

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

A. EZQUERRA HUERVA

El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente

J. M.º GIMENO FELIU

El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública

J. JORDANO FRAGA

La Administración en el Estado ambiental de Derecho

J. TUDELA ARANDA

La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos Estatutos de Autonomía. La historia como legitimación de la autonomía

173

Madrid
mayo/agosto
2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 173,
Madrid, mayo/agosto (2007)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

VOCALES:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

SUMARIO DEL NÚM. 173

MAYO-AGOSTO 2007

Páginas

ESTUDIOS

- A. EZQUERRA HUERVA: *El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente* 9-61
- J. M.^a GIMENO FELIU: *El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública* 63-100
- J. JORDANO FRAGA: *La Administración en el Estado ambiental de Derecho* 101-141
- J. TUDELA ARANDA: *La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos Estatutos de Autonomía. La historia como legitimación de la autonomía* 143-181

JURISPRUDENCIA

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

- J. TORNOS MAS: *La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una drástica reducción del silencio administrativo?* 185-215
- J. V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación* 217-237
- J. PONCE SOLÉ: *¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al Gobierno?* 239-263

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, O. MIR PUIGPELAT y J. TORNOS MAS)

- O. BOUAZZA ARIÑO: *Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* 279-290

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

I. ESPAÑOLA Y COMUNITARIA

- J. BARNES: *Un Estatuto de Autonomía y una Constitución del siglo XXI* 293-315
- M. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: *El nuevo enfoque estatutario sobre la distribución de competencias en materia de aguas* 317-353
- L. A. BALLESTEROS MOFFA: *La intervención administrativa en materia de dopaje deportivo a la luz de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte* 355-405
- E. GUICHOT: *Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales* 407-445

	<u>Páginas</u>
II. EXTRANJERA	
A. VERGARA BLANCO: <i>El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral</i>	447-482
S. TAVARES DA SILVA: <i>La regulación jurídica del sector eléctrico portugués y la aplazada emergencia del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (MIBEL)</i>	483-504

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

CASTILLO BLANCO, F. A.: <i>Régimen Jurídico de las Actuaciones Urbanísticas sin Título Jurídico Autorizante</i> (J. JORDANO FRAGA)	507-510
GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: <i>Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?</i> (F. SÁINZ MORENO)	510-514
GÓMEZ PUENTE, M.: <i>Derecho Administrativo Aeronáutico (Régimen de la Aviación y el Transporte Aéreo)</i> (M. ^a R. ZAMORA ROSELLÓ)	514-517
GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: <i>Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria</i> (E. LÓPEZ BARRERO)	517-520
MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.: <i>Empresas en participación (joint ventures) y Derecho comunitario de la competencia</i> (C. PADRÓS REIG)	520-523
PALMA DEL TESO, M. ^a A. de: <i>Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados</i> (P. PUNET GÓMEZ)	523-525
PASCUA MATEO, F.: <i>Fuerzas Armadas y derechos políticos</i> (O. BOUAZZA ARIÑO)	526-528
PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M. (coord.): <i>Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España</i> (J. M. CASTELLS ARTECHE)	528-531
REGO BLANCO, M. ^a D.: <i>La acción popular en el Derecho administrativo y, en especial, en el urbanismo</i> (M. ^a C. ORTIZ DE TENA)	531-533
SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. ^a M.: <i>La regulación del sector del gas natural</i> (A. B. LUCAS TOBAJAS)	533-534
SORIANO GARCÍA, J. E.: <i>Lucha contra la morosidad y contratación administrativa</i> (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ)	534-536
SOSA WAGNER, F., y SOSA MAYOR, I.: <i>El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España</i> (L. TOLIVAR ALAS)	536-538
TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J.: <i>La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la Sociedad de la Información: Un estudio de Derecho administrativo económico</i> (M. CARLÓN RUIZ)	538-541
WATTS, R. L.: <i>Sistemas federales comparados</i> (F. SOSA WAGNER)	541-542

EL CONCEPTO DE OBRA HIDRÁULICA EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE*

ANTONIO EZQUERRA HUERVA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Lérida

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MARCO REGULADOR DE LAS OBRAS HIDRÁULICAS: 1. *La dispersión normativa y la asistematicidad como notas definitorias tradicionales del régimen jurídico de las obras hidráulicas.* 2. *Los caracteres de la regulación de las obras hidráulicas en la legislación de aguas.*—III. LA DEFINICIÓN LEGAL DE OBRA HIDRÁULICA.—IV. LA VINCULACIÓN ENTRE OBRA HIDRÁULICA Y OBRA PÚBLICA: 1. *Los controvertidos rasgos definitorios de las obras públicas.* 2. *La obra hidráulica pública.*—V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Tras carecer tradicionalmente de un concepto jurídico-positivo de obra hidráulica, la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley de Aguas de 1985, incorporó por primera vez al ordenamiento jurídico español una definición de la misma, contenida en la actualidad en el artículo 122 TRALg. En el presente trabajo se aborda el estudio de la problemática interpretativa que envuelve a la indicada definición legal. En particular, se intenta por un lado desbrozar el complejo artículo 122 TRLAg, en el que el legislador opta por la definición de la obra hidráulica con base en un sistema de lista, con el objetivo de deducir cuál es el sentido institucional que en él subyace o, lo que es sinónimo, con el fin de reconocer las finalidades o destinos generales identificativos de la obra hidráulica. Por otro lado, se lleva a cabo un estudio de la conexión existente entre la obra hidráulica y la obra pública, en el que se incluye un análisis de las controvertidas notas definitorias de esta última y en el que se llega a la conclusión de que el TRLAg opta por un concepto de obra hidráulica pública caracterizado por la titularidad pública y la pertenencia al dominio público.

Palabras clave: aguas; técnica normativa; obras públicas; dominio público.

* El presente estudio constituye el capítulo segundo de la monografía titulada *El régimen jurídico de las obras hidráulicas*, Ed. Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2007. La sustantividad propia del tema tratado, así como el interés dogmático que, a mi juicio, presenta la clarificación del concepto de obra hidráulica, me han llevado a esta publicación en forma de artículo.

Las abreviaturas que se utilizan en este trabajo son las siguientes: Ar. (referencia del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi), BOE (Boletín Oficial del Estado), CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1978), Cc (Código Civil), DA (Disposición Adicional), FJ (Fundamento Jurídico), LAg (Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas), LH (Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946), LOP (Ley de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877), LPAP (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas), LRBR (Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local), PHC (Plan Hidrológico de Cuenca), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), TRLAg (Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio), TRLCAP (Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio).

ABSTRACT

After the traditional lack of a positive legal concept of hydraulic works, the *Ley 46/1999*, of 13th December, amending the *Ley de Aguas* (Water Act) of 1985, incorporated for the first time into the Spanish legal system a definition of this concept, which is at present contained in article 122 of the *TRLAg* (Rewritten text of the Water Act). This study focuses on the problem of interpretation involving the aforementioned legal definition. In particular, it aims, on the one hand, to analyze the complex article 122 *TRLAg*, in which the legislator opts for a definition of hydraulic works based on a list system, in order to infer its underlying institutional sense; or, in other words, in order to recognize the aims or general purposes that identify the hydraulic works. On the other hand, it contains a study of the connection between hydraulic works and public works, which includes an analysis of the controversial defining notes of public works and which concludes that the *TRLAg* opts for a concept of hydraulic works characterized by public ownership and the belonging to the public domain.

Key words: water; legislative drafting technique; public works; public domain..

I. INTRODUCCIÓN

La primera labor que debe llevarse a cabo a la hora de abordar el estudio del régimen jurídico vigente en materia de obras hidráulicas es, obviamente, la delimitación de lo que el ordenamiento jurídico considera como tal. Es ésta una tarea que presenta un cierto grado de complejidad debido a una pluralidad de causas que irán siendo desgranadas a lo largo del presente capítulo. La aludida dificultad definitoria no es por lo demás una realidad nueva en el sector del ordenamiento jurídico que me ocupa, sino que, por el contrario, ha sido la tónica habitual en el Derecho histórico español, el cual ha prescindido hasta fechas bien recientes de definir lo que debe entenderse como obra hidráulica desde la perspectiva jurídica. Ha de reconocerse, incluso, que en la actualidad el ordenamiento español se halla en un momento sin precedentes en su historia, toda vez que cuenta por primera vez con una conceptualización de obra hidráulica, contenida concretamente en el artículo 122 *TRLAg*, y complementada con el artículo 123, en el que se establecen importantes determinaciones concernientes a la titularidad de la misma, así como a su eventual condición de obra pública.

Como indicaba, el hecho de que el *TRLAg* incorpore una definición legal de obra hidráulica no ha supuesto el fin de los inconvenientes que en el terreno dogmático o conceptual suscita la delimitación de esta modalidad de infraestructuras. Por el contrario, los antedichos artículos 122 y 123 *TRLAg* plantean algunos interrogantes de índole interpretativa, al tiempo que sugieren ciertas observaciones y precisiones que no deben dejar de ser puestas de manifiesto y, en su

caso, de intentar ser resueltas. A tal efecto, se dedica un primer apartado al comentario de las condiciones en que las obras hidráulicas se hallan reguladas en el ordenamiento español. Podrá constatarse en este punto cómo, pese a su importancia social y económica en un país como España, siempre aquejado de notables desequilibrios hídricos geográficos y temporales, se trata de un sector habitualmente dejado de la mano del legislador, en el sentido de que nuestro Derecho no cuenta con una tradición en la regulación de este tipo de infraestructuras. En efecto, el Derecho español, pionero siempre en materia de ordenación legal de las aguas, habitualmente sólo ha dispensado una atención incompleta, dispersa y desordenada al tratamiento normativo de las obras hidráulicas. Esta situación se ha visto parcialmente corregida en los últimos tiempos con la incorporación a la norma cabecera del sector hidráulico de un Título completo dedicado a disciplinar este sector —el Título VIII TRLAg—, no obstante lo cual la situación de dispersión y asistematicidad normativas, así como los inconvenientes interpretativos —sobre todo en relación con los extremos conceptuales que ahora me ocupan—, siguen siendo claros.

Seguidamente, se realizará un estudio específico de la definición de obra hidráulica formulada por el artículo 122 TRLAg. Este estudio permitirá constatar cómo el legislador ha optado por un concepto amplio y teleológico de obra hidráulica, con un a mi juicio claro propósito omnicompreensivo del común de las infraestructuras vinculadas con la ordenación, la protección y el aprovechamiento de las aguas. Más allá de su contenido o de su significado, y sin perjuicio del importante paso adelante que supone su existencia en el Derecho positivo, la definición de obra hidráulica adolece de algunas deficiencias en el terreno formal, sobre todo porque se basa en un sistema de enumeración o de lista de obras que, si bien es de verdad detallado, corre el riesgo de no ser exhaustivo, resultando por ello mejorable.

En fin, el epígrafe IV del capítulo se centrará en un aspecto de notable interés dogmático y, sobre todo, de evidente trascendencia práctica, a saber: la relación existente entre obra hidráulica y obra pública o, dicho tal vez con mayor claridad, la posibilidad o no de atribuir a todas las obras hidráulicas la calificación de obras públicas. De la conclusión alcanzada acerca de esta crucial cuestión depende, como bien puede imaginarse, algo tan importante como que a las obras hidráulicas les resulte de aplicación el régimen jurídico general de las obras públicas. Para dar una respuesta a esta cuestión se profundizará, en primer lugar, en el controvertido concepto de obra pública, sosteniendo sobre el particular un planteamiento clásico consistente en la identificación de la misma con un bien inmueble demanial realiza-

do por cuenta o nombre de la Administración pública. Por último, se pararán mientes en la delimitación de las obras hidráulicas públicas realizada por el artículo 123.2 TRLAg, precepto éste que conduce de rechamante a negar la identificación absoluta de las obras hidráulicas con las obras públicas, y permite una concreción de las obras hidráulicas susceptibles de esta última consideración.

II. EL MARCO REGULADOR DE LAS OBRAS HIDRÁULICAS

Conviene iniciar el estudio del concepto de obra hidráulica en el Derecho español con una aproximación general al marco regulador de este sector del ordenamiento. Como habrá ocasión de comprobar, se trata de una normativa que tradicionalmente se ha visto marcada por dos características diferentes pero al tiempo íntimamente relacionadas. Así, por un lado es manifiesto que el régimen jurídico de las obras hidráulicas se ha distinguido en todo momento por un notable grado de dispersión normativa, en el sentido de que son muy numerosas las disposiciones de los más diversos sectores en que se contienen previsiones sobre la materia. Por otro lado, pero repito que en estrecha conexión con la aludida dispersión normativa, las obras hidráulicas han sido objeto de un tratamiento invariablemente falto de sistemática por parte de nuestra legislación, toda vez que hasta fechas bien recientes se ha prescindido de cualquier propósito de diseñar o de ofrecer una regulación unitaria o de conjunto de los elementos institucionales de las mismas.

Los planteamientos legislativos que acaban de quedar apuntados resultan en cierta medida comprensibles si se tiene en cuenta que las obras hidráulicas integran tantas realidades y tantos regímenes jurídicos como tipos de obras hidráulicas puedan existir (embalses de regulación, canales, obras de regadío, de defensa y encauzamiento, de desecación o avenamiento, etc.), sin que sea por ello posible reconducirlas a un único régimen jurídico o, lo que es sinónimo, sin que sea posible identificar un tronco común a todas ellas. Junto a esta inevitable sectorialización de las obras hidráulicas a que acabo de hacer referencia, y a modo de posible justificación adicional de la dispersión y carencia de sistemática definitorias de su régimen jurídico, hay que añadir, por otra parte, el hecho de que en la ejecución de obras hidráulicas se concitan o confluyen una gran variedad de normativas no reguladoras ni exclusiva ni directamente de las mismas pero que, sin embargo, tienen una clara impronta o incidencia sobre ellas. Piénsese, por señalar sólo aquellas legislaciones en que el fenómeno a

que acabo de aludir se manifiesta de una manera más evidente, en la normativa sobre ordenación del territorio y urbanismo, sobre protección del medio ambiente, sobre expropiación forzosa o, en fin, sobre contratación administrativa. Por último, no ha de olvidarse cómo la dispersión normativa en la materia se ha visto acrecentada de manera notable a consecuencia del advenimiento del Estado de las Autonomías diseñado por la Constitución, y que ha implicado la proliferación de muy numerosas normativas con una significación más o menos intensa y más o menos inmediata en el terreno que nos ocupa.

Que la dispersión y la falta de sistemática en el tratamiento legislativo de las obras hidráulicas puedan estar hasta cierto punto justificadas y ser, por ende, comprendidas a la luz de las razones que se han descrito en los párrafos precedentes no significa, en cambio, que constituyan realidades absolutamente inevitables, ni mucho menos que deban aceptarse de manera acrítica. Antes al contrario, hay que hacer hincapié en el hecho de que, a pesar de la ineludible sectorialización, de la confluencia de una pluralidad de normativas en la ejecución y gestión de las obras hidráulicas, y de la proliferación de regulaciones consustancial al actual modelo de Estado, es posible dispensar un mínimo tratamiento ordenado de la misma o, como ha señalado la doctrina, a la que más adelante se hará referencia, es jurídicamente posible y deseable diseñar un sistema mínimo capaz de ofrecer los trazos más importantes de la ordenación institucional de la obra hidráulica.

En el presente apartado de la monografía se profundiza en las ideas que hasta ahora han quedado tan sólo esbozadas. A tal efecto se diferencian dos momentos diversos. En primer lugar, se hace referencia a los términos en que tradicionalmente se vienen planteando la dispersión y asistematicidad aludidas para, a continuación, abordar el estudio acerca de cómo incidió en su día en esa situación normativa la introducción en la Ley de Aguas de un Título específico relativo a las obras hidráulicas —se trata, obviamente, del Título VIII del vigente TRLAg, cuyo origen se encuentra en la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley de Aguas de 1985—. Considero adecuado seguir este planteamiento expositivo a fin de poner de manifiesto cómo, a pesar de que la Exposición de Motivos de la mencionada Ley 46/1999, de 13 de diciembre, justificó la incorporación de dicho Título dedicado a las obras hidráulicas en «la necesidad de hacer frente a la significativa laguna legal que la vigente ley no ha resuelto, como es la ausencia de regulación de la obra hidráulica, como modalidad singular y específica de la obra pública», y en el objetivo de establecer «un marco general regulador de este tipo de obras», lo cierto es que sólo de una manera parcial se han alcanzado tales objetivos, lo que a

la postre significa que la obra hidráulica sigue carente en la actualidad de un tratamiento sistemático e institucional satisfactorio.

1. *La dispersión normativa y la asistematicidad como notas definitorias tradicionales del régimen jurídico de las obras hidráulicas*

En su quehacer diario, cualquier estudioso del Derecho administrativo español puede constatar que las obras hidráulicas son objeto de una reiterada atención a lo largo del ordenamiento jurídico. Asimismo, es un hecho igualmente evidente que las referencias y tratamientos legislativos en cuestión son muy variados tanto en su alcance como en su significado. Al respecto, es posible distinguir, por un lado, cómo muy numerosas normativas sectoriales —entre las que cabe incluir a la propia legislación hidráulica— recogen alusiones puntuales o regulan aspectos concretos relativos a infraestructuras vinculadas de una manera más o menos directa con los recursos hídricos¹. En

¹ Como acabo de indicar, esas referencias puntuales se contienen no sólo en la legislación sobre aguas, sino en otros sectores del ordenamiento jurídico. No cabe duda, sin embargo, de que la normativa en que las previsiones de la indicada naturaleza sobre obras hidráulicas son más abundantes es, obviamente, la propia normativa de aguas. Por poner algunos ejemplos, y sin ánimo alguno de exhaustividad, sirva destacar cómo el artículo 2.d) TRLAg se refiere explícitamente a los embalses superficiales en cauces públicos, para calificar su lecho como bien integrante del dominio público hidráulico. Los mismos embalses merecen un tratamiento específico por parte del artículo 114 TRLAg, en tanto que configura una exacción especial para su financiación, el canon de regulación. Al margen del TRLAg, pero dentro todavía de lo que puede calificarse como legislación hidráulica o de aguas, no ha de olvidarse la Ley 10/2001, de 20 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, en la que, además de incluirse un extenso catálogo de obras hidráulicas a ejecutar en España en el período comprendido desde su entrada en vigor hasta el año 2008, se regulan específicamente determinados aspectos tanto de las obras antedichas como, sobre todo, de las infraestructuras vinculadas o necesarias para la realización de trasvases entre ámbitos de distintos PHC. Especial significación tiene en este ámbito, por último, la Ley de 7 de julio de 1911, de Obras Hidráulicas, todavía formalmente vigente, y que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico de dos tipos de obras hidráulicas, las obras de regadío y las obras de defensa y encauzamiento.

Fuera ya de lo que constituye estrictamente la normativa de aguas, cabe asimismo observar la existencia de disposiciones en que se alude o se regulan aspectos concretos referentes a las obras hidráulicas. Nuevamente a modo de ejemplo y sin espíritu de complitud, puede aludirse a la legislación de obras públicas, la cual habla de infraestructuras relacionadas con los recursos hídricos. Concretamente, el artículo 1 de la Ley de Obras Públicas incluye entre ellas «... los grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos».

No ha olvidarse, en la misma línea de presencia de las obras hidráulicas en el Derecho positivo español, al Código Civil, que al enumerar los bienes de dominio público incluye los canales (art. 339.1.º) y dedica sus artículos 420 a 422 a las «obras defensivas para contener el agua».

Por poner un último ejemplo, asimismo de notable interés y de indudable significación, el artículo 120 del TRLCAP alude expresamente a los canales y las presas entre las obras susceptibles de ser ejecutadas mediante contrato administrativo de obra.

otros supuestos, en cambio, la normativa supera esa visión puntual y en cierto sentido casuística, y contempla a las obras hidráulicas desde una perspectiva conjunta, como una categoría específica o unitaria de obras; planteamiento éste que luce fundamentalmente en la legislación de aguas, tanto estatal² como autonómica³. En cualquier caso, es clara la abundante presencia de las obras hidráulicas en el Derecho positivo español.

Es ciertamente llamativo, empero, que siendo España un país pionero y siempre avanzado en materia de Derecho de aguas, amén de haberse visto históricamente abocado a la necesaria ejecución de un monumental entramado de infraestructuras para poder aprovechar los escasos recursos disponibles y superar así los desequilibrios hídricos que la han caracterizado, no haya sido hasta finales del pasado siglo XX que el legislador —a través de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, y la consabida introducción del vigente Título VIII TRLAg— haya intentado por primera vez articular un régimen jurídico que disciplinase de un modo general el sector de las obras hidráulicas. En efecto, en el capítulo anterior, centrado en el estudio del Derecho histórico en materia de obras hidráulicas, se ha podido comprobar cómo el le-

² El propio TRLAg se refiere en varias ocasiones y con diversas terminologías a las obras hidráulicas en general, como si de una categoría o género unitario de obras se tratase. Especial consideración merece en este punto el ya varias veces apuntado Título VIII (arts. 122 a 135), centrado en la regulación «de las obras hidráulicas». Destacables del indicado cuerpo legal son, a su vez, los artículos 23.d) y 24.d), los cuales definen las atribuciones de los Organismos de Cuenca sobre el proyecto, la construcción y explotación de obras hidráulicas. Cabe igualmente mencionar los artículos 42 y 45 TRLAg, que ordenan la previsión singularizada de determinadas obras hidráulicas en los Planes Hidrológicos de Cuenca («las infraestructuras básicas») y en el Plan Hidrológico Nacional («la previsión y las condiciones de las transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca»), respectivamente. De igual modo, debe citarse en este punto el artículo 46 TRLAg, definitorio de las «obras hidráulicas de interés general» y, por tanto, de gran trascendencia desde una perspectiva competencial. Por último, merece la pena mencionar de nuevo al artículo 114 TRLAg, en la medida en que, además de regular el mecanismo de financiación específico de las obras de regulación, define el régimen económico-financiero de la generalidad de las obras hidráulicas ejecutadas por la Administración del Estado.

³ En efecto, también en el ámbito de la legislación hidráulica autonómica es posible encontrar numerosos tratamientos legislativos relativos a diversos aspectos de las obras hidráulicas. Posiblemente, la manifestación más importante de este fenómeno se haya dado en Cataluña, Comunidad Autónoma que incluso dictó una Ley específica en la materia, la Ley 5/1990, de 9 de marzo, de Infraestructuras Hidráulicas de Cataluña, en la actualidad derogada por el Decreto legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña. Las referencias legislativas autonómicas en materia de recursos hídricos son, con todo, en la actualidad, muy numerosas, toda vez que son ya varias las Comunidades Autónomas que cuentan con una legislación propia en la materia. Legislación que, aunque tiene por objeto central de atención la regulación del abastecimiento y saneamiento de las aguas, incide en mayor o menor medida en el terreno de las obras hidráulicas. La aludida normativa autonómica será en fin objeto de estudio a lo largo de la monografía, siendo por ello ociosa una enumeración de las concretas disposiciones vigentes.

gislador español ha tenido desde tiempos tempranos una inequívoca y decidida preocupación por la cuestión hidráulica, de la cual son máxima expresión las tres Leyes de Aguas dictadas hasta el momento, desde la Ley de Aguas de 1866 hasta la Ley de Aguas de 1985, hoy convertida en el Texto Refundido de la Ley de Aguas tras la correspondiente refundición con otras normas dispersas en la materia. Sin embargo, esa preocupación nunca antes había llegado a concretarse en una disposición con espíritu de constituir una regulación sistemática y unitaria de la obra hidráulica, sino que, consciente o inconscientemente, el régimen jurídico de estas infraestructuras se fue perfilando de una manera segmentada, a la vez que dispersa en un sinnúmero de normativas sectoriales. Puede afirmarse, en consecuencia, que la nota definitoria del régimen jurídico de las obras hidráulicas ha sido en todo momento la dispersión normativa, característica ésta que, puede adelantarse ya, sigue siendo plenamente predicable en el momento presente, a pesar del antedicho Título VIII TRLAg.

La dispersión legislativa en cuestión tiene dos manifestaciones principales. De una parte, algunas obras hidráulicas concretas son objeto de tratamiento normativo a través de leyes específicas. Tal es el caso, por ejemplo, de las obras de riego y de las obras de encauzamiento, cuyo régimen de financiación se contiene en la en muchos aspectos ya obsoleta e ineficaz Ley de 7 de julio de 1911, de Obras Hidráulicas, a la cual se ha hecho ya referencia en el capítulo anterior⁴. Asimismo, en el terreno de las obras hidráulicas a las que el ordenamiento jurídico ha dispensado un tratamiento específico se encuentran las obras de saneamiento y depuración de aguas residuales. En torno a las mismas, son destacables las muy numerosas legislaciones autonómicas sobre saneamiento y depuración de aguas residuales —de las que se dará cumplida e individualizada cuenta en el capítulo cuarto de la presente monografía, relativo a las competencias locales en materia de obras hidráulicas—, las cuales, si bien no tienen como objeto principal la regulación de las infraestructuras, sino la regulación de la actividad o servicio, contienen no pocas previsiones importantes acerca de las mismas.

En segundo término, la mencionada dispersión legislativa se manifiesta en el hecho de que multitud de normas integrantes de los más

⁴ Por poner un ejemplo de esa obsolescencia de la Ley Gasset, el artículo 10 prevé que las empresas o sociedades que ejecuten obras de riego con el auxilio del Estado puedan verse beneficiadas con unas subvenciones de 275 y 400 pesetas por hectárea de zona regable, según se trate de riegos estacionales o de riegos permanentes. Obviamente, la insignificancia de dichas cuantías ha determinado que el concreto sistema de ejecución de obras al que se refieren haya caído en completo desuso, y sus preceptos reguladores hayan perdido toda eficacia.

diversos sectores jurídicos —diversos a la propia legislación sobre aguas, a la que se presta atención en el apartado siguiente— establecen previsiones y condicionamientos sobre la ejecución y la gestión de obras hidráulicas. Aunque sin ánimo de exhaustividad ni propósito alguno de sistematización, resulta ilustrativo dar cuenta de algunas de estas normativas sectoriales. Así, cabe destacar en ese sentido a la *legislación agraria*, en la que encuentran su marco jurídico esencial las obras de transformación y mejora de regadío⁵. Otro tanto puede decirse de la *legislación sobre medio ambiente*, en especial de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental (Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio), toda vez que es en ella donde se determinan las obras hidráulicas sujetas a dicho procedimiento de control de la incidencia ambiental⁶. No menos importantes resultan, por otro lado, las previsiones que la *normativa urbanística y de ordenación del territorio* contiene en la materia, sobre todo en orden a la presencia de determinadas obras hidráulicas en los diversos instrumentos de planificación⁷.

⁵ Por citar sólo la legislación agraria estatal, en los artículos 61 a 91 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero) se regula la clasificación, ejecución, financiación, reintegros, contratación, garantías, entrega y conservación de las obras agrarias, entre las que se encuentran buen número de obras hidráulicas. Para una aproximación al régimen jurídico de las obras agrarias, véase el trabajo de Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Agricultura», en el volumen, dirigido por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho administrativo económico*, II, Ed. La Ley, Madrid, 1991, págs. 315-319.

⁶ A la evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas prestaré una atención más detenida en el capítulo séptimo, relativo a las obras hidráulicas y el medio ambiente. Por otra parte, no debe desconocerse que también en otras normas integrantes del denominado Derecho ambiental se establecen previsiones con trascendencia en materia de obras hidráulicas. Así por ejemplo, la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (Ley 4/1989, de 27 de marzo), disposición ésta en la que se contempla la figura de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN), los cuales, en principio, y dados su contenido y sus funciones, pueden condicionar la implantación de obras hidráulicas.

⁷ Es bien sabido que en la actualidad, por mor de la STC 61/1997, de 20 de marzo (BOE de 25 de abril de 1997; Ponentes: Enrique Ruiz Vadillo y Pablo García Manzano), el Derecho urbanístico se halla envuelto en una complejidad superlativa. Por lo que se refiere al aspecto mencionado en el texto, esto es, la presencia de las obras hidráulicas en los distintos instrumentos de programación territorial y urbanística, se trata de una cuestión propia de las legislaciones autonómicas sobre la materia. En cualquier caso, en el esquema de la Ley del Suelo de 1976, la cual recuperó su vigencia como Derecho supletorio tras la anulación por inconstitucionalidad de la Disposición Derogatoria de la Ley del Suelo de 1992 —declarada por la STC 61/1997—, se reserva un importante papel a las obras hidráulicas en la planificación. Incluso, dentro de la categoría de los Planes Especiales, el artículo 25 de la citada Ley del Suelo de 1976 contempla la figura de los Planes y Proyectos de Saneamiento, los cuales «comprenderán las obras de abastecimiento de aguas potables, depuración y aprovechamiento de las residuales, instalación de alcantarillado, drenajes, fuentes, abrevaderos, lavaderos...».

Finalmente, también en materia de ordenación del territorio y urbanismo, es asimismo destacable el artículo 244, apartados 2, 3 y 4, de la Ley del Suelo de 1992, no declarados inconstitucionales —y cuya vigencia es expresamente mantenida por la Disposición Derogatoria 1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones—, relativos a la ejecución de obras públicas contrarias al planeamiento urbanístico municipal y que, por tanto, han de considerarse de aplicación a buen número de obras hidráulicas.

Otro de los sectores a tener necesariamente en cuenta es el de la *contratación administrativa*. Y ello no sólo porque el contrato de obra y el de concesión de obra pública han de ser los mecanismos ordinarios de construcción de las infraestructuras públicas hidráulicas, sino porque incluso se contempla una figura contractual específica para su ejecución, el ya mencionado contrato de concesión de obras hidráulicas, cuyo régimen se encuentra hoy incorporado como capítulo III del Título VIII TRLAg. Tal vez menos evidentes —pero no por ello de menor interés— son las previsiones relacionadas con las obras hidráulicas contenidas en la *Ley de Expropiación Forzosa*. En especial, conviene poner el acento en los artículos 86 a 97, reguladores «de la expropiación que dé lugar al traslado de poblaciones». Bien es cierto que dicho procedimiento especial de expropiación no se circunscribe exclusivamente a las obras hidráulicas, no obstante lo cual a nadie se le escapa que su ámbito natural de aplicación es el de los grandes embalses de regulación que hayan de inundar la totalidad o gran parte de un término municipal⁸.

Para terminar con esta somera exposición acerca de los términos en que la dispersión normativa constituye la nota característica del sector jurídico de las obras hidráulicas, resta tan sólo subrayar cómo la misma se ve a su vez fomentada o incrementada por la propia estructura política del Estado español. Al respecto, el régimen constitucional de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos y obras públicas, así como en otros ámbitos vinculados a la utilización del agua, ha determinado la lógica aparición de una pluralidad de legislaciones autonómicas con incidencia sobre las infraestructuras hidráulicas. Regulaciones emanadas por las Comunidades Autónomas de las cuales, en líneas generales, cabe predicar idénticos rasgos definitorios a los expuestos con relación a la normativa estatal, esto es,

⁸ La jurisprudencia constituye en este punto una excelente e inequívoca prueba de la veracidad de este último aserto. En efecto, desde la entrada en vigor de la Ley de Expropiación Forzosa, el Tribunal Supremo ha dictado más de doscientas sentencias sobre el procedimiento de expropiación que da lugar al traslado de poblaciones. Pues bien, salvo en unos pocos pronunciamientos, en todos los demás supuestos, la expropiación había tenido su origen en la construcción de un embalse. Además —y éste es el dato fundamental—, la totalidad de esas pocas sentencias en que la expropiación no tuvo su origen en un pantano hacen referencia a un mismo supuesto, la expropiación motivada por el establecimiento de la escombrera de unas minas de lignito en el término municipal de La Capela, situado en el Valle de Goente-Seijo (La Coruña). Queda claro, así pues, que el ámbito propio de este tipo de expropiación es el de las grandes obras de regulación de las aguas.

Para un estudio más detenido de esta «expropiación que da lugar al traslado de poblaciones», me permito la remisión a mi monografía *La desaparición de poblaciones afectadas por grandes embalses (Problemáticas expropiatoria y de régimen local)*, Ed. Tirant lo Blanch-Universidad de Lérida, Valencia, 2002.

una seria e inconveniente dispersión y asistematicidad. A este respecto puede subrayarse cómo algunas Comunidades Autónomas han emanado una normativa general sobre aguas, en la que la presencia de las obras hidráulicas ha sido notable⁹. Por otra parte, el común de las Comunidades Autónomas ha legislado aspectos concretos del sector hidráulico con implicaciones en materia de infraestructuras, circunstancia que ha determinado la inclusión de las correspondientes previsiones normativas sobre las mismas. En este último sentido cabe destacar señaladamente las regulaciones sobre saneamiento y depuración de aguas residuales, las cuales han proliferado de manera muy importante en los últimos años¹⁰. Por último, también en los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas son identificables previsiones atinentes o con incidencia clara en la ejecución y gestión de obras hidráulicas, contenidas en normas sectoriales diversas, entre las que, por ejemplo, han de citarse la urbanística y de ordenación del territorio, la agraria, la medioambiental o, en particular, las numerosas leyes sobre pesca fluvial, en las que se establecen determinados condicionamientos a la construcción de obras hidráulicas desde el punto de vista de la protección de las especies piscícolas¹¹.

⁹ Tal es el caso, a simple modo de ejemplo, de Cataluña y su Texto Refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña, aprobado por Decreto legislativo 3/2003, de 4 de noviembre; o de Aragón, con la Ley 6/2001, de 25 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, la cual, si bien tiene como objeto central la regulación del saneamiento y depuración de las aguas residuales, regula numerosos aspectos de notable trascendencia sobre la gestión de las aguas en general y la implantación y gestión de obras en particular.

¹⁰ En efecto, tanto la cada vez mayor preocupación por la problemática ambiental como las exigencias impuestas en la materia de la normativa comunitaria europea han determinado que, en los últimos años, se haya producido un especial desarrollo de la legislación autonómica sobre saneamiento y depuración de aguas residuales. Eludo, en cualquier caso, hacer en este punto de la monografía un recorrido por toda la legislación emanada por las Comunidades Autónomas en esta materia, toda vez que la misma será objeto de atención detenida e individualizada en los capítulos cuarto y octavo, dedicados, respectivamente, al estudio de las competencias locales y a la financiación de las obras hidráulicas.

¹¹ Ciertamente, las diversas leyes sobre pesca fluvial dictadas por algunas Comunidades Autónomas tienen en común el hecho de que introducen algunos condicionamientos a la ejecución de las obras hidráulicas vinculadas a las concesiones de aguas. En concreto, dichas leyes imponen a los nuevos concesionarios de aprovechamientos hidráulicos la obligación de construir las obras con pasos o escalas que permitan el paso de los peces o, en algunos casos, con rejillas que impidan dicho tránsito. Pueden mencionarse, en esa línea, sin ánimo de exhaustividad, las Leyes 1/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial de Castilla-La Mancha (arts. 21 y 25); 6/1992, de 18 de diciembre, de Protección de Ecosistemas Acuáticos y de Regulación de la Pesca de Castilla y León (arts. 8, 9 y 10); 8/1995, de 27 de abril, de Pesca de Extremadura (art. 27); 53/1999, de 24 de febrero, de Pesca Fluvial de Aragón, o, más recientemente, la Ley 6/2002, de 18 de junio, de Protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca en aguas continentales del Principado de Asturias.

Sirva anticipar, asimismo, que algunas de estas previsiones de las leyes autonómicas sobre pesca fluvial atinentes a las obras hidráulicas fueron en su día objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad por parte del Estado. A los recursos en cuestión y a las sentencias del Tribunal Constitucional resolutorias de los mismos se prestará la debida aten-

2. *Los caracteres de la regulación de las obras hidráulicas en la legislación de aguas*

Como no podía ser de otro modo, junto a las numerosas normativas sectoriales aludidas en el apartado precedente, las obras hidráulicas también son objeto de atención en reiteradas ocasiones por la propia *legislación de aguas*. En efecto, la lectura del TRLAg y de sus Reglamentos de desarrollo —en particular del RDPH— pone de manifiesto que las obras hidráulicas son tenidas en cuenta con profusión en los textos encargados de disciplinar el régimen jurídico de las aguas continentales. Ello no obstante, es menester aclarar que, sin perjuicio de las abundantes referencias y regulaciones de que las obras hidráulicas son objeto por parte de la legislación hidráulica, desde una perspectiva de estricta técnica normativa, esa presencia de las obras hidráulicas no es en cambio todo lo adecuada que cabría desear. Por el contrario, puede a mi juicio afirmarse que las notas que caracterizan al tratamiento dispensado por la legislación de aguas son, además de una evidente *carencia de sistemática*, su *falta de compleción* concretada en la existencia de algunos vacíos de regulación¹².

La razón fundamental de la apuntada precariedad del régimen de las obras hidráulicas definido por la legislación de aguas reside posiblemente en el hecho de que el TRLAg —haciéndose eco de la tradición legislativa española en la materia, arraigada desde la Ley de Aguas de 1866— no es en realidad una Ley de obras hidráulicas, sino que su principal objeto de preocupación es la regulación de los recursos hídricos en tanto que bien y en tanto que recurso escaso. Este último planteamiento ha determinado que la preocupación de nuestras Leyes de Aguas, y entre ellas también del TRLAg, por las infraestructuras hidráulicas haya sido una preocupación secundaria o, si se prefiere la expresión, adjetiva. Línea de entendimiento ésta que ha tenido como resultado que ni la norma de cabecera del sector hidráulico es-

ción en el capítulo siguiente, relativo a la distribución competencial en materia de obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

¹² A la «escasa y asistemática» presencia de las obras hidráulicas en el Derecho español de aguas se refirió en su día Antonio EMBID IRUJO, «Régimen jurídico de las obras hidráulicas», en el vol. col., por él mismo dirigido, *Las obras hidráulicas*, Ed. Universidad de Zaragoza-Confederación Hidrográfica del Ebro-Civitas, Madrid, 1995, págs. 50-52 (también publicado en la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 6-7, julio-diciembre de 1995). Sirva advertir, en todo caso, que el citado autor se manifestó en ese sentido con anterioridad a la reforma de la Ley de Aguas de 1985 operada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, la cual introdujo un Título específico relativo a las obras hidráulicas, en el que tiene su origen el actual Título VIII TRLAg. Con posterioridad a dicha reforma legislativa, el autor ha matizado su valoración de la regulación de las obras hidráulicas contenida en el TRLAg, en los términos que se expondrán en los párrafos siguientes.

pañol ni sus Reglamentos de desarrollo contengan una regulación plenamente suficiente y adecuada del régimen jurídico de las obras hidráulicas.

Interesa en cualquier caso exponer los términos en que se concretan las indicadas notas de asistematicidad y de insuficiencia o falta de compleción con que la legislación de aguas regula las obras hidráulicas. Por cuanto se refiere a la crítica de falta de sistemática, basta hacer un recorrido por el articulado del TRLAg para comprobar que la misma, si bien cuenta con un Título específico dedicado a las obras hidráulicas —en el que, precisamente por razones de pura sistemática, deberían quedar integradas el común de las regulaciones sobre obras hidráulicas—, está salteada con numerosas referencias aisladas, al tiempo que con regulaciones de cuestiones fundamentales de la institución, todo ello en diversas sedes y ubicaciones.

Es evidente que la existencia de referencias aisladas y dispersas sobre extremos puntuales resulta en cierto modo inevitable e incluso necesaria, en la medida en que el carácter instrumental de las obras hidráulicas recomienda que las disposiciones concernientes a las mismas se incluyan en la regulación de la actividad o cuestión principal a que se hallan vinculadas¹³. Resulta en cambio más opinable que el TRLAg regule de manera desgajada del Título VIII extremos nucleares o institucionales de la obra hidráulica. Tal cosa sucede señaladamente en dos ocasiones. La primera de ellas, la definición de lo que haya de entenderse por «obras hidráulicas de interés general». Parece ciertamente llamativo que teniendo el Título VIII por objeto fundamental la regulación de las particularidades del régimen jurídico de las obras hidráulicas de interés general, la definición de las mismas se contenga en el artículo 46 TRLAg, dentro del Título III, relativo a la

¹³ A la luz de esa consideración, y con ánimo puramente ejemplificativo, hay que reputar razonable el hecho de que sean los artículos 23 y 24 los que, al definir las funciones de los Organismos de Cuenca, incluyan las obras hidráulicas. Igualmente, nada hay que objetar al hecho de que las obras hidráulicas de necesaria previsión en los Planes Hidrológicos de Cuenca y del Plan Hidrológico Nacional se recojan en sede de regulación de la Planificación Hidrológica (Título III TRLAg, arts. 42 y 45, respectivamente). Lo mismo cabe decir respecto de las previsiones acerca de las obras vinculadas a una concesión de agua, tales como las contenidas en los artículos 53.4, 59.6 y 62.4 TRLAg, en materia de amortización de sus costes y reversión al término de las correspondientes concesiones. Asimismo, es razonable que la regulación de las infraestructuras vinculadas a cada actividad hidráulica se contenga en la regulación de dicha actividad, como por ejemplo ocurre con las «instalaciones e infraestructuras hidráulicas necesarias» para la cesión de derechos al uso privativo de las aguas o, lo que es lo mismo, las obras precisas para posibilitar el denominado «mercado de agua», las cuales se encuentran reguladas en el artículo 70 TRLAg, esto es, dentro de la sección 2.^a del capítulo III del Título IV, relativo a «la cesión del uso privativo de las aguas». Puede aceptarse, en fin, que la regulación de las comunidades de usuarios incluya las correspondientes disposiciones sobre las obras a ejecutar por las mismas, tal como de hecho hacen los artículos 83 y 86 TRLAg.

Planificación Hidrológica. Y, por otro lado, resulta también cuestionable que la ubicación sistemática de la regulación sobre los mecanismos tributarios de financiación de las obras hidráulicas se incorpore al Título VI (art. 114 TRLAg), centrado genéricamente en disciplinar «el régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico», en lugar de ubicarse en el Título VIII, más específico de las obras hidráulicas.

Vistos los términos en que se plantea la asistematicidad propia del tratamiento dispensado a las obras hidráulicas por la legislación de aguas, procede exponer a continuación los motivos que en párrafos anteriores me han llevado a afirmar que la aludida regulación se distingue asimismo por ser incompleta. Sobre este particular conviene hacer hincapié sobre todo en la falsa imagen que al respecto puede ocasionar el hecho de que el TRLAg incluya un Título específico —el Título VIII— dedicado a la regulación «de las obras hidráulicas». Para una correcta comprensión de la verdadera significación y del alcance real de los contenidos del antedicho Título VIII, conviene tener como punto de partida el conocimiento de la situación normativa precedente, es decir, de la atención que al régimen jurídico de las obras hidráulicas dispensaba el texto originario de la Ley de Aguas de 1985. Básicamente interesa observar cómo este último cuerpo legal prescindía de llevar a cabo una regulación general sobre las obras hidráulicas, limitándose a establecer numerosos contenidos dispersos y concernientes a temas muy puntuales¹⁴. La ausencia del tantas veces aludido régimen general de las obras hidráulicas planteaba desde luego no pocos inconvenientes; desde la existencia de importantes lagunas o vacíos regulativos casi nunca fáciles de cumplimentar, hasta dificultades en la determinación de si un concreto aspecto contaba o no con un tratamiento normativo específico o, en fin, dudas en materia de conocimiento de la norma aplicable en cada ocasión.

El marco normativo constituido por la legislación hidráulica y, en particular, por su norma de cabecera, la Ley de Aguas de 1985, no era

¹⁴ Véase sobre esa valoración de la presencia de las obras hidráulicas en la Ley de Aguas de 1985 el ya citado trabajo de Antonio EMBID IRUJO, «Régimen jurídico de las obras hidráulicas», cit., págs. 50-55, en el que, como ha quedado expuesto en notas anteriores, criticaba que la regulación en cuestión fuese «escasa y asistématica». En el mismo sentido, hay que destacar la monografía de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 68-69 —el núcleo principal de esta última monografía constituye el estudio del profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Régimen jurídico de las obras hidráulicas: su incorporación por la Ley 46/1999 a la Ley de Aguas», integrado en el vol. col., dirigido por Antonio EMBID IRUJO, *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Ed. Universidad de Zaragoza-Confederación Hidrográfica del Ebro-Civitas, Madrid, 2000, págs. 35 y ss.—. Interesa destacar que en los trabajos citados se incluye un recorrido por los preceptos de la Ley de Aguas de 1985 que de un modo u otro hacían referencia a las infraestructuras hidráulicas.

en definitiva el más acorde ni el más respetuoso con el principio de seguridad jurídica. Ello dio lugar a que la doctrina especializada se manifestase abiertamente a favor de la emanación de una normativa que, con carácter general, disciplinase lo que en términos sintéticos puede calificarse como el tronco institucional de la obra hidráulica, esto es, que ordenase jurídicamente las muchas cuestiones que en torno a la planificación, ejecución y gestión o explotación suscitan las obras hidráulicas¹⁵. El legislador se hizo finalmente eco de los planteamientos doctrinales —y de las necesidades de regulación que la realidad del sector hidráulico le imponía— e inició una labor de implementación legislativa en la materia en la que pueden identificarse tres momentos diversos particularmente significativos. De un lado, se dio un primer paso mediante la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la cual introdujo dos novedades orientadas a impulsar la implantación de obras hidráulicas por parte de la iniciativa empresarial privada. Se trata en concreto de la regulación del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas —figura ésta a la que se dedicará una atención detallada en el capítulo octavo de la monografía— y de la posibilidad de crear sociedades mercantiles para la construcción y explotación de obras hidráulicas.

En un segundo momento, el legislador se decidió a incorporar en la Ley de Aguas un nuevo Título centrado específicamente en la regulación «De las obras hidráulicas». La reforma en cuestión se materializó con la ya varias veces mencionada Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Interesa subrayar que la Exposición de Motivos justificaba tan importante reforma en los dos ambiciosos objetivos siguientes: por una parte, la modificación legislativa en cuestión obedecía al propósito de «hacer frente a la significativa laguna legal que la vigente ley no ha resuelto, como es la ausencia de regulación de la obra hidráulica, como modalidad singular y específica de la obra pública», y, por otro lado, aunque en íntima conexión con el extremo anterior, la reforma pretendía el «establecimiento de un marco general regulador de este tipo

¹⁵ Sobre este particular concerniente a la necesidad de elaborar una norma general en materia de obras hidráulicas resultaban significativas las palabras de Antonio EMBID IRUJO, «Paradoja, mito y realidad en el ordenamiento jurídico de las aguas continentales», en *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 105, monográfico titulado «Agua y territorio», otoño de 1995, pág. 600. A juicio del mencionado autor, «sería necesario que el Legislativo remediara alguna vez el vacío normativo existente respecto a la obra hidráulica, con alguna actuación valiente en la que se trataran sistemáticamente las importantes cuestiones financieras, organizativas, ambientales y de régimen tributario vinculadas a las mismas».

de obras»¹⁶. Finalmente, el proceso de formación de la vigente regulación de las obras hidráulicas culminó con la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, el cual recogió el conjunto de previsiones sobre la materia hasta el momento desperdigadas por el ordenamiento jurídico positivo¹⁷ y recondujo la mayoría de ellas a un mismo Título, el VIII ya varias veces citado, cuya expresiva rúbrica reza «De las obras hidráulicas»¹⁸.

¹⁶ Más exactamente, la Exposición del Motivos de la Ley 46/1999 explicaba el sentido y el objetivo de esta importante reforma en los siguientes términos: «Igualmente, se constata la necesidad de hacer frente a la significativa laguna legal que la vigente ley no ha resuelto, como es la ausencia de regulación de la obra hidráulica, como modalidad singular y específica de la obra pública, a fin de equipararla a otro tipo de obras que ya gozan de regulación específica, tales como carreteras, puertos o ferrocarriles, y que, junto con las recientes innovaciones legales sobre las nuevas formas de financiación y ejecución de obras hidráulicas previstas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, especialmente con la regulación del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, permitan el establecimiento de un marco general regulador de este tipo de obras».

¹⁷ La delegación legislativa recepticia en la que tiene su origen el aludido TRLAg se contiene en la Disposición Final segunda de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley de Aguas de 1985, según la redacción dada a la misma por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto legislativo 1302/1985, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental. La indicada Disposición Final disponía que «en el plazo de dos años, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno dictará un Real Decreto Legislativo en el que se refunda y adapte la normativa legal en materia de aguas existente».

Al hilo de la disposición normativa transcrita, conviene subrayar que en el texto se ha hecho referencia exclusivamente a la formación de la actual regulación de las obras hidráulicas desde la Ley de Aguas de 1985 hasta el vigente TRLAg. Ello no quiere, sin embargo, decir que la refundición legislativa que dio lugar al TRLAg tuviese por objeto exclusivo las normas relativas a las obras hidráulicas, sino que, al contrario, la refundición se refirió a toda la normativa sobre aguas. En ese sentido, el propio Preámbulo del TRLAg enumera cuáles fueron las normas refundidas y sistematizadas, y que son las siguientes: *a)* las modificaciones que en el texto de la Ley de Aguas se introducen por la propia Ley 46/1999 y por la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre; *b)* las reformas introducidas por la Disposición Adicional 9.^a-2 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó los apartados 1.º, párrafo segundo, y 2.º del artículo 109 LAg en materia de sanciones; *c)* las modificaciones operadas por los artículos 2 y 3 de la Ley 9/1996, de 15 de enero, en la que se adoptan medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía, y que reformó y amplió respectivamente los artículos 63 y 109.2 LAg; *d)* las reformas materializadas por los artículos 158, 173 y 174 de la Ley 13/1996, de 13 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, relativos, como ya nos consta, a la gestión directa de la construcción o explotación de determinadas obras públicas, al régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, y a la modificación del artículo 21 LAg, y *e)* las modificaciones establecidas por la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la LRBRL y de adopción de otras medidas para el desarrollo del Gobierno local en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor, seguridad vial y en materia de aguas, la cual vino a modificar el artículo 17 LAg, relativo a la composición del Consejo Nacional del Agua, al tiempo que amplió la presencia de las Administraciones locales en la Junta de Gobierno de los Organismos de Cuenca, regulada en el artículo 25 LAg.

¹⁸ Interesa observar que, con posterioridad a la refundición legislativa, tanto el TRLAg como en particular su Título VIII, concerniente a las obras hidráulicas, han sido objeto de

No es éste el lugar oportuno para detenerse en una valoración global de todo el TRLAg¹⁹, sino exclusivamente de sus contenidos relativos a las obras hidráulicas y, en particular, de su Título VIII. Al respecto, es un dato digno de ser tenido en cuenta el hecho de que el vigente Título VIII TRLAg asume el articulado del Título VIII originariamente introducido en la Ley de Aguas por la Ley 46/1999, con el añadido de dos nuevos capítulos II y III, en los que se recogen, respectivamente, las previsiones contenidas en la Ley 13/1996, ya citada, acerca de las sociedades estatales para la construcción, explotación o ejecución de obras hidráulicas, y sobre el contrato de construcción y explotación de obra hidráulica. La circunstancia apuntada permite entender que respecto del Título VIII TRLAg son predicables las consideraciones que la doctrina dispensó al originario Título VIII de la Ley de Aguas de 1985. Pues bien, la muy escasa pero significativa doctrina que ha prestado atención a este particular ha llegado a conclusiones y a pareceres desiguales tanto desde el punto de vista de su contenido como desde la perspectiva de su corrección técnica-jurídica, debatiéndose así, pues, entre un tono o una postura crítica hacia la regulación objeto de comentario²⁰ y una valoración comedidamente positiva²¹.

otras modificaciones, si bien puede decirse que las mismas no han estado orientadas a la definición de un régimen jurídico general de las obras hidráulicas, sino que únicamente han hecho reformas de aspectos puntuales. De entre ellas cabe destacar en todo caso la operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, y que afectó de lleno a la regulación de las obras hidráulicas. Dicha reforma consistió singularmente en reconducir el contrato de concesión de obras hidráulicas al régimen del ya aludido contrato de concesión de obra pública, sin más que dos precisiones o peculiaridades recogidas en los artículos 133 a 135 TRLAg.

De igual modo, no debe olvidarse la importante modificación del TRLAg introducida por Ley 63/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, por la que se llevó a cabo la adaptación a la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. En ella no se abordó una reforma directa del régimen de las obras hidráulicas, si bien la trascendencia general que para la ordenación de los recursos hídricos han de tener tanto la Directiva como la consiguiente transposición a que se ha hecho referencia, así como su incidencia en el terreno de las obras hidráulicas, son innegables, como habrá ocasión de ir comprobando en otros puntos de este mismo trabajo.

¹⁹ Valoración que en términos generales ha sido positiva por parte de la doctrina. Así, por ejemplo, cabe citar a José Antonio MORENO MOLINA, *Presentación del Texto Refundido de la Ley de Aguas y del Plan Hidrológico Nacional (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y Ley 10/2001, de 5 de julio)*, Avance legislativo mensual de Ed. La Ley, octubre de 2001, pág. 4, quien afirma que «eso sí, el texto refundido mejora la sistemática de la Ley de Aguas de 1985, que sobre todo tras la reforma de 1999 presentaba preceptos complejos en los que se abordaban cuestiones muy diversas entre sí».

²⁰ La primera aproximación y valoración realizada por la doctrina al Título VIII de la Ley de Aguas fue debida a la mente y a la pluma de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, quien mantuvo una postura crítica sobre la nueva regulación. En tal sentido, el aludido autor afirmó que, a pesar de la rúbrica del Título VIII —«De las obras hidráulicas»—, el mismo no contiene más que un tratamiento de algunos pocos aspectos relativos a dicho tipo de infraestructuras. En particular, consideraba que el Título VIII es parco en demasía y que lo único que hace es, además de introducir un amplio listado de infraestructuras que deben

En mi opinión, no cabe duda de que la vigente regulación de las obras hidráulicas contenida en el Título VIII TRLAg constituye un importante paso adelante en relación con la situación regulativa precedente, esto es, supone un avance nada desdeñable respecto de la realidad cercana a la anomia a que daba lugar la redacción originaria de la Ley de Aguas de 1985. Ello no obstante, a mi juicio el tratamiento normativo en cuestión dista mucho de alcanzar los propósitos generales marcados por la Exposición de Motivos de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, y que, en los términos que ya han quedado apuntados anteriormente, consistían por un lado en acabar con la ausencia de una regulación de la obra hidráulica y, por otra parte, en establecer un marco general regulador de este tipo de obras. Lo cierto es que si se profundiza en los aspectos que son objeto de atención en el Título VIII TRLAg se comprueba que los mismos son bastante escasos, de modo que, en contrapartida, son numerosos los aspectos concernien-

considerarse obras hidráulicas a efectos de la Ley de Aguas, regular la titularidad y las competencias sobre las obras hidráulicas, y regular las obras hidráulicas públicas estatales de interés general. La conclusión global a que arribaba el autor era que con la introducción del Título VIII en la Ley de Aguas de 1985 se había desaprovechado la oportunidad de reconducir a un cierto sistema el régimen jurídico de las obras hidráulicas, aunque hubiese sido sólo a un sistema mínimo capaz de ofrecer los trazos más importantes de su ordenación institucional (*vid.* al respecto su monografía *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, cit., págs. 85-89).

En la misma línea crítica, y ya vigente el TRLA, se sitúa Concepción JIMÉNEZ SHAW, *Régimen jurídico de la desalación del agua marina*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 275, quien, por motivos similares, afirma que «el título VIII del TRLAg, ..., resulta un tanto decepcionante, pues únicamente aborda las obras públicas estatales —lo que resulta lógico, tratándose de una ley estatal— y dentro de éstas se ciñe tan solo a las de interés general».

²¹ Tal es el caso, significativamente, de Antonio EMBID IRUJO, a cuyo criterio el Título VIII de la Ley de Aguas de 1985, y por tanto también el Título VIII TRLAg, es merecedor de un juicio menos crítico. En concreto, el citado autor se ha referido al mismo en los siguientes términos: «una bastante completa y técnicamente apreciable regulación de las obras hidráulicas, largo tiempo reclamada por la doctrina pues en este sector curiosamente, se daba un déficit regulatorio más que resaltable en relación con la situación existente respecto de otras obras públicas (carreteras o autopistas, por ejemplo). La regulación actual, además de proceduralizar la decisión para la aprobación de las obras hidráulicas de interés general, regula con cierto detalle la conexión con los necesarios planteamientos urbanísticos y de ordenación del territorio, introduciendo por primera vez entre nosotros una referencia a obras de “compensación” (proyectos de restitución se llaman), para remediar los impactos sobre el territorio que en muchas ocasiones llevan consigo las obras de regulación más significativas» (*vid.* su trabajo «Evolución del Derecho y de la política del agua en España», en el libro colectivo, por el mismo dirigido, *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Ed. Universidad de Zaragoza-Civitas, Madrid, 2002, tomo I, pág. 38).

En la misma línea matizadamente favorable se ha pronunciado Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, *El abastecimiento de agua en España*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 453, al afirmar que «pese a que debe alabarse la aparición de este texto, al menos en lo que a las obras hidráulicas se refiere, no debe olvidarse la necesaria aplicación a estas obras de otras reglas que han quedado definitivamente fuera de la nueva regulación, echándose igualmente de menos la referencia, siquiera somera, a otro tipo de infraestructuras e instalaciones para la efectividad de determinados aprovechamientos hidráulicos, como se hace por ejemplo con las obras hidráulicas destinadas a los aprovechamientos hidrológicos».

tes al régimen jurídico de las obras hidráulicas que siguen en la actualidad carentes de un tratamiento normativo adecuado. En el sentido indicado cabe observar cómo, al margen de la ya aludida incorporación de las regulaciones sobre las sociedades estatales para la construcción, explotación y ejecución de obras hidráulicas, y sobre el contrato de construcción y explotación de obras hidráulicas, el Título VIII TRLAg se limita, por un lado, a introducir algunas previsiones sobre ciertos aspectos puntuales relativos o vinculados a las obras hidráulicas²², y a llevar a cabo una ordenación detallada de lo que puede considerarse su objeto central o fundamental de preocupación, las obras hidráulicas de interés general²³.

Dentro de esta regulación se echa por tanto a faltar alguna atención del legislador sobre determinados extremos que a mi juicio revisten cierta importancia. Entre dichas cuestiones, y a simple modo de ejemplo, considero que deberían ser merecedores de interés por parte de la norma una técnicamente más depurada definición o conceptualización de la obra hidráulica²⁴, la eventual programación de las obras a ejecutar²⁵, la

²² En concreto, se incluye una lista de obras que a efectos del propio TRLAg merecen la consideración de obras hidráulicas; se preocupa asimismo de la cuestión concerniente a la titularidad de las obras hidráulicas, delimitando las obras hidráulicas públicas, y, por último, contiene algunos tratamientos acerca de las competencias para ejecutar las obras hidráulicas.

²³ Ciertamente, es obvio que la configuración de un régimen jurídico de las obras hidráulicas de interés general constituye el tema central del Título VIII TRLAg, toda vez que les dedica una detenida atención en muy numerosos de sus aspectos. Así, y partiendo de que la definición de obra hidráulica se contiene fuera del indicado Título VIII TRLAg —en el art. 46 TRLAg—, se aborda la regulación de cuestiones como la exención de dichas infraestructuras hidráulicas de los actos de control municipal urbanístico, se regulan las implicaciones de las mismas con los instrumentos de planeamiento urbanístico y la ordenación del territorio, se declara expresamente su sujeción a evaluación de impacto ambiental en las condiciones que establezca la normativa específica, se proclama que la aprobación de los proyectos entraña la declaración de utilidad pública implícita a efectos expropiatorios, y, por fin, se definen algunas pautas procedimentales a seguir en la declaración de obras hidráulicas de interés general.

²⁴ Como he señalado en notas anteriores y habrá ocasión de exponer con mayor detenimiento en el epígrafe siguiente de este mismo capítulo, el artículo 122 TRLAg no contiene en realidad una definición de obra hidráulica, sino que se limita a incluir una enumeración, una lista, de infraestructuras que, a los efectos del propio TRLAg, merecen la consideración de obras hidráulicas. Sería deseable, por ello, la incorporación de un concepto de obra hidráulica acuñado desde una perspectiva dogmática de la institución, sobre todo con el fin de evitar que la lista del artículo 122 TRLAg, sin negar que es en verdad amplia, pueda resultar insuficiente o quedar superada por la realidad en un futuro más o menos próximo.

²⁵ Sobre la programación de obras hidráulicas, hay que tener en cuenta que una de las piezas basilares de la legislación de aguas vigente en España es precisamente la planificación hidrológica. Ahora bien, en el capítulo quinto de esta monografía, dedicado precisamente al estudio de la conexión entre obras hidráulicas y planificación hidrológica, habrá ocasión de exponer cómo los instrumentos que integran la planificación hidrológica no son en realidad instrumentos de programación de obras hidráulicas y, de hecho, la presencia necesaria de las infraestructuras tanto en los Planes Hidrológicos de Cuenca como en el Plan Hidrológico Nacional es más bien escasa. Esta última circunstancia implica a mi entender la conveniencia de una regulación sobre la programación territorial y temporal de las obras hidráulicas a llevar a cabo.

elaboración y aprobación de los proyectos, los parámetros legales a tener en cuenta en su ejecución, el posible establecimiento de medidas o disposiciones en orden al uso y defensa de las obras hidráulicas (tales como el establecimiento de limitaciones a la propiedad, zonas de servidumbre o zonas de afección), el régimen de la seguridad de presas y embalses²⁶ o, en fin, las relaciones y potestades específicas que la Administración hidráulica tiene sobre las obras ejecutadas y explotadas por los particulares, por razón del carácter instrumental de la obra y de que el bien subyacente sea el agua²⁷. Insuficiencias de regulación, en definitiva, que a mi juicio conducen a concluir que la normativa actual sobre el régimen jurídico de las obras hidráulicas sigue falta de una ordenación institucional suficiente, formulada sobre la base de una visión de conjunto de las obras hidráulicas, todo ello sin perjuicio de la sectorialización que es inherente a esta materia y que determina la imposibilidad de elaborar un régimen jurídico unitario para todas ellas²⁸.

Al hilo de las consideraciones anteriores acerca de las deficiencias que en la actualidad siguen aquejando a la regulación del régimen jurídico de las obras hidráulicas, no queda sino hacer hincapié en la conveniencia de que el legislador español continúe profundizando en este sector del ordenamiento jurídico. Profundización en la línea

²⁶ En la actualidad el régimen jurídico sobre seguridad de presas y embalses se contiene de manera fundamental en el Reglamento Técnico de Seguridad de Presas y Embalses, aprobado por Orden de 12 de marzo de 1996. Es de notar, en todo caso, que el planteamiento propugnado en el texto acerca de la conveniencia de que el Título VIII TRLAg incorpore la regulación precisa en materia de seguridad de presas y embalses podría ser una realidad a corto plazo, toda vez que cuando escribo estas líneas está en fase de elaboración un Anteproyecto de modificación del TRLAg para incorporar los aspectos relativos a la seguridad de presas y embalses. Manejo el borrador de Anteproyecto fechado el 12 de diciembre de 2005. Acerca del mismo me permito señalar tan sólo que lo que se pretende es añadir al Título VIII TRLAg un nuevo capítulo IV (arts. 134 a 139) relativo a la materia en cuestión.

²⁷ Nótese sobre este particular que tanto el TRLAg como, sobre todo, el RDPH contienen una detallada regulación sobre las potestades que la Administración ostenta sobre el titular de la concesión de aguas, concesión de aprovechamiento que por lo común lleva implícita la ejecución de alguna obra hidráulica que la posibilite. Sin embargo, la legislación de aguas no se ocupa de regular suficientemente la relación existente entre la Administración hidráulica y el particular que, con base en la correspondiente figura contractual, gestiona una obra hidráulica no instrumental de un aprovechamiento hidráulico concreto. Bien es cierto que la regulación de dicho vínculo entre Administración y gestor privado de la obra es propia de la legislación de contratos y, de hecho, el nuevo capítulo V del Título II TRLCAP, relativo al contrato de concesión de obra pública, establece un tratamiento detallado de este aspecto. Ahora bien, ello no debe hacer olvidar que posiblemente se plantean condicionamientos específicos en materia de obras hidráulicas, derivados de la idiosincrasia del sector hidráulico y del hecho de que el sustrato de las obras sea el bien agua, condicionamientos legales cuya sede más adecuada es desde luego la legislación sectorial sobre obras hidráulicas integrada en el TRLAg.

²⁸ Coincidió en este punto, por tanto, con la valoración crítica que en torno al Título VIII de la Ley de Aguas de 1985 manifestó Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, cit., págs. 85-89, a que me he referido en notas anteriores.

apuntada en los párrafos precedentes, esto es, en la línea de completar las lagunas e inconvenientes que en general se plantean, y de aportar una ordenación institucional de la obra hidráulica, sin perjuicio de las regulaciones adicionales que para cada tipo o modalidad de infraestructura hidráulica (de regulación, de desecación, canales, de saneamiento y depuración, de regadío, de abastecimiento a poblaciones, etc.) puedan dictarse.

Por fin, interesa hacer una última reflexión en torno a la conveniencia de, en la dirección marcada por la Ley 46/1999, introductoria del Título VIII en la Ley de Aguas de 1985, seguir acomodando las futuras reformas del régimen jurídico de la obra hidráulica en el seno de la legislación de aguas. No en vano es fundamental tener presente cómo las obras hidráulicas tienen un carácter puramente instrumental respecto de las aguas. Tan estrecha es la interrelación entre obra y recurso que no cabe hablar de obras hidráulicas sin agua y, lo más importante, no es posible concebir la gestión de los recursos hídricos sino a través de las infraestructuras. Quiere decirse con ello que la obra hidráulica constituye un elemento indispensable —si no el único— para hacer efectiva y factible la ordenación de los recursos hídricos. Siendo así, esa estrecha vinculación entre ambos elementos determina que la legislación hidráulica sea la sede más oportuna y adecuada para la integración de la regulación general sobre obras hidráulicas²⁹. El TRLAg ha supuesto sin duda un primer paso fundamental en ese sentido. Falta sin embargo completar la labor con un más depurado tratamiento normativo de la obra hidráulica.

III. LA DEFINICIÓN LEGAL DE OBRA HIDRÁULICA

Una de las carencias más significativas de la que ha estado tradicionalmente aquejada la normativa hidráulica española hasta la reforma de la Ley de Aguas de 1985 operada por Ley 46/1999 ha sido, sin duda, la ausencia de una definición legal de la obra hidráulica. En efecto, la primera ocasión en que el legislador ha llevado a cabo un in-

²⁹ Acerca de la vinculación entre obras hidráulicas y aguas, y cómo dicha vinculación recomienda que el régimen de aquéllas se integre en la legislación hidráulica, es oportuno recordar las palabras de Antonio EMBID IRUJO, «La evolución del Derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua», en el vol. col., por él mismo dirigido, *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Ed. Universidad de Zaragoza-Confederación Hidrográfica del Ebro-Civitas, Madrid, 1998, págs. 87-96, donde señalaba la conveniencia de proceder a una codificación de las principales instituciones del Derecho de aguas en un solo texto normativo, en el que debería integrarse la regulación de las obras hidráulicas.

tento de conceptualización de la obra hidráulica ha sido con la aludida reforma legislativa³⁰, por la que se intentan perfilar algunos de los rasgos distintivos o definitorios fundamentales de la institución. Hasta ese momento, la problemática relativa al significado que desde una perspectiva jurídica debía darse a la noción de «obra hidráulica» había sido abordada únicamente en el terreno doctrinal, en el que los pocos autores que habían prestado atención a la cuestión coincidían en postular la conveniencia de una concepción teleológica de la obra hidráulica, si bien existían diferencias de criterio en cuanto a la finalidad determinante de que una infraestructura fuera o no merecedora de la consideración de hidráulica³¹.

³⁰ Con anterioridad a la antedicha reforma legislativa de 1999 era posible identificar, en todo caso, algunas normas aisladas en las que se contenían algunos criterios delimitadores de la obra hidráulica. Tal es el caso, significativamente, de la Ley de 7 de julio de 1911, más conocida según nos consta como Ley Gasset, y que, bajo el título general de Ley de Obras Hidráulicas, regulaba dos tipos de obras, las obras de regadío y las obras de defensa y encauzamiento, las cuales, por ese simple motivo, merecían sin duda ser calificadas como hidráulicas. Asimismo, es destacable en esa misma línea la legislación sobre contratos administrativos. En particular, cabe mencionar el Reglamento General de Contratación del Estado (aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre), en cuyo artículo 289-E se incluía, entre los grupos generales de tipos de obras, el de las hidráulicas; y, en desarrollo de esta previsión reglamentaria, la Orden de 28 de marzo de 1968, por la que se dictan normas complementarias para la clasificación de contratistas de obras del Estado, que en su apartado 1.º-E contemplaba, en dicha categoría de las obras hidráulicas, las siguientes: 1) Abastecimientos y saneamientos. 2) Presas. 3) Canales. 4) Acequias y desagües. 5) Defensas de márgenes y encauzamientos. 6) Conducciones con tubería de gran diámetro. 7) Obras hidráulicas sin cualificación específica. Por último, sirva subrayar que en el actual Reglamento General de la Ley de Contratos (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre)—posterior, por tanto, a la Ley 46/1999, por la que se introdujo en el ordenamiento jurídico el que hoy es el artículo 122 TRLAg— se establecen previsiones similares.

³¹ Los escasos autores que prestaron atención a la cuestión planteada coincidían, efectivamente, en delimitar la obra hidráulica en base a la finalidad que ésta cumple. En ese sentido puede citarse, en primer lugar, a Emilio PÉREZ PÉREZ, para quien «las obras hidráulicas, en general, serán las obras públicas relacionadas con el agua, tanto si persiguen posibilitar los usos o aprovechamientos de la misma como si tienen la finalidad de defenderse de sus efectos nocivos». *Vid.* su trabajo «Alcance de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de encauzamientos y defensas de márgenes», en *Revista Jurídica La Ley*, 1989, tomo 2.º, pág. 1100; también incluido en la recopilación de trabajos del mismo autor sobre Derecho de aguas: *Estudios jurídicos sobre propiedad, aprovechamiento y gestión del agua*, Ed. Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), Madrid, 1993, págs. 131 y ss.

En una línea de razonamiento algo más restrictiva del concepto de obra hidráulica, Antonio EMBID IRUJO, «Régimen jurídico...», *cit.*, págs. 72-73, señalaba que «la solución está en incidir, simplemente, en el elemento finalista último que representa la obra hidráulica y que no es otro que el de posibilitar un aprovechamiento del recurso para la vida económica o las necesidades sociales o recreativas del hombre». Y termina señalando que «en el elemento del aprovechamiento, entonces, es donde debe ponerse el acento y probar en relación a él, la apropiada inserción de las distintas obras que puedan existir». Este autor apoya su postura en la definición que de la «hidráulica» contiene el Diccionario de la Real Academia Española como el «arte de conducir, contener, elevar y aprovechar las aguas». A juicio del profesor EMBID, empero, de todas esas finalidades u objetivos de la hidráulica (conducir, contener, elevar y aprovechar el agua), el aprovechamiento es el que aparece como único elemento determinante del concepto de obra hidráulica, mientras que la conducción y la elevación actuarían como meros auxiliares de aquél. Además, señalaba a favor de su tesis

La indicada reforma de la Ley de Aguas de 1985, operada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, supuso un paso importante en orden a poner fin a esa situación de imprecisión que caracterizaba a la obra hidráulica. En concreto, el vigente Título VIII TRLAg tiene tres contenidos con significación conceptual: incorpora un pretendido «concepto de obra hidráulica», reconoce de manera explícita la posibilidad de que las obras hidráulicas sean de titularidad pública o privada y, en fin, incluye una delimitación de las obras hidráulicas públicas. Me interesa centrar la atención en este punto en el aspecto relativo a la definición de obra hidráulica contenida en el artículo 122 TRLAg, toda vez que la cuestión concerniente a la titularidad de las obras y su correspondiente carácter público o privado será objeto de estudio en detalle en el apartado siguiente de este mismo capítulo de la monografía.

Acerca del aludido artículo 122 TRLAg conviene hacer hincapié fundamentalmente en cómo el mismo carece en buena medida de la factura técnica que cabe esperar de una disposición normativa que, bajo el ambicioso título de «Concepto de obra hidráulica», aspira o tiene pretensiones definitorias de una institución jurídica. En concreto, si bien es cierto que la definición contenida en el antedicho precepto permite adquirir el conocimiento de lo que en la actualidad ha de entenderse por obra hidráulica, el artículo 122 TRLAg adolece a mi entender de algunas deficiencias e imprecisiones que no pueden dejar de ser subrayadas. Conviene para ello transcribir el tenor literal de la indicada disposición normativa, según el cual *«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 por 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»*.

que el propio ordenamiento jurídico español utiliza preferentemente la denominación «aprovechamiento» en lugar de la expresión «obras hidráulicas» (pág. 73).

La definición que acaba de quedar reproducida conduce directamente a una primera conclusión, cual es que el criterio determinante del carácter hidráulico o no de una infraestructura es la finalidad a la que la misma se halle vinculada³². En efecto, el concepto de obra hidráulica recogido en el ordenamiento español vigente pivota esencialmente alrededor de las diversas y variadas finalidades a que las obras están llamadas a servir de instrumento. Puede decirse, en definitiva, que, en línea con los planteamientos que acerca de este extremo se venían postulando por la doctrina que había prestado atención al particular, el legislador ha optado por un concepto de índole o de corte teleológico de obra hidráulica. Esta concepción finalista se muestra, por otro lado, como la única alternativa posible en la definición de la obra hidráulica, toda vez que, como ha sido ya subrayado, las obras hidráulicas se caracterizan por su carácter instrumental, sin que sea posible delimitar sus perfiles con arreglo a una idiosincrasia o a unos pretendidos datos técnicos que permitan diferenciarlas de otras modalidades de infraestructuras.

La lista de finalidades determinantes de la condición de obra hidráulica es por lo demás de una minuciosidad extrema³³, circunstancia en la que bajo mi punto de vista cabe situar la primera de las deficiencias de la definición acuñada por el TRLAg a las que se aludía con anterioridad. Al respecto hay que destacar cómo, movida posiblemente por un plausible afán de precisión o de exhaustividad, la norma acaba confundiendo los fines con las obras mismas, y convirtiendo el concepto de obra hidráulica en una lista de actuaciones merecedoras de esa calificación. Ciertamente, el planteamiento que luce en la Ley, consistente después de todo en acudir a un sistema de lista a la hora de conceptualizar las obras hidráulicas, puede plantear no

³² Idéntico planteamiento consistente en definir la obra hidráulica en función de la finalidad a la que sirve de instrumento luce en alguna otra norma en la que también se incluye una definición de obra hidráulica. Me estoy refiriendo al concepto recogido por el artículo 2.11 del Texto Refundido de la legislación vigente en materia de aguas en Cataluña (aprobado por Decreto legislativo 3/2003, de 4 de noviembre), a cuyo tenor se entiende por obra hidráulica «las obras y las infraestructuras vinculadas en la regulación, la conducción, la potabilización y la desalinización de los recursos hídricos, y al saneamiento y la depuración de las aguas residuales y cualquier otra acción reconocida como tal por la legislación de aguas».

³³ Al menos aparentemente, el artículo 122 TRLAg se muestra menos restrictivo que la doctrina en orden a las finalidades determinantes de que una obra merezca la consideración de hidráulica. No en vano, y como ha quedado expuesto en notas anteriores, los autores que se habían manifestado al respecto vinculaban el concepto de obra hidráulica a aquellas ordenadas a facilitar el uso o aprovechamiento de las aguas, así como a la defensa frente a sus eventuales efectos nocivos (Emilio PÉREZ PÉREZ), o incluso, en términos más estrictos, la instrumentales del aprovechamiento de las aguas (Antonio EMBID IRUJO). La lista de obras y fines que se enumeran en el artículo 122 TRLAg parece, sin embargo, más amplia, más omnicompreensiva.

pocos inconvenientes, en la medida en que la enumeración, por amplia que sea, puede acabar resultando incompleta, dejando por ello al margen del régimen jurídico de las obras hidráulicas a todas aquellas infraestructuras que no figuren en la enumeración del artículo 122 TRLAg³⁴.

Para hacer frente a esta eventual problemática se impone una labor interpretativa del antedicho precepto, consistente en desbrozar su prolijo contenido al objeto de extraer el sentido institucional que en él pueda estar subyacente o, lo que es sinónimo, con el designio de reconocer las finalidades o destinos generales identificativos de la obra hidráulica. A mi juicio, de la lectura del tan reiterado artículo 122 TRLAg puede deducirse que el mismo tiene un claro espíritu omnicomprendivo de cualesquiera infraestructuras vinculadas o instrumentales de la gestión u ordenación de las aguas. Se incluyen así en el concepto de obra hidráulica las obras destinadas a posibilitar su aprovechamiento, entendiendo por tales no sólo las que obedecen al objetivo de servir a una explotación concreta, sino también aquellas que sencillamente pretenden generar recursos hídricos, es decir, incrementar las disponibilidades de agua. Junto a las indicadas obras de aprovechamiento, la categoría de las obras hidráulicas está asimismo integrada por las obras orientadas a la protección cualitativa de los recursos hídricos en tanto que recurso natural escaso y, en fin, son también tipos o modalidades de obras hidráulicas las implantadas para la defensa frente a posibles daños o peligros que las aguas en estado natural puedan generar³⁵. Este concepto amplio de obra hidráulica resulta además coherente —y podría decirse que incluso continuador— con los planteamientos que tradicionalmente vienen luciendo en la materia en el ordenamiento español, el cual, si bien ha prescindido en todo momento de cualquier intento definitorio al respecto, ha incluido en la categoría de las

³⁴ A los inconvenientes del recurso al sistema de lista para definir la obra hidráulica se refirió Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, cit., págs. 97-98, donde, tras hacer hincapié en el hecho de que toda lista acaba siendo insuficiente con el paso del tiempo, señalaba que hubiese sido conveniente preceder la enumeración del actual artículo 122 TRLAg de una expresión del tipo «tales como», lo cual vendría a ofrecer una mayor y más permanente flexibilidad, y permitiría incluir en su caso aquellas infraestructuras que, pese a no estar recogidas en la enumeración, pudieran ser de «naturaleza o de características análogas o semejantes».

³⁵ Un concepto amplio similar al que acaba de postularse en el texto es alcanzado, asimismo, por Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, *El abastecimiento de agua...*, cit., pág. 455, donde afirma que el artículo 122 TRLAg formula un concepto amplio de obra hidráulica «que va ligado a todas aquellas actuaciones que permitan una utilización de los recursos hidráulicos de acuerdo con los distintos usos de que son susceptibles y que se extiende además, más allá de esta finalidad, a evitar cualquier riesgo inherente al régimen natural de las aguas e incluso a su protección frente a la degradación de que pueden ser objeto».

obras hidráulicas a las infraestructuras vinculadas a las tres finalidades descritas³⁶.

Insuficiencia, en una palabra, del aprovechamiento de las aguas como único elemento determinante de la calificación de las infraestructuras como obras hidráulicas. Pero se ha señalado que el criterio del aprovechamiento, además de ser, en la línea expuesta, insuficiente, resulta asimismo excesivo, pues no toda obra e instalación que suponga o conlleve la utilización de recursos hídricos ha de ser considerada hidráulica necesariamente. En particular, no parece que deban ser incluidas en el género de las obras hidráulicas aquellas instalaciones en que la utilización del agua sea un aspecto meramente accesorio. Así, por ejemplo, las centrales nucleares, a pesar de que la refrigeración de sus reactores sea realizada con agua, o las centrales hidroeléctricas. Ahora bien, cabe afimar en este punto que aunque las industrias citadas no constituyen obras hidráulicas, sí deben ser consideradas como tales las conducciones, embalses o presas construidas para suministrarles los recursos hídricos que precisen. En ese sentido, por ejemplo, no es una obra hidráulica una central hidroeléctrica, pero sí lo es el salto de agua del que se aprovecha. Parece, en suma, que el elemento definitorio no es tanto que la infraestructura constituya un aprovechamiento en sí misma. Lo esencial es que la obra de que se trate tenga por objeto facilitar dicha utilización³⁷.

³⁶ En párrafos anteriores se ha hecho ya referencia a que, sin llegar a aportar un concepto o una definición dogmática de obra hidráulica, son numerosas las disposiciones legales en que, de uno u otro modo, se ha hecho y se sigue haciendo referencia a las obras hidráulicas; disposiciones en las que de manera inequívoca se incluyen obras vinculadas a las tres finalidades apuntadas en el texto: uso o aprovechamiento, protección cualitativa y defensa frente a los daños que las aguas puedan ocasionar. En tal sentido, y a simple modo de ejemplo, sirva destacar la Ley de 7 de julio de 1911, que, bajo el título general de Ley de Obras Hidráulicas, regulaba las obras de regadío y las de defensa y encauzamiento. Asimismo, la Orden de 28 de marzo de 1968, por la que se dictan normas complementarias para la clasificación de contratistas de obras del Estado, incluía, en su apartado 1.º, letra E, entre las obras hidráulicas a las siguientes: 1) abastecimientos y saneamientos; 2) presas; 3) canales; 4) acequias y desagües; 5) defensas de márgenes y encauzamientos; 6) conducciones con tubería de gran diámetro, y 7) obras hidráulicas sin cualificación específica. Idéntica relación de obras hidráulicas a efectos de clasificación de contratistas ha sido recogida, en fin, por el vigente Reglamento General de la Ley de Contratos (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), que ha venido a sustituir en este aspecto a la antedicha Orden de 28 de marzo de 1968 (art. 25.1, grupo E).

Merece la pena destacar, en cualquier caso, que el propio artículo 25 del Reglamento General de la Ley de Contratos excluye de la categoría de las obras hidráulicas, a efectos de calificación de los contratistas, a algunas obras que son explícitamente calificadas como hidráulicas por el artículo 122 TRLAg. Se trata, en concreto, de las estaciones de tratamiento de aguas, incluidas en el grupo K) del indicado artículo 25.1, referido a obras «Especiales».

³⁷ Aunque no sea un argumento categórico y definitivo en orden a la no calificación como obras hidráulicas de esas instalaciones en que el uso del agua tiene un carácter meramente instrumental, sí es sintomática de esa interpretación la STS de 13 de marzo de 1985 (Ar. 1206; Ponente: Julio Fernández Santamaría). En ella se niega cualquier competencia —incluso de supervisión— de la Administración hidráulica sobre las obras construidas por una central

Vistos los fines determinantes de la calificación de una obra como hidráulica, interesa detenerse a continuación en otra de las notas en las que pone el acento la definición contenida en el artículo 122 TRLAg. Se trata sencillamente de la afirmación según la cual las obras hidráulicas tienen en todo caso carácter inmobiliario, dato éste que no por elemental debe dejar de ser reseñado. Estimo, sin embargo, innecesario dedicar mayor atención a esta circunstancia, evidente por demás, toda vez que la naturaleza inmueble de las obras hidráulicas es de todo punto innegable a la luz del artículo 334 del Código Civil y, por tanto, aunque nada dijese al respecto el TRLAg. Ello no obstante, sí juzgo oportuno poner de manifiesto una nueva imprecisión en la que, a mi entender, incurre el artículo 122 TRLAg al referirse a este extremo. Hay que notar al respecto cómo el precepto dispone que «se entiende por obra hidráulica *la construcción* de bienes inmuebles...», y termina estableciendo que también merecen la consideración de obras hidráulicas «aquellas *actuaciones* necesarias para la protección del dominio público hidráulico». Una interpretación literal de los dos pasajes transcritos llevaría a pensar que para el TRLAg la obra hidráulica no es el bien inmueble en sí, sino las actuaciones o labores que dan como resultado dicho inmueble³⁸.

nuclear para la depuración y vertido de las aguas utilizadas en su refrigeración. Si esas instalaciones de depuración escapan a las potestades de la Administración hidráulica, es lógico concluir que no son merecedoras de la calificación de obras hidráulicas. En consecuencia, con más motivo, no serán hidráulicas las construcciones o dispositivos específicos constitutivos de la actividad de refrigeración misma. Interesa dar a conocer un pasaje de la STS en cuestión.

«Que en íntima conexión con esa competencia está la determinación del significado del proyecto de depuración y vertido de aguas que se va a producir en virtud del uso de ese agua en la explotación de una central nuclear, es decir, si ese proyecto de depuración y vertido es o no un proyecto para realizar una obra estrictamente nuclear; y si los problemas que plantea uno y otra son problemas de seguridad nuclear, y sobre esta cuestión hay que sentar lo siguiente: el proyecto de depuración y vertido de una instalación nuclear no es algo corriente y autónomo del propio proyecto de la central nuclear, el proyecto sobre las torres de refrigeración de una central nuclear y de los procedimientos técnicos a emplear para reducir la temperatura de las aguas utilizadas por la central y evitar la radiactividad es técnicamente una obra nuclear; una parte sustancial integrante de la central nuclear en sí misma considerada; y, por tanto, escapa a la competencia de la Comisaría de Aguas y a la del propio Ministerio de Obras Públicas, para entrar de lleno en la competencia del Ministerio de Industria. La Comisaría de Aguas basta que diga que se otorga la concesión para derivar un determinado caudal y que la central nuclear ha de devolver la cantidad de agua no consumida en unas determinadas condiciones, remitiéndose en cuanto a la aprobación del específico proyecto para lograr tales condiciones a lo que acordara el organismo que tiene a su cargo el control y competencia de dichas instalaciones nucleares.»

³⁸ La equivocidad a que da lugar el artículo 122 TRLAg al referirse a las obras hidráulicas como «las actuaciones», y no como los inmuebles mismos, fue ya apuntada por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, cit., págs. 97-98.

En el anterior planteamiento parece estar subyacente un erróneo entendimiento por parte del legislador español de la clásica diferenciación entre «trabajo público» y «obra pública», a la que en algunos ordenamientos jurídicos comparados se acostumbra a acudir a la hora de definir la obra pública. Es ésta una distinción que, como habrá ocasión de comprobar en apartados posteriores, tiene su origen en el Derecho francés, donde todavía hoy mantiene toda su vigencia y sentido³⁹, y que ha tenido una influencia notable en otros Derechos, señaladamente en el italiano⁴⁰. Con ella se pretenden delimitar las operaciones que dan lugar a la obra propiamente dicha, incluidas todas las actividades que dichas operaciones exigen, tales como las ofertas y concursos, las ocupaciones temporales, concesiones, etc. —y que, en terminología francesa, constituirían los *travails publics*—, del producto resultante de dichas operaciones, es decir, del inmueble en sí —que sería el único merecedor de la calificación de obra pública o *ouvrage public*—. La diferenciación a que acaba de hacerse referencia ha contado, en cambio, con una escasa, si no nula, significación práctica en la tradición jurídica española, donde ambas realidades acostumbran a mostrarse de manera unitaria, sin que la separación entre una y otra se haya visto reflejada ni en la legislación ni en la jurisprudencia⁴¹. Todo ello hace que la literalidad del artículo 122 TRLAg, en la que parece invertirse el sentido de las expresiones en juego, reservando la

³⁹ Sin perjuicio de una cita más detallada con ocasión del estudio del concepto de obra pública y de la vinculación de las obras hidráulicas con las obras públicas, sirva por el momento destacar el trabajo de Javier BARCELONA LLOP, «La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (*ouvrage public mal planté ne se détruit pas*)», en núm. 154 de esta REVISTA, enero-abril de 2001, págs. 463 y ss., en el que el autor realiza un estudio del concepto de obra pública en Francia e incide en el origen, evolución e implicaciones de la diferenciación entre *travail public* y *ouvrage public*.

⁴⁰ Sin pretender agotar la cita, que se ampliará posteriormente, la asunción por el Derecho transalpino de la diferenciación de origen galo entre trabajo público y obra pública puede verse en el clásico trabajo, seguido por la doctrina posterior de manera prácticamente unánime, de Guglielmo ROEHRSEN DI CAMERATA, *I lavori pubblici*, Ed. Zanichelli, Boloña, 1956, págs. 5-20.

⁴¹ Sobre la asunción de la distinción entre «trabajos públicos» y «obras públicas» en España puede decirse, en efecto, que la misma ha tenido entre nosotros una utilidad eminentemente didáctica, sin trascendencia en el terreno de lo práctico, tal como lo demuestra el hecho de que no haya tenido reflejos concretos ni en la legislación ni en la jurisprudencia. A nivel doctrinal, la distinción conceptual que me ocupa se ha recogido, sin ánimo de exhaustividad, por Adolfo CARRETERO PÉREZ, «Configuración jurídica y presupuestaria de las obras públicas», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 163, julio-septiembre de 1969, págs. 396-397; Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Las obras públicas», en núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, págs. 2447-2448, y José Antonio LÓPEZ PELLICER, *Leciones de Derecho Administrativo (II)*, Ed. Diego Marín-Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Murcia, 1989, pág. 333, autor este último que habla de una «acepción dinámica» de la obra pública, para referirse al trabajo o actividad tendente a realizar una cosa o bien inmueble, y de una «acepción estática», entendiéndolo por tal el bien obtenido como resultado o producto de aquella actividad.

consideración de obra hidráulica a las labores u operaciones de implantación y no, como sería coherente, al resultado de las actuaciones en cuestión, deba atribuirse a una imprecisión y no a una auténtica voluntad legislativa de definir la obra hidráulica en el sentido señalado.

IV. LA VINCULACIÓN ENTRE OBRA HIDRÁULICA Y OBRA PÚBLICA

Tras el estudio de la definición de obra hidráulica contenida en el artículo 122 TRLAg que acaba de realizarse en el apartado anterior, procede abordar a continuación el examen de un aspecto no menos importante, a saber: la vinculación existente entre la obra hidráulica y la obra pública o, lo que es sinónimo, la determinación de si todas las obras hidráulicas son susceptibles de ser incardinadas en la categoría de las obras públicas o si, por el contrario, la coincidencia entre ambas es sólo parcial o predicable únicamente de algunas infraestructuras hidráulicas. Es ésta una cuestión que, por lo demás, presenta una notable complejidad, al tiempo que es de una gran actualidad en el Derecho español vigente y en la doctrina, la cual se halla inmersa en estos momentos en un muy interesante debate acerca de la delimitación conceptual de la obra pública, siendo los extremos más polémicos de dicho debate los relativos a la necesidad de que su titularidad corresponda a una Administración pública y al carácter demanial con que tradicionalmente se la ha venido caracterizando.

La cuestión planteada no responde, por otra parte, a un mero afán dogmático, sino que tiene una notable trascendencia práctica. En concreto, de la inclusión o no de las obras hidráulicas en la categoría de las infraestructuras públicas depende que las mismas se vean o no sujetas a la normativa general sobre estas últimas. Piénsese al respecto, por ejemplo, que de la calificación de las hidráulicas como obras públicas dependerá que en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de obras hidráulicas sean aplicables los artículos 148.1.4.^a y 149.1.24.^a CE, atinentes al reparto de responsabilidades en materia de obras públicas. En un sentido similar, la calificación como públicas de las obras hidráulicas ha de determinar igualmente, y en su caso, algunos importantes aspectos en cuanto a su ejecución. Así, por ejemplo, y por tanto sin ánimo alguno de exhaustividad, les será de aplicación el régimen jurídico general de ejecución de las obras públicas, contenido básicamente en la Ley de 13 de abril de 1877, General de Obras Públicas (en adelante, LOP). Asimismo, deberán ser construidas en aplicación de los mecanismos generales de implantación de las infraestructuras públi-

cas previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Finalmente, la inclusión de las hidráulicas entre las obras públicas conllevará que las previsiones relativas a estas últimas, contenidas en cualquier norma sectorial (v. gr.: urbanística, medioambiental, etc.), deban entenderse referidas también a las obras hidráulicas.

1. *Los controvertidos rasgos definitorios de las obras públicas*

La proximidad conceptual entre la obra hidráulica y la obra pública es evidente por demás, toda vez que el artículo 1 LOP, al enumerar las obras públicas, incluye expresamente entre ellas a un buen número de obras cuya naturaleza hidráulica es incuestionable. Tal es el caso de los grandes canales de riego, los de navegación y los relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos. La aludida cercanía, manifestada en el hecho de que numerosas obras hidráulicas merezcan para el propio legislador la calificación de públicas, no es empero la única conclusión que se deriva del estudio del artículo 1 LOP. Si se profundiza un poco más en el precepto, se comprueba cómo, además, las obras citadas son públicas por su destino al general uso y aprovechamiento. Al respecto, debe subrayarse que el artículo 1 LOP establece una diferenciación entre dos grandes tipos de obras públicas, a saber: «las que sean de general uso y aprovechamiento» y aquellas «construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos»⁴². Pues bien, las obras hidráulicas anteriormente citadas son incluidas por el artículo 1 LOP entre las primeras, esto es, entre las obras que son públicas por ser de general uso y aprovechamiento, también llamadas por la doctrina «obras de infraestructura»⁴³.

⁴² Lógicamente, la referencia al Estado, las provincias y pueblos ha de entenderse hecha en 1877, año de promulgación de la LOP. Por tanto, en la actualidad y tras la Constitución de 1978, deben considerarse asimismo incluidas las Comunidades Autónomas.

⁴³ Con base en esa distinción introducida por el artículo 1 LOP, la doctrina ha clasificado las obras públicas en «obras de infraestructura», correspondientes a las de general uso y aprovechamiento, y «obras de arquitectura» o «construcciones civiles», referidas a las edificaciones adscritas a los servicios y dependencias de una Administración pública. *Vid.* sobre esa distinción las explicaciones de José Antonio LÓPEZ PELLICER, *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., págs. 343 y ss.

Por otra parte, la distinción entre obras de infraestructura y de arquitectura no sólo tiene virtualidad en el terreno de lo conceptual, sino que también presenta cierta trascendencia práctica. En particular, el tipo de obra pública de que se trate determina la competencia departamental (estatal) para su ejecución. De ese modo, las obras de infraestructura deben ser ejecutadas por el Ministerio de Obras Públicas (en la actualidad Fomento, excepto las obras hidráulicas, que se encomiendan al Ministerio de Medio Ambiente), mientras que las construcciones civiles corresponden al Ministerio titular del servicio al que se hallen destinadas (arts. 8 y 9 LOP).

La convivencia del carácter hidráulico y público en algunas obras de infraestructura, a la que acaba de hacerse referencia, no permite, sin embargo, afirmar que en el terreno dogmático o conceptual sea posible una identificación general de las obras hidráulicas con las obras públicas, de modo que toda obra hidráulica sin excepción pueda ser calificada a su vez como pública. Por el contrario, del artículo 1 LOP se deduce el carácter público de un puñado de obras hidráulicas, pero no de todas ellas como categoría globalmente considerada. El correcto entendimiento de la conexión o correlación existente entre los dos tipos de obras que nos ocupan requiere por ello superar el sentido puramente descriptivo o casuístico del precitado artículo 1 LOP, e intentar alcanzar una caracterización jurídica global de las obras públicas que permita analizar la posible inclusión en ellas de las obras hidráulicas. Dicho de otro modo, conviene determinar cuáles son los elementos definitorios comunes a toda obra pública para, posteriormente, comprobar si los mismos son cumplidos por la generalidad de las obras hidráulicas, único caso en que podrá postularse que éstas constituyen un género o tipo de obras públicas, cuestión a la que, puede anticiparse ya, se dará una respuesta negativa.

Han sido numerosos los autores que en un momento u otro han dedicado sus esfuerzos al intento de conceptualización de la obra pública. Por lo común, dichas aproximaciones han coincidido en partir de la distinción, a la que ya se ha hecho referencia en este mismo capítulo, entre «trabajo público» (*travail public*) y «obra pública» (*ouvrage public*). Al respecto se entiende por trabajo público (*travail public*) «las operaciones que dan lugar a la obra propiamente dicha y a todas las actividades que dichas operaciones exigen: ofertas y concursos, ocupaciones temporales, requisas, concesiones, etc.»; mientras que la expresión obra pública (*ouvrage public*) se reserva, en cambio, para denominar al «producto resultante de esas operaciones», es decir, el bien

Otro tanto puede decirse en torno al cuerpo funcional encargado de la ejecución de las obras. En el caso de infraestructuras, la proyección, dirección y vigilancia de las obras compete al Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. En las obras de arquitectura, empero, aquellas funciones deberán ser desarrolladas por «Arquitectos con título, nombrados libremente por el Ministro a que las obras correspondan» (art. 30 LOP).

Con todo, el ámbito en el que la diferenciación comentada ha sido más trascendente ha sido, posiblemente, el del urbanismo y, más específicamente, el de la exigencia de licencia urbanística para la realización de obras públicas [art. 180.1 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y, en la actualidad, art. 244 del Texto Refundido sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (aprobado por Real Decreto 1/1992, de 26 de junio)]. A ese respecto, el Tribunal Supremo acudió a la diferenciación entre obras de infraestructura y construcciones civiles para confirmar esa obligatoriedad de licencia respecto de las segundas, al tiempo que la relativizaba para las primeras. A este particular se hará referencia con mayor profundidad al estudiar las implicaciones urbanísticas de la ejecución de las obras hidráulicas.

inmueble en sí⁴⁴. Esta distinción, originaria del Derecho francés⁴⁵ y que ha gozado asimismo de cierto predicamento en otros Derechos de nuestro entorno —señaladamente el italiano⁴⁶—, tiene como virtualidad casi exclusiva la de subrayar o explicar el principio de intangibilidad de la obra pública⁴⁷, esto es, la interdicción de que los órganos judiciales ordenen la destrucción o modificación de una obra pública, aunque la misma haya sido construida de manera discorde con el ordenamiento jurídico⁴⁸. Por lo demás, su alcance o contenido definitivo carece de cualquier significación identificativa de la obra pública.

Tras asumir y formular, al menos en el terreno estrictamente dogmático, la anterior diferenciación entre trabajo y obra pública, no pocos autores se han preocupado entre nosotros de acuñar un concepto de esta última. La labor delimitadora de la obra pública ha sido no obstante objeto de una clara evolución, de suerte que tras un amplio período de tiempo en el que se contaba con una definición consolida-

⁴⁴ Vid. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Las obras públicas...», cit., págs. 2447-2448. La misma diferenciación ha sido adoptada en la doctrina española por Adolfo CARRETERO PÉREZ, «Configuración jurídica y presupuestaria de las obras públicas», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 163, julio-agosto-septiembre de 1969, págs. 396-397, y José Antonio LÓPEZ PELLICER, *Lecciones...*, cit., pág. 333, quien habla de «acepción dinámica» de la obra pública, para referirse al trabajo o actividad tendente a realizar una cosa o bien inmueble, y de «acepción estática», entendiendo por tal el bien obtenido como resultado o producto de aquella actividad.

⁴⁵ Para una exposición sintética y clarificadora sobre la distinción entre *travail public* y *ouvrage public* en el Derecho francés en general, André DE LAUBADÈRE, Jean-Claude VENEZIA e Yves GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, 9.ª ed., Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992, tomo 2.º, págs. 393 y ss. Para un estudio más detallado de los términos en que la distinción conceptual que nos ocupa se ha planteado en Francia, con incidencia tanto en su origen como en su evolución posterior y su planteamiento actual, véase el trabajo ya citado de Javier BARCELONA LLOP, «La obra pública y su protección jurídica...», cit., págs. 463 y ss.

⁴⁶ Esa diferenciación de origen galo entre *travail public* y *ouvrage public* ha sido, en efecto, asumida por la doctrina italiana, la cual diferencia entre *opere pubbliche* y *lavoro pubblico*. Vid., al respecto, Guglielmo ROEHRSEN DI CAMERATA, *I lavori pubblici*, cit., págs. 5-20; del mismo autor, «Opere idrauliche, appalto e concessione di costruzione», en *Rassegna dei Lavori Pubblici*, 9/1987, septiembre, págs. 317-318; Anna MARZANATI, *Lavori pubblici e regioni a statuto ordinario*, Ed. CEDAM, Padua, 1983, págs. 5-10, y Arturo CANCRINI y Gianfranco D'ALESSIO, «Aspetto normativo, organizzazione e finanziamento dei lavori pubblici in Italia», en *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2/1991, abril-junio, pág. 364.

⁴⁷ La escasa trascendencia práctica de la distinción entre trabajo público y obra pública fue ya puesta de manifiesto por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 2448, al afirmar que la misma presenta como única utilidad la de subrayar el principio de intangibilidad de la obra pública y su específica autonomía.

⁴⁸ Las implicaciones del principio de intangibilidad de la obra pública, concretado en el brocárdico —atribuido a Maurice HAURIU— «*ouvrage public mal planté ne se détruit pas*», han sido detenidamente estudiadas, si bien que con referencia al Derecho galo, por Javier BARCELONA LLOP, «La obra pública y su protección jurídica...», cit., págs. 463 y ss. Del mismo autor es destacable en este punto el trabajo «Nuevas tribulaciones del principio de intangibilidad de la obra pública en Francia», en núm. 164 de esta REVISTA, mayo-agosto de 2004, págs. 371 y ss.; estudio éste en el que da conocimiento de algunos pronunciamientos judiciales recientes de los tribunales franceses que han empezado a cuestionar o a abrir una brecha en el tradicional y consolidado principio de intangibilidad.

da y pacífica se ha pasado a la situación actual, en la que está abierto un debate tan interesante como complejo sobre las características definitorias de la misma. En efecto, en un primer momento existía coincidencia en entender que las notas identificativas de toda obra pública eran las siguientes: actividad de transformación material realizada por una Administración pública, carácter inmobiliario, titularidad pública de la obra y, finalmente, adscripción de la misma a una finalidad pública o afectación demanial⁴⁹. Buena muestra de esta línea de entendimiento es la definición que posiblemente ha gozado de una mayor repercusión en el ámbito español, debida a la pluma de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y que define la obra pública como una «operación de transformación material de un inmueble demanial, hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos»⁵⁰.

Como ya se ha señalado, en el momento presente algunas de las notas definitorias de la obra pública han pasado a ser, sin embargo, una cuestión controvertida. Así, frente a autores que recientemente se han posicionado a favor del concepto de obra pública que acaba de quedar expuesto⁵¹, nuevos planteamientos en la materia acostumbra a aposentar la definición de obra pública sobre la base de tres elementos diversos, a saber: *a*) un elemento *objetivo*, identificado con el carácter inmobiliario; *b*) un elemento *subjetivo*, en virtud del cual toda obra pública consistiría en una actividad de transformación ma-

⁴⁹ En efecto, los planteamientos doctrinales más clásicos en relación con la definición de la obra pública han coincidido plenamente en la caracterización apuntada. Véanse en ese sentido a Adolfo CARRETERO PÉREZ, «Configuración jurídica...», cit., págs. 396-398; Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Las obras públicas...», cit., págs. 2448-2450; José Antonio LÓPEZ PELLICER, *Lecciones...*, cit., págs. 333-335, y Martín BASSOLS COMA, *Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado*, Ed. Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994, pág. 21.

⁵⁰ Cfr. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Las obras públicas...», cit., pág. 2448. Otras definiciones de la obra pública sustancialmente coincidentes son las acuñadas por el ya citado Adolfo CARRETERO PÉREZ, «Configuración...», cit., pág. 397, que la define como una «actividad administrativa consistente en un trabajo de construcción, mantenimiento y, en su caso, destrucción de una cosa demanial inmobiliaria».

⁵¹ Ése es el caso, señaladamente, de Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 14, septiembre-diciembre de 2001, págs. 229-231, y Concepción JIMÉNEZ SHAW, *Régimen jurídico de la desalación del agua marina*, cit., págs. 264-267. Asimismo, es destacable cómo José Antonio LÓPEZ PELLICER se reafirma en sus planteamientos iniciales al mantenerlos en la segunda edición de sus ya citadas *Lecciones de Derecho Administrativo*, vol. II (1), Ed. Diego Marín, Murcia, 2004, págs. 343-345.

De igual modo, aunque no llevan a cabo intento alguno de definición de la obra pública, se refieren a ella como bien de dominio público Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes de dominio público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 260 y ss., y Joaquín TORNOS MAS, «Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente (arts. 242 a 244 y 149 a 252)», en el vol. col., dirigido por Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 1245-1246.

terial realizada por cuenta o por encargo de una Administración pública, y c) un elemento *finalista* o *teleológico*, de suerte que la obra pública se caracterizaría por su vinculación o afectación a un fin de interés o utilidad general. La comparación con la que he denominado delimitación conceptual clásica de obra pública permite comprobar, por tanto, que los extremos debatidos son los concernientes a la titularidad pública y, en íntima conexión con ésta, su pretendida condición de bienes integrantes del dominio público⁵². Interesa, en cual-

⁵² Véase en esa línea de entendimiento de la obra pública, sin ánimo alguno de exhaustividad, a Elisenda MALARET I GARCÍA, «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», en el vol. col., dirigido por Antonio EMBID IRUJO, *El nuevo...*, cit., págs. 101-102. La mencionada autora recoge la delimitación de obra pública acuñada por el Consejo de Estado francés, y la define como las «obras ejecutadas por cuenta —por encargo— de una persona pública con un fin de interés general». Y añade que esa concepción exige que se cumplan tres requisitos: carácter inmobiliario, ejecución por cuenta o por encargo de una Administración, y adscripción a la satisfacción de un fin de interés o utilidad general. En un sentido similar, Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1998, págs. 100 y ss.; Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL, *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Ed. Fundación Canaria Mapfre Guanarteme-Montecorvo, Madrid, 2000, págs. 243-247, y Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ, *Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio*, Ed. Ministerio de Fomento-Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 89-98. A este último autor puede atribuirse la que, a mi juicio, es la definición más acabada de entre las que han formulado los defensores de esta línea interpretativa. A su juicio, la obra pública puede identificarse con las «obras inmuebles, encargadas o costeadas por una persona pública; realizadas para satisfacer una necesidad o conveniencia general (interés público), unas veces directamente (obras públicas de fomento o del primer grupo), otras conectada a otras competencias administrativas (construcciones civiles o del segundo grupo); a las que se anuda un régimen jurídico de dependencia administrativa, en su aprobación, construcción y explotación» (pág. 89).

Entre los autores que sostienen esta nueva concepción de la obra pública no necesariamente vinculada a la titularidad pública y el carácter demanial cabe, asimismo, identificar a algunos de ellos que han evolucionado en su forma de entender el concepto de obra pública, pasando de predicar su carácter demanial a admitir su definición sobre la base de su afectación a un fin público y a asumir la posible existencia de obras públicas de titularidad privada. Cabe citar en ese sentido a Santiago ROSADO PACHECO, quien en su trabajo «La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Una reflexión sobre el concepto de obra pública)», en el *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 1156-1160, y, más brevemente, en su «Comentario al artículo 7.1-3», en el vol. col., dirigido por Luis LÓPEZ GUERRA y José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas (MAP), Madrid, 1992, págs. 134-135, aludía a la identidad metodológica existente entre el artículo 339.1 del Código Civil y el artículo 1 LOP, definitorios, respectivamente, del dominio público y de las obras públicas. En efecto, ambos preceptos delimitan su objeto en atención a criterios semejantes, concretamente con base en el destino de los bienes de que se trate «al uso público» (art. 339.1 Código Civil) o al «general uso y aprovechamiento» (art. 1 LOP). Más recientemente, en cambio, el mismo autor, en su completo estudio histórico del régimen jurídico de obras públicas, titulado *El Estado administrativo en la España del siglo XIX: liberalismo e intervencionismo*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 23 y ss., ha afirmado que la normativa histórica española conduce a la existencia de las obras públicas de titularidad privada. Otro tanto ha sucedido con José Luis VILLAR EZCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 54-55, quien también, con base en la semejanza entre los artículos 1 LOP y 339 Código Civil, se refería a la obra pública como una bien de dominio público. Recientemente, en cambio, en su artículo «Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», en el vol. col. ARIÑO & ALMOGUERA (ed.),

quier caso, prestar atención individualizada a cada uno de los parámetros definitorios de la obra pública, tanto de los aceptados pacíficamente como de los más polémicos, a fin de delimitar con la mayor precisión posible el concepto de obra pública.

Por cuanto se refiere al carácter inmobiliario, es un dato tan elemental como incuestionable, el cual deriva tanto de las propias condiciones físicas sustanciales a toda obra pública⁵³ como de la declaración expresa que al respecto se contiene en la legislación de contratos de las Administraciones públicas al definir el objeto de los contratos de obras y de concesión de obras públicas⁵⁴. Del mismo modo, se acepta de manera unánime que toda obra pública es el resultado de la realización de una actividad de transformación material llevada a cabo por cuenta o por encargo de la Administración, dato que conduce a excluir del concepto las obras abordadas directamente por los particulares por su propia cuenta, aunque estén ligadas a una finalidad pública⁵⁵. El alcance de esta última afirmación merece no obstante algunas consideraciones adicionales, sobre todo motivadas por el hecho de que la Administración pública tiene una cada vez más acentuada tendencia a afrontar la implantación de infraestructuras a través de personificaciones instrumentales creadas *ad hoc*⁵⁶, muchas de las cuales adoptan además forma jurídico-privada y someten su actuación al Derecho privado. En estos supuestos se plantea obviamente el interrogante acerca de si el recurso a este tipo de entidades excluye la posible calificación como públicas de las obras construidas.

Nuevo Derecho de las infraestructuras, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, págs. 71 y ss., tras incidir en el estudio histórico de la institución de la obra pública, concluye sosteniendo su compatibilidad con la titularidad privada.

⁵³ No está de más recordar que, en efecto, el artículo 334.1.º Cc califica como bienes inmuebles «las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo». A la misma conclusión relativa a la condición inmobiliaria de las obras públicas conduce, por su parte, el apartado 10 del mismo artículo 334 Cc, a cuyo tenor son bienes inmuebles «las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles», en el sentido de que si la concesión de obra pública es inmueble, con mayor motivo lo será la propia obra.

⁵⁴ En efecto, no hay que olvidar que el artículo 120 TRLCAP define el contrato de obras como aquel cuyo objeto sea «la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble...», idea ésta que se ve reforzada por el artículo 220 del mismo TRLCAP, que define el contrato de concesión de obras públicas por remisión al precitado artículo 120.

⁵⁵ Véase en ese sentido, particularmente, a Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ, *Obra pública y medio ambiente...*, cit., pág. 94

⁵⁶ Los ejemplos del aludido acudimiento a formas privadas de personificación por parte de las Administraciones públicas, precisamente para construir y gestionar obras públicas, son numerosos y están, sin duda, en la mente de todos. Por mencionar tan sólo los supuestos más cercanos al objeto de estudio de la presente monografía, sirva citar a las sociedades estatales para la construcción, explotación o ejecución de obras hidráulicas, reguladas en el artículo 132 TRLAg.

En la solución de la cuestión planteada debe evitarse, a mi juicio, caer en planteamientos excesivamente rígidos o formalistas, de suerte que la naturaleza y el régimen jurídico —públicos o privados— de la instancia que lleva a cabo la infraestructura sean determinantes de su consideración o no como obra pública. Por el contrario, el parámetro definitorio del carácter de obra pública debe ser más bien la vinculación de la infraestructura acometida por cuenta o por encargo de la Administración a una finalidad de uso general o servicio público. Desde esta perspectiva, sería obra pública aquella ordenada por la Administración con el objetivo de satisfacer una finalidad de interés público, siendo irrelevante si el protagonismo corresponde directamente a una Administración territorial o, por el contrario, ésta acude a cualquier forma de personificación pública o privada para llevarla a cabo, o incluso si acomete su implantación a través de concesionario⁵⁷. Éste es, por lo demás, el planteamiento que luce de manera expresa en el ámbito que nos ocupa, el de las obras hidráulicas, en el que se prevé la creación de sociedades estatales —por tanto, de naturaleza jurídica privada— precisamente para la «construcción, explotación o ejecución de las *obras públicas* hidráulicas que al efecto determine el propio Consejo de Ministros» (art. 132 TRLAg).

En íntima conexión con la idea que acaba de exponerse, se ha señalado en párrafos anteriores que uno de los rasgos definitorios de la obra pública —el que se ha dado en denominar «elemento finalista o teleológico»— consiste precisamente en la aludida vinculación o afectación a un fin de interés o utilidad general. Este dato definitorio de la obra pública se ha visto, por lo demás, plasmado de manera constante en el Derecho positivo español desde que en el siglo XIX se inició la gestación del régimen jurídico del sector material objeto de estudio, hasta que pasó a la hoy todavía vigente —al menos formalmente— Ley de Obras Públicas de 1877, cuyo artículo 1, en su intento de delimitación conceptual de las obras públicas, se refiere a ellas como «las que sean de general uso y aprovechamiento». Por lo demás, no

⁵⁷ En términos parecidos, Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Acerca de las obras públicas...*, cit., pág. 230, afirma que la obra pública obedece o se justifica en la satisfacción de una necesidad colectivamente sentida que se entiende que ha de ponerse al resguardo del amparo público. Y concluye señalando que la obra pública queda integrada en el marco del «giro o tráfico de las Administraciones públicas», lo que de suyo conecta con la idea indeterminada, pero perfectamente aprehensible y concretable, del interés general.

De un modo, a mi entender, algo menos preciso, si bien que en la misma línea de entendimiento, Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ, *Obra pública y medio ambiente...*, cit., págs. 94-96, quien, tras identificar obra realizada en nombre o por cuenta de la Administración con toda infraestructura de la que la Administración pública haya de ser la beneficiaria, realiza un recorrido por la pluralidad de formas de personificación posibles en la órbita administrativa, y analiza las condiciones que las distintas obras acometidas por las aludidas personificaciones deberían cumplir para ser merecedoras de la calificación de obras públicas.

debe pasarse por alto cómo la necesidad de que las obras estén adscritas a una finalidad pública para merecer la consideración de públicas ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional⁵⁸.

Carácter inmobiliario, acometimiento por cuenta de una Administración pública y, en fin, vinculación a un general uso y aprovechamiento constituyen los tres parámetros definitorios de la obra pública acerca de los que, con una terminología u otra, la doctrina se ha mostrado unánime. Quedan por analizar, así pues, los aspectos más controvertidos de la conceptualización de la obra pública y que, como ya se ha anticipado, son la titularidad pública e, inextricablemente unida a ella, su pertenencia al dominio público.

La ya indicada negación de la necesaria titularidad pública y demanialidad de las obras públicas es suscrita por no pocos autores, los cuales hacen hincapié de manera fundamental —aunque no exclusiva— en dos circunstancias diversas, una de ellas de índole histórico-normativa y otra de contenido eminentemente político-económico y que, de *lege ferenda*, lleva a postular la necesidad de devincular obra pública y dominio público. Desde la apuntada perspectiva histórico-normativa se ha subrayado que la tradición legislativa en la materia y la propia LOP aún vigente aluden de manera exclusiva a la vinculación de la obra al general uso y aprovechamiento como único elemento definitorio de la obra pública, sin que en ningún momento se explicita la exigencia de su pertenencia a la Administración y, sobre todo, sin que se prevea su ineludible incorporación al dominio público⁵⁹. Por el contrario, de la antedicha regulación deducen que el ordenamiento jurídico contempla la

⁵⁸ En efecto, la STC 118/1996, de 27 de junio (BOE de 29 de julio; Ponente: Tomás S. Vives Antón), resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, afirma en su Fundamento Jurídico 43 lo siguiente:

«La construcción de ferrocarriles de transporte público *entra de lleno en la noción de obra pública, por cuanto es de general uso y aprovechamiento, y está destinada a un servicio público*».

A modo de aclaración, conviene precisar que el argumento transcrito no puede, a mi juicio, ser considerado un mero *obiter dictum*, puesto que el mismo constituyó el apoyo del Tribunal Constitucional para declarar la aplicación de los artículos 148.1-4.^a y 149.1-24.^a CE, relativos al reparto de competencias en materia de obras públicas, a la distribución de atribuciones sobre construcción de ferrocarriles.

⁵⁹ Véase un exhaustivo estudio de la normativa histórica en la materia, con particular incidencia en la cuestión que nos ocupa, en las monografías de Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, cit., págs. 45 y ss., y de Santiago ROSADO PACHECO, *El Estado administrativo...*, cit., págs. 21 y ss. El estudio histórico está, con todo, en la base argumental del común de los autores que niegan la necesaria identificación entre obra pública y titularidad pública y dominio público. Para evitar la innecesaria duplicación de citas, me remito por ello a las referencias que ya se han hecho a los mismos.

existencia de obras públicas de titularidad privada. En especial, se incluirían en este tipo de obras públicas dos modos de infraestructuras diversas. Por una parte, las obras realizadas por la iniciativa propia de los particulares y adscritas o vinculadas a un fin público o a la prestación de un servicio público, tales como determinados equipamientos y dotaciones urbanísticos comunitarios de carácter privado⁶⁰, o las denominadas infraestructuras en red, vinculadas a los nuevos servicios liberalizados⁶¹. Y, por otra parte, constituirían también obras públicas de titularidad privada las obras construidas por concesionario, las cuales se consideran de titularidad de éste hasta la extinción de la concesión y la subsiguiente reversión a la

⁶⁰ La consideración como obras públicas de los equipamientos y dotaciones urbanísticos comunitarios de carácter privado, en particular de los recogidos en el artículo 25 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, es sostenida de manera expresa por Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNERO CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, cit., págs. 303 a 311, y en su trabajo, extraído del anterior, «Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público», en el vol. col. ARIÑO & ALMOGUERA, Abogados (ed.), *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, cit., págs. 59 a 67.

⁶¹ En efecto, es habitual entre los autores que defienden la no necesaria consideración de la obra pública como un bien de titularidad pública y demanial aludir como ejemplo a las infraestructuras vinculadas a los nuevos servicios liberalizados (telecomunicaciones, hidrocarburos, electricidad, etc.), las cuales se caracterizan por ser de titularidad de una persona jurídico-privada, pero vinculadas al uso por todos los operadores del mercado o prestadores del servicio de que se trate. Precisamente esta nueva realidad de las actividades reguladas ha permitido superar la vieja doctrina del *lien indivisible*, que conducía a entender que la titularidad pública de la infraestructura que servía de soporte a la prestación del servicio llevaba aparejada la titularidad pública del servicio mismo. Más allá de esta consecuencia, y al menos para el sector doctrinal al que me vengo refiriendo, la liberalización de servicios ha tenido también importantes repercusiones en relación con el concepto y el régimen jurídico de la obra pública. En concreto, y en tanto en cuanto la liberalización ha supuesto que las infraestructuras en red puedan ser de titularidad privada, en la medida en que dichas infraestructuras sirven de instrumento a la actividad regulada, igualmente merecen la calificación de obras públicas, aunque, desde luego, no serán en ningún caso ni de titularidad privada ni mucho menos de carácter demanial.

Coinciden en esta línea de entendimiento los autores a los que se viene haciendo referencia en notas anteriores y que sostienen la posibilidad de que las obras públicas sean de titularidad privada. Entre ellos, quien con más énfasis se ha ocupado de esta cuestión ha sido quizás Juan Miguel DE LA CUÉTARA, «Sobre las infraestructuras en red y competencia entre redes», en el vol. col. ARIÑO & ALMOGUERA (ed.), *Nuevo Derecho...*, cit., págs. 198 y ss. El aludido autor sostiene una tesis radical que concluye con la afirmación de que las infraestructuras vinculadas a las actividades reguladas «no soportan el régimen jurídico demanial» porque el dominio público es inalienable, imprescriptible e inembargable, y sobre las infraestructuras vinculadas a las actividades reguladas «es necesario poder hacer actos de gravamen, e incluso de disposición, si bien conservando la afectación/vinculación existente». Del mismo modo, son particularmente significativas las observaciones que sobre el particular hacen Gaspar ARIÑO ORTIZ, «Infraestructuras: nuevo marco legal», págs. 38 a 40, y José Luis VILLAR EZCURRA, «Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», págs. 71 y ss., trabajos ambos incorporados en el vol. col. ARIÑO & ALMOGUERA, Abogados (ed.), *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, cit. Asimismo, para un estudio acerca de estas denominadas infraestructuras en red y la problemática jurídica que plantea su titularidad, me permito la remisión a la monografía de Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, págs. 248 y ss.

Administración concedente, todo ello con base principalmente en la literalidad de los artículos 55 y 75 LOP⁶².

Junto al argumento histórico-normativo que acaba de exponerse, la disociación de la obra pública respecto de la titularidad pública y el régimen del dominio público se viene fundamentando en un segundo razonamiento de sentido fundamentalmente político-económico, consistente en la concepción de dicho régimen demanial como un freno o un obstáculo a la implantación de obras públicas por parte de la iniciativa económica privada. En esta línea de entendimiento se afirma más exactamente que la extracomercialidad de la obra pública a que su consideración como bien de dominio público conduce inexorablemente *ex* artículo 132 CE, y la consiguiente interdicción de enajenación y de gravamen, operan a modo de factor disuasorio de la inversión en la materia por parte de la empresa privada, al ver por ello impedido el recurso a determinadas formas de financiación⁶³, al tiempo que limitadas sus posibilidades de negocio y de rentabilidad⁶⁴. Todo ello ha conducido, en fin, a postular, en términos de *lege ferenda*, la necesidad de superar la vinculación entre obra

⁶² Los apoyos normativos que sirven de base a la afirmación de que las obras públicas realizadas por concesionario son de titularidad de éste hasta el término de la concesión son fundamentalmente los antedichos artículos 55 y 75 LOP. El primero de los citados preceptos se refiere a la implantación de «obras públicas destinadas al uso general» por parte de un particular concesionario, mientras que el segundo tiene por objeto la realización de obras públicas por particulares concesionarios y, además, con subvención de la Administración. En ambos casos se dispone que «transcurrido el plazo de la concesión, la obra *pasará a ser de propiedad* del Estado, de la provincia o del Municipio» a cuyo cargo fuere o que hubiere suministrado la subvención; de lo que se ha colegido que en tanto la concesión esté vigente, la titularidad de las obras corresponde a los concesionarios.

Los ejemplos de disposiciones normativas en las que parece reconocerse que las obras ejecutadas por concesión eran consideradas por la norma como obras de titularidad del concesionario mientras durase el título concesional son, por lo demás, numerosos. Véase al respecto el estudio de Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, cit., págs. 55 y ss., donde alude en particular a la legislación decimonónica sobre ferrocarriles.

⁶³ Véase un estudio de las nuevas formas de financiación de obras públicas en los trabajos de Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, cit., págs. 218 y ss., y Alberto RUIZ OJEDA, *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Ed. Universidad de Málaga-Marcial Pons, Madrid-Barcelona. Con especial referencia al caso británico, es precisa la cita del trabajo de Eva NIETO GARRIDO, «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido», en núm. 164 de esta REVISTA, mayo-agosto de 2004, págs. 389 y ss. Por último, es menester destacar el estudio de los cauces de financiación privada de obras públicas que prevé el ordenamiento jurídico español realizado por Rafael AZOFRA VEGAS, «La financiación privada de infraestructuras públicas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96, octubre-diciembre de 1997, págs. 543 y ss.

⁶⁴ Inciden de manera especial en este planteamiento Alberto RUIZ OJEDA, *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos...*, cit., págs. 103 y ss., y Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, cit., págs. 303 y ss.

pública, e incluso la necesidad de acabar con el concepto de dominio público⁶⁵.

Interesa, en fin, subrayar cómo la tesis favorable a la posible existencia de obras públicas de titularidad privada y no demaniales en ningún caso postula que dicha titularidad privada implique un total abandono de las obras en manos de sus titulares particulares. Por el contrario, el hecho de que la principal nota definitoria de la obra pública sea justamente su afectación a un fin de interés o utilidad general entraña la necesidad de someterla a un régimen de protección de dicha vinculación teleológica. Régimen de protección que ha de pasar necesariamente por la restricción de los poderes de disposición que según la legislación civil son inherentes al derecho de propiedad privada, y su sometimiento a un más o menos intenso poder de intervención de la Administración. Es así como las obras públicas de titularidad privada son reconducidas al nuevo concepto de «propiedades privadas de interés económico general»⁶⁶, las cuales quedan por ello sometidas a un régimen de «titularidad pública policial»⁶⁷ o «dependencia administrativa»⁶⁸.

La controversia que acaba de ser expuesta, relativa a la caracterización o no de la obra pública como un bien de titularidad pública y carácter demanial, es, como ha habido ocasión de constatar, sumamente compleja y de difícil solución. No es, por lo demás, una problemática que se plantee de manera exclusiva en el Derecho español, sino que también se ha suscitado en otros ordenamientos jurídicos, en algunos de los cuales la jurisprudencia ha acabado por aceptar, cuando menos, la no necesaria vinculación entre obra pública y dominio público⁶⁹.

⁶⁵ Tesis extrema ésta sostenida, por ejemplo, por Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, cit., págs. 305 y ss.

⁶⁶ Véase un más completo acercamiento al contenido y las limitaciones de la titularidad sobre la aludida «propiedad de interés económico general» en Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red...*, cit., págs. 252 y ss., en particular págs. 270 y ss.

⁶⁷ Vid. en esos términos a Santiago ROSADO PACHECO, *El Estado administrativo...*, cit., págs. 25 a 41. En términos similares, Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, cit., págs. 305-306, donde afirma que «el uso público o el aprovechamiento general, que son la razón y fundamento de la obra pública, estarían garantizados con la atribución a la Administración de esas facultades de policía, control y establecimiento de la tarifa a percibir por el empresario, y a éste se le garantiza la titularidad lo que hará mucho más atractiva la inversión, al permitírsele no sólo su transmisión sino la verdadera disposición sobre las instalaciones, al ser su propietario. Para ello, obviamente, es necesario acabar con el concepto de dominio público y su proyección sobre las obras públicas, lo que deberá efectuarse ineludiblemente en los próximos años, a fin de dotar a la Administración de los instrumentos y técnicas que garantizan una gestión empresarial en las actividades y funciones que el ordenamiento jurídico le encomienda».

⁶⁸ A las obras públicas como bienes sometidos a un régimen de dependencia administrativa se refiere Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ, *Obra pública y medio ambiente...*, cit., pág. 94.

⁶⁹ Tal es el caso, a modo de ejemplo, de Francia, tal y como indica Javier BARCELONA LLOP, «La obra pública y su protección jurídica en Francia...», cit., págs. 472-474. Interesa

Por lo que a la realidad española se refiere, hay que tener en cuenta que la implantación de equipamientos vinculados a la satisfacción de finalidades colectivas no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, se ha contemplado habitualmente por el Derecho positivo, de manera señalada en la normativa urbanística. Del mismo modo, es un hecho innegable que el fenómeno de la liberalización de servicios en que España está inmersa en los últimos años ha dado lugar a la aparición de un nuevo tipo de infraestructuras afectadas a la prestación de dichos servicios, pero pertenecientes a la titularidad privada y, por ende, no susceptibles de ser calificadas como demaniales. Quiere decirse con todo ello que la duda acerca de si las obras públicas han de ser necesariamente de titularidad pública y demaniales o, por el contrario, es posible la calificación como tales de infraestructuras de propiedad privada está plenamente justificada. Tanto es así que dicho interrogante ha tenido últimamente incluso algún reflejo significativo en el Derecho positivo, en concreto en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, en cuya Exposición de Motivos se incorpora un concepto de obra pública en el que se elude cualquier alusión a su titularidad y a su carácter demanial⁷⁰.

observar, en todo caso, que del citado trabajo se deriva exclusivamente la independencia entre las nociones de obra pública y dominio público, pero no entre los conceptos de obra pública y titularidad administrativa. No en vano el común de los ejemplos de desvinculación entre obra pública y demanio que se manejan en el trabajo, con base en la jurisprudencia gala, se refieren a obras de titularidad de la Administración, y no de particulares.

⁷⁰ En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, puede leerse que «la “obra pública”, en sentido estricto, debe entenderse como sinónimo de bien inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario que realiza el proyecto aprobado por la Administración. En la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas, la obra pública, como realidad tangible que admite la posibilidad de su explotación económica, constituye el principal factor para definir su objeto, factor al que se unirá el interés que la construcción de la obra merezca a la Administración concedente». Al hilo de dicha conceptualización y de la regulación general del contrato de concesión de obras públicas, el Consejo de Estado se ha cuestionado asimismo la oportunidad de apelar a la titularidad pública y al carácter demanial como notas caracterizadoras de las obras públicas, si bien el Alto Órgano Consultivo no ha tomado partido sobre el particular. Debe hacerse referencia en tal sentido a su Dictamen de 5 de diciembre de 2001 (Expediente 3375/2001), relativo precisamente al Anteproyecto de la que acabó siendo la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. En él puede leerse lo siguiente: «En otros términos, son obras públicas y, por ende, obras cuya construcción y explotación puede ser objeto de la concesión administrativa de cuya regulación se trata, no sólo las obras que tengan por objeto la prestación de un servicio público (de naturaleza económica), sino también aquellas necesarias “para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés público o general”, lo cual amplía notablemente la noción de obra pública en términos que no se compadecen con el artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al que se remite el artículo 130 para delimitar el objeto de la concesión de obra pública, y lo que es aún más relevante, delimita el concepto de obra pública en atención a criterios distintos del propio de la titularidad de la obra pública, incluyendo *muy probablemente*, supuesto, reconocidos

En mi opinión, el concepto clásico de obra pública sigue siendo válido, en el sentido de que la obra pública puede definirse todavía hoy como un bien inmueble realizado directa o indirectamente por la Administración y, además, de titularidad pública y carácter demanial. La razón que me conduce a sostener la anterior línea de entendimiento reside de manera fundamental en el hecho de que, a mi juicio, las infraestructuras de titularidad privada a que se viene haciendo referencia responden por lo común a realidades diversas de lo que tradicionalmente se entiende por obra pública, sin que haya necesidad alguna de incluirlas en dicho concepto, alterando así el contenido y la esencia jurídica del mismo. Piénsese en tal sentido, en primer lugar y con carácter general, cómo en las infraestructuras privadas —recuérdese que se acostumbra a incluir entre ellas a las dotaciones urbanísticas comunitarias y las infraestructuras en red— es difícilmente identificable el elemento subjetivo de toda obra pública, sobre el que existe unanimidad doctrinal, y que implica que toda obra pública es realizada en nombre o por cuenta de la Administración. Antes bien, se trata en todo caso de infraestructuras respecto de las que, sin perjuicio de su adscripción a un fin colectivo, su implantación por la empresa privada no obedece a un previo encargo de la Administración, sino que su origen hay que situarlo en la propia voluntad del empresario privado, que decide construir la infraestructura como instrumento para llevar a cabo su actividad empresarial consistente en la prestación de una determinada actividad a la colectividad. Considero, en definitiva, que lo más adecuado es mantener la distinción entre esas dos realidades diversas que son, por un lado, las obras públicas y, por otro, lo que se viene denominando «infraestructuras privadas de interés general». No en vano estas últimas tienen su propio régimen jurídico —diferente del tradicional régimen jurídico de las obras públicas—, definido en las normas sectoriales que prevén su existencia. Se trata, por lo demás, de un régimen marcado por la sujeción de los aludidos bienes o infraestructuras a una estricta reglamentación al tiempo que a la potestad de intervención de la Administración, como mecanismos para garantizar el acceso de todos los prestadores de la actividad a que la infraestructura sirve de soporte en condiciones de igualdad.

Junto a la idea anterior, el dato del que, a mi juicio, se deriva de una manera más decidida la plena identificación entre la noción de obra pública y el concepto de bien de titularidad pública y carácter

actualmente por el vigente ordenamiento jurídico, de obras e infraestructuras que, por la liberalización de que han sido objeto, son de titularidad privada, aunque de interés general o público».

demanial se contiene en la propia LOP, acerca de la que interesa recordar particularmente en este momento su vigencia declarada por el Tribunal Constitucional. En efecto, frente a la afirmación, sostenida por algunos autores a los que ya se ha hecho referencia, según la cual la Ley de Obras Públicas contempla la existencia de obras públicas de titularidad privada y por ende ajenas al régimen del dominio público, entiendo que el aludido cuerpo legal no deja margen a la existencia de dicho tipo de obras. Por el contrario, un recorrido por su articulado pone de manifiesto cómo en los planteamientos de la LOP toda obra pública es a su vez un bien de titularidad de la Administración y, en la medida en que está afectado a un general uso y aprovechamiento, también demanial.

Al respecto, interesa subrayar que la LOP reserva la calificación de obra pública en todo caso a obras que o bien son ejecutadas por la Administración de manera directa o a través de contrato de obras, o bien son objeto de implantación y gestión por un particular mediante concesión⁷¹. De las citadas, es obvio que las obras que excepcionalmente puedan ejecutarse de manera directa, así como aquellas que se implanten en virtud de contrato de obras, forman parte del patrimonio de la Administración y, por ende, pertenecen a su titularidad. La duda se centra, así pues, en la determinación de la titularidad de las obras públicas ejecutadas por concesionario, respecto de las cuales algunos autores, con apoyo fundamentalmente en los artículos 55 y 75 LOP⁷², vienen sosteniendo que son de titularidad del concesionario en tanto está vigente el título concesional⁷³.

⁷¹ Ciertamente, un recorrido por el articulado de la LOP conduce derechamente a la conclusión que acaba de quedar apuntada en el texto. Son destacables en tal sentido diversos preceptos. En cuanto a las formas a través de las que la Administración puede acometer la ejecución de obras públicas es fundamental el artículo 25, a cuyo tenor «el Gobierno podrá ejecutar las obras de cargo del Estado por Administración o por contrata», terminología utilizada por la legislación decimonónica española para referirse a lo que posteriormente la legislación de contratos administrativos calificará como ejecución directa o por Administración y ejecución mediante contrato de obras, tal como ha quedado expuesto en el capítulo precedente de la monografía. Por otro lado, y respecto de la consideración como públicas de las obras ejecutadas por concesionario, con independencia de que la iniciativa haya partido del propio concesionario, la misma está presente en los artículos 53 y 74 LOP. Finalmente, el único tipo de obras a las que la LOP califica como privadas son las contempladas en el artículo 52, a cuyo tenor «los particulares o Compañías podrán ejecutar, sin más restricciones que las que impongan los reglamentos de policía, seguridad y salubridad públicas, cualquiera obra de interés privado que no ocupe ni afecte al dominio público o del Estado, ni exija expropiación forzosa del dominio privado».

⁷² Recuérdese que los aludidos preceptos establecen que, una vez transcurrido el plazo de la concesión, la obra «pasará a ser propiedad» de la Administración, de lo que se deduciría que mientras está vigente la concesión, la titularidad corresponde al concesionario.

⁷³ Los numerosos autores que sostienen esta tesis han sido ya citados, siendo por ello ocioso su reiteración ahora. Por lo demás, intuyo —y por tanto no tengo la certeza— que es a estas obras ejecutadas por concesionario a las que se refiere Elisenda MALARET I GARCÍA

Más allá de la propia literalidad de las precitadas disposiciones de la Ley de 1877, entiendo que a la luz de la configuración jurídica de la concesión, y en particular de los derechos que corresponden al concesionario sobre la obra pública, esta última se aproxima más a la órbita del patrimonio de la Administración que a la titularidad privada de aquel concesionario. Al respecto, considero destacable el hecho de que en el Derecho español el concesionario ha sido tradicionalmente identificado con un vicario de la Administración que ejecuta y explota la obra por cuenta o en nombre de la misma. Obviamente, esa condición de concesionario implica el reconocimiento a su favor de algunas potestades y prerrogativas en orden a la explotación de la obra, así como la imposición de algunos deberes concernientes asimismo a su explotación y conservación. Se trata, de todos modos, de un régimen de potestades, prerrogativas y deberes que, en mi opinión, no resulta identificable con un auténtico derecho de propiedad, sino más bien con un derecho real administrativo sobre la obra de titularidad administrativa y, en tanto que afecta a un uso general o servicio público, de carácter demanial⁷⁴.

Al margen de que la identificación de la concesión de obra pública con un derecho real administrativo constituye un planteamiento clásico en el Derecho español, es menester destacar cómo el mismo se haya confirmado por el propio ordenamiento jurídico, en particular en la legislación hipotecaria y, de manera especial, en la regulación del contrato de concesión de obra pública introducida como Título V TRLCAP por la Ley 13/2003, de 23 de mayo. Ambas normativas prevén en efecto la posibilidad —por lo demás de cierta raigambre en el ordenamiento jurídico español— de hipotecar la concesión de la obra pública previa autorización de la Administración concedente⁷⁵. Hay

cuando, tras definir las obras públicas como «obras ejecutadas por cuenta —por encargo— de una persona pública con un fin de interés general», añade que no es condición indispensable para que una obra merezca la consideración de pública que la misma tenga carácter demanial, sino que existe una «zona gris», señaladamente en relación a las infraestructuras construidas y financiadas por particulares, en la que el dato de la demanialidad puede no estar presente, cuando menos en la fase de gestión privada de la obra (*vid.* su ya citado trabajo «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», cit., págs. 101-102).

⁷⁴ Sobre la identificación del concesionario con el titular de un derecho real administrativo sobre bien de dominio público, véase la clásica monografía de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 1989. Más recientemente, Roberto PAREJO GAMIR, *Cuestiones hipotecarias de Derecho Administrativo*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, págs. 176 y ss., donde el autor lleva a cabo un estudio de cómo el origen dogmático de la identificación del derecho del concesionario con un derecho real administrativo sobre bien de dominio público debe buscarse en la doctrina francesa y del modo en que el propio Jesús GONZÁLEZ PÉREZ la incorpora al Derecho español, donde tomó carta de naturaleza.

⁷⁵ Véanse al respecto los artículos 255 a 258 TRLCAP y 107.6.º LH. Para una breve exposición de los antecedentes normativos de la hipoteca de la concesión administrativa en

que notar al respecto cómo, a tenor de las aludidas normativas, el objeto de la hipoteca no es la obra en sí misma considerada, sino la concesión que la grava, de lo que, a mi juicio, se sigue que en el espíritu de la Ley está la concepción de la concesión como un derecho real administrativo sobre cosa ajena; en este caso, sobre la obra pública de titularidad de la Administración⁷⁶. Desde este punto de vista, la configuración de la obra pública como bien de dominio público no sólo sería una consecuencia de su afectación al general uso y aprovechamiento, sino que sería, además, un requisito indispensable para poder constituir sobre ella el título concesional, el cual se muestra difícilmente compatible con bienes patrimoniales y, con mayor motivo, con la titularidad privada del bien⁷⁷.

Identificación, en definitiva, de la obra pública con un bien inmueble realizado por la Administración —directamente o a través de contratista interpuesto—, perteneciente a la titularidad de la propia Administración y, en tanto que queda adscrito a un uso general o servicio público, de carácter demanial. Ello no excluye, obviamente, que los particulares, por iniciativa propia y en la medida en que desempeñen actividades prestacionales para la población, puedan implantar infraestructuras adscritas a dicha prestación. Infraestructuras que

general, y de la concesión de la hipoteca de obra pública en particular; el trabajo de Roberto PAREJO GAMIR, «Financiación privada de la concesión de obra pública (arts. 253 a 260)», en el vol. col., dirigido por Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1293-1294.

⁷⁶ Sobre la identificación de la concesión de obra pública con un derecho real administrativo por parte de la regulación específica de dicha figura concesional y de la LH resultan significativas las palabras de Francisco Javier GÓMEZ GALLIGO, «La hipoteca de la concesión de obra pública y su conexión con la normativa hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, marzo-abril de 2003, págs. 1037-1038. En dicho estudio, elaborado a la luz del Proyecto de Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, el autor afirma que «en todo caso, y así aparece plenamente confirmado en el Proyecto de Ley, la concesión de obras públicas, cualquiera que sea su contenido (realización y explotación de obra pública o prestación de servicio público en que es necesaria la utilización de una obra pública) es un contrato que se celebra con la Administración Pública, que genera un derecho real administrativo, eficaz erga omnes, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, pero que no es total y libremente transmisible, ya que, ..., está sujeto a autorización administrativa previa tanto en su enajenación como en su gravamen».

⁷⁷ La afirmación de que toda concesión —excepto aquellas que lo sean exclusivamente de servicio público, claro está— ha de recaer sobre un bien de dominio público ha sido sostenida de manera categórica por la doctrina especializada en Derecho inmobiliario y registral. En tal sentido, sirva mencionar nuevamente a Francisco Javier GÓMEZ GALLIGO, «La hipoteca de la concesión...», cit., pág. 1039. Ello no obstante, la aludida consideración de la necesaria existencia de bien demanial para que pueda constituirse una concesión y, por tanto, la incompatibilidad de la concesión con los bienes patrimoniales de la Administración y, con mayor motivo, con los bienes de titularidad privada, se deduce sin dificultad de la doctrina contenida en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de julio de 2002 (Ar. 9317).

por las razones expuestas deben quedar, a mi juicio, excluidas del concepto y del régimen jurídico de la obra pública.

2. *La obra hidráulica pública*

Tras la anterior aproximación al concepto de obra pública, procede abordar a continuación el estudio del grado de conexión o de coincidencia entre los conceptos de obra pública y de obra hidráulica. Es éste un extremo que, aunque sólo en cierto modo, se ve simplificado en la actualidad por el hecho de que es la propia Ley de Aguas la que se preocupa de delimitar qué obras hidráulicas son a su vez merecedoras de la consideración de obras públicas. Tal es el sentido del artículo 123.2 TRLAg, a cuyo tenor «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 competencia de la Administración General del Estado, de las Confederaciones Hidrográficas, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales».

Es preciso destacar cómo el precepto transcrito parte de un doble criterio en orden a la delimitación de las obras hidráulicas públicas. De un lado, alude a un parámetro teleológico, concretado en la necesidad de que la infraestructura esté vinculada o adscrita a la satisfacción de determinadas finalidades. Y, por otro lado, es menester que la obra en cuestión sea competencia de alguna de las Administraciones públicas enumeradas. Se trata, por lo demás, de dos criterios lógicos y que, a poco que se profundice en el sentido de los mismos, conducen a concluir que, y en conexión con el desarrollo argumental realizado en el apartado precedente acerca del concepto de obra pública, toda obra hidráulica pública es, además de un bien inmueble⁷⁸, un bien de titularidad de la Administración y de carácter demanial.

⁷⁸ Como se ha señalado con ocasión del estudio de la definición de obra hidráulica contenida en el TRLAg, el carácter inmobiliario de la misma es un hecho incuestionable, tal como establece de manera expresa el artículo 122 TRLAg y se deriva de manera evidente de la legislación civil.

Respecto de dicha legislación civil, este tipo de obras son subsumibles en el artículo 334, apartados 1.º y 3.º, del Código Civil, los cuales califican de inmuebles a «las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo», y «todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto». En atención a las disposiciones transcritas se concluye, en suma, que las obras hidráulicas constituyen bienes inmuebles por incorporación. Por otra parte, el apartado 9.º del mismo artículo 334 del Código Civil califica de bienes inmuebles por destinación determinadas obras hidráulicas específicas, algunas de las cuales quizá no lo serían por incorporación: «los diques y las construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa».

Entiendo, en efecto, que, aunque de manera indirecta pero no por ello menos inequívoca, el artículo 123.2 TRLAg entraña la negación de la posible existencia de obras hidráulicas públicas de titularidad privada y de carácter no demanial. Sobre la necesidad de titularidad pública, es un dato que deriva de modo obvio de la exigencia de que las obras sean de competencia del Estado, de las Confederaciones Hidrográficas, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. Por su parte, las finalidades a que debe quedar vinculada la obra hidráulica para poder ser jurídicamente considerada obra pública —recuérdese que son: «garantizar la protección, control y aprovechamiento de las aguas continentales y del dominio público hidráulico»— encajan en el concepto de «uso general o servicio público» determinante de la condición demanial de los bienes públicos, con arreglo a la legislación estatal básica concretada en el artículo 5.1 LPAP.

En la actualidad, el deslinde entre obra hidráulica pública y obra hidráulica no pública aparece, pues, formulado con meridiana claridad por el Derecho positivo. Ello no obstante, cabe ahondar más en dicha delimitación, fundamentalmente en la línea de concretar con mayor precisión qué específicas obras hidráulicas están llamadas a quedar al margen de la calificación adicional como obras públicas y, por ende, ajenas al régimen jurídico de las mismas. Al respecto, es un dato que merece ser puesto de relieve el hecho de que la calificación como pública de una obra hidráulica pasa de manera necesaria por la concurrencia acumulativa de las dos circunstancias exigidas por el artículo 123.2 TRLAg, es decir, por la presencia de manera simultánea de la titularidad pública y la vinculación a una de las finalidades contempladas en el precepto. A mi entender, ello debe llevar a excluir de la categoría de las obras públicas a dos tipos de obras hidráulicas. De una parte, aquellas infraestructuras adscritas a aprovechamientos privados de aguas o, dicho tal vez con mayor precisión, las obras ejecutadas por el concesionario de los recursos hídricos para aprovechar dichas aguas en interés puramente privado. Y, de otro lado, debe negarse la condición de públicas a aquellas obras hidráulicas que, aunque vinculadas a un uso de interés general o a la prestación de un servicio público en los términos previstos en el artículo 123.2 TRLAg, sean acometidas por la iniciativa privada.

En lo que concierne al primer tipo de obras hidráulicas aludidas,

Sobre la diferencia entre bienes inmuebles por incorporación y por destinación, a pesar de su evidencia, puede consultarse a Jaime SANTOS BRIZ, «Comentario al artículo 334 del Código Civil», en la obra colectiva, dirigida por Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Editoriales de Derecho Reunidas, Jaén, 1980, tomo V, vol. I, págs. 9 a 34.

esto es, las vinculadas a un uso de las aguas en interés exclusivamente privado, puede observarse cómo el ordenamiento jurídico español ha reconocido en todo momento la posibilidad de que las mismas recaigan en el ámbito de la propiedad privada del titular del concesionario del recurso. Son destacables en ese sentido los artículos 408.5.º, párrafo segundo, del Código Civil y 49 TRLAg, a cuyo tenor en las servidumbres de acueducto, el cauce, los cajeros y las márgenes de las acequias y acueductos serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas o, en caso de evacuación, de los que procedieran⁷⁹. De igual modo, y aunque en términos menos taxativos, la propiedad privada de las obras hidráulicas en cuestión está asimismo admitida en el artículo 86 TRLAg, en virtud del cual «la titularidad de las obras que son parte integrante del aprovechamiento de la comunidad de usuarios quedará definida en el propio título que faculte para su construcción y utilización». Parece, pues, que se deja en manos de cada título concesional la determinación de la titularidad pública o privada de las obras vinculadas a aprovechamientos colectivos de aguas. Por último, en sede de regulación de la concesión demanial de aguas para el riego en régimen de servicio público, el artículo 62.4 TRLAg previene que las obras que al término de la concesión no reviertan al Estado «pasarán, en su caso, a la titularidad del nuevo concesionario».

Como ya se ha señalado, los preceptos comentados hasta el momento tienen un aspecto en común, a saber: todos ellos hacen referencia a infraestructuras adscritas a aprovechamientos privativos de aguas. Puede afirmarse, por tanto, que en ese ámbito de las concesiones hidráulicas no existe obstáculo alguno a la titularidad privada de las obras. Es más, no concurre razón alguna que justifique o haga conveniente que la Administración ostente la propiedad sobre las

⁷⁹ La significación de dichos preceptos ha sido objeto de atención por parte de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Aguas públicas...*, cit., págs. 143-149 (en referencia, obviamente, al artículo 98 de la Ley de Aguas de 1879, cuyo texto era literal al del artículo 47 LAg); del mismo autor, más recientemente, *Titularidad...*, cit., págs. 140-143; Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Titularidad dominical sobre los cauces, márgenes y cajeros de las acequias de aguas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 82, abril-junio de 1994, págs. 219 y ss., y Antonio FANLO LORAS, «La titularidad de las infraestructuras de regadío», en el vol. col. *Actas de las II Jornadas de Derecho Agrario. Problemas jurídicos actuales del aprovechamiento del agua en la agricultura*, Ed. Universidad de La Rioja-Fundación Caja Rioja, Logroño, 1998, págs. 130-140.

Por otra parte, los preceptos en cuestión han servido de fundamento para que la jurisprudencia haya reconocido en más de una ocasión la propiedad privada —en concreto, a favor de las comunidades de regantes— de las obras mencionadas. En ese sentido, y a simple título de ejemplo, pueden destacarse las SSTs de 25 de enero de 1978 (Ar. 142; Ponente: Jaime Rodríguez Hermida) y de 10 de marzo de 1978 (Ar. 795; Ponente: Ángel Falcón García). Para un más detallado comentario de la jurisprudencia sobre el tema, véase el último trabajo citado en el párrafo anterior.

mismas, siempre y cuando conserve los poderes de intervención intrínsecos a la concesión demanial⁸⁰.

Nótese, por otra parte, cómo en todo momento vengo circunscribiendo la titularidad privada y la consiguiente negación de la condición de obras públicas a las obras instrumentales de una concesión demanial de aguas continentales. No resulta ocioso subrayar nuevamente que no es la misma la conclusión a la que se arriba en relación con las obras construidas y gestionadas por un particular en régimen de concesión, esto es, en aquellas ocasiones en que el objeto de la concesión es la propia infraestructura o el servicio al que ésta se encuentra vinculada. En tales casos nos encontramos con obras caracterizadas por su adscripción, ya sea a un uso general o a un servicio público. En lógica consecuencia con esa delimitación, queda excluida cualquier posibilidad de dominio privado sobre dichas obras⁸¹, al tiempo que serán mercedoras de la calificación como bienes demaniales. Recuérdese al respecto que, en el terreno que ahora me ocupa, el concesionario de la obra o del servicio adquiere tan sólo una esfera de actuación originariamente administrativa, es decir, el derecho al uso en su provecho de la infraestructura, pero no el dominio sobre la

⁸⁰ En ningún caso pretendo hacer aquí un pronunciamiento a favor de la propiedad privada de todas las obras vinculadas a una concesión para el aprovechamiento privativo de dominio público hidráulico. Ésa es una cuestión compleja que escapa a nuestro objetivo, y que exige una solución casuística, supuesto por supuesto. En este punto tan sólo se ha querido poner de manifiesto que, en ese tipo de infraestructuras, la legislación de aguas admite la titularidad privada con normalidad. Además, la cuestión de la titularidad de dichas obras es a nuestros efectos de un interés secundario, toda vez que ya se ha llegado a la conclusión de que las mismas no constituyen obras públicas por no ser bienes de dominio público. Y eso sí está fuera de toda duda.

De hecho, es posible identificar un ámbito en el que las obras hidráulicas directamente adscritas al aprovechamiento privativo de las aguas no son en su integridad de propiedad privada. Se trata de las obras de regadío. En efecto, los pocos autores que han prestado atención a esta cuestión han coincidido en líneas generales en considerar que las obras principales, integradas por los embalses, los canales y las acequias principales, deben estimarse de titularidad pública. Las redes secundarias de acequias y desagües podrían entenderse de propiedad privada, en concreto de las Comunidades de Regantes. Por último, las acequias y desagües individuales corresponderían al titular de cada finca. Sobre el particular, véanse los ya citados trabajos de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Obras...*, cit., págs. 143-149; Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Titularidad...», cit., págs. 219 y ss., y Antonio FANLO LORAS, «La titularidad...», cit., págs. 130 y ss.

Esta interpretación ha sido de hecho parcialmente asumida por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 25 de enero de 1978 (Ar. 142; Ponente: Jaime Rodríguez Hermida) y de 10 de marzo de 1978 (Ar. 795; Ponente: Ángel Falcón García). Ambos pronunciamientos se apoyan en el ya comentado artículo 408.5.º del Código Civil para declarar a favor de las Comunidades de Regantes la propiedad sobre cauces, cajeros y márgenes de las acequias de riego. Para un comentario más detenido de esta jurisprudencia, véase el trabajo de Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Titularidad...», cit., págs. 219 y ss.

⁸¹ En torno a la problemática cuestión de la titularidad sobre los bienes demaniales es destacable la monografía de Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes del dominio público*, cit., en especial, por lo que se refiere al objeto de nuestro interés, págs. 85 a 125.

misma, que permanece en todo momento en manos de la Administración. Esta afirmación concerniente a la propiedad pública de las obras hidráulicas ejecutadas y gestionadas en régimen de concesión constituye, por lo demás, un planteamiento mantenido tanto por el Tribunal Supremo⁸² como por el Consejo de Estado, y que, a mi juicio, cuenta además con sólidos argumentos legales y doctrinales⁸³.

Junto a las infraestructuras instrumentales de las concesiones de aguas en beneficio privado de su titular, la exigencia de que en toda obra hidráulica pública concurren las dos circunstancias establecidas en el artículo 123.2 TRLAg —adscripción a alguna de las finalidades públicas y competencia de las Administraciones enumeradas— lleva, a su vez, a entender que tampoco son susceptibles de ser calificadas como públicas aquellas obras hidráulicas que, aunque tengan por objetivo alguno de los previstos en el indicado precepto, sean ejecutadas directamente por la iniciativa privada. Los ejemplos al respecto pueden ser numerosos, sin que proceda realizar aquí un intento de enumeración agotadora de los mismos. Ello no obstante, sí merecen ser al menos mencionadas las desaladoras, de las cuales el propio TRLAg contempla expresamente en su artículo 13.1 la posible ejecución por parte de «cualquier persona física o jurídica» sin más requisito que la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa. Las desaladoras son sin duda obras hidráulicas, por así disponerlo el artículo 122 TRLAg. Ahora bien, sólo en la medida en que su finalidad

⁸² Ésa parece ser la doctrina que subyace en la STS de 15 de enero de 1998 (Ar. 793; Ponente: Jaime Rouante Moscardó). En dicho pronunciamiento se declara en reiteradas ocasiones que la presa de San Juan del río Alberche es propiedad del Estado, pues aun cuando esté adscrita a la Confederación Hidrográfica correspondiente, a ésta le corresponde exclusivamente su utilización, administración y explotación. De igual modo, niega que la presa pueda considerarse de titularidad del concesionario de su explotación —en este caso de «Unión Fenosa, SA»—, pues la misma ostenta tan sólo «el aprovechamiento».

⁸³ A pesar de la obviedad de esta última idea relativa a las infraestructuras hidráulicas explotadas en régimen de concesión, no está de más recordar cómo las obras propias de un servicio público concedido están sujetas a reversión al término de la concesión del mismo. Esa circunstancia permite hablar —según doctrina del Consejo de Estado formulada en dos dictámenes antiguos pero aún vigentes en sus planteamientos— de una distribución de la propiedad, de tal suerte que al concesionario se atribuye el derecho de disfrute de las obras y de cobro de cánones por el uso de las mismas, pero la Administración conserva en todo momento la propiedad o dominio eminente sobre ellas, razón por la cual le revierten. Dicha doctrina fue formulada en los Dictámenes de 29 de noviembre de 1959 y, sobre todo, de 14 de julio de 1964, relativo a la reversión de las obras del Canal de Urgel (este último se encuentra publicado en el núm. 49 de esta REVISTA, enero-abril de 1966, págs. 361 y ss.). En idéntico sentido, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA demostró suficientemente, ya en 1955, que el origen histórico del instituto reversional fue precisamente preservar la titularidad de los bienes del Rey frente a la posible adquisición por un tercero en virtud de la posesión o prescripción inmemorial (*vid.* su clásico trabajo «El dogma de la reversión de concesiones», integrado en su libro *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955; manejo la 3.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 49 y ss.).

sea garantizar el aprovechamiento de las aguas, cosa por lo demás habitual en este tipo de infraestructuras, y sean ejecutadas por cuenta de la Administración, podrán incluirse asimismo en la categoría de las obras públicas. Si, por el contrario, la ejecución la lleva a cabo un particular por iniciativa propia, la desaladora seguirá siendo una obra hidráulica, pero no será a su vez una obra pública⁸⁴.

En resumidas cuentas, a la luz de cuanto se lleva expuesto es posible afirmar que, por lo común, las obras hidráulicas constituyen a su vez obras públicas, puesto que reúnen todas las características definitorias de éstas. Sin embargo, existen numerosos ejemplos de obras indudablemente hidráulicas pero pertenecientes a la propiedad privada y no susceptibles de integrar el dominio público. Ello sucede fundamentalmente en dos ámbitos diversos. Por un lado, en las infraestructuras instrumentales de las concesiones demaniales para el aprovechamiento privativo de las aguas. Y, por otro, en las obras que, ordenadas a la satisfacción de las finalidades determinantes con arreglo al artículo 123.2 TRLAg, sean acometidas directamente por la iniciativa privada. En cualquier caso, lo que ha pretendido ponerse de manifiesto es que la noción de obra hidráulica no es plenamente equiparable con el de obra pública⁸⁵.

V. CONCLUSIONES

El estudio del concepto de obra hidráulica y de las características generales de su marco regulador vigente ha permitido comprobar que la situación de este sector del ordenamiento jurídico ha variado notablemente en los últimos años con respecto a la situación de indefinición, dispersión y carencia de sistemática característica de la tradición normativa en la materia. Al respecto se presenta como un momento crucial la reforma de la Ley de Aguas operada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, por la que se incorporó un nuevo Título concerniente de manera específica a la regulación del régimen jurídico de las obras hidráulicas, y la posterior refundición legislativa, de la que resultó el actual TRLAg, cuyo Título VIII se intitula «De las obras hidráulicas».

El aludido Título VIII constituye, en efecto, un importante avance, tanto en lo que a los contenidos reguladores se refiere como en lo

⁸⁴ Así lo ha sostenido, en un planteamiento con el que coincido, Concepción JIMÉNEZ SHAW, *Régimen jurídico de la desalación...*, cit., pág. 274.

⁸⁵ En ese mismo sentido se ha manifestado Antonio EMBID IRUJO, «Régimen...», cit., pág. 64.

concerniente a la mejora de la técnica normativa empleada para disciplinar el sector. En lo relativo a este último extremo, es decir, a los aspectos de técnica normativa, ha supuesto la introducción por primera vez en la historia del Derecho español de un tratamiento legislativo sistemático y con pretensiones de unidad y complitud de la obra hidráulica, reduciendo de ese modo —aunque sólo de una manera parcial— las deficiencias propias de sus precedentes normativos, caracterizados precisamente por la dispersión y la falta de orden en la regulación del sector. No cabe duda, y creo que de ello se ha dado cumplida cuenta en las páginas anteriores, que queda bastante camino por hacer, en la medida en que son todavía numerosas las cuestiones importantes del régimen de las obras hidráulicas que siguen reguladas en sedes dispersas y que, bajo mi punto de vista, resultaría positiva su reconducción al Título VIII TRLAg. De igual modo, continúan siendo identificables extremos que no son objeto de atención por la normativa vigente y que requieren por ello de la correspondiente intervención legislativa. Pese a todo ello, es decir, pese a poner de relieve que la legislación actual sobre las obras hidráulicas adolece todavía de algunas carencias y deficiencias cuya superación debe ser acometida, no ha de despreciarse la significación de este primer tratamiento unitario dispensado a la materia.

Por lo que se refiere a los contenidos del Título VIII TRLAg, irán siendo desgranados y estudiados a lo largo del resto de la monografía. En el presente capítulo se ha prestado atención únicamente a las previsiones atinentes a la conceptualización de la obra hidráulica, particular sobre el que se establece, además de una definición, un expreso reconocimiento de su posible titularidad privada, y una delimitación de las obras hidráulicas merecedoras de la consideración adicional de obras públicas. El concepto de obra hidráulica contenido en el artículo 122 TRLAg se caracteriza por su corte casuístico, toda vez que se basa en un sistema de lista o enumeración de infraestructuras. Es evidente —pues así lo ha demostrado la experiencia en otros sectores como, por ejemplo, el de las obras públicas delimitadas en el artículo 1 LOP— que ese sistema de lista presenta el inconveniente de que con el transcurso del tiempo y la aparición de nuevas realidades puede resultar insuficiente. Ello no obstante, si se ahonda en la definición en cuestión, a mi juicio, se llega sin dificultad a la conclusión de que el TRLAg construye un concepto de obra hidráulica amplio, en el que quedan comprendidas el común de las infraestructuras instrumentales de la ordenación, la protección y el aprovechamiento de las aguas.

El aspecto, sin duda, más controvertido de los abordados en el presente capítulo ha sido, sin embargo, el relativo a la conexión entre

obras hidráulicas y obras públicas. Determinar si toda obra hidráulica merece a su vez la calificación de pública es, sin duda, una cuestión de notable trascendencia, no sólo dogmática, sino también práctica, toda vez que de ello depende que las obras hidráulicas estén o no sujetas el régimen jurídico de las obras públicas. La conclusión a la que se ha arribado, amén de venir impuesta por el propio TRLAg en su artículo 123.2, era obvia por demás, en el sentido de negar la necesaria consideración general y sin excepción de las obras hidráulicas como obras públicas. Por el contrario, el aludido precepto, al delimitar las obras hidráulicas públicas, deja claro que sólo algunas obras hidráulicas son a su vez públicas; en concreto, aquellas que estén destinadas a garantizar la protección, control y aprovechamiento de las aguas continentales y del dominio público hidráulico y que, además, sean competencia de la Administración del Estado, de las Confederaciones Hidrográficas, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

Al margen de consagrar la idea de que no todas las obras hidráulicas son identificables como obras públicas, la especificación de las obras hidráulicas públicas por parte del TRLAg tiene una segunda virtualidad de especial significado dogmático. Más exactamente supone a mi juicio una suerte de confirmación de un concepto clásico de obra pública vinculado a la titularidad de la Administración y el carácter demanial de la misma. En efecto, en un momento en el que se halla planteada una interesante controversia teórica acerca de los rasgos definitorios de las obras públicas, controversia en la que se debate acerca de si éstas han de ser necesariamente de titularidad pública e integrantes del dominio público, el artículo 123.2 TRLAg se inclina de manera obvia por la tesis más clásica, según la cual la obra hidráulica es un bien inmueble realizado en nombre o por cuenta de una Administración pública y perteneciente al dominio público en la medida en que está adscrita a un uso general o a un servicio público.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905



00173

19,00 €