

FUNDACIÓN BOTÍN

SEMINARIO NACIONAL SOBRE CONCESIONES Y TRANSPARENCIA.

MADRID, 17 DE ENERO DE 2013

EL SISTEMA CONCESIONAL ESPAÑOL. VISIÓN DESDE EL USO HIDROELÉCTRICO.

Clemente Prieto Hernández
Iberdrola Generación

Introducción. El sistema concesional vigente

De las posibles cuestiones a plantear en este Seminario, en relación con el sistema concesional, y otras de no menor calado, como los mercados del agua o la recuperación de costes de los servicios del agua, se va a centrar esta ponencia en la validez, o no, del sistema concesional (actual o reformado) para lograr una gestión eficaz del dominio público hidráulico, si bien, de una u otra forma, se procurará aportar alguna opinión respecto a otras cuestiones planteadas, desde la visión de un usuario hidroeléctrico. A estos efectos, y en términos muy generales, se entenderá por “sistema concesional” el conjunto de disposiciones legales y actuaciones de la administración encaminadas a la cesión de los derechos públicos sobre las aguas continentales a favor de intereses privados. Es preciso subrayar que la ponencia se limitará a cuestiones puramente concesionales, dejando de lado todo lo relacionado con la tramitación ambiental, que, por otra parte, resulta determinante en el actual sistema, hasta el punto, sin duda lógico, de que la falta de cumplimiento de los necesarios requerimientos ambientales impide la obtención de la concesión.

En el momento de redactar esta ponencia, Enero de 2013, nos encontramos en pleno proceso de cambio de la normativa de aguas, con dos reformas recientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (en adelante, RDPH), una ya en vigor y otra en tramitación, y habiéndose incluso anunciado por parte del Gobierno la promulgación, más o menos inminente, de una nueva Ley de Aguas. Realmente, viendo con perspectiva los años transcurridos desde que en 1985 se publicó una Ley más acorde con los tiempos que la hasta entonces vigente, de 1879, podríamos decir que en esta materia legislativa vivimos en un casi continuo “aguamoto”, si se

me permite la expresión, con frecuentes modificaciones, a menudo profundas, debidas unas veces a requerimientos de la Unión Europea, otras a determinadas demandas sociales, y otras simplemente a la visión del asunto por parte de los gobernantes, generalmente con más intención política que técnica. Lo que sigue se enmarca, como no puede ser de otra forma, en la legislación vigente a fecha de hoy, asumiendo el riesgo de que mañana mismo lo escrito sea ya agua pasada. Nunca mejor dicho, se podría añadir.

Con esta salvedad, creo que el actual sistema concesional, para el otorgamiento condicionado del uso privado de aguas públicas superficiales, es suficientemente transparente y garantista en el conjunto del proceso administrativo establecido.

Empezando por la transparencia del proceso, en mi opinión ésta se asegura mediante los sucesivos actos administrativos de información pública, tanto de la petición inicial como de los posibles proyectos que se presenten en competencia. En efecto, el anuncio de la petición inicial se publica en los Boletines Oficiales de las provincias donde radiquen las obras (Art. 105.1 del RDPH), por un plazo entre uno y tres meses, con lo que queda legalmente asegurada la accesibilidad de cualquier interesado, lo mismo al seguimiento del proceso que a la interposición, en su momento, de observaciones, reclamaciones, etc. Posteriormente, tiene lugar el sometimiento a información pública de la documentación que describe con detalle las obras y su destino final, también en los Boletines Oficiales de las provincias afectadas, y además en los tabloneros de anuncios de los Ayuntamientos en cuyos términos municipales radiquen las obras o se utilicen las aguas, dando entrada una vez más en el procedimiento a la expresión de la opinión ciudadana, y esto de forma eficaz, ya que los peticionarios han de dar posteriormente, al Organismo de cuenca, respuesta razonada a las reclamaciones recibidas. A criterio de dicho Organismo, se puede ampliar el ámbito de esta publicación (Art. 109.1 del RDPH).

Desde el punto de vista institucional, también se asegura la transparencia, ya que se remite la totalidad de la documentación a las Comunidades Autónomas afectadas, y se les otorga un plazo de tres meses para presentar su opinión al respecto, que también se traslada a los peticionarios, para que respondan en defensa de su solicitud. Asimismo, a criterio del Organismo de cuenca, se puede remitir la documentación a otras entidades públicas cuya opinión pudiera resultar de interés en el procedimiento (Art. 110.1 del RDPH).

En otro momento del procedimiento, el Organismo de cuenca cita a todos los interesados al llamado "acto de reconocimiento sobre el terreno", donde aquéllos que se hayan personado en las fases anteriores tienen ocasión de confrontar la documentación técnica con la realidad física del emplazamiento, y de reiterarse en sus opiniones o aportar nuevas consideraciones, de todo lo cual se levanta acta que se incorpora al expediente (Art. 111.1 del RDPH). Hay un último acto de acceso al expediente por parte de los interesados, dándoles vista y audiencia

del llamado “Informe del Servicio”, documento que, prácticamente, decide sobre el final del procedimiento (Art. 113 del RDPH), aunque de hecho puedan transcurrir meses, y en algunos casos años, hasta el final efectivo.

A partir de este hito de la tramitación, no hay más informaciones públicas con posibilidad de expresarse por vías ordinarias sobre la concesión solicitada, pero, a la vista de lo expuesto en los párrafos anteriores, parece difícil negar la transparencia del proceso, ya que se da acceso inicialmente al público en general, y posteriormente a todos los interesados, privados y públicos, hasta la práctica finalización de la tramitación.

En cuanto a la cualidad de “garantista” que se señalaba anteriormente, -entendiendo por tal la garantía de que cualquier interesado en el uso del agua pueda optar al mismo, en competencia e igualdad de condiciones que el resto de posibles solicitantes- queda, en mi opinión, asegurada mediante la figura de la “competencia de proyectos”, regulada en los artículos 105 y 106 del RDPH, que, junto con la graduación de prioridades de usos, para el otorgamiento de concesiones y para la eventual expropiación forzosa a favor de otro uso, establecida con carácter general en el artículo 98.1 del RDPH, y específicamente en cada Plan Hidrológico de cuenca, procura que los recursos de aguas públicas se otorguen, en primer lugar, a los usos más prioritarios según la ley, y que, dentro de un mismo grado de prioridad, haya que justificar por parte de la administración (Art. 93.1 del RDPH) la decisión de otorgamiento a un determinado solicitante.

Cuestiones para el futuro

Entramos ahora en la interrogante sobre la validez del sistema concesional para los requerimientos esperables en el futuro. Se entiende que hablamos, en principio, de “cualquier” sistema concesional, incluida su ausencia y eventual sustitución por algún otro planteamiento.

En mi opinión, hay una cuestión de fondo, y por tanto previa. Se trata de decidir si para una gestión eficaz de los recursos hídricos, es necesaria o conveniente la participación de agentes privados. En efecto, la respuesta resulta determinante en la valoración de cualquier sistema concesional, ya que, de concluirse que no es necesaria la intervención privada, bastando con que los diferentes organismos públicos gestionen y usen los recursos, sobra cualquier análisis o planteamiento sobre el otorgamiento de concesiones, que deben tener por destinatario final un titular distinto de la administración¹.

¹ Según lo indicado al principio de esta ponencia, se entiende que el sistema concesional transfiere derechos públicos a agentes privados; se prescinde, por tanto, de considerar posibles otorgamientos concesionales a entidades públicas o semipúblicas.

Planteada así la cuestión, resulta imprescindible establecer qué entendemos por “gestión eficaz” de los recursos hídricos. A mi modo de ver, el asunto es opinable en gran medida, pero, centrándonos en las definiciones que de esas palabras da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en su 22ª edición), encontramos que “gestión” nos remite a “gestionar” y “administrar”, definidas a su vez, respectivamente, como “hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera” y “graduar o dosificar el uso de algo, para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mejor efecto”². Por su parte, la entrada “eficaz” nos lleva a “eficacia”, definida como la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.

Podríamos decir que la consideración estrictamente lingüística de los términos no nos aporta suficiente aclaración de lo que buscamos, pero, sintetizando lo visto en el Diccionario de la Real Academia, podemos establecer que entenderemos por “gestión eficaz” el conjunto de acciones necesarias para lograr los efectos que deseamos³.

Establecido esto, se trata de indagar qué efectos deseamos obtener del uso de las aguas continentales.

En mi opinión, dicho de forma escueta, lo razonable es desear que las aguas continentales nos proporcionen a las personas, de forma sostenible, los servicios necesarios para nuestro modelo de sociedad, atendiendo a los usos de abastecimiento, agropecuarios, industriales, y recreativos en sentido amplio (culturales, deportivos, paisajísticos, etc.). Respecto a esto, tengo especial interés en subrayar que se antepone la condición general de que esos servicios se proporcionen “de forma sostenible”, y que se alude a “nuestro modelo de sociedad”, es decir, al que tenemos, y no a otros posibles. Es de señalar que el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas indica que *“La política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas...”*

Volviendo a los efectos deseables a conseguir mediante la gestión del agua, parece claro que, en principio, para lograrlos no es necesaria la participación privada. Basta con que la administración, del nivel que corresponda, sea capaz de garantizar los distintos suministros de forma sostenible.

Otro escenario diferente se daría si en vez de la “gestión eficaz” nos planteáramos la “gestión eficiente”, en la que se pretendería lograr determinados objetivos utilizando el mínimo posible de recursos. En este caso, es sobradamente conocido que las administraciones públicas corren frecuentemente el riesgo de caer en el dispendio, ya que, por una parte, se utilizan recursos

² Entre otras acepciones, que me parecen menos aplicables al caso.

³ Nótese que en las definiciones del Diccionario no se considera el rendimiento de las acciones, que estaría más relacionado con la eficiencia; tan solo el resultado.

monetarios ajenos, sin un control efectivo del coste-beneficio, recursos que además son reponibles con relativa facilidad, por la vía de los impuestos. Si a esto se añade el posible cambio de gobernantes cada cuatro años, está servido el escenario ideal para que esa gestión sea cualquier cosa menos eficiente, aún pudiendo ser eficaz.

En mi opinión, y sin entrar en la consideración de otros posibles modos de organización política -lo que queda evidentemente fuera del alcance de esta ponencia-, para la gestión eficiente de los recursos es absolutamente necesaria la intervención de operadores privados. Y esto por motivos obvios: en términos generales, los agentes privados utilizan recursos procedentes del sistema financiero, a su propia costa, y la única vía de incremento, o al menos mantenimiento, de los ingresos es la adecuada gestión de los recursos disponibles. Es decir, que se juegan su propia existencia en la obtención de los máximos rendimientos de los medios disponibles, y de la máxima eficiencia de sus actuaciones, lo cual, sin duda, garantiza que pondrán todo su conocimiento al servicio de lograr la gestión más eficiente que sea posible.

Evidentemente, el riesgo es que, en ese deseo de maximización del rendimiento, se lleguen a anteponer los intereses particulares a los del resto de la sociedad, como pueden ser, por ejemplo, los requerimientos medioambientales. Minimizar este riesgo todo lo posible es responsabilidad de las administraciones públicas, aunque también es cierto que el ambiente social, de gran sensibilidad y exigencia medioambiental, impregna progresivamente a las empresas, que con frecuencia llevan a cabo acciones preventivas y nuevos modos de operación más compatibles con el medio natural, más allá de lo estrictamente requerido por la legislación.

En resumen, considero que el escenario ideal es: iniciativa privada gestionando los recursos hidráulicos, con el debido control a cargo de las administraciones públicas, que, en todo caso, asumirían papeles de gestión únicamente en las situaciones en las que el necesario servicio no presenta suficientes atractivos financieros para la intervención de gestores privados.

Estimo, por tanto, que la existencia de un sistema concesional, es decir, que permita delegar el uso de derechos públicos en agentes privados, es imprescindible para una gestión eficiente, no solo eficaz, de los recursos hídricos.

En cuanto a posibles reformas del actual sistema concesional, como ya he adelantado en el apartado anterior, considero que, básicamente, el actual sistema es válido, siempre que se garantice la necesaria -no más- vigilancia de las administraciones públicas, lo que eventualmente se podría combinar con un sistema de incentivos a determinadas actuaciones de defensa de valores medioambientales.

Para analizar posibles cambios a introducir en el sistema concesional, y por coherencia con lo dicho anteriormente -en cuanto a la suficiente transparencia y garantía de competencia entre peticionarios de la normativa actual- voy a hacer solamente algunas consideraciones sobre la cuestión de los plazos concesionales.

Recientemente se han introducido, entre otros, dos cambios muy significativos en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que afectan al plazo concesional. Hay que destacar que, teniendo en cuenta que los abastecimientos y regadíos pueden prorrogar indefinidamente sus concesiones mediante sucesivas solicitudes de prórroga (Art. 140 del RDPH), cosa que no puede hacer el usuario hidroeléctrico, resulta que éste es el único de los tres principales usos al que le afectan realmente las restricciones de los plazos concesionales.

Los dos cambios a los que me refiero están ambos en el artículo 97 de la última versión del RDPH (vigente desde el 21 de Septiembre de 2012). En el primero de ellos se establece que *“ Toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos; tendrá carácter temporal y plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no superior a setenta y cinco años...”*. Esta limitación general, además de ir en contra de la aplicación práctica del artículo 59.6 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (*“ Cuando para la normal utilización de una concesión fuese absolutamente necesaria la realización de determinadas obras, cuyo coste no pueda ser amortizado dentro del tiempo que falta por transcurrir hasta el final del plazo de la concesión, éste podrá prorrogarse por el tiempo preciso para que las obras puedan amortizarse, con un límite máximo de diez años y por una sola vez, siempre que dichas obras no se opongan al Plan Hidrológico correspondiente y se acrediten por el concesionario los perjuicios que se le irrogarían en caso contrario.”*) atenta contra la lógica económica, ya que, por una parte, se puede dar -y se da, de hecho- el caso de que sea preciso realizar una inversión imprescindible y no amortizable en el plazo concesional restante. En ese caso, el titular de una hipotética concesión otorgada en su día a 75 años, se ve en el dilema de elegir entre llevar a cabo una acción económicamente irracional o renunciar a la explotación del aprovechamiento. La situación se hace aún más inmanejable si el caso ocurre en los tres últimos años de la concesión (Art. 153.2 del RDPH)

Además, esta limitación a 75 años, y el cambio drástico del contenido del artículo 153 del RDPH, suprimiendo la fórmula de ampliación del plazo en caso de aumento del caudal en centrales hidroeléctricas, supone limitar -una vez más, contra toda lógica económica- el mejor aprovechamiento de los recursos naturales, ya que los incrementos de caudal se plantean cuando los estudios hidrológicos demuestran que hay recursos no aprovechados, y no en caso contrario.

Por otra parte, el último párrafo del nuevo artículo 97 del RDPH, en el que se dispone que *“ El plazo comenzará a computar desde el día siguiente al de la notificación de la resolución*

concesional” supone una reducción sustancial del plazo concesional efectivo en el caso de las centrales hidroeléctricas, ya que mientras no se ha otorgado la concesión no es posible realizar obras en el Dominio Público Hidráulico, por lo cual, en la práctica, el plazo de construcción de la posible presa, tomas y desagües -que suele ser de años- se convierte en una parte del supuesto plazo concesional del aprovechamiento, durante el que no se puede hacer uso de la concesión otorgada.

Respecto a estos cambios, hay que tener en cuenta que el plazo concesional es decisivo para analizar la rentabilidad de una inversión, lo cual es especialmente sensible en el caso de las centrales hidroeléctricas, intensivas en capital y con largos periodos de recuperación de la inversión. Evidentemente, este escenario, unido al progresivo incremento de los impuestos, tanto de ámbito estatal como autonómico y municipal, puede hacer inviable el uso hidroeléctrico privado, en pocos años.

Conclusión

La existencia de un sistema concesional, en el sentido de cesión de derechos públicos a intereses privados, se considera imprescindible para la correcta gestión del agua, entendiendo por tal la gestión eficiente, en la que se obtienen los mayores resultados con el mínimo de recursos. Esto debe ser debidamente controlado por la administración pública, para garantizar el respeto a los derechos del resto de la sociedad.

El sistema concesional actualmente vigente garantiza la transparencia del proceso, y asegura la competencia entre posibles usuarios, otorgándose la concesión al uso más eficiente.

Las recientes restricciones impuestas al plazo de las concesiones, unidas al fuerte incremento de la carga impositiva, pueden hacer inviable, a corto o medio plazo, el uso privado para fines hidroeléctricos, con la consiguiente pérdida de eficiencia que eso implicaría. La administración debería tener en cuenta estas circunstancias, partiendo de la base de que la gestión eficiente de los recursos hídricos requiere la participación privada.

4 de Enero de 2013.