

PUBLICO Y PRIVADO EN LA CONSTRUCCION, EXPLOTACION Y MANTENIMIENTO DE OBRAS HIDRAULICAS (*)

Por

ANTONIO EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN GENERAL: LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: 1. *Una mirada retrospectiva. Lo público y lo privado en las obras hidráulicas en el Derecho histórico español. Su presencia en la Ley de Aguas de 1985.* 2. *La privatización como paradigma. El complejo contenido de la idea privatizadora y algunas de sus causas.* 3. *Privatización y obras hidráulicas. Nuevas reflexiones a la luz de la introducción del dato económico en la decisión sobre la ejecución de obras hidráulicas.*—II. LAS MODIFICACIONES EN LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS: 1. *Un contrato al margen tanto de la legislación contractual como de la de aguas.* 2. *El objeto del contrato: una definición de obras hidráulicas.* 3. *El concedente: las Administraciones Públicas.* 4. *El concesionario: el acento especial en su retribución: a) Quién puede serlo. b) La retribución del concesionario.* 5. *El régimen jurídico del contrato.* 6. *El contrato de concesión de obras hidráulicas y la utilización del dominio público. Referencia especial a la relación entre el contrato de concesión de obras hidráulicas y la concesión demanial.* 7. *Reflexiones finales. ¿Estamos ante un contrato con propia sustantividad?*—III. LAS SOCIEDADES ESTATALES PARA LA CONSTRUCCIÓN, EXPLOTACIÓN O EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS HIDRÁULICAS. LAS MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CONFEDERACIONES HIDROGRÁFICAS: 1. *La previsión de creación de sociedades para la construcción, explotación o ejecución de obras hidráulicas: a) El régimen jurídico de las sociedades para la construcción de obras hidráulicas semejante al de las sociedades para la construcción y/o explotación de carreteras estatales. b) Consideraciones específicas sobre las sociedades estatales para la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica.* 2. *Las modificaciones en el régimen jurídico de las Confederaciones Hidrográficas.* 3. *Una valoración de estas reformas normativas. La crítica doctrinal tradicional y generalizada a la privatización de las funciones del Estado y la necesidad de lecturas más matizadas de un fenómeno permanente. Algunas garantías previas al funcionamiento de las sociedades estatales.*—IV. LAS MODIFICACIONES PRODUCIDAS Y SU AFECTACIÓN SOBRE LA ACTUAL LEGISLACIÓN DE AGUAS. UNA VALORACIÓN GLOBAL Y ÚLTIMA DE LA RECIENTE NORMATIVA.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL: LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Debo comenzar confesando la escasa originalidad que he demostrado en la confección del título de este trabajo. Es verdad que en defensa del mismo puedo indicar que con él se puede abarcar enteramente y sin problemas especiales el conjunto de la problemática jurídica que pretendo tratar, pero su configuración literal, hay que

(*) Este texto constituye una parte de mi conferencia pronunciada en las VII Jornadas de Derecho del Agua (Zaragoza, 6-7 de marzo de 1997). La versión completa podrá leerse en el libro de actas de próxima publicación por Editorial Civitas.

decirlo de entrada, es claramente tributaria de estudios anteriores de evidente mérito relativos, en un caso, a una problemática más amplia y general que la aquí emprendida en cuanto dedicada al conjunto de las infraestructuras (1) y, en otro, a un objeto circunscrito al estudio de la intervención pública y privada en un suceso tan relevante en la reciente historia de nuestro país como lo fue la celebración de los Juegos Olímpicos de 1992 (2), y ello por referirme sólo a trabajos situados en el ámbito de las preocupaciones del Derecho administrativo (3).

Quizás el hecho que permite explicar este seudoplagio inocente sea, simplemente, lo permanente y hasta acuciante del debate en los últimos años sobre el reparto de papeles entre el sector público y el privado en la construcción de infraestructuras (4) junto con, en general, el peso relativo que en la producción de bienes y servicios y en la realización de actividades que pueden calificarse de distinta forma deba atribuirse a lo público o a lo privado. De ahí que sea congruente reflexionar ahora sobre lo público y lo privado exclusivamente en las obras hidráulicas, pero bajo los mismos presupuestos terminológicos utilizados en anteriores ocasiones por los autores citados en nota.

Es obvio que, al margen del discurso exclusivamente jurídico y sectorial, la gran cuestión que mediante cualquiera de estas reflexiones se puede plantear al final es, obviamente, la configuración del Estado y su papel en relación a la sociedad, por utilizar los grandes nombres que, al margen de su real significado, definen perfectamente los términos de la disputa ideológica actual. No es ése, sin embargo, el objetivo fundamental de este trabajo, sino el mucho más modesto de examinar un ordenamiento jurídico concreto y, sobre todo, las aparentes novedades que anuncia alguna legislación reciente-

(1) Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Público y privado en la construcción y gestión de grandes infraestructuras públicas», texto dactilografiado que constituye la ponencia presentada al Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Barcelona en septiembre de 1996.

(2) Me estoy refiriendo al trabajo de E. MALARET I GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

(3) Porque si salto de «área de conocimiento» (por utilizar una expresión habitual en el derecho universitario), los ejemplos a aducir serían muy variados, probablemente por lo acuciante de la problemática que pretendo tratar en los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico actual. Como ejemplo bien representativo quiero citar por su calidad y la importancia objetiva del tema que trata el libro de J. L. MONEREO PÉREZ, *Público y privado en el sistema de pensiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

(4) La ponencia del profesor L. MARTÍN-RETORTILLO, como tributaria del tema general del Congreso en el que se integra, incorpora a su título la palabra «infraestructuras», si bien el autor citado se muestra inteligentemente distante en torno a lo adecuado del novedoso término en relación a otros más consolidados en nuestro Derecho como el de obras públicas (vid. las págs. 4 y ss. de su trabajo).

mente aparecida. No obstante, no se hurtarán en algún momento juicios propios sobre la problemática estudiada, siendo la misma presentación formal de la evolución del Derecho español sobre la cuestión una manera específica de contemplar el ordenamiento jurídico que es ya en sí un juicio u opinión sobre el sentido de este derecho y también sobre sus virtualidades.

En todo caso, sí que me gustaría señalar de antemano mi rechazo de principio a toda orientación ideológica presuntamente novedosa que no vaya acompañada de las razones suficientes que la avalen además de las que puedan apoyar el, se presupone, abandono postulado de los viejos esquemas de comportamiento. De esta forma quiero insistir en la crítica a los banderines de enganche, a los *slogans* simplificados que enmascaran la realidad y, por tanto, engañan a quien los lea acríticamente. Estamos tratando de problemas que por hartos complejos determinan necesariamente que sea muy complicado emitir un juicio acabado sobre ellos en virtud de la pluralidad de perspectivas a considerar y, sobre todo, ocasionan que ese juicio deba ser ineludiblemente muy matizado.

Porque lo que en realidad sucede es que la evolución de la cuestión en este tema es todo menos lineal y sencilla de contemplar. Como advertiré suficientemente en el trabajo que ahora se inicia, el ordenamiento jurídico de las obras hidráulicas, contemplado históricamente desde esta perspectiva, ofrece ejemplos de toda índole en un vaivén casi continuo de avances, retrocesos —por tanto posibilidades distintas de actuación—, planteamientos sectoriales que excepcionan —o confirman, que de las dos maneras puede juzgarse el mismo hecho— las presuntas reglas generales de ese ordenamiento jurídico.

1. *Una mirada retrospectiva. Lo público y lo privado en las obras hidráulicas en el Derecho histórico español. Su presencia en la Ley de Aguas de 1985*

En congruencia lógica con lo indicado en las últimas líneas escritas, debo comenzar refiriéndome ahora a algunas características históricas del Derecho español de las obras hidráulicas, pero haciéndolo con necesaria simplicidad dado su mero carácter instrumental en relación a la finalidad de este trabajo. En ese sentido, el viejo derecho de aguas (llamando viejo derecho al constituido por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879) centraba en torno a la concesión la forma usual del aprovechamiento de las aguas públicas (arts. 147 y ss.), estando el conjunto de su articulado presidido por la idea de

aprovechamiento de las aguas mediante, en su caso, la realización de las obras hidráulicas que emprenderían los particulares como parte esencial de la concesión otorgada (5). La concesión demanial reseñada reúne en sí misma la idea de control y titularidad última de la Administración sobre el bien y la actividad que se va a desarrollar, sí, pero, a su vez, permite observar el papel fundamental de la iniciativa privada que solicita la concesión y, una vez obtenida normalmente en concurso de proyectos, lleva a cabo la construcción de las obras necesarias y, por fin, explota, aprovecha privativamente, las aguas concedidas (6).

En el sentido indicado debe llamarse también la atención en este lugar acerca de la regulación específica que llevaba a cabo la Ley de 1879 sobre las concesiones a las Empresas de canales de riego (arts. 194, 196, 197, 198 y 202), regulación mucho más pormenorizada que la que existe en la actualidad (7), probablemente como signo de la voluntad explícita de la Ley acerca del papel primordial de los particulares en la ejecución de las obras hidráulicas, en ese caso concreto las vinculadas al regadío (8).

Tal presentación de la Ley era también congruente con el planteamiento de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 sobre la posición de los particulares en relación a la ejecución de las obras públicas. En ella la idea concesional era directriz estructuradora del conjunto normativo, haciéndose mención especial a diversas obras hidráulicas que podían correr a cargo de los particulares.

No es, por tanto, una cuestión novedosa o que se plantee de forma radicalmente nueva en nuestro Derecho la de la consideración relevante de los particulares interesados en la ejecución de las obras hidráulicas. Al contrario, y como acabamos de contemplar someramente, ello se corresponde con los mismos fundamentos del derecho

(5) Así, el artículo 189 de la Ley de 1879 exigía como documentos que debían acompañar a la solicitud de concesión «el proyecto de las obras, compuesto de planos, Memoria explicativa, condiciones y presupuesto de gastos» y, además y desde nuestra perspectiva, si la solicitud la había realizado una «Sociedad o empresario», «las tarifas del canon que en frutos o en dinero deban pagar las tierras que hayan de regarse».

(6) Si a los datos indicados añadimos el planteamiento inicial «perpetuo» de las concesiones, habrá que concluir en que la legislación tan sucintamente examinada inclina decisivamente del lado de la «Sociedad» el protagonismo en la gestión de las aguas y en la realización de las obras hidráulicas.

(7) Vid. la regulación de las llamadas «concesiones de aguas para riego, en régimen de servicio público, a empresas o particulares», que se trata solamente en un artículo de la LAg. 1985, el 60.

(8) Recuerdo aquí que, incluso, el mero estudio de un proyecto de canal o pantano por parte del Estado sólo sería asumido por éste «cuando no lo impida el servicio público y siempre que los solicitantes se comprometan a satisfacer los gastos de dichos estudios» (art. 201). Los solicitantes de ese estudio podían ser tan variados como «Diputaciones Provinciales, Sindicatos, Ayuntamientos, Compañías nacionales o extranjeras o personas particulares».

histórico español de aguas que ha estado vigente formalmente hasta la entrada en vigor, el 1 de enero de 1986, de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

Otra cosa distinta es el juicio que en la época que narro se forma sobre estas previsiones de la Ley de 1879 y, también y en congruencia con ese juicio, las correcciones que deben necesariamente hacerse en vía legislativa para que el Estado asuma un papel protagonista que no le corresponde en principio en esa legislación para la ejecución de las obras con destino a riego. El fenómeno es más que conocido y no merece la pena entretenerse aquí en él, sino realizar sólo la necesaria consignación acerca de un giro bastante profundo en el ordenamiento jurídico que tiene lugar en los albores del siglo xx. Es, así, la acción de los regeneracionistas y, singularmente, la de Joaquín Costa la que pone en el momento el dedo en la llaga acerca de la imposibilidad —demostrada en demasía por múltiples fracasos empresariales— de que los particulares asuman con éxito la realización de determinadas infraestructuras para el riego en virtud de una serie de causas tales como, fundamentalmente, su larga ejecución en el tiempo, el compromiso por ello de mucho capital que no va a tener remuneración alguna en una perspectiva de decenas de años y la necesidad de una organización compleja tanto del capital como de los beneficiarios potenciales que no podía asumirse con eficacia dados los mimbres de la legislación del momento.

El resultado será un proceso legislativo de signo diverso al existente hasta entonces y del que los hitos más resaltables serían la Ley de Obras Hidráulicas de 7 de julio de 1911, una plasmación práctica de ella como la Ley de 7 de enero de 1915 de Riegos del Alto Aragón y, al final, la creación por RD-Ley de 15 de marzo de 1926 de las Confederaciones Hidrográficas (9). El conjunto de estos datos fundamentales en la historia hidráulica española da lugar al nacimiento de un ordenamiento que ha permitido una acción importante del Estado en la realización de las obras hidráulicas para regadío integrando, a su vez, a los usuarios en la organización y disfrute de dichas obras, a cuyo sostenimiento contribuyen con unas cantidades que no alcan-

(9) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, «Construcción y explotación por el Estado y por las Comunidades de regantes de las obras hidráulicas con destino a riegos», en las págs. 15 y ss. de *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, trabajo imprescindible para el conocimiento del sentido de la legislación decimonónica y de la actuación de Joaquín Costa, así como para el estudio pormenorizado de la Ley de 1911. Algunas referencias resaltando la distinción entre la vieja legislación y la actual en mi trabajo «Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales», incluido en *Las obras hidráulicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, vid. págs. 42 y ss. Sobre el papel de las Confederaciones Hidrográficas, por fin, hoy es insustituible la consulta del libro de A. FANLO LORAS, *Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones Hidráulicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

zan, ni con mucho, una parte significativa de la inversión realizada por el Estado (10).

Al margen de esta actividad interventora del Estado quedan la práctica totalidad de los aprovechamientos hidroeléctricos (11), que son y seguirán siendo de iniciativa privada (12), y algunos aprovechamientos agrícolas, la mayor parte de ellos vinculados a la explotación de las aguas subterráneas (13).

Bajo estos parámetros normativos tendrá lugar un proceso importantísimo de transformación de tierras de secano en regadío, fundamentalmente a partir de la creación de las Confederaciones Hidrográficas y, sobre todo entre los años 1940-1970, bajo la perspectiva, además, de la legislación llamada de colonización (14).

La promulgación de la LAg. de 1985 supone una derogación efectiva de casi todo el ordenamiento jurídico-hidráulico hasta ese momento existente. El viejo derecho desaparece, sí, pero una buena parte de su contenido se incorpora a la nueva Ley. Así, también en ella, como no podía ser de otra forma, la concesión forma parte de su contenido y en torno a la misma se estructuran una amplia serie de preceptos (arts. 57 y ss.) que presuponen la realización de obras por parte de los concesionarios (15), las necesarias para ejecutar efectivamente el aprovechamiento y obras que revertirán a la Administración cuando finalice el plazo de la concesión otorgada (16). La inter-

(10) Cfr. A. EMBID IRUJO, «Condicionamientos jurídicos de una política de precios del agua», en las págs. 23 y ss. de *Precios y mercados del agua*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, con toda la bibliografía en él contenida.

(11) La hidroelectricidad está ausente, en realidad, de la LAg. de 1879 y es una legislación dispersa a partir de la segunda década de este siglo quien regula esta forma de creación de energía.

(12) Según los datos que aportan J. M.^o MARTÍN MENDILUCE y J. M.^o GIL EGEA, en su trabajo «La infraestructura hidráulica española. Consideraciones sobre su desarrollo en los próximos años (1990-2010)», en las págs. 679 y ss. del libro colectivo *Las infraestructuras en España: carencias y soluciones*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1990, el 90 por 100 de la inversión en este campo procede del sector privado y el 10 por 100 del sector público a través de las empresas eléctricas del fenecido INI (págs. 831 y ss. con otros muchos interesantes datos).

(13) El fenómeno puede comprenderse desde un doble orden de consideraciones. En primer lugar, en cuanto las aguas subterráneas son susceptibles de propiedad privada con la legislación decimonónica y, en segundo lugar, requieren para su explotación de una infraestructura técnica mucho más simple que la necesaria para el aprovechamiento de las aguas superficiales.

(14) Cfr. en general el libro *Políticas y técnicas en la ordenación del espacio rural*, Ed. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Ministerio para las Administraciones Públicas y Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1988, *in totum*, con trabajos muy relevantes de F. J. MONCLUS y J. L. OYON.

(15) Vid. las referencias en el artículo 57.3 ó 6 LAg. desde la perspectiva sectorial de la modificación de la toma de una concesión o de la prolongación de su plazo para amortizar dichas obras.

(16) Sobre el tema en general, vid. el artículo 164.3 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. En la LAg. se trata de la reversión en relación a las concesiones de agua en régimen de servicio público, artículo 60.4.

vención del Estado en la realización de obras hidráulicas es, sin embargo, parte esencial y presupuesto de la misma Ley (vid. arts. 13 y ss.), función de las Confederaciones Hidrográficas incorporadas al cuerpo normativo bajo la amplia denominación de Organismos de cuenca (17) y, por fin, punto imprescindible para la comprensión de su régimen económico-financiero (18).

Con las anteriores referencias estoy, simplemente, describiendo una realidad normativa y en modo alguno estableciendo un juicio sobre la calidad y funcionalidad del ordenamiento jurídico existente, como parece obvio (19). Lo que me interesa destacar, a los efectos del discurso sucesivo a establecer, es esa permanencia en el ordenamiento jurídico de la posibilidad de que los particulares emprendan obras hidráulicas vinculadas al aprovechamiento de las aguas, posibilidad plenamente existente tanto con la Ley de Aguas de 1879 como con la actualmente vigente Ley de 1985. Esta última Ley es, no obstante, muestra de un cierto equilibrio dinámico entre la intervención privada y la pública que se ha incorporado al nuevo tronco básico de la legislación de aguas proveniente de la legislación sectorial mencionada, sin que se pueda adivinar en ella mediante los puros datos normativos y ante una obra o actuación concreta cuál es el dato que hará inclinarse la balanza hacia la acción de los particulares o hacia la del Estado y, por tanto, romper el teórico equilibrio existente, cosa que sólo se puede ir haciendo caso por caso, supuesto por supuesto (20).

(17) Vid. el artículo 21.1.d) LAg. y nótese, en general y como elemento sobresaliente, la incorporación de las Confederaciones al articulado de la Ley.

(18) Cfr. en especial las figuras tributarias (canon de regulación y tarifas de agua) reguladas en el artículo 106 LAg. y que están destinadas a compensar los gastos realizados por el Estado. Sobre el tema me remito a A. EMBID IRUJO, «Condicionamientos...», *op. cit.*, *in totum*.

(19) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 238 y ss., que se refiere con toda justicia a la excesiva abstracción de la Ley. También sería posible un enfoque de la cuestión relacionando la planificación hidrológica con las obras hidráulicas y destacando la asistematicidad de las referencias a las obras hidráulicas en la Ley y la conveniencia de la promulgación de una ley especial de obras hidráulicas. A ello me he referido en «Régimen jurídico de las obras hidráulicas...», *op. cit.*, págs. 31 y 50 y ss.

(20) Es en ese contexto en el que la declaración de «obras de interés general» cobra todo su significado, porque ello significa la asunción por parte del Estado de su ejecución y, por tanto, de su financiación. Cfr. A. EMBID IRUJO, «Las obras de interés general», en *Las obras hidráulicas*, *op. cit.*, *in totum*.

2. *La privatización como paradigma.
El complejo contenido de la idea privatizadora y algunas
de sus causas*

He concluido el punto anterior señalando una suerte de equilibrio o de tensión de vectores no decidido en forma alguna en la LAg. de 1985. La observación de la realidad de su aplicación, y pese al escaso tiempo transcurrido, ha mostrado, sin embargo, una preferencia hacia la intervención pública en lo relativo a las obras de regadío y a las grandes infraestructuras en general (21), mientras que el resto de los aprovechamientos hidráulicos, salvando algunas excepciones, han seguido confiados a la acción preferente del sector privado.

Es obvio, sin embargo, que ya hace un tiempo ha sido sometido a crítica y discusión en general, y no sólo en lo relativo a la realización de las obras hidráulicas, el papel protagonista que los poderes públicos han tenido hasta ahora en muchos campos. La privatización, así, es una idea que en nuestro país y en otros ha ganado espectacularmente adhesiones desde el comienzo de la década de los ochenta. Precisamente en el comienzo de este trabajo he resaltado la aparición en el ámbito de las obras hidráulicas de una nueva legislación que en su presentación formal camina inequívocamente en ese sentido.

El análisis y el significado de la nueva normativa deben quedar para más adelante (apartados II y III del trabajo) porque ahora hay algunas notas previas que dentro del plano de lo general me interesa introducir como pórtico necesario para el posterior estudio que luego llevaré a cabo. Entre ellas me parece conveniente una cierta clarificación del concepto de privatización en cuanto es susceptible de ser entendido de manera muy diversa (22).

Es privatizar, así y en primer lugar, una relajación o desaparición, incluso, de controles administrativos que hasta el momento pudieran haber existido sobre actividades desarrolladas legítimamente por el sector privado, incluso cuando éste opera como concesionario de

(21) Preferencia observable tanto en las obras concretas emprendidas (en el ámbito de las grandes infraestructuras estoy pensando en las obras de transferencia de recursos hidráulicos, como el Guadiaro-Guadalete, transferencia a Mallorca, etc.) como en la actitud del discurso mostrada en relación a proyectos normativos relevantes, como el del Plan Hidrológico Nacional o los Planes Hidrológicos de Cuenca.

(22) Sobre la pluralidad del significado del término «privatización» son muy útiles las reflexiones de L. MARTÍN REBOLLO, *La Administración de garantías: vigencia y limitaciones*, trabajo publicado en la «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 13, 1992, pág. 31. También vid. J. PONCE SOLÉ, *Una aproximación al fenómeno privatizador en España*, núm. 139 de esta REVISTA, 1996, págs. 345 y ss.

un servicio público. Estas medidas, al par de liberalizadoras —que es su característica relevante, desde luego—, pueden ser también entendidas como privatizadoras en cuanto que aumentan la capacidad de acción o de autonomía del sector privado (23).

Más propiamente puede hablarse de privatización cuando un sector de la actividad pública se sustrae a su acción y se entrega a los particulares de diversas formas, por ejemplo vendiendo una empresa o suprimiendo la calificación jurídica de servicio público de que hasta el momento gozara una concreta actividad (24). Un paso intermedio puede estar representado por la posibilidad de que el sector privado participe al lado del público en la financiación y gestión de infraestructuras de interés público (25).

Por fin, también podríamos considerar incluido dentro del amplio concepto de privatización al cumplimiento de tareas por parte del sector público pero con un régimen jurídico de Derecho privado (26).

Pues bien, esta pluralidad de contenidos puede responder a diferentes causas cuya exposición y atribución singular sería muy útil desarrollar si se pretendiera llevar a cabo un análisis profundo y matizado del fenómeno privatizador, pero ése no es el objetivo de estas páginas. Más bien me interesa señalar ahora, una vez que ya me he referido a la pluralidad del concepto de privatización, ciertas causas

(23) Podemos entender competencias administrativas muy variadas dentro de estas genéricas de control a que me refiero, por ejemplo, las de control de precios. La mayor parte de las autorizaciones administrativas de precios han desaparecido, así, tras el RD-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Dicho texto mantiene, sin embargo, la autorización administrativa del precio del agua en el abastecimiento de poblaciones y con destino a regadío en las Islas Canarias. Comentario sobre el mismo en el marco de la reflexión sobre los precios del agua en el abastecimiento urbano en A. EMBID IRUJO, *Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales*, en «RARAP», 9, 1996, págs. 40 y ss.

(24) Por ejemplo, el mismo RDL 7/1996 ya citado suprime el carácter de servicio público de los servicios mortuorios antes incluido en el ámbito del artículo 86.3 LBRL. En el tema que trato y sobre la privatización de las aguas en Chile pueden leerse los trabajos de A. VERGARA BLANCO, «Las obras hidráulicas en el actual derecho de aguas chileno», págs. 301 y ss. del libro *Las obras hidráulicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, y «El mercado de aguas en el Derecho chileno. Titularidades privadas y libertad de transacción», en las págs. 325 y ss. de *Precios y mercados del agua*, op. cit.

(25) Estoy utilizando el título de un libro, *Financiación y gestión privada de infraestructuras de interés público*, Madrid, 1996, que es la publicación de las ponencias de una Conferencia Internacional con el mismo título organizada por la Cámara Oficial de Comercio de Industria de Madrid y una serie de empresas, bajo la dirección del profesor y abogado Laureano LÓPEZ RODÓ. Algunas de las actuaciones en relación a las obras hidráulicas que luego veremos entran claramente dentro de esta modalidad. Vid. también en la misma perspectiva, J. A. ABAD ZORRILLA, *La financiación y gestión público-privada de infraestructuras*, en las págs. 41 y ss. de «Información Comercial Española», 757, octubre de 1996.

(26) El libro de E. MALARET dedicado a los Juegos Olímpicos de 1992, ya citado, es una excelente consideración jurídica de lo que se indica en el texto.

de trascendencia básica cuya suma sirva perfectamente para la consideración conjunta de las anteriores manifestaciones.

Con esos presupuestos y como elemento más fuerte, debo referirme a la concepción ampliamente asumida hoy acerca de la preferencia de la actuación de los particulares sobre la del Estado en la vida económica. Esta ideología se ha expandido con gran rapidez a partir de las experiencias inglesas conducidas por el carisma e impulso de la primera ministro durante tantos años, la señora Thatcher (27). Cabecera sintomática de esas ideas puede ser, por su significado simbólico y por la misma cuantía de la inversión, el supuesto de la ejecución del túnel bajo el Canal de la Mancha (28), no faltando tampoco múltiples ejemplos en otras latitudes (29).

Al lado de este gran fundamento básico aparecen otros variados, como el actualmente obsesivo de la necesidad de reducir el nivel de endeudamiento para el cumplimiento de los llamados criterios de Maastricht (30), lo que conlleva, entre otras consecuencias, la paralela reducción del papel inversor —y, por tanto, interventor— de los poderes públicos. Por fin y en el plano específico del cumplimiento de tareas públicas por el sector público pero bajo formas de Derecho privado, el razonamiento siempre acude a la mayor agilidad de este último por su menor formalidad y rigidez procedimental (31).

(27) Las memorias de Margaret THATCHER en los dos volúmenes publicados en nuestro país (*Los años de Downing Street* y *El camino hacia el poder*, ambos en Ed. El País Aguilar, Madrid, 1993 y 1995, respectivamente) son un instrumento imprescindible tanto para el simple y tan necesario conocimiento biográfico de la vida política de una mujer cuya acción tiene mucho que ver con buena parte de las ideas que hoy están incorporadas al debate corriente, como para la comprensión del significado y fines de la privatización. Sobre esto último, que es lo que interesa en este momento, deben verse, entre otras, las págs. 566 y ss. de *Los años de Downing Street*, en donde además de fundamentar las razones de la privatización —allí entendida solamente como paso de actividades y empresas al sector privado— se contienen experiencias de la privatización en Gran Bretaña de distintos servicios públicos (telecomunicaciones, energía, gas) y entre ellos de la «industria hidráulica» (pág. 575), entendida esta amplia expresión, en realidad, solamente como la de los servicios de abastecimiento y saneamiento municipales.

(28) Cfr. sobre el mismo en nuestra lengua A. RUIZ OJEDA, *El EUROTUNEL: La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión*, núm. 132 de esta REVISTA, 1993, págs. 469 y ss., y más recientemente su trabajo «Retos de un escenario: experiencias e innovación. El Túnel del Canal de la Mancha», págs. 295 y ss. de *Financiación y gestión privada...*

(29) Como las de muchos países latinoamericanos que, sobre todo, se están desarrollando en la actualidad. Vid. un muy buen resumen de estas experiencias en el trabajo de L. T. KNAUER, M. Verónica PASTOR y N. L. TSILAS, «La privatización en Latinoamérica», págs. 151 y ss. del libro *Financiación y gestión privada...*, op. cit.

(30) Lo destaca L. MARTÍN-RETORTILLO, «Público y privado...», op. cit., pág. 24.

(31) Esto ha dado lugar a múltiple polémica en torno a si ese abandono del Derecho público no supone, en realidad, menores garantías jurídicas para los particulares y para el control de la Administración. Cfr. sobre ello y por todos S. MARTÍN-RETORTILLO, «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», en las págs. 1015 y ss. de *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1994 (trabajo también publicado en el núm. 126 de esta REVISTA, 1991, págs. 63 y ss.).

3. *Privatización y obras hidráulicas.*

Nuevas reflexiones a la luz de la introducción del dato económico en la decisión sobre la ejecución de obras hidráulicas

No sería en apariencia muy distinto el discurso que debiera realizarse sobre la relación entre la justificación de la privatización y las obras hidráulicas que el desarrollado hasta el momento. Sin embargo y al margen de las numerosas indicaciones que ya se han llevado a cabo sobre todo en relación a la continuidad histórica de un ordenamiento jurídico y a las enseñanzas que sobre su virtualidad se deducen del pasado, deben aportarse en este lugar algunas nuevas ideas necesarias para la mejor comprensión de la dialéctica público-privado en las obras hidráulicas y el ordenamiento jurídico recientemente aparecido.

Así, creo que en la comprensión del nuevo e interrelacionado papel de los particulares y del Estado está subyacente también una idea de consideración y valoración económica profunda y matizada de las obras hidráulicas que deba emprender el poder público. Resumiendo algo muchas veces expresado: aquello que puede ser rentable, atractivo para la iniciativa privada, debería ser emprendido por ésta pudiendo contar, incluso, con cierta ayuda pública para su actuación y teniendo, por tanto, los poderes públicos que abstenerse en principio de cualquier iniciativa en ese ámbito. Pero a esta idea se une hoy justamente otra tradicionalmente opuesta y hoy paradójicamente complementaria, a saber, que allí donde no exista rentabilidad tampoco debería intervenir el capital público en principio, puesto que los recursos públicos no deben ser utilizados para perseguir fines económicos utópicos o simplemente ruinosos. Todo ello permite concluir en una posición de lo público como mucho complementaria o cooperadora de iniciativas privadas en sí mismas suficientemente defendibles desde prismas puramente económicos.

Pues bien, tengo que decir que en principio y en abstracto, esta consideración económica, esta valorización de las actuaciones del poder público, me parece imprescindible. El conocimiento de lo que realmente cuesta la inversión para el aprovechamiento de las aguas y, paralelamente, el beneficio económico que puede extraerse de éstas es un dato necesario para que el Legislativo en su trabajo de presupuestación y el Ejecutivo en el de propuesta y ejecución de las obras hidráulicas (y de las públicas en general) puedan actuar con un mínimo de rigor y seriedad (32). En este sentido, nadie puede

(32) Y, con ellos, el conjunto de órganos y organismos públicos que desde variadas y plurales perspectivas intervienen en el ámbito del agua: CC.AA., Confederaciones Hidrográficas, Consejos del Agua de las cuencas, etc.

desconocer, sino, al contrario, estudiar con mucho detenimiento, los datos deducidos de los primeros estudios que sobre el particular se desarrollan en nuestro país (33) y de los que puede deducirse sin género de dudas el gran «déficit» que las arcas públicas sufren en cuanto a la inversión en obras de regadío y el más pequeño, pero también déficit en todo caso, en otro tipo de obras como en las de abastecimiento o saneamiento y depuración (34). Congruentemente con estas perspectivas y navegando por un terreno a veces ignoto, desde posiciones puramente jurídicas se ha señalado en algunas ocasiones la fuerte ayuda pública que la realización de obras hidráulicas supone para los directamente beneficiados por ellas en función de la escasa «amortización» producida por las figuras tributarias existentes —canon de regulación y tarifas de agua—, y dada su misma configuración jurídica que conduce irremediabilmente a tales resultados.

El dato económico es, pues, imprescindible, insustituible. La producción mediante una obra hidráulica de un agua excesivamente cara y, a su vez, destinada a una finalidad no demasiado significativa económicamente, tendría que traducirse en una especie de signo de prudencia para los poderes públicos a la hora de decidir una inversión y, paralelamente, conducir posiblemente a dejar la iniciativa de la misma a los particulares, quizá capaces de leer de forma distinta los datos económicos o de encontrar unas virtualidades muy diversas a las que el poder público descubría en esa obra hidráulica.

Ahora bien, en pocas actividades públicas como en las obras hidráulicas el dato económico podrá ser imprescindible, sí, pero necesariamente complementado por otros de diversa índole. Piénsese, por ejemplo, en el papel laminador de avenidas de embalses cons-

(33) El trabajo de R. JILIBERTO HERRERA, *Las cuentas del agua: un instrumento de análisis económico y ambiental del ciclo del agua en España*, «Información Comercial Española», 751, 1996, es el más preciso que sobre el particular conozco. Igualmente son muy interesantes los diferentes trabajos (de F. AGUILERA KLINK, J. M. NAREDO, P. TOBARRA OCHOA, J. M.^o GASCO y A. SAA y J. SÁNCHEZ y M.^o R. DUARTE, coordinados por P. ARROJO) contenidos en la revista «Cuadernos Aragoneses de Economía», 1, 1996, número dedicado monográficamente a las aportaciones de la ciencia económica a la gestión hidráulica. En un plano teórico general, vid. *Economía de los recursos naturales: un enfoque institucional* (Federico AGUILERA KLINK, editor), Ed. Argenteria, Madrid, 1995.

(34) En este plano del abastecimiento y saneamiento se están produciendo en la actualidad fenómenos de «privatización», entendiéndose por tal la entrega a los particulares, mediante concesión, de servicios que hasta ahora los Ayuntamientos prestaban por sí mismos. La previsible rentabilidad de la actuación facilita este camino que, por otra parte, no es novedoso en España, como he señalado en mi trabajo *Los servicios públicos del agua...*, págs. 33 y ss. Tampoco en Inglaterra, donde, como he indicado, tuvieron lugar en los pasados años privatizaciones generales de los servicios de abastecimiento y saneamiento, el fenómeno era desconocido. M. THATCHER se refiere precisamente en *Los años de Downing Street*, pág. 575, a la dificultad de la oposición —desde su punto de vista— para oponerse a su política dado que «alrededor de una cuarta parte de los servicios de suministro de agua de Inglaterra y Gales hacía mucho tiempo que estaba en manos privadas».

truidos para otra finalidad y, también, en la intercambiabilidad de usos que en situaciones de sequía pueden producirse posibilitando, así, un efectivo abastecimiento de poblaciones a partir de obras pensadas para el regadío o la producción de hidroelectricidad. En los dos casos, el efecto realmente económico (y social, y hasta político) de la obra hidráulica no es advertible más que en las situaciones de crisis, apelando a la cuantificación del gasto (y de otro tipo de problemas) que se hubiera producido sin la evitación del desastre natural.

Igualmente hay que reparar en el efecto de ordenación del territorio que ciertas obras hidráulicas llevan consigo con el mantenimiento de población en lugares que, simplemente, serían desiertos sin ellas. También en este caso, la cuantificación del beneficio de la obra hidráulica no entra directamente en los fríos y racionales números directamente vinculados a los costes y beneficios inmediatamente deducidos de la actuación.

El dato económico es importante pero no puede ser exacerbado hasta el límite, puesto que desde una posición radicalmente opuesta es también posible que obras presuntamente rentables desde parámetros económicos deban ser desechadas cuando se consideren otras variables también cuantificables, como los costes ambientales producidos por su ejecución que pueden inducir a su desestimación, sea tanto el poder público como la iniciativa privada quien las pudiera llevar a cabo (35).

En otro orden de cosas muy diverso al hasta ahora examinado pero mucho más propio de ser considerado desde la metodología jurídica, existen unos principios constitucionales en nuestro ordenamiento —dignidad de la persona, calidad de vida, igualdad, etc.— que juegan con autonomía del dato económico y que conducen muchas veces necesariamente al poder público a realizar algunas actuaciones —con los consiguientes desembolsos— difícilmente justificables desde parámetros puramente económicos.

Tampoco pueden pasarse por alto, igualmente, las tendencias y costumbres sociales en torno a la financiación de las obras hidráulicas y a la contribución que la sociedad inicialmente está dispuesta a dar para ellas, que ningún gestor o analista desapasionado podrá dejar de considerar en el plano del discurso y, mucho menos, en el de la decisión. Cualquier actuación radicalmente contraria a esas tendencias deberá pasar primero, necesariamente, por el plano del convencimiento y, con él, de la completa información.

(35) Aun cuando es obvio que la variable ambiental puede jugar autónomamente tanto en las obras hidráulicas como en cualquier otro tipo de actividad, en situaciones no determinantes, de dudas —que suelen ser las mayoritarias—, la combinación entre los criterios económicos y ambientales puede contribuir a aclarar el resultado final del debate.

Por fin, y con esto concluyo, hay otra perspectiva necesaria de la obra hidráulica a considerar al margen de su rentabilidad, y es su vinculación a decisiones estratégicas nacionales y su necesaria conexión con planteamientos organizativos que no pueden desconocerse. Así, obras hidráulicas de importancia nacional, como las transferencias de recursos hidráulicos (36), difícilmente podrán ser emprendidas desde una pura gestión privada (entendiendo por tal, por ejemplo, la concesión del trasvase a una empresa o agrupación de empresas privadas) en cuanto que, al margen del aspecto financiero, el cúmulo de problemas, sustancialmente organizativos y de corte político, vinculados a las mismas amenazaría seriamente el éxito de la tentativa (37).

La cuestión, por tanto, no es nada simple de ser resuelta. Nada sencillo decidir en torno al peso de lo público o de lo privado sobre la realización de obras hidráulicas en el bien entendido, obviamente, de que deban seguir realizándose obras hidráulicas significativas en nuestro país, cuestión que entra dentro de la discrecionalidad de la decisión política, claro está (38). La conclusión provisional deducible de lo anterior llevaría a la necesaria prudencia en este tema, a la dificultad de establecer principios generales válidos para cualquier actuación relativa al aprovechamiento de las aguas públicas y, por tanto también, esta prudencia debería extenderse al análisis jurídico de las novedades normativas que recientemente y en torno a esta cuestión se han incorporado a nuestro Derecho.

(36) Elijo el tema como ejemplo de una posibilidad y al margen de cualquier discusión sobre su oportunidad o no.

(37) Aun cuando la referencia la hago sólo en el plano de la especulación científica, el recordatorio a la obra de K. A. WITFOGEL (*Oriental Despotism. A comparative Study of Total Power*, Yale, 1957) y a su intuición acerca de la relación entre el grado de estructuración del poder público en la antigüedad y su capacidad de emprender obras hidráulicas de importancia, no es extraño en torno al discurso que llevo a cabo. Cfr. para más indicaciones bibliográficas sobre el particular la nota 64 de mi trabajo «Régimen jurídico...».

(38) La advertencia que hago en el texto no es en modo alguno inútil, pues no es extraño escuchar voces —que no comparto en modo alguno— acerca del «agotamiento» de la posibilidad de realizar obras hidráulicas en nuestro país. Es posible que ello tenga algunos visos de realidad en relación al aprovechamiento hidroeléctrico por medio de grandes presas, pero de ninguna forma puede considerarse concluida la historia del ciclo histórico de las obras hidráulicas en un país sometido a las periódicas sequías del nuestro y en donde quedan múltiples campos de preocupación a los efectos de evitar los desastrosos efectos de las que inevitablemente vendrán en el futuro (desaladoras de aguas marinas y subterráneas, estructuras de interconexión de sistemas hidráulicos, etc.). En general y sobre la insuficiencia actual de las infraestructuras españolas —no sólo de las hidráulicas, por tanto—, vid. la aportación de L. LÓPEZ RODÓ, «Algunos aspectos políticos, jurídicos y económicos de la financiación de infraestructuras», en el libro *Financiación y gestión privada...*, op. cit., pág. 22.

II. LAS MODIFICACIONES EN LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS

Comienzo la parte que pretendo más sustantiva de este estudio por la consideración de las modificaciones habidas en la legislación contractual. Estas innovaciones han tenido lugar mediante la acción conjunta de dos leyes: la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de medidas de disciplina presupuestaria. La primera resulta de especial interés ahora en cuanto que regula una figura contractual pensada para las obras hidráulicas, el contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, y en cuanto introduce en nuestro Derecho los contratos de obra bajo la modalidad de abono total de precio, todo ello al margen de algunas otras innovaciones de menor fuste, al menos desde nuestra perspectiva (39).

La segunda Ley nombrada es de importancia mucho menor, sin despreciar en modo alguno su virtualidad específica. Supone, por un lado, una modificación de la regulación de los contratos en situaciones de emergencia [art. 73.1.a) LCAP], que en la nueva regulación tendrán que contar con crédito presupuestario previo o, si no es así, deberá iniciarse en un breve plazo de tiempo el oportuno expediente de modificación de crédito. Igualmente se modifica el artículo 146.4 de la LCAP, introduciendo algunas garantías para el caso de las modificaciones en los proyectos de obras mientras se están ejecutando las mismas. Ambas innovaciones tienden a evitar déficits financieros por actuaciones desarrolladas al margen del presupuesto anual inicialmente aprobado y se unen a otras modificaciones que se realizan en la Ley General Presupuestaria con la misma finalidad (40). La no específica vinculación de estas novedades con las obras hidráulicas hace que debamos concluir el análisis de la Ley 11/1996 con esta más que breve referencia (41).

(39) Por ejemplo, el artículo 148 de la Ley 13/1996 modifica el artículo 3.1 LCAP (para excluir de la Ley los contratos celebrados con las entidades financieras), y el artículo 149 modifica el artículo 37.4 (garantías en la adjudicación a proposiciones incursas inicialmente en temeridad), adiciona un apartado 5 al artículo 48 y modifica el artículo 84.5 también de la LCAP (estas dos últimas modificaciones son coherentes con la habida del art. 37.4).

(40) La Exposición de Motivos de la Ley alude como razón de su aparición a la situación que contempló la aprobación del RD-Ley 12/1996, de 26 de julio, por el que se concedían créditos extraordinarios por un valor de 721.169.740 de pesetas dada la necesidad de cubrir obligaciones contraídas en el pasado sin la correspondiente dotación presupuestaria.

(41) En todo caso, sí que quiero llamar la atención en relación a los supuestos regulados por la Ley 11/1996, que es bastante habitual que en el transcurso del año las Adminis-

La norma más importante a nuestros efectos es, pues, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Las modificaciones que ella lleva a cabo en el ámbito de las aguas se enmarcan en una compleja y ambiciosa operación de reforma de múltiples leyes vigentes (42), tarea que es asumida por su Título V, dedicado a la «acción administrativa», y que contiene en sus siete Capítulos medidas relativas a la acción administrativa en materia de inversiones públicas (autopistas, carreteras, ferrocarriles), en transportes, en materia educativa y sanitaria, en telecomunicaciones, en aguas (43) y en un genérico relativo a «otras acciones administrativas».

La Exposición de Motivos de la Ley no contiene ninguna explicación concreta y detallada acerca de la voluntad que la guía en el ámbito que acabo de sintetizar. Alude sólo genéricamente a la necesidad de «racionalizar y mejorar la prestación de los servicios públicos» como justificación del completo Título V, no llevando a cabo otra cosa en el tema que me preocupa, las aguas, que una descripción sintética de lo contenido en el Capítulo VI (44). En cualquier caso, es

traciones hidráulicas deban recurrir en variadas ocasiones a las actuaciones de emergencia a los efectos de paliar las consecuencias de fenómenos naturales (sequías, inundaciones, riadas, etc.). La modificación del proyecto de obras es, por último, un acontecimiento no más específico de las obras hidráulicas que de otro tipo de infraestructuras.

(42) Sin ninguna duda, son aplicables a la Ley 13/1996 —la ley de «acompañamiento» a los presupuestos generales del Estado, en denominación impropia pero claramente descriptiva de su finalidad— todas las críticas, y aumentadas, que en el pasado se han dirigido a este tipo de leyes en cuanto suponen una modificación generalizada del ordenamiento jurídico vinculado más o menos lejanamente al gasto o a la inversión pública, en unas condiciones de rapidez, de celeridad en la tramitación parlamentaria ciertamente apabullantes. Creo que valdría la pena que el Tribunal Constitucional volviera a tener la oportunidad de razonar sobre esta forma de legislar y de plantearse, recapitando incluso sobre lo decidido en su primitiva jurisprudencia, acerca de si no se darán también en este tipo de leyes los hechos que le sirvieron en el pasado para desautorizar la actuación de las leyes de presupuestos reformadoras de tantos preceptos vigentes (cfr. la STC 76/1992, de 14 de mayo, y la marcha atrás que en relación a las leyes de presupuestos autonómicas representa la STC 116/1994, de 18 de abril). Desde luego y conectando con algunas preocupaciones expresadas por el TC en su momento, no hay mayor sosiego —y, por tanto, mayor garantía en el buen legislar— en la tramitación de las «leyes de acompañamiento» que el que puede ser observable en la tramitación de las leyes de presupuestos generales, pues ambas se inician y concluyen al tiempo, interviniendo en el seno del Parlamento las mismas personas, las mismas Comisiones, etc.

(43) A nuestro objeto de consideración se dedica el Capítulo VI, artículos 173 a 175, que lleva la rúbrica de «Acción administrativa en materia de aguas». Sobre su contenido vuelvo luego en el texto de forma monográfica, por lo que no son precisos aquí más comentarios excepto el de advertir que estos artículos no se limitan a la creación del contrato de concesión de obras hidráulicas, sino que también extienden su radio a la modificación de la LAg., como analizaré en el siguiente apartado III, y a una delegación específica de competencias en materia de obras del Secretario de Estado de Aguas y Costas en las Confederaciones Hidrográficas.

(44) Se dice, así, que «en materia de aguas, se regula el régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas. Igualmente, se modifica la Ley 29/1985, de 2 de agosto, para permitir a los organismos de cuenca adquirir y enajenar títulos representativos de capital de sociedades estatales que tengan por objeto la construcción o explotación de obras hidráulicas, así como a las empresas mercantiles con-

fácil descubrir con una lectura rápida del completo título que, en general, se trata de propiciar la creación de un marco jurídico que permita tanto formas distintas de inversión por parte del Estado en relación a las hasta ahora existentes (mediante la creación de sociedades estatales, por ejemplo) como el favorecimiento de la llegada de capital privado para la realización de infraestructuras otorgando, a esos efectos, diversas ventajas. Sin más comentarios, paso ya al examen de lo que se presenta como la mayor novedad del ordenamiento jurídico que estoy examinando, el contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas.

1. *Un contrato al margen tanto de la legislación contractual como de la de aguas*

Lo primero que debe ser destacado es que la técnica legislativa que se ha seguido mediante la configuración del artículo 173 de la Ley 13/1996 ha consistido en crear *ex novo* un contrato colocado al margen tanto de la legislación contractual como de la de aguas. Estamos, pues, ante un contrato cuya inserción en el ordenamiento no tiene en cuenta la existencia de la LCAP (45) y nos encontramos, igualmente, ante una técnica de ejecución de obras hidráulicas que se regula con completa independencia de la LAg.

La situación, por aparentemente paradójica, debe resaltarse en el bien entendido de que de ella no se derivan consecuencias jurídicas apreciables mínimamente. Simplemente los expertos, los profesores, los usuarios o los meramente interesados en materia de aguas o de contratación pública, deberán conocer que una novedad normativa que se pretende de importancia hunde sus raíces en norma distinta de la reciente LCAP (1995) y de la algo menos reciente LAg. (1985), normas que pretendieron en sus respectivos sectores constituirse en auténticas cabezas del ordenamiento jurídico sectorial respectivo, operando una sistematización y simplificación más que apreciable y valorable positivamente.

En relación a la legislación contractual, la cuestión es harto singular, dado que la LCAP regula en los artículos 130-134 un llamado contrato de concesión de obras públicas, con el que el contrato que estudiamos guarda una proximidad de naturaleza evidente, y que

cesionarias construir o explotar tales obras públicas, suscribir convenios o participar en agrupaciones de empresas o uniones temporales de empresas que tengan dicho objeto».

(45) Lo mismo sucede, por otra parte, con la regulación del contrato de obras con la modalidad de precio aplazado, cuya inserción en la LCAP creo que hubiera sido bastante sencilla.

hubiera permitido, si así se hubiera querido, la inserción próxima a él de las características —escasas, como veremos— que lo singularizan, utilizando para ello las denominaciones «bis» o «ter» en los nuevos artículos y no alterando decisivamente, por tanto, la estructura de la LCAP.

Desde la perspectiva de la LAg., su inserción, aunque posible, hubiera sido más problemática, no obstante, dado el tratamiento asistemático que las obras hidráulicas tienen en el conjunto de esa Ley, como he destacado en alguna ocasión (46).

2. *El objeto del contrato: una definición de obras hidráulicas*

El artículo 173.1 comienza narrando su objeto. Este consiste en la utilización de este contrato para «la construcción, conservación y explotación» de las obras e infraestructuras vinculadas a «la regulación de los recursos hidráulicos, su conducción, potabilización y desalinización, y al saneamiento y depuración de las aguas residuales». De este decisivo texto resultan algunas consecuencias fácilmente deducibles.

La primera es que con el mismo se produce una verdadera definición del concepto de obra hidráulica. Son obras hidráulicas, podríamos decir simplificando, las de regulación, las de conducción y puesta en disposición de las aguas para su utilización (potabilización y desalinización) y, finalmente, las de saneamiento y depuración. El completo ciclo hidráulico, pues, estaría aquí contemplado en cuanto nos encontraríamos ante la recogida del recurso (regulación), su conducción y distribución y la reintegración, finalmente, en condiciones de calidad a los cauces públicos. Se produce de esta forma, pues, una cierta concreción del concepto de obras hidráulicas no contenido de esa manera en norma relevante del ordenamiento jurídico vigente (47), lo que permite observar que quedan fuera del concepto otras obras también hidráulicas como son las vinculadas a los aprovechamientos hidroeléctricos, probablemente en lógica correspondencia con lo que señalé en el apartado anterior acerca de su casi

(46) Me he referido a ese tratamiento asistemático en mi trabajo «Régimen jurídico...», págs. 50 y ss., trabajo también donde he postulado —como en otros— la necesidad de la aparición de una Ley sectorial de obras hidráulicas, necesidad normativa que cada día que pasa me parece más acuciante.

(47) En mi trabajo «Régimen jurídico...», pág. 63, me he referido a esa indeterminación acudiendo también, no obstante, a normas contractuales para ver una cierta definición en el ordenamiento del concepto de obra hidráulica.

general emprendimiento por la iniciativa privada y mediante el otorgamiento de la concesión demanial regulada por la LAg. (48).

En segundo lugar podríamos indicar que el objeto del contrato viene también determinado por tres verbos correspondientes a tres operaciones distintas: construir, conservar y explotar. Ante ello, la primera reflexión que lógicamente podríamos hacernos aquí es la de si estamos ante actividades necesariamente vinculadas entre sí o si es posible la separación de algunas de ellas planteándose, por ejemplo, la utilización de este contrato sólo para la conservación y explotación de una obra ya construida. Pues bien, aun cuando el artículo 173.1 citado no es determinante para, a partir del mismo, dar una respuesta taxativa, del resto del precepto se deduce que todas las operaciones deban estar relacionadas necesariamente [obsérvese en este sentido lo que se indica en el art. 173.3.a) en relación a la obligación de cesión a un tercero de un porcentaje de la construcción de la obra] y, sobre todo, que si sólo quisiera tratarse de la conservación y explotación, la figura contractual a utilizar sería entonces la del contrato de gestión de servicios públicos regulado en los artículos 155 y ss. LCAP, y no la singular y especial de este contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas.

A continuación, la reflexión sobre el objeto del contrato se orientaría a la observación de la falta de correspondencia entre el triple objeto del contrato (construir, conservar y explotar) y su denominación legal constituida por una expresión con un solo doble objeto, pues se trata, tal y como indica la rúbrica del artículo 173, del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas. No cabe otra explicación, al margen de notar esa aparente incongruencia entre la denominación y su objeto, que concluir en que la palabra explotación en la denominación del contrato comprende no solo la actividad de explotar, sino también la de conservar que posteriormente y a la hora de su definición se nombran individualizadamente como contenidos del mismo.

Por fin, y aunque parezca obvio, al contrato debería preceder la formulación de un proyecto que definiera con precisión el objeto del contrato, salvo que, quizá, se optara por adjudicar también conjuntamente el proyecto, la obra y su gestión (49).

(48) Y, obviamente, por las autorizaciones industriales o de otro tipo (ambientales) que deban existir. Sobre la regulación jurídica y sin entrar ahora en profundidades que están alejadas del objeto de este trabajo, me remito al artículo 22 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional.

(49) La reflexión la realizo a partir del artículo 122 de la LCAP, que aun inserto exclusivamente en la regulación del contrato de obras creo aplicable también a este contrato.

3. *El concedente: las Administraciones Públicas*

El artículo 173.1 se refiere como concedente en un plural indeterminado a «las Administraciones Públicas». No es una norma, pues, dirigida exclusivamente a la Administración del Estado y con ella a los Organismos de cuenca, por ejemplo, sino a cualesquiera Administraciones Públicas, las que puedan tener competencias y ser titulares de los servicios a que se refiere el objeto referido.

Pueden ser también, pues, concedentes las Administraciones autonómicas para las obras hidráulicas vinculadas a la utilización de los recursos de sus cuencas internas, o las Administraciones locales en relación a las actuaciones de abastecimiento o saneamiento o depuración cuya competencia les corresponda en virtud de la aplicación de la legislación de régimen local (50). Lo que sucede, en realidad, es que la construcción jurídica del contrato por la Ley 13/1996 opera dentro de las competencias del Estado de establecimiento de legislación básica sobre «contratos y concesiones administrativas» (art. 149.1.18 CE), lo que, al margen de esa aplicación indistinta a todas las Administraciones Públicas, ocasiona también que las CC.AA. con competencia para ello deban respetar los preceptos de la Ley 13/1996 en el caso hipotético de que en el futuro pretendieran legislar sobre el particular, supuesto en el que deberían limitarse al desarrollo del artículo 173 configurado obviamente como un precepto básico (51).

4. *El concesionario: el acento especial en su retribución*

a) *Quién puede serlo* (52).

En principio, concesionario lo podrá ser tanto una persona física como jurídica, en lógica congruencia con lo regulado de forma gene-

(50) Sobre la cuestión me remito a A. EMBID IRUJO, *Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales*, «RARAP», 9, 1996, págs. 24 y ss. y 49 y ss., respectivamente, en cuanto al estudio de las competencias sobre abastecimiento y saneamiento y depuración. Igualmente, vid. A. FANLO LORAS, «Obras hidráulicas de saneamiento y depuración», en las págs. 125 y ss. de *Las obras hidráulicas*, op. cit.

(51) Sobre el carácter básico de las normas sobre concesiones en la LAg. me remito a las consideraciones de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, fdo. jdo. 23. En la doctrina vid., entre otros, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Titularidad...*, op. cit., págs. 241 y ss.

(52) Aprovecho para señalar aquí alguna errata de la Ley no corregida hasta ahora según mi seguimiento sobre el particular. Así, el apartado segundo del artículo 173 habla del «cesionario». Aunque el concepto de «cesionario» tiene plena singularidad y operativi-

ral en la LCAP (arts. 15 y ss.) a la hora de prever la naturaleza de quien pueda contratar con la Administración. Ahora bien, ello no impide que podamos concluir en que, normalmente, serán personas jurídicas, empresas, las que suscribirán estos contratos con las Administraciones competentes. La observación de otra parte de las innovaciones normativas producidas por la Ley 13/1996, en este caso la modificación del artículo 21 de la LAg. operada por su artículo 174, va en ese sentido cuando se apodera a las Confederaciones Hidrográficas para participar en el capital de las empresas mercantiles que «tengan por objeto social la gestión de contratos de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas» [art. 21.2.a) LAg. en la nueva redacción].

b) *La retribución del concesionario.*

El artículo 173 que comento pone especial énfasis en regular la retribución del concesionario aludiendo en diversos lugares a la misma y, en general, al régimen económico-financiero de la concesión. Los problemas jurídicos que plantea este elemento básico del contrato previsto son variados y aludo a ellos detenidamente a continuación.

En primer lugar hay que indicar que la previsión fundamental de la norma es que el concesionario percibiría una tarifa de los usuarios de la infraestructura. Dicha tarifa la fijaría la Administración concedente, debiendo incluir en la misma «los gastos de funcionamiento, conservación y administración, la recuperación de la inversión y el coste del capital, en los términos previstos en el contrato de concesión» [art. 173 6.a)].

Esa tarifa, en correspondencia con la relación puramente privada establecida entre contratista y usuarios, debería conceptuarse también como un precio privado aun cuando intervenido administrativamente, como acabamos de ver. De esta forma se separaría claramente el supuesto que tratamos de la relación entre usuarios y Administración hidráulica titular de las obras referida en el artículo 106 LAg., en el que las exacciones allí previstas (llamadas canon de regulación y tarifa de agua en el RDPH) tienen naturaleza tributaria y,

dad en nuestro derecho contractual —cfr. los arts. 115 y 116 de la LCAP, relativos a la cesión de los contratos—, su utilización en este lugar estaría fuera de toda conexión lógica. Se trata sin duda alguna de una errata y hay que entender sustituida esta palabra por la de «concesionario». Sin embargo, sí que parece que la palabra «cesionario» está correctamente utilizada en el artículo 173.3.b) ya que allí se regula la obligación de «ceder» a un tercero (el cesionario) un porcentaje del valor de la obra.

por tanto, pública, en consonancia y correspondencia con la iniciativa y realización pública de la obra a cuya «amortización» se refieren (53). Al contrario, la previsión se asemejaría grandemente a la regulación de las tarifas en la llamada concesión de servicio público para riego del artículo 60 LAg., donde también se ha atribuido a la Administración la aprobación de las tarifas que percibirían las empresas o particulares que obtuvieran la concesión de agua para riego en régimen de servicio público, si bien con unas previsiones mucho menos «densas» en cuanto a los criterios de fijación de dichas tarifas que las utilizadas en la norma que comento (54).

La Ley no precisa nada acerca del procedimiento administrativo que conducirá a la fijación de esas tarifas. Tampoco, por cierto, el RDPH nos ofrece ninguna ayuda sobre el particular en la regulación que lleva a cabo sobre las Empresas de riego, que antes he juzgado como semejante a la del nuevo contrato, pues el artículo 100 RDPH se limita a reproducir el artículo 60 LAg. sin mención alguna a la actitud administrativa a desarrollar (55). Habrá que esperar al reglamento anunciado por el artículo 173.8 de la Ley 13/1996 para ver construido el ordenamiento jurídico sobre el particular, pero, en todo caso, quiero señalar aquí la necesidad de que exista en ese trámite un procedimiento de audiencia pública a los interesados en lógica correspondencia tanto con los principios generales del procedimiento administrativo (cfr. art. 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) como con la conveniente hilazón con la regulación tradicional en el ámbito del derecho de aguas acerca del procedimiento de determinación de los cánones y tarifas regulados por el artículo 106 LAg. (cfr. arts. 301 y 308 RDPH).

No acaban aquí las previsiones legales sobre esta materia, sino que también se dispone la posibilidad de que la Administración concedente pueda entregar una partida económica al concesionario cuando se den una serie de circunstancias enumeradas en el artículo 173.2, segundo párrafo, como puedan ser razones de interés público, rentabilidad social o uso colectivo. Esa partida económica no puede, en todo caso, equivaler al coste de la actuación porque se dice que se compensará «una parte» de la obra pública prevista, siendo los pliegos contractuales los que indicarán cuantía y forma de entrega. Este

(53) Sobre la cuestión me remito a A. EMBID IRUJO, «Condicionamientos...», *op. cit.*, págs. 51 y ss., junto con toda la bibliografía allí citada.

(54) Simplemente indica el artículo 60.2 LAg. que la Administración concedente «aprobará los valores máximos y mínimos de las tarifas de riego, que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras».

(55) Probablemente, la nula aplicación práctica de lo previsto en el artículo 60 LAg. tampoco ha estimulado al titular de la potestad reglamentaria a prever nada específico sobre el particular.

pago administrativo, por fin, puede ser llevado a cabo de forma aplazada en los términos que fije el propio contrato de concesión [art. 173.3.d)].

Probablemente resida en esta previsión de subvención pública al concesionario uno de los atractivos de que pueda gozar en el futuro este contrato. En cualquier caso y para medir justamente la previsión legal, hay que indicar que la posibilidad de subvención del poder público a los titulares de una concesión que va a prestar un servicio al público no es desconocida entre nosotros, pudiendo citarse normas relevantes del ordenamiento jurídico que así la contienen (56).

El problema jurídico máximo en este ámbito será el del juicio acerca de cuándo es posible la subvención pública y, a continuación, la determinación de su cuantía. Lo que puede indicarse en relación a esta cuestión es que los conceptos utilizados por el artículo 173.2 de la Ley —interés público, rentabilidad social, uso colectivo— son típicos conceptos jurídicos indeterminados y, por ello, no puede configurarse como enteramente discrecional la actividad de la Administración desarrollada en torno a la apreciación de los mismos. Deberá la Administración, por el contrario, motivar adecuadamente en los trámites correspondientes la concesión de la subvención y su cuantía, gozando sin duda, y si cumple esas obligaciones formales y el resto de las establecidas en la normativa presupuestaria, de un cierto ámbito de libre decisión que sólo estaría limitado por la comisión de una presunta arbitrariedad.

Por lo demás y al margen de las referencias sobre tarifa y subvención hasta ahora realizadas, la Ley se refiere además al «régimen económico-financiero» del contrato. Dentro del mismo se hace una llamada específica a la Administración para que vele por «el equilibrio financiero de la concesión» (57) e, igualmente, se apela al Go-

(56) Cfr. el artículo 115.7 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para la gestión indirecta de los servicios. Igual el artículo 80.6 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales para las concesiones demaniales. En la LCAP, el artículo 163 se refiere al derecho del concesionario a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, pudiendo ser el incumplimiento administrativo hasta causa de resolución del mismo, artículo 166 LCAP.

(57) Esta llamada parece un poco redundante dados los principios generales sobre el régimen económico-financiero de las concesiones y la actuación de la Administración previstos en la LCAP y que inequívocamente se aplican también a este contrato. En concreto, el artículo 164.2 LCAP, tras aceptar la posibilidad de que la Administración modifique por motivos de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que deberán pagar los usuarios (art. 164.1 LCAP), indica que cuando de estas modificaciones se derive un perjuicio para el contratista se le deberá compensar para restablecer el equilibrio económico. El equilibrio económico es, pues, un presupuesto de la concesión que sólo se ve alterado por determinadas actuaciones de la Administración. Fuera de esto el contrato se ejecuta, obviamente, a riesgo y ventura del contratista, como dispone el artículo 99 LCAP en general para todos los contratos y el artículo 157.a) en lo relativo a la regulación de la concesión de servicios públicos. En general y sobre el tema sigue siendo muy útil el

bierno para que dentro del desarrollo reglamentario de la Ley que deberá realizar se dedique, especialmente, al régimen económico-financiero del contrato (58).

5. *El régimen jurídico del contrato*

En diversas ocasiones he debido acudir en el espacio que llevo dedicado al estudio de este contrato a apelaciones a la LCAP para resolver algunos problemas jurídicos planteados. No es ello extraño si se tienen en cuenta las propias decisiones del artículo 173 de la Ley 13/1996 sobre el régimen jurídico del contrato. Para el artículo 173.3, en efecto, el régimen jurídico estará constituido por lo que se deduzca de la «legislación básica estatal», o sea, la LCAP —que obviamente es aplicable tras la regulación especial del propio art. 173—, con una serie de salvedades, se dice, que cuando se examinan determinadamente no lo parecen tanto, al menos a la luz de lo previsto en la LCAP. Veamos esto más detenidamente:

- En cuanto al *plazo* de explotación de la obra, se indica que éste será el que figure en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que pueda exceder en ningún caso de setenta y cinco años (59). La salvedad no se entiende muy bien a la luz de la legislación contractual básica estatal, pues en ésta la duración total del contrato de gestión de servicios públicos tiene también como límite el de setenta y cinco años (60).
- Se dispone también la posibilidad de que la Administración imponga al contratista la obligación de *cesión a un tercero* de

libro de G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Ed. IEA, Madrid, 1968.

(58) La autorización que hace el artículo 173.8 al Gobierno para que desarrolle reglamentariamente «los preceptos contenidos en esta Ley» (¿no debería indicar «en este artículo» en todo caso para ser congruente con el lugar donde se ubica un apartado de un artículo?) es perfectamente inútil pues ese papel ya lo cumple la disposición final séptima de la Ley 13/1996, indicando que «se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Ley». En todo caso debe notarse, como muestra de esa preocupación prevalente de todo lo relativo al régimen económico del contrato, cómo esa nueva cláusula autorizatoria del artículo 173.8 contiene la referencia a un cuidado «especial» en ese desarrollo reglamentario a cuanto se refiera al régimen económico-financiero de las concesiones.

(59) La referencia expresa al plazo de explotación de la obra obliga a pensar que el contrato deberá distinguir entre el plazo de ejecución de la obra y el de su explotación. El de explotación solamente podría comenzar a computarse una vez concluida la obra satisfactoriamente para la Administración.

(60) Cfr. el artículo 158 LCAP, que se refiere a este límite en cuanto a la duración del contrato más sus posibles prórrogas. Nótese la coherencia de este plazo de setenta y cinco años con el plazo máximo que para la concesión demanial establece el artículo 57.4 LAg. también en setenta y cinco años.

al menos el 30 por 100 del valor de la obra. Con palabras casi enteramente semejantes, dispone esta obligación de cesión el artículo 131 LCAP al regular el contrato de concesión de obra pública.

- Sí que se produce una excepcionalidad (salvedad en la terminología de la Ley) en cuanto a la no aplicación de lo previsto en determinados artículos de la LCAP que se nombran específicamente [arts. 11.e), 63.c) y 70.4 LCAP]. La excepción se refiere a la *no obligación de existencia de crédito* para contratar legítimamente y, también y en congruencia con ello, a la falta de surgimiento de vicios del contrato por esa inexistencia (61). Es la posibilidad de realizar obras sin que ello compute a efectos de deuda pública (recuérdese lo dicho en el apartado primero de este trabajo sobre la importancia del cumplimiento de los criterios de convergencia establecidos en el Tratado de Maastricht para explicar la nueva legislación), la causa que sin duda alguna determina esta regulación legal.
- Igualmente es norma novedosa y congruente con otras intervenciones normativas de la misma Ley 13/1996 la previsión de *pago aplazado* por parte de la Administración cuando se pacte la compensación en los supuestos de obras de interés público, rentabilidad social o uso colectivo.

6. *El contrato de concesión de obras hidráulicas y la utilización del dominio público. Referencia especial a la relación entre el contrato de concesión de obras hidráulicas y la concesión demanial*

Dada la materia que trata este contrato, las obras hidráulicas, resulta de especial interés el análisis de las diferentes menciones al *dominio público* que se encuentran en este artículo 173. Pues bien, no es fácil el entendimiento de la regulación específica que del dominio se hace en este artículo, pues si bien existen algunas prescripciones cuyo origen y funcionalidad se pueden explicar sin problemas especiales, aparecen, por el contrario, algunas fórmulas oscuras en relación al dominio público hídrico sobre las que es necesario meditar con detenimiento.

El problema jurídico que aquí se plantea es bien fácil de exponer:

(61) La Ley dispone como garantía que, en todo caso, se una al expediente certificación de compromisos de crédito para ejercicios futuros y un informe del Ministerio de Economía y Hacienda sobre los aspectos presupuestarios y financieros del contrato.

dado que el contrato versa, en realidad, sobre la utilización de un bien de dominio público, el agua, se trata de juzgar acerca de si existe una decisión legal de que la adjudicación del contrato lleve consigo, al tiempo, el otorgamiento de la concesión demanial o si, por el contrario, nos encontramos ante dos momentos procedimentalmente distintos: el otorgamiento (o reserva) del agua, por un lado, y, por otro, la adjudicación del contrato.

Inicialmente tendríamos que decir que hay algunos preceptos mediante los que podría pensarse que el artículo 173 ha tratado de reunir en uno solo ambos momentos: el otorgamiento del recurso y la adjudicación del contrato. Así, el artículo 173.4, cuando indica que el otorgamiento del contrato de concesión se considera título habilitante para «ocupar y *usar* los terrenos y bienes de dominio público necesarios para la construcción de la obra y la producción de los bienes y servicios a los que se destina», podría ser interpretado en este sentido en virtud de la funcionalidad del verbo «usar», que podría entenderse referido al recurso. Igualmente, el artículo 173.5.a), que se refiere al «derecho» del concesionario a «*utilizar privativamente los bienes de dominio público incluidos en la concesión*», también podría inducir a la interpretación a que me refería.

Sin embargo, no creo que ésa sea la interpretación correcta, y ello tanto por razones de lectura del propio artículo 173 en su conjunto como por las deducibles del sentido institucional de la legislación de aguas.

En relación a lo primero, hay que entender las anteriores prescripciones relativas a la ocupación y utilización del dominio público como dirigidas a facilitar, exclusivamente, la ejecución de las obras que posteriormente conducirán a la explotación del recurso. Se trata de una actividad instrumental del contrato, plenamente colocada en la línea de la vieja regulación de la Ley General de Obras Públicas, artículos 94 y ss., y, por tanto, en absoluto novedosa en cuanto a lo ya conocido en nuestro Derecho. En ese mismo sentido instrumental hay que entender la referencia al «beneficio de la expropiación forzosa de los bienes, terrenos y derechos afectados, en los términos fijados en el contrato de concesión de obra hidráulica» [art. 173.5.a)] (62).

(62) Por cierto que esta referencia a la expropiación forzosa merece un pequeño comentario en virtud de la presentación formal del completo artículo 173.5. En efecto, este apartado comienza indicando que «el régimen jurídico del uso del *dominio público* necesario para ejecutar el contrato de concesión será el siguiente...», siguiendo, a continuación, varias posibilidades entre las que se cuenta el beneficio de expropiación de «los bienes, terrenos y derechos afectados». Es decir, que ese beneficio de expropiación en los términos indicados por el artículo 173.5 no solamente se refiere a los bienes y terrenos de naturaleza privada (bienes patrimoniales de las Administraciones públicas o de los particulares), sino también y en pura consecuencia formal a los de dominio público porque es su régi-

En segundo lugar, difícilmente podría pensarse que Administraciones que no tienen nada que ver con la titularidad y administración del dominio público hidráulico como las locales, que también pueden usar de este contrato, pudieran mediante su simple adjudicación vincular, también, la utilización del dominio público hidráulico. Por ello aclara algo la situación el artículo 173.7 cuando indica que «en ningún caso el otorgamiento del contrato de concesión regulado en el presente artículo afectará al régimen de utilización de los recursos hídricos previsto en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, salvo en lo que se derive expresamente de lo establecido en la presente Ley». El precepto es muy claro, como digo, excepto en su última frase, «salvo en lo que se derive expresamente de lo establecido en la presente Ley», que por inconcreta exige un esfuerzo de interpretación que puede conducir por esa inconcreción a resultados equívocos.

La conexión, entonces, entre el otorgamiento del recurso y la adjudicación del contrato no está excesivamente clarificada en la Ley y crea una serie de dudas que he intentado resolver pero que, perfectamente y según el énfasis que se pusiera en los argumentos contrarios, podrían quizá conducir a la solución contraria —la de que la adjudicación del contrato incluye la del recurso (63)— e incluso a una tercera que es la que expongo a continuación.

En efecto, podría ser posible en el caso de concursos convocados exclusivamente por las Administraciones que tienen la competencia para otorgar los recursos hidráulicos (que serían los Organismos de cuenca y los correspondientes de las CC.AA. en las cuencas intracomunitarias) que ellos mismos reunieran en el trámite concursal el otorgamiento del recurso y la adjudicación del contrato. Son competentes para dar la resolución final en ambas actuaciones y, por ello, no se produciría una violación flagrante de las normas institucionales de la LAg., siempre que apareciera bien claramente una posibilidad de competencia de proyectos en cuanto a la utilización del

men jurídico el regulado por el entero artículo 173.5. Lo cual quiere decir que para el precepto que explicamos los bienes de dominio público (pertenezcan a cualquier Administración) son expropiables sin más debiendo, coherentemente, entenderse que la adjudicación del contrato produce una «mutación» de la naturaleza de esos bienes, única forma que nos permite verlos comprendidos dentro de la especificación del artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa, que se refiere a la «privación singular de la *propiedad privada*» como contenido de la expropiación forzosa.

(63) Aun cuando manifiesto mi opinión de que esta solución cuenta con muy importantes argumentos en contra, los que he expuesto, que sólo podrían ser vencidos con una suerte de afirmación ciega en que ésa era la voluntad real implícita en la acción del legislador que a nadie puede exigírsele, máxime cuando el legislador —como hemos visto en la exposición de motivos— no ha dicho nada formalmente sobre el particular.

agua (64). El futuro reglamento, por fin, al que apela el artículo 173.8, podría contribuir a aclarar los muchos problemas que la regulación expuesta lleva consigo y conteniendo los preceptos necesarios para ello, a hacerla posible sin género de dudas.

Por lo demás, la regulación del contrato contiene otra serie de prescripciones completamente coherentes con la normativa general del dominio y con la contractual. Se dispone, así, la reversión de las obras, bienes e instalaciones que realice el concesionario a la Administración competente cuando expire el plazo por el que se otorgó la concesión y la inscripción de las concesiones en el Registro de la Propiedad (65).

7. Reflexiones finales. ¿Estamos ante un contrato con propia sustantividad?

El último apartado del razonamiento debe dedicarse fundamentalmente a reflexionar sobre la sustantividad del contrato creado por la Ley 13/1996. Y lo cierto es que la originalidad del mismo es bien tenue. En diversas ocasiones he ido llamando la atención acerca de los paralelismos —en muchos casos textuales— con la regulación del contrato de concesión de obras públicas regulado en los artículos 130-134 LCAP (66) y hasta con prescripciones próximas presentes en la misma LAg. (67), y ahora es llegado el momento de concluir en que las novedades son tan escasas que no se entiende el porqué de una regulación singularizada (68), sobre todo en relación a una figu-

(64) Recuerdo, así, la semejanza de esta situación con el otorgamiento de una concesión demanial a las Empresas de riego a que se refiere el artículo 60 LAg., situación a la que me he referido varias veces en este apartado para facilitar la solución a problemas interpretativos que se iban planteando.

(65) Las dos notas las contiene el artículo 173.5.b) y c). Llamo la atención acerca de la utilización en los dos casos de la palabra «concesión» y no de la de contrato (aunque se trata del contrato de «concesión» de la construcción y explotación de obras hidráulicas), que es la usualmente utilizada en el resto del precepto.

(66) Se puede señalar también la proximidad con el contrato de gestión de servicios públicos en el bien entendido que su regulación (art. 159 LCAP) indica que cuando dicho contrato lleve consigo la necesidad de realizar unas obras se registrará, entonces, por lo preceptuado para el contrato de concesión de obras públicas (arts. 130-134 LCAP), con lo que desembocamos en el mismo final.

(67) Como la regulación de las Empresas de riego en el artículo 60. Llamo la atención, no obstante, de que estas empresas de riego de la LAg. deben contar *a priori* «con la conformidad de los titulares que reunieran la mitad de la superficie de dichas tierras», mientras que nada de esto se indica en la regulación del contrato que estudiamos.

(68) J. DE LA CRUZ FERRER, «El problema de las garantías jurídicas en la financiación privada de infraestructuras», en *Financiación...*, op. cit, indica que este contrato es una «novedad» de la nueva Ley (pág. 268), opinión bastante aventurada por lo que se indica en el texto. Por lo demás, este autor se plantea problemas jurídicos en torno a la hipoteca de la concesión muy interesantes.

ra, el contrato de concesión de obras públicas, tan recientemente reinstaurado en nuestro Derecho a partir de la recepción de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras —art. 1.d)— (69) y que, por tanto, podía ser presumido el interés, hasta de técnica legislativa, de dejar configurada su presencia en la LCAP como la referencia fundamental del mismo.

En efecto, esas escasas novedades las hemos encontrado en la mención expresa a la compensación (subvención) de las Administraciones a las obras hidráulicas, a la falta de crédito presupuestario previo, a la posibilidad de pago diferido de la aportación de la Administración y a una mayor especificación de los criterios que pueden servir a la Administración para la fijación de la tarifa que abonarían los usuarios. Ninguna de estas suaves matizaciones (alguna con regulación semejante en partes del ordenamiento jurídico muy próximas, como hemos visto en relación a la subvención) justifica la individualización de la figura contractual, pudiendo haber bastado con algún artículo adicional a la LCAP para su introducción. Sólo la mezcla con una regulación específica para la atribución del recurso hubiera justificado el tratamiento autónomo, pero hemos visto que pese a las dificultades de interpretación —y, por tanto, a la inseguridad jurídica que crea el texto— no parece ser ésa una conclusión fácilmente deducible de la norma.

En cualquier caso, debo concluir ya indicando que quizá la mayor significación del texto radique, solamente, en reintroducir en nuestro derecho de aguas un principio de ejecución de las obras por parte de los particulares que, aunque presente en la actual legislación y, desde luego, plenamente coherente con el derecho histórico, podía haber quedado oculto en la práctica bajo la más normal apelación a la ejecución de las obras por el poder público, tal y como ha sucedido en los últimos años excepto en ciertas utilidades sectoriales como las dedicadas a la producción de energía eléctrica. Se

(69) Señala este origen J. F. MESTRE DELGADO en su contribución al libro *Derecho de los contratos públicos* (coordinación de B. PENDAS GARCÍA), Ed. Praxis, Barcelona, 1995, págs. 654 y ss., quien indica cómo el Derecho español recupera mediante esta Ley y a través de la recepción del Derecho comunitario una vieja figura plasmada en la Ley General de Obras Públicas de 1877 con orígenes normativos, incluso, anteriores. Sobre la virtualidad de la concesión de obra pública sin regulación general en la época en que escribe, puede verse a F. LÓPEZ RAMÓN, *Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas*, «REALA», 243, 1989, págs. 586 y ss. especialmente. Refiriéndose también al antecedente en el Derecho comunitario, vid. M. M. RAZOUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y derecho comunitario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 131, que es muy útil para el examen, en abstracto, de las directivas comunitarias. Más limitado a los aspectos de garantías jurisdiccionales puede verse a J. M. GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

trataría, entonces, de una regulación «símbolo», indicadora de una dirección determinada de operar que viene a reforzar ciertos e importantes elementos ya existentes en el actual derecho de aguas y no a modificar decisivamente ese ordenamiento.

III. LAS SOCIEDADES ESTATALES PARA LA CONSTRUCCIÓN,
EXPLOTACIÓN O EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS HIDRÁULICAS.
LAS MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO
DE LAS CONFEDERACIONES HIDROGRÁFICAS

Estudio en este apartado dos temas aparentemente distintos según la rúbrica pero, como se verá más adelante, cuando se considere atentamente el ordenamiento jurídico aplicable, profundamente interrelacionados.

1. *La previsión de creación de sociedades para la construcción, explotación o ejecución de obras hidráulicas*

La Ley 13/1996 ha decidido la creación de las sociedades a que hace referencia la rúbrica de este apartado, pero esta previsión no aparece en el Capítulo VI del Título V de la Ley 13/1996, que es el dedicado a la acción administrativa en materia de aguas, sino en el más genérico Capítulo I del mismo Título, dedicado a la acción administrativa en materia de inversiones públicas. Allí, dentro del artículo 158, que versa en su casi completa totalidad sobre la creación de sociedades para la construcción y/o explotación de carreteras estatales, se contiene un último apartado 5, donde se dice que:

«La autorización prevista en el apartado uno, se extiende igualmente a la constitución de sociedades estatales que tengan por objeto la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica. También resultarán de aplicación a las relaciones de estas sociedades estatales con la Administración General del Estado y a los contratos que concluyan con terceros, los apartados dos y tres del presente artículo.»

Resulta, entonces, que el régimen jurídico de las sociedades estatales que nos interesan es prácticamente semejante al de las sociedades estatales para la construcción y/o explotación de carreteras. El

estudio de unas equivale, prácticamente, al de las otras dada la remisión que lleva a cabo el artículo 158.5 transcrito *supra*. Comento por tanto, en primer lugar, el régimen jurídico común de los dos tipos de sociedades para concluir con algunas reflexiones específicas dirigidas solamente a las destinadas a la construcción, explotación y ejecución de obras hidráulicas.

- a) *El régimen jurídico de las sociedades para la construcción de obras hidráulicas semejante al de las sociedades para la construcción y/o explotación de carreteras estatales.*

La creación de estas sociedades se atribuye, según el artículo 158.1 (al que remite el art. 158.5), al Consejo de Ministros. En realidad lo que hace este precepto es actualizar la competencia genérica que el artículo 6.3 del RD Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General Presupuestaria (LGP en adelante en este trabajo), otorga al Consejo de Ministros para crear sociedades estatales dependientes de Organismos Autónomos. El sentido de la Ley 13/1996 no es, por tanto, afirmar de nuevo esa competencia del Consejo de Ministros, que ya existe en la actual legislación, sino más bien regular el objeto y el régimen jurídico de estas sociedades.

En ese sentido es también aplicable a las sociedades para la construcción de obras hidráulicas el régimen de convenios entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales para la construcción y/o explotación de carreteras contenido en el artículo 158.2. Dichos convenios, con el previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda, deberían ser autorizados por el Consejo de Ministros y en ellos constarían:

- el régimen de construcción y/o explotación de las carreteras estatales (léase a nuestros efectos obras hidráulicas) de que se trate;
- las potestades que tiene la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a la misma;
- las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración General del Estado a la sociedad estatal, pudiendo aquélla adquirir compromisos plurianuales sin sujeción a determinadas limitaciones previstas en el artículo 61 de la LGP y

sin perjuicio de las aportaciones que puedan dichas sociedades recibir de otros sujetos públicos o privados.

- las garantías que hayan de establecerse en favor de las entidades que financien la construcción y/o explotación de las obras hidráulicas.

Por fin, el artículo 158.3, al que también remite el artículo 158.5, se refiere a los contratos que celebren estas sociedades estatales con terceros. Respecto a dichos contratos se dispone:

- que se apliquen las prescripciones de la LCAP en relación a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación;
- que se incluyan las cláusulas que resulten pertinentes para la adecuada defensa por dichas sociedades estatales y por la Administración General del Estado de los intereses públicos afectados;
- que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sea el que conozca de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de estos contratos.

La primera previsión enlaza con lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LCAP, que dispone que la contratación de las sociedades mercantiles estatales se ajuste a los principios de publicidad y concurrencia, si bien es mucho más taxativa en cuanto a la aplicación de las reglas de la contratación pública que la propia LCAP. La tercera nota supone una simple reiteración de lo ya dispuesto en el artículo 9.2 LCAP. Por último, es novedad normativa lo dispuesto en la segunda de las características indicadas, si bien parece congruente con la obligación que todos los entes públicos tienen de defender, precisamente, los intereses públicos.

b) *Consideraciones específicas sobre las sociedades estatales para la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica.*

Al margen de lo anterior, podemos realizar algunas consideraciones específicas sobre el régimen jurídico de estas sociedades en cuanto destinadas a la construcción de obras hidráulicas y a su actividad futura de explotación de las mismas.

Es la primera que, al contrario de lo que sucede con el contrato

de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas estudiado en el apartado anterior, la normativa no procede aquí a realizar ningún tipo de especificación o definición de qué se entienda por obras hidráulicas a los efectos de su construcción o explotación por estas sociedades estatales. Cualquier infraestructura hidráulica, por tanto, que pueda merecer ese calificativo, podrá ser objeto de la actividad de estas sociedades.

Se habla, en segundo lugar, de sociedades para la «construcción, explotación o ejecución», siendo los sustantivos aquí empleados menos precisos de lo que sería deseable. En particular, no se advierte cuál pueda ser la actividad de «ejecución» distinta de la de «construcción» (70). Lo que sí es cierto, desde luego, es que hay una voluntad legal evidente de no restringir la actividad de estas sociedades a la mera construcción, sino que se desea que puedan gestionar con posterioridad la explotación de esas obras hidráulicas. En todo caso, lo que parece obvio es que estas sociedades llevarían a cabo la construcción de las obras no directamente, sino contratando su realización con empresas constructoras que son las que realmente ejecutarían la obra hidráulica. Allí es donde cobra su sentido la referencia legal a la contratación con terceros y la aplicación de diversos principios de la LCAP que antes señalaba.

Se habla, en tercer lugar, en plural de «sociedades», lo cual quiere decir que hay una habilitación legal para constituir más de una. Cabe la legítima interrogación acerca de si, incluso, la voluntad legal podría estar dirigida a la constitución de una sociedad por cada Confederación Hidrográfica, máxime cuando, como veremos posteriormente, las novedades normativas sobre las Confederaciones Hidrográficas consisten, entre otras cosas, en prever específicamente la posibilidad de que participen en el capital de estas sociedades estatales. Igualmente es perfectamente posible y hasta, quizá, una fórmula *mucho más flexible la de constitución de una sociedad específica* para cada obra que se pretenda emprender. Las posibilidades son, pues, variadas dependiendo la opción de una decisión discrecional a adoptar posteriormente por el Consejo de Ministros.

Por fin, es claro que podría haber aportaciones financieras para la actividad de estas Sociedades provenientes de otros sujetos públicos o privados. Estas aportaciones podrían consistir tanto en participaciones en su capital social como en préstamos, subvenciones o donaciones para la realización de su actividad. Es obvio que las CC.AA. o las Comunidades de Usuarios de aguas públicas podrían ser, entre

(70) Si hay equivalencia, sobraría uno de los dos sustantivos. Si no la hubiera, debería especificarse en qué consiste la actividad de ejecución de obras hidráulicas.

otros, sujetos interesados en este tipo de relaciones económicas. Las primeras, en particular, han solido firmar Convenios con la Administración General del Estado para la realización de obras hidráulicas de interés general y podría plantearse en el futuro, por tanto, un nuevo tipo de relaciones consistente en que las CC.AA. tomaran capital de las sociedades o en cualquier otra de las actividades que he descrito en este párrafo (71), lo que podría ser entendido desde ciertos parámetros como una «asunción» competencial atípica de las CC.AA. en un ámbito donde, en principio, no podían poseer competencias dados los planteamientos constitucionales y estatutarios conocidos.

2. *Las modificaciones en el régimen jurídico de las Confederaciones Hidrográficas*

Desde el punto de vista de la legislación de aguas, quizá la intervención más importante, por lo simbólica de la organización a la que se refiere, de la nueva legislación examinada en este trabajo consista en la modificación que se produce del artículo 21.2 de la LAg. mediante el artículo 174 de la Ley 13/1996. Dicha modificación consiste en adicionar ciertas potestades a las ya existentes de las Confederaciones Hidrográficas para el cumplimiento de alguna de sus funciones. En efecto, partiendo de que a las Confederaciones les corresponde llevar a cabo «el proyecto, la construcción y explotación de las obras realizadas con cargo a los fondos propios del Organismo y las que les sean encomendadas por el Estado» [art. 21.1.d)] y «las que se deriven de los convenios con Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y otras Entidades públicas o privadas, o de los suscritos con los particulares» [art. 21.1.e)], la Ley 13/1996 atribuye a las Confederaciones para el cumplimiento de estas funciones diversas potestades que, resumidamente, son:

- adquirir de cualquier forma y realizar actos de administración de títulos representativos del capital de sociedades estatales que tengan por objeto la construcción, explotación o ejecución de obras hidráulicas o de empresas mercantiles cuyo objeto social sea la gestión de contratos de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, todo ello previa autorización del Ministerio de Hacienda;

(71) Sobre la realización de obras hidráulicas mediante convenios entre el Estado y las CC.AA. me he referido extensamente en mi trabajo «Las obras hidráulicas de interés general», contenido en el libro *Las obras hidráulicas*. Vid. págs. 115 y ss.

- suscribir Convenios de colaboración o participar en Agrupaciones de Empresa y Uniones Temporales de Empresa con el mismo objeto, y
- conceder préstamos u otorgar crédito a cualquiera de las entidades antes mencionadas.

Las posibilidades que se regulan en este lugar son muy variadas y, por tanto, se debe hacer para cada una de ellas un comentario particular.

Así, en primer lugar, que las Confederaciones Hidrográficas participen en el capital de Sociedades estatales es una insistencia en algo ya previsto por el Ordenamiento jurídico para los Organismos autónomos o Entidades de Derecho público (art. 6.3 LGP). No hay, por tanto, más novedad en la modificación de la LAg. que el hecho de la sustitución del acuerdo del Consejo de Ministros que aparecía en el artículo 6.3 LGP por el del Ministerio de Hacienda. Lo mismo puede decirse en cuanto a la participación en el capital social de las entidades mercantiles que tengan por objeto la gestión de los contratos de construcción, conservación y explotación de obras hidráulicas antes estudiados (72).

Sí que es una novedad respecto a lo hasta ahora conocido en la actividad de los Organismos autónomos la participación de las Confederaciones Hidrográficas en Agrupaciones de Empresa y Uniones Temporales de Empresa lo que presupone su consideración a estos efectos, lógicamente, como de una empresa. El comentario inicial que sugiere este precepto es el de la muy probable inadecuación del actual ordenamiento jurídico a que un Organismo Autónomo participe, al menos desde su posición de ente de Derecho público, en una actividad puramente empresarial en la que los principios jurídicos y activos que se aplican deben ser muy distintos.

(72) Incluso puede recordarse como un cierto antecedente de esta previsión que uno de los borradores del Plan Hidrológico Nacional modificaba la regulación de las Confederaciones Hidrográficas, a las que se transformaba en Entidades de Derecho público de las previstas en el artículo 6.5 de la LGP. Entre las posibilidades que la nueva regulación ofrecía a las Confederaciones estaba la de poder «constituir o participar en el capital de toda clase de entidades que adopten la forma de sociedad mercantil y cuyo objeto social esté vinculado con sus fines y objetivos». Vid. comentarios sobre esta nueva configuración de las Confederaciones en A. FANLO LORAS, «La Administración Hidráulica en el Plan Hidrológico Nacional», en las págs. 96 y ss. del libro *El Plan Hidrológico Nacional*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

3. *Una valoración de estas reformas normativas.
La crítica doctrinal tradicional y generalizada a la privatización
de las funciones del Estado y la necesidad de lecturas
más matizadas de un fenómeno permanente.
Algunas garantías previas al funcionamiento de las sociedades
estatales*

Como advertí en el comienzo de este apartado, las innovaciones relativas a la posibilidad de creación de Sociedades estatales para la construcción, explotación y ejecución de obras hidráulicas y de las Confederaciones Hidrográficas están profundamente interrelacionadas y no es un error, contra lo que inicialmente pudiera pensarse, estudiarlas bajo la rúbrica de un mismo apartado. En efecto, la Ley 13/1996 autoriza al Consejo de Ministros a la constitución de estas Sociedades pero, igualmente, ofrece a las Confederaciones Hidrográficas la posibilidad de formar parte de estas Sociedades mediante la toma de un porcentaje de su capital social y, también, de mantener otro tipo de relaciones financieras con ellas.

La voluntad que subyace a la Ley en estos puntos es la de conducir la actividad pública de ejecución de obra hidráulica mediante fórmulas de Derecho privado y no mediante las de Derecho público habituales hasta ahora en la actividad de una Entidad de Derecho público como es una Confederación Hidrográfica. Estaríamos, por tanto, ante una actitud claramente insertable en el amplio concepto de privatización a que me referí anteriormente. En tal sentido, lo que se apunta en la regulación de las obras hidráulicas que estudiamos como novedad puede ser estudiado también como muestra de una tendencia semejante a la que se ha podido observar en los últimos años en otros sectores del ordenamiento jurídico y en su reflejo en la estructura de actuación del Estado y de las CC.AA.: la apelación a fórmulas de Derecho privado con preferencia a las de Derecho público para conducir parte de la actuación de los poderes públicos (73).

En nuestra doctrina este fenómeno aparece estudiado con profusión, reflejándose suficientemente en ella las causas a las que hasta ahora ha apelado el Estado para esta autotransformación: la efica-

(73) Cfr. la exhaustiva lista de ejemplos que aporta S. MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo «Las empresas públicas: reflexiones...», *op. cit.*, págs. 1052-1053. Hay que tener en cuenta la fecha del trabajo —1991— y que el proceso que describe ha continuado posteriormente, de lo que es buena muestra la legislación de acompañamiento a los presupuestos para 1997 que se está comentando en este lugar. El libro que he citado de E. MALARET en el comienzo de este trabajo estudia una clara aplicación a un suceso relevante en la vida de nuestro país de este proceso de privatización.

cia, la rigidez de los tradicionales corsés del Derecho público que hacen ineficaz la actuación de los poderes públicos, las múltiples posibilidades que abriría el Derecho privado tanto para la contratación como para la gestión del personal afecto a lo que hasta la transformación era un ente público, etc.

Pero ahora debemos añadir, además, que este estudio doctrinal ha solido ir acompañado de críticas generalizadas (74) a esta actuación de los poderes públicos de la que ha comenzado por cuestionarse su premisa mayor: la falta de libertad de los poderes públicos para acudir a las fórmulas de gestión que desearan (75). En esta línea, sin embargo, es mucho más importante y significativo de la radical crítica doctrinal nombrada el recordatorio de la apelación a los déficit de controles —jurisdiccionales y de otra índole— que según esta línea de autores se seguirían de la actuación estatal bajo prismas de Derecho privado. Todo ello redundaría, para esa misma doctrina, en falta de garantías para los administrados (76) y podría ser leído, finalmente, como una verdadera exención de cualquier sujeción a derecho en el actuar de estas empresas públicas (77); en suma, como un atentado, nada menos, contra el Estado de Derecho (78).

Algunas escasas voces más matizadas aún criticando, eso sí, la generalizada apelación a fórmulas de actuación administrativa sometidas al Derecho privado, han señalado, sin embargo, la posibilidad de encontrar zonas en donde pudiera ser conveniente la actuación bajo fórmulas de Derecho privado, indicando también que la privatización sería, igual que la creencia en el bienestar sin par que se derivaría de la acción pública, un mito del que habría que distanciarse (79). Incluso podemos recordar en nuestro tema cómo en el

(74) Vid. así entre los trabajos más representativos a S. DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Ed. Civitas, Madrid, 1992; J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo*, núm. 136 de esta REVISTA, 1995, págs. 201 y ss. Las críticas más acerbas proceden sin duda de G. ARIÑO en varios de sus trabajos; destaco aquí *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la Historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Fundación BBV, Bilbao 1994, *in totum*.

(75) Cfr. J. LAGUNA DE PAZ, *op. cit.*, págs. 218-219. Crítico también con esta libertad ARIÑO, *op. cit.*, págs. 55 y ss.

(76) Desde esta perspectiva garantizadora, vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, «Las empresas públicas...», págs. 1057 y 1066, en comparación con la situación existente en otros países europeos, y también todos los autores citados en las notas anteriores.

(77) Cfr. el significativo título del trabajo de J. M. SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «REDA», 75, 1992. Igual G. ARIÑO, *op. cit.*, pág. 46. Frente a esta postura puede citarse a I. BORRAJO, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, «REDA», 78, 1993, págs. 233 y ss., que aceptando la realidad de la huida del Derecho Administrativo encuentra, sin embargo, que siguen las empresas estatales sometidas al Derecho privado, lo que no deja de ser una sumisión jurídica sólo que bajo el control de una jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa.

(78) Recuérdese el título de la obra de ARIÑO *supra cit.*

(79) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, págs. 1037 y ss.

pasado hubo posiciones doctrinales favorables a la transformación de las Confederaciones Hidrográficas en sociedades estatales (80), en una suerte, bien es verdad, de navegación «contra corriente» de lo que usualmente se indicaba en el sector mayoritario doctrinal (81).

Y creo que esta última es la forma más correcta de contemplación del fenómeno privatizador que bajo la fórmula de creación de sociedades estatales ha sido dable advertir en los últimos años y del que la Ley 13/1996 representa un paso adelante muy sustancial, pese a las críticas doctrinales que el proceso había sufrido y de las que he ofrecido una pequeña muestra. De lo que se trata no es de llevar a cabo una crítica demoledora y tantas veces injusta, como la habida en los últimos años, a partir de unos determinados esquemas previos que se sacralizan como fetiches inamovibles, sino de reflexionar sobre las fórmulas más eficaces para la realización de los intereses públicos y, a la vez, para la preservación de las garantías jurídicas de los particulares y, en general, de la sumisión de la actividad completa de los entes públicos al Derecho. Ese es el camino metodológicamente más correcto y creativo, y en esa senda no cabe duda de que existen entre las sociedades estatales que hasta el momento han actuado ejemplos bien mostrables de éxito en la gestión y, al tiempo, de sumisión al Derecho (82) y otros, por el contrario, en los que pueden expresarse con completa legitimidad recelos, dudas y hasta las críticas más acerbas posibles.

La Ley 13/1996, en ese sentido, abre un camino para la construcción de infraestructuras (carreteras, obras hidráulicas, alta velocidad ferroviaria) sobre cuyas virtualidades el Estado desconoce casi todo pero a donde se siente volcado por razones, entre otras, de utilización de fondos extrapresupuestarios, pese a las dudas que puedan expresarse sobre la fundamentación última de la operación desde parámetros económicos y hasta de consideración jurídica sobre los mismos (83). Pues bien, al margen de cualquier otra consideración

(80) Cfr. F. LÓPEZ MENUDO, *Los Organismos de cuenca en la nueva Ley de Aguas, «REDA»*, 49, 1986, págs. 45 y ss.

(81) Las propuestas contenidas en el varias veces nombrado borrador de PHN estaban en esa línea pero eran un poco menos «atrevidas», puesto que se acudía a la figura de los entes previstos en el artículo 6.5 LGP y no a la de sociedades estatales, como el autor citado postulaba.

(82) Recuerdo las experiencias de los Juegos Olímpicos de 1992 de Barcelona estudiadas en el libro de MALARET varias veces citado.

(83) El comentario de un jurista ingenuo sobre esta cuestión parece bien simple: ¿no computa como déficit en ningún caso la utilización extrapresupuestaria de fondos que son públicos? ¿Tampoco en el futuro? Y cuando, hipotéticamente, una sociedad estatal no pudiera hacer frente a sus compromisos con el sector privado, ¿no levantarían los tribunales el «velo de su personalidad» y harían responsable al Estado que creó la sociedad con las autorizaciones legales que ahora estamos examinando de las deudas que pudieran producirse? ¿No sería, entonces y en ese hipotético futuro, realmente parte del déficit público el

que puede resultar extraña desde los métodos exclusivamente jurídicos con los que pretende desarrollarse este trabajo, es factible imaginar una serie de precauciones sencillas que, en el caso de que el poder político quisiera proseguir por ese camino, podrían contribuir a hacer más claros los procesos decisorios a adoptar dentro del mismo. Dejando ahora fuera de consideración el resto de las infraestructuras en donde puedan actuar este tipo de sociedades, me fijo en algunos rasgos del ordenamiento jurídico aplicable a las obras hidráulicas ejecutadas por el poder público y que deberían postularse para las nuevas obras hidráulicas cuya realización se encargara a esas sociedades estatales.

En primer lugar debería resaltarse el principio de sujeción de la obra hidráulica a la planificación hidrológica. Bajo los parámetros de la actualmente vigente LAG., es imprescindible que las grandes decisiones sobre las obras hidráulicas se adopten dentro de un proceso planificador presidido en su elaboración por las ideas de transparencia y publicidad (84). Por ello hay que postular que los Planes Hidrológicos (los de cuenca y también el Nacional) se aprueben definitivamente, lleguen al «Boletín Oficial del Estado» y se oficialice de esa forma lo que en la gran mayoría de las Confederaciones Hidrográficas es un contenido sobreentendido para los usuarios, los poderes públicos y la sociedad interesada en general. Así, esas obras hidráulicas cuya realización se confiara a las nuevas sociedades estatales tendrían como soporte el mayor de los amparos políticos y jurídicos de que una obra de este cariz puede gozar y en modo alguno su realización y ritmos de la misma —cuestión muy importante ésta de los ritmos en la ejecución de toda infraestructura, pero mucho más en las obras hidráulicas— dependerían del capricho del Gobierno o de la sociedad estatal en concreto.

En segundo lugar debería estar asegurada la incorporación institucional de una o de otra forma de los usuarios al conocimiento y seguimiento de las obras hidráulicas. La actual legislación conoce, a esos efectos, de la posibilidad de constitución de Juntas de Obras (85) por acuerdo de la Junta de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas (86), y algo semejante debería preverse en relación

producido a través de estas inversiones extrapresupuestarias? Realizo un solo apunte sobre una cuestión que excede, obviamente, de las obras hidráulicas y de los límites lógicos de esta ponencia.

(84) Cfr. artículos 38 y ss. de la LAG. Me remito a mi libro *La planificación hidrológica. Régimen jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, *in totum*.

(85) Cfr. A. FANLO LORAS, *Las Confederaciones Hidrográficas...*, págs. 251 y ss. Vid. también S. MARTÍN-REFORTILLO, «Construcción y explotación por el Estado y por las Comunidades de Regantes...», *op. cit.*, en las págs. 93 y ss.

(86) Cfr. artículos 32 LAG. y 50 y ss. del RAPA.

a las sociedades estatales (87), puesto que los actuales preceptos existentes son inaplicables en relación a una sociedad estatal regida por el Derecho privado y que no depende, además, de las Confederaciones Hidrográficas. No me cabe duda de que las Juntas de Obras a las que se refiere la LAg, son, al menos en teoría, un elemento muy importante para el control de las obras hidráulicas, y ése es un elemento característico de nuestra legislación de aguas cuyo recuerdo no debe perderse en las nuevas normas que ahora nacen (88).

En tercer lugar creo que debe incorporarse plenamente a los usos parlamentarios que los responsables de las sociedades estatales puedan comparecer regularmente en el Parlamento por su propia voluntad y, en todo caso, a su requerimiento para dar cuentas de su gestión. No puede ser posible en modo alguno en un Estado como el nuestro que un Presidente de Confederación o Director General de Obras Hidráulicas esté sometido al control absoluto del Parlamento y que cuando se transmuta en gestor o Director General de una Sociedad estatal esté autorizado, bajo la apelación a la eficaz gestión de una empresa en régimen de Derecho privado, a ocultar algún dato de la actividad de la empresa o a sustraerse, simplemente, a una dación de cuentas regular, al menos no de forma general y significativa. Cuando lo que se está planteando, realmente, es una transformación general del régimen de ejecución de las obras hidráulicas por parte de los poderes públicos, el control absoluto por parte del Parlamento es una exigencia elemental.

Por último, la contratación de estas sociedades estatales tal y como indica la Ley 13/1996 debe, *efectivamente*, estar sometida a los mismos principios de transparencia en la contratación pública que los que se aplican a los entes que actúan con arreglo al Derecho público. Se trataría, en suma, de salvaguardar ciertos principios últimos que dan la verdadera pátina de un Estado de Derecho en la actividad de estas sociedades estatales.

(87) Incluso dando entrada, al lado de los usuarios en sentido estricto, a otros en un sentido más amplio por cuanto sus intereses son más amplios también. Reflexionar sobre la participación de Ayuntamientos o CC.AA. en esas Juntas no es un camino descabellado siempre y cuando, obviamente, se configuren unos organismos ágiles y adecuados para el cumplimiento de su verdadera función.

(88) Naturalmente, si se consiguiera, además, una mayor participación de los usuarios en la amortización de las obras vía canon de regulación y tarifas de agua (art. 106 LAg.) es de presumir, consecuentemente, que el interés de estas Juntas en la ejecución más rápida, eficaz y económica posible sería máximo y, por ello, el control que indirectamente se ejercería sobre la obra presumiblemente máximo también.

IV. LAS MODIFICACIONES PRODUCIDAS Y SU AFECCIÓN SOBRE LA ACTUAL LEGISLACIÓN DE AGUAS. UNA VALORACIÓN GLOBAL Y ÚLTIMA DE LA RECIENTE NORMATIVA

Como se habrá podido observar, pese a que las modificaciones normativas habidas hayan sido variadas y operen en distintas direcciones (régimen contractual, creación de sociedades estatales, papel de las Confederaciones Hidrográficas), sin embargo, sólo ha sido afectado expresamente un artículo de la LAg., el 21, y no de forma completa. No obstante, la trascendencia de las intervenciones normativas que han tenido lugar, unida, además, al cierto reflejo público de que han gozado junto con algunas noticias sobre otros proyectos normativos parece que en ciernes (89), han creado una sensación de mayor incidencia de la que en principio y aparentemente tendría que concederse al marco normativo estudiado. Midamos un poco más despacio lo que hay de cierto o falso en la sensación producida de afección sustantiva al ordenamiento hídrico.

Así, es obvio que tras la legislación expuesta no ha cambiado nada en relación a la policía demanial, al control sobre las concesiones (potestades sobre las modificaciones, revisión, caducidad de las mismas, etc.) ni, por supuesto, se ha variado el mismo concepto, extensión o régimen del dominio público hidráulico. Ningún cambio, tampoco, en normativas conexas y de evidente incidencia en el tema que se examina, como la de protección ambiental, con la regulación específica de la declaración de impacto ambiental que determinadas obras hidráulicas deben merecer para poder ser ejecutadas...

Quiere ello decir que pervive casi al completo el cuerpo sustancial de la legislación hídrica. Que se mantienen sus rasgos de todos conocidos y que configuran, entre otras cosas, unas potestades públicas innegables que ahora deberán convivir con los elementos privatizadores indicados, en relación a las obras hidráulicas que puedan ser susceptibles de ejecución por sociedades estatales o realizadas por empresas que hayan resultado adjudicatarias de un contrato de concesión de obras hidráulicas, etc. Y, obviamente, perviven también todos los controles de que las sociedades estatales pueden ser susceptibles, y toda la vigilancia administrativa sobre los contratistas que puede ejercer la Administración, si bien aquí la normativa a tener en cuenta no es la relativa al agua, sino la general sobre la actividad económica o contractual de la Administración.

(89) A la hora de cerrar este trabajo, las referencias del Consejo de Ministros del viernes día 21 de febrero dan noticias de la aprobación de la reforma de la Ley de Aguas.

Las modificaciones hasta ahora habidas hay que enmarcarlas, por tanto, en su justa medida, y ésta, desde la perspectiva global de la contemplación del ordenamiento jurídico, no es excesiva.

Sin embargo, sí que puede convenirse en la importancia de este nuevo ordenamiento si se usan otro tipo de perspectivas y de reflexiones, también jurídicas, con las que se puede complementar válidamente el estudio de la reciente normativa. Por ejemplo, podría señalarse, en primer lugar, que el nuevo derecho está marcando una línea de ejecución de las obras hidráulicas de una determinada forma que convive, porque no se ha suprimido expresamente, con la permanente posibilidad de ejecución de las obras por parte del poder público como tal. ¿Cuáles son, entonces, los criterios que deberán utilizarse para seguir una u otra opción? Pues bien, la observación del actual estado del ordenamiento no permite ningún tipo de deducción sobre el particular. No hay criterios formalizados acerca de cuándo una obra hidráulica podrá ser susceptible de ejecución por el Estado en régimen de Derecho público, por una sociedad estatal o entregada a la realización de los particulares mediante la adjudicación de un contrato de concesión de obras hidráulicas. Nada en la actual legislación nos conduce a una u otra solución, a entender una u otra alternativa como la más adecuada para un caso concreto (90). Todo ello funda, sin duda, una discrecionalidad del órgano encargado de decidir que no puede desconocerse en cuanto que, además, esa opción lleva consigo unas consecuencias de aplicación de diferente régimen jurídico bastante evidentes.

Obviamente, lo que sucede es que de esta forma el nuevo derecho otorga un significado distinto del que ha tenido hasta ahora a la declaración de una obra hidráulica como de interés general (art. 44 LAg.). Declaración de interés general no querrá decir, como hasta el momento, ejecución de una obra por el Estado financiada enteramente por el mismo —con independencia de los auxilios que pudieran recibirse de las CC.AA. previo convenio—, sino, más complejamente, que se producirá mediante la misma la asunción de la titularidad de una obra por el Estado frente a su posible emprendimiento por las CC.AA. y que luego éste decidirá ejecutarla por sí mismo, por una sociedad estatal o entregarla a los particulares mediante el contrato de concesión de obras hidráulicas, pudiendo aquí, otra vez, existir una participación financiera del poder públi-

(90) Algunos autores especulan en función del tipo de obras hidráulicas correspondientes. Así, por ejemplo, R. MOLINA OLTRA, *op. cit.*, recuerda las dificultades municipales tradicionales y duda de la viabilidad de la financiación privada del saneamiento y depuración de aguas residuales (pág. 248). De ello parece desprenderse, entonces, un protagonismo público en este tipo de obras, al menos para este autor.

co en forma de subvención. Sin haber cambiado, por tanto, el precepto correspondiente de la LAg., su trascendencia es notablemente distinta.

Se advertirá, entonces, que en realidad la nueva legislación lo que hace es situar al gestor estatal en el momento previo a adoptar la decisión sobre la ejecución de una obra hidráulica ante una encrucijada de caminos que conducen a muy distintos lugares. Lo que surgen, entonces, son múltiples posibilidades —con sus correspondientes dudas—, en cuanto a la forma de aplicación de una legislación. Hay que reconocer, en verdad, que esta anomia es característica del sector legislativo donde nos encontramos y aquí, otra vez, tenemos que referirnos a la inexistencia de una Ley de obras hidráulicas (91) —cuya ausencia es cada día más clamorosa (92)— en la que, si existiera, mediante una pequeña modificación podría proceduralizarse la decisión de ejecutar una obra de las distintas formas ahora posibles y, paralelamente, medirse enteramente el significado y consecuencias de declarar una obra hidráulica como de interés general.

Pero dejando otra vez al margen las cuestiones de *lege ferenda* y volviendo a las reflexiones sobre las novedades normativas, podemos apreciar cómo éstas deberían ir acompañadas, en algunos casos, por otras modificaciones legislativas que solventaran algunas de las dificultades que su inserción en el actual ordenamiento plantea. Así, por ejemplo, parecen difícilmente aplicables las potestades de las Confederaciones Hidrográficas de administrar y controlar el dominio público hidráulico [art. 21.1.b) LAg.] con todas las hipotéticas consecuencias que ello puede llevar consigo —inspecciones, afecciones sobre la vida de la concesión, sanciones, etc.— en los casos en los que la propia Confederación Hidrográfica participara en el capital de las empresas que tuvieran por objeto gestionar los contratos de concesión de obras hidráulicas [art. 21.2.a) LAg.]. No se alcanza a ver la forma en que las potestades de inspección, sanción, modificación o, incluso, declaración de la caducidad concesional podrían ejercitarse en supuestos en donde hasta es teóricamente pensable que, si no la mayoría del capital, sí la dirección efectiva de

(91) L. LÓPEZ RODÓ, *op. cit.*, pág. 27, se refiere, incluso, a la necesidad de una Ley de Infraestructuras que sustituya a la vieja Ley General de Obras Públicas de 1877 e integre referencias de la Ley de contratos, de la legislación urbanística, normativa de protección medioambiental y legislación sectorial (carreteras, aeropuertos, etc.). En la misma posición J. DE LA CRUZ FERRER, *op. cit.*, pág. 265. No creo conveniente hacer aquí una referencia a mis propias apelaciones a esa necesaria Ley.

(92) Si se suma la falta de una Ley de Obras Hidráulicas a la ausencia de culminación del proceso de planificación hidrológica, el panorama desde algunas perspectivas es bastante desconsolador.

la sociedad correspondiente (la que administra el dominio, es titular de la concesión, etc.) pertenezca a la misma entidad que sanciona. Habría una imposibilidad jurídica (93) y desde luego fáctica (94) para ello, que sólo puede ser solucionada —si es eso lo que se desea— con una modificación del ordenamiento que no conduzca a una situación absurda como la nombrada (95).

Una legislación como ésta permite reflexionar también acerca de sus verdaderos límites más allá de lo que la misma contenga. Las obras hidráulicas cuya relación se otorga mediante el contrato de concesión de obra hidráulica a los particulares, pueden en muchas ocasiones estar vinculadas al cumplimiento de un servicio público como es el abastecimiento a poblaciones (96). ¿Es cierto, entonces, que el principio de la ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista, básico en la legislación contractual, presidirá la vida de este contrato o, por el contrario, la actitud y actividad de la Administración competente no se podrá desentender, en modo alguno, del mismo para que el servicio público esté enteramente asegurado? Obvio es que el servicio público puede gestionarse indirectamente mediante la técnica concesional y nuestra legislación conoce, de siempre, rudimentos firmes y previsiones para esta situación, entre ellos la vigilancia del concedente, pero el discurso privatizador no debe olvidar ni por un momento esta evidente conexión al servicio público que se produce en los temas que tratamos y, consiguientemente, las posibilidades de interven-

(93) No creo pertinente ofrecer muchas pruebas de algo bastante evidente, pero piénsese, por ejemplo, en el hipotético recurso jurisdiccional formulado por una sociedad donde participa la Confederación contra un acto sancionatorio realizado por la misma. Es difícil pensar, con esos presupuestos, en la existencia de dos partes procesales con intereses diversos. (El tema en nuestro Derecho, por cierto, no es nuevo y antigua ya la jurisprudencia que impide a los Organismos autónomos recurrir contra actos de la Administración de que dependen. Cfr., entre otros, F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, Ed. INAP, Madrid, 1987, pág. 286. Exactamente lo mismo habría que decir del caso tratado.)

(94) Piénsese en la posible incorporación al Consejo de Administración de la Sociedad en representación de la Confederación de personas que tienen como competencia administrativa inspeccionar, tramitar expedientes sancionadores o, incluso, sancionar o decidir una caducidad concesional. No es la solución al supuesto, obviamente, una abstención *ex* artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(95) La inserción de las Comisariías de Aguas, que son los órganos administradores del dominio, en las Confederaciones Hidrográficas está en el fondo de la problemática indicada. Naturalmente que la separación de las Comisariías solucionaría los problemas apuntados, pero ello obligaría, a su vez, a la redefinición de unas Confederaciones Hidrográficas cuyas funciones, una vez separada la administración del dominio y entregada la realización de las obras a las sociedades estatales mencionadas, aparecerían ciertamente difusas, cuando no casi inexistentes, dado el vaciamiento que se habría producido de sus funciones.

(96) Sobre este servicio público y las normas jurídicas que lo fundamentan me remito a mi trabajo *Los servicios públicos del agua...*, op. cit., especialmente págs. 17 y ss.

ción (97) administrativa en este sector y también las responsabilidades por su ausencia que podrían, hipotéticamente, surgir (98).

En fin y por último, los actuales momentos privatizadores permiten al observador desapasionado contemplar las idas y venidas de los mismos planteamientos a lo largo de la historia y especular acerca de si el fracaso de algunas fórmulas en algún momento podría, quizá, aplicarse al nuevo intento o si, por el contrario, las nuevas circunstancias en las que la fórmula ya conocida se aplica permiten esperar algo distinto. En el apartado I de este trabajo ya dejé suficiente testimonio acerca del fracaso del encargo al sector privado en la legislación decimonónica en la ejecución de las obras hidráulicas, y no es cuestión de volver a extenderme sobre la reviviscencia actual de aquella legislación, característica que ha sido ya notada por otros autores favorables a la misma (99). En todo caso, lo que sí enseña suficientemente la más reciente historia, y es una directiva que los actuales responsables de la cosa pública tendrán que tener siempre presente, es la necesidad de que la planificación hidrológica del país (y, con ella, la realización y gestión de las obras hidráulicas) esté presidida por un consenso político básico acerca de sus líneas generales pues, en caso contrario, puede predecirse —sacando, simplemente, las consecuencias de lo que todos hemos vivido— que la operación está amenazada literalmente de muerte. Piénsese, porque es muy fá-

(97) En el ámbito de una señera obra pública realizada con criterios privatizadores y de exención de responsabilidad del Estado como ha sido el caso del EURÓTUNEL se han producido diversas experiencias que deben conocerse en cualquier caso. Un buen conocedor del tema como RUIZ OJEDA advierte con esta palabra acerca de los riesgos y errores cometidos en la realización de esta obra pública: «Los errores más destacables del Proyecto son, a mi juicio, dos: la ya comentada ausencia de los Gobiernos concedentes en la arena de la gestión cotidiana y el predominio tan absoluto de las empresas constructoras. Esto ha sido posible por defectos de concepción o, si se quiere emplear otra expresión, por fallos de apreciación y valoración de riesgos. Hubiera sido necesario implicar más directamente a los Estados en la salvaguarda de intereses que sólo una autoridad pública puede defender en un proyecto de este tipo y que, se quiera o no, están ineludiblemente presentes: *identificar financiación privada con ausencia total de responsabilidad pública es un error de concepto que suele pagarse con la ruina de la operación*» (op. cit., pág. 305, el resalte tipográfico es mío).

(98) Estoy pensando en la responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal del servicio público. La Administración no se libra, por principio, de esta imputación de responsabilidad por el hecho de que el servicio se gestione por terceros y no puede ignorarse cómo existen líneas jurisprudenciales en nuestro Derecho (relativas, precisamente, a servicios de abastecimiento de poblaciones) en las que se pasa por alto por el Poder Judicial el hecho de que un servicio esté concedido y se imputa directamente a la Administración la responsabilidad. Cfr., así, la STS 9-5-1989, Arz. 4487, y mi crítica a ella y a lo que significa su doctrina en EMBID IRUJO, *Los servicios públicos del agua...*, págs. 36 y ss., junto con la importante bibliografía sobre el tema allí citada (BOCANEGRA, PANTALEÓN...).

(99) Hoy recuerdan esa antigüedad, que se toma como pórtico para seguir en ese camino, R. MOLINA OLTRA, «Infraestructuras hidráulicas y portuarias», y A. VIVES LLABRES, «Infraestructura privada: diez mandamientos para su sostenibilidad», en las págs. 245 y 313, respectivamente, del libro *Financiación y gestión privada...*

cil hacerlo, en el largo tiempo de preparación, maduración y, por fin, ejecución de una obra hidráulica (100), para saber que estamos trascendiendo siempre, al menos en las actuaciones con alguna importancia social, de un gobierno, de una legislatura, lo cual reafirma hasta a niveles incontestables la necesidad de dicho consenso básico.

(100) Repárese, sin ir más lejos, en la tramitación de cualquier evaluación de impacto ambiental (que no dura menos de veinte meses), para saber el tipo de ritmos con el que nos manejamos. Cfr. sobre el particular G. ESCOBAR GÓMEZ, *Evaluación de Impacto Ambiental en España: resultados prácticos*, «CyTET», 102, 1994, donde se contienen informaciones muy útiles sobre el largo tiempo de realización de estos procesos.