

## EL MARCO LEGAL, ESPAÑOL Y COMUNITARIO, DE LA FINANCIACIÓN DE LAS OBRAS HIDRÁULICAS (\*)

ANTONIO EMBID IRUJO

*SUMARIO: — INTRODUCCIÓN. — II. LOS SISTEMAS DE EJECUCIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS. TRADICIÓN Y MODERNIDAD EN UN DERECHO HOY EN ESTADO INESTABLE: 1. El protagonismo privado: La concesión de manial y la concesión de obra hidráulica regulada en la Ley 13/1996. 2. El protagonismo público: La actuación con formas de derecho público y las sociedades estatales para la realización de obras hidráulicas. 3. Una valoración conjunta de los sistemas de ejecución de obras hidráulicas. — III. EL DERECHO COMUNITARIO. CONSIDERACIÓN ESPECÍFICA DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR EL FONDO DE COHESIÓN: 1. Los fondos europeos teóricamente aplicables a la financiación de obras hidráulicas: FEDER y Fondo de Cohesión. 2. Dos problemas en la aplicación del fondo de cohesión: La consideración de que obras son medioambientales y la ayuda a la financiación de obras realizadas con cargo a fondos públicos. — IV. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. LAS PROPUESTAS SOBRE REPERCUSIÓN ABSOLUTA DE LOS COSTES DE LOS SERVICIOS DEL AGUA.*

### INTRODUCCIÓN

El Seminario en el que se expone este trabajo tiene como referencia y sujeto exclusivo a considerar a la Unión Europea. Así, su rótulo general indica bien a las claras que es la problemática global de las obras hidráulicas en la Unión Europea la que pretende estudiarse (1), y el lema particular de esta concreta jornada se refiere también exclusivamente a la Unión Europea pero ahora desde la problemática específica

---

(\*) Algunas ideas contenidas en este artículo fueron expuestas el 19 de agosto de 1997 en la Universidad internacional Menéndez y Pelayo de Santander dentro de un Seminario con el título «Las obras hidráulicas en la Unión Europea: aspectos medioambientales, socioeconómicos y financieros». Igualmente debe entenderse este trabajo dentro de los que se desarrollan en el seno del proyecto de investigación otorgado por el Gobierno de Aragón bajo el título «El agua en la producción de energía eléctrica».

(1) «Las Obras Hidráulicas en la Unión Europea: aspectos medioambientales, socioeconómicos y financieros», es el título completo.

de la financiación (2). Sin embargo yo he incorporado al título de mi ponencia también la referencia al derecho español y ello por dos órdenes de motivos que deben explicarse en estas líneas introductorias.

En primer lugar y por un planteamiento puramente abstracto, teórico si se quiere: porque creo que cuando se considera un determinado sector y su ordenamiento jurídico, resulta de bastante dificultad referirse solamente al derecho de la Unión Europea sin, al mismo tiempo, tener bien presentes las reglas jurídicas que sobre el sector estudiado contenga el derecho nacional aun cuando estas últimas puedan, quizá, ser matizadas o incluso someterse a la prevalencia indiscutida del derecho comunitario, sí, pero en un proceso interpretativo del que conviene conocer los fundamentos y, sobre todo, los títulos competenciales de que puede disponer a su favor este derecho comunitario para poder afirmar legítimamente esa prevalencia.

En segundo lugar y ya desde planteamientos más específicos, porque estoy convencido de que en la materia concreta que nos ocupa, la financiación de las obras hidráulicas, la aplicabilidad de una normativa de pura ayuda financiera como es la europea, puede resultar facilitada o incluso impedida, por la forma como el derecho interno, nacional, configure la realización de las obras hidráulicas de que se trate. Adviértase que el derecho comunitario que tenemos que estudiar no contiene reglas jurídicas sustantivas de fondo, no crea un régimen jurídico singular destinado a incorporarse permanentemente al mundo de las reglas de derecho que rigen el concepto y la ejecución de las obras hidráulicas sino que, mucho más humildemente, pretende sólo regular las condiciones de aplicación de fondos europeos a proyectos concretos de obras y en tanto en cuanto, obviamente, estén vigentes las normas europeas correspondientes. Lo prevalente entonces, realmente, para la ejecución de esas obras será el derecho interno solo que si se quiere, además, disfrutar de ayudas europeas es cuando deberá verse la compatibilidad, o no, de las propias reglas internas con las tan simples —como veremos— establecidas en el plano comunitario.

Con esos presupuestos presentaré una breve panorámica sobre los sistemas de ejecución de obras hidráulicas en el derecho interno español donde notaré las recientes novedades normativas sobre la cuestión y el auténtico torbellino de ideas que durante los últimos años sacude el amplio número de interesados en esta cuestión (II). A continuación me preocupará centrar las condiciones de aplicabilidad de los distintos Fondos europeos existentes, singularmente el de Cohesión (III). Por fin in-

(2) «Financiación de las infraestructuras hidráulicas: Unión Europea», es el título que los organizadores han dado a esta Jornada.

dagaré en la posible evolución futura del derecho comunitario especulando sobre los efectos que determinadas modificaciones podrían causar en nuestro ordenamiento (IV).

## II.— LOS SISTEMAS DE EJECUCIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS. TRADICIÓN Y MODERNIDAD EN UN DERECHO HOY EN ESTADO INESTABLE

El presente punto pretende ser solamente un resumen de una problemática bien conocida en sus líneas tradicionales pero que, no obstante, presenta en la actualidad diversos desarrollos sobre los que hay que llamar la atención con un poco más de profundidad. Esas novedades ocasionan que la ejecución de obras hidráulicas conozca hoy una auténtica pluralidad de opciones en nuestro derecho (3) y de la que conviene conocer sus distintos rasgos fundamentales y diferenciadores (4).

Pues bien la orientación que voy a adoptar para llevar a cabo el trabajo propuesto es la descripción de la medida de la participación de los poderes públicos o de los particulares en la construcción y explotación de infraestructuras hidráulicas, lo que podríamos llamar en términos sintéticos el protagonismo de lo privado o de lo público en ese ámbito. Posteriormente y a la vista del conjunto de datos expuestos, realizaré una pequeña valoración de la problemática que presenta nuestro ordenamiento jurídico en esta cuestión.

(3) Sobre el particular existe una amplia bibliografía. Por su carácter reciente prefiero enviar a tres libros colectivos que he dirigido y en donde creo se contienen, al par de relevantes aportaciones de distintos autores, las concretas y completas referencias bibliográficas útiles para nuestro tema. Vid., así, A. EMBID IRUJO (dir.) *Las obras hidráulicas*, ed. Civitas, Madrid, 1995 *Precios y mercados del agua*, ed. Civitas, Madrid, 1996; recientemente, *Gestión del agua y medio ambiente*, ed. Civitas, Madrid, 1997, donde se analizan detenidamente, entre otros temas, las novedades de la última legislación sobre ejecución de obras hidráulicas (contrato de concesión de obras hidráulicas, ejecución por precio aplazado y configuración de sociedades estatales para la ejecución de obras hidráulicas).

(4) La bibliografía jurídica cit. anteriormente refleja la problemática y la polémica actual del tema, pero ello no es ni mucho menos exclusiva de las aportaciones jurídicas sino que lo mismo está sucediendo en cualquier ciencia relacionada con el agua. Por referirme a meritorias publicaciones recientes vid. el libro de J.M. NAREDO, *La economía del agua en España*, Argenteria, Madrid, 1997, dentro del que me resulta especialmente sugestivo desde las premisas generales que ahora nos preocupan el trabajo de B. LÓPEZ CAMACHO, «La escasez del agua y el modo de abordarla: nuevos abastecimientos versus «water conservation», págs. 27 y ss.

### 1.- El protagonismo privado: La concesión demanial y la concesión de obra hidráulica regulada en la ley 13/1996

Que los particulares puedan construir y explotar obras hidráulicas ha sido siempre una realidad presente en nuestro derecho máxime cuando ellos mismos han sido los beneficiarios o usuarios de estas infraestructuras. Obviamente la asunción de la iniciativa de estas infraestructuras por los beneficiarios o usuarios ha llevado aparejada la financiación a sus expensas de la construcción y, posteriormente, de su mantenimiento con independencia, claro está, de las ayudas o créditos oficiales a los que en cada época hayan podido acceder lo que constituirá siempre un interesante dato económico (de macro o microeconomía) (5), pero no algo que pueda preocupar singularmente desde la perspectiva del derecho del agua y de la regulación de la construcción de las obras hidráulicas.

Bajo esta forma de ejecución se han realizado la mayor parte de los aprovechamientos hidroeléctricos, muchas utilidades de las aguas subterráneas (6), la mayor parte de las infraestructuras en baja de los abastecimientos urbanos, las obras hidráulicas necesarias para la acuicultura o para, en general, el puro funcionamiento de los diversos sectores industriales etc...

El mecanismo jurídico que ha posibilitado esta intervención de los particulares ha sido la concesión demanial (7) cuando se trataba de aguas públicas (8). El concesionario obtenía —y obtiene— con el otorgamiento de las aguas para una determinada finalidad, la autorización para realizar las obras hidráulicas necesarias (embalses, canales de derivación etc...) para el cumplimiento efectivo de la finalidad prevista. Consiguientemente el concesionario ejecutaba las obras a sus expensas y, por tanto, eran en principio de su propiedad planteándose siempre como problema jurídico teórico y a veces real, la cuestión de la rever-

(5) Y, al margen del aspecto económico, ello nos permitirá conocer la posición del poder público en torno al mayor o menor favorecimiento de la iniciativa privada en las obras hidráulicas.

(6) Sobre todo en los momentos en que las mismas se consideraban de propiedad privada hasta el cambio fundamental habido con la Ley 29/1985, de 5 de agosto, de aguas (LAg. en adelante).

(7) En el derecho actualmente vigente a la concesión demanial se dedican muy diversos preceptos de la LAg., fundamentalmente sus arts. 57 y ss.

(8) En el caso de aguas de titularidad privada, como ha sido normalmente la situación de las subterráneas antes de la LAg. de 1985, las obras estaban sometidas a autorizaciones de policía pero, obviamente, el agua no debía ser objeto de ninguna atribución administrativa.

sión de algunas de ellas al Estado cuando finalizara el plazo concesional (9).

La situación descrita responde, como digo, a supuestos de normalidad en nuestro derecho tanto en el pasado como en el presente (10) bien que debemos necesariamente notar cómo en la enumeración que acabo de realizar de obras hidráulicas llevadas a cabo por la iniciativa privada, hay una falta de mención a las de regadío con aguas superficiales y a los abastecimientos urbanos en alta por la razón fundamental de que la historia muestra claramente que en este plano no ha sido la iniciativa privada ni la predominante ni siquiera la que ha tenido una participación algo sustantiva sino que, al contrario, el protagonista de la actuación ha sido casi siempre el poder público en virtud de la incapacidad económica y organizativa de los particulares para actuar (11). La Ley de Obras Hidráulicas de 7 de julio de 1911 y normativa conexas posterior, es un buen ejemplo de cuanto se dice. Sobre ello volveré, no obstante, en el punto 2) de este apartado.

Diversas causas hacen que en los últimos años se recupere la idea del protagonismo privado en la realización de las obras hidráulicas bien que bajo otras vestes jurídicas. Entre esas causas conviene referirse necesariamente y por coincidir con el objeto de este Seminario, a la necesaria reducción del déficit público que llevan consigo los llamados «criterios de convergencia» y que imponen, obviamente, una reducción de los caudales públicos para inversión consignados en los Presupuestos Generales del Estado. Si las obras hidráulicas (y las públicas en general) han de seguir realizándose se dice, con coherencia con ese dato previo, que ello solo podrá operar con una aportación prioritaria de los particulares entendiéndose por tales a los propios interesados en la realización de las obras hidráulicas.

(9) Es obvio que ha habido una sucesión de regímenes jurídicos en este tema —por ejemplo en el plano del tiempo, el paso de la concesión perpetua a la concesión temporal— que ha planteado también interesantes problemas en este campo.

(10) El examen de algunos ordenamientos singulares de nuestro país, como el canario, mostraría aquí mucho más a las claras la habitualidad de la iniciativa privada para casi cualquier obra hidráulica. La extensión de la titularidad privada de las aguas —hasta los últimos cambios normativos— tiene evidentemente mucho que ver con esa relación.

(11) Pertenece a la historia de las obras hidráulicas la de reiterados fracasos empresariales en los finales del s. XIX cuando esos empresarios obtenían una concesión para construir una obra hidráulica (por ejemplo, un canal) y con ella proporcionar agua a regantes que hoy denominaríamos «expectantes». Como se narra en el texto, la intervención del Estado vino a suplir estos fracasos y fue motivada, entre otras razones, por la apelación de los regeneracionistas (Joaquín Costa, Lucas Mallada) a esa acción pública. En general y sobre toda esta cuestión parece obligado referirse a los trabajos de S. MARTÍN-RE-TORTILLO recogidos en su libro *Aguas públicas y obras hidráulicas*. Estudios jurídico-administrativos, ed. Tecnos, Madrid, 1966.

En segundo lugar y en línea paralela al anterior argumento, desde criterios medioambientales y también de justicia económica, se señala la necesidad de reducir la línea subvencional pública a las obras hidráulicas creándose así un «hueco» que debería ser llenado por las aportaciones privadas para que, por un lado, solo se realicen las obras hidráulicas necesarias y rentables económicamente (12) y, por otro, para que no haya sectores económicos especialmente favorecidos por las arcas públicas.

Bien, el debate sobre la cuestión es bien conocido y el cruce de argumentos posibles y hasta contrapuestos con los anteriores también, lo que me permite no detenerme en este lugar más tiempo con ello (13). Lo que me importa señalar ahora es que el tipo de debate que reflejo ha causado, entre otros efectos, el que recientemente hayan aparecido novedades normativas tendentes a imaginar fórmulas distintas de realización de las obras hidráulicas. Con esos presupuestos y dada la sistemática elegida en la que atiendo en primer lugar al que llamo protagonismo privado, debo referirme dentro de esas novedades al contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas regulado en el art. 173 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (14).

El contrato que tratamos se asemeja a la situación anteriormente descrita sólo en la referencia al vocablo «concesión». Si en la concesión demanial observábamos que el otorgamiento del agua para una concreta finalidad llevaba consigo la necesidad de ejecutar unas concretas obras hidráulicas por el beneficiario de esa concesión demanial, la situación que este contrato contempla es, exclusivamente, la de la ejecución de esa obra hidráulica con independencia, parece (15), del otor-

(12) Con lo que, indican quienes defienden estas tesis, se reducirían los impactos ambientales que se centrarían —sí, además, se autorizaba la obra— en aquellas rentables económicamente y, por tanto, sostenibles por sus beneficiarios.

(13) En mi trabajo contenido en el libro *Precios y mercados*, lo he hecho con más detenimiento señalando como diversos argumentos contrarios como la necesidad de que se cumplan con la inversión en obras hidráulicas también objetivos de ordenación territorial difícilmente emprendibles por la iniciativa privada, o que se atienda a la provisión de agua en unas condiciones de precio asequibles para necesidades las básicas como los usos domésticos etc...

(14) Un estudio completo sobre el mismo en mi trabajo «Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas», en el libro de reciente publicación *Gestión del agua y medio ambiente* y algo más resumidamente en la RAP 143, 1997. En el presente texto simplifico, con otra orientación desde luego, cuestiones más ampliamente desarrolladas en ese trabajo.

(15) Utilizo en el texto el vocablo «parece» porque es una de las cuestiones dudosas, para mí, en el conjunto del precepto tal y como comento detenidamente en el trabajo al que me refiero continuamente en esta parte.

gamiento y de la titularidad del recurso. Lo que preocupa al legislador, por tanto, es la ejecución de la obra hidráulica que él prevé que se otorgue a un particular quien la realizaría, como sucede en el resto de la legislación contractual (16), a su riesgo y ventura dentro de un completo régimen jurídico creado también por el legislador de la Ley 13/1996 y que incluye diversas menciones relativas al concedente (17), al plazo (18), a las posibles cesiones a un tercero (19), o a las peculiaridades respecto al normal régimen jurídico contractual en la existencia de crédito en la Administración concedente (20) por poner ejemplos de lo más significativo.

Pero lo que va a preocupar sobre todo al autor de la Ley 13/1996 es el aspecto económico-financiero del contrato que cuenta con variadas menciones en el art. 173 estudiado. La esencia del contrato desde este punto de vista es, como ya dije, la realización de unas obras hidráulicas por el contratista. El las ejecuta y, por tanto, las financia obteniendo en el futuro la compensación de su inversión y también su beneficio de una tarifa que percibiría de los usuarios y que fijaría la Administración concedente incluyendo en ella «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)] (21).

(16) Llamo la atención acerca de que la técnica legislativa seguida no consiste en la inclusión de este contrato en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de mayo de 1996 (LCAP en adelante) sino en la configuración de un precepto aislado de ella. En el trabajo mencionado me he referido a la difícil singularización de este contrato en relación al genérico contrato de concesión de obra regulado en la LCAP.

(17) No parece que la norma esté dirigida exclusivamente a la Administración del Estado por lo que dado el carácter básico de la misma autorizaría a utilizar ese contrato a las Administraciones autonómicas para las obras hidráulicas vinculadas a la gestión de los recursos de sus cuencas internas o a 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 correspondiente legislación de régimen local.

(18) El plazo será el que figure en el pliego de cláusulas administrativas particulares sin que pueda exceder en ningún caso de 75 años. Obsérvese que coincide este plazo con el máximo de la concesión demanial *ex art. 57.4 LAg*.

(19) Se dice en el precepto comentado que la Administración podrá imponer al contratista la obligación de cesión a un tercero de al menos el 30% del valor de la obra.

(20) A excepción de lo que sucede en la LCAP se indica que no hay obligación de existencia de crédito para contratar legítimamente, lo que tiene su fundamentación en que a falta de subvención de la Administración contratante —problemática fundamental a la que luego me referiré—, la suscripción de este contrato no encierra obligaciones económicas específicas para la Administración.

(21) Esta tarifa dada su configuración deberíamos conceptualarla como un precio privado aun cuando intervenido administrativamente. De esta forma se separaría su naturale-

Es muy interesante tanto desde el punto de vista del régimen jurídico de este contrato como, también, por conectar, como veremos, con la posible aplicación de los fondos comunitarios, la previsión legal de que la Administración pueda entregar una cantidad económica al concesionario cuando se den una serie de circunstancias enumeradas en el art. 173.2, segundo párrafo, que se refiere a razones de interés público, rentabilidad social o uso colectivo (22). Esa partida no puede, en ningún caso, equivaler al coste completo de la actuación porque se dice que se compensará «una parte» de la obra pública prevista (23) siendo los pliegos contractuales los que indicarán la cuantía y la forma de entrega. Interesante es también recordar que este pago de fondos públicos puede ser llevado a cabo de forma aplazada en los términos que fije el propio contrato de concesión [art. 173.3.d)].

Probablemente esta posibilidad de entrega al concesionario de fondos públicos pueda ser uno de los mayores atractivos de este contrato y, en ciertos casos, la única posibilidad de que el mismo pueda concluirse efectivamente ante supuestos de obras hidráulicas de especial cuantía o, también, en aquellos casos en que no sea previsible una capacidad económica de los obligados al pago de las tarifas en la medida suficiente para compensar la amortización de la obra y además permitir los beneficios consiguientes del concesionario a los que éste tiene legalmente derecho (24).

za de las tarifas previstas en el art. 106 LAg. que tienen una naturaleza tributaria y, por tanto, pública. La previsión se asemejaría grandemente a la regulación de las tarifas en la llamada concesión de servicio público para riego del art. 60 LAg.

(22) No hay más indicaciones en la Ley 13/1996 ni ha aparecido hasta el momento de redactar este trabajo el necesario reglamento que la desarrolle. Ello quiere decir que la subvención estatal, en el supuesto de que exista, deberá decidirse caso por caso.

(23) Al margen de la razón indicada, sería bastante incongruente con la esencia de ese contrato que la Administración entregara el conjunto o, incluso, una parte sustantiva del coste de la ejecución de las obras. No habría, entonces, riesgo y ventura, ni se crearía en la realidad una situación cualitativamente distinta a la que sucede en un contrato de obras. La tarifa que pagaran los usuarios sería, consiguientemente, equivalente a cero en el caso de subvención total. En todo caso podría distinguirse la situación narrada del supuesto de la explotación de la obra que, esa sí, quedaría a la responsabilidad del contratista y por la que percibiría las correspondientes tarifas de los usuarios.

(24) Un problema jurídico evidente en relación a lo tratado en el texto, aun cuando no es apropiado desarrollarlo aquí extensamente, es el del juicio acerca de cuándo se debe entregar subvención pública y también la determinación de su cuantía. Los conceptos utilizados por el art. 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.

## 2.— El protagonismo público: La actuación con formas de derecho público y las sociedades estatales para la realización de obras hidráulicas

Indiqué anteriormente que era una constante en nuestra historia de las obras hidráulicas la del papel prevalente de los poderes públicos en la ejecución de las grandes infraestructuras para el regadío o en la de los abastecimientos urbanos en alta. Ello ha llevado consigo la configuración de un régimen jurídico presidido por ese protagonismo público del que serían hitos importantes la Ley de 7 de julio de 1911 o la creación en 1926 —y actuaciones subsiguientes a esa creación— de las Confederaciones Hidrográficas (25). Esta ejecución de obras por los poderes públicos no impide una colaboración económica de los particulares beneficiados por ella hoy regulada en el art. 106 LAg. aun cuando con una cuantía y forma de exacción ciertamente favorable para los obligados al pago (26).

Estas actuaciones las realiza el Estado utilizando las potestades propias de un poder público. El órgano competente de la Administración General del Estado (27) o una Confederación Hidrográfica contrata, así, con una empresa con cargo a fondos consignados presupuestariamente. Esa empresa ejecuta la labor material de construcción aplicándose al correspondiente contrato de obra la legislación contractual de las Administraciones públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas LCAP en adelante) con las potestades —y contraprestaciones— propias del poder público. La obra una vez ejecutada y recibida es, así, propiedad del Estado quien la vincula al cumplimiento de la correspondiente finalidad pudiendo ser entregada para su gestión a los usuarios constituídos, normalmente, en la correspondiente Comunidad.

Desde el punto de vista de la legitimación para contratar (con sus implicaciones presupuestarias) y también en el Estado de las Autonomías desde la capital perspectiva de la competencia del Estado para realizar las correspondientes actuaciones, es necesaria la declaración de in-

(25) Sobre este aspecto orgánico de la realización de obras hidráulicas vid. últimamente A. FANLO LORAS, *Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones hidráulicas*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

(26) Hay distintos estudios sobre el particular (ALCARAZ, FERNÁNDEZ ORDOÑEZ Y ALVAREZ RICO, S. MARTÍN-RETORTILLO...). Me remito a mi ponencia y a la bibliografía allí citada contenida en el libro *Precios y mercados del agua*.

(27) Ahora la Secretaría de Estado de Aguas y Costas a través de la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas (Ministerio de Medio Ambiente).

terés general de la obra (28) y, por supuesto, la superación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental cuando la obra esté sometida a él. La declaración como obra de interés general se realiza por Ley debiendo incorporarse esa declaración al Plan Hidrológico Nacional (ex. art. 44 LAg.) (29).

El sistema descrito, el habitual hasta ahora en las grandes infraestructuras hidráulicas, presupone la existencia de caudales consignados presupuestariamente para poder actuar, pues según la legislación contractual propia de las Administraciones públicas, sólo con esa consignación es posible la contratación que en caso contrario incurriría en nulidad (30). Naturalmente que en este punto valen los razonamientos que antes utilizaba en relación a la fundamentación del contrato de concesión de obra hidráulica. Así, en momentos de restricción del gasto público por tener que alcanzarse los porcentajes de déficit que imponen los criterios de convergencia, se produce una reducción de esos créditos presupuestarios lo que ocasiona, en lógica consecuencia, la imposibilidad de que el Estado contrate en buena medida la realización de obras (hidráulicas y de otra índole) por el procedimiento indicado y al que he denominado el habitual.

En esta causa estriba, pues, otra de las novedades del régimen jurídico que debemos estudiar aquí, la configuración de la posibilidad de creación de sociedades estatales para la construcción, explotación o ejecución de obras públicas hidráulicas, configuración que también se debe a la acción de la Ley 13/1996 en su art. 158 (31). El art. citado versa,

(28) Si la obra no es de interés general, podrá ser asumida por las CCAA aun en cuencas interterritoriales puesto que tienen competencia para ello según el art. 148.1.10 CE y las correspondientes referencias estatutarias. También el Estado puede declarar una obra de interés general en una cuenca intracomunitaria. Sobre el tema vid. mi trabajo «Las obras hidráulicas de interés general» en el libro ya citado *Las obras hidráulicas*.

(29) No cabe duda de la rigidez del procedimiento legalmente previsto que contrasta con el régimen jurídico de otras infraestructuras (carreteras, por ejemplo). Afortunadamente han quedado sin efectos tras la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1997, las interpretaciones todavía más extremadamente rígidas que sobre el particular hizo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 1995 en el caso del embalse de Itoiz, interpretaciones que abocaban a la necesidad de realizar una ley de contenido planificador ante la inexistencia de Plan Hidrológico Nacional para la ejecución de la obra mencionada. (Dicha Ley para el embalse referido y también para otras obras fue aprobada a título «cautelar» en los días previos a la aparición de la Sentencia —se trata de la Ley 22/1997, de 8 de julio, por la que se aprueban y declaran de interés general determinadas obras hidráulicas—, pero a la luz de la Sentencia la Ley resulta ser innecesaria).

(30) Cfr. arts. 11.2.e) y 63.c) LCAP.

(31) Al contrario de lo que sucede en el caso del contrato de concesión de obra hidráulica, el art. 158 no se inserta en la parte de la Ley dedicada a la «acción administrati-

en realidad, sobre la creación de sociedades para la construcción y/o explotación de carreteras estatales, lo único que sucede es que el precepto contiene un último apartado quinto en el que se dice, entre otras cosas, 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». Surge, entonces, la posibilidad de constitución de sociedades estatales con objeto social circunscrito a las actuaciones mencionadas en materia de obras hidráulicas, sociedades en las que el poder público demuestra tener interés y esperanzas porque se ha constituido ya una de ellas (32).

Pues bien, lo que me interesa resaltar de estas sociedades ahora (33) es lo relativo a su capacidad económica y financiera así como a las prescripciones que para su actuación contiene el régimen jurídico vigente.

En relación a lo primero, el art. 158 dispone la celebración de convenios entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales (34) en los que, entre otras cosas, constarán las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración General del Estado a la correspondiente sociedad pudiendo aquélla adquirir compromisos plurianuales sin sujeción a determinadas limitaciones previstas en el art. 61 de la Ley General Presupuestaria y sin perjuicio de las aportaciones que puedan dichas sociedades recibir de otros sujetos públicos o privados.

Quiere decir lo anterior que se intenta configurar unas sociedades con una gran flexibilidad en su capacidad de captación de fondos, existiendo una evidente voluntad subyacente de que sea fundamentalmente el Estado quien provea a sus gastos, pero con posibilidad también de recibir ayuda económica de otros sujetos públicos (por ejemplo CCAA o Ayuntamientos) o privados (por ejemplo, los beneficiarios de las obras a emprender).

En relación a los contratos que celebren estas sociedades estatales con terceros hay un conjunto de prescripciones en el art. 158.3 demos-

va en materia de aguas» sino en el capítulo dedicado a la acción administrativa en materia de inversiones públicas.

(32) Se trata de Aguas de la Cuenca del Ebro, S.A., constituida el pasado 15 de diciembre de 1997.

(33) Para un estudio más pormenorizado de las sociedades indicadas me remito a los trabajos de B. BLANCO y EMBID IRUJO contenidos en el libro *Gestión del agua y medio ambiente*.

(34) El régimen jurídico creado se refiere siempre a las sociedades estatales para la construcción y/o explotación de las carreteras, lo único que sucede es que por disposición del art. 158.5 en su último párrafo, su régimen jurídico se aplica también a las sociedades para la construcción, explotación y ejecución de obras hidráulicas.

trativas de que aun cuando nos encontremos ante unos entes constituidos y actuantes normalmente con sujeción al derecho privado (mercantil, laboral), la presencia pública es innegable y determina algunas matizaciones importantes en la aplicación del régimen jurídico imposibles de comprender en un ente que fuera, de verdad, privado. Así, se pueden citar entre las prescripciones de la Ley:

a) la obligación de aplicar la LCAP en relación a la capacidad de las empresas, la publicidad, los procedimientos de licitación y las formas de adjudicación,

b) la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuantas cuestiones litigiosas aparezcan en relación a la preparación y adjudicación de estos contratos y

c) la obligación de incluir en los contratos suscritos cláusulas de defensa de los intereses públicos afectados (35).

La misma Ley 13/1996 procede, en línea de congruencia, a modificar parcialmente la LAg. en el precepto dedicado a las funciones de las Confederaciones Hidrográficas incluyendo entre ellas la posibilidad de que adquieran o realicen actos de administración de sociedades estatales que tengan por objeto la construcción, explotación o ejecución de obras hidráulicas (36) con lo que se relaciona directamente la habitual Administración «activa» hidráulica con las sociedades estatales previstas.

### 3.- Una valoración conjunta de los sistemas de ejecución de obras hidráulicas

Conforme a la sistemática anunciada voy a dedicar unas breves líneas a la valoración de lo expuesto en este apartado y en el que, sintéticamente, hemos podido apreciar cuatro posibilidades de ejecución de obras hidráulicas:

(35) La primera de las notas indicadas es acorde con lo regulado 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 segunda nota supone una simple reiteración de lo ya dispuesto en el art. 9.2 LCAP. Por último, es novedad normativa lo dispuesto en la tercera de las características indicadas si bien parece congruente con la obligación que todos los entes públicos tienen de defender, precisamente, los intereses públicos.

(36) La modificación supone la inclusión de un apartado segundo en el art. 21 LAg. También se incluye en la modificación la posibilidad de que las Confederaciones participen en el capital de las empresas mercantiles cuyo objeto social sea la gestión de contratos de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas. Otras modificaciones importan menos a los efectos de esta ponencia.

1) Las vinculadas al otorgamiento de una concesión demanial.

2) Las realizadas mediante el contrato de construcción y explotación de obras hidráulicas.

3) Las realizadas por los Poderes públicos como tales y aplicando un régimen de derecho público.

4) Las realizadas por las Sociedades estatales cuya creación se prevé en la Ley 13/1996.

De los cuatro sistemas expuestos el 1) y el 3) han formado y forman parte del ordenamiento jurídico actualmente vigente y también, obviamente, de la práctica efectiva del día a día. Los sistemas que numero como 2) y 4) son solamente una previsión legal reciente (Ley 13/1996) sin que se cuente hasta el momento ninguna obra ni siquiera adjudicada por cualquiera de esos métodos.

Tenemos, pues, cuatro sistemas que sirven, en primer lugar, para ofrecer a las Administraciones competentes pero también a los usuarios interesados, distintas posibilidades de actuación que suponen, también, diversas obligaciones de los sujetos públicos y privados participantes en las concretas operaciones constructivas. Los cuatro sistemas se ofrecen en un plano de aparente igualdad sin que exista una jerarquización presente en el ordenamiento jurídico sino, al contrario, unas posibilidades abiertas a los poderes públicos y a los ciudadanos. Desde el ángulo específico de los poderes públicos ello muestra una situación de evidente discrecionalidad en el núcleo último de la decisión, muy difícil de encuadrar y limitar desde parámetros jurídicos.

Pero al margen de ese enfoque jurídico, desde el punto de vista económico nuestro ordenamiento está reflejando también que en la actualidad parecen existir unas evidentes dificultades de afrontar con fondos públicos (37) la realización de obras hidráulicas (38) y por ello se pretende apelar a otras posibilidades cuya funcionalidad solo se podrá comprobar con la práctica efectiva lo que, desde luego, no permite suponer que en un corto plazo puedan sentarse conclusiones definitivas sobre la compleja problemática aquí tratada.

Hay, entonces, una evidente vocación en el conjunto del régimen jurídico estudiado de estimular la participación económica de los beneficiados por las obras hidráulicas dándose sobre todo con el contrato de

(37) O, desde otro punto de vista, una decisión consciente de no abordar con fondos públicos de forma generalizada la construcción de obras hidráulicas.

(38) Reitérese aquí todo lo anteriormente expuesto en relación a la necesidad de alcanzar los criterios de convergencia como justificación del nuevo derecho recientemente aparecido.

concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas —que es el que supone la máxima exigencia económica para los beneficiados— un giro cualitativo sobre una situación jurídica que había empezado a cambiar ya en esa dirección desde la promulgación de la LAg. en 1985 y de la que se había dado una muestra simbólica importante con el RDL 12/1995, de 28 de diciembre (39).

Por fin me interesa resumir la forma de participación de los poderes públicos y, por tanto, de los fondos públicos en cada uno de los cuatro sistemas dado que, creo, ello tendrá importancia para afrontar el estudio del derecho comunitario al que inmediatamente me voy a dedicar y, por ello, este resumen facilitará las conclusiones que podamos extraer. Así, el poder público con sus propios fondos participa al completo en el sistema numerado como 3), puede hacerlo excepcionalmente en el sistema 2) si entrega una subvención y, pienso, solo excepcionalmente habrá fondos privados en el sistema 4) pues, normalmente, las sociedades estatales previstas operarán con capital de entes públicos siendo claramente el sistema 1) puramente privado. Veamos, por tanto, de qué manera puede establecerse la conexión entre estos sistemas de ejecución de obras hidráulicas y la financiación proveniente de fondos europeos.

#### IV.— EL DERECHO COMUNITARIO. CONSIDERACIÓN ESPECÍFICA DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR EL FONDO DE COHESIÓN

Debemos observar, pues, la relación entre una normativa subvencionadora comunitaria y una nacional de ejecución de obras hidráulicas e intentar ver y demostrar que entre ambos ordenamientos existe una situación de compatibilidad plena, sin fisuras y en el caso de que pudiera haberlas, realizar los esfuerzos interpretativos posibles para tender los puentes allí donde existan dos orillas hábiles para ello.

En realidad una situación de cierta sintonía, de conexión genérica entre el derecho comunitario y nuestra legislación de aguas existe ya desde la misma promulgación de la LAg. de 1985 que, curiosamente, entra en vigor el 1 de enero de 1986 es decir la misma fecha de incor-

(39) La LAg. en su art. 106 adoptaba medidas para una mejor actualización de las cantidades a reembolsar por los obligados en relación con la situación jurídica anterior. El RDL 12/1995 citado, por su parte, obligaba a las Administraciones locales concesionarias de aguas para abastecimiento de poblaciones a repercutir en los consumidores finales el importe de los cánones pagados a las Confederaciones. Sobre todo ello vid. mi ponencia en el libro *Precios y mercados del agua*.

poración efectiva de nuestro país a la entonces llamada Comunidad Económica Europea. Ello permite explicar, así lo creo al menos, determinadas prescripciones de la Ley orientadas, siquiera sea tímidamente, en la senda de lo que iba a ser referencia efectiva de nuestro país solo unos meses después de su aprobación en agosto de 1985 (40).

Posteriormente, la práctica normativa de la Comunidad ha mostrado sobre todo una preocupación específica por las aguas desde el aspecto de su calidad con la promulgación de numerosas Directivas. Como ellas son hoy ya parte en su práctica totalidad de nuestro derecho interno podemos decir que continúa la relación de pacífica convivencia notada en el plano de lo general (41).

No son planteamientos globales o genéricos, sin embargo, los que me preocupan en este trabajo (42) sino solamente responder a las interrogaciones, mucho más simples, sobre la posibilidad de aplicación de fondos comunitarios a la realización de obras hidráulicas en nuestro país. La preocupación no es una cuestión meramente teórica sino, al contrario, práctica pues la ejecución de muchas obras puede verse facilitada por la existencia de una financiación externa o, al contrario, impedida en gran medida si ésta falta. Además en algún supuesto, esa preocupación es inducida desde relevantes documentos internos como muestra el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales aprobado por Resolución de 28 de abril de 1995 de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda (BOE núm. 113 de 12 de mayo de 1995) en el que hay una clara referencia acerca de la conexión entre la financiación completa del Plan y los Fondos Europeos, al menos uno de ellos. Se dice en el Plan que:

«La aportación del MOPTMA (43), con cargo a los recursos de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda o con cargo a Fondo de Cohesión, para proyectos gestionados por las Comunidades Autónomas, será el 25 por 100 de la inversión necesaria hasta el año 2005 en

(40) Por ejemplo, creo que en esta línea puede ir la referencia del art. 90 LAg. a la «evaluación» de los efectos ambientales previa al otorgamiento de concesiones y autorizaciones, muy probablemente influida por la Directiva 85/377/CEE, de 27 de junio de 1985 sobre la evaluación de impacto ambiental y que no se recepcionaría en España hasta el RDLegislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental.

(41) Sobre el tema vid. últimamente a A. FANLO LORAS, «La protección de las aguas», Noticias de la UE, 1997. Sobre el derecho ambiental en general de la Unión existen multitud de trabajos. Vid. con una amplia referencia bibliográfica a F. LÓPEZ RAMÓN, «Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental», RAP 142, 1997, págs. 53 y ss.

(42) En cualquier caso puede verse una enumeración de las mismas en el *Código de las Aguas Continentales* (ed. de A. EMBID IRUJO, A. FANLO LORAS y J. DOMPER FERRANDO), ed. Civitas, Madrid, 1992).

(43) Ahora Ministerio de Medio Ambiente. Las siglas aparecen en el Plan.

cada una de las Comunidades Autónomas, incluyendo para el cómputo de dicho porcentaje el importe de las obras que en su caso hayan sido declaradas de interés general del Estado por el MOPTMA desde el momento del traspaso de competencias».

Aparece, por tanto, bien claramente la conexión mencionada tal y como demuestra el realce tipográfico que he realizado. Inmediatamente, además, en el Plan se añade que:

«El Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, en el caso que dejaran de existir los Fondos de Cohesión o su dotación resultara insuficiente, asumirá la diferencia mediante reajustes internos en su presupuesto, a costa, en su caso, de otras políticas del Departamento.

En el caso de que se crearan nuevos mecanismos de financiación europea para obras de interés comunitario, se asignarían a inversiones a realizar en Comunidades Autónomas distintas de Asturias, y con los siguientes criterios de prioridad:

- a) Saneamiento de ríos trasfronterizos.
- b) Saneamiento de áreas de alto valor ecológico.
- c) Saneamiento de ríos que vierten al mar Mediterráneo».

Hay, por tanto, en un texto que quiere ser el origen y fundamentación de numerosas obras hidráulicas (44) una previsión de financiación pública estatal para obras que serían ejecutadas por las CCAA pero una financiación que se nutriría en cantidad significativa con partidas económicas provenientes de un Fondo comunitario, el de Cohesión (45). Esta clara conexión entre ejecución de obras hidráulicas y financiación comunitaria reflejada en un documento oficial es el pórtico adecuado para el estudio más pormenorizado de la posibilidad de aplicación de fondos europeos, en especial el de Cohesión y continuará con el estudio de dos problemas específicos que deben ser tenidos en cuenta: la consideración medioambiental, o no, de las obras hidráulicas y la ejecución pública o privada de dichas obras.

(44) Pese al origen y fundamentación al que me refiero en el texto, debe tenerse en cuenta que el Plan mencionado no tiene carácter normativo pues no incorpora ninguna prescripción al ordenamiento jurídico, al contrario de lo que sucede con la configuración de los Planes hidrológicos (tanto el Nacional como los de cuenca) en la LAg. (arts. 38 y ss. y sobre esa naturaleza jurídica normativa me remito a A. EMBID IRUJO, *La planificación hidrológica*, ed. Tecnos, Madrid, 1991). Este Plan cumple solamente la función de ser explicación de los propósitos del Estado en esta materia y, además, de ofrecer un marco de financiación a las distintas CCAA para el cumplimiento de las obligaciones de una Directiva comunitaria, la 91/271, sobre depuración de aguas residuales recepcionada en nuestro derecho interno con posterioridad a la publicación de este Plan.

(45) Es obvio que a los efectos de este trabajo es indiferente cómo se financiaría el resto de la inversión así como la instauración de tributos ambientales propios en las CCAA a efectos de cooperar a la amortización de las inversiones y al sostenimiento del servicio.

## 1.- Los fondos europeos teóricamente aplicables a la financiación de obras hidráulicas. FEDER y Fondo de Cohesión

De entre los tres Fondos estructurales clásicos —el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola y el Fondo Social Europeo (46)— por sus respectivas características intrínsecas solo debemos en principio prestar atención al FEDER (47). El FEDER (48), efectivamente, sirve para financiar inversiones en infraestructuras y, por tanto, podría ser utilizado para las hidráulicas también pero cuenta con algunas serias limitaciones en relación a nuestra materia de preocupación que debemos notar desde el primer momento:

a) Se trata con él de financiar infraestructuras incluidas en regiones pertenecientes al objetivo n.º 1, es decir a regiones con retraso en el desarrollo (49), lo que deja orillada cualquier actuación en regiones de otro tipo. Quiere decirse, por tanto, que no encontramos con un Fondo de aplicación general en nuestro país sino sólo en algunas CCAA (50).

b) Ello en el plano de las obras hidráulicas de cierta importancia, además, puede plantear problemas adicionales cuando las obras principales, o sus accesorias, o los efectos de las mismas, puedan extenderse por regiones de diferente calificación a los efectos de la aplicación de los fondos europeos. Quiero recordar, así, que la forma de administración de los recursos hidráulicos en nuestro país es por cuencas hidrográficas, todas ellas —excepto las insulares y las intracomunitarias— constitutivas de varias CCAA. Hay, por tanto, una cierta disfunción entre las obras hidráulicas y la concepción del reparto del Fondo según divisiones territo-

(46) Vid. referencias a los mismos en el art. 130 B) del Tratado de la Unión Europea (TUE en adelante).

(47) Sobre los Fondos europeos pero contemplados sobre todo desde una perspectiva ambiental puede verse últimamente a J. RUIZ TOMÁS Y PARAJÓN, «Ayudas financieras. UE y Estados miembros. Fondos estructurales. Fondo de Cohesión. Life. Ayudas de Estado», en las págs. 107 y ss. de L. PAREJO ALFONSO, L. KRAMER y otros, *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1996. El trabajo, aun sin visos de pretensiones dogmáticas ni de construcciones teóricas, resulta especialmente útil por proceder de un funcionario europeo competente en cuestiones ambientales.

(48) Vid. sobre el mismo los Reglamentos 2052/1988 y 2054/1988 y la modificación de este último por el Reglamento 2083/1993 (DOCE n.º L 193/34, de 31 de julio de 1993). En lo que sigue en el texto, me refiero al conjunto de estos reglamentos sin realizar citas a preceptos concretos por no creerlo necesario a los fines perseguidos.

(49) La Comisión tiene anunciada la reforma en el futuro de los objetivos que se quieren reducir a tres. Ello sólo es hasta el momento, sin embargo, un propósito y por tanto me abstengo de profundizar en esa dirección.

(50) En la actualidad quedan fuera del FEDER las siguientes CCAA: País Vasco, Navarra, La Rioja, Aragón, Cataluña, Madrid, Islas Baleares. Se aplica, pues, a las restantes diez CCAA.

riales no hidráulicas lo que, incluso, podría entrar en contradicción con un proyecto de directiva europea que ordena estructurar la administración de las aguas en torno a cuencas (51).

c) En el marco del FEDER se actúa mediante planes operativos, planes de carácter regional donde se incluyen las diferentes actuaciones a realizar. Las obras hidráulicas, sin embargo, se estructuran hasta ahora en torno a proyectos aislados y su inserción en planes de este tipo resulta un poco forzada (52).

Todo ello ha ocasionado y ocasiona que las partidas económicas provenientes de este Fondo sean frecuentemente utilizadas para inversiones en infraestructuras del transporte (carreteras) en las regiones de objetivo n.º 1 (53) que parecen mucho más adecuadas a su configuración. También existen actuaciones hidráulicas sobre todo en el plano del abastecimiento a poblaciones y la depuración de las aguas residuales (54) pero, por lo que he indicado antes, desde el punto de vista teórico no me parece un Fondo fácilmente adaptable a todo tipo de obras hidráulicas.

En 1992 y por el Reglamento 1973/1992 se crea un instrumento financiero propio para el medio ambiente, el LIFE. Su estructura tampoco parece muy apropiada para la mayor parte de las obras hidráulicas que podemos imaginar por su carácter muy directamente vinculado desde su concepción a la ejecución de la legislación comunitaria medioambiental, especialmente en lo relativo a la conservación de hábitats de los que figuran en la Directiva 92/43, de 21 de mayo sobre conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. Ello permite concluir en que sus fondos se utilizarán en obras muy concretas y, además, de extensión limitada tanto por lo concreto del ámbito objetivo del fondo como, además, por la escasa cuantía de su dotación (55).

(51) Hablo en el punto IV de ese proyecto de directiva no considerando ahora, por tanto, oportuno reproducir fechas y referencias de boletines.

(52) En tanto en cuanto no concluya el proceso elaboración de los planes hidrológicos de cuenca, la planificación de las obras hidráulicas no se encuentra en un documento sistemático donde a nivel de cuenca se contemplen todas ellas.

(53) El Reglamento de 1993 da prioridad a las infraestructuras que, además, contribuyan al establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas en los sectores del transporte, de las telecomunicaciones y de la energía.

(54) Es curioso que el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de 1995 vinculara el Fondo de cohesión exclusivamente con estas actuaciones y, sin embargo, el FEDER ha financiado y continúa financiando infraestructuras de depuración y saneamiento.

(55) Según la información de RUIZ TOMÁS, son 400 MECU los que se le aplican en la primera etapa que concluyó con el año 1995.

Queda, finalmente, la consideración del fondo al que se hacía, precisamente, referencia específica en el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales antes citado, el Fondo de Cohesión. El mismo, como es bien conocido, es creación directa del Tratado de la Unión Europea (56) y ha sido objeto de reglamentación en 1994 (57), con una dotación generosa (58) de la que aparece, además, España como directamente beneficiada (59). El objeto de este Fondo es la realización de los objetivos fijados en el Tratado de la Unión Europea en los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas de infraestructuras de transporte de los países contemplados específicamente en el mismo.

Pues bien, por la cuantía del Fondo, por la contemplación específica de nuestro país al completo en su reglamentación (60), por referirse también a la financiación de proyectos concretos (61) y no de planes complejos, por el elevado porcentaje de la obra concreta que se puede financiar (62) y por la dimensión de los proyectos a que este Fondo

(56) Vid. la referencia en su protocolo n.º 15 a él anejo. Allí se vincula la creación de este fondo con la base jurídica proporcionada por el art. 130 D del TUE que en su segundo apartado indica que: «El Consejo establecerá con arreglo al mismo procedimiento (al indicado en el apartado primero para definir las funciones de los fondos estructurales) antes del 31 de diciembre de 1993 un Fondo de cohesión, que proporcione una contribución financiera a proyectos en los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas en materia de infraestructuras del transporte».

(57) Cfr. el Reglamento 1164/94, del Consejo de 16 de mayo de 1994, por el que se crea el Fondo de Cohesión (DOCE n.º L 130/I, de 25 de mayo). Igualmente debe tenerse en cuenta el Reglamento 1831/1994, de 26 de julio de 1994, relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente abonadas en el marco de la financiación del Fondo de cohesión, así como a la organización de un sistema de información en este ámbito (DOCE n.º L 191/9, de 27 de julio de 1994).

(58) El art. 4 del Reglamento se refiere a una dotación de 15.150 millones de ecus a precios de 1992 para el período 1993-1999 (esta es la última fecha a la que alcanzan sus previsiones). El mismo precepto preve la disposición anual de esta cantidad.

(59) El Fondo sirve para beneficiar a los países cuyo Producto Nacional Bruto per capita en el momento de su instauración sea inferior al 90% de la media comunitaria. Eso implica contemplar a Grecia, España, Irlanda y Portugal. El Anexo I del Reglamento indica, además, que España dispondrá entre el 52% al 58% del total de la dotación del Fondo.

(60) Cfr. art. 2.2 del Reglamento 1164/94.

(61) O fases de proyectos técnica y financieramente independientes o grupos de proyectos vinculados a una estrategia visible que formen un conjunto coherente (del art. 1 del Reglamento 1164/94).

(62) Se puede llegar hasta el 85% del gasto público correspondiente (cfr. art. 7 del Reglamento 1164/94).

está destinado (63), es éste sobre el que me parece que debo fijar mi atención específicamente. Ello presupone que tratemos dos problemas que advierto, aparecen, como los más importantes en principio en relación a nuestro objeto de estudio: la consideración medioambiental que puedan merecer las obras hidráulicas y el sistema nacional de ejecución de obras hidráulicas que, en concreto, pueda seguirse para la ejecución de una obra hidráulica.

## 2.- Dos problemas en la aplicación del fondo de cohesión: La consideración de que obras son medioambientales y la ayuda a la financiación de obras realizadas con cargo a fondos públicos

La primera cuestión es muy fácil de plantear: el Fondo de cohesión nace para financiar la realización de los objetivos del TUE en el sector del medio ambiente. ¿Son, entonces, las obras hidráulicas fácilmente encuadrables dentro del cumplimiento de dichos objetivos ambientales o, quizá, podrían al contrario considerarse como contrapuestas a los mismos?

Recuerdo que estos objetivos comunitarios medioambientales se formulan de manera general en el art. 130 R TUE donde se habla de los cuatro siguientes:

- «— la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente;
- la protección de la salud de las personas;
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales;
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente».

En términos de puridad debería, pues, relacionarse una obra hidráulica con estos objetivos y sólo si los mismos son respetados o ejecutados mediante su realización, podría plantearse la utilización de las partidas incluídas en el Fondo de Cohesión.

La anterior cuestión está muy vinculada, también, con la evidente pluralidad de las actuaciones materiales que pueden ser incluídas en el concepto de obras hidráulicas. Son tanto obras de regulación, canalización, irrigación, abastecimiento, depuración, saneamiento, desalinización

(63) El art. 10.3 del Reglamento 1164/94 se refiere a proyectos de «suficiente dimensión» como para «repercutir significativa en los ámbitos de la protección del medio ambiente o de la mejora de las redes transeuropeas de infraestructuras del transporte». La mayor parte de las obras hidráulicas son proyectos de, evidentemente, «suficiente dimensión». Sobre la repercusión en el medio ambiente profundizo en el apartado siguiente.

etc... las que podríamos enumerar debajo del paraguas tan amplio de la expresión obras hidráulicas (64). Una gran amplitud que comprende tanto las actuaciones dirigidas a mejorar la calidad de un recurso natural (la depuración y el saneamiento), como las dedicadas a anegar por su misma naturaleza algunos espacios (obras de regulación). Es por ello que algunas posiciones han sugerido la imposibilidad de que el Fondo de Cohesión sirviera para la financiación de muchas de las obras incluídas en el *non nato* Plan Hidrológico Nacional (65) dado que sólo las obras de depuración y saneamiento, dedicadas por su propia configuración a la preservación y mejora de un recurso natural, estarían claramente al servicio de los objetivos ambientales del TUE (66). Desde luego, la práctica aplicativa del Fondo sigue esos criterios en cuanto que son sólo actuaciones relativas al abastecimiento de agua potable, al saneamiento y depuración de aguas residuales y a determinados proyectos relativos a la forestación (67) —y que, por tanto, presentan un interés específico en relación al agua dado que pueden impedir el aterramiento de embalses, por ejemplo—, los que se incluyen en el mismo. Se hace, así, una lectura estricta de los objetivos ambientales del TUE y, también, de la legislación comunitaria en relación a estas cuestiones, por ejemplo la Directiva 91/271 relativa a la depuración de las aguas residuales.

Mi opinión particular y puramente teórica es contraria a esa especie de unificación en una única categoría de las obras hidráulicas y también a esa aparente y consiguiente suerte de maniqueísmo que se suele practicar con las mismas tan reduccionista de las múltiples funcionalidades que pueden cumplirse con ellas. Es evidente que una obra de regulación anega algunos espacios, pero con el agua embalsada en esos espacios sumergidos (68) se puede servir, por ejemplo, al abastecimiento de una ciudad que hasta el momento sobreexplotaba recursos subterráneos, o permitir mediante el sostenimiento de una infraestructura de regadío, la presencia humana en ciertos ámbitos del territorio, presencia

(64) He tratado del concepto de la expresión obras hidráulicas en mi trabajo contenido en el libro *Las obras hidráulicas*, págs. 62 y ss.

(65) Pero que siguen estando presentes en los Planes Hidrológicos de cuenca hasta ahora aprobados por los Consejos del Agua de las cuencas, lo que justifica el interés permanente del planteamiento de este problema.

(66) Cfr. RUIZ TOMÁS, op. cit., pág. 127. La opinión puede ser especialmente importante al provenir de un relevante funcionario comunitario.

(67) Sigo en este punto informaciones proporcionadas por el Director del Fondo de Cohesión sr. Verstrynge, en su participación en el Seminario de Santander en donde originalmente se encuadró también este trabajo.

(68) Quiero precisar, sin más tipo de comentario ahora, que hablo en el texto de espacios sumergidos, no de espacios «protegidos» sumergidos.

hasta ese momento económica y socialmente insostenible. Las dos consecuencias, creo, pueden considerarse como hechos ambientalmente positivos y no ser sólo, única y exclusivamente la primera, la que se juzgue en principio apropiada para ser incluida dentro del Fondo de Cohesión (69).

Al margen, pues, de la necesidad de que el país concreto y la Comisión se pongan de acuerdo en los proyectos que se deben financiar con cargo al Fondo de Cohesión (70), el carácter medioambientalmente agresivo o favorecedor del mismo de una obra hidráulica debería juzgarse individualizadamente, con arreglo a un concepto amplio de medio ambiente (71), no limitado a la pura contemplación de la mejora de la calidad del recurso natural, dentro, además, del procedimiento típico de evaluación de impacto ambiental que también tiene sus orígenes en una normativa europea (72) y, desde luego, sin postular una misma y unívoca solución para el conjunto de las obras hidráulicas o para una clase determinada dentro de ellas (73).

(69) En todo caso debo indicar mi comprensión sobre el mecanismo de aplicación de los fondos comunitarios dados los presupuestos de los que se parte —el concepto de medio ambiente en el TUE— y con independencia de que desde un país de las características específicas de España pueda y deba sostenerse la necesidad de apoyar una política hidráulica no contradictoria con la europea, obviamente, pero sí complementaria.

(70) Este es el sistema de atribución de partidas económicas que prevé el art. 10 del Reglamento 1164/94 lo que, creo, da una posición prevalente al país concreto en la utilización de unos créditos económicos vinculados, en principio, a realizaciones en cuatro países.

(71) Recuerdo que los ejemplos que antes puse en el texto darían lugar al cese de la sobreexplotación de los recursos subterráneos, o a la presencia humana mantenida en algunos puntos del territorio siendo los dos efectos, creo, ambientalmente valorables de forma positiva. Igualmente determinadas actividades en el ámbito de la modernización de los viejos regadíos, podrían dar lugar a ahorros de agua y, por tanto, a preservación del recurso natural, objetivo plenamente integrado dentro de los reflejados en el TUE.

(72) Antes proporcioné los datos normativos básicos sobre la evaluación de impacto ambiental y a ellos me remito. Ahora sólo quiero recordar la aparición de una Directiva europea en marzo de 1997 que refuerza el número de los proyectos que deben ser sometidos a evaluación de impacto ambiental y, entre ellos, muchas obras hidráulicas que antes no estaban expresamente contempladas en la normativa europea aunque sí, en ocasiones, en la nacional o en la de ciertas CCAA.

(73) Los medios de comunicación han reflejado últimamente (vid. *El País* de 29 de julio de 1997), el otorgamiento con cargo al Fondo de Cohesión de una partida de 33.000 millones de ptas. a Portugal para la construcción de la presa de Alqueva. La información proporcionada en el Seminario de Santander por el sr. Verstryngge razonaba la subvención en un cierto redimensionamiento del proyecto, en su vinculación a ciertos usos urbanos y a la mejora de la calidad de las aguas. Recuerdo que la presa de Alqueva estaba dirigida originalmente al regadío y, creo, este sigue siendo su principal objetivo. Probablemente, entonces, la configuración de embalses —o de obras hidráulicas en general— «multipropósito» pueda ser el portillo adecuado para conseguir la financiación de obras hidráulicas semejantes con cargo al Fondo de Cohesión.

En segundo lugar y conforme a la sistemática anunciada, debo relacionar estas posibilidades de financiación comunitaria a través del Fondo de Cohesión, con los sistemas que prevé nuestro derecho interno para la ejecución de obras hidráulicas. La razón para este excursus es muy clara: la normativa del Fondo de Cohesión está dirigida a que mediante sus partidas se financien gastos llevados a cabo en el plano interno por organismos públicos no, en modo alguno, para compensar a particulares de las inversiones que hayan podido hacer. El art. 7.1 del Reglamento 1164/94, referido a la cuantía de la ayuda, es bien claro en relación a lo indicado y, por ello, lo transcribo a continuación:

«El porcentaje de la ayuda comunitaria concedida por el Fondo será del 80% al 85% del gasto público o equivalentes, incluidos los gastos de los organismos cuyas actividades se emprendan en un marco administrativo o legal que los haga asimilables a los organismos públicos. El porcentaje efectivo de la ayuda se fijará en función de la naturaleza de las intervenciones que vayan a efectuarse».

Se financia con el Fondo, por tanto, gasto público, se financia gasto realizado por organismos que no solamente merezcan claramente el calificativo de públicos sino que, además y pese a que posean una naturaleza aparentemente distinta, se realicen en un marco jurídico que los haga asimilables a los organismos públicos.

Quiere todo ello decir, volviendo a lo estudiado en los puntos II y III de este trabajo y, sobre todo, teniendo en cuenta las conclusiones y sistemática alcanzada al final del III, que no cabría financiación comunitaria para las obras que incluí en el sistema calificado como 1), es decir las realizadas dentro de una pura concesión demanial que eran exclusivamente ejecutadas por los titulares de la concesión y a su cargo. Quiere decir, igualmente, que en principio tampoco cabría esa financiación comunitaria en el sistema calificado como 2), o sea el contrato de concesión de obra hidráulica porque aquí, otra vez, el gasto es privado, del contratista, que lo compensa posteriormente con las tarifas que como precios privados —aun autorizados administrativamente— pagan los usuarios del servicio. Lo único que cabría en este caso es considerar gasto público a la subvención pública que pudiera, quizá, otorgarse al contratista conforme a los criterios que estudié en su momento y esa subvención ser base de cálculo de la aplicación del Fondo de Cohesión (74).

(74) El Fondo ha financiado hasta el momento algunas obras llevadas a cabo mediante el sistema de concesión como es el aeropuerto de Atenas y un puente en Portugal. Creo que el mecanismo adecuado para ello es operar sobre la parte de financiación pública que dentro de la concesión pueda existir. Otra cosa creo que no se compadecería con la letra del Reglamento tal y como la he transcrito en el texto.

Por el contrario, las cantidades provenientes del Fondo de Cohesión son sin duda aplicables a las obras hidráulicas ejecutadas mediante el sistema calificado como 3), o sea las obras hidráulicas emprendidas por el poder público como tal, y también al 4), las ejecutadas por las sociedades estatales si bien, en este supuesto, en las cuantías de la inversión que procedan de fondos públicos y no de las aportaciones que, en su caso, pudieran hacer «a fondo perdido» particulares interesados a estas sociedades estatales. El carácter de sociedad estatal y, por tanto, actuante conforme al derecho privado no obstaculiza en modo alguno la consideración —equivalente a efectos comunitarios— de organismo público encontrándonos, simplemente, ante una opción libremente hecha por los poderes internos del Estado acerca de la forma jurídica en que éste va a actuar, lo que en modo alguno afecta al carácter público de los fondos utilizados por estas sociedades.

Finalmente he de indicar que otra cosa que debe tenerse en cuenta es la mecánica de aplicación de las partidas del Fondo. La reglamentación del mismo se refiere a que su entrega se realizará en relación con «gastos efectivamente realizados», si bien podrán revestir la forma de anticipos, pagos intermedios o saldo (75). Esta realización efectiva del gasto podría tener algún tipo de efecto (76) en el caso de que en el plano del derecho interno se diferiera el pago por los poderes públicos a fechas posteriores a la terminación de la obra (77) y teniendo en cuenta, en todo caso, la finalización del período contemplado por el Fondo en 1999 y los posibles problemas de pervivencia del mismo (78) o de, en su caso, su aplicación a España que, obviamente, podría variar en el caso de que la situación económica comparativa de España le hiciera

(75) Lo indicado en el texto se corresponde con lo previsto en el Artículo D) del Anexo II del Reglamento 1164/94.

(76) Utilizo el condicional «podría» porque no quiero sentar conclusiones demasiado taxativas en este difícil tema muy dependiente de la forma concreta en que en relación a una obra se articule la participación económica del Estado y el traslado y acuerdo que de la misma se haga a los órganos comunitarios. La funcionalidad de los pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares puede ser aquí muy importante.

(77) Estoy pensando en el texto en la posibilidad de que la subvención pública en el sistema de ejecución 2) (contrato de concesión de obra hidráulica) se diferiera en el tiempo conforme a lo legalmente previsto en el art. 173 de la Ley 13/96, o en el sistema 3), en el pago diferido que permite el contrato de obra bajo la modalidad de abono total diferido del precio según lo previsto en el art. 147 de la misma Ley.

(78) En el momento de redactarse este trabajo parece estar adoptada la decisión «política» de pervivencia del Fondo después de 1999 aun cuando su configuración o modo de aplicación a cada país necesitará, obviamente, de la adecuada reglamentación.

«salirse» —afortunadamente— de los criterios que justificaron la creación de este Fondo (79).

#### IV.— LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. LAS PROPUESTAS SOBRE REPERCUSIÓN ABSOLUTA DE LOS COSTES DE LOS SERVICIOS DEL AGUA

Debo concluir ya pues también el examen del derecho positivo vigente aplicable al tema ha terminado. No quiero hacerlo, sin embargo, sin traer a este lugar una propuesta de Directiva comunitaria «por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas» (80), texto de gran ambición conforme su mismo título indica (81), pero del que me interesa especialmente su art. 12 relativo a la «tarificación del uso del agua» y cuyo apartado primero indica así:

«En 2010, a más tardar, los Estados miembros garantizarán la recuperación íntegra de todos los costes de los servicios correspondientes al uso del agua, en general y por sectores económicos, desglosándolos al menos en hogares, industria y agricultura».

El texto, aun previendo una medida operativa para dentro de 13 años, nada menos (82), es de una gran trascendencia inmediata puesto que si se aprobara obligaría primero a revisiones normativas y, poste-

(79) Todo ello con independencia, obviamente, de que se creara un nuevo Fondo sustitutivo del mismo, con otro tipo de criterios básicos, objetivos en las obras a financiar etc... Esto, claro está, es ya casi ciencia ficción y un terreno sobre el que es improcedente entrar.

(80) Vid. en DOCE N.º 184/20, de 17 de junio de 1987.

(81) Creo que el texto ahora sólo a nivel de proyecto, supone un intento de inflexión en la política de aguas de la Comunidad centrada hasta ahora exclusivamente en lo que bien conocemos en la mejora de la calidad del recurso. El contenido del proyecto tiene otra funcionalidad mucho más amplia al menos en su Preámbulo, y bastante menos en su parte articulada. Sin pretender realizar ahora, ni mucho menos, un análisis sí que creo interesante recordar la consagración del principio de gestión del agua mediante cuencas y el de la planificación hidrológica también a nivel de cuenca. Es obvio que el derecho español no tendría que adecuarse en estos dos puntos a lo previsto por la Directiva sino que, al contrario, nos podríamos plantear legítimamente la pregunta acerca de si no será el derecho español el que habrá influido en la configuración del proyecto de Directiva en estas dos cuestiones.

(82) Si bien parece que es voluntad del proyecto de Directiva que el año 2010 sea el final de un proceso que habría comenzado antes. Por ello el art. 12.4 indica que «los Estados miembros fijarán un calendario para la plena aplicación de las disposiciones del presente artículo. Los detalles de dicho calendario se incluirán entre los planes de gestión de cuenca previstos por el artículo 16».

riormente, a acomodaciones técnicas y de comportamientos públicos y privados de una gran trascendencia. El texto se sitúa claramente en la línea de repercusión completa de costes a los usuarios finales de los servicios del agua de la que hemos observado algunas muestras parciales en el derecho de nuestro país en este trabajo (83). Esa repercusión tal y como está concebida en el texto, abarcaría tanto los costes de construcción de las distintas infraestructuras como los de su mantenimiento y explotación llevando consigo una necesaria modificación del art. 106 LAg. y de la normativa concordante y desarrolladora de ese precepto y operando también en todos los sectores en donde el agua tiene un valor social o económico (abastecimientos, agricultura, acuicultura etc...). Incluso el apartado segundo del precepto reafirma e intensifica su fuerte efecto obligando a la Comisión a presentar propuestas «que garanticen la inclusión de los costes ambientales y de recursos no incritos en el apartado 1 en el precio de los usos del agua», con lo que, de seguirse esta propuesta, aparecerían conforme a los deseos de muchos actuales teóricos de la economía del agua, unos costes ambientales hasta ahora pasados por alto en los usuales análisis económicos del coste y del precio del agua (84).

Bien es verdad que el apartado tercero del mismo art. 12 prevé algunas excepciones a ese inflexible principio de repercusión absoluta de costes. Entre las excepciones habría algunas que tendrían en cuenta situaciones individuales vinculadas a la calidad de vida como la de «permitir un nivel básico de uso doméstico a un precio asequible», otras atenderían a la realización de objetivos ambientales comunitarios y por ello se admitiría financiación comunitaria procedente de los fondos habituales (85) y otras, por fin, relativas a situaciones objetivas geográficas o climáticas de una región que permitieran «acogerse a las ayudas previstas por los objetivos 1, 5b y 6 de los fondos estructurales» (86).

Son, como digo, excepciones de un principio general y como tales deben motivarse «detalladamente» en los planes de gestión de cuenca previstos por el mismo proyecto de directiva y, además, explicarse pormenorizadamente a la Comisión.

(83) Recuerdo el somero análisis que hice del art. 106 LAg. y del RDL 12/1995.

(84) Señalo aquí que este proyecto de Directiva deberá profundizar más en el modo de cálculo de lo que se entienda por costes ambientales. No creo que el contenido del art. 7 y del Anexo II sea suficientemente indicativo para resolver esta difícil cuestión.

(85) Con lo que no habría repercusión absoluta al usuario final —en el caso de que éste existiera— sino, en todo caso, repercusión solo de la parte no subvencionada.

(86) Con lo que no todas las regiones, ni mucho menos, estarían incluidas dentro de la variable geográfica o climática.

El precepto —y el mismo proyecto de Directiva, obviamente— debe tenerse en cuenta obligatoriamente dentro de un trabajo que versa sobre el conjunto de la financiación estatal y comunitaria sobre las obras hidráulicas porque, con independencia de cuál sea su porvenir a corto plazo, está denotando una determinada tendencia de las instituciones europeas que no puede ser pasada por alto en cualquier planificación que en nuestro país se realice en torno a las obras hidráulicas y a su financiación.