

Derecho hidráulico y contratación pública



La presente opinión focaliza sobre ciertos aspectos del derecho hidráulico en combinación con el fenómeno de la contratación pública, particularmente en el marco actual de la crisis económica internacional.

05/03/2018

I. Planteamiento

El derecho hidráulico es una rama especial que focaliza sobre los usos del agua dulce. Ejemplifica el derecho público, cuya rama es entre otras el derecho de la cultura mientras el patrocinio que suscribe una entidad pública se considera como un contrato privado¹. Es notable que el derecho hidráulico recientemente ha ganado un interés especial por la comunidad académica internacional. Tiene que ver con la revolución hidráulica, que comenzó en el siglo XIX en Europa, en materia del agua potable. Es también relativo con el modo de explotación de varias formas de energía. Por ejemplo, la energía hidráulica se obtiene a partir de la energía potencial y cinética de las masas de agua que transportan los ríos y puede convertirse en energía eléctrica. Hoy día, existe una transición desde el modelo tradicional de la concentración de la producción de la energía eléctrica en los lugares en aquellos son disponibles los recursos energéticos (carbón y ríos grandes) hacia el modelo de las unidades de producción dispersa (como los sistemas fotovoltaicos). Con la ayuda de las nuevas tecnologías, los clientes, industriales o domésticos, pueden ser consumidores y también productores, jugando así un papel conocido con el neologismo 'prosumer'. En todo caso, el derecho hidráulico sigue siendo de mayor importancia. La presente opinión focaliza sobre ciertos aspectos del derecho hidráulico en combinación con el fenómeno de la contratación pública, particularmente en el marco actual de la crisis económica internacional.

II. El derecho del agua y el derecho al agua

En el derecho internacional de medio ambiente, el agua como bien está examinado a través de la gestión de los recursos hídricos internacionales, con punto principal de referencia la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación². Esta convención marco de 1997, sobre exclusivamente los recursos físicos de agua dulce, entró en vigor en 2014.

La Unión europea ha adoptado un texto especializado sobre el agua, la directiva 2000/60/CE 'por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas'³. Según el considerando 1, 'El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal'. Basada en esta declaración, una parte de la doctrina sostiene el concepto que el agua constituye simultáneamente un recurso vital y un valor económico y que su doble naturaleza debe ser respetada y entendida de manera global⁴.

La directiva institucionaliza la gestión integrada del agua, promoviendo el principio de la sostenibilidad ambiental, que es de mayor importancia para las obras técnicas⁵. De sobra, los artículos 16 y 17 prevén estrategias para combatir la contaminación de aguas y para prevenir y controlar la contaminación de las aguas subterráneas, respectivamente. La directiva constituye en la evolución del Derecho de aguas de la Unión, incorporando al acervo comunitario instituciones jurídicas arraigadas entre los españoles (los conceptos de cuenca hidrográfica, organismos de cuenca, planes hidrográficos) y otras novedosas de marcado carácter medioambiental (buen estado del agua, control combinado de la contaminación, principio de recuperación de costes)⁶.

Si el legislador de la directiva evita de hacer uso del término "derecho al agua", el legislador griego ha preferido un sustituto. En el párrafo 1 del artículo 11 de la ley 3199/2003, adoptada para la transposición de la directiva, cita que "cada persona jurídica o natural puede utilizar agua o ejecutar obras de valorización de los recursos hídricos para la satisfacción de sus reales necesidades" pero ciertas actividades están sujetas a un régimen de autorización. Por lo que se refiere al ordenamiento español, no cabe el triunfalismo, pues existen objetivos de esta directiva aún no satisfechos debidamente (principio de recuperación de costes, mayor participación ciudadana en la elaboración de los planes…) y subsisten las dificultades para implantar un patrón, con grado de rigidez que ha de tenerse como inevitable, a una realidad absolutamente heterogénea, cosa esta que es predicable de todos los Estados de la Unión.⁷

El derecho al agua podría clasificarse en el marco de la tercera generación en la historia de los derechos fundamentales, que ha comenzado en 1972 (reconocimiento del derecho al medio ambiente y consagración del derecho al patrimonio mundial, en el derecho internacional). La crisis económica llevó a Grecia a la privatización del capital público de la compañía de abastecimiento de agua y alcantarillado de la capital. Sin embargo, este proyecto estuvo bloqueado por el Consejo de Estado en su sentencia 1906/2014. Se trata de una jurisprudencia muy importante, con la cual el derecho humano al agua esencialmente ha adquirido una consagración constitucional, basada en las disposiciones de los artículos 5 par. 5 y 21 par. 1 de la Constitución, relativas al derecho a la salud. La cuestión de la privatización de la gestión del suministro de agua en Atenas sigue siendo en la actualidad y una nueva jurisprudencia del tribunal administrativo supremo podría desbloquear el programa de privatización. En todo caso, el problema del sabor del agua potable es significativo y se omitió en la sentencia precitada…

Además, la sentencia del Consejo Constitucional 2015-470 sobre la cuestión de constitucionalidad de la última frase del artículo L. 115-3c del Código de la acción social y de las familias ha sido caracterizada por la doctrina como interesante⁸. Se trata de una jurisprudencia que ratifica la prohibición de interrupción de suministro de agua a las personas que no pagan los cargos de suministro. Los ‘sabios" del Consejo Constitucional han señalado que esta prohibición está basada sobre el derecho de cada persona a un hogar digno. Este derecho universal no solamente tiene un valor constitucional en el ordenamiento francés sino justifica el hecho de que se aplican diferentes normas al agua y diferentes en gas natural y electricidad.

III. El derecho al agua y a la contratación pública según las directivas de 2014

Tiene un valor simbólico el hecho de que la convención mencionada de las Naciones Unidas, sobre exclusivamente los recursos físicos de agua dulce, entró en vigor en el año de la adopción de las nuevas directivas de la Unión europea sobre la contratación pública, regidas por una sensibilidad medioambiental y energética.⁹

Según el considerando 40 del preámbulo de la directiva 2014/23/UE sobre las concesiones, "en el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión".

Por un lado, la legislación de la Unión europea reconoce no meramente el carácter público del bien acuático, sino que éste tiene un valor fundamental para los ciudadanos europeos, los cuales consecuentemente tienen el derecho al disfrute del agua. Por otro lado, sería importante hacer una referencia explícita al "derecho al agua" mientras el término "derecho" sigue siendo evitado.

Según el precitado considerando 40 de la directiva relativa a las concesiones, "las características especiales de dichos mecanismos justifican exclusiones en el sector del agua ámbito de aplicación de la presente Directiva". La ley griega 4413/2016 adopta plenamente la especificación de la previsión del artículo 12 de la directiva, citando que ella no se aplica en los contratos de concesión que adjudicadas a:

La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable;
el suministro de agua potable a dichas redes.

La ley tampoco se aplica a los contratos de concesión que se refieran a uno de los objetos siguientes o a ambos que estén relacionadas con una de las actividades apenas contempladas:

proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20% del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje o
eliminación o tratamiento de aguas residuales.

Consecuentemente, se pone de manifiesto la esencia central del contenido del derecho al agua, que consiste en el agua potable y no principalmente en otros aspectos del uso del agua, como es la irrigación. Es obvio que los recursos acuáticos son tan importantes que los países miembros de la Unión europea no están de acuerdo para someterlos a un régimen europeo común sobre los contratos de concesión, provocando crítica de parte de la

doctrina¹⁰. En todo caso, el agua sigue situándose en un campo excepcional por lo que se refiere no solamente a la concesión sino a la contratación pública en sentido estricto, dado que existe la directiva 2014/25/UE sobre este caso del ex "sector excluido", regulado como tal por la directiva 2004/17/CE mientras la contratación pública de la gran mayoría de los otros sectores está reglada por la directiva 2014/24/UE.

IV. Conclusión

En primer lugar, el derecho del agua tiene mucho por desear en el ámbito de derecho internacional, en el cual no existe todavía ninguna convención general sobre este derecho universal.

En segundo lugar, la gran mayoría de las constituciones formales es ajena a una consagración explícita de tal derecho, pese al hecho de que la garantía constitucional del agua cuenta con un siglo de disposiciones. El derecho al agua no debería considerarse como una mera componente de otros derechos constitucionales, como los relativos a la salud y sobre todo al medio ambiente. Se trata de un derecho genuino y autónomo, en plena conexión con derechos como los precitados y el derecho social a una vida digna y particularmente a un hogar digno. En todo caso, en la era actual de la cuarta generación de los derechos, derechos ya reconocidos previamente se promueven en varios modos. Por ejemplo, el derecho a la salud se especifica con la consagración del derecho de protección contra el tabaquismo pasivo mientras del derecho al medio ambiente se ha autonomizado el derecho a contener el cambio climático, que es un fenómeno que amenaza varios otros derechos como el derecho al agua.

En tercer lugar, el derecho comunitario ha promovido el derecho hidráulico, frente a los derechos nacionales, sobre todo por lo que se refiere al principio de la calidad (buen estado de aguas).

Además, el derecho de la contratación pública tiene muchas particularidades, como el caso de la concesión, que constituye un tipo privilegiado de contratación. Este tipo de contratación ha sido tradicionalmente destinado a la contratación en el campo delicado del agua. Es obvio que la Unión europea ha hecho algunos pasos de progreso con la adopción de una normatividad sobre la contratación del agua, pero podría proceder a una convergencia de las normas comunes sobre la contratación pública y de las relativas al sector del agua.

En conclusión, el derecho humano al agua debería consagrarse de manera explícita y simple, exenta de prejuicios y distorsiones.

La revolución hidráulica debe tener éxito a nivel mundial, independientemente de los tipos usados de contratación pública¹¹.

=====

1 Bauzá Martorell F. J., 'La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional Cuestiones de actualidad del contrato de patrocinio', Observatorio de Contratación Pública 31/07/2017.

2 Tzatzaki, V. - M., El agua en el derecho internacional público, Nomiki Vivliothiki, 2012, pág. 61 (en griego).

3 Maniatis, A., La contratación pública y la colaboración público-privada en Grecia tras las directivas de 2014 Parte II. La contratación pública en Grecia tras las directivas de 2014, Ponencia en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla - La Mancha, Curso de verano sobre 'La nueva Ley de Contratos del Sector Público', Cuenca, 28 y 29 de junio de 2017, Disponible en: <https://eclass.gunet.gr/courses/LAWGU223/>.

4 Bordonneau, M.- A., Regard juridique sur la double nature de l'eau, Éditions Johanet 2009, pág. 105.

5 Maniatis, A., 'PPP and the constitutional right to the environment', Constitutionalism.gr, 20/11/2015.

6 Fanlo Loras, A., La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros, Universidad de la Rioja, Logrono, 2001, pág. 10.

7 López Menudo, F., 'Las aguas', RAP, 200, 2016, pág. 276.

8 Hennette Vauchez, S., ' ' … les droits et libertés que la constitution garantit ' : quiproquo sur la QPC ? ', La Revue des droits de l'homme, 10/2016.

9 Moreno Molina J. A., La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico, Thomson Reuters Aranzadi 2016, p. 189.

10 Braconnier, S., 'La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives', AJDA, 15, 2014, pág. 840.

11 Vid. Lacoste, Y., El agua en el mundo, Castalia, 2007 (traducción en griego), pág. 112.