se integran en los Presupuestos Generales del Estado a tenor de lo que dispone el artículo 33 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria. (Ley 47/2003, de 26 de nov. (BOE 27 nov)).

También ambos, pueden encomendar la gestión de la construcción a las CCAA en virtud de convenio específico o encomienda de gestión (art. 124.1 TRLA).

Una cuestión previa, antes de abordar qué es un Ministerio y una Confederación Hidrográfica.

Las Administraciones Públicas, cada una de ellas dotadas para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única, pueden agruparse en cinco categorías esenciales:

- La Administración del Estado.
- Las Administraciones de cada una de las CCAA.
- Las Administraciones locales, integradas por Municipios, Provincias, Islas, y por las Entidades locales menores, Comarcas y Áreas Metropolitanas.
- Las Administraciones institucionales creadas por las Administraciones anteriores.
- Las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses profesionales o económicos.

Pero, ¿qué es una Administración?. Es un aparato organizativo, que se reduce a unidad por el Derecho mediante la atribución de una personalidad jurídica única, lo que supone que los distintos órganos que la integran no tienen externamente vida jurídica independiente, porque el único sujeto es la persona jurídica Administración. Esa persona jurídica es la titular de los derechos y obligaciones, de las potestades, el sujeto responsable de sus actuaciones.

La Administración del Estado se suele clasificar a su vez en:

- Administración Central (Ministros, Secretarios de Estado etc. Art. 6 LOFAGE), integrada por los órganos que extienden su competencia a todo el ámbito territorial del Estado.
- Administración Periférica (Delegados del Gobierno, Subdelegados), incluye a los demás órganos con competencia territorialmente limitada.
- Administración General del Estado en el exterior (Embajadores, Cónsules etc).

La Administración institucional integra las Entidades de naturaleza fundacional creadas por otra Administración Pública (Central, Autonómica o Local) para el desempeño de funciones que son competencia de la Administración matriz (descentralización funcional), a quien se dota de personalidad jurídica independiente. Ahora bien, el dato relevante de tener reconocida una personalidad jurídica no convierte a los entes que integran la Administración institucional en sujetos realmente “independientes” de la Administración que los crea. La plena operatividad jurídica de la personalidad jurídica de las entidades institucionales sólo se da en sus relaciones con terceros. Por el contrario, en sus relaciones con la Administración matriz la personalidad jurídica ve atenuada su significación, porque la Administración matriz no puede desentenderse de la actividad de su Administración institucional, porque esta actividad se encuadra en las competencias de aquella que, por tanto, conserva la plena responsabilidad política, jurídica y organizativa sobre los resultados de esa actividad.

La Administración institucional es un instrumento de la Administración matriz. Esta relación de dependencia (instrumentalidad) se traduce esencialmente en la necesaria adscripción de todas las Entidades institucionales (Administración institucional) a un órgano de la Administración matriz: los Ministerios en la Administración Central, las Consejerías en la autonómica, el Pleno en las Corporaciones Locales. Dicho órgano tiene la responsabilidad política directa sobre la actividad de estas Entidades y, en consecuencia, ostenta sobre ellas ciertas potestades de dirección y control.

Una vez dicho esto, las Confederaciones Hidrográficas son organismos autónomos (Administración institucional), a tenor de lo que dispone el artículo 22 del TRLA que establece en su nº 1: *“Los organismos de cuenca, con la denominación de Confederaciones Hidrográficas, son organismos autónomos de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscritos, a efectos administrativos, al Ministerio de Medio Ambiente”.*



Departamento ministerial que es la Administración matriz, de la que hemos hablado antes.

De todo ello, se deduce que tanto el MIMAM, como las Confederaciones Hidrográficas pueden contratar con terceros la ejecución de las obras hidráulicas, porque ambos tienen personalidad jurídica en sus relaciones con terceros y pueden celebrar contratos a tenor de lo que disponen los artículos 13, 14 y 49 de la LOFAGE y 22.2 del TRLA, con sujeción a los preceptos establecidos en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

Este ha sido hasta tiempos recientes el sistema normal de contratación de obras hidráulicas.

Por lo que atañe a la explotación de las obras hidráulicas, o mejor dicho a la gestión de su explotación, el Ministerio de Medio Ambiente no lo hace directamente, sino que en unos casos, utilizan a esos entes instrumentales que son las Confederaciones Hidrográficas, constituidas en las cuencas hidrográficas que exceden del ámbito territorial de una CCAA (art. 21 TRLA), o bien, en otros casos, por las Comunidades Autónomas en virtud de convenio específico o encomienda de gestión.

También es preciso destacar, que el artículo 125 del TRLA, permite que el MIMAM y las Confederaciones Hidrográficas, en el ámbito de sus competencias, puedan encomendar a las comunidades de usuarios, o juntas centrales de usuarios, la explotación y el mantenimiento de las obras hidráulicas que les afecten. A tal efecto, se suscribirá un convenio entre la Administración y las comunidades o juntas centrales de usuarios en el que se determinarán las condiciones de la encomienda de gestión y, en particular, su régimen económico-financiero.

En cuanto a la segunda modalidad de construcción y explotación de obras hidráulicas: **La llevada a cabo por Sociedades Estatales**; el artículo 158.1 de la Ley 13/1995, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ahora recogido en el artículo 132.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, autoriza al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales de las previstas por el artículo 6.1.a) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria. (Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos), aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1998, de 23 de septiembre, cuyo objeto social sea la construcción, explotación o ejecución de las obras públicas hidráulicas que al efecto determine el propio Consejo de Ministros.

Por el momento se han constituido y por consiguiente autorizado por el Consejo de Ministros, las siguientes sociedades estatales de aguas:

- Aguas de la Cuenca del Ebro, S.A.
- Depuradora del Bax Llobregat, S.A.
- Aguas de la Cuenca del Sur, S.A.
- Hidroguadiana, S.A.
- Aguas del Júcar, S.A.
- Aguas de la Cuenca del Guadalquivir, S.A.
- Aguas del Duero, S.A.
- Canal de Navarra, S.A.
- Aguas de la Cuenca del Segura, S.A.
- Canal del Segarra – Garrigues, S.A.
- Aguas de la Cuenca del Norte, S.A.
- Aguas de la Cuenca del Tajo, S.A.
- Aguas de las cuencas mediterráneas, S.A.

En casi todas estas Sociedades las acciones son propiedad de la Administración General del Estado (Patrimonio del Estado).

Un convenio regulará las relaciones entre la Administración General del Estado (representada en nuestro caso por el MIMAM) y cada una de las Sociedades estatales a las que nos estamos refiriendo, en orden a la ejecución por gestión directa, a través de la Sociedad, de la construcción y/o explotación de las obras hidráulicas incluidas en el mismo, previo informe favorable del Ministerio de Economía. Convenio que habrá de ser autorizado por el Consejo de Ministros. (132.2)

Dos son las formas de actuación de estas Sociedades:

- a) Obras a construir y/o explotar por la Sociedad mediante la financiación parcial con cargo a fondos propios y contraprestación a convenir con los usuarios de los mismos.
- b) Construcción y/o explotación por la Sociedad de obra pública hidráulica con la colaboración de Instituciones Públicas, sin utilizar fondos propios.

A través de este sistema de construcción y explotación de obras públicas hidráulicas, se trata de acentuar los principios de agilidad y eficacia en la actividad administrativa, a la vez que se facilita la utilización, para la financiación de las obras hidráulicas que estas sociedades construyan, de instrumentos distintos de los Presupuestos del Estado y se organiza su explotación en base al establecimiento de relaciones recíprocas con los usuarios. No atribuyéndose, en ningún caso, a estas Sociedades, las actividades que impliquen ejercicio de autoridad y la policía y ordenación de los recursos hidráulicos.

Las obras hidráulicas no se construyen directamente por estas sociedades, sino que las contratan con diferentes empresas constructoras, incluso los proyectos, y según especifica el artículo 132.3 del TRLA: “*En los contratos que las sociedades estatales a las que se refiere este artículo (S.E.*

de aguas) concluyan con terceros para la construcción de las obras públicas hidráulicas se observarán las reglas siguientes:

1º Se aplicarán las prescripciones del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y de las disposiciones que la desarrollen, en lo concerniente a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación”.

En la primera de las formas de actuación, con carácter previo a su ejecución, la Sociedad Estatal deberá formalizar con los usuarios interesados en la obra hidráulica, acuerdos (convenios) por virtud de los cuales se comprometan al pago de tarifas (de amortización y de explotación).

Con relación a la segunda forma de actuación, se llevará a efecto conjunta o aisladamente por alguna de las siguientes formas:

- a) Con aportaciones de otros Entes Públicos, tales como CCAA, Corporaciones Locales u otros, previa suscripción con éstas de los oportunos convenios o conciertos necesarios para la instrumentación de las aportaciones. P.e. Presas, canales.
- b) Con cargo a auxilios económicos de la Unión Europea, en cuyo caso la parte de la inversión no cubierta por dichos fondos se financiará por los usuarios y/o con aportaciones de Entes Públicos. P.e. Abastecimiento a Salamanca.

La Sociedad Estatal podrá anticipar las aportaciones de los usuarios y de otros Entes Públicos procediendo a su recuperación mediante las tarifas que se determinen en los oportunos convenios a suscribir con los mismos.

Como resumen el camino a seguir es el siguiente:

- 1 – Constitución de la Sociedad Estatal.
- 2 – Convenio con el MIMAM.
- 3 –Contratación de las obras hidráulicas que establece ese Convenio con aportaciones de usuarios o Entidades públicas.
- 4 –Ejecución y explotación.

Por último, nos vamos a referir a la última modalidad de construcción y explotación señalada más arriba, cual es la del **contrato de concesión de obras públicas**, regulado en el TRLCAP, modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, la cual además de modificar determinados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del texto refundido de la Ley de Aguas (concretamente los relativos a los contratos de concesión de obras hidráulicas), añade el título V a la misma.

Antes de referirnos a esta modalidad de contratación, es preciso señalar que la financiación y construcción de las obras públicas queda instrumentada sustancialmente a través de alguna de las modalidades siguientes, con exclusión de la contratación efectuada por las Sociedades Estatales:

- a) Construcción mediante un contrato administrativo de obras, tal como prevé el título I del libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con financiación de una o varias Administraciones públicas en función de la finalidad de las obras y eventualmente, ayudas de los fondos de la Unión Europea.
- b) Construcción mediante un contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, es decir, con financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración.

- c) Construcción y explotación de la obra pública en régimen de concesión, confiriendo el protagonismo principal, bajo la tutela y control de la Administración, a la iniciativa y control privados.

La modalidad a que se refiere el párrafo c) es a la que nos vamos a referir seguidamente.

El artículo 220, que inicia el título V, del libro II añadido al TRLCAP por la Ley 13/2003, define el contrato de concesión diciendo:

1. *“Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo (máximo 40 años), la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 (carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, aeropuertos.....) o, en general, de aquellos que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado de percibir un precio (el que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra) o en cualquier otra modalidad establecida en este título (p.e. rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial; aportaciones de la propia Administración).*
2. *La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas*

de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente”.

De lo dicho hasta ahora, cuatro son las notas fundamentales que caracterizan la figura de la concesión, a saber:

– “Obra pública”.- En sentido estricto, debe entenderse como sinónimo de bien inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario que realiza el proyecto aprobado por la Administración. Obra pública que admite la posibilidad de su explotación económica, que es susceptible de constituirse en soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios varios de interés público.

– “Riesgo concesional”.- Las obras se construirán a riesgo y ventura del concesionario, salvo para aquella parte de obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración. No obstante, la Ley modera los límites del riesgo, para atraer la participación del capital y la iniciativa privada en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado. Así, cuando el concesionario se retrasa en la ejecución de la obra y el retraso es debido a fuerza mayor o a causa imputable a la Administración concedente, aquel tendrá derecho a una prórroga en el plazo de ejecución de la obra. Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario a pesar de la prórroga que se le conceda, se procederá a ajustar el plan económico-financiero (incluye el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago etc). Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación (Administración concedente) al concesionario el importe total de las ejecutadas.

También las Administraciones públicas podrán otorgar al concesionario aportaciones económicas (subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos) desde el inicio de la explotación de la obra, o en transcurso de la misma



cuando se prevea que vayan a resultar necesarias para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión.

– “Diversidad de las fuentes de financiación”. El concesionario puede acudir a la financiación por entidades de crédito o a la emisión de obligaciones, bonos u otros títulos, incluso puede contar con el aval público.

Por otra parte, también la Administración concedente podrá contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución de las obras, una vez concluidas éstas o al término de la concesión.

Además, la concesión, como bien jurídico, se integra plenamente en el tráfico mercantil desde el momento de la perfección del contrato, pudiendo ser objeto de cesión e hipoteca.

– Por último, la otra nota fundamental que caracteriza a la figura de la concesión, es la del “equilibrio económico de la concesión”, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario.

Un incremento de la demanda de la utilización de la obra de carácter extraordinario, que fuera más allá de las previsiones del plan económico-financiero concesional, debe fundamentar los oportunos ajustes para evitar que el usuario, al que corresponde en última instancia la financiación total o parcial de la inversión realizada y el pago de la explotación de la obra, soporte un peaje o un canon desproporcionados, con quebranto de la equidad. Para ello se prevé que el concesionario quede contractualmente comprometido, con arreglo a su propia oferta, con un nivel mínimo y otro máximo de rendimientos totales para cada concesión, de suerte que, si no se alcanzara el primero o se sobrepasara el segundo durante el período que en cada caso se determine, procederá la revisión del contrato. Con ello se asegura, a la vez, la justa

retribución del esfuerzo y riesgos empresariales y el sacrificio razonable del usuario de la obra.

En cuanto a las especialidades relativas a las obras hidráulicas; el artículo 7.2, relativo al régimen jurídico de los contratos administrativos modificado por la Ley 13/2003, dispone que “El contrato de concesión de obras públicas se regirá con carácter preferente por las disposiciones contenidas en el título V del libro II de esta Ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho título, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 125 y 133 a 135 del texto refundido de la Ley de Aguas.

La Ley 13/2003, ha añadido un nuevo apartado, el 3, al artículo 125 del TRLA, el cual establece que: *“El título V del libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se aplicará en lo que no se oponga a lo previsto por los apartados anteriores de este artículo. Más bien debería decir del apartado anterior, ya que el 125.1, se refiere a la encomienda de gestión de la explotación y el mantenimiento de obras hidráulicas a las comunidades de usuarios o juntas centrales de usuarios y no a los contratos de concesión. Si señala una especialidad el 125.2, al decir que *“Las comunidades de usuarios y las juntas centrales de usuarios podrán ser beneficiarios directos, sin concurrencia, de concesiones de construcción o explotación de las obras hidráulicas que les afecten. Un convenio específico entre la Administración General del Estado (MIMAM) y los usuarios regulará cada obra y fijará, en su caso las ayudas públicas asociadas a cada operación”*.*

Especialidad que se manifiesta principalmente en el carácter del concesionario (Comunidades de usuarios) y sobre todo en la falta de concurrencia a la hora de acceder a esa concesión.

Según el artículo 133 del TRLA, modificado por la Ley 13/2003, establece: “El régimen jurídico del contrato de concesión de obras hidráulicas

será el establecido en el título V del libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las peculiaridades que se establecen en los artículos siguientes”.

Peculiaridades que se refieren a:

- La posibilidad de que el plazo de la concesión pueda llegar a 75 años como máximo.
- Que el licitador seleccionado (concesionario) puede ser obligado, por los pliegos de cláusulas administrativas particulares, a incorporar, en la sociedad o entidad que al efecto se constituya a las comunidades de usuarios del agua relacionadas con la obra objeto de la concesión.

ABREVIATURAS

TRLA – Texto refundido de la Ley de Aguas.

TRLCAP – Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CCAA – Comunidades Autónomas.

STC – Sentencia Tribunal Constitucional.

LOFAGE – Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

MIMAM – Ministerio de Medio Ambiente.

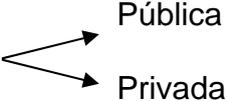
AGE – Administración General del Estado.

Madrid, 16 mayo 2005

Carlos Moreno Fernández

REGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS HIDRÁULICAS

Concepto de Obra Hidráulica

- Doctrina
- Art. 122 TRLA
- Titularidad 

Competencias en materia de obras hidráulicas

- Competencias Estado, CCAA y Municipios Art. 124 TRLA.
- Declaración de obras hidráulicas de interés general.
- ¿Quiénes pueden instar la declaración?
- Prerrogativas de las obras hidráulicas de interés general.
- Cooperación y coordinación entre las Administraciones Públicas.

Modalidades de Construcción y Explotación de obras hidráulicas

1. Construcción y explotación por el MIMAM y por las C.H, con sujeción al TRLCAP.
2. Construcción y explotación por Sociedades Estatales
 - Art. 132.1 TRLA
 - Formas de actuación
3. Construcción y explotación a través del contrato de concesión de obras públicas.
 - Antecedentes de financiación privada de obras hidráulicas.
 - Instrucción de Obras Públicas de 1845.
 - Ley General de Obras Públicas de 1877.
 - Ley de 7 de julio 1911. (Ejecución por empresas con auxilio del Estado embalses hidroeléctricas).