

## PÚBLICO Y PRIVADO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DESALACIÓN DEL AGUA

 DAVID BLANQUER

*Consultor. Letrado del Consejo de Estado (excedente) (\*)*

### 1. ALGO DE HISTORIA

#### 1.1. Los primeros pasos

Aunque no faltan ocurrencias más antiguas (como la expuesta por Aristóteles en el Libro II de *Los Meteorológicos*), la primera experiencia práctica de desalación industrial de agua marina fue en el puerto de Adén (Mar Rojo) por iniciativa del Reino Unido de la Gran Bretaña, y se remonta al año 1869. No mucho después, en 1872 se emprende otro proyecto similar en la zona minera de Las Salinas (cerca de Antofagasta, Chile).

Desde entonces la producción industrial de agua mediante su desalación se ha desarrollado utilizando muy diversas técnicas, pero en la actualidad las más frecuentes y habituales son la filtración mediante ósmosis inversa y la destilación (a las que por su fuerza sugerente cabe añadir la propuesta literaria de Alberto Vázquez Figueroa<sup>1</sup>, que es una variante de la ósmosis inversa fundada en el flujo y reflujo de las mareas).

En España se ha destacado con énfasis la escasez de recursos hidrológicos; algunos opinan que no falta agua sino que sobra sal. Por impulso de la iniciativa privada, en el año 1964 se pone en marcha la primera planta de desalación de agua marina, que se instala en Lanzarote y utiliza el método de la evaporación-condensación. La iniciativa pública es la que emprende la puesta en funcionamiento de la segun-

da planta desaladora, hecho que tiene lugar en Ceuta en el año 1969.

Como suele suceder, la realidad socioeconómica se adelanta al Derecho, ya que en aquellas fechas el ordenamiento jurídico no disponía una regulación específica aplicable a la ejecución de esos proyectos (la Ley de Aguas de 1879 y la Ley de Puertos de 1928 guardaban silencio sobre ese extremo). Poco después la Ley de Costas de 1969 incluyó alguna previsión sobre las concesiones para tomas de agua, que no se aplicó a las estaciones de desalación acometidas después de su entrada en vigor.

Aunque resulte llamativo, ni la Ley de Aguas de 1985 (LA) ni la de Costas de 1988 (LC) regularon las desaladoras. La única referencia expresa que a la desalación contiene el texto originario de la LA, es la relativa a los auxilios de Estado (es decir, a la actividad administrativa de fomento; en cambio, nada se dice sobre la ordenación de esa actividad industrial de desalación ni sobre el régimen de aprovechamiento de un bien de dominio público como es el agua marina).

El silencio de la legislación estatal contrasta con el interés despertado por esta materia en la normativa de la Comunidad Autónoma de Canarias. Primero la Ley 10/1987, de 5 de mayo (que fue declarada conforme a la Constitución por la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1990, de 7 de febrero).

\* Del Departamento de Derecho Público y Procesal, Oficina de Valencia, de Uría & Menéndez.

<sup>1</sup> A. Vázquez Figueroa, *El agua prometida*, Barcelona, 1995.

Poco después la Ley 14/1987 —que modificó la disposición final 3.ª de la estatal Ley de Aguas— y la Ley 6/1989 —que ampliaba el plazo de suspensión de la aplicabilidad de la Ley estatal— (estas dos Leyes fueron declaradas contrarias a la Constitución por la sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo). Finalmente, la Ley 12/1990, de 26 de julio, desarrollada por el Decreto 86/2002 (por el que se aprueba el Reglamento de dominio público hidráulico).

### 1.2. La pertinaz sequía de los años 90

España padeció una pertinaz sequía entre 1992 y 1995, y en ese contexto se alumbra la primera norma específica sobre esta materia, el Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio (por el que se regula las instalaciones de desalación de agua marina o salobre). Esa norma contempla tanto la iniciativa pública como la privada, y se centra en el régimen de autorización o concesión administrativa de la instalación industrial. Además establece el carácter demanial del agua depurada que resulta de ese proceso industrial (no sólo cuando se trata de agua salobre de un acuífero continental, sino también cuando se trata de agua marina, que se incorpora «*ex Reglamento*» al ciclo hidrológico). En cambio, no regula la captación del agua marina ni el régimen de uso y ocupación de la zona marítimo-terrestre. Pese a que el Real Decreto 1327/1995 impuso la obligación de inscribir en un Registro administrativo las plantas desaladoras, lo cierto es que esa disposición no fue atendida y no existe en la actualidad un inventario completo de las desaladoras existentes en España. En cualquier caso, como el Real Decreto 1327/1995 ya está expresamente derogado, no interesa profundizar aquí en su estudio.

### 1.3. La Ley 46/1999, de modificación parcial de la de Aguas

La tercera etapa que aquí interesa destacar se abre con la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, que se dicta no sólo para subsanar algunas deficiencias técnicas de la LA de 1985, sino también para reaccionar ante la sequía aprovechando los avances en materia de desalación. Por un lado, la Ley 46/1999 establece cuándo se incorpora al dominio público el agua ya desalada, y por otro impone la obtención de autorizaciones y concesiones administrativas para desarrollar la actividad de desalación; esas novedades se han

incorporado al vigente Texto Refundido de la Ley de Aguas de 20 de julio de 2001 (TRLA).

### 1.4. El Plan Hidrológico de 2001 y su reforma

El Plan Hidrológico Nacional se aprobó mediante Ley 10/2001, de 5 de julio, y ha sido parcialmente modificado por el Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio. No interesa examinar el contenido de uno y otro, pero para situar el impacto de las obras hidráulicas en materia de desalación de aguas resulta indicado describir en un cuadro qué obras estaban originariamente previstas y cuáles se han añadido como consecuencia de la modificación (no se ha suprimido ninguna).

Cuenca hidrológica	PHN 2001 36 desaladoras	PHN 2004 12 desaladoras
Sur de España	(3) Carboneras, Carboneras (2.ª), Dalías	(5) Níjar, Almanzora, poniente Almería, Marbella, Costa del Sol
Melilla	(1) Melilla	
Segura	(9) Campo de Cartagena, Murcia, Alto Guadalentín, «La Pedrera», Vega Baja del Segura, Guadalentín (2.ª), Pilar de la Horadada, Canales del Taibilla (Murcia), Canales del Taibilla (Alicante)	(3) Tajo-Segura, Campo de Cartagena (distribución), L'Alacantí y Vega Baja
Internas de Cataluña	(1) Tordera	(1) Área metropolitana de Barcelona
Baleares	(8) Bahía de Palma (II), Mallorca, Menorca, Bahía de Palma (líneas 8, 9 y depósito), Ibiza, Santa Eulalia, Formentera, Formentera (arterias y redes)	
Las Palmas	(10) Lanzarote (IV), Fuerteventura, Las Palmas-Teide, Puerto del Rosario, Las Palmas (II), Guía, Arrecife, San Bartolomé-Mogán, Arucas-Moya, Janubio	

<i>Cuenca hidrográfica</i>	<i>PHN 2001 36 desaladoras</i>	<i>PHN 2004 12 desaladoras</i>
Santa Cruz de Tenerife	(4) Tenerife (desaladora), Tenerife (desalobrador), Playa de las Américas, Granadilla	
Júcar		(3) Marina Alta, Marina Baja, Jávea

A la vista de ese panorama de obras públicas y una vez descrito sintéticamente el vigente marco normativo, interesa adentrarse ahora en su análisis. Para ello se examinará primero el régimen jurídico del agua, después el de las obras hidráulicas y finalmente el del proceso industrial de desalación. Aunque no haya espacio suficiente para un análisis mínimamente detallado, se destaca la convergencia entre los intereses públicos y los privados. Por eso se presta especial atención a la titularidad privada del aprovechamiento de un bien de dominio público como es el agua marina, la financiación, ejecución y explotación por el sector privado de las obras hidráulicas precisas para la desalación, o la sustitución de la burocracia pública por la tecnocracia privada en el control de los riesgos para la salud y el entorno natural generados por la producción industrial de agua.

Si la ósmosis inversa es una de las técnicas empleadas en la desalación del agua, la ósmosis directa

entre lo público y lo privado es el rasgo que caracteriza su ordenación jurídica; estamos ante el mestizaje entre el Estado y la Sociedad, que desemboca en la criollización del ordenamiento jurídico<sup>2</sup>.

## 2. EL RÉGIMEN DEL AGUA

### 2.1. El régimen del agua antes de la desalación. La captación de agua salobre

Cuando el recurso que se va a captar para integrarlo en el ciclo integral es agua salobre, hay que distinguir dos supuestos según que el agua salobre sea marina o proceda de un acuífero continental.

#### 2.1.1. Agua salobre continental

La titularidad estatal del agua salobre de los acuíferos continentales no plantea problemas. Dentro de las aguas continentales que forman parte del dominio público hidráulico se incluyen las subterráneas, con independencia de que sean salobres o no. Lo que se exige es que las aguas subterráneas sean renovables, con independencia del tiempo de renovación (artículo 2.a) del TRLA).

Sin perjuicio de esa titularidad estatal del recurso hídrico, y además de su aprovechamiento en virtud de una concesión, el aprovechamiento o uso privado del agua salobre continental puede adquirirse directamente por disposición legal. En ese sentido,

<sup>2</sup> En relación con el objeto del presente trabajo, pueden consultarse las siguientes obras: J. Agudo González, «La desalación de aguas marinas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas», *Rev. de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 211, julio-ag. 2004, págs. 83-147; G. Ariño Ortiz y M. Sastre Beceiro, «La concesión de obra y servicio para la realización de obras hidráulicas», en *El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación* (A. Embid Irujo, dir.), editorial Civitas, Madrid, 1998, págs. 145-170; E. Colom Piazuelo, «El dominio público hidráulico. Novedades (las aguas desaladas en la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas)», en *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)* (A. Embid Irujo, dir.), editorial Civitas, Madrid, 2000, págs. 329-350; A. Embid Irujo, «Reutilización y desalación de aguas. Aspectos jurídicos», en *La reforma de la Ley de Aguas...*, cit., págs. 113-158; del mismo autor, «Las obras hidráulicas de interés general», en *Las obras hidráulicas* (A. Embid Irujo, dir.), editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 77-123; C. Jiménez Shaw, *Régimen jurídico de la desalación de agua marina*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; E. Malaret, «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», en *El nuevo Derecho de Aguas...*, cit., págs. 97-144; S. Martín-Retortillo Baquer, «Régimen jurídico de las obras hidráulicas: su incorporación por la Ley 46/1999 a la Ley de Aguas», en *La reforma de la Ley de Aguas...*, cit., págs. 35-86; J.L. Martínez López-Muñiz, «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas», *Rev. de Administración Pública*, núm. 144, sept.-dic. 1997, págs. 45-73; I. Martínez de Pisón Aparicio, «Sociedades estatales, obras públicas hidráulicas y desalación de aguas marinas: algunas acotaciones al talante privatizador de la última reforma de la Ley de Aguas», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo* (L. Coscolluela Montaner, coord.), editorial Civitas, Madrid, 2003, págs. 305-327; J.L. Moreu Ballonga, «La desalación de aguas marinas en la Ley 46/1999», *Rev. de Administración Pública*, núm. 152, mayo-ag. 2000, págs. 29-72; C. Pareja Lozano, «Obras hidráulicas y régimen urbanístico», en *Las obras hidráulicas*, cit., págs. 271-299; A.M. Rico, V. Paños Callado, J. Olcina Cantos, C. Baños Castiñeira, *Depuración, desalación y reutilización de aguas en España*, editorial Oikos-Tau, Barcelona, 1998.

el artículo 54.2 de dicho TRLA establece que sin necesidad de la previa obtención de una concesión administrativa, «[...] *en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales cuando el volumen anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos* [...]».

El aprovechamiento de aguas subterráneas directamente atribuido por la Ley se fija en un volumen uniforme para toda España (prescindiendo del destino que se dé a las aguas o de la racionalidad de esa utilización), volumen que además es igual para cualquier finca o predio con independencia de su mayor o menor extensión (de donde se infiere que bastaría una parcelación o subdivisión de una finca originaria para tener tantos derechos de aprovechamiento como fincas resultantes)<sup>3</sup>.

### 2.1.2. Agua salobre marina

Debido a que no es un recurso escaso y teniendo en cuenta que no es verosímil que se agote el agua marina, un sector de la doctrina afirma que su captación está libre de control administrativo. Para ese sector de la doctrina se trata de un aprovechamiento inocuo y por tanto libre (no es necesaria la obtención de un título administrativo habilitante, por lo que el título jurídico de adquisición es la simple ocupación). Cuando la infraestructura para su captación se sustente en el lecho marino, o transcurra sobre el dominio público de la zona marítimo-terrestre, es necesaria la obtención de una concesión por la ocupación del demanio público, pero la captación del recurso no precisa ni autorización ni concesión administrativa. También llama poderosamente la atención que uno de los argumentos que se utiliza para llegar a la conclusión de la libertad de captación es que en la práctica la Administración Pública estatal no está exigiendo la previa obtención de una concesión administrativa<sup>4</sup>.

Si bien es cierto que toda ocupación del dominio público marítimo-terrestre estatal con obras o instalaciones no desmontables está sujeta a previa concesión otorgada por la Administración del Estado

(artículo 64 LC), no es menos cierto que esa concesión no absorbe a todos los demás títulos de intervención administrativa (artículo 65 LC). Se trata de una concesión de «*ocupación*» de un bien inmueble (el lecho marino y la zona marítimo-terrestre), que no puede ser confundida con una concesión de «*aprovechamiento*» de un bien mueble (el agua marina). Además no se trata de un aprovechamiento «*normal*» del agua marina por ser conforme con el destino principal de ese bien (por ejemplo, para la producción de moluscos, o para el baño, como sucede en las instalaciones de talasoterapia), sino «*anormal*» por no ser conforme a dicho destino e implicar un proceso industrial de transformación artificial del agua marina. Por todo ello, y contra lo que ha afirmado algún sector de la doctrina, no cabe entender que la concesión de ocupación del inmueble incluye también la concesión del aprovechamiento consuntivo del agua marina como recurso natural<sup>5</sup>. El artículo 13.2 *in fine* del TRLA impone la tramitación de un expediente único para otorgar todas las concesiones y autorizaciones relativas a la desalación, pero ello no significa que deban identificarse todos los títulos administrativos habilitantes del uso o aprovechamiento del dominio público costero.

Al establecer las bases del dominio público marítimo, la Constitución de 1978 incluye una previsión inusual en el constitucionalismo comparado. A los efectos que aquí interesan baste con llamar la atención sobre la inclusión en el dominio público estatal del mar territorial (artículo 132 CE). De la Ley 10/1977 resulta la soberanía del Estado sobre la columna de agua del mar territorial, y de la Ley 15/1978 el derecho exclusivo sobre los recursos naturales (que tienen la consideración de dominio público estatal) y la competencia para ordenar la explotación del agua de la zona económica exclusiva.

En líneas generales, el régimen de captación de agua marina puede ser homogéneamente comparado con la captación de otros recursos marinos como la pesca, el marisqueo o la recolección de algas y

<sup>3</sup> El régimen jurídico del aprovechamiento de aguas subterráneas conferido por la Ley ha sido desarrollado y completado por el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril).

<sup>4</sup> Véase J.L. Moreu Ballonga, cit., pág. 35; y C. Jiménez Shaw, cit., pág. 117.

<sup>5</sup> Véase A. Martínez de Pisón, cit., pág. 314.

plantas marinas. Es libre cuando es ocasional o esporádico; es decir, cuando no se realiza por razones de rentabilidad económica, sino como una manifestación de la adecuada utilización del tiempo de ocio y entretenimiento. En esas circunstancias se puede pescar sin necesidad de obtener un previo título administrativo habilitante, y la titularidad del pescado se adquiere por ocupación.

En iguales condiciones, si es ocasional o esporádico y resulta inocuo por no implicar especiales circunstancias de intensidad, el aprovechamiento del agua marina es libre y gratuito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la LC (siempre y cuando no requiera obras o instalaciones en el lecho marino, como sucede con las pequeñas instalaciones de desalación con las que cuentan algunas embarcaciones que destinan el agua al consumo por el pasaje y la tripulación). En cambio, se requerirá la previa obtención de un título administrativo habilitante cuando el aprovechamiento sea habitual y frecuente, y revista especiales circunstancias de intensidad o rentabilidad, o siempre que requiera la ejecución de obras o instalaciones; en ese caso será de aplicación el artículo 31.2 de la LC.

Dicho ello pudiera suceder que la solución no esté en la regulación del dominio público costero o litoral, sino en la legislación de minas. Debe recordarse que, conforme a lo establecido en el artículo 339.2 del Código Civil, son bienes de dominio público «[...] *los que pertenecen privativamente al Estado [...] y están destinados [...] al fomento de la riqueza nacional, como [...] las minas, mientras no se otorgue su concesión [...]*». Ese destino de unos bienes al fomento de la riqueza nacional fue también el criterio utilizado por la Ley de Aguas de 1866 para describir el aprovechamiento de algunos recursos del litoral, que en su Exposición de Motivos señala que el mar y las playas «[...] *pertenecen al dominio público de la Nación, y son susceptibles de aprovechamientos importantes para el fomento de la riqueza [...]*» Igual referencia se hace a la pesca y a la industria de salazones, actividad que «[...] *entra naturalmente bajo la inspección de aquel ramo de Administración que tiene por objeto el fomento de la riqueza pública [...]*».

El agua marina es un recurso natural cargado de minerales que sobran para su uso como agua de riego o de «boca», y por ello es sometida a un proceso industrial de transformación comparable al que se sigue con otros recursos mineros. El régimen jurídico de captación de agua marina debería ser similar al dispuesto para la extracción de áridos del lecho marino (que también es otro recurso minero). A los efectos que aquí interesan, no hay diferencias sustantivas entre los áridos extraídos a cielo abierto en una cantera y los áridos extraídos del lecho marino. No resulta lógico que se exija autorización administrativa para realizar vertidos o para extraer áridos del mar, y en cambio sea libre la extracción de agua marina.

Pese a que el régimen general de extracción de áridos se contiene en la Ley de Minas de 21 de julio de 1973 (LM), la LC dispuso las reglas singulares que deben observarse cuando ese recurso natural está en el dominio público marítimo-terrestre (artículo 63). Importa destacar que no es libre el uso de los áridos que se extraen del mar. En ese sentido, entre las condiciones de la autorización de la extracción de áridos se exige que se precise su destino (artículo 63.3.d) de la LC). Por otro lado, el artículo 63.2 de la LC prohíbe la extracción de áridos para su uso en la construcción (salvo para la creación y regeneración de playas). Los ingresos públicos que genera ese aprovechamiento privativo del dominio público es otra manifestación de la ausencia de libertad. Conforme a lo dispuesto en el artículo 84.1 de la LC, todo aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre devenga un canon en favor de la Administración del Estado (que debe pagar el titular de la autorización de extracción de áridos). La base imponible del canon es el valor de los materiales aprovechados a precio medio de mercado (artículo 84.3.b) y el tipo de gravamen es del 100 por 100 del valor de la base (artículo 84.4).

Si los áridos forman parte de la Sección A) de la LM, en la Sección B) se incluyen las aguas minero-industriales («*las que permitan el aprovechamiento racional de las sustancias que contengan*»)<sup>6</sup>, califica-

<sup>6</sup> Dispone el art. 23.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio (de Minas): «[...] *A los efectos de la presente Ley, las aguas minerales se clasifican en: a) Minero-medicinales, las alumbradas natural o artificialmente que por sus características y cualidades sean declaradas de utilidad pública. b) Minero-industriales, las que permitan el aprovechamiento racional de las sustancias que contengan [...]*».

ción que merece el agua marina según el Reglamento de la LM («entendiéndose incluidas en este grupo las aguas tomadas del mar a estos efectos») <sup>7</sup>. Como es sabido, la LM no regula con carácter general el régimen de titularidad sino la investigación y el aprovechamiento o explotación de los recursos (artículo 1), pero establece que «[...] todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso [...]».

Sucede que la LC de 1988 regula la extracción de áridos pero no contempla la captación de agua marina. Aunque las lagunas de la LC en materia de aprovechamiento privativo del agua marina pueden ser razonablemente resueltas por analogía con lo dispuesto para la extracción de áridos, lo indicado sería actualizar en este punto la LC. En esa futura regulación debería disponerse si basta una autorización (como sucede con la extracción de áridos), o si es necesaria una concesión. También sería indicado establecer de forma expresa si el título administrativo habilitante puede ser enajenado a terceros; por regla general y salvo que sirvan de soporte a la prestación de un servicio público, las concesiones reguladas en la LC no son transmisibles por actos inter vivos (artículo 43), situación que contrasta con la dispuesta en el artículo 94 LM, que la permite aunque imponga un control administrativo de la transmisión.

También resultaría conveniente y oportuno introducir alguna peculiaridad en el canon de aprovechamiento de agua marina. El artículo 84.5 de la LC prevé de una reducción de hasta el 90 % «en los supuestos de ocupaciones destinadas al uso público gratuito», pero no contempla reducción alguna cuando se trata de un «aprovechamiento» y no de una «ocupación», pese a que resultaría razonable la reducción cuando el aprovechamiento se destina al servicio público de suministro domiciliario de agua potable (que no es un servicio gratuito pero es de prestación obligatoria para todos los Ayuntamientos de España).

## 2.2. El régimen del agua después de su desalación

Como ya se ha anticipado, el TRLA establece cuándo pasa a formar parte del dominio público hidráulico el agua marina después de su desalación. Conforme a lo establecido en el artículo 2.e) del TRLA, son bienes de dominio público: «[...] Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores [...]». Algún sector de la doctrina (COLOM 2000, 332) relaciona ese criterio del TRLA con el artículo 353 del Código Civil, a cuyo tenor: «[...] La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente [...]».

Dicho ello conviene hacer una precisión para orillar la apariencia de que el agua ya desalada siempre se incorpora al dominio público hidráulico. Más bien la regla general es la inversa, ya que normalmente el agua desalada no se incorpora directamente al dominio público hidráulico, accesión al dominio que suele producirse de las sobrantes del agua desalada ya utilizada para algún fin.

Al margen de su eventual incorporación al dominio público hidráulico, el destino del agua ya desalada puede ser tanto público como privado. Como ha destacado la doctrina, todo depende del título habilitante del aprovechamiento o del contenido de la concesión administrativa. El destino del aprovechamiento del agua es público cuando el título habilitante es la reserva en favor de la propia Administración General del Estado <sup>8</sup>. También es posible que la desalinización tenga por destino la recuperación de acuíferos subterráneos en riesgo de salinización, y en ese caso la incorporación al dominio público hidráulico determinará la titularidad administrativa del aprovechamiento del agua.

En cambio la titularidad del aprovechamiento será privada cuando el autoabastecimiento sea el destino del aprovechamiento del agua (en el bien entendido que la titularidad de ese aprovechamiento puede ser de un persona física o una sociedad mercantil privada, pero también de un Ayuntamiento o una Comuni-

<sup>7</sup> Art. 38.1.b) del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto.

<sup>8</sup> Véase A. Martínez de Pisón, cit., pág. 315.

dad Autónoma, en cuyo caso el aprovechamiento será de titularidad pública pero con el carácter de patrimonial y no de dominio público). Después del autoabastecimiento, y como consecuencia del tránsito a las siguientes etapas del ciclo integral, el agua sobrante o los vertidos al alcantarillado perderán el carácter privado (y por incorporación volverán a ser una parte integrante del dominio público).

En cualquier caso, conviene aclarar que después de otorgada la concesión de aprovechamiento privativo del agua marina, no se adquiere el «dominio» sobre el recurso sino el «aprovechamiento» de cada metro cúbico de agua una vez captada. *Aunque el aprovechamiento del agua sea privado su dominio sigue siendo público; la concesión administrativa no es título jurídico de atribución del dominio del agua sino de su aprovechamiento.* Una de las facultades que forman parte del aprovechamiento privativo que resulta de la concesión administrativa es la limitación o la exclusión del uso por terceros del mismo bien, pero en el haz de facultades no se incluye la libre disposición del recurso. Lo que confiere la concesión demanial no es la propiedad sino su aprovechamiento, y esa utilización no es libremente disponible por el titular de la concesión, sino que está afectada al concreto destino que causalmente legitima el otorgamiento de la concesión y consiguiente atribución del aprovechamiento.

### 3. LAS OBRAS HIDRAÚLICAS

#### 3.1. El concepto de obra hidráulica

En la formulación del concepto de obra hidráulica, el artículo 122 del TRLA ha adoptado un criterio descriptivo que parece contener un «*numerus clausus*» de obras, entre las que incluye de forma expresa a la desalación, actuación que se integra como un elemento más del complejo ciclo integral del agua, que cada vez se descompone en un mayor número de fases:

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

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

Conviene destacar que las instalaciones de desalación pueden ser tanto de titularidad pública como privada (artículo 123.1 del TRLA: «[...] *Las obras hidráulicas pueden ser de titularidad pública o privada* [...]»). Cabe añadir que sólo existen limitaciones respecto a la titularidad privada de desaladoras que se nutran de agua salobre continental, siempre y cuando concorra alguna de las circunstancias tipificadas en el artículo 123.2 del TRLA: «[...] *Son obras hidráulicas públicas las destinadas a garantizar la protección, control y aprovechamiento de las aguas continentales y del dominio público hidráulico y que sean de competencia de la Administración General del Estado, de las Confederaciones Hidrográficas, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales* [...]». En consecuencia, cuando se trate de desalación de agua marina no existe ningún límite legal a la titularidad privada de las obras hidráulicas e instalaciones industriales, y cuando se trate de desalación de agua salobre continental, parece que el único límite que excluye la iniciativa privada es el que resulta de las obras hidráulicas destinadas al «aprovechamiento» de esas aguas continentales.

#### 3.2. El carácter instrumental de la obra hidráulica

En gran medida el Derecho Administrativo transcurre entre las cuatro paredes del dominio público, el servicio público, la obra pública y el contrato administrativo. Entre esos elementos suele existir un lazo que los anuda: para prestar un servicio público se ocupa un bien de dominio público en el que se ejecuta una obra en virtud de un contrato administrativo. Aquí es importante empezar recordando esa interconexión porque aunque las obras hidráulicas no son siempre de carácter público, toda obra hidráulica requiere como premisa necesaria disponer de la previa habilitación administrativa que legitima el uso o aprovechamiento del agua. Como corolario

de lo ya expuesto acerca del régimen jurídico de captación del agua marina, interesa destacar esa «*condictio iuris*» de la que depende la aplicación del régimen jurídico de las obras hidráulicas.

La obra tiene un carácter instrumental del recurso hidráulico, y en consecuencia no se puede acometer la ejecución de la obra sin la previa obtención del título administrativo que habilita el uso o aprovechamiento del dominio público hidráulico. Así lo establece el segundo párrafo del artículo 123.1 del TRLA: «[...] *No podrá iniciarse la construcción de una obra hidráulica que comporte la concesión de nuevos usos del agua, sin que previamente se obtenga o declare la correspondiente concesión, autorización o reserva demaniales, salvo en el caso de emergencia o de situaciones hidrológicas extremas* [...]».

### 3.3. El soporte territorial de la obra hidráulica

#### 3.3.1. La ocupación del dominio público costero

En atención al lugar de emplazamiento de la estación desaladora, el proyecto debe resolver distintas cuestiones. La primera alternativa es que la estación se sitúe en zona marítimo-terrestre. Por analogía con lo establecido en el artículo 95 del Reglamento de Costas para las instalaciones de tratamiento de aguas residuales, se infiere que la desaladora deberá ubicarse fuera de la ribera del mar y de los primeros 20 metros de la zona de servidumbre de protección.

En ese caso la ocupación del dominio público puede tener cobertura en distintos títulos habilitantes: una *reserva demanial* al Estado, una *adscripción* a una Comunidad Autónoma, o la *concesión* otorgada a una Entidad integrante de la Administración Local o a un ciudadano o empresa privada. En este último caso, existe una íntima conexión entre el plazo de duración de la concesión del aprovechamiento del agua marina y la concesión de ocupación de la zona marítimo-terrestre, y de ahí que el artículo 66.3 de la LC disponga una regla especial para solucionar los problemas que se pueden plantear cuando no hay sincronía en el tiempo de la duración de ambas concesiones.

#### 3.3.2. El planeamiento urbanístico. Las licencias municipales

Tanto la construcción de la planta industrial de desalación, como la ejecución de las obras de las canalizaciones (primero las de captación del agua

marina y después las de distribución de agua dulce), implican una transformación del suelo que, en línea general de principio, debe ajustarse a lo que resulte del planeamiento urbanístico y obtener las pertinentes licencias municipales (tanto las urbanísticas como las de actividades clasificadas —así, por ejemplo, el régimen de distancia mínima al núcleo de población—). En ese sentido el artículo 74.3 LC impone que las concesiones de ocupación de la zona marítimo-terrestre se otorguen respetando lo previsto en los instrumentos de planificación urbanística.

Ello no obstante, después de declarar que las desaladoras tienen la consideración de obras hidráulicas, el artículo 127 TRLA dispone que en determinadas circunstancias la aprobación del proyecto de obra justifica la modificación de planeamiento urbanístico (así sucede cuando se trata de obras hidráulicas de interés general o de ámbito supramunicipal, siempre que estén incluidas en la planificación hidrológica y no agoten su funcionalidad en el término municipal en el que se ubiquen). Esa modificación del planeamiento exige la participación municipal mediante la emisión de un informe preceptivo pero no vinculante. Es más, en esas circunstancias las obras no están sujetas a licencia urbanística ni a cualquier otro acto de control preventivo municipal, y el Ayuntamiento no está habilitado para suspender la ejecución de las obras (siempre que el proyecto esté aprobado y concurren los demás requisitos fijados por la Ley). Esa regulación es respetuosa con la autonomía local, pues conforme a la jurisprudencia constitucional, en la modificación del planeamiento la autonomía local queda salvaguardada mediante la participación municipal por la emisión de un informe (sentencias TC 149/1998, 103/1989, 56/1986).

En consecuencia, desde la perspectiva urbanística hay que distinguir dos clases de obras hidráulicas: por un lado las que están plenamente sometidas a la legislación urbanística y a las normas reguladoras de las actividades clasificadas; por otro lado las que escapan a esas regulaciones por ser obras hidráulicas de interés general o de ámbito supramunicipal, siempre que estén incluidas en la planificación hidrológica y no agoten su funcionalidad en el término municipal en el que se ubiquen.



### 3.4. Las obras hidráulicas de interés general

Como se acaba de poner de relieve, pieza angular del régimen urbanístico de la desaladora es su calificación como una obra hidráulica de interés general. Como esa declaración es de «*interés general estatal*», podría pensarse que nos encontramos en un escenario propicio a los conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas; no cabe olvidar que el artículo 148.1.4.<sup>a</sup> de la Constitución legitima que los Estatutos atribuyan a las Comunidades Autónomas competencia en materia de «[...] *las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio* [...]», y el artículo 148.1.10.<sup>a</sup> en materia de «[...] *proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma* [...]». Lo cierto es que los acontecimientos discurren en dirección inversa, pues la aspiración de las Comunidades Autónomas es que sea el Estado quien financie la ejecución de esas obras hidráulicas.

Dicho ello conviene aclarar también que la declaración de «*interés general estatal*» no significa siempre el monopolio competencial de la Administración General del Estado. Junto a las obras hidráulicas de exclusivo interés general estatal, la experiencia práctica demuestra que también existen obras hidráulicas de interés general «*participadas*» por las Comunidades Autónomas. Con el propósito de persuadir al Estado para que declare el interés general de una determinada obra hidráulica, las Comunidades Autónomas se ofrecen a colaborar mediante distintas fórmulas (financiar la elaboración del proyecto técnico, aportar los terrenos necesarios para ejecutar la obra, o asumir los costes de mantenimiento y conservación). En el TRLA existe una doble cobertura legitimadora de la iniciativa conjunta de obras hidráulicas por varias Administraciones Públicas. Conforme a lo establecido en el artículo 124.1 del TRLA: «[...] *Son competencia de la Administración General del Estado las obras hidráulicas de interés general. La gestión de estas obras podrá realizarse directamente por los órganos competentes del Ministerio de Medio Ambiente o a través de las Confederaciones Hidrográficas. También podrán gestionar la construcción y explotación de estas obras las Comunidades Autónomas en virtud de convenio específico o encomienda de gestión*[...]».

De la literalidad de ese precepto podría inferirse la conclusión de que las Entidades integrantes de la Administración Local están excluidas de la ejecución conjunta de obras hidráulicas de interés general, pero lo cierto es que esa segunda alternativa tiene habilitación expresa en el artículo 124.4 TRLA, a cuyo tenor: «[...] *La Administración General del Estado, las Confederaciones Hidrográficas, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales podrán celebrar convenios para la realización y financiación conjunta de obras hidráulicas de su competencia* [...]».

¿Puede una Comunidad Autónoma impulsar la ejecución de una desaladora ubicada en el ámbito territorial de otra Comunidad Autónoma distinta? La respuesta a ese interrogante se infiere de lo dispuesto en el artículo 46.1.d) del TRLA, a cuyo tenor, tienen la consideración de obras hidráulicas de interés general y serán competencia de la Administración General del Estado, «[...] *las obras de abastecimiento, potabilización y desalación cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma* [...]».

Cuando la declaración de obra hidráulica de interés general resulta de forma expresa de una Ley específicamente aprobada con esa finalidad ... ¿es necesario que la elaboración de la Ley sea precedida por la aprobación del proyecto de obra?; ¿basta la idea genérica para que la obra pueda merecer la consideración de interés general?; ¿es preciso algo más que la simple idea por resultar necesaria la existencia de un proyecto técnico aprobado? Con fundamento en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, lo indicado sería que antes de realizar por Ley la declaración de interés general se exigiera la existencia de un proyecto previo que además ya hubiera sido objeto de evaluación de impacto ambiental.

El TRLA guarda silencio sobre este extremo, en el que la doctrina discrepa de la jurisprudencia, pues mientras que el Tribunal Supremo exige la existencia previa de un proyecto, la doctrina considera que puede bastar la simple formulación de una idea o la identificación del objetivo que se persigue. A juicio del Tribunal Supremo, para elaborar el proyecto técnico de ingeniería no es necesaria la existencia de una previa Ley habilitadora, pero para declarar mediante Ley que una obra hidráulica es de interés general resulta precisa la previa existencia de un proyecto técnico (sentencia del TS de 14 de julio de 1997).

Cuando se afirma que no es estrictamente necesaria la previa existencia del proyecto<sup>9</sup>, se argumenta que la clave es la efectiva ejecución de la obra que podrá quedar en suspenso por causas políticas, presupuestarias o puramente técnicas (por ejemplo, como consecuencia del resultado negativo de la evaluación de impacto ambiental).

### 3.5. La evaluación del impacto ambiental de las obras hidráulicas de desalación

Junto al elevado consumo de energía, uno de los grandes obstáculos de las desaladoras es su impacto ambiental. La articulación de la desaladora con la racional utilización de los recursos naturales exige una reflexión sosegada. Los riesgos ambientales tienen distinta proyección y alcance. Por un lado está la evaluación de impacto ambiental y paisajístico de la ejecución de las obras de la instalación desaladora (incluidas las canalizaciones).

Por otro lado la contaminación ambiental producida por las emisiones generadas por la actividad industrial, o la derivada del uso de productos químicos para depurar el agua.

Finalmente también hay que tomar en consideración el vertido de salmuera y su impacto en la flora y la fauna marina. En este apartado únicamente se estudiará la evaluación de impacto ambiental de la obra, dejando para otro momento las emisiones de la actividad industrial y el régimen del vertido de salmuera.

El artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio (de evaluación de impacto ambiental) distingue los proyectos de obras en los que es obligatoria la previa evaluación (los incluidos en el Anexo I) y los proyectos en los que la evaluación es facultativa, pues sólo se realiza «*cuando así lo decida el órgano ambiental*» (los incluidos en el Anexo II). Conforme a lo establecido en el artículo 1.2 del citado Real Decreto Legislativo, la decisión de someter a evaluación de impacto ambiental los proyectos de obra del Anexo II debe ser motivada y pública, y adoptarse con arreglo a los criterios fijados en el Anexo III. Pues bien, después de las modificaciones introducidas por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, el Anexo II hace expresa referencia a las «[...] *instalaciones de desalación o desalobración de agua con un*

*volumen nuevo o adicional superior a 3.000 metros cúbicos/día [...]*» (Grupo 8.d).

La sujeción a la previa evaluación de impacto ambiental de esos proyectos de desalación o desalobración es aparentemente facultativa. Ahora bien, esa apreciación inicial se matiza por el propio Real Decreto Legislativo, que habilita a la legislación autonómica para transformar en preceptiva la evaluación de los proyectos de obra del Anexo II. Efectivamente, dispone el segundo párrafo del artículo 1.2 del RDL 1302/1986 que «[...] *lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación a aquellos proyectos para los que la normativa de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, bien exija evaluación de impacto ambiental, en todo caso, bien haya fijado umbrales, de acuerdo con los criterios del anexo III, para determinar cuándo dichos proyectos deben someterse a evaluación de impacto ambiental [...]*».

En consecuencia, del Real Decreto Legislativo 1302/1986 resulta que la evaluación de impacto ambiental de las desaladoras o desalobradoras con un volumen nuevo o adicional superior a 3.000 metros cúbicos/día, estarán imperativamente sujetas a evaluación de impacto cuando así lo dispongan las Comunidades Autónomas. Dicho ello, y antes de examinar la legislación autonómica, interesa añadir un breve comentario para aclarar el régimen aplicable a las desaladoras que se hubieran puesto en funcionamiento antes de que la estatal Ley 6/2001 incluyera en el Anexo II a las desaladoras. En ese caso la previa evaluación de impacto ambiental puede ser exigible cuando después de entrar en vigor esa Ley 6/2001 concurren las circunstancias especificadas en el Grupo 9 del Anexo II, en particular cuando se trate de cualquier cambio o ampliación que produzca un incremento significativo de vertidos al litoral o afecte a praderas de Posidonia (pues tales praderas son objeto de protección especial por la Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo).

En cuanto a la legislación autonómica cabe distinguir distintos grupos de Comunidades Autónomas. Algunas establecen de forma expresa la obligación de la previa realización de la evaluación de impacto ambiental en los proyectos de desaladoras; así sucede

<sup>9</sup> Véase A. Embid Irujo, «Las obras hidráulicas...», cit., pág. 112.

en Baleares<sup>10</sup> (se sujeta a evaluación simplificada las plantas desaladoras con una capacidad superior a los 1.000 m<sup>3</sup>/día) y Murcia<sup>11</sup> (donde se exige la evaluación cualquiera que sea la capacidad de la planta). En Canarias<sup>12</sup> no se hace expresa mención a las desaladoras pero se citan las plantas potabilizadoras con una capacidad superior a 5.000 m<sup>3</sup>/día, que quedan sujetas a la evaluación detallada.

En otras Comunidades Autónomas la regulación es más confusa, y al no hacer expresa mención a las desaladoras, la sujeción a impacto ambiental se infiere de otros proyectos de obras. Así sucede, por ejemplo en Andalucía<sup>13</sup>, donde se debe realizar la previa evaluación de impacto ambiental para las «[...] obras marítimo terrestres como [...] emisarios submarinos [...]», mientras que basta el simple informe ambiental para las «estaciones depuradoras»<sup>14</sup>. En la Comunidad Valenciana<sup>15</sup> la Ley establece la obligación para las obras de «depuración de aguas y emisarios», y el Reglamento concreta que basta la simple estimación de impacto ambiental cuando se trata de plantas depuradoras de aguas (cuando se proyecten para unos parámetros comprendidos entre 10.000 y 100.000 habitantes)<sup>16</sup>. En Cataluña<sup>17</sup> tampoco se hace expresa referencia a las desaladoras, por lo que la eventual evaluación ambiental únicamente dependerá de la fuente de energía utilizada; se precisa autorización ambiental para las instalaciones de combustión con potencia térmica superior a 50 MW o las instalaciones de cogeneración con potencia eléctrica superior a 50 MW, y basta la licencia ambiental cuando se trata del resto de las instalaciones de combustión o cogeneración.

### 3.6. Formas de ejecución y financiación de la obra pública hidráulica

#### 3.6.1. Las distintas fórmulas organizativas y financieras

A los efectos que aquí interesan, no hay espacio para detenerse en el estudio detallado de las distintas fórmulas contractuales y financieras que se pueden uti-

lizar para elaborar el proyecto de una desaladora de titularidad privada, ejecutar la obra y después explotarla. En cuanto a las plantas desaladoras de titularidad pública, hay que destacar cuatro grandes criterios organizativos: (i) el primero (que es el más simple y también el menos frecuente en la práctica), es la ejecución directa de la obra por la propia Administración Pública que es titular de la instalación industrial, para lo cual es necesario que concurren los requisitos exigidos por el artículo 152 del TRLCAP; (ii) la segunda alternativa es que la Administración Pública contrate con un particular o empresa privada la ejecución de la obra (fórmula que pueden utilizar no sólo las Administraciones Territoriales sino también las Confederaciones Hidrográficas); (iii) cuando el tercero que ejecuta la obra o dirige los trabajos de construcción es una sociedad mercantil de titularidad pública específicamente creada para esa finalidad existen algunas especialidades dispuestas por el TRLA; y (iv) finalmente, el contrato administrativo de concesión de obra pública introducido por la Ley 13/2003, que es el cauce idóneo para canalizar la inversión privada en la ejecución y explotación de obras públicas.

A los efectos que aquí interesan, basta con hacer una sucinta referencia a las modalidades más recientes que permiten la participación del sector privado y la financiación extrapresupuestaria de las obras hidráulicas de titularidad pública.

#### 3.6.2. Las sociedades públicas creadas para la construcción, explotación o ejecución de obras hidráulicas

Las Administraciones Públicas pueden crear instrumentalmente sociedades mercantiles de titularidad pública que tengan dentro de su objeto social específico las obras hidráulicas (así sucede desde que la Ley 13/1996 creó la figura de las Sociedades Estatales de la Administración Hidráulica). La operativa de esas operaciones inmobiliarias y financieras se

<sup>10</sup> Decreto 4/1986, de 23 de enero.

<sup>11</sup> Apdo. 2.10.ª) del Anexo de la Ley 1/1995, de 8 de marzo.

<sup>12</sup> Anexo I de la Ley 11/1990, de 13 de julio.

<sup>13</sup> Anexo I.15 de la Ley 7/1994, de 18 de mayo.

<sup>14</sup> Anexo II.33 de la Ley 7/1994, de 18 de mayo.

<sup>15</sup> Apdo. 6.ª) del Anexo de la Ley 2/1989, de 3 de marzo.

<sup>16</sup> Anexo II.3.e) del Decreto 162/1990, de 15 de octubre.

<sup>17</sup> Ley 3/1998, de 27 de febrero.

estructura de forma triangular, en rigor cabe distinguir tres relaciones jurídicas distintas: creación de la Sociedad, encomienda de gestión y contratación de la obra.

Por un lado la relación entre la Administración Pública y la Sociedad mercantil instrumentalmente creada por la primera. Un ejemplo es «*Aguas de la Cuenca del Sur, S.A.*» (ACUSUR), Sociedad Estatal constituida el 29 de julio de 1998, que entre otras actuaciones desarrolla la desaladora de Carboneras para usos agrícolas en la comarca de Níjar (Almería), o la desalobrador de la presa El Atabal para el abastecimiento urbano de la ciudad de Málaga. También cabe mencionar a «*Aguas de la Cuenca del Segura, S.A.*» (ACSEGURA), Sociedad Estatal constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 1999, que tiene encomendada la desaladora de agua de mar del Campo de Cartagena (sector norte y sur), que en su área de influencia tiene zonas regables con aguas subterráneas de acuíferos sobreexplotados o salinizados de Sucina, los Martínez del Puerto, Alhama y Fuente Álamo, y el sistema hidráulico de abastecimiento de agua potable de la Mancomunidad de Canales del Taibilla.

Aunque el artículo 132 del TRLA sólo regula la constitución de Sociedades Estatales en cuyo capital sea mayoritaria la participación (directa o indirecta) de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás Entidades estatales de Derecho Público, no hay obstáculos legales que impidan la constitución por una Comunidad Autónoma o por un Ayuntamiento de una Sociedad de Economía Mixta (que tenga por objetivo captar recursos financieros o el «*know how*» del sector privado).

De lo establecido en el artículo 132 del TRLA se infiere que ese objeto puede abarcar un amplio abanico de actividades, que no se limitan a la «*construcción*», «*explotación*» o «*ejecución*» de la obra hidráulica, sino que además también pueden consistir en «*la adquisición de obras hidráulicas*». A juicio de un sector de la doctrina<sup>18</sup>, estas Sociedades mercantiles de titularidad pública pueden contratar con terceros la ejecución de la obra hidráulica pero deben ejercer la explotación; es decir, no pueden contratar que sea un tercero quien construya y además explote la obra pública.

La segunda relación es la encomienda de gestión que realiza una Administración Pública a la sociedad mercantil de titularidad pública. Conviene aclarar que la Administración Pública que hace la encomienda a la Sociedad mercantil puede ser la propia Administración Pública que crea a la Sociedad (por ejemplo, la Administración General del Estado), pero lo más habitual y frecuente es que sea otra Administración distinta (normalmente una Confederación Hidrográfica).

Como ya se ha anticipado, tradicionalmente el Derecho Administrativo se desarrolló entre las cuatro paredes del dominio, el servicio, la obra y el contrato. En ese contexto se considera que para construir un inmueble de dominio público, el cauce jurídico indicado es el contrato administrativo de obra (el titular del bien de dominio público es el dueño de la obra que adjudica el contrato administrativo). De igual forma que para proteger el dominio público la Administración está investida de prerrogativas exorbitantes (recuperación posesoria, deslinde administrativo, imposición de servidumbres), para garantizar el buen fin de la obra y así proteger el dominio público, el ordenamiento jurídico también atribuye a la Administración contratante potestades unilaterales de carácter exorbitante (la Administración que adjudica un contrato de obra puede interpretarlo, modificarlo, resolverlo o anularlo sin necesidad de acudir a los Tribunales y de forma unilateral).

Con el transcurso del tiempo ese esquema tradicional ha saltado por los aires y el Derecho positivo admite la posibilidad de que la Administración renuncie a esas prerrogativas contractuales a cambio de abrirse a la financiación privada en la ejecución de la obra pública<sup>19</sup>. Se gana esa ventaja extrapresupuestaria pero la Administración no se libera del régimen público de selección de contratistas y de adjudicación del contrato (es decir, la relación contractual entre dos sujetos de Derecho Privado queda parcialmente sujeta al Derecho Administrativo y a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Desde la perspectiva de la protección de un bien inmueble de dominio público como es una obra hidráulica, las tradicionales prerrogativas contractuales (interpreta-

<sup>18</sup> Véase A. Martínez de Pisón, cit., pág. 324.

<sup>19</sup> Véase J.L. Martínez López-Muñiz, cit., pág. 69.

ción, modificación, resolución y anulación), se transforman en las más modestas potestades que conserva la Administración al realizar la encomienda de gestión (dirección, inspección, control y recepción de las obras).

No es de extrañar que la dogmática jurídica haya destacado y criticado esa radical transformación de las categorías<sup>20</sup>, pero lo cierto es que antes de que la Ley 13/1996 creara la figura de las Sociedades Estatales de la Administración Hidráulica, el Tribunal Supremo ya había declarado que no hay ningún obstáculo jurídico que impida que una Administración Territorial cree una Sociedad mercantil para encomendarle la ejecución de obras públicas<sup>21</sup>.

La encomienda de gestión se instrumenta a través de un convenio administrativo que en principio no tiene un contenido predeterminado, salvo disposición legal que expresamente lo imponga (como sucede para las Sociedades creadas por la Administración General del Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 del TRLA).

La encomienda de gestión se formaliza mediante un convenio administrativo que tiene una extraordinaria importancia y constituye una excepción a la regla general del artículo 15.5 de la Ley 30/1992. El artículo 132 del TRLA habilita al Estado a encomendar obras hidráulicas a una persona jurídica sujeta al Derecho Privado, y para hacerlo al margen de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. De ahí la importancia de la delimitación del encargo, pues las tareas que no resulten expresamente determinadas en el convenio de colaboración que formaliza la encomienda de gestión sí que estarán sujetas al TRLCAP.

En el caso particular del artículo 132 del TRLA, el convenio que formaliza la encomienda de gestión no es un simple medio del que instrumentalmente se sirve la Sociedad mercantil de titularidad pública, sino que contribuye a identificar y delimitar el fin público que constituye el objeto del encargo y que justifica su propia existencia.

Finalmente, el contrato que celebre con terceros esa Sociedad mercantil de titularidad pública. El vínculo jurídico que anuda la relación entre la Sociedad de titularidad pública y el tercero (que proyecta la obra, la ejecuta o la explota), no es en rigor un contrato de naturaleza administrativa, sino un contrato privado al que es de aplicación la doctrina de los actos separables<sup>22</sup>. Es decir, aunque sus efectos y extinción se rigen por el Derecho privado, la preparación y adjudicación del contrato está regida por el Derecho Administrativo (por lo que en lo concerniente a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación hay que estar a lo dispuesto en el TRLCAP).

El contenido de ese contrato puede no limitarse a la ejecución de las obras; puede ser un contrato mixto o complejo que también incluya la adquisición de parte de las acciones de la Sociedad mercantil de titularidad pública, u otras aportaciones económicas que realizará el tercero en favor de dicha Sociedad. También cabe que los usuarios finales del agua contribuyan a la financiación de la obra hidráulica de la que se benefician, mediante el pago de una exacción denominada «*tarifa de utilización del agua*» (regulada en el artículo 114.2 del TRLA).

Antes de finalizar este apartado debe hacerse una precisión para aclarar el régimen contractual al que debe someterse la Sociedad mercantil de titularidad pública cuando el contrato que celebra tiene por objeto la puesta a disposición o la explotación de una red fija que preste un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable (en particular cuando la red se utilice para el suministro de agua potable). En ese caso, como poder adjudicador del contrato la Sociedad está sujeta a lo dispuesto en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre (que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones). Esa Ley también rige para los «[...] *contratos que deban adjudicar las entidades que ejerzan una actividad de producción, transporte o distribución de agua potable, siempre y*

<sup>20</sup> *Ibid.*, pág. 48.

<sup>21</sup> El recurso interpuesto por la Asociación de Empresas de Construcción de Madrid contra la decisión del Ayuntamiento de Alcobendas de constituir una Sociedad Anónima para ejecutar las obras municipales, fue desestimado por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1991 (ponente J. Rodríguez-Zapata; RJ 1991\7644).

<sup>22</sup> Véase A. Martínez de Pisón, cit., pág. 323.

cuando dichos contratos estén relacionados con proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje y el volumen de agua destinado a abastecimiento de agua potable represente más del 20 por 100 del volumen de agua total disponible gracias a dichos proyectos o dichas instalaciones. o están relacionados con la evacuación o tratamientos de las aguas residuales [...]» (artículo 3.a) de la Ley 48/1998).

### 3.6.3. La encomienda de gestión a los propios usuarios

Hasta ahora se ha hecho referencia a la construcción y gestión de la obra hidráulica por la propia Administración Pública (la Sociedad mercantil de titularidad pública), y seguidamente se examinará su construcción y explotación por un tercero ajeno al aprovechamiento privativo de las aguas (el concesionario de la obra pública hidráulica). En este momento debe hacerse una breve referencia a la construcción y gestión de la obra por los propios titulares del aprovechamiento privativo del dominio público hidrológico (quienes siendo concesionarios del aprovechamiento del agua se constituyan como comunidades de usuarios).

En este caso el vínculo entre la Administración que es dueña de la obra y quienes la explotan no responde al concepto de contrato sujeto al TRLCAP; estamos una vez más ante la figura del mandato para realizar una actividad técnica o encomienda de gestión; dispone el artículo 125.1 del TRLA que, «[...] a tal efecto, se suscribirá un convenio entre la Administración y las comunidades o juntas centrales de usuarios en el que se determinarán las condiciones de la encomienda de gestión y, en particular, su régimen económico-financiero [...]».

Por lo demás, la encomienda de gestión no es la única fórmula jurídica de la que pueden servirse las Comunidades de Usuarios, pues también se contempla la alternativa de celebrar un contrato administrativo de concesión de obra pública (artículo 125.2 del TRLA). En este último caso, uno de los rasgos más destacables es que no se aplica aquí el régimen de igual concurrencia para la adjudicación que rige para los contratos administrativos; no hay aquí competencia de proyectos sino que de forma directa se adjudica la obra hidráulica al titular de la concesión de aprovechamiento privativo del agua. Precisa el artículo 125.2 que «[...] un convenio específico entre la Administración General del Estado y los

usuarios regulará cada obra y fijará, en su caso, las ayudas públicas asociadas a cada operación [...]».

### 3.6.4. El contrato de concesión de obra hidráulica

El objeto del contrato puede ser bien la explotación durante un plazo de tiempo determinado de una obra ya construida, bien la construcción de la obra y su posterior explotación por un plazo de tiempo máximo, que en el caso de las obras hidráulicas no puede exceder en ningún caso de 75 años, prórrogas incluidas (artículo 134 TRLA).

La mayor peculiaridad de ese contrato radica en la generosa diversificación de las fuentes financieras necesarias para sufragar la ejecución y explotación de la obra pública, combinada con el respeto de los objetivos de estabilidad presupuestaria (artículo 220.4 TRLCAP). El fundamento ideológico de esa figura está claramente señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, que establece la clave de bóveda en la colaboración entre el sector público y el privado. El reconocimiento del papel fundamental del sector privado se desarrolla en el articulado de la Ley, y alcanza no sólo a la financiación, sino a la elaboración del proyecto técnico de la obra, incluso a la fijación bilateral del contenido de las obligaciones contractuales.

El principio general es que las obras públicas objeto de concesión se financian por el concesionario (total o parcialmente), quien asume el riesgo en función de la inversión realizada. Ello no obstante, además de obtener *financiación privada de terceros* (bien hipotecando la concesión como derecho real, bien mediante créditos participativos o emitiendo obligaciones o bonos, derechos de crédito que pueden incorporarse a títulos negociables), el adjudicatario del contrato puede disfrutar de *financiación pública* (cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración también puede aportar recursos públicos para su financiación, que adoptarán la forma de financiación conjunta de la obra, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, así como préstamos participativos). Es más, esa financiación pública puede ser aportada por otras Administraciones distintas a la concedente, incluso puede provenir de otros organismos nacionales o internacionales (artículo 224 TRLCAP).

El amplio campo de iniciativa privada no se reduce a la financiación, sino que se extiende a la elaboración del proyecto técnico con arreglo al cual se va a ejecutar la obra, y también en la fijación del pliego de condiciones administrativas. Mediante la presentación de un «*estudio de viabilidad*», es el sector privado quien puede asumir la iniciativa de ejecutar y explotar una obra pública hidráulica. Es decir, no es indispensable que los particulares estén a la espera de que la Administración Pública ponga en marcha el procedimiento de contratación, sino que pueden excitar su convocatoria. Ocurre que ese espíritu emprendedor no recibe el premio grande que en justicia merece, pues a quien tomó la iniciativa en la elaboración del proyecto no se le reconoce el derecho de tanteo en la adjudicación del contrato que le permite desplazar al mejor postor en el concurso. Únicamente se le reconoce el premio de consolación de recuperar la inversión realizada en la realización del proyecto. En cualquier caso, a los efectos que aquí interesan, hay que destacar que las desaladoras previstas en el vigente Plan Hidrológico no son un límite que constriña la iniciativa privada, que previo el correspondiente estudio de viabilidad podrá excitar a las Administraciones Públicas para que acometan otras obras públicas hidráulicas no contempladas en el Plan Hidrológico. En cualquier caso, el espíritu emprendedor queda sujeto al artículo 227.5 del TRLCAP.

El importante espacio de libertad empresarial en el impulso de nuevas desaladoras no se agota en ese momento inicial de la presentación del estudio de viabilidad, sino que además habilita a la iniciativa privada a sugerir mejoras al anteproyecto y al proyecto técnico, que son elaborados y provisionalmente aprobados por la Administración, que está obligada a tomar en consideración las aportaciones y sugerencias que se realicen en el trámite de información pública (artículos 228 y 229 del TRLCAP). A la vista del resultado de la información pública la Administración aprobará *provisionalmente* el proyecto, pues su aprobación *definitiva* resulta del intercambio de la demanda (el pliego) y la oferta (las proposiciones de los aspirantes a adjudicatarios). El proyecto no es definitivamente aprobado hasta la adjudicación del contrato, y de ahí que una vez perfeccionado el contrato ya no se puedan introducir modificaciones en el proyecto salvo que de forma sobrevenida aparezcan nuevas necesidades de interés público o causas imprevistas (artículo 240.1 del TRLCAP).

Una vez aprobado *provisionalmente* el proyecto técnico se inicia el procedimiento de contratación propiamente dicho, para lo cual la Administración debe fijar el pliego de condiciones y aportar una certificación acreditativa de la existencia de consignación presupuestaria. Podría pensarse que el pliego es un documento rígido que se elabora unilateralmente por la Administración, pero muy al contrario es un documento dúctil y elástico. En relación al pliego la Ley reconoce a los particulares una gran capacidad de iniciativa, hasta el punto de que incluso puede afectar al proyecto técnico provisionalmente aprobado. Quienes a la vista del pliego presenten una proposición pueden impulsar ajustes del proyecto que ha sido objeto de aprobación provisional (siempre y cuando el pliego admita esa participación).

Como ya se ha anticipado, el ámbito de participación del sector privado no se limita a la fijación del proyecto técnico de la obra, sino también al establecimiento de las cláusulas contractuales, pues a la vista de los términos y condiciones estipulados en el pliego, pueden sugerir cambios e innovaciones que pueden afectar a muy diversas y relevantes cuestiones: desde el plan económico-financiero al plazo de duración de la concesión, sin olvidar el plan de ejecución de las obras o el porcentaje o margen de subcontratación al que deviene obligado el adjudicatario (artículo 233 del TRLCAP).

#### 4. LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL

##### 4.1. El control administrativo de las instalaciones industriales

La liberalización industrial que se impulsa en España a partir del Plan de Estabilización de Ullastres y del Decreto-Ley 10/1959, de 21 de julio (sobre ordenación económica), desemboca en la Ley 21/1992, de 16 de julio (de industria), que reconoce la libertad de establecimiento para la instalación, ampliación y traslado de actividades industriales.

Ello no obstante, el desarrollo de esas actividades industriales requiere autorización administrativa cuando así lo establezca una Ley por razones de interés público, o cuando se establezca reglamentariamente para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de Tratados y Convenios internacionales (artículo 4.2 de la Ley 21/1992).

El artículo 13 del TRLA reconoce que cualquier persona física o jurídica puede realizar la actividad

de desalación de agua de mar con sujeción a determinadas autorizaciones administrativas expresamente mencionadas en esa norma, entre las que no se incluye la autorización industrial (el citado artículo 13 menciona la autorización de vertidos al mar pero no cita la autorización industrial). Conforme al artículo 13 del TRLA:

«[...] 1. *Cualquier persona física o jurídica podrá realizar la actividad de desalación de agua de mar, previas las correspondientes autorizaciones administrativas respecto a los vertidos que procedan, a las condiciones de incorporación al dominio público hidráulico ya los requisitos de calidad, según los usos a los que se destine el agua.*

2. *Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales que sean precisas de acuerdo con la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y las demás que procedan conforme a la legislación sectorial aplicable si a la actividad de desalación se asocian otras actividades industriales reguladas, así como las derivadas de los actos de intervención y uso del suelo.*

*Aquellas autorizaciones y concesiones que deban otorgarse por dos o más órganos u organismos públicos de la Administración General del Estado, se tramitarán en un solo expediente, en la forma que reglamentariamente se determine.*

3. *La desalación de aguas continentales se someterá al régimen previsto en esta Ley para la explotación del dominio público hidráulico [...].*

Esa regla general (no se requiere previa autorización industrial para la instalación ampliación o traslado de una desaladora), tiene por excepción aquellas plantas de desalación que formen parte de una instalación industrial destinada a la generación de energía eléctrica, que requieren la previa obtención de una autorización administrativa que tiene carácter reglado (el silencio administrativo tiene significado denegatorio), y que se rige por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación (así resulta del artículo 4.2 de la Ley de Industria, y los artículos 21 y 28 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico). Con arreglo a la Ley 54/1997, está sujeta a previa autorización admi-

nistrativa la construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica. Esa autorización industrial rige tanto para las instalaciones con una potencia superior a 50 MW como para las que por tener una potencia inferior se rijan por la autorización en régimen especial del artículo 28. Junto a ese régimen general de la producción industrial de agua mediante desalación, está el especial de Canarias, regulado en la Ley 12/1990, de 26 de julio, cuya exposición desborda los límites de este trabajo.

En las demás plantas de desalación que pueden ponerse en funcionamiento sin necesidad de obtener esa autorización administrativa, hay que cumplir en cualquier caso los Reglamentos de Seguridad Industrial, cumplimiento que se puede probar mediante una certificación expedida por un Organismo de Control (que para supervisar la seguridad industrial del proceso de desalación, puede ser creado por la iniciativa privada, que de esa forma sustituye a la burocracia pública mediante la tecnocracia privada).

#### **4.2. La prevención y control integrado de la contaminación**

El régimen de prevención y control integrado de la contaminación (regulado por la Ley 16/2002, de 1 de julio), sólo es aplicable a las instalaciones de combustión con una potencia térmica superior a 50 MW. En su apartado 1, el Anejo 1 de esa Ley 16/2002 cita no sólo a las instalaciones de producción de energía eléctrica en las que se utilicen combustibles fósiles, residuos o biomasa, sino también a las instalaciones de cogeneración, calderas, hornos, generadores de vapor (con independencia de que esa actividad de generación de energía eléctrica sea la actividad industrial principal o no). Se somete a la obtención de la autorización ambiental integrada la construcción, montaje, explotación o traslado de las mencionadas instalaciones, así como su modificación sustancial. Mientras que la Ley del Sector Eléctrico no establece criterios para deslindar el carácter sustancial de las modificaciones, la Ley 16/2002 dispone qué circunstancias objetivas hay que valorar<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Conforme a lo establecido en el art. 10.2 de la Ley 16/2002, para valorar ese extremo hay que ponderar las siguientes circunstancias: el tamaño y producción de la instalación, los recursos naturales que utiliza, el consumo de agua y energía, el volumen, peso y tipología de los residuos generados, la calidad y capacidad regenerativa de los recursos naturales de las áreas geográficas que puedan verse afectadas, el grado de contaminación producido, el riesgo de accidente, la incorporación o aumento en el uso de sustancias peligrosas.



Es decir, en ese caso para obtener la autorización industrial es requisito previo conseguir la autorización ambiental integrada (artículo 11.2 de la Ley 16/2002). Mientras que esas dos autorizaciones son autónomas, el otorgamiento de la autorización ambiental integrada orilla por absorción la exigencia de obtener adicionalmente la autorización de vertidos al mar (segundo párrafo del artículo 11.3 de la Ley 16/2002).

#### **4.3. La emisión de gases de efecto invernadero y el Protocolo de Kioto**

No obstante la pretensión de conferirle un carácter integral, la autorización regulada por la Ley 16/2002, no absorbe todo el control ambiental de las instalaciones industriales que además de dedicarse a la desalación también producen energía eléctrica. En relación a la producción de dióxido de carbono, las instalaciones de generación de energía por combustión que tengan una potencia nominal superior a 20 MW están sujetas también a la autorización para emitir gases de efecto invernadero (regulada en el Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto, y el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión 2005-2007).

#### **4.4. La eliminación de la salmuera y los vertidos al mar**

El mar es objeto de especial protección ambiental. A los efectos que aquí interesan, la norma más relevante en el ámbito internacional es el Convenio para la protección del mar Mediterráneo (que tiene su origen en la Conferencia de Barcelona de 1975), y su Protocolo sobre protección contra la contaminación de origen terrestre (firmado en Atenas el 17 de mayo de 1980).

En el ámbito de la Unión Europea hay que destacar la Directiva del Parlamento y del Consejo 2000/60/CE, de 23 de octubre (que establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas). Esa Directiva se aplica no sólo a las aguas continentales, sino también a las aguas costeras y a las denominadas «*aguas de transición*» (que son las masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce).

Para realizar vertidos líquidos o sólidos al mar se exige la previa obtención de autorización administrativa. Es más, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61 de la LC, « [...] *las autorizaciones administrativas sobre establecimiento, modificación o traslado de instalaciones o industrias que originen o puedan originar vertidos al dominio público marítimo-terrestre se otorgarán condicionadas a la obtención de las correspondientes autorizaciones de vertido y concesiones de ocupación de dicho dominio [...]*».

Según se infiere de la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio (fundamento jurídico 4.F), corresponde a las Comunidades Autónomas la competencia para otorgar o denegar la autorización de vertido al mar. El artículo 58 de la LC especifica que entre las condiciones a incluir en las autorizaciones de vertido deben figurar las relativas a los siguientes extremos: (i) plazo de duración (no superior a 30 años); (ii) instalaciones de tratamiento, depuración y evacuación necesarias; (iii) volumen anual de vertido; (iv) límites cualitativos del vertido; (v) evaluación de los efectos sobre el medio receptor; y (vi) canon de vertido.

En cuanto a la construcción de los emisarios submarinos, hay que estar a lo establecido en la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 13 de julio de 1993 (por la que se aprueba la Instrucción para el proyecto de conducciones de vertidos desde la tierra al mar), donde se establece una distancia superior a los 500 metros « [...] *entre la línea de costa en bajamar máxima viva equinoccial y la boquilla de descarga más próxima [...]*» (artículo 3.g). Además hay que estar a lo dispuesto en el Real Decreto 734/1988, de 1 de julio (de normas de calidad para las aguas de baño), que establece que las muestras se tomarán a 30 centímetros de profundidad y en los lugares donde la densidad media diaria de bañistas sea más elevada.

#### **4.5. La calidad del agua potable**

El resultado final del proceso industrial de producción de agua potable debe responder a los estándares de calidad de producto que por razones sanitarias impone el ordenamiento jurídico. Es más, el consumidor no sólo tiene derecho al suministro de un agua de calidad, sino también a recibir información suficiente y oportuna de la calidad del agua de consumo humano, situaciones de excepción, medidas

correctoras y preventivas, así como todos aquellos aspectos que afecten al abastecimiento y que puedan implicar un riesgo para la salud de la población. Por todo ello no es de extrañar que el artículo 18.6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril (general de sanidad), imponga a las Administraciones Públicas la promoción y mejora de los sistemas de saneamiento y abastecimiento de agua.

En ejercicio de su competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad (artículo 149.1 16.ª CE), el Estado ha dictado la Reglamentación técnico-sanitaria para el abastecimiento y control de calidad de las aguas potables de consumo público (aprobada por el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero). Esa norma establece no sólo los criterios para medir la calidad del agua (parámetros microbiológicos, químicos y de radioactividad), sino también las sustancias que se pueden utilizar para tratar el agua y potabilizarla. Igualmente dispone los crite-

rios de impermeabilización y estanqueidad que deben cumplir las instalaciones, tuberías y conducciones, así como los requisitos de los laboratorios privados que realicen los análisis (en gran medida es el sector privado quien desarrolla el control de la calidad de los productos industriales).

Con independencia de su origen y del tratamiento de potabilización que reciban, los criterios del Real Decreto 140/2003 se aplican al agua que se utilice en la industria alimentaria o que se suministre a través de redes de distribución públicas o privadas, o mediante la utilización de depósitos o cisternas. Para garantizar la calidad del producto, el Real Decreto 140/2003 establece una acumulación de controles entre los que distingue: (i) el autocontrol (responsabilidad del proveedor); (ii) la vigilancia sanitaria (responsabilidad de la Comunidad Autónoma); y (iii) el control en el grifo (responsabilidad del Ayuntamiento).