



PERSPECTIVAS ACTUALES EN EL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES: GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Marta Oller Rubert

Departamento de Derecho Público

Universitat Jaume I

Dirigida por:

Dr. D. Ricardo García Macho

Catedrático de Derecho Administrativo

Universitat Jaume I

Castellón, Julio 2006

ÍNDICE

ABREVIATURAS	Pág.1
INTRODUCCIÓN	Pág.6

PRIMERA PARTE

EL DERECHO AMBIENTAL COMO MODELO DE RENOVACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. COORDENADAS DEL SANEAMIENTO: EL DERECHO AMBIENTAL

I.PREMISAS..... Pág.18

I.1. La ambigüedad en la concreción y definición de qué es saneamiento en su inicial consideración como un servicio de carácter ambiental público y local..... Pág.18

I.2. Porqué nos remitimos al derecho ambiental especial como impulsor de la renovación del derecho administrativo general: El Derecho ambiental, ámbito de referencia Pág.27

I.3. La influencia europea: hacia la confluencia de ordenamientos..... Pág.38

I.4.Aproximación inicial sobre la amplitud y el uso de la terminología..... Pág.46

I.4.1. Las privatizaciones y otros fenómenos..... Pág.48

I.4.2. Modalidades de privatizaciones..... Pág.51

II. LA CALIFICACIÓN DEL ESTADO COMO “ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO” Pág.57

II.1.Los poderes públicos como garantes de un medio ambiente adecuado Pág.57

II.2.La función pública ambiental: contenido e implicaciones respecto al saneamiento de las aguas residuales Pág.65

III. PRINCIPIOS EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO CONCRETO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS ...	Pág.69
III.1.Principio de “desarrollo sostenible”	Pág.70
III.1.1.Las formulaciones primigenias de carácter internacional.....	Pág.70
III.1.2.Su posterior reconocimiento en el marco europeo.....	Pág.73
III.1.3.Las exigencias del desarrollo sostenible y las reformas en el Derecho Administrativo ambiental.....	Pág.76
III.2.Principios de prevención y cautela (o de precaución)	Pág.81
III.3.El principio “quien contamina, paga” y la corrección de los atentados al medio ambiente.....	Pág.83
III.4.Dos principios inherentes al derecho de aguas: la unidad de gestión y el tratamiento integral del agua.....	Pág.90

SEGUNDA PARTE.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES

I. PERSPECTIVAS INICIALES DEL SERVICIO DE SANEAMIENTO	Pág.97
I.1.Bases históricas: iniciales vestigios sobre el saneamiento de las aguas.....	Pág.97
I.2.La necesaria tarea del saneamiento de las aguas residuales en la época moderna	Pág.98
I.2.1.Panorama general.....	Pág.98
I.2.2.La evolución en España hasta tiempos recientes	Pág.100
I.2.2.1. Normas locales y la falta de interés de la normativa hídrica por la tarea de saneamiento de las aguas.....	Pág.100
I.2.2.2.Normas urbanísticas.....	Pág.105
I.2.2.3.Normas sanitarias.....	Pág.105
I.2.2.4.Los precedentes actuales.....	Pág.106

II. LA SITUACIÓN CONTEMPORÁNEA EN LA PRESTACIÓN DE ESTE SERVICIO	Pág.107
II.1. Los principales cambios legislativos en España desde la Constitución de 1978 que afectan al saneamiento de las aguas residuales y la dispersión legislativa en materia de saneamiento	Pág.109
II.1.1.La dispersión legislativa en materia de saneamiento	Pág.111
II.1.2.La adaptación del Derecho de contratos al Derecho comunitario....	Pág.114
II.1.2.1.El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas	Pág.114
II.1.2.2.La contratación española en los sectores especiales	Pág.122
A).Las particularidades respecto al régimen general	Pág.123
B).Examen sobre su aplicabilidad en el sector del saneamiento de las aguas residuales.....	Pág.131
II.2. La compleja distribución de competencias derivada de la naturaleza de servicio público ambiental del saneamiento. Remisión	Pág.134
III. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES. DISTINCIÓN ENTRE OBJETO Y SERVICIO. TITULARIDAD Y GESTIÓN	Pág.138
III.1. El objeto material del servicio: las aguas.....	Pág.139
III.1.1.La declaración de demanialidad de las aguas. Las consecuencias del régimen jurídico de la demanialidad.....	Pág.139
III.1.2.Alcance de la demanialidad de las aguas. ¿Incluye a las aguas residuales, afecta ello al servicio de saneamiento?.....	Pág.144
III.1.3.Reflexiones acerca de la distribución de competencias sobre el medio ambiente y las aguas como indicadoras de la distribución de competencias sobre la tarea de saneamiento	Pág.150

III.1.3.1.El Estado y las Comunidades Autónomas, la decisiva Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre.....	Pág.152
III.1.3.2.Las entidades locales. Introducción	Pág.157
III.2. El servicio de saneamiento: <i>excursus</i> sobre la evolución en la gestión de servicios relacionados con el agua	Pág.158

**TERCERA PARTE. LAS VERTIENTES DEL SERVICIO PÚBLICO
AMBIENTAL DEL SANEAMIENTO.**

**CAPITULO TERCERO. EL ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL
SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES.**

I. EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO	Pág.168
I.1.Normas internacionales	Pág.168
I.2.La normativa comunitaria.....	Pág.174
I.2.1.De nuevo sobre los <i>servicios públicos</i> en la Unión Europea.....	Pág.175
I.2.1.1).Implicaciones del principio de subsidiariedad	Pág.182
A).La versatilidad del principio de subsidiariedad	Pág.187
B).Su formulación política. El papel de los Entes Locales y las políticas ambientales.....	Pág.190
C).Su formulación desde la perspectiva económica. La diferenciación entre actividad económica simple y cualificada	Pág.195
C.1).Las relaciones del Estado con la economía según la Constitución española.....	Pág.196
C.2).La especificidad del régimen local.....	Pág.205
I.2.1.2).Los <i>servicios públicos</i> desde la perspectiva comunitaria.....	Pág.208
A).Las primeras matizaciones en relación con el concepto de “servicio público”	Pág.209

B).La necesaria adaptación del “servicio público” al contexto liberalizador europeo.....	Pág.212
C).Las propuestas europeas contemporáneas sobre el significado de servicio público europeo.....	Pág.221
D).Recapitulación sobre el “servicio público”	Pág.227
I.2.2.Los recursos hídricos y las previsiones sobre la calidad de las aguas en la Unión Europea	Pág.229
I.2.1.1.Las primeras normas comunitarias en relación con el saneamiento de las aguas residuales.....	Pág.230
I.2.2.2.En general la “Política Europea del Agua”: la Directiva 2000/60/CE: efectividad <i>versus</i> eficacia y eficiencia.....	Pág.234
I.2.2.3. La Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo, sobre tratamiento de las aguas residuales urbanas	Pág.239
A).Análisis y valoración de la normativa: su aplicación a aguas industriales y domésticas.....	Pág.240
B).Novedades internas a raíz de la Directiva 91/271. Remisión	Pág.246
II. EN EL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL.....	Pág.248
II.1.La normativa sobre los recursos hídricos.....	Pág.248
II.1.1. Notas sobre el Derecho Aguas español	Pág.248
II.1.2.De nuevo sobre el significado de la declaración de demanialidad de los recursos hídricos en el desarrollo del servicio de saneamiento. La evolución de este concepto	Pág.254
II.2.Las normas sobre el saneamiento de las aguas residuales	Pág.257
II.2.1.La normativa estatal: examen del contenido del Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre	Pág.258
II.2.1.1).El antecedente: el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales	Pág.258

II.2.1.2). El Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre: el tratamiento de las aguas residuales urbanas	Pág.260
II.2.1.3).Su posterior desarrollo	Pág.262
II.2.2. La sensibilidad autonómica en materia de saneamiento y tratamiento de las aguas residuales	Pág.263
II.2.2.1. El reparto de competencias con los entes locales.....	Pág.266
II.2.2.2.La organización autonómica en cuanto al saneamiento y las formas de gestión	Pág.269
II.2.2.3.Conclusiones derivadas de la normativa examinada	Pág.271
II.2.3. Los Municipios y la trasposición de la Directiva 91/271/CEE	Pág.272

CAPITULO CUARTO. EL CARÁCTER LOCAL DEL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES.

I. EXAMEN DE LA ATRIBUCIÓN A LOS MUNICIPIOS DEL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES URBANAS.....

I.1.Consideraciones iniciales sobre los servicios públicos en el ámbito local y el saneamiento de las aguas

I.2.Significado de la declaración del alcantarillado como “servicio mínimo obligatorio” de los municipios

I.3. La reserva local de la depuración de las aguas residuales.....

I.4. La tercera y última clasificación del servicio de saneamiento de las aguas como un servicio público local

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA CUESTIONABLE LEGITIMIDAD DE LOS ENTES LOCALES EN LA FLEXIBILIZACIÓN E INCORPORACIÓN DE PRIVADOS EN EL DESARROLLO DE SERVICIOS PÚBLICOS

II.1.El principio de eficacia como criterio en y para la actuación de la Administración.....

II.2. La autonomía local, garantía institucional	Pág.296
II.3.La libertad de elección de forma de actuación.....	Pág.304
II.4.La idoneidad del ámbito local para la aplicación de nuevas experiencias de gestión ambiental.....	Pág.311

**CUARTA PARTE. LA OPORTUNIDAD DE INTERVENCIÓN DE AGENTES
PRIVADOS EN EL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES**

**CAPÍTULO QUINTO. MODELOS DE GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN EL
SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES**

I.EVOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL A LA ADMINISTRACIÓN DE COOPERACIÓN. LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR LAS TÉCNICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	Pág.319
--	---------

I.1.El desarrollo de la Administración instrumental. Flexibilización de las técnicas de las técnicas de gestión directa	Pág.319
---	---------

I.1.1.Orígenes y significado	Pág.319
------------------------------------	---------

I.1.2.La Administración institucional estatal modelo de referencia en la legislación local. Dos ejemplos para el saneamiento	Pág.325
--	---------

II.1.2.1.Las Confederaciones Hidrográficas como organismos autónomos. Deficiencias.....	Pág.328
---	---------

II.1.2.2.La creación de las Sociedades estatales de agua	Pág.331
--	---------

I.1.3.Las dificultades de los Entes Locales en el cumplimiento de sus tareas	Pág.335
--	---------

I.1.4.El desarrollo de las Administración institucional en el ámbito local. Últimas manifestaciones, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local	Pág.337
--	---------

I.2.La Administración de colaboración. El amplio abanico de la gestión indirecta	Pág.339
--	---------

I.2.1.El ejercicio privado de funciones públicas	Pág.340
--	---------

1.2.2.Diversidad de modalidades de cooperación.....	Pág.346
I.3.El ejercicio de autoridad, límite a la intervención de personas privadas en el ámbito público	Pág.348
II. MODELOS MUNICIPALES DE GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL SANEAMIENTO.....	Pág.351
II.1.Revisión de algunos modelos de gestión pública directa relacionados con el saneamiento, una prueba de la necesidad de mantener también la gestión pública eficaz	Pág.352
II.1.1.Gestión <i>centralizada</i> por el órgano local	Pág.353
II.1.2.La utilización de Organismos autónomos en la gestión del saneamiento.....	Pág.355
II.1.3.El caso de las Entidades Públicas Empresariales para el saneamiento.....	Pág.358
II.1.3.1.Su previa existencia en el ámbito autonómico	Pág.358
II.1.3.2.La incorporación al ámbito local.....	Pág.358
II.1.4.El recurso a las llamadas “privatizaciones de la organización” en el ámbito local. Las Empresas municipales para el saneamiento de las aguas residuales	Pág.362
II.1.4.1.El sometimiento al Derecho de contratación.....	Pág.364
II.1.4.2.Régimen jurídico de las empresas públicas encargadas de la gestión del saneamiento.....	Pág.369
II.2. La gestión indirecta municipal en el saneamiento	Pág.372
II.2.1.La concesión en el servicio público de saneamiento de las aguas residuales.....	Pág.374
II.2.1.1.El significado de las concesiones de servicio. Sus rasgos distintivos	Pág.375

II.2.1.2.Objeto	Pág.381
II.2.1.3.Duración	Pág.382
II.2.1.4.En especial las potestades de la Administración concedente	Pág.383
II.2.1.5.El estatuto del concesionario	Pág.385
II.2.2.Las líneas maestras de la concesión de obra pública en el saneamiento, como indicio de cambios en la Administración ambiental	Pág.391
II.2.2.1).La obra hidráulica	Pág.391
II.2.2.2).Objeto de la concesión de obra	Pág.394
II.2.2.3).Régimen jurídico	Pág.395
III.2.3.Otras formas de gestión indirecta del servicio de saneamiento de las aguas	Pág.399
III.2.3.1.La gestión interesada.....	Pág.399
III.2.3.2.El concierto para la prestación del saneamiento de las aguas residuales	Pág.400
III.2.3.3.Sociedad de economía mixta local. Remisión	Pág.401

CAPÍTULO SEXTO. OTRAS ALTERNATIVAS A CONSIDERAR EN LA EXTENSIÓN DE NUEVOS MODELOS DE GESTIÓN DEL SERVICIO DE SANEAMIENTO.

I.SANEAMIENTO DE AGUAS Y MERCADO	Pág.404
I.1.Sobre las privatizaciones materiales y el servicio de saneamiento	Pág.404
I.2.Sobre la liberalización del servicio de saneamiento basado en su infraestructura en red	Pág. 407
I.2.1.Introducción sobre los servicios en red	Pág.407
I.2.2.Las dificultades de aplicar el modelo liberalizador de los servicios en red al servicio de saneamiento	Pág.409
I.2.3. <i>Waser um den Markt</i>	Pág.414

II. DESARROLLO DEL <i>NEW PUBLIC MANAGEMENT</i>	Pág.418
II.1. Panorama general. Desarrollo del <i>New Public Management</i>	Pág.418
II.2.Previo análisis de experiencias públicas también validas en el saneamiento .	Pág.419
II.2.1.La colaboración entre municipios. Mancomunidades.....	Pág.419
II.2.2.Las Comunidades de vertidos. Un ejemplo de autogestión.....	Pág.425
II.3.La creciente colaboración de privados en la tarea de saneamiento de las aguas residuales	Pág.429
II.3.1.El reparto de responsabilidades.....	Pág.430
III.3.2.Los modelos de <i>Public-Private Partnership</i>	Pág.433
III.3.2.1.Concepto, ventajas e inconvenientes	Pág.433
III.3.2.2.Clasificación en la cooperación público-privada en el saneamiento	Pág.436
III.3.2.2.1).Colaboración contractual.....	Pág.437
A).Mediante contratos públicos	Pág.437
A.1.Las empresas colaboradoras en el saneamiento de las aguas..	Pág.437
A.2.La contratación del saneamiento con las empresas de vertido	Pág.443
B).Las concesiones en las políticas europeas: Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario y su actualización de acuerdo con el Libro verde de cooperación público-privada de 2004	Pág.445
B.1.La concesión de obras	Pág.447
B.2.La concesión de servicios.....	Pág.449
B.3.Régimen aplicable a las concesiones de servicio	Pág.451
B.4.Procedimiento de adjudicación.....	Pág.454
B.5.Sectores especiales	Pág.456
III.3.2.2.2).Institucionalizada: Empresas mixtas. Ampliación de la remisión anterior	Pág.457
CONCLUSIONES	Pág.463
BIBLIOGRAFÍA	Pág.480

ABREVIATURAS

AJDA	L'Actualité Juridique Droit Administratif
AöR	Archiv des öffentlichen Recht
AUE	Acta Única Europea de febrero de 1986, en vigor desde el 1 de julio de 1987
BGBI	Bundesgesetzblatt
Br-Drucks	Bundesratdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
CE	Constitución Española
cit.	Citada
DA	Documentación Administrativa
DMA	Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre del Parlamento europeo del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat Catalana
DOGV	Diario Oficial de la Generalitat Valenciana
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
FJ	Fundamento Jurídico
EE.AA	Estatutos de autonomía
EuR	Zeitschrift Europarecht

GG	Grundgesetz/ Ley Fundamental de Bonn, promulgada el 23 de mayo de 1949
GJCUE	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
Hrsg	Herausgeber
INI	Instituto Nacional de Industria
JZ	Juristen Zeitung
LAg	Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas
LEEA	Ley de 26 de diciembre de 1958, de régimen jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, derogada
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
NPM	New Public Management
NSM	Neues Steuerungs Modell
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
PPP	Public Private Partnership
Op.cit	Obra citada
ÖPP	Öffentliche Private Partnerschaft
RAnAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP	Revista de Administración Pública
RArAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RDL	Real Decreto-Ley
RDAMB	Revista de Derecho Ambiental
RIJ	Revista internauta de Práctica Jurídica
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública

RDPH	Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico
RDUE	Revista de Derecho de la Unión Europea
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDE	Revista Española de Electrónica
RGDA	Revista General de Derecho Administrativo
REDETI	Revista del Derecho de las Telecomunicaciones y de las Infraestructuras en Red
RPJ	Revista del Poder Judicial
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957
TCE	Tratado de la Comunidad Europea, con la enumeración de artículos introducida por el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJC	Tribunal Superior de Justicia
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local
TRLAg	Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

TRLGP	Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.
TUE	Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993. (Tratado de Maastricht)
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Vid.	Véase
WHG	Wasserhaushaltsgesetz, de 27 de julio de 1956
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht

INTRODUCCIÓN

Como el título de la tesis presenta, el objeto principal es el estudio de un servicio público, de una prestación esencial, tema ya de por sí candente en el terreno de lo jurídico y con ello se inicia un proyecto ambicioso, la determinación de lo público y privado en el seno de las transformaciones del Derecho Administrativo¹. La amplitud de la propuesta obliga a acotar el campo de actuación; por ello ha sido necesario tomar un ámbito de referencia que nos permita un estudio mucho más minucioso y estricto de nuestra intención. El ámbito escogido, el Derecho ambiental, no ha sido casual pues estamos en un momento en que la sociedad ha incluido entre sus prioridades la protección del medio ambiente², pero eso sí de

¹ La mutación en las relaciones Estado-Sociedad se manifestó y se manifiesta particularmente en los servicios públicos de carácter económico -y el saneamiento de las aguas residuales presenta ese matiz- y en el intento de aumentar la eficiencia, para lo cual se somete a las empresas públicas a condiciones de mercado, confiándose así al sector privado la provisión de más servicios y simulando condiciones de mercado en el seno de las Administraciones. La transformación del Estado se presentó como una condición *sine quanon* como afirmó GARCÍA PELAYO “el Estado, encerrado aun en los esquemas establecidos y sujeto a la inercia de su propia evolución desde el Estado liberal al social, se revela incapaz para absorber la creciente complejidad de su ambiente, de reaccionar con prontitud a las nuevas exigencias planteadas por las transformaciones sociales y los requerimientos derivados de las mismas para la dirección y el control de la sociedad”; más extensamente en relación con el nuevo modelo de Estado, *vid. Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza. Madrid. 1989, *in totum*. Así, los propios acontecimientos históricos van a determinar las características propias del Derecho Administrativo hasta nuestros días definido por su variabilidad, detallismo, contingencia, inestabilidad permanente y falta de seguridad jurídica en el conocimiento y aplicación de una farragosa regulación, como destacan DESDENTADO DAROCA, *vid. La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. Pág. 56 y GARRIDO FALLA, *vid. “Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales”*, en *REDA*. Núm. 79. 1993. Págs. 389 y ss.).

² Advierte L. MARTÍN-RETORTILLO que “se ha llegado a ver los colmillos al lobo y se teme que la vida en la Tierra pueda quedar sensiblemente deteriorada de no adoptarse precauciones imprescindibles. De ahí que por todas partes aflore la conciencia de la preocupación y vayan apareciendo diversas iniciativas muy diversas que pugnan por arraigar” en “Administración Local y Medio Ambiente” en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. Esteve Pardo, J. (coord.). Civitas. Madrid. 1996. Pág. 24. En otro sentido constata A.M. MORENO MOLINA la realidad de que “La política ambiental de la Comunidad Europea ha sufrido una evolución formidable: de ser una preocupación inexistente ha pasado a convertirse en una de sus actividades preponderantes”, *vid. Derecho comunitario del medio ambiente*. Marcial Pons. Madrid. 2006. Pág.23.

la manera más eficaz y también, porqué no reconocerlo, más eficiente posible³. Asimismo, el Derecho de aguas fue un tema elegido en los inicios de nuestras labores de investigación, si bien el objeto en concreto de esta tesis es el servicio de saneamiento de las aguas residuales. Diversas circunstancias han determinado nuestra elección: de un lado, la importancia adquirida por los aspectos cualitativos de las aguas⁴, frente a los aspectos cuantitativos de épocas anteriores⁵; de otro lado el impulso por la Unión Europea de una significativa labor legislativa que ha supuesto el consecuente desarrollo a nivel estatal y subestatal de normas destinadas a ordenar el saneamiento de las aguas residuales, tanto desde el punto de vista técnico como también de organización y gestión⁶. Los momentos actuales son claves para el saneamiento de las aguas: el *Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales*⁷ (1995-2005) ha cumplido su ciclo de vida y la norma comunitaria que obliga a la implantación de este servicio, la Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo, debería haberse traspuesto –así se hizo, en efecto, formalmente con el Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre⁸- de manera adecuada en cuanto a la satisfacción de sus obligaciones en el ordenamiento español con la fecha límite, vencida, de 31 de diciembre de 2005⁹.

³ La importancia del elemento económico también en relación con la calidad de las aguas se deduce claramente del art.92.bis.3) TRLAg pues “cuando existan masas de agua muy afectadas por la actividad humana o sus condiciones naturales hagan inviable la consecución de los objetivos señalados o exijan un coste desproporcionado, se señalarán objetivos ambientales menos rigurosos en las condiciones que se establezcan en cada caso mediante planes hidrológicos”.

⁴ Así lo entiende S. MARTÍN-RETORTILLO en “Las Comunidades de Regantes en el tiempo presente” en *El Derecho Administrativo en el umbral del S.XXI. Homenaje al profesor Dr.D. Ramón Martín Mateo*. Tomo I. Sosa Wagner, F.(coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 890. También A. FANLO LORAS en “Dominio público hidráulico y saneamiento de aguas residuales” en *Derecho del Medio Ambiente...* Op.cit. Pág.303; y, JAQUENOD DE ZSÓGÓN, S. *Derecho ambiental. La Gobernanza de las Aguas*. Dykinson. Madrid. 2005. Pág.23.

Según cifras de la Organización de las Naciones Unidas, recogidas en su *Water Development Report* “Water for people, water for life” de 2003, aproximadamente 2 millones de toneladas de desechos son arrojados cada día a aguas receptoras, contándose entre los mismos residuos industriales, químicos, vertidos humanos y desechos agrícolas, de lo que se calcula que la producción de aguas residuales es de aproximadamente 1.500 Km³.

⁵ Vid. SETUÁIN MENDÍA, B. “Las fórmulas organizativas autonómicas para el saneamiento y depuración de las aguas residuales” en *RarAp*. Núm. 8. 1996. Pág. 175.

⁶ Vid. FANLO LORAS, A. “El saneamiento de aguas residuales en la cuenca del Ebro. Modelos organizativos. Los casos de Aragón, Cataluña, La Rioja y Navarra” en *RarAP*. Núm. 27. 2005. Pág.62.

⁷ Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1995 y publicado de acuerdo con la Resolución de 28 de abril de 1995 en el BOE, de 12 de mayo de 1995.

⁸ BOE, de 30 de diciembre de 1995. Desarrollado por el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo. BOE, de 11 de marzo de 1996.

⁹ El Informe de 23 de abril de 2004, en el cual se valora el nivel de aplicación de la misma, se reconoce un grado importante de cumplimiento, si bien denuncia, por el contrario, que existen algunas zonas que no cumplen con la instalación ni de sistemas colectores, ni de los tratamientos que describe la norma. En relación con la realidad descrita España se cita como uno de los países que no cumple especialmente con la Directiva (en concreto en las págs. 15 a 17, págs 57 y ss), vid. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al

Importantes reformas se han producido paralelamente en el Derecho de Aguas español –como lo son la de 2003 del Texto Refundido de la Ley de Aguas¹⁰ (en adelante TRLAg) y del Reglamento del Dominio Público Hidráulico¹¹ (en adelante RDPH) y la reciente de 2005 del TRLAg¹²-. Así es, se habla de una nueva política del agua, una nueva cultura del agua¹³, basada en el ahorro y que supone, por lo que nos afecta, el acondicionamiento de las redes de alcantarillado, la construcción de nuevos sistemas colectores y de estaciones depuradoras que usen técnicas más eficientes y gestionadas de acuerdo a criterios económicos. Ello requiere de una visión transversal e integrada del servicio en la que se conjuguen aspectos ambientales, económicos y sociales¹⁴. La legislación local –estrechamente vinculada al servicio de saneamiento- tampoco ha escapado a estas adaptaciones y reacomodamiento del Derecho Administrativo en el nuevo siglo –la más reciente en este sentido es la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local¹⁵ y la existencia de un Borrador de Anteproyecto de Ley

Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991.COM 2004/0248final. Disponible en: <http://europe.eu.int>.

Recientemente, en la Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Comisión c. España, asunto C-416/02, el Tribunal de Justicia ha condenado a España por el incumplimiento de la Directiva 91/271/CEE, sobre tratamiento de aguas residuales y de la Directiva 96/61, sobre contaminación de las aguas por nitratos; mientras que continua abierto el procedimiento por incumplimiento de la Directiva 91/271/CEE por la contaminación de la playa de Sueca (Valencia).

¹⁰ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (BOE, de 24 de julio de 2001), reformada por el art. 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, para incorporar la Directiva 2000/60/CE, Marco del Agua.

¹¹ Aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril (BOE, de 30 de abril de 1986), reformado por el Real Decreto 1315/1992, de 30 de octubre, el RD 419/1993, de 26 de marzo, el RD 1771/1994, de 5 de agosto y el RD 606/2003, de 23 de mayo, que es a la que nos referimos por la importancia cuantitativa y cualitativa de la reforma.

¹² Real Decreto-Ley 11/2005, de 22 de junio, de reforma de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

¹³ Vid. S.MARTÍN-RETORTILLO “Acotaciones sobre el nuevo derecho de aguas” en *REDA*. Núm.101. 1999.Pág.5.

La “Nueva Cultura del Agua” supone una gestión mejor que satisfaga las necesidades por ser una sociedad con criterios sostenibilistas, una gestión que sea responsabilidad todos, y ello porque como observa N. BUENAVENTURA el agua ha pasado de ser un recurso natural y posteriormente un bien económico a ser algo singular y vital. Esta Nueva Cultura del Agua se basa en tres principios: aprovechamiento del agua como recurso natural, conservándola como patrimonio; gestión del agua desde políticas de control de la demanda (reducir, reciclar, reutilizar, reformar e integrar), en lugar de políticas de aumento de la oferta, y, aprovechar las nuevas tecnologías para ahorrar y conseguir un uso más eficiente. No obstante, ha de tenerse claro que la tecnología no aportará soluciones globales a la cuestión del agua por sí sola, ya que aquellas han de ser, ineludiblemente, políticas, vid. SANJUÁN, M. *Gestió local de l'aigua*. Fundació Carles Pi i Sunyer. Barcelona. 2005. Pág.21, 43 y ss.

¹⁴ Vid. MARTÍNEZ NIETO, A., en la *Presentación del Código de Aguas*. Ecoiuris. Madrid. 2004. Pág. 14.

¹⁵ BOE, 17 de diciembre de 2003.

Básica del Gobierno y Administración Local¹⁶; a todo esto debemos de sumar la nueva regulación sobre formas de gestión, más transparentes y en el seno del libre mercado, de los servicios públicos que impone la Unión Europea con la entrada en vigor el 31 de enero de 2006 de las llamadas Directivas sobre contratos¹⁷ y de los instrumentos que en los últimos años se han aprobado en relación con otras técnicas de prestación aplicables al saneamiento como son la Comunicación interpretativa de la Comisión, de 12 de abril de 2000, sobre las concesiones en el Derecho comunitario¹⁸ y el *Libro Verde sobre la cooperación Público-Privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 2004¹⁹. También se destaca desde la doctrina alemana el desarrollo precisamente revolucionario del denominado sector/economía de eliminación (*Entsorgungswirtschaft*) – vinculado en aquel contexto al ámbito local y a los servicios de eliminación de residuos y de aguas residuales– fruto de las elevadas exigencias impuestas por las políticas de protección del medio ambiente²⁰. Todo esto como se verá nos plantea cuestiones acerca de un cambio de perspectivas en cuanto a las aguas contaminadas y su recuperación.

Pero el engarce del Derecho ambiental y el Derecho Administrativo en su relación parte especial-general hace que, aun siendo el ámbito de referencia el sector de las aguas residuales, también deban extenderse las normas generales a los supuestos especiales. Se trata así de un intercambio bidireccional, por eso nos interesa averiguar qué hay de trasladable y cuán de factible es en el seno del Derecho ambiental los *nuevos contenidos* y *continentes* que se están instaurando entre nosotros, tendencia presidida por los conceptos de privatización, desregulación, liberalización, actividades reguladas, servicios económicos de

¹⁶ Presentado, en base al Libro Blanco sobre la reforma del Gobierno local, a las Cortes Generales en noviembre de 2005, cuyo objeto es la regulación del régimen jurídico básico de los municipios, provincias e islas, como entidades locales necesarias, y de las demás entidades locales territoriales o funcionales, y del que da cuenta A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ a lo largo de su obra *Manual de la Administración Local*. La Ley. Madrid. 2006, *in totum*.

¹⁷ Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo, de “sectores excluidos” y Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios, que pasan a regularse de manera conjunta.

¹⁸ Diario Oficial, de 29 de abril de 2000.

¹⁹ COM/2004/0327 final.

²⁰ Vid. LANDSBERG, G. “Rechtsprobleme der Privatisierung im Bereich der Abfallentsorgung” en *Staat, Selbstverwaltung und Private in der Wasser- und Entsorgungswirtschaft*. Referate und Diskussionen der 18. Vortragsveranstaltung des Instituts für das Recht der Wasser- und Entsorgungswirtschaft an der Universität Bonn am 18. Mai 1995 und weitere Abhandlungen. Institut für das Recht der Wasser- und Entsorgungswirtschaft Bonn. Carl Heymanns Verlag KG. Köln, Berlin, Bonn, München. 1997. Pág. 39.

interés general²¹... en definitiva de cómo se accede a lo que Sebastián MARTÍN-RETORTILLO denominó la simplificación de la Administración²². Esta realidad y sus múltiples frentes de batalla han reforzado nuestro interés por establecer cómo los mismos están afectando a este servicio que desde aquí lo presentamos como un paradigma de todos los *nuevos experimentos* a los que el Derecho Administrativo está siendo sometido²³. Pero no sólo el aspecto más teórico nos preocupa, sino también la circunstancia real y estructural de nuestro nivel local, pues una vez reconocida sin ambigüedades la autonomía local respecto a sus intereses, el problema se presenta en el hecho de que en servicios tan básicos, como el que nos ocupa, las “cajas” de los Ayuntamientos están vacías ¿Qué opciones se nos presentan? Con el fin de resolver estas reflexiones abiertas, que traerán al hilo otras de no menor entidad, presentamos la tesis, que se divide en cuatro partes y un total de seis capítulos.

Nuestras reflexiones comienzan presentando las coordenadas en las que se sitúa el tema que no es otro que el Derecho ambiental y el papel que en este sector, en desarrollo constante y sometido a continuas innovaciones, están desempeñando los poderes públicos, que adoptan una posición de garante de los intereses generales ambientales²⁴. Es necesario conocer ante todo qué vamos a entender por saneamiento y como ya expuso la doctrina más relevante (A. Embid Irujo, A. Fanlo Loras, y recientemente B. Setuáin Mendía y L. Casado Casado) la pluralidad de conceptos y la falta de homogeneidad en la terminología utilizada hacen que en este caso nos inclinemos por un concepto amplio, el de saneamiento –no sin dejar de ser conscientes de las diferentes fases del servicio–, donde se integra el alcantarillado, los sistemas colectores y las estaciones depuradoras encargadas de aplicar los tratamientos de depuración, de manera que intentamos responder de la mejor manera posible a los principios que también en esta parte corresponde analizar, básicamente en cuanto a los recursos hídricos como expuso el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, trascendental para el Derecho de Aguas, 227/1988, de 29 de noviembre (ponente: D.Jesús Leguina Villa),

²¹ Fenómenos que se encuentran en el centro del debate del Derecho Ambiental y del Derecho Administrativo en general, *vid.* NISIPEANU, P. (Hrsg). *Privatisierung der Abwasserbeseitigung*. Parey Buchverlag Berlin. 1998. Pág.1.

²² Al respecto su artículo “De la simplificación de la Administración” en *RAP*. Núm. 147. 1998. Págs. 7 y ss.

²³ En efecto hoy en día, no nos queda más que constatar, el cada vez más evidente estado de compenetración entre el Derecho público y privado que viene impulsado por dos factores: por el aumento de necesidades y por tanto de las funciones de la Administración, y por la inexperiencia del Derecho Administrativo para acomodarse a estas nuevas realidades.

²⁴ *vid.* MONTORO CHINER, M^a. J., “El Estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...* Tomo III.Op. cit. Pág.3438.

al principio de unidad de cuenca y tratamiento integral del agua, presidido por la consecución del desarrollo sostenible. En nuestro caso, sin entrar en polémicas sobre la naturaleza del derecho al medio ambiente, que sí quedan transcritas, el tratamiento del artículo 45 de la Constitución (CE) es el precepto que legitima nuestra determinación de que la protección ambiental -y, con ello, la protección de las aguas y la técnica del saneamiento- en tanto es una función pública, hace necesaria la presencia de los poderes públicos que deben compaginar los fines ambientales con el desarrollo de sus instituciones, en este caso de la noción tradicional de servicio público, pues bajo esa rúbrica se presenta el servicio de saneamiento.

Vistos los preliminares y realizadas algunas aproximaciones al tema corresponde concretar el objeto de estudio, que se desarrolla en la segunda parte. El capítulo segundo entra de lleno en el saneamiento desde la perspectiva histórica y su evolución, adelantándose algunas de las cuestiones que dificultarán el análisis del servicio: el escaso interés que en principio despertó esta tarea y la dispersión legal del mismo, así como la multitud de normas a tener en cuenta cuando nos referimos al saneamiento, no sólo desde el punto de vista material, esto es qué requisitos y obligaciones implica el servicio, sino también en la gestión, donde se apuntan las *novedades* –requeridas desde el ordenamiento comunitario- que el Derecho de contratos nacional²⁵ introduce en la organización de servicios públicos y el sometimiento a los principios de transparencia e igualdad, en un contexto competitivo y liberalizado, en la medida de lo posible²⁶. Obviamente el elemento objeto de gestión, las

²⁵ Se regula en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE, de 21 de junio de 2000, en adelante TRLCAP), y desarrollado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (BOE, de 26 de octubre de 2001, en adelante RGC). El TRLCAP ha sido objeto de importantes modificaciones, pero dada la trascendencia de las mismas, nos remitimos a las múltiples referencias que a lo largo del trabajo se ofrecen y que analizan sus repercusiones en relación con la prestación del saneamiento de las aguas residuales.

²⁶ Pues si en principio el carácter transversal del Derecho ambiental pudiera suponer que sus fines deben ser conseguidos mediante el resto de políticas comunitarias, bien es cierto, como señala E.ALONSO GARCÍA, “que a la hora de la verdad, al llegar al caso concreto, es decir, en la regulación sectorial de ambas políticas (políticas de medio ambiente y de competencia)... normalmente son las normas ambientales las que quedan supeditadas a las normas que regulan el mercado entre las que el derecho de la competencia es una pieza esencial”, *vid.* Voz “Derecho de la competencia y medio ambiente” en *Diccionario de Derecho Ambiental*. E. Alonso García y B.Lozano Cutanda (dir). Iustel. Madrid. 2006. Pág. 455.

Aun así podemos destacar como a través del Derecho de la contratación es posible perseguir otros fines, aparte de la libre competencia, entre los que se menciona, con especial relevancia para este trabajo, el del respeto al medio ambiente tal y como ha considerado la Sentencia “Concordia Bus” y la Sentencia “Wienstrom” de 4 de diciembre de 2003. Caso 448/01, sobre incorporación de criterios medioambientales en la ponderación por el poder adjudicador de las ofertas presentadas por los licitadores. Un ejemplo en la legislación nacional es la Disposición Adicional novena de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. *vid.* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Derecho administrativo en la contratación entre privados*. Marcial Pons. Madrid. 2005. Págs. 32 y ss.

aguas, es también brevemente estudiado, en tanto se trata de un bien demanial, naturaleza que podría afectar a las formas de gestión del mismo y a los títulos legitimadores de los diferentes niveles competenciales. Queda claro que el hecho de que la titularidad de las aguas sea estatal, por disposición de la Ley de Aguas y derivado de la Constitución, no obstaculiza que otros niveles públicos –la instancia autonómica y local- regulen determinados aspectos del mismo, ni tampoco prohíbe la intervención privada en su regulación, como de hecho ocurre para el saneamiento. Circunstancia que da paso a un primer atisbo sobre la distribución de competencias en materia de saneamiento entre los diferentes niveles territoriales y sobre la necesidad de diferenciar en los servicios públicos entre titularidad y gestión.

La tercera parte retoma nuestro servicio y analiza las normas que lo regulan, pues en todo estudio el régimen jurídico es el que va a abrir las puertas a nuevas posibilidades y experiencias, ya que el principio de legalidad es el fundamento del Estado democrático y de derecho. Necesariamente la influencia comunitaria ocupa un papel decisorio en la velocidad y en las transformaciones del Derecho administrativo nacional. Tanto por el notable desarrollo de un sinfín de dialécticas sobre la crisis del “servicio público” -de su desconsideración como elemento clave y eje del Derecho Administrativo²⁷- y del establecimiento de nuevos valores, materiales, propiciados por la instauración de un mercado común y de sus libertades y por el desarrollo de una *Nueva Política de Agua* y la fructífera producción de normas sobre la calidad de este recurso vital. Pudiera parecer extraño pero desde la propia Unión, y aunque no se mencione expresamente, adoptan cada vez un papel

²⁷ Vid. BRAIBANT, G y STIRN, B., *Le droit administratif français*. AMPHI-Dalloz. Paris. 2005. Pág.191; SENDÍN GARCÍA, M.A. *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*. Comares. Granada. 2003. Págs.71 y ss.

Aun así, en cuanto a la crisis de este concepto y su resurgimiento, como afirmó en su día BULLINGER, no se trata de la desaparición de conceptos básicos en nuestro orden jurídico público, sino que tanto el primigenio concepto de “service public”, como nuestro servicio público, como incluso el de *Daseinsvorsorge*, están evolucionando de manera que es necesario introducir como un elemento más conformador de los mismos la idea de la competencia, manteniendo -o como bien dice la doctrina alemana- garantizando los fines sociales hasta ahora conseguidos, vid. “El *service public* francés y la *Daseinsvorsorge* en Alemania” en *RAP*. Núm. 166. 2005. Pág.49.

Hemos de advertir inicialmente en relación con el concepto de “Daseinsvorsorge” -pues a lo largo del trabajo van a aparecer alusiones al “servicio público” de tradición francesa y al concepto de “Daseinsvorsorge”, y ante la posibilidad de equívocos en cuanto a la trascendencia de este concepto germánico- que estamos ante un concepto con un carácter meramente sociológico y no jurídico como lo es el “servicio público”; por lo que aquélla no implica del modo que conocemos en nuestro sistema jurídico una *publicatio*, ni tampoco una reserva de actividades al sector público, aunque sí supone el fundamento para que determinadas competencias sean atribuidas a los diferentes niveles administrativos, estatal, regional o municipal. Vid. GONZÁLEZ-VARAS, S. *El Derecho Administrativo Privado*. Montecorvo. Madrid. 1996. Pág.421 y ss, así lo entienden también PIELOW en *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*. Mohr Siebeck. Band. 48. 2001. Pág. 399.

más relevante en la gestión ambiental los municipios; papel principal que en el saneamiento es inexcusable. Además, la subsidiariedad se conecta desde el punto de vista económico con dos cuestiones que formuladas en el art.128.2 CE, se reafirman en el art.86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local²⁸: la iniciativa pública económica y la de los servicios públicos reservados, categoría ésta en donde se incluye al saneamiento de las aguas. La categoría de servicios públicos es desconocida, en nuestra acepción, en el Derecho comunitario que tiende hacia posturas objetivas y funcionales para la definición de sus instituciones, de esta forma en la nueva idea de “servicio público” *a la europea* lo importante no es el nombre²⁹, sino el fin de la actividad: la satisfacción de un fin de interés general. Estas premisas están alterando -con respeto a las especialidades nacionales adecuadas al Derecho comunitario- los ordenamientos de los Estados miembros que deben de ir acomodando sus normas. Como es sabido los cambios han sido espectaculares. Efectivamente, sectores calificados hasta ahora como de monopolios estatales se prestan en régimen de libertad regulado³⁰. El Estado pierde así protagonismo *verticalmente*, a favor en este caso de la Unión y también de los entes subestatales, y también *horizontalmente* cediendo en algunos aspectos su papel al mercado³¹, si bien la apertura no es posible en todos los sectores y el del agua presenta especiales dificultades en este sentido. Como veníamos diciendo la citada Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo –sin olvidar la Directiva 2000/60/CE, Marco del Agua que trata de homogeneizar las normas sobre agua, pero sin referencia directa al saneamiento- ordena el servicio y trata de establecer un nivel homogéneo para toda la Unión Europea que asegure un servicio adecuado de saneamiento, pero nada dispone acerca de cómo aquél debe prestarse, si de manera pública o privada, únicamente obliga a los Estados miembros al establecimiento de sistemas colectores y de tratamientos de las aguas, en función de criterios diversos. Es una norma que no por ello deja de afectar a la naturaleza de servicio público y local del saneamiento, pues a pesar de que hemos preferido hacer un uso amplio del concepto, las distintas fases en que éste se

²⁸ BOE, de 3 de abril. En adelante LRBRL.

²⁹ Pues esta expresión, salvo en el art.73 TCE, brilla por su ausencia en el Tratado, *vid.* FERNANDEZ, T-R. « Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy” en *RAP*. Núm.150. 1999. Pág.63; MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L: “Servicio público, servicio universal y “obligaciones de servicio público” en la perspectiva del Derecho Comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos” en *RanAP*. Núm.39. 2000. Págs. 32 y 33.

³⁰ Por todos, CABALLERO SÁNCHEZ, R. *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos* . MAP. Madrid. 2003. *in totum*.

³¹ O. MIR PUIGPELAT en *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Civitas. Madrid. 2004. Pág.95.

estructura y las acepciones de la legislación nacional –nos referimos al RDL 11/1995– y local hace que la prestación del saneamiento, cuyas fases son en ocasiones calificadas de servicio mínimo y en otras de servicio esencial reservado, y de competencia local o autonómica, exija un esfuerzo importante en la interpretación del servicio a efectos de poder articular la prestación con las más diversas técnicas públicas, privadas y de colaboración público–privada, a nuestro entender para satisfacer así el ordenamiento comunitario. Las Comunidades Autónomas devienen por otra parte cruciales para la regulación del saneamiento, ya que casi todas ellas cuentan con una Ley al respecto donde se regula, sobre todo, la fase en alta del servicio y la figura del canon de saneamiento, traducción del principio “quien, contamina paga” y una fuente importante para la financiación de la infraestructura hidráulica. El capítulo cuarto se dedica básicamente a la vertiente local del servicio una vez queda claro que es el campo natural del mismo. Los preceptos que se examinan son el artículo 25 LRBRL que enumera el *quantum* de competencias locales, reconociendo, en efecto, el interés municipal en el alcantarillado y en la depuración de las aguas. A continuación el artículo 26.1 LRBRL sobre servicios mínimos obligatorios incluye únicamente el alcantarillado, con el correlativo derecho de los ciudadanos a exigir tal servicio (art.18.1.g) LRBRL) y el artículo 86.3 LRBRL posibilita una reserva municipal y también el monopolio para el caso de la depuración de aguas. Aspectos tratados son el concepto de servicio público local, más adecuado a la idea europea que el estatal, y la reinterpretación del término *publicatio*³² y del alcance de la reserva, pues en algunos casos ésta irá pareja a la titularidad pública y al monopolio, pero en otros, los más según el Derecho europeo, dará paso a actividades de titularidad privada reguladas por los poderes públicos³³. Indudablemente en relación con los municipios la autonomía local es un tema que no puede obviarse, pues en este caso permite sostener el concepto amplio de saneamiento y su atribución de manera integral al municipio, como principal encargado. Esto legitima, en

³² El término “*publicatio*” fue acuñado por primera vez por VILLAR PALASÍ para nombrar la situación de asunción de los poderes públicos de un bien, de una tarea o de una responsabilidad, definición que cita DE LA CUÉTARA en *La actividad de la Administración*. Tecnos. Madrid. 1983. Pág.169.

S.MARTÍN-RETORTILLO sobre la importancia de esta técnica destaca que, desde los postulados del Estado Social y en expresión directa de una mayor solidaridad social, la *publicatio* de actividades permitió y garantizó el acceso generalizado a una amplia gama de prestaciones públicas, con carácter universal. Se sitúa pues, desde el s.XIX, en el origen de la Administración contemporánea que por aquel entonces recondujo los cometidos *publicados* al ámbito de la titularidad pública, sin que ello supusiera su necesaria prestación directa por la Administración, *vid.* “Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública” en *RanAP*. Núm.39. 2000. Pág. 16.

³³ Sobre estas ideas, entre otros, E. MALARET GARCÍA “Servicios públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto” en *RAP*. Núm. 145. 1998. Págs. 65 y ss.

nuestra opinión, la libertad en la elección de forma en la prestación y dota al régimen jurídico local de un carácter más flexible y cercano a las modulaciones de la Sociedad y su adaptación a criterios más eficientes, que responden a la globalización³⁴ y cambios de estructuras del Derecho Administrativo³⁵. Como puede suponerse, antes tales conclusiones, la descripción del renovado Derecho Administrativo actual no es sencilla, pues las experiencias citadas se aplican de carácter heterogéneo a diferentes ámbitos del Derecho Administrativo y a diferentes velocidades, aunque eso sí el objetivo parece más o menos claro: el replanteamiento profundo de los postulados del ordenamiento jurídico público con el fin de eliminar la inflexibilidad de los instrumentos tradicionales y revitalizar un Derecho administrativo que parece estar en un segundo plano dada la preferencia, desde la propia Administración, por el ordenamiento privado.

³⁴ Pues, como dice J.B.AUBY, *vid.* “Globalización y descentralización” en *RAP*. Núm. 156. 2001. Pág.7., la globalización ha desarrollado unas consecuencias que afectan a los espacios públicos, a los aparatos públicos y a la gestión pública y que se traducen en situaciones complejas y contradictorias en el seno del Derecho que, al igual que otros sectores, se ha lanzado a la búsqueda de mecanismos de reducción de costes y de una mayor eficiencia que ha sido acompañada por movimientos de desregulación y liberalización de los mercados, *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho Administrativo: presupuestos de una relación” en *RAP*. Núm. 164. 2004. Págs.8 y ss. Y la bibliografía citada a pie de página, a la que nos remitimos.

El inicio del fenómeno globalizador hemos de situarlo, de acuerdo con las consideraciones de GOMÀ y BRUGUÉ, a mediados de los años setenta, período a partir del cual las innovaciones tecnológicas abrieron posibilidades hasta ahora desconocidas de comunicación, información y automatización, revolucionando el sistema productivo de bienes y de servicios e introduciendo nuevas posibilidades de descentralización, especialización y flexibilización organizativa que se decantan por la liberalización de los movimientos de los bienes, de servicios y de capitales, *vid.* “Nous models de gestió i d’organització pública” en *Revista Autonomies*. Barcelona. Núm. 18. 1998. Pág. 202. *Vid.* También sobre los cambios que afectan al sistema orgánico de la Administración es de interés el capítulo que ALLI ARANGUREN dedica a las transformaciones de la Administración, en su monografía *Derecho Administrativo y Globalización*. Civitas. Madrid. 2004. Págs. 377 a 386. La profesora DE LA SERNA BILBAO, por otra parte, constata, en el mismo sentido, el nacimiento de nuevas fórmulas que afectan principalmente al campo de la seguridad colectiva, pero también al campo económico, social o cultural, de forma que los movimientos supranacionales adquieren cada vez más relevancia en los ordenamientos internos estatales, *vid.* *La privatización en España*. Aranzadi. Elcano. 1995. Págs. 215 y 216. Ello verifica que si bien los procesos de modernización y de reforma, en especial que afectan a la Administración varían de un país a otro, todos ellos surgen en condiciones similares que no son otras que las adversas condiciones económicas y la sobrecarga de la organización administrativa, *vid.* NIETO GARCÍA, A. “Globalización y Administración Pública” en *La globalización más allá de la empresa*. AA. VV. *Universitat Jaume I*. Castellón. 2003. Págs. 41 y ss.

³⁵ Esta realidad ha provocado que, junto con el mantenimiento de las estructuras clásicas del Derecho administrativo, surjan otras nuevas en el seno del ordenamiento jurídico público. Crecen las Administraciones autónomas y las experiencias de autoadministración, así como la búsqueda de técnicas e instrumentos que permitan el ejercicio privado de funciones públicas. Especial cuidado es necesario al tratar el tema de la administración en colaboración con los propios particulares, pues como bien señalan BARTOLOMÉ NAVARRO y GARCÉS SANAGUSTÍN es un asunto en el que no debe obviarse que ante todo prima la consecución del interés público y no privado, por ello es una fórmula que, desde esta interpretación, es aceptada de forma pacífica entre la doctrina, además de ser una buena técnica aplicable en el caso de la gestión del agua, donde la participación de los privados usuarios en su mayor parte, es esencial y vital para lograr la máxima efectividad, *vid.* “Consideraciones en torno a algunos aspectos relacionados con la gestión institucional del agua”, en *RarAP*. Núm. 9. 1996. Pág. 79.

La cuarta parte se caracteriza por planteamientos no ya tan teóricos, ni discusiones doctrinales acerca del significado de instituciones, sino por analizar de manera práctica y real cómo se presta el saneamiento y cuáles son las perspectivas planteadas en sede europea. Esta última se construye en torno a dos capítulos. Hemos creído necesario, ante las principales críticas que se hacen a la prestación de servicios públicos con el uso de medios públicos (descrédito del servicio, inflexibilidad y burocracia en la actividad prestada, quejas de los usuarios frente a la calidad del servicio, falta de personal adecuado para realizar la tarea...) perfectamente trasladables a un servicio adecuado de recogida y tratamiento de aguas contaminadas, dedicar el capítulo quinto a lo que se conoce como las formas típicas de prestación, en general, de servicios públicos locales, pero presentando esta exposición clásica bajo la idea recapitulada, tras el estudio de los capítulos precedentes, de que la situación en el saneamiento de las aguas, en los servicios públicos locales, es un ejemplo de cambio que desde el Derecho ambiental se refleja cada vez de manera más evidente en el Derecho general. Nos referimos a la labor garantizadora, no sólo de control, sino también de regulación y, cuando sea necesario, de intervención y asunción de prestaciones de los entes públicos en la realización y satisfacción de las necesidades de la Sociedad, bien plenamente en el mercado, bien de la manera más próxima del mercado, pero siendo conscientes de que también el sistema competitivo no es perfecto y de ahí que el municipio, como se verá en el saneamiento, no cambia su fin, la protección del medio ambiente, de la salud de las personas, de la calidad de vida, sino que adecua sus instrumentos y procedimientos a ese fin. La novedad más relevante en la gestión directa se corresponde precisamente a ese desarrollo de organismos que de manera instrumental usan el derecho privado, casos para los que surgen una serie de condicionantes de Derecho público al uso del Derecho privado³⁶. La introducción de las Entidades Públicas Empresariales (EPE), que todavía podemos calificar de novedosa por su escasa implantación en el nivel local, y la creación de sociedades municipales dedicadas a servicios relacionados con el agua, pero *controladas mínimamente* por el derecho público, sobre todo desde las reformas en materia de contratación, son las

³⁶ Que suponen el desarrollo del denominado Derecho Administrativo Privado, de origen alemán *Verwaltungsprivatrecht*. Esta doctrina fue iniciada por W. SIEBERT en "Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung" en *Festschrift für Niedermeyer zum 70. Geburtstag*. Schwartz Verlag. Göttingen. 1953. Págs. 215 a 249. Sobre el significado de esta doctrina volveremos más adelante, sin embargo dejaremos transcrita una idea sobre su significación, pues esta teoría permite el uso por las Administraciones que prestan un servicio público del Derecho privado, sin abandonar las garantías del Derecho Público. Por ello la libertad en la elección del Derecho privado debe acompañarse de la aplicación de Derecho Administrativo privado, que es un derecho privado subordinado y modificado por el derecho público, especialmente en cuanto a los derechos fundamentales y a los principios generales de actuación administrativa, *vid.* GONZÁLEZ-VARAS, S. *El Derecho Administrativo Privado...* Op.cit. Págs. 141 a 148.

opciones que presentan más dificultades, si bien mayor aplicabilidad, pues la costumbre reciente era la aplicación de un régimen que escapaba del ordenamiento público. En el estudio de la gestión indirecta nuestro interés, por motivos cuantitativos y también propios de nuestro Derecho, se dedica a las concesiones del servicio de saneamiento, pues el desarrollo de las empresas mixtas se aplaza al siguiente capítulo sobre nuevas alternativas en el saneamiento. Hemos intentado finalizar la tesis aportando, en el sexto capítulo, las últimas tendencias recogidas del Derecho comunitario y comparado. En efecto, la influencia del *New Public Management*³⁷ y el desarrollo de las *Public-Private Partnership* son experiencias recientes que se propugnan en la prestación del servicio. Ejemplos de que el Estado ya no sólo establece el mínimo vital de la Sociedad -por ello el impulso liberalizador no es aquél del s.XIX³⁸- sino que a través de conceptos más ajustados a la realidad como las “obligaciones de servicio público”, los “servicios universales” y los “servicios de interés económico general” garantiza y se ocupa de ese mínimo, representado entre otros por el saneamiento de las aguas. Así frente al auge de una concepción objetiva del servicio público y de la preferencia en consecuencia por el sistema de autorizaciones, la implementación y evolución, así como el estado actual del servicio afectado muestran que no siempre es tan sencilla la adaptación y actualización de los servicios públicos a los mandatos europeos, como pretende demostrar este trabajo.

³⁷ Modelo éste que KÖNIG considera como la última y más reciente fase en la evolución de la Administración Pública en Alemania, *vid. aut. cit. en colaboración con BECK, Modernisierung von Staat und Verwaltung: Zum neuen Öffentlichen Management*. 1 Aufl. Baden-Baden. Nomos Verl.-Ges. Band 87. 1997. Págs. 19 y ss; Aclara W. JANN que la aplicación en Alemania del *New Public Management* se conoce bajo el concepto de *Neues Steuerungsmodell* (NSM), y define el NPM como un conjunto de estrategias de reforma administrativo-políticas en las que predomina una interpretación empresarial de la Administración. Bajo esta concepción se encuadran sin embargo, hoy por hoy, numerosos procesos como la “desburocratización”, “privatizaciones”, “descentralización”, “regulación”... e implica una nueva concepción en la comprensión de las tareas públicas, de manera que estas nuevas perspectivas no hagan al “schlanker Staat” un “schmächtiger Staat”, esto es un estado débil. La aplicación del NPM no se limita en exclusiva sobre unos determinados actores públicos, sino de manera general al sector público (*öffentlicher Sektor*), bajo los postulados del principio de subsidiariedad, *vid. “Verwaltungswissenschaft und Managementlehre” en Handbuch zur Verwaltungsreform*. Blanke, Von Bandemer, Nullmeier, Wewer (Hrsg). Leske-Budrich. Opladen. 2001. Pág.67 y ss, y 77. Sobre el *Neues Steuerungsmodell*, *vid. JANN,W., Neues Steuerungsmodell en Handbuch...* Op.cit. Págs. 83 y ss. En relación con el origen del NSM y su anclaje en el ámbito local, *vid. K-T. DIEDRICH, Führungsorganisation im Neuen Steuerungsmodell: Modernes Management in der Kommune*. Kaluke&Runte GbR. Iserlohn. 2003. Págs. 6 a 21. Encontramos asimismo referencias al NPM, entre la doctrina española, en BAENA DEL ALCÁZAR, *vid. “Privatizaciones y misiones de servicio público” en El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. SOSA WAGNER F (Coord).Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 1884.

³⁸ Sobre la evolución de Estado es una referencia la ya clásica obra del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea*. Civitas. Madrid. 1994, *in totum*, así como *La lengua de los derechos...* Op.cit.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*. Instituto García Oviedo. Sevilla. 1973. Con anterioridad a este período, *vid. “El Gobierno de la monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII” TOMÁS y VALIENTE F.*, en la obra general de R.MENÉNDEZ PIDAL, *Historia de España*. Vol. XXV. Madrid.1982.

PRIMERA PARTE

EL DERECHO AMBIENTAL COMO MODELO DE RENOVACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

COORDENADAS DEL SANEAMIENTO: EL DERECHO AMBIENTAL

I. PREMISAS

Iniciamos nuestra investigación con la breve presentación de las coordenadas en las que se centra este trabajo cuyo objeto principal es el examen del servicio de saneamiento de las aguas residuales analizado como un servicio, una tarea, que presenta una triple perspectiva en tanto servicio ambiental, servicio público y servicio local. Y en respuesta a esta consideración se estructura este trabajo. Por ello, antes de abordar el desarrollo de aspectos determinantes sobre la cuestión que nos ocupa hemos de realizar algunas aclaraciones sobre el ámbito en el que vamos a investigar. De esta suerte, se hace necesario abordar una serie de planteamientos iniciales, determinantes en la comprensión de nuestra línea de trabajo.

I.1. La ambigüedad en la concreción y definición de qué es saneamiento en su inicial consideración como un servicio de carácter ambiental público y local.

El nacimiento del saneamiento como un servicio trascendental y mínimo, en el sentido de la expresión de “procura existencial”, de la Sociedad moderna surge en

¹ Con este concepto creado por FORSTHOFF en los años treinta surgió una noción fundamental y clave para denominar a la cada vez más extensa Administración prestacional. Con ella se hace referencia a las nuevas tareas de la Administración estatal de prestación caracterizadas por la consecución de dicha procura existencial y sometida a los cambios de la sociedad industrial y agrícola de aquellos tiempos. Por aquel entonces entendía FORSTHOFF la *Daseinsvorsorge* como la “producción de tareas que exigían las necesidades vitales de la sociedad en las modernas formas de vida”, *vid. Die Verwaltung als Leistungsträger*. Kohlhammer. Stuttgart. 1938. Pág. 7; Posteriormente, en 1973, matiza su concepto y lo define como “todo lo que realiza la Administración para responder a la comunidad o a las características objetivas de determinados grupos de personas en el disfrute de tareas”, *vid. Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10. Aufl. 1973. Págs. 370 y ss. Más recientemente en el análisis actual de este concepto señala M. RONELLENFITSCH que la concepción de *Daseinsvorsorge* de Forsthoff, independiente de su forma jurídica y de clasificaciones institucionales jurídico-públicas, es de manera intemporal válida, si bien reconoce que el intento de Forsthoff de situarlo únicamente en el plano del simple Derecho es, por el contrario, solamente comprensible en el seno de su teoría, pues hoy en día la *Daseinsvorsorge* está anclada en la Constitución y en el Derecho Comunitario, a partir de los cuales se han fijado los contornos de dicho concepto. Continúa RONELLENFITSCH analizando el significado actual de la *Daseinsvorsorge* a la que califica de *staatliche Aufgabe*, es decir como una tarea de competencia pública, pero enmarcada en el entorno actual europeo que conlleva que el Estado pueda retirarse de su función y traspasar a la competencia, al mercado, la ejecución de las tareas de *Daseinsvorsorge*, aunque también señala que el mercado debe, a su vez, retirarse cuando a través de sus mecanismos no se garantice, efectivamente de manera suficiente, la procura existencial. *Vid.* “Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff- Aktuelle

relación con la estrecha vinculación del mismo con el recurso natural por excelencia, las aguas. En el momento histórico actual, en el que el agua se presenta por unanimidad como un recurso económico, natural y social, en definitiva vital, una de las mayores preocupaciones es la de la contaminación² de este elemento tan escaso e imprescindible

Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht” en *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlass des 100.Geburtstags von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Blümel (Hrsg). Duncker&Humblot. Berlin. 2003. Págs.113 y 114. Con ocasión de las Jornadas Anuales sobre Economía del Agua que se celebraron en 2003 W.PLUGE señaló en relación con la *Daseinsvorsorge* que éste es un concepto que tiene su propia tradición en cada país, pero que aun así en su espectro pueden distinguirse de manera incondicional una serie de ámbitos, entre el que se encuentra indiscutiblemente el agua, *vid.* “Vor- und Nachteile Brüsseler Vorschläge. Die Wettbewerbssituation aus Sicht der deutschen Wasserversorgungs- und Abwasserunternehmen” en *Wasserwirtschaftlichen Jahrestagung*. Berlín. 13. Oktober. 2003. Pág.2.

Recientemente ha aparecido de mano de M.BULLINGER un interesante artículo que puede venir a aclarar este concepto. La primera nota es que en el régimen jurídico aplicable a la *Daseinsvorsorge* encontramos, según Forsthoff, la aplicación conjunta tanto del derecho público como privado, a diferencia del “service public” que originariamente se entendía como equivalente a Derecho administrativo y por tanto a Derecho público. Nos interesa sobre todo la situación actual de este concepto expuesta por BULLINGER y su equiparación con nociones similares en nuestro entorno como es la idea de servicio público, si bien la diferencia básica es que en la *Daseinsvorsorge* existe una ausencia de carácter jurídico, de forma que se entiende como una denominación más bien general y de rasgos sociológicos, que engloba todo tipo de prestaciones públicas e incluso se aplica como criterio para diferenciar entre actividades económicas de los poderes públicos y actividades prestadoras de carácter público, que aun bajo formas jurídicas privadas, se someten al Derecho público y al respeto de los derechos fundamentales; ello supone que la *Daseinsvorsorge* no requiere siempre de la aplicación del Derecho público, sino que puede elegirse siempre dentro del marco de respeto a los principios constitucionales (*Verwaltungsprivatrecht*) y presenta una nueva Administración, de marcado carácter cooperativo y de reparto de responsabilidades (*Verantwortungsteilung*) como tendremos ocasión de ampliar en otras secciones de este trabajo. Por contra, la idea de servicio público tradicional, francesa, representa aun una concepción concreta del Estado como prestador de esos servicios en aras a la satisfacción del interés público; aun así ve posible BULLINGER la equiparación de ambas ideas, como expresión de la identidad de cada Estado, y su defensa en cuanto a tales frente a las exigencias de competencia europeas, *vid.* “El service public francés ...” cit. Págs. 29 y ss.

Entre la doctrina merece ser destacado el temprano análisis que de este concepto realizó L.MARTÍN-RETORTILLO BAQUER quien nos explica como esta construcción alemana -que traducida da lugar a la idea de preocupación por la existencia humana, de procuración de los presupuestos vitales- se basa en la consideración de la Administración Pública como una Administración proporcionadora o *leistende Verwaltung* (más ampliamente sobre esta concepción de las Administración, *vid.* FORSTHOFF. *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*. Stuttgart. 1959; y del mismo autor *Die Verwaltung als...* Op.cit. Págs. 4 y ss), *vid.* “La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*” en *RAP*. Núm. 38. 1962. Págs.35 y ss; así como en castellano, la recensión que sobre esta obra realizó L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en *RAP*. Núm. 37. 1962. Págs. 357 y ss.

La acogida entre nosotros de la doctrina de Forsthoff es además evidente, pues como señaló el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de mayo de 1991 (Ar.4298): “puede afirmarse que a los Municipios, en su condición de Administración Pública, les corresponde la consideración de sujetos “dadores de prestaciones”, que, en la materia que nos ocupa -agua potable- alcanza la categoría de “asistencia vital” (“Daseinsvorsorge”, en terminología de autores germánicos), motivo por el que para estas corporaciones constituye una de las obligaciones mínimas, estos es, de obligado cumplimiento para todos ellos, cualquiera que sea su población”..

² Contaminación que como define el reformado artículo 93 del Texto Refundido de la Ley de Aguas es “la acción y el efecto de introducir materias o formas de energía, o inducir condiciones en el agua que, de modo directo o indirecto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores, con la salud humana, o con los ecosistemas acuáticos o terrestres directamente asociados a los acuáticos; causen daños a los bienes, y deterioren o dificulten el disfrute y los usos del medio ambiente”.

originada por el crecimiento de la población, por la expansión de las actividades urbanas e industriales y por el *atascamiento* de las actividades agrícolas³; de ahí que la labor de recoger las aguas sucias que tales conductas producen y su saneamiento son la consecuencia de la necesidad imperante de mejorar el estado ecológico de las aguas⁴, con repercusiones tanto para la protección del medio ambiente, para el desarrollo económico de la Sociedad, la protección de la salud de la Humanidad...etc.

La importancia en adoptar conductas y políticas de prevención en la protección del medio natural, en la línea actual del Derecho Ambiental, resulta por ello determinante para dedicar este estudio al servicio del saneamiento como una de las tareas obligatorias en la preservación del entorno natural. Tarea que está siendo sometida a renovación en el sentido en que la vulnerabilidad de este recurso hace que sea imprescindible aplicar instrumentos y métodos que minimicen, al menos, su contaminación y abuso, y a los que en ocasiones los poderes públicos, los municipios, no pueden hacer frente por sí mismos, por lo que las ideas de cooperación público-privada y de flexibilización de técnicas públicas aparecen como fundamentales en el ámbito específico y tecnificado del Derecho ambiental⁵. A ello hay que sumar la

Por vertido el art.100 TRLAg entiende “los que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada”

³ Éstas son tres notas de las que en nuestra provincia podemos dar buena cuenta, ya que esta zona es una zona con un indudable desarrollo turístico, pero con un pasado agrícola evidente, circunstancias a las que hay que sumar en las últimas décadas la implantación y expansión de la industria, básicamente azulejera con los problemas ambientales, particularmente de las aguas, que ello origina debido a la gran cantidad que estas industrias necesitan de este recurso tanto en tareas de limpieza como de producción. Vid. SANZ SALLA, C. *La gestión de los residuos en la industria cerámica*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. *in totum*.

⁴ Vid. STEFFEN, F. “Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven, Handlungsfelder, Strategien” en *Wasser im 21. Jahrhundert-Perspektiven, Handlungsfelder, Strategien -6.Internationales Sommerakademie St.Marienthal*. 2001. Rasch. Bramsche. Pág. 33.

⁵ Una muestra de que también los servicios públicos del agua están condicionados por el desarrollo técnico lo ofrece la Ley 8/2001, de 2 de agosto, de protección de la calidad de las aguas de las rías de Galicia y de ordenación del servicio público de depuración de aguas residuales urbanas, que se refiere al servicio público de saneamiento como un servicio que se caracteriza por la necesidad de numerosas instalaciones de depuración, por la falta de ordenanzas municipales que ordenen esta materia, por la disparidad de los costes económicos de explotación, por la falta de respuesta ante determinados vertidos industriales, por la escasa capacidad técnica, económica o normativa de las Entidades que prestaban el servicio, etc... Así, con el fin de corregir todos estos inconvenientes se opta por declarar el saneamiento como servicio público de interés general de la Comunidad atribuyéndose su gestión a la Administración Hidráulica de Galicia. En dicha declaración se delimita, dentro del concepto global de saneamiento, que la declaración de la Ley únicamente afecta al servicio en alta, de competencia autonómica, esto es a las estaciones depuradoras, redes de colectores generales y emisarios submarinos excluyéndose expresamente al alcantarillado que se reconoce en exclusiva de las Entidades Locales. Sin embargo cuando se refieren a la administración gestora del servicio se vuelve a hacer uso del concepto

segunda de las perspectivas que van a informar este trabajo y es el carácter esencial de este servicio público local sometido asimismo, como tal, a las transformaciones que desde la Unión Europea están inspirando las formas de prestación de los servicios públicos en general.

El elemento central va a ser la mencionada tarea de “saneamiento” y, en razón de nuestro interés, la configuración, la flexibilidad y evolución que esta tarea, enmarcada dentro de los servicios públicos locales como una de las actividades y manifestaciones del ordenamiento jurídico ambiental, ofrece como punto de inflexión de la actual vorágine de mutación y revisión de la organización y formas de actuar de las Administraciones públicas; más bien, de la polémica acerca de la delimitación entre lo público, lo privado, o, en su caso, la constatación de una zona intermedia en la que se sitúan la mayoría de las actividades prestacionales o servicios públicos -concepto también difícil de definir, como señaló el Tribunal Constitucional en la Sentencia 127/1994, de 5 de mayo-, que son objeto de una profunda revisión impulsada por la falta de eficacia de la Administración, el establecimiento de criterios económicos en la gestión pública y el desarrollo de una política de integración europea. Además, de acuerdo con la definición que SÁNCHEZ DÍAZ ofrece de servicios económicos entendidos como “aquellos que, siendo escasos, pueden aportar un beneficio de tal naturaleza –económica- a quien los presta, por cubrir una necesidad individual o colectiva”⁶, podemos incluir en esta categoría también el servicio de saneamiento, pues el valor no sólo del agua como elemento natural, sino también como objeto económico, y con ello el de los servicios encargados de su gestión, es uno de los parámetros en los que se desenvuelve actualmente la Sociedad y que el Derecho, y no sólo el mercado, debe tratar de controlar y regular⁷.

global de saneamiento y entonces existe una triple posibilidad en cuanto al ente gestor, siempre bajo la libertad de formas en cuanto a la gestión de servicios públicos.

⁶ SÁNCHEZ DÍAZ, J.L. “Los servicios locales de naturaleza económica-Municipalización, concesión y autorización” en *REAL*. 2003.Núm. 291. Pág. 1047.

⁷ Al respecto hemos de mencionar el polémico desarrollo de lo que se conoce como “mercados del agua” introducidos a escala nacional tras la reforma de 1999 de la Ley de Aguas de 1985, sin que en opinión de IRANZO se conculcase, por ello, el art.132 CE referente a la declaración de demanialidad de determinados recursos, porque como se justificó y como reproduce literalmente el contenido del articulado no se privatizan las aguas, sino que básicamente se permite la transferencia de aprovechamientos, o derechos, *vid.* “El mercado del agua”. Pág.2. Disponible en www.cepis.org.pe/bvsarg/s/fulltext/iarnazo/iranzo.pdf.

Los mercados de agua regulados actualmente en el Texto Refundido se articulan bajo la denominación de “cesión de derechos al uso privativo de las aguas” (arts.67 a 72 TRLAg, y en los

arts.343 a 353 del RDPH, tras la modificación del RD. 606/2003, de 23 de mayo). Según esta ordenación, al menos formalmente no se afecta a la demanialidad del recurso, pues lo que entra en el mercado no son las aguas, sino los usos de las mismas, posición que no es aceptada de manera unánime pues aquellos que la critican consideran que, en definitiva, lo que se está haciendo es comerciar con las aguas, pues su uso va a ellas unidas. Entrando en detalle en el régimen establecido vemos como la intervención del mercado no se deja al libre albedrío. Aparece una primera limitación en tanto que se establece un necesario respeto al orden de prelación de usos que establece el Plan Hidrológico de Cuenca correspondiente, y en su defecto al orden fijado por el art.60 del TRLAg. Además, se establece un control efectivo por parte del Organismo de cuenca, pues una vez los contratos de cesión se formalicen por escrito deben ponerse en conocimiento de aquél. El Organismo de Cuenca puede incluso no conceder la autorización basándose en los siguientes motivos: que se afecta negativamente al régimen de explotación de los recursos de cuenca a los derechos de terceros, a los caudales medioambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos o se incumple algunos de los requisitos establecidos. Otro límite que garantiza el uso racional del recurso y así el interés público es de tipo cuantitativo, ya que el caudal susceptible de cesión no puede superar aquél realmente utilizado por el cedente. También se produce una descarga de la Administración en la elaboración de las costosas obras de canalización pues éstas, siempre y cuando no sean de titularidad del Órgano de Cuenca, recaen sobre las partes contratantes de la cesión. Una regulación en conclusión que se califica de importante, pero insuficiente pues existen importantes limitaciones que impiden entender éste como un mercado donde imperen las reglas propias de éstos y que en todo caso R.LLAMAS considera de necesarias durante un período transitorio de creación e institucionalización de los mercados del agua, pero que deberían desaparecer una vez el mercado actúe de manera efectiva. Vid LLAMAS, R. y SASTRE, M. “La vigente planificación hidrológica.1)¿Es aplicable?;2)¿Es deseable?” en *La aplicación de la Directiva Marco del agua en España: retos y oportunidades*. Instituto internacional de Derecho y Medio Ambiente. Madrid-Barcelona. 2000. Pág.151.

G.ARIÑO ORTIZ y M.SASTRE BECERIO proponen alguna solución frente a las carencias del modelo español de “mercados de aguas” y los celos que suscitan la creación de un mercado del agua real. Así, manteniendo la necesaria liberalización del agua -aunque sobre estas premisas entendemos más acertado hablar de liberalización de usos, pues estamos siempre hablando de un recurso que es declarado de dominio público hidráulico, y de manera contraria cabría aceptar las críticas de aquellos que entienden que se privatiza el agua y no los usos- estiman necesario la presencia de otras condiciones como el contar con unas infraestructuras que permitan que el comercio de usos sea fluido y que las aguas puedan trasladarse fácilmente entre los compradores y los vendedores, porque si no el sistema falla. Además, la transparencia es esencial para cualquier mercado, por eso la creación de un Registro de los titulares de derechos que sea público es elemento clave en la desaparición de los mercados negros que hasta ahora han venido desarrollándose de manera sumergida. Vid. *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Comares. Granada. 2004. Págs. 922 y ss; MENÉNDEZ REXACH, A. “Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas” en *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer milenio*. Embid Irujo, A., (dir). Tomo I. Civitas. Madrid. 2002. Págs. 65 a 82. Con una posición crítica al surgimiento de los “mercados del agua”, pero valorando sus aspectos positivos en contra de la escasez del recurso, vid. ROSENBERG,H/ GERMINAL, R/ ORDIGUER, A./ GAVALDÀ, M. *Agua, ¿mercancía o bien común?*. Barcelona. 2003. Págs.128 a 138. También con consideraciones matizadas sobre la efectividad de los mercados del agua, vid. MOREU BALLONGA, J.L., “La oscura reducción del mercado del agua por la Ley 46/1999” *RArAp*. Núm.116. 2000. Págs.281 a 235; RAMOS GOROSTIZA, J.L. “Mercados de agua: principales obstáculos y claves de viabilidad”. Disponible en www.agua.rediris.es/conferencia_iberdrola_2000/conferencia/ramos.htm

Brevemente comentamos las primeras experiencias de estos mercados del agua, que fueron ya institucionalizados de manera paradigmática en las Islas Canarias, donde los diferentes aprovechamientos de las aguas se compran y se venden con total libertad de acuerdo con la Ley Canaria 12/1990, de 31 de julio, del agua. A tenor de esta Ley existen dos sistemas de mercados de aguas: uno de títulos y otro de caudales. En el primero, las Comunidades de aguas, Heredamientos y Comunidades de Regantes realizan transacciones de participaciones y de títulos de propiedad. En el caso de compraventa de volúmenes de caudal, éstos se pueden hacer bajo las leyes de mercado, por tanto podríamos calificarlo de privado, o de manera pública en la que el Cabildo Insular almacena agua en invierno y la vende en verano para influir así en el mercado privado, y por último es también posible que el titular de un caudal lo arriende temporalmente. Sobre las modalidades de mercados del agua en esta Comunidad, vid. PÉREZ PÉREZ, E. *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*. Bosch. Barcelona. 1998. Pág.105.

Precisado lo anterior advertimos, ya desde un principio, el carácter poliédrico y multifuncional del saneamiento que incluye, hoy en día, las más diversas tareas. Así, R.MARTÍN MATEO lo define en sentido amplio, reflejando las exigencias comunitarias, como “el conjunto complejo de operaciones consistentes en la captación de las aguas residuales, su traslado, vía alcantarillado, a las estaciones de tratamiento pasando quizá antes por una red general de colectores, el vertido y posible reutilización de las aguas depuradoras y finalmente, en su caso, la disposición sanitariamente aceptable de los lodos”⁸. Es por tanto, como muy bien señala la normativa valenciana⁹ -refiriéndose al saneamiento y a la depuración como actividades complementarias- un tema de alcance global que exige *una actuación coordinada de las Administraciones con responsabilidades en la materia*; pues hoy en día no es fácil, por una parte, establecer divisiones nítidas entre las distintas esferas de cada nivel territorial y además por otra, es frecuente la superposición de intereses que hace necesario la articulación de los mecanismos que permitan integrarlas globalmente.

Estas consideraciones iniciales sobre el necesario tratamiento integral y conjunto de ambas subáreas, alcantarillado y saneamiento, traen causa de la percepción tradicional de las mismas como tareas sinónimas cuyo objeto era básicamente la recogida de las aguas residuales y su traslado a lugares alejados del núcleo urbano. Hoy, cuando hablamos de aguas residuales, nos vienen sin embargo al pensamiento dos conceptos: por un lado, el alcantarillado y por el otro, la depuración o tratamiento que, además, van acompañados de dos actividades posteriores de gran importancia la

Recientemente el Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derecho al aprovechamiento de agua (BOE 17/12/05) ha regulado determinados aspectos relacionados con las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua, para promover y facilitar las mismas, ante la situación de intensa sequía que sufrió en el año 2005. Varias medidas son adoptadas. En primer lugar se habilita a los titulares de derechos al uso de agua pertenecientes a las zonas regables de iniciativa pública a celebrar contratos de cesión, de acuerdo con lo dispuesto en el art.67.1 TRLAg, para lo cual se hace necesario la declaración por el Real Decreto-Ley de inscribibles de dichos títulos en el Registro de Aguas, como señala el art. 343.2 RDPH. La segunda medida se dirige a permitir que las transacciones, al tratarse de cesiones en cuencas hidrológicas diferentes, hagan uso de las infraestructuras de conexión intercuenca, para acomodarlas así al art.72 TRLAg, siendo necesaria la autorización por la Dirección General de Agua, previo informe de los organismos de cuenca afectados y de las restantes entidades que deban informar de acuerdo con el art.68.2 TRLAg.

⁸ Vid. *Tratado de Derecho ambiental*. Vol. II. Trivium. Madrid.1992. Pág. 67.

⁹ Ley 2/1992, de 26 de marzo, del Gobierno Valenciano, de saneamiento de las aguas residuales de la Comunidad Valenciana. (DOGV 08/04/92).

deposición de lodos¹⁰ y/o la reutilización de las aguas, como alternativas una vez saneadas las aguas¹¹. A esta inicial dualidad tendríamos que sumar una tercera categoría, pues es ya una exigencia desde el Derecho comunitario contar con sistemas colectores, piezas esenciales del saneamiento moderno al ser las instalaciones que reciben las aguas del alcantarillado y que, una vez centralizadas, las conducen hasta la estación depuradora, donde se lleva a cabo el tratamiento. Esta última cuestión no es un tema simple, ni muchos menos, pues la titularidad y la obligación de su prestación va a repercutir en ocasiones sobre los municipios y otras veces sobre agrupaciones supramunicipales o incluso en la Comunidad Autónoma, como veremos más adelante.

Profundizando en los términos que vamos a utilizar en la investigación el alcantarillado se refiere a la conducción -también los sistemas colectores, pero a otro nivel- y la depuración, que se realiza en las instalaciones adecuadas, al tratamiento de las aguas contaminadas. Asimismo, la primera es una atribución tradicional de los municipios que, como caracteriza FERNÁNDEZ PÉREZ, es algo, por tanto, intrínseco a los mismos y su autonomía local. Por el contrario la tarea de depuración se concibe como una externalidad, en consecuencia impuesta -e integrada más tarde- como una parte de la tarea de protección del medio ambiente, que por el contrario se atribuye al nivel autonómico. Nos resta por aludir en la descripción de esta tarea, nuevamente en aras al apunte realizado anteriormente, a los sistemas colectores que se imponen en función del desarrollo del Derecho comunitario -en concreto, por la importante y positivamente valorada Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas¹²- a las aglomeraciones urbanas, pero que aparecen integrados de manera diversa en el ámbito de las competencias locales o de las competencias autonómicas. De esto se confirma, como en todos los elementos que configuran el Derecho Ambiental, que el saneamiento es uno de los reflejos de la discusión doctrinal y de las diferencias entre la normativa autonómica en cuanto al alcance y límites de las tareas que aquél comprende y que afectan a las posibilidades e iniciativas en la gestión y prestación del mismo, pues no es la misma la capacidad para iniciar reformas de las

¹⁰ Vid. Por todos la monografía dedicada a este tema por RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *Derecho ambiental integrado: la regulación de los lodos de depuradora y de sus destinos*. Civitas. Madrid. 2001.

¹¹ "Las aguas residuales urbanas son un valioso recurso que debería emplearse siempre que fuera posible, con las debidas medidas de protección sanitaria..." (OMS 1990).

¹² Modificada por la Directiva 98/15/CE, de 27 de febrero, en relación con los requisitos para los vertidos procedentes de instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas realizados en zonas sensibles propensas a eutrofización.

Comunidades Autónomas que la de los Municipios. Una muestra son las diferentes posiciones mantenidas desde la doctrina; así, MARTÍN MATEO, en sentido amplio, engloba, como hemos citado, en la tarea de saneamiento la captación, el traslado y el tratamiento, incluyendo asimismo la realización posterior del vertido y la reutilización de las aguas saneadas¹³, cuando ello fuere necesario. De forma alternativa distinguió FANLO LORAS, bajo este concepto global, entre el “saneamiento en baja” y el “saneamiento en alta”¹⁴. Aclararemos estos términos. El “saneamiento en baja” se refiere -según el autor- al primer momento de recogida y traslación de las aguas contaminadas, lo que popularmente se conoce como la red de alcantarillado, a esta fase le sigue el “saneamiento en alta” que alude al tratamiento de los residuos y a la recuperación de las aguas, esto es, al momento en que esas aguas son tratadas en las estaciones depuradoras correspondientes¹⁵.

Al margen de esta diferenciación encontramos que la utilización de una única denominación, saneamiento de las aguas, es totalmente acertada en el sentido de que otorga una visión globalizada y de unidad de este servicio, que es la que se viene imponiendo desde las instancias europeas y que responde también a las necesidades lógicas de los servicios ambientales. Por supuesto, esta distinción y la aportación de FANLO LORAS no son baladí, ya que, como también advirtió SETUÁIN MENDÍA, van a determinar aspectos fundamentales en el caso de la distribución de competencias¹⁶, y también en cuanto a la efectividad de los municipios en hacer valer su autonomía local, cuestión también afectada por el Derecho Comunitario que acuña nuevas terminologías, entre ellas “habitante-equivalente” o “aglomeración urbana” por ejemplo, con el fin de homogeneizar y facilitar, de este modo, la aplicación de sus normas en todo el ámbito comunitario. Sin embargo, lo que se pretende en este trabajo no es afrontar el tema, siempre polémico y discutido, de la extensión del concepto y de la distribución de

¹³ Vid. MARTÍN MATEO, R., *Tratado...* Vol.II. Op cit. Págs. 95 a 98.

¹⁴ Vid. “Obras hidráulicas de saneamiento y depuración” en *Las obras hidráulicas*. EMBID IRUJO, A.(dir). Tecnos. Madrid.1995. Pág.129.

¹⁵ También advierte sobre esta separación de tareas en tal magno concepto A.M^a, RUIZ DE APODACA ESPINOSA quien, en su tesis del saneamiento como origen de los lodos de depuradora, diferencia cómo en un principio el saneamiento se refería únicamente a la conducción y posteriormente ha sido necesario también el tratamiento de esas aguas como una fase más de este proceso que describimos, vid. *Derecho Ambiental integrado...* Op. cit. Págs. 33 y 34 y, en especial, las referencias bibliográficas sobre este tema a las que nos remitimos.

¹⁶ Vid. SETUÁIN MENDÍA, B., *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen Jurídico*. Lex Nova. Valladolid. 2002. Págs.136 a 270.

competencias -si bien será tratado al hilo-, por ello éstas son circunstancias que en principio no van a condicionar su contenido.

En todo caso el ejemplo más representativo de la ambivalencia del concepto de saneamiento y de la diversidad de vocablos lo encontramos –como ha sido en numerosas ocasiones destacado- en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. El artículo 25.2.1) LRBRL habla del “alcantarillado y tratamiento de aguas residuales” como competencias que ejercerán los Municipios. A continuación el artículo 26.1.a) LRBRL establece como servicio obligatorio municipal el de alcantarillado y, finalmente, el artículo 86.3 LRBRL reserva a favor de las entidades locales el servicio esencial de “depuración de aguas¹⁷”. Queda aquí apuntada esta inicial reflexión, que es objeto más profundo en otra parte de esta investigación.

En último lugar, la normativa comunitaria que ya hemos presentado, en especial la Directiva 91/271/CEE hace uso, en lugar del léxico tradicional conocido entre nosotros, de otras denominaciones como “sistema colectores” (art.3) e “instalaciones de tratamiento” (art.2.10), que no coinciden tampoco plenamente con el alcantarillado y el tratamiento y depuración de aguas, respectivamente, y en cuanto a las organizaciones territoriales que deben hacerse cargo de las obligaciones descritas en la Directiva se recurre a la anunciada denominación, desconocida por aquel entonces en todo el ámbito comunitario, de “aglomeraciones urbanas”, que claramente no encuentra similar en nuestro sistema de organización territorial en Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios.

¹⁷ Opina FANLO LORAS que el término “depuración”, al que se refiere la reserva del art.86.3 LRBRL, más que al tratamiento de las aguas residuales se dirige a la potabilización del agua y por tanto dicha reserva no afecta al saneamiento, sino al abastecimiento de poblaciones, *vid.* “Obras públicas...” cit. Pág.149. Nota.11. Frente a ésta, la posición mayoritaria, y que compartimos, considera que efectivamente la fase de “depuración” que reserva el art.86.3 LRBRL debe entenderse como sinónimo de tratamiento de las aguas residuales, pues en primer lugar el estado social y de bienestar alcanzado por la sociedad no da posibilidad a que el suministro de agua no sea potable, y en segundo lugar porque la LRBRL así lo señala expresamente cuando entre los servicios mínimos obligatorios de los municipios se refiere al “abastecimiento domiciliario de agua potable”, *vid.* BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua*. Tirant Monografías. Valencia. 2005. Pág. 164; GARCÍA DE COCA, J.A. “El servicio público local de abastecimiento de agua potable, saneamiento y depuración. Nuevas tendencias, en especial su gestión indirecta” en *El Derecho Administrativo en el umbral del S.XXI...* Tomo I. Op.cit. Págs. 629 y ss; y SETUÁIN MENDÍA, B., en *El saneamiento...* Op.cit. Págs. 355 y ss.

I.2. Porqué nos remitimos al derecho ambiental especial como impulsor de la renovación del derecho administrativo general: El Derecho ambiental, ámbito de referencia.

Prosiguiendo con las premisas necesarias que enmarcan el objeto de este trabajo la calificación del saneamiento de las aguas como servicio de carácter ambiental es la que da paso a la presente reflexión. La estrecha conexión del saneamiento de las aguas residuales y del medio ambiente –en tanto el saneamiento de las aguas es un servicio público¹⁸ cuya prestación contribuye a la defensa y restauración del medio ambiente- es indudable desde el momento en que un saneamiento deficiente, defectuoso, y, de manera grave, la no realización de esta tarea tiene repercusiones obvias sobre el medio ambiente en general, que es un valor especialmente protegido en nuestra Constitución en el artículo 45. De ahí el obligado tratamiento del medio ambiente como marco de este servicio público local¹⁹. Pues, además, esta rama del Derecho, que sirve como categoría en la que se engloban cada uno de los recursos naturales, parece haber despertado un interés creciente en todos los ámbitos de la vida, jurídico, económico, social...²⁰; prueba de ello ha sido que la protección del medio ambiente es una de las políticas que mayor desarrollo ha experimentado en el seno de la Unión Europea a pesar de la ausencia en sus orígenes de una competencia expresa en este ámbito²¹

¹⁸ Vid. Las conclusiones a las que en este sentido llega SETUÁIN en *El saneamiento...* Op. cit. Págs. 372 a 391.

¹⁹ F.J. GARCÍA GIL advierte como en la actualidad el tratamiento normativo de las cuestiones relativas al saneamiento de las aguas residuales está íntimamente ligado a la protección del medio ambiente, vid. *Prontuario de protección municipal del medio ambiente urbano*. DAPP. Pamplona. 2004. Pág. 501.

²⁰ Así lo corroboran las numerosas obras y estudios que tienen por objeto analizar el medio ambiente en relación con los más diversos campos de aplicación: *Ecología y derecho*. SERRANO MORENO, J.L., Comares. Granada. 1992; *Turismo y Medio Ambiente*, BUENDÍA AZORÍN, J.D/ COLINO SUEIRAS, J. Cámara de Murcia. 2001; *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanísticos*. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. Aranzadi. 2001; *Bioética y Derecho*. MARTÍN MATEO, R. Ariel. Barcelona, 1987; *Geografía y Medio ambiente*. VALENZUELA. MOPU. Madrid.1984; *Los empleadores y el reto del medio ambiente*. OIT. Madrid. 1989; *Tratado de agricultura ecológica*. Almería. 1993; *Historia y Medio Ambiente*. GONZÁLEZ DE MOLINA NAVARRO, M. EUDEMA. Madrid.1993.

²¹ En todo caso, las primeras normas que muestran una cierta sensibilidad por el medio ambiente presentan un ámbito más ambicioso y amplio, como lo es el contexto internacional de finales de los años sesenta. Sin embargo el carácter contractual, basado en la voluntariedad de los Estados, que caracteriza las normas internacionales no consiguió de manera totalmente satisfactoria los objetivos de protección ambientales deseables. Hoy podemos decir que el uso de instrumentos específicos - Convenciones, Tratados, Cartas- ha conseguido fortalecer la obligatoriedad de sus postulados. El catálogo jurídico se vio inaugurado, en temas de aguas, con la Carta del Agua de 1968, a la que le siguió la celebración, en 1977, de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua de Mar de Plata. Anteriormente, en 1972, y de forma

más general, tuvo lugar la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano, fruto de la cual comenzó a considerarse el “medio ambiente” como una cuestión clave que afectaba a los ámbitos más diversos de la vida humana. Con similar valor, se celebró la III Conferencia mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, y llamada “Cumbre de la Tierra”. De cualquier modo el desarrollo del Derecho Internacional Ambiental ha experimentado un notable desarrollo debido al carácter supranacional de los problemas ambientales, cada vez más presente en los procesos de globalización, y que afectan sobre todo, a las cuestiones de contaminación transfronteriza. En cuanto a la identidad y/o existencia de un *Derecho Ambiental internacional*, varias son las posiciones doctrinales. Por una parte GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ no habla de normas internacionales, sino del Derecho Internacional del Agua, destacando este autor la importancia de la *Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación*, y de los más de doscientos Convenios sobre esta materia, aunque referidos estos textos convencionales, en su gran mayoría, a uno o varios ríos comunes a dos Estados, o incluso, referidos a un uso o varios usos concretos, *vid.* “Los retos del Derecho del Agua” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...* Tomo III. Op.cit. Págs. 3821 y ss; Por otra parte, A. PIGRAU SOLÉ defiende la existencia únicamente de dos convenios de carácter general: La Convención citada y el Estatuto de Barcelona de 1921, a escala internacional, y la Convención de Ginebra de 1923, en el plano regional, ya que éste último regula el aprovechamiento de fuerzas hidráulicas que aprovechen a varios Estados, *vid.* *Generalidad y particularismo en el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales*. Bosch. Barcelona. 1994. Pág. 29. Desde la doctrina francesa PRIEUR reconoce también en el nivel internacional ese primer interés por la protección del medio ambiente en numerosos textos del S.XIX y principios del S.XX con una clara preocupación por los aspectos higiénicos y de promoción de la agricultura y de la industria, *vid.* PRIEUR, M., *Droit de l' environnement*. Paris.2001. Págs.12 y ss.

No obstante a principios de los años setenta ya se inició a nivel europeo una cierta actividad de carácter ambiental con la aprobación del primero de los Programas de Acción en Materia Ambiental (en adelante PACMAS. Éstos son programas específicos, sin fuerza normativa y con una duración determinada, redactados por la Comunidad en colaboración con los Estados miembros y que recogen el marco general en el que se desarrollarán acciones futuras para la protección del medio ambiente comunitario. La importancia de estos programas en la interpretación de las normas comunitarias ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *vid.* AENOR *Manual de Normativa Ambiental para Empresas*. Aranzadi. Elcano. 2000. Págs. 48 y ss) y comienzan, asimismo, a aprobarse diversas normas sectoriales sobre aspectos ambientales, como la Directiva 67/548/CEE, la Directiva 70/157/CEE o la Directiva 70/220. Aun así, no fue sino a partir de 1987, con el Acta Única Europea, cuando, de manera clara, se convierte la protección ambiental en una competencia de la Comunidad (arts. 130 R, 130 S y 130 T, TCE), y ya posteriormente en 1993, tras la entrada en vigor del Tratado de Maastrich (1992), en “objetivo comunitario” (art.B TUE) de la Unión y en “uno de los fines de la integración europea” (art.2 TCE), configurándose a partir de entonces la existencia de una “política comunitaria de protección ambiental”. El Tratado de Ámsterdam (1997), en vigor desde de 1999, incluyó entre las misiones de la Comunidad “el logro de un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente” y redactó nuevamente el art.95.4 y ss TCE integrando el concepto de “desarrollo sostenible” en la llamada cláusula transversal y ancló dicha cláusula en la Primera parte del Tratado donde se contiene los “principios” de la Unión (art.6). El Tratado de Niza (2001), vigente desde 2003, modificó el art.175.2 TCE e introdujo una importante Declaración acerca del carácter impulsor en materia de medio ambiente por parte de la UE en el ámbito internacional e insiste en desarrollar herramientas ambientales que acerquen este ámbito al mercado y al ciudadano.

La bibliografía al respecto es amplia, por ello aludimos únicamente a las obras más recientes que hacen referencia a esta evolución por integrar asimismo las últimas modificaciones sobre la política comunitaria de protección del medio ambiente. *Vid.*, entre otros, LOZANO CUTANDA, B. *Derecho Ambiental Administrativo*. Dykinson. Madrid. 2005. Págs. 144 y ss; EPINEY, A. *Umweltrecht in der Europäischen Union*. Carl Heymanns. Köln. 2005. Págs.11 y ss. De manera particular sobre el impacto del Acta Única Europea, *vid.* FUENTES BODELÓN, F. “La protección del medio ambiente en la CEE: incidencia en la legislación española” en *Noticias CEE*. 1986. Núm. 14.Págs. 25 a 33. Sobre la reforma del Tratado de Maastricht, *vid.* MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol.I.Trivium. Madrid. 1991. Págs. 450 y 451. Las modificaciones del Tratado de Ámsterdam son analizadas por CASTILLO DAUDÍ, M y JUSTE RUIZ, J., en “La actualización de las políticas de medio ambiente por el Tratado de Ámsterdam” en *Noticias de la Unión Europea*. Núm.186. 2000. Págs. 141 a 154. El Tratado de Niza desde su incidencia en la política ambiental ha sido tratado por JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P en “La Constitución Ecológica Europea: la “constitucionalización” del medio ambiente y de la Política

A la par, el Derecho ambiental como derecho administrativo especial es uno de los sectores de referencia que toma la doctrina alemana –en la línea que propone SCHMIDT-ASSMANN²²- para exponer y solventar la reforma del Derecho Administrativo²³. Incluso BAUER, en la línea descrita, considera el sector de las aguas residuales (*Abwassersektor*) como un ámbito de referencia sobre el que se plantean las más actuales cuestiones del Derecho Administrativo²⁴. Entre estas cuestiones algunas voces señalan que se ha superado la clásica discusión sobre la liberalización en el sector del agua –sobre ello no estamos tan seguros, ante las continuas tensiones y posturas contrapuestas que surgen en el seno de la Unión-, para debatirse sobre aspectos como el establecimiento de un impuesto homogéneo y reducido para las empresas públicas y privadas, el establecimiento de un sistema de *Benchmark*²⁵, así como la obligación de establecer concursos públicos, en los casos en que tareas públicas tanto de suministro de aguas, como de eliminación de aguas residuales deban ser traspasadas al sector privado²⁶. Adelantamos, en efecto, con ello la nueva consideración del Derecho

ambiental en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” en *Instituciones de Derecho Ambiental*. Betancor Rodríguez, A (dir). La Ley. 2001. Págs. 341 a 367 y NUFFEL, P, VAN “Le traité de Nice: un commenaire” en *Revue du Droit de l’Union Européene*. Núm.2.2001. Págs. 329 a 387

²² Vid. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. Springer Verlag. Berlin-Heidelberg. 2004. Págs. 8 y ss; SCHMIDT-ASSMANN señala, no obstante, que en la determinación de qué ámbitos son válidos como referencia ha de tenerse presente que éstos aseguren la garantía de intereses representativos, por ello es una tarea tan importante el realizar una elección correcta de las áreas del Derecho especial, vid. “Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht” en *Die Verwaltung*. Beiheft 2. Berlín. 1999. Pág. 182.

²³ Estas ideas se introdujeron entre nosotros, ya en 1993, gracias a las aportaciones de HOFFMANN-RIEM que sugirió como paradigma de las nuevas necesidades del Derecho Administrativo general al Derecho Ambiental, vid. “La reforma del derecho administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho Ambiental” en *DA*. Núm.234. 1993. Págs.19 y ss.

²⁴ Vid. “Privatisierungsimpulse und Privatisierungspraxis in der Abwasserentsorgung” en *Verwaltungsarchiv*. Núm.90.1999.Pág. 561.

En este sentido R.WALZ señala que uno de los principales aspectos del debate sobre las privatizaciones, en general, es el de sus efectos en el medio ambiente. En especial en el sector del agua debe prestarse especial atención a como se garantiza y se protege efectivamente dicho ámbito ante un eventual proceso de privatización o liberalización, en definitiva ante las nuevas tendencias de gestión en el sector, vid. “Umweltauswirkungen einer Privatisierung der Wasserver- und Abwasserentsorgung in Deutschland”, pág.27 y también N.GEILER “Umweltauswirkungen der *Wasserprivatisierung*”, págs. 69 y ss, ambos autores en *Umweltaspekte einer Privatisierung der Wasserwirtschaft in Deutschland*. Holzwarth/Krämer (Hrsg). Ecologic. 2001. Berlín. Por otra parte SCHOCH califica también de privatización la circunstancia de que las tareas ambientales sean aseguradas y garantizadas en el Derecho ambiental mediante la aplicación de normas jurídicas privadas, vid. “Privatisierung von Verwaltungsaufgaben” en *DVBl*. 1994. Pág. 975.

²⁵ El *Benchmark* es una técnica utilizada para medir el rendimiento de un sistema o parte de un sistema frecuentemente en comparación con algún parámetro de referencia. Definición tomada de <http://es.wikipedia.org>.

²⁶Vid. FISCHER, M/ZWETKOW, K. “Privatisierungsoptionen für den deutschen Wasserversorgungsmarkt im internationalen Vergleich” en *ZfW*. Núm. 3. 2003. Pág. 129.

Administrativo, y también del Derecho ambiental, que en el actual entorno de globalización²⁷, presidido por los principios de competencia y cooperación²⁸, rompen con concepciones clásicas y que coinciden, en parte, con las conclusiones extraídas por HERNÁNDEZ CASTILLA y LÓPEZ DE CASTRO²⁹ quienes afirman: “en el fondo, liberalización y privatización, al devolver el protagonismo al mercado, obedecen a una *transformación profunda* de las relaciones entre el Estado y Sociedad, que deben encontrar un *nuevo marco institucional*, de forma que las fuerzas liberadas de la iniciativa privada, con los controles públicos y privados y los correctivos sociales que resulten imprescindibles se traduzcan, de forma sostenida, en un mayor bienestar social”. Así pues de esta consideración y de las propuestas alemanas podemos intuir otro de los campos de referencia que se refleja en esta tesis, el Derecho administrativo económico y la introducción de nuevas técnicas privatizadoras, reguladoras y liberalizadoras así como la implantación de una “responsabilidad compartida” en nuevos ámbitos y en el caso de la Administración prestacional³⁰.

Precisamente esa transformación³¹ a la que se alude permite abordar desde aquí el porqué, el cómo y la significación de esa nueva óptica del Derecho administrativo³² y

²⁷ Al respecto R. KOCH y P. CONRAD, entre la doctrina alemana, señalan como la globalización es el fenómeno que ha motivado la reforma tanto en el ámbito de “el gobernar” como en el “del administrar”. Vid. “Einleitung-oder: Auf dem Weg einem New Public Service?” en *New Public Service. Öffentlicher Dienst als Motor der Staats- und Verwaltungsmodernisierung*. Koch, R/Conrad, P (Hrsg.). Gabler. Wiesbaden. 2003. Pág.1. También con pensamientos similares C. GRAMM, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*. Duncker&Humblot. Berlin. 2001. Pág.13. Entre nosotros es referencia obligada la obra de O. MIR PUIGPELAT *Globalización, Estado y Derecho...* Op. cit. *in totum*; Para A. MUSIL los procesos de reforma de la Administración están demostrando que no se limitan únicamente a un país o a unos pocos países, sino que se presentan como un fenómeno global, vid. *Wettbewerb in der staatliche Verwaltung*. Mohr Siebeck. Jus Publicum 134. Tübingen. 2005. Pág.27.

²⁸ Vid. OPPEN, M/SACK, D. “Wettbewerb und Kooperation-Zur Einführung” en *Abschied von der Binnenmodernisierung?* Oppen, Sack, Wegener (Hrsg). Sigma. Berlin. 2005. Pág.13. Por su parte HEY/VOLKERY/ZERLEY caracterizan la política ambiental europea como un cambio estructural en el seno del cual se observan modelos de carácter regulador y cooperativo, vid. “Neue umweltpolitische Steuungskonzepte in der Europäischen Union” en *ZfU*. Núm.1.2005. Págs. 1 a 38.

²⁹ Vid. Por todos, *Privatizaciones, liberalización y Bienestar. Cuadernos de Regulación y Políticas Públicas*. Núm.1. Comares. Granada. 2000. Pág. 175.

³⁰ Como señala SCHMIDT-ASSMANN el concepto de responsabilidad de la Administración (*Verwaltungsverantwortung*) se refiere a distintas modalidades de realización (*Leistungsmodalitäten*) de las tareas administrativas, y en concreto con la idea de gradación de la responsabilidad que sirve para analizar el reparto de papeles entre los poderes públicos y la sociedad. Esta doctrina de los “Verantwortungsstufungen” conlleva a plantearse acerca del rol del Derecho en el nuevo “kooperativen Staat”, Pág.164. También, SCHMIDT-ASSMANN en “Einige Überlegungen zum Thema...” cit. Pág. 183.

³¹ Vid. *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OCDE*. Traducción de Rodríguez Álvarez, J.M. MAP. Madrid.1997. De esta obra se concluye la presión actual de los gobiernos por el control de gastos y el aumento de sus fuentes de financiación, así como del aumento de la eficacia, cambios todos ellos enmarcados en la mundialización vigente. Se constata un cambio en el “arte de gobernar” que exige buscar nuevos métodos y resolver nuevos problemas, bajo las premisas de la

del Derecho Ambiental enmarcados ambos, como apuntábamos, en las premisas de libre competencia y de mercado que exige la Unión Europea, pero también en el espectro de las posibles excepciones que la propia Unión reconoce en su Tratado, y que nos lleva a reflexionar sobre la evolución de servicios públicos como el del saneamiento de las aguas residuales.

Es así que el diagnóstico de crisis y renovación que afecta al Derecho Administrativo³³ como categoría general se extiende también, de esta forma, al Derecho Ambiental en su condición de Derecho Administrativo especial³⁴, circunstancia que no es óbice, ni impide, el reconocimiento de su autonomía³⁵. En esta línea, y registrado el carácter público de esta rama jurídica especial, se constata, consecuencia de la complejidad de las cuestiones medioambientales, la necesidad de buscar las técnicas e instrumentos que permitan conseguir los fines deseados, esto es, como dice el artículo 45 de la Constitución española *velar por la utilización racional de todos los recursos*

competitividad, de los resultados, pero también de aseguramiento de las necesidades ciudadanas que pasan por el papel estatal de encargado de supervisar las actividades de los demás prestadores, y cada vez menos de distribuir los servicios que él mismo produce. Págs.53 y ss, y 190.

³² Vid. El interesante análisis en la línea de transformación de la Administración y reducción de la presencia pública de S. MARTÍN-RETORTILLO en “De la simplificación...” cit. Págs.9 y ss.

³³ La crisis que vivió el Derecho Administrativo a comienzos del S.XX, debido al cambio de circunstancias económicas, políticas y sociales derivadas de la I Guerra Mundial, fue determinante en la aparición de nuevos actores y en el cambio de articulación entre el Estado y la Sociedad. Crisis que, si bien no es exclusiva del Derecho Administrativo, le ha afectado quizás con mayor rigor que a otras ramas jurídicas por su mayor sensibilidad y por constituir el obligado instrumento para el desempeño de los nuevos cometidos estatales, como señala R. MARTÍN MATEO, *vid.* "La Sustantividad del Derecho Administrativo" en *RAP*. Núm.53. 1967. Págs. 35 y 36. Es por ello que desde principios del siglo anterior, el término “crisis” es utilizado con relativa frecuencia en la bibliografía de Derecho Administrativo y sobre todo con relación a los servicios públicos, *vid.* COUZNIET M.P, en el prólogo de *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*. DE CORAIL, J.L. Libraire General de Droit et de Jurisprudence. Paris.1954. También S. DEL SAZ CORDERO “Desarrollo y crisis del Derecho del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*. Chinchilla, C., Lozano, B. y Del Saz, S., Civitas. Madrid. 1992 y en “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas” en *RAP*.Núm.133. 1994. Págs. 84 y 87; DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo...* Op.cit.; L. PAREJO ALFONSO/JIMÉNEZ-BLANCO, A./ORTEGA ÁLVAREZ, L en *Manual de Derecho Admnsitrativo*. Vol.I. Ariel.Barcelona. 1998. Pág.17; PAREJO ALFONSO,L. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires-Madrid. 2003; F. SOSA WAGNER en *La gestión de los servicios públicos locales*. Civitas Monografías. Madrid. 2004. Pág. 63

³⁴ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, E., *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Marcial Pons. Madrid. 2003. Pág. 132.

³⁵ Vid. ANDRADE SÁNCHEZ, E. “Derecho ecológico” en *Umweltrecht in Deutschland und México/ Derecho ecológico en México y Alemania*. Prokisch R. (Hrsg). *Schriften der Deutsch-Mexikanischen Juristenvereinigung*. Heft 1. Low&Vorderwülbecke Verlag. Baden-Baden.1994. Pág.2. También aborda las diferentes posiciones que sobre la sustantividad del Derecho Ambiental en relación con el Derecho Administrativo se mantienen entre nosotros LÓPEZ RAMÓN en su artículo “El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales” en *La protección jurídica del Medio Ambiente*. Valle Muñoz (coord.). Aranzadi. Pamplona. 1997. Págs.117 a 121.

naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente. Entre estos instrumentos KLÖPFER cita junto con la planificación ambiental, el examen de la tolerancia ambiental, la utilización de instrumentos directos e indirectos de control o sanciones y la utilización de instrumentos de derecho privado³⁶. O como señala el HOFFMANN-RIEM “en la era del progreso científico -natural y técnico- y de su utilización al servicio de la economía, la protección del medio ambiente en cuanto protección de las condiciones de vida actuales y futuras no se plantea por sí misma, sino que está abocada a un comportamiento de los actores privados, semiestatales y estatales comprometidos con ese objetivo³⁷”.

Además, es reseñable la especial relación existente entre el Derecho Administrativo parte especial y el Derecho Administrativo general que SCHMIDT-ASSMANN define como de “recíproca interacción e interrelación” y que permite abordar

³⁶ KLOEPFER, M., “Die deutsche Umweltgesetzgebung im Allgemeinen” en *Umweltrecht in Deutschland und México...* Op.cit. Pág.21.

³⁷ Vid. “La reforma...” cit. Págs. 21 y 22.

Podemos decir, en afirmación de las reflexiones anteriores, que las primeras experiencias de autocontrol y de iniciativa privada surgen en el sector ambiental a principios de los noventa con la implantación de las ecoauditorias en el marco de Sistema Comunitario de Gestión Medioambiental (EMAS) regulado en el Reglamento 1836/1993, de 29 de junio de 1993, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoria medioambientales, (DOCE L, núm. 168, de 10 de julio de 1993. Págs. 0001-0018). Este sistema implica una mayor cooperación entre la Administración y los empresarios quienes se someten voluntariamente a estos procesos en los que se fomenta un mejor comportamiento ambiental del sector industrial. A partir de la reforma de 2001 (Reglamento 761/2001, de 19 de marzo. DO L, núm.114, de 24 de abril de 2001. Págs. 0001-0029) se amplía la cobertura del anterior Reglamento para lograr así una mayor adhesión empresarial, de forma que ya no se refiere a “empresas del sector industrial” sino a “organizaciones”. Se ofrece, así, mayores garantías en cuanto al cumplimiento del fin último de la ecoauditoria: la protección del medio ambiente. Pues se asegura especialmente la veracidad de la información así como la accesibilidad pública con el objetivo de mantener de este modo la transparencia necesaria. El EMAS obliga con ello a los empresarios-particulares a realizar auditorias ambientales. Según esto, un privado, a partir de su propia cualificación (profesional) o bajo determinadas medidas preventivas, puede aportar justificación del cumplimiento de los estándares ecológicos establecidos desde los poderes públicos, haciendo innecesarios los controles adicionales realizados, tradicionalmente, por la Administración, y alcanzándose de este modo la pretensión de que la evaluación del comportamiento de las empresas, del sistema de gestión y de los procedimientos destinados a proteger el medio ambiente sea sistemática, documentada, periódica y objetiva y con una notable aplicación de los interesados en pro a la descarga de los poderes públicos, cuya actuación es en estos casos incompleta y difícil de articular ante la falta de medios. A nivel internacional se han aprobado, como certificadoras de los sistemas de gestión medioambiental, la norma ISO 14001 y la norma ISO 9000. A nivel estatal la normativa se conoce como UNE. También las Comunidades Autónomas han dictado normativa propia, así la Comunidad Valenciana cuenta con el Decreto 28/1998, de 10 de marzo, Cataluña con el Decreto 115/1996, de 2 de abril, y el País Vasco con la Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente. Más ampliamente DARNACULLETA I GARDELLA, M.M. “Autorregulación regulada y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoria ambiental “ en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*. J. Esteve Pardo (coord.). Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona. 2006. Págs. 325 y ss; LASAGABASTER HERRARTE, I, GARCÍA URETA, A, LAZCANO BROTONS, I. *Derecho Ambiental*. Parte General. IVAP. Oñati. 2004. Págs. 241 y ss. LOZANO CUTANDA, B. *Derecho Ambiental...* Op.cit. Págs.468 y ss; MARTÍN MATEO, R. *Manual de Derecho Ambiental*. Trivium. Madrid. 1995. Págs.155 y ss.

el tema de la modernización y evolución de la Administración, y sobre todo desde y en el Derecho Ambiental, en dos aspectos. Primero porque, obviamente, la modernización de la Administración en general afecta con mayor o menor repercusión a todo el Derecho Administrativo y, segundo, porque es precisamente desde el Derecho especial, dotado de un mayor casuismo y flexibilidad, desde donde se plantean soluciones concretas, particulares, que posteriormente pueden trasladarse a la Parte General, produciéndose la comentada adaptación y actualización de la Ciencia Administrativa. Así entendido, el Derecho Ambiental y el resto de sectores especiales actúan como un “espejo” que refleja las necesidades del ordenamiento en cada momento histórico, haciendo uso, así, de un doble proceso de construcción deductivo e inductivo³⁸.

En este último sentido destaca la necesidad en el seno del ordenamiento jurídico de nuevas estructuras más amplias y modulables que las existentes hasta ahora y que son expresión del fenómeno de integración supranacional que más cercanamente supone el desarrollo de las Comunidades Europeas y que evocan la propuesta de entendimiento del Derecho Administrativo, en su parte general, como una idea ordenadora (*Ordnungsidee*)³⁹. Esta fórmula, basada en una mayor libertad y flexibilidad, redundaría en la idea de participación y cooperación aludida; porque con una relación más directa, más fluida, más próxima, es más fácil atender a las necesidades, sobre todo básicas, de quienes las reclaman. Se defiende, en consecuencia, el entendimiento del Derecho Administrativo, desde una metodología sistemática, como una *ciencia de dirección*, que debe, por ello, preocuparse por encontrar las condiciones y los presupuestos que hagan posible que el Derecho sea eficaz y eficiente, siempre bajo las coordenadas que trazan la Constitución y el Derecho internacional y europeo que inducen a la utilización no sólo de las formas jurídicas de actuación y de los parámetros clásicos típicos de la Administración, sino que deben integrarse, además, nuevas formas de acción administrativa con aplicación tanto de las nuevas tecnologías como de reglas inspiradas en criterios económicos basándose, fundamentalmente, no en un poder unidireccional como hasta ahora, sino con un carácter colaborador, incentivando la autorregulación y la responsabilidad propia de cada agente, ya que como señala MARTÍN MATEO “el valor

³⁸ La identificación de la parte especial como “espejo” ha sido tomada de las formulaciones de SCHMIDT-ASSMANN, quien además habla de una función de memoria, o almacén que el Derecho Administrativo especial aporta a la Parte General. *Vid. La Teoría...* Op. cit. Págs. 11 y 12.

³⁹ Término que acuña SCHMIDT-ASSMANN en su intento de garantizar la evolución dogmática y la capacidad de adaptación de las categorías jurídicas, formas, organización, responsabilidad administrativa y procedimientos administrativos con el resto del sistema.

creciente del medio ambiente y la conciencia cada vez más extendida de lo ambiental hace que éste sea un ámbito de lo más apropiado para plantear estas prácticas, que pasan por motivar a los consumidores hacia actitudes más respetuosas con el modelo ambiente, así como a los empresarios, y a la realización de mayores controles, como las eco-auditorias...⁴⁰”.

Esta sistematización del Derecho Administrativo, que tradicionalmente diferencia y separa la parte general y la parte especial del Derecho, adquiere nuevos matices bajo la consideración de la doctrina alemana que no comparte que realmente puede realizarse un estudio sistemático de forma independiente, bajo esta separación de disciplinas, sino que defienden la íntima conexión de los sectores especiales, el medio ambiente entre ellos, con la parte general (*Wechselbeziehung*⁴¹) y, además, de tal forma que la renovación se produce generalmente en el seno de estos ámbitos más específicos siendo luego trasladados y probados en el ámbito general e impulsando de este modo su actualización, como hemos anunciado con anterioridad. De ahí el especial interés de aquellos sectores donde, de forma más temprana, se han experimentado transformaciones como las aquí tratadas, que no son otras que la intervención creciente

⁴⁰ Son muy interesantes las reflexiones que sobre la “autorregulación” y de cómo ésta debe extenderse en el Derecho ambiental se realizan en el clásico *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I. Op.cit. Págs. 397 a 414. También de manera extensa trata las fórmulas de autorregulación en el Derecho ambiental J.ESTEVE PARDO quien enumera hasta tres causas que explican su desarrollo: las exigencias del mercado, donde se percibe una nueva sensibilidad social por parte de los consumidores a favor de respeto a la naturaleza, la otra causa es el endurecimiento de la legislación ambiental, así en relación con el saneamiento un ejemplo claro es la Directiva 91/271/CEE y las importantes exigencias que comportan para los municipios y las Comunidades Autónomas, y finalmente se cita el reconocimiento público de estas fórmulas en el sentido que pueden ser apreciadas por los Tribunales para considerar el grado de diligencia en la responsabilidad de una industria, puede sustituir determinados trámites públicos..., *vid. Derecho al medio ambiente*. Marcial Pons. Barcelona. 2005. Págs.135 y ss.

Sobre esta figura *vid.* el número monográfico de la revista *die Verwaltung* “Regulierte Selbstregulation als Steuerungskonzept des Gewährleistungstaates”. AA.VV. Núm.4 del año 2001, titulado El profesor W.HOFFMAN-RIEM se refiere también a la *Selbstregulation* como una forma de modernización, de la Administración vinculada a la idea de descentralización, pero en todo caso acota esta posibilidad que da mayor participación a la autonomía privada, pues destaca la necesidad de que se trate de una “regulierte Selbstregulierung”, esto es que se fije un marco institucional dentro del cual pueda aplicarse esta nueva forma de ejecución de tareas y servicios públicos, *vid.* “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff ...” en *Staaten und Steuern...* Op. cit. Págs.56 y 57. En España este tema ha sido desarrollado por M. DARNACULLETA I GARDELLA, *vid. Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Marcial Pons. 2005.

⁴¹ Como destaca MAURER “das allgemeine Verwaltungsrecht gewinnt aus dem besonderen Verwaltungsrecht das Material und die Fallbeispiele, aus denen sich nach Abstreifung des Besonderen das Allgemeine herausschält” en *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Beck. München. 2004. Pág.38. Por su parte WOLF/BACHOF/STOBER en relación con el Derecho Administrativo especial, dicen: “Sie ergänzen und modifiziert das Allgemeine Verwaltungsrecht”, *vid. Verwaltungsrecht*. Band 1. Beck. München. 1999. Págs. 247 y 248. También sobre este tema T.GROSS “Die Beziehung zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht” en *Die Verwaltung*. Beiheft 2. Berlin. 1999. Págs. 57 a 83.

de personas privadas en el sector público, los nuevos contornos de los servicios públicos, reflejados y analizados en nuestro caso en el ámbito del medio ambiente, y en la tarea de saneamiento de aguas residuales.

Hablar de medio ambiente sería sin embargo algo tan amplio que no nos llevaría a ninguna conclusión certera y estricta⁴², por eso éste es el marco de observación en el que nos vamos a mover y que queremos presentar para analizar, posteriormente, el concreto sector que desarrollaremos. En esta ocasión es la tarea del saneamiento de las aguas que han sido contaminadas por el transcurrir del día a día el punto exacto de consideración dentro de este amplio universo con el que se identifica al medio ambiente.

Precisamente ejemplos varios, reforzando la importancia de los casos particulares en la renovación de la parte general del Derecho Administrativo, se siguen en el “nuevo Derecho de aguas”⁴³ español que, en su trasposición de las políticas

⁴² En relación con el medio ambiente y la mayor o menor amplitud que se dé al contenido de este concepto las aportaciones de la doctrina y sobre todo de la jurisprudencia constitucional se revelan como determinantes para ensalzar la trascendencia que actualmente tienen los recursos naturales y su protección. El concepto de medio ambiente regulado en nuestra Constitución toma como ejes fundamentales cuatro elementos: el desarrollo de la persona, los recursos naturales, la calidad de vida, y el medio ambiente propiamente dicho. La Jurisprudencia constitucional entiende este concepto, según la Sentencia 102/1995, como “el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades de vida”, definición que por su vaguedad y amplitud no es la más adecuada desde un punto de vista jurídico, pero sí es interesante en tanto nos alerta sobre dos datos a tener en cuenta, la historicidad de la noción de medio ambiente, esto significa que el medio ambiente goza de un carácter temporal ligado al cambio de las circunstancias que afectan al ciclo de vida y el de su transversalidad, ya que éste es un valor a proteger en cualquier actividad que desarrolle el ser humano. Junto a las dificultades con las que nos topamos en el intento de definir “medio ambiente” se une, obviamente, la de establecer la amplitud del Derecho ambiental, debido a que, aparte de las diferentes terminologías con las que se nombra en cada país, las diferencias conceptuales, que las hay, son todavía más trascendentales. *Vid. RUIZ VIEYTEZ, E.J. El derecho al ambiente como derecho de participación. Ararteko. Guipúzcoa. 1990. Pág.31.*

Tampoco el Derecho comunitario ofrece una definición más aclaradora. Así, A. EPINEY señala como del Derecho comunitario primario no puede extraerse nada en concreto sobre el concepto de “Medio ambiente”, calificando la fórmula del art.174 TCE como una fórmula abierta y relativa, que permite hablar más bien de una noción amplia de medio ambiente. Se remite por ello al Derecho secundario y a los ya mencionados Programas de Acción medioambientales. En concreto se refiere al III PACMA en el que junto con el medio ambiente natural, se incluye en el concepto general de medio ambiente, el patrimonio arquitectónico y cultural y afirma que las políticas ambientales deben cuidar que el desarrollo económico no perjudiquen el medio natural. Tras estas consideraciones entiende EPINEY que lo más adecuado es tratar con un concepto amplio de medio ambiente en el que se incluya tanto su faceta natural, como las condiciones “artificiales” de vida de los hombres, pues sólo de este modo, sigue la autora, pueden realmente ser tratados las amenazas potenciales del medio ambiente, de la salud y del bienestar de la Humanidad; además completa su entendimiento con la introducción del elemento de la sostenibilidad, de manera que el concepto de “Medio ambiente” comprende no sólo la situación actual, sino algo más, también debe proteger el desarrollo futuro, *vid. Umweltrecht in der... Op.cit. Págs. 3 y ss.*

⁴³ Así lo caracteriza C.GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ en el capítulo “Los retos del Derecho de Agua” en la obra colectiva *El Derecho Administrativo en el umbral del S. XXI... Tomo III. Op.cit. Pág.3820.*

hídricas comunitarias, considera el agua como un concepto “multifuncional” marcado por políticas de objetivos claros, ambiciosos y compartidos por los ciudadanos, basadas en una amplia cooperación y, en consecuencia, en una responsabilidad compartida de todos los agentes, favoreciéndose una mayor implicación ambiental de todos los sectores que conforman la comunidad social. Es decir la gestión de los servicios, en este caso de los servicios que tienen por objeto el agua como el saneamiento, debe realizarse de forma integral; una política integral que debe afectar a todas las actuaciones públicas y privadas y que exige una coordinación de todas ellas.

Para seguir justificando nuestra elección por el sector ambiental hemos de reconocer actualmente prácticas que reflejan ese carácter experimental del mismo debido a sus especiales necesidades de evolución vertiginosa y de la trascendencia del objeto que tratan de regular y proteger. Cataluña ha sido la Comunidad pionera entre nosotros regulando, de manera flexible, que tareas de inspección y control medioambientales sean realizadas bien por empresas públicas bien por empresas privadas⁴⁴, tendencia que se vio potenciada tras la aprobación de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental (LIIAA)⁴⁵, que introdujo por primera vez en nuestro país un sistema de control integral ambiental, en el que destaca el importante papel que desempeñan las entidades colaboradoras en las

⁴⁴ Un ejemplo de ello es el Decreto 230/1993, de 13 de julio, sobre el ejercicio de funciones de inspección y control en el ámbito de la protección del medio ambiente (DOGC 08/10/93), en cuyo texto se declara que estas actividades corresponden al Departamento de Medio Ambiente, esto es a la Administración Pública, pero que las mismas pueden encomendarse o realizarse por empresas públicas o privadas, concesionarias de la Administración o por entidades colaboradoras debidamente homologadas. Es necesario precisar ante tal declaración que el citado Decreto (en la actualidad parcialmente derogado) diferencia y separa actividades de inspección y actividades de control. Las primeras, que suponen un ejercicio de autoridad, son realizadas por la Administración que es la competente para ello y que es quien otorga la autorización correspondiente, de forma que esta labor puede decirse que se superpone a la labor desempeñada por las Entidades colaboradoras ya que aquélla puede en cualquier momento inspeccionar la actividad en sí, mientras que en el resto de supuestos, básicamente tareas de control, es donde entran las llamadas empresas colaboradoras, privadas, que han sido reguladas de manera provisional por el Decreto 170/1999, de 29 de junio, que aprueba su Reglamento (DOGC 1/07/99, modificado por el Decreto 267/2003, de 21 de octubre). En esta línea el Decreto 130/2003, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios públicos de saneamiento (DOGC 29/05/03) regula, en su art.22 sobre la función inspectora, la figura de las entidades colaboradoras en la realización de análisis, tomas de muestras y en la colaboración material. Sobre la distinción entre funciones inspectoras y de control, *vid.* PADRÓS REIG, C., *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*. Tecnos. Madrid. 2001. Págs. 13 y ss.

⁴⁵ DOGC 18/03/1998. Esta Ley fue modificada por la Ley 1/1999, de 30 de marzo, por la Ley 13/2001, de 13 de julio y por la Ley 4/2004, de 1 de julio (el desarrollo de esta Ley se contienen en el Decreto 50/2005, de 29 de marzo). La LIIAA se desarrolla en el Decreto 136/1999, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley 3/1998 y se adaptan sus anexos (DOGC 21/05/99), modificado por el Decreto 143/2003, de 10 de junio. (DOGC 25/06/2003).

diferentes fases del control de las condiciones de seguridad y calidad ambientales⁴⁶, siempre, eso sí y apoyándose en el papel garante del Estado⁴⁷, con el mantenimiento de las garantías de los administrados. Así, la función de pilotaje por parte de la Administración catalana supone que, una vez determinado el interés público prevalente se establezcan, seguidamente, los mecanismos de garantía necesarios de los derechos de los ciudadanos, analizándose después qué instrumento, público o privado, permite alcanzar y desarrollar ese fin general de la mejor forma, manteniendo en todo caso su potestad última de inspección que supone, en consecuencia, un cierto grado de responsabilidad pública aunque subsidiaria a la vez que se potencia un sistema de control interno o de autorregulación que concierne desarrollar a las empresas colaboradoras.

Por otra parte la simplificación legal que supuso la aprobación de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación - impulsada por la Directiva 96/61, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación, a través del establecimiento y regulación de una autorización única integral que incluyera todas las exigencias medioambientales- se valora también como una forma de modernización de la Administración. Ampliando los ejemplos que sustentan estas reflexiones en Alemania además de trasponer la citada Directiva, y otras ambientales, se presentó en abril de 1999 un proyecto de *Umweltgesetzbuch* (UGB I) con el objeto de armonizar, acelerar y facilitar los procedimientos ambientales⁴⁸, en el marco de la política de "Schlanker Staat", y siguiendo en el entorno europeo fue ya aprobado en Francia, en 2000, el *Code de l'environnement*⁴⁹.

⁴⁶ Vid. CANALS I AMETLLER, M^a D. "Entidades colaboradoras de la Administración Pública en el ámbito de la protección del medio ambiente. Las entidades ambientales de control" en *Derecho del medio ambiente ...* Op.cit. 2006. Pág. 314.

⁴⁷ Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración pública en la Sociedad de la Información y del Conocimiento" en *RAnAP*. Núm.40. 2000. Págs. 35.

⁴⁸ Vid. *Perspektiven für ein Umweltgesetzbuch*. E. BOHNE (Hrsg). Duncker & Humblot. Berlin. 2002, *in totum*. En concreto sobre la concepción del *Umweltgesetzbuch* como una muestra de modernización del Derecho ambiental *vid.*, el capítulo introductorio de FELDMANN, pág.19. También en www.bmu.de/gesetze_verordnungen/umweltgesetzbuch/doc/3916.php.

⁴⁹ JO núm. 219, du 21 septembre 2000. En este código, que consta de dos partes, se recogen las disposiciones legislativas y reglamentarias en materia de medio ambiente en Francia. La decisión de elaborar este código de manera que quedara reunida toda la normativa sobre el medio ambiente data, sin embargo, de 1992.

I.3.La influencia europea: hacia la confluencia de ordenamientos

Finalmente, el último inciso a realizar se refiere, como no, al desarrollo del Derecho comunitario que ha significado un evidente elemento de renovación y transformación de los ordenamientos jurídicos nacionales⁵⁰.

Por lo que respecta al servicio de saneamiento esta afectación se ha producido desde dos perspectivas que se recogen en estas páginas. En efecto, por todos es conocida la reversión que las normas comunitarias han supuesto con relación a los servicios públicos⁵¹, donde se observa el paso de una Administración cuyo eje central era su carácter prestacional o de servicio a una Administración centrada en tareas de control y garantía tanto del respeto de la esencia de la idea de servicio público, sobre la que adelantamos no existe una definición unívoca –como señaló el Tribunal Supremo en el FJ 5º de la Sentencia de 11 de mayo de 2005 (Ar.2005/3253), quien además subraya la patente “erosión del tradicional concepto de servicio público... desde los inicios de la Comunidad Europea”⁵²- sino más bien diferentes interpretaciones de una

⁵⁰ Vid. BLANQUER, D. *La iniciativa privada...* Op. cit. Pág.462; PAREJO ALFONSO (coord.), JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual de Derecho Administrativo*. Vol.1. Ariel. Madrid. 1998. Pág. 17.Punto 6, y también en el manual que a título individual refunde el profesor L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*. Ariel. Barcelona. 2003. Pág. 3; SCHMIDT-ASSMANN “Kommunalrecht” en *Besonderes Verwaltungsrecht*. De Gruyter. Berlin. 2005. Pág.12; SCHOCH, F. “Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft” en *Die Verwaltung*. Beiheft 2. Berlin. 1999. Págs. 135 y ss; SOSA WAGNER, F. “Privatización de los servicios municipales” en *Problemas actuales de la Administración Local*. AA.VV. Colex. Madrid. 2002. Pág. 100 y en “Los servicios públicos en Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea (RDUE)*. Núm.6. 2004. Pág. 98; TORNOS I MAS, J. “Ordenació sectorial, autoritzacions reglamentades i servei públic en el Reglament d’obres, activitats i serveis” en *Dret Local*. Font i Llovet (coord.). Marcial Pons. 1997. Pág.414. Al respecto incide H.S.VON DIETER quien señala como el Derecho comunitario se sitúa en primera línea en la ejecución de Derecho administrativo, pues las autoridades y los tribunales nacionales están obligados a aplicar este Derecho, de acuerdo con el art.10 TCE, vid. “Europäisierung des Verwaltungsrechts” en *Die Verwaltung*. Núm. 40. 2001.Págs. 107 y ss.

⁵¹ Concepto que aparece el Derecho comunitario únicamente citado en el art.73 TCE relativo a la política común de transportes. Pues en el art.16 TCE se subraya el papel de los “servicios de interés económico general” en la promoción de la cohesión social y territorial de la Unión y en el art.86.2 del Tratado se utiliza, de la misma manera, la expresión de “servicios de interés económico general”, noción que puede considerarse como próxima a la de servicios públicos, con las dificultades que ello implicará respecto a países como el nuestro o como Francia con una amplia tradición de esta institución, pues los “servicios de interés económico” se someten al principio de concurrencia, salvo excepciones, como veremos más detalladamente en su momento. A ello ha de sumarse otra noción, la de “servicio universal” a caballo entre el “servicio público” francés y el “servicio de interés económico general” comunitario, que designa un servicio de base ofrecido a todos en el ámbito de la Comunidad, con condiciones accesibles y con un nivel de calidad razonable, vid. RIVERO,J/ WALINE, J. *Droit administratif*. Paris. 2004. Pág. 314.

⁵² Y también con anterioridad en el FJ 4º de la Sentencia de 22 de abril de 2005 (Ar. 2005/4716).

misma idea⁵³, como también de la libre concurrencia en el mercado y del respeto a los principios de la Unión⁵⁴. En esta línea el mantenimiento de los servicios públicos⁵⁵ y el quebrantamiento de las reglas del mercado se supeditan según las normas comunitarias a que dichos servicios sean actividades de interés general y que dicho interés únicamente pueda conseguirse al margen del mercado (art.86.2 TCE⁵⁶). De otro lado, el segundo aspecto que interesa es el notable desarrollo e impulso de la política ambiental europea, en especial sobre las aguas, que se ha concretado en numerosas Directivas y Reglamentos y en la formulación, a un nivel más general, de los diferentes Programas de Acción del Medio Ambiente, ya desde la década de los años setenta⁵⁷.

⁵³ Reproduciendo la cita de ARIÑO ORTIZ en “Responsabilidades del Estado en materia de servicios públicos” en *Revista Española del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras* (REDETI). Núm.23.2005. Pág.13, debemos traer a colación la precisión de DE LA CUÉTARA quien expresa que “el servicio público es como el tiempo o el aire; si no se nos pregunta sabemos perfectamente lo que son; pero si se nos exige una definición, somos incapaces de darla”. Por otra parte L.PAREJO ALFONSO destaca asimismo que la noción de servicio público es una “noción que dice todo y nada”, citando como ejemplo la propia posición que el Tribunal Supremo sostiene sobre el mismo en la Sentencia de 23 de mayo de 1997 que lo define como “un concepto polisémico, y en absoluto de categoría dogmática unívoca”, *vid.* “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros” en *RDUE*. Núm.7. 2004. Pág.52; De forma similar se pronuncia A. KONNINCKX FRASQUET “Artículo 85” en *Comentarios a la Ley Basica de Régimen Local*. M.J.Domingo Zaballos (coord). Civitas. 2005. Pág.1523.

⁵⁴ En este sentido, *vid.* SÁNCHEZ DÍAZ, J.L. “Los servicios locales...” cit. Pág. 1045.

⁵⁵ Que como señala D. BLANQUER pasan de una noción subjetiva a una noción objetiva donde se separa entre los reguladores públicos y los operadores privados del mismo. *Vid. La iniciativa...* Op. cit. Pág. 497.

⁵⁶ Realmente hasta tres reglas pueden extraerse, siguiendo a DEL GUAYO CASTIELLA, del art.86 TCE: “a).una norma general que somete a todas las empresas públicas y privadas en el ámbito de la Comunidad a las normas sobre competencia (art.86.1 TCE); b).una excepción a esa norma que afecta a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general “en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellos encomendadas (art.86.2, primer inciso TCE); c).un límite a la excepción, ya que no cabrá hacer uso de esa excepción si se afecta a los intercambios en forma contraria al interés de la Comunidad (art.86.2, segundo inciso TCE)”, *vid. El servicio público del gas: producción, transporte y suministro*. Marcial Pons. Madrid. 1992. Págs. 341.

⁵⁷ Con el *I Programa de Acción sobre el Ambiente* (1973-1976) se inicia la política comunitaria sobre la regulación de los residuos. A este primer instrumento le han seguido sucesivos Programas que han reiterado la protección de la calidad de las aguas como uno de sus objetivos primordiales. Estos Programas se han instrumentalizado a través de Directivas que, como sabemos, permiten un margen de decisión a las autoridades de los Estados Miembros para decidir los medios de aplicación de las mismas, estando sólo obligados por el resultado a obtener. En este campo, sin embargo, asistimos a una regulación cada día más minuciosa y concreta, circunstancia que está provocando una reducción de esta discrecionalidad en la decisión de los Estados Miembros, convirtiéndose las Directivas en normas de aplicación directa, y ello, en virtud de la Jurisprudencia sentada en la Comunidad que reconoce la eficacia directa de aquellas Directivas de armonización dirigidas a particulares. Este hecho, consecuentemente, ha elevado las exigencias vigentes hasta el momento para todos los Estados Miembros, y por supuesto también para España, lo que le ha valido a nuestro país condenas por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Los Programas de Acción han sido hasta la fecha seis. Actualmente, está vigente el *VI Programa* (2002-2012) aprobado por la Decisión 1600/2002/CE, de 22 de julio, de 2002. DOCE nº 212, de 10 de septiembre de 2002.

Por ello, a la complejidad del propio concepto de saneamiento, como hemos visto, se une la llamada integración europea y la necesaria convergencia de las políticas nacionales⁵⁸ a la que desde mediados de los años ochenta España, como Estado miembro de la Comunidad, está vinculada quedando condicionada la forma de actuar y de legislar de nuestro país que se ve, en consecuencia, obligado a tratar los temas ambientales y el saneamiento desde una perspectiva global y, por ende, a incluir nuevas líneas y elementos en sus normas con el fin de lograr una cierta homogeneidad entre los diferentes sistemas nacionales⁵⁹. Esta intromisión del Derecho de la Unión Europea afecta por ello también al ámbito municipal, en concreto, como apunta SCHMIDT-ASSMANN, a la adjudicación de contratos públicos, al cumplimiento de los requisitos económicos en la prestación de ayudas y subvenciones públicas, en el desarrollo de la actividad económica del municipio y a la política medioambiental⁶⁰.

De manera más concreta sobresalen por su trascendencia y el empuje que han experimentado en las décadas recientes en todos los ámbitos del Derecho los términos de libre competencia, eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, actividades que hasta hace no muchos años estaban sometidos al régimen de monopolio estatal. Es así que lo que se pretende analizar aquí, la convivencia de los agentes públicos y privados en el ámbito europeo y la necesidad de que en determinados ámbitos clásicamente dominados y regidos bajo la total disposición de los poderes públicos sea posible y obligada la introducción de competencia y de los postulados

⁵⁸ J.TORNOS aclara que en las relaciones entre los ordenamientos estatales y el comunitario no estamos ante dos realidades separadas que se comunican puntualmente, sino que el objetivo primordial y razón de ser de la estructura supranacional europea es la búsqueda de fórmulas de integración y armonización, *vid.* “Competencias de la Comunidad Europea y de las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente” en *La integración de España en las Comunidades Europeas y las competencias de las Comunidades Autónomas. Generalitat de Catalunya*. Barcelona. 1983. Pág. 276.

⁵⁹ *Vid.* El análisis que S.GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ dedica a la formación y a la problemática del denominado Derecho Administrativo europeo, en el que se abordan cuestiones fundamentales como la del “servicio público” y las posibles soluciones comunes, gracias a las extensas referencias de Derecho comparado que contiene la obra *El Derecho Administrativo...*, *Op.cit. in totum*. Por otra parte GRZESZICK se refiere al derecho europeo como un “Katalysator der Entwicklung” esto es como el origen y el impulso del desarrollo y de las alteraciones de los ordenamientos nacionales. *Vid.* “Vergaberecht zwischen Markt und Gemeinwohl” en *DÖV*. Núm.16.2003. Pág. 649. En la misma línea D.WOLF señala como tras la II Guerra Mundial una de las prioridades de Europa era la integración económica y política, que se centraba en una tarea de difícil alcance como era y es “conciliar las diferencias en las evoluciones históricas y en los conceptos de política económica y social de los Estados miembros”. *Vid.* “La réforme des services publics en Allemagne” en *L’idée de service public est-elle encore soutenable?*. Chevalier, Ekeland, Frison-Roche (dir). Puf. Paris. 1999. Pág. 11.

⁶⁰ *Vid.* “Kommunalrecht” en *Besonderes...* *Op.cit.* Pág.13.

Europeos, nos lleve a referirnos a la evolución de la idea de servicio público⁶¹ -idea precursada por la tradición francesa⁶² de mano de la llamada “Escuela de Burdeos” o “Escuela del servicio público”, y de sus autores más representativos DUGUIT⁶³ y JÈZE⁶⁴,

⁶¹ Vid. MIGUEZ MACHO, L., *vid. Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Barcelona. 1999. Págs.15 a 63; y, AA.VV. *Histoire et service public*. Guglielmi, G.J. (dir). PUF. 2004. Paris.*in totum*.

⁶² El concepto originario de servicio público se fundamentaba, pues, en la eliminación en el seno de la teoría del Estado del concepto de soberanía, que sería sustituido por el de *service public*, *vid.* La obra clásica de DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*. Vol. I. Paris.1927. Pág.654. Para DUGUIT el servicio público es “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente si no es por la intervención del poder gubernamental”. Es pues un concepto que se basa en la solidaridad de la Sociedad. En la misma línea se expresa en *Las transformaciones del derecho público*. Traducción de la 2ª edición de Adolfo Posada y Ramón Jaén. Madrid. Librería Española y Extranjera.1926. Pág. 85. El Estado se define, por ello, como una organización prestadora de servicios (*une fédération de services publics*) sujeta a un régimen exorbitante y especial -que era el ofrecido por el Derecho administrativo- en el que la idea de servicio público era la “piedra angular” y, además, el criterio de atribución de la competencia para conocer de los actos administrativos entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, como había consagrado ya el *arrêt Blanco* de 8 de febrero de 1873, concepción que perduró entre la doctrina y la jurisprudencia francesa hasta mediados del siglo S.XX. *Vid.* RIVERO,J/ WALINE, J. *Droit administratif*. Op. cit. Pág. 20; también BRAIBANT,G/ STIRN,B, *Le droit administratif ...* Op.cit. Pág.153. Por otro lado, JÈZE, sucesor del anterior y también configurador de la idea de servicio público en el Derecho Administrativo, señala que “hablar de servicio público equivale a... aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial...”. *Vid. Principios generales del Derecho Administrativo*. Vol. II Traducción de C.García Oviedo. Madrid.1928. Pág.26.

A principios del siglo XX en oposición a estas Teorías y de mano de la figura de HAURIOU se desarrolla su conocida teoría de la *puissance publique*, según la cual la base del Derecho Administrativo no es el servicio público, sino los poderes exorbitantes o prerrogativas de los poderes públicos, sin negar aun así la importancia de la noción de servicio público, concebida como un fin, y que “entraña la autolimitación objetiva del poder público” (citado por M.A. SENDÍN GARCÍA en *Hacia un servicio público...* Op.cit. Pág. 42, Nota 93). A partir del “poder público” se distribuyen las competencias entre la jurisdicción ordinaria y administrativa, siendo ésta última la encargada de conocer los actos de *puissance publique*. HAURIOU concibe la noción de “servicio público” como una parte de la actividad de la Administración, como un fin genérico de Estado, *vid. Précis de droit administratif*. 9ª ed. Paris. 1919. Pág.182. Y como cita GARRIDO FALLA: “Hauriou, combatiendo las tesis de Duguit, llega, sin embargo a la misma conclusión. El servicio público es la obra a realizar por la Administración; el poder público es el medio de realización”. *Vid. Las transformaciones del régimen administrativo*. Estudios de Administración. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1954. Pág.137.

Algunos consideran que el verdadero pionero en la elaboración de este concepto fue HAURIOU, pues ya en su obra *Précis de Droit Administratif*, de 1892, recogía esta terminología. *Vid.* SFEZ, L. “Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français”. Libraire Général de Droit et de la Jurisprudence (LGDJ) Paris. 1966. Págs. 134 y ss.

⁶³ DUGUIT parte del carácter objetivo y material de la idea de servicio público que destaca, sobre todo, el interés público como fundamento y límite de toda actividad administrativa. Define, pues, la noción de servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento deber ser respetado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurado más que por la intervención de la fuerza gobernante”. Pero esta intervención estatal no surge debido a una imposición, a una obligación, sino que su origen es la exigencia del sentir colectivo que busca su satisfacción mediante la acción reflexiva de Estado. Así lo señala en el Estudio preliminar, A.POSADA, *vid. Las transformaciones...* Op. cit. Págs. 35 y 36, 106 y 107.

⁶⁴ Frente a las tesis de Duguit, JÈZE, discípulo de aquel, defiende una consideración subjetiva de los servicios públicos, según la cual toda actividad de la Administración es servicio público porque la

si bien nuestro entorno, seguidor de la tradición francesa, adquirió también caracteres propios⁶⁵- y con ello, con la transformación de los servicios públicos, también, en efecto, del servicio que nos ocupa, el saneamiento que es uno de los temas candentes en el contexto de la Unión Europea y con orígenes en el acervo comunitario. Pues de manera comúnmente aceptada y abordándolo conscientemente de manera simplificada el servicio público era entendido como un monopolio de *iure* sobre una actividad de prestación concreta. Ello lo que suponía es que se impedía la entrada libre de particulares en la gestión del mismo, pero no que esa gestión sea realizada por particulares que accederán al mismo mediante los mecanismos previos en el ordenamiento jurídico⁶⁶, generalmente mediante concesión.

Podemos adelantar ya en estos inicios cuáles son los postulados europeos que de manera transversal van a impregnar todas las políticas europeas, y, también, las ambientales⁶⁷:

-Libre entrada en el mercado con pluralidad de ofertas en los servicios.

realiza efectivamente un poder público y está regulada por *unas reglas jurídicas específicas, que tiene por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del mismo, de dar, lo más rápido y completamente posible, satisfacción a las necesidades de interés general*. Desarrolla JÈZE las dificultades para establecer la existencia de un servicio público, pues ello puede venir determinados de dos formas: por la existencia de una disposición legal que así lo señale, o, como sucede en la mayoría de los casos, a falta de tal disposición legal, el jurista debe averiguar si el servicio a cargo de la Administración es un servicio público al que es necesario aplicar las reglas especiales relativas a esta clase de servicios o si, por el contrario, no es así y, por tanto, no es pertinente sino la aplicación de las reglas de Derecho privado. El principal criterio a tener en cuenta según JÈZE para reconocer un servicio público es averiguar *únicamente la intención de los gobernantes* en lo concerniente a la actividad administrativa de que se trate. Así, considera que de manera estricta únicamente son servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público. También advierte de la inexistencia de un criterio único que permita descubrir que la voluntad de los gobernantes ha sido la de satisfacer a una necesidad de interés general por el procedimiento de servicio público, sino que en ello juega un conjunto de circunstancias. *Vid. Principios generales ... Op.cit. Págs. 285 y ss.*

⁶⁵ Así, ya con anterioridad a las aportaciones de la Escuela de Burdeos POSADA había realizado las primeras observaciones sobre este concepto, tal y como lo cita L. MIGUEZ MACHO en *Los servicios...* Op. cit. Pág.66. En todo caso advierte la Doctrina que nuestra recepción, aunque fiel a algunos de los postulados galos, presenta también algunas diferencias, pues el papel angular del servicio público en el país vecino no fue tal en nuestro desarrollo jurídico de principios del S.XX, surgiendo una verdadera concepción propia de este concepto a partir de los años cuarenta y tras la conocida distinción de funciones de JORDANA DE POZAS que diferenció en tres la actividad administrativa: de policía, fomento y de servicio público, *vid.* “Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo” en *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 48. 1949. Págs. 41 a 54.

⁶⁶ *Vid.* TORNOS I MAS, J. “Ordenación sectorial...” cit. Pág. 412.

⁶⁷ *Vid.* ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho Público Económico*. Comares. Granada. 1999. Pág.564 y ss.

-Libertad de acceso a las redes e infraestructuras sobre las que se asientan los servicios.

-Libertad de contratación y formación competitiva de los precios.

-Libertad de inversión

Ya la Cumbre celebrada en París, en octubre de 1972, recordó, en esta línea, la necesidad de unificar las legislaciones nacionales medioambientales a fin de no falsear el funcionamiento del mercado común -eje fundamental de la política económica de la Unión Europea- y que entendemos fue un primer aviso sobre esa necesaria coordinación entre las Administraciones y la inoperabilidad que comenzaban a demostrar las mismas en el desempeño de tareas de carácter ambiental. La segunda advertencia que surge de esta Cumbre es en relación con el fenómeno de la contaminación transfronteriza que desde otra perspectiva obliga a adoptar soluciones conjuntas a los Estados, sobre todo, colindantes⁶⁸.

Surge así la idea de una Administración de cooperación⁶⁹ vinculada directamente con el momento de cambio en que vivimos. A título personal, entendemos

⁶⁸ Y España es uno de los países que se encuadra en este grupo de recursos compartidos, con Francia y con Portugal. Al respecto, son relevantes los acuerdos tomados en el ámbito de las cuencas hidrográficas hispano-lusas, el más reciente el “Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hispano-portuguesas” firmado en Alfubeira el 30 de noviembre de 1998 (BOE 12/02/00). Más ampliamente sobre esta cooperación con el país vecino, *vid.* DELGADO PIQUERAS, F. “La gestión de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas: el Convenio de Albufeira de 1998 en *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo II. Civitas Monografías. EMBID IRUJO, A. (dir). Madrid. 2002. Págs. 151 a 177. Se recomienda asimismo consultar en esta misma obra el Tomo III, en su conjunto, en relación con otras experiencias de gestión compartidas, en países como Chile o EE.UU.

⁶⁹ Es notable, y ya con tradición, el interés de la doctrina alemana en el estudio de estas relaciones, cada vez más necesarias de cooperación entre los privados y los poderes públicos y entre las propias Administraciones. El federalismo germánico vigente se caracteriza por la reducción máxima de las competencias que cada nivel administrativo debe ejercer en solitario, potenciándose, ante todo, el ejercicio compartido de las funciones públicas que obliga a las diferentes Administraciones a trabajar en contacto permanente y en busca del interés mutuo, propiciándose, desde la aprobación de su Constitución en 1949, las bases para alcanzar el necesario equilibrio entre unidad y diversidad. Prueba de ello son los numerosos trabajos que se refieren a la existencia y conveniencia de establecer un Derecho de la cooperativo administrativa (*Verwaltungskooperationsrechts*). Este Derecho cooperativo implica una nueva formulación del concepto de responsabilidad y del reparto de esta responsabilidad entre público y privado. En general sobre estos temas véase la recopilación de diversos autores alemanes en *Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat*. SCHUPPERT, F. G. (Hrsg). Nomos Verl.-Ges. Baden-Baden. 1999, y en concreto sobre el llamado *Verwaltungskooperationsrechts* el capítulo de H.BAUER “Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts-Statement”. Págs. 251 a 272. También al respecto reflexiona SCHMIDT-ASSMANN quien diferencia entre una cooperación *vertical* y otra *horizontal*. La vertical se refiere a las relaciones entre los Estados miembros y los órganos europeos. Por su parte la cooperación en sentido horizontal hace hincapié a las relaciones entre las Administraciones de los Estados miembros, ambas relaciones, no obstante, están siempre fundamentadas en el ordenamiento jurídico comunitario. Precisamente el carácter cooperativo de estas normas no se refiere tanto ya a la superioridad de las instancias comunitarias como al surgimiento de nuevas estructuras administrativas, que resulta del

que responde a la nueva integración de la Sociedad y los poderes públicos, y también al principio constitucional de solidaridad entre las clases sociales y entre los territorios de un país que son el fundamento, en definitiva, del nacimiento de los servicios públicos y a la presencia del principio democrático. La misma debe inspirar y estar presente en las legislaciones generales y sectoriales y, sin ir más lejos, en el Derecho de Aguas español se obliga en el ámbito de la “demarcación hidrográfica” a *garantizar una gestión coordinada mediante las oportunas notificaciones entre demarcaciones afectadas...* (art. 16.bis TRLAg). Además, la Directiva 2000/60, de 23 de octubre –como tendremos ocasión de comentar– establece también mecanismos de información obligatorios de los Estados miembros a la Unión Europea para facilitar así un mejor control de la calidad de las aguas (art.3.9 y 9.2). La Directiva deja también la puerta abierta a una supra-coordinación de políticas hidrográficas en el ámbito de la Unión Europea y asegura, particularmente, la coordinación de los controles de vertidos y objetivos de calidad medioambiental en un “enfoque combinado”⁷⁰, por así llamarlo, en expresión propia de la norma europea. Existe, pues, desde el año 2000 y fruto de la aprobación de la Directiva Marco del Agua, una mayor tendencia a la homogeneización entre los países de la Unión Europea siendo constatable la conciencia de que muchas de las cuestiones deben tener un carácter común y que son imprescindibles enfoques de carácter más

trabajo en común de las organizaciones ya vigentes. Es por ello, como destaca SCHMIDT-ASSMANN, que este conjunto normativo posee un carácter integrador, inspirado sobre todo en el Derecho comunitario, *vid. La Teoría General del Derecho...* Op. cit. Págs. 396 y ss; G. SYDOW. *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*. Mohr Siebeck. Tübingen. 2004. *in totum*.

Pero también en nuestro entorno encontramos ejemplos de *Verwaltungskooperationrechts*, como señala S.GONZÁLEZ-VARAS, caso de la Ley 23/1992, de 30 de junio, de Seguridad privada, la Ley 6/1996, de 15 de enero, del voluntariado... *vid.* “Die Auffassung der *öffentlichen Dienstleistungen* oder *Daseinsvorsorge* im spanischen Recht (servicios públicos)” en *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*. Nomos-Verlag.Baden-Baden. 2002. Pág.218.

⁷⁰*Vid.* Art.10 DMA. La expresión “enfoque combinado” significa que se utilizan en la regulación de la calidad de las aguas estándares de calidad así como normas que establecen estándares de emisión. Aunque el “enfoque combinado” no es nuevo, a partir de esta Norma se consolida como la estrategia básica de control de la contaminación del agua, excluyendo el uso de enfoques paralelos que tradicionalmente eran los usados en las normas hídricas comunitarios. Sobre la sustitución progresiva de un enfoque por otro, *vid.* FANLO LORAS, A. “La evolución del Derecho comunitario europeo sobre el agua” en *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. EMBID IRUJO, A (coord.). Civitas. Madrid. 1998. Pág. 190; M.J.RODRÍGUEZ DE SANCHO en la aplicación de este principio considera que implica que cuando una norma de calidad ambiental requiera de condiciones más rigurosas que las que se pueden alcanzar mediante el empleo de las mejoras técnicas disponibles (control en fuente), el permiso exigirá la aplicación de condiciones complementarias, sin perjuicio de otras medidas que puedan tomarse para respetar las normas de calidad medioambiental. *Vid.* “La prevención y el control integrados de la contaminación” en *La Aplicación de la Directiva Marco del agua en España: retos y oportunidades*. Instituto Internacional de Derecho y Medio Ambiente. Madrid-Barcelona. 2000. Pág.172.

general, siendo posiblemente los aspectos de organización y los legales los que pueden ser objeto de una mayor convergencia.

Esta coordinación y cooperación viene influida -en el contexto de esta investigación- por otra circunstancia. Así, ni a la Unión Europea ni a nuestra consideración se escapa el carácter altamente técnico y específico de la tarea de saneamiento. Ya que ha sido comprobado y revelado que cada vez las fuentes de contaminación son más sutiles y a la par difusas, como en el caso de la contaminación agrícola uno de los principales problemas de la economía española, a lo que se debe sumar cada vez más la contaminación industrial proveniente del desarrollo del tejido empresarial de nuestro país. Ello implica que la modernización de las instalaciones y de las técnicas avanza a un ritmo trepidante que choca con la lentitud y la necesidad de adaptación de la Administración, valoración que propicia la entrada de personas privadas en las tareas de saneamiento; particulares que están dispuestos a invertir sus propios medios y recursos en la modernización de esas instalaciones para poder, así, obtener una mayor competitividad respecto a otros agentes, y que en tanto esta libertad y concurrencia se de en un marco institucional establecido por los poderes públicos, en esa nueva función de garante que se les asigna, puede dar magníficos resultados en la modernización de las redes existentes y en la consecución de los objetivos establecidos por la Unión Europea, y que han sido la causa de las numerosas denuncias a las que los Estados miembros se han visto enfrentados por la falta de transposición y de adopción de las técnicas necesarias para conseguir una mayor protección del medio ambiente en general, y de la calidad de las aguas en particular⁷¹. Porque, con todas estas normas dictadas se propicia que, ante una mayor calidad de las aguas a las que se realizan los vertidos, las exigencias de saneamiento sean menores y por tanto se vean aligeradas, de ahí la contemplación integral de las tareas relacionadas con los recursos hídricos.

⁷¹ Como evidencia la condena del Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas a la República Federal Alemana, en su Sentencia de 11 de noviembre de 1999 (Asunto C-184/97) por el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no haber establecido, con arreglo al artículo 7 de la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad, programas que incluyeran objetivos de calidad con el fin de reducir la contaminación causada por las sustancias comprendidas en la lista II del Anexo de dicha Directiva. http://www.mma.es/normativa/jurisp/sent_I_0094.htm.

I.4. Aproximación inicial sobre la amplitud y el uso de la terminología.

Antes de abordar la intervención, en sus diferentes grados y modalidades, del Derecho privado y con ello de los particulares en las tareas de saneamiento nos resta apuntar la dificultad que encierra mucha de la terminología con la que se designan algunos de los cambios más recientes del Derecho en general, y que se refiere no ya en concreto al saneamiento de las aguas, sino al fenómeno de las diferentes formas de traspaso de actividades y servicios del ámbito público al ámbito privado canalizado a través de diferentes medios y bajo las premisas de libre competencia y de mercado común.

Esta tendencia se ha venido denominando bien como liberalizaciones, desregulaciones, colaboración, privatización, etc., siendo quizás este último término, como *Oberbegriff*, el que más se está imponiendo, pero que realmente encubre diferentes situaciones de hecho⁷². Otra forma de aludir a los procesos descritos - apuntada por HELLERMANN- sería, con el objeto de evitar las connotaciones negativas con las que se asocia el concepto “privatización” desde la perspectiva pública- el de la tendencia “*zu weniger Staat*”⁷³ o también, a nuestro entender, posee connotaciones más positivas la rúbrica de “colaboración público-privada en la prestación de servicios”⁷⁴ o la de “desestatalización”, como apunta O.MIR PUIGPELAT⁷⁵.

⁷² En este sentido KÄMMERER, J.A. *Privatisierung: Typologie, Determinaten, Rechtspraxis, Folgen*. Mohr Siebeck. Band 73. Tübingen. 2001. Pág.16.

Las definiciones y tratamiento del tema por la doctrina son múltiples y numerosas a modo de ejemplo, *vid.* RUZA, J. *La privatización y la reforma del sector público*. Madrid. 1994. Págs.55 y ss; CANO SOLER, D. *Políticas de privatización. Aproximación teórica*. CES. Madrid.1998.Págs. 77 y ss.

De manera resumida señala S. MARTÍN-RETORTILLO tres variedades: la privatización de la Administración pública mediante la utilización de personificaciones y procedimientos de derecho privado, fundamentada en razones de eficacia y flexibilidad; la transferencia al sector privado de una actividad, de una función que se considera pública, siendo la cuestión clave la de determinar en qué grado es posible la concurrencia del sector privado; y la privatización del sector público entendido como actividad industrial y comercial, *vid.* “Sentido y formas...” cit. Págs.14 y ss.

⁷³ *Vid.* HELLERMANN, J. “Privatisierung und kommunale Selbstverwaltung” en *Daseinsvorsorge durch Privatisierung- Wettbewerb oder staatlicher Gewährleistung*. Oldiges (Hrsg). Nomos-Verlag. Baden-Baden. 2001.Pág.20.

⁷⁴ Es digno de mención que tal expresión se recoge ya en la legislación española aunque sea en un documento todavía carente de efectividad jurídica como es el proyecto de Ley de contratos del sector público, aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de julio de 2006, y en donde se define esta colaboración como aquel contrato en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el

Así, afirmar que la retracción de las funciones del Estado, o de la actividad pública, en la Economía es a lo que se refiere el fenómeno de la privatización⁷⁶ es más bien una descripción realizada de manera vaga y que requiere una tarea de delimitación de este concepto en relación con otras categorías también relacionadas como son la liberalización, la desregulación, la desburocratización...⁷⁷. Además de que son varias las modalidades y los grados de las privatizaciones⁷⁸.

cumplimiento de determinados objetivos de servicio público, comprenda algunas de las siguientes prestaciones: a).La construcción o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento y actualización, su explotación o gestión, b).Fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado,c). Otras prestaciones de servicio ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado.

La idea de asociación público-privada ha sido, por otra parte, objeto amplio de estudio entre la doctrina alemana como se tendrá ocasión de comprobar más adelante; ésta fija su finalidad, en particular, en financiar, construir, renovar o explotar una infraestructura o el suministro de un servicio. No se trata solamente de una subcontratación de privados, sino que suponen la implicación real de la empresa privada en el desarrollo de tareas que son fundamentales para la correcta prestación del servicio, *vid.* ERSTELBERGER, W. “Public-Private Partnership als Teil der Verwaltungsreform” en *AG für wirtschaftliche Verwaltung – Informationen*. Núm.2/1999. Pág. 5; HÖPPNER, R.R: “PPP in der Entwicklungszusammenarbeit” *idem*. Núm.4 y 5 /1999. Esta forma de actuación se encuadran para la mayoría dentro de la Administración de cooperación, *vid.* TETTINGER, “Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership”, en *Public Private Partnership*. Budäus/Eichhorn (Hrsg). Baden-Baden.1997. Págs.125 y ss; RITTER, *Der kooperativer Staat*, en *AöR*. 1979. Págs. 389 y ss; y BAUER, “Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership” en *DÖV*. Núm.51. 1998. Págs. 89. Aunque también hay voces que las consideran una categoría más de las privatizaciones, caso de S.GONZÁLEZ-VARAS que las considera como lo que él denomina “privatizaciones indirectas”, *vid. Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos de transportes (privatización, liberalización, regulación económica y derecho de la competencia)*. Comares. Granada. 2001. Págs.51 y ss.

⁷⁵ *Vid. Globalización, Estado y Derecho...* Op.cit. Pág.97.

⁷⁶ Definición de E.J.RODRÍGUEZ CHIRILLO en *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España*. IEE. Madrid.1993.Pág.18.

⁷⁷ En este sentido R.RUGE señala que una de las causas de la utilización sinónima de esta terminología es que, a pesar de sus diferencias, con las tres se designa una retirada (*Rückzug*) del estado, *vid. Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State*. Duncker&Humblot. Berlin. 2004. Pág.27.

⁷⁸ Curiosa y plástica es la terminología utilizada por A.GERN que se refiere a las privatizaciones como *Zauberwort*, expresión que puede traducirse como palabra engañosa, o palabra embrujada, destacando perfectamente el carácter ambiguo y la dificultad que tiene delimitar estos procesos. *Vid. Privatisierung in der Kommunalverwaltung*. Leipziger Universitätsverlag. Heft. 24. 1997. Pág. 7; GRAMM por su parte alude a este término como *unschärfe*, es decir vago e impreciso, pues bajo esta denominación se incluyen diferentes formas de retirada de los poderes públicos. *Vid. Privatisierung und notwendige...* Op.cit. Pág.27.

I.4.1.Las privatizaciones y otros fenómenos

Como estábamos diciendo las privatizaciones aparecen, a menudo, confundidas con los procesos de desregulación y liberalización de un sector⁷⁹. Procesos impulsados desde el Derecho comunitario que pueden o no coincidir en determinados supuestos y sobre los que existen numerosas interpretaciones: así, mientras algunos los consideran como “las técnicas jurídicas que sirven a los objetivos de la privatización”⁸⁰, otros entienden la desregulación, la liberalización de servicios públicos y las privatizaciones “...como manifestaciones de la liberalización”⁸¹. De manera breve y aclaratoria señalaremos las notas diferenciadoras más relevantes.

Por una parte, hemos de adelantar que pueden privatizarse sectores ya desregulados anteriormente, y que puede desregularse sobre sectores previamente privatizados, por lo que la independencia de estos procesos parece clara⁸². En este sentido MARTÍN REBOLLO recuerda que “liberalizar no es equivalente a privatizar, ni mucho menos a desregular. La Administración puede que gestione directamente menos, pero va a regular más”⁸³. De estas consideraciones podemos extraer que es justamente a

⁷⁹ Advierte A.JIMÉNEZ-BLANCO que “resulta por ello particularmente infeliz el empleo del término “desregulación” muchas veces, cuando se requiere aludir a fenómenos como “desmonopolización” o el más equívoco (salvo en su acepción patrimonial estricta, esto es, de enajenaciones) de “privatización”. En efecto, pensemos, por ejemplo, en lo sucedido con las telecomunicaciones en nuestro país en los últimos años. Ha habido, sí, “privatización”, en el sentido de que el Estado se ha desprendido de paquetes accionariales de Telefónica S.A.; y ese proceso ha ido acompañado, también, de una “desmonopolización”, en el sentido de que se ha posibilitado que otras empresas presten servicios concurrentes. Pero con una cosa y la otra no se ha pasado a una situación con menos normas, sino al revés”, *vid.* “La ordenación de la economía” en *Manual de Derecho Administrativo*. Parejo Alfonso, L. (coord.).Vol.II. Ariel. Madrid. 1998. Pág.182.

⁸⁰ Así las define J.F.VILLAR ROJAS en *Privatización de servicios públicos*. Tecnos. Madrid. 1993. Pág. 355.

⁸¹ *Vid.* ALENZA GARCÍA, J.F. “Medio Ambiente” en *Administración pública y economía. Balance del papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de liberalización*. INAP. Madrid. 2001. Pág.36.

⁸² E. MOREU CARBONELL observa también que si bien ambos fenómenos ni designan exactamente la misma realidad, su delimitación conceptual no siempre resulta clara. *Vid.* “Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos” en *RAP*. Núm.161. 2003. Pág. 441. En el mismo sentido RODRÍGUEZ CHIRILLO, E.J. *Aspectos jurídicos...* Op. cit. Pág.19. También MARTÍN MATEO defiende la diferenciación de ambos conceptos en *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*. Trivium. Madrid.1988. Pág.39. De forma contraria RODRÍGUEZ-ARANA, J., mantiene que la desregulación es una forma de privatización. *Vid.* *La privatización de empresas públicas*. Montecorvo. Madrid. 1991. Pág.80.

⁸³ *Vid.* MARTÍN REBOLLO, L., “Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)” en *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retorillo*. Civitas. Madrid. 2003. Pág.664.

través de la desregulación -que suprime normas en las que se establece la adjudicación de actividades al sector público- como se alcanza la liberalización de un sector, así pues la diferenciación y a la vez relación de ambos procesos viene marcado por la instrumentalidad de aquél. La desregulación es, por definición, el conjunto de medidas que tienen por objeto la disminución no sólo del volumen, sino también de la importancia de las normas jurídicas en una determinada actividad, que no supone siempre y en cada caso una reducción del control jurídico⁸⁴. De entre los factores que promueven estos fenómenos y que repercuten en los países de nuestro entorno jurídico cabe citar tanto la internacionalización de las relaciones como, más concretamente, el proceso de integración europea en el que estamos implicados. Así, el informe BANGEMANN “Europa y la sociedad global de la información”⁸⁵ establece como objetivos la determinación y el establecimiento de un mínimo de reglamentación necesaria a fin de garantizar la aparición en Europa de infraestructuras y servicios de información eficaces. Es por ello que SOUVIRÓN MORENILLA advierte sobre las características propias de las desregulaciones en Europa que, en sentido estricto, no suponen una desregulación como la conocida en el mundo anglosajón, donde las desregulaciones se equiparan con el establecimiento de procesos más permisivos de control sobre sectores económicos, que actuando en condiciones de libre mercado están sujetos a determinadas obligaciones dirigidas a asegurar el interés general. Como decíamos en el contexto europeo asistimos, más bien, a una “rerregulación” o “neoregulación”⁸⁶ pues lo que se está llevando a la práctica es la despublicación de servicios públicos, servicios que debido a su carácter trascendente y necesario requieren en consecuencia de un nuevo régimen de regulación que asegure un mínimo en la prestación de los mismos⁸⁷, articulado mediante el establecimiento de obligaciones de servicios públicas; el Estado pasa a ser el encargado de supervisar, de controlar, que se

⁸⁴ Esta definición coincide con la defensa por parte de SORIANO GARCÍA de que la desregulación no es sólo una “pura y dura eliminación de normas” ya que, matiza este autor, en ocasiones ésta implica una nueva regulación, incluso más estricta que la anterior. *Vid. Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Studia Albornotiana, nº LX. Bolonia.1993. Pág.9. Este autor concluye que la desregulación no supone una merma de los objetivos públicos, sino su consecución por medios diferentes, *vid.* Pág. 13.

⁸⁵ Bruselas, 26 de mayo de 1994.

⁸⁶ *Vid.* CABALLERO SÁNCHEZ, R. “El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de servicios públicos económicos” en www.iustel.com, en *Revista General de Derecho Administrativo (RGDA)*. Núm.1. 2002. Pág.2.

⁸⁷ Ampliamente trata el origen americano y las características el modelo anglosajón, así como los rasgos del modelo europeo SOUVIRÓN MORENILLA J.Mª., en *La actividad ...Op.cit.* Págs. 59 y 60.

consiguen los objetivos establecidos, dejando que los sujetos privados libremente pongan los medios para conseguirlos, ya que en definitiva, como DEL GUAYO señala, la expresión *regulation* pertenece al campo semántico de la intervención pública en la vida de los ciudadanos, que impone obligaciones de comportamiento⁸⁸. Si bien otros –como DE LA CRUZ FERRER⁸⁹- hablan simplemente de regulación, bajo la peligrosa advertencia de que “regulación” es todo, por lo que preferimos hablar para designar estas nuevas políticas de neoregulación.

También aparecen tratados como sinónimos, frecuentemente, el binomio *desregularización-liberalización*⁹⁰, entendidos de forma amplia tales procesos como una reducción del intervencionismo en las actividades económicas privadas y, en especial, la ruptura y desaparición de los monopolios públicos, *de iure*, caso del sector del ferrocarril. Sin embargo, desde estas páginas se parte de la escisión de estas dos nociones, siguiendo así la pauta establecida por MARTÍN REBOLLO porque -como se señalaba- una liberalización no significa necesariamente una desregulación. Aquella supone la apertura de un sector hasta ahora en exclusiva en manos de la Administración y la posibilidad de entrada de particulares en el mismo, esto es la supresión de monopolios públicos⁹¹, mientras que la desregulación determina el acceso, más o menos limitado, de particulares a una actividad⁹². Con todo, la diferenciación de conceptos no impide reconocer la complementariedad de ambos, pues bien es cierto que “donde se iniciaron políticas liberalizadoras se ha tenido que regular cada vez más para alcanzar una verdadera liberalización...”⁹³,

⁸⁸ Vid. DEL GUAYO CASTIELLA, I. “La regulación económica como alternativa” en *REDA*. Núm.130. 2006. Pág. 234.

⁸⁹ Vid. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. IEE. Madrid. 2002.

⁹⁰ Esta es línea seguida por VILLAR ROJAS, F.J. Vid. *Privatización...* Op. cit. Pág.102, y por RODRÍGUEZ-ARANA, J., Vid. *La privatización ...Op.cit.Pág.75*.

⁹¹ J.TORNOS I MÁS de manera concreta se refiere a la liberalización como “la apertura de sectores de actividad económica antes reservados al sector público (reserva jurídica, que podrá ir o no acompañada de la reserva de gestión) a la iniciativa económica, Vid. “La actividad de regulación”, en *El Derecho Administrativo en el umbral...* Tomo I.Op. cit. Pág.1329.

⁹² SOUVIRÓN MORENILLA, J.M^a y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., para diferenciar la liberalización de la privatización y en su caso de la desregulación, parte de otro binomio que es el de *publicación-despublicación*. Y definen la liberalización como la apertura de un sector a la libre actuación de los particulares, es decir la eliminación de una previa reserva pública preexistente y la consecuente vuelta al régimen general. Pues si la despublicación supone la transferencia de bienes al sector privado, sí que estamos ante un proceso de privatización, vid. “La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos jurídicos” en *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)*. ARIÑO ORTIZ, G (dir).Tomo I. Comares. 2004. Pág.2.

⁹³ Vid. DEL GUAYO CASTIELLA, I. “La regulación....” cit. Pág. 239.

I.4.2.Modalidades de privatizaciones

En otro orden, las privatizaciones, su origen, desarrollo y consecuencias, presentan, en general, rasgos diferenciados según el país en que éstas se desarrollen⁹⁴. Así, Inglaterra, país pionero en aplicar tales procesos en la industria del agua, es el paradigma que confirma la existencia de unos rasgos propios de su cultura. En este caso los rasgos determinantes que permitieron llevar a cabo una “auténtica privatización” fueron, en primer lugar, la ausencia de un límite como el que entre nosotros supone la noción formal de “servicio público”⁹⁵, sin que ello le excusara del cumplimiento de las restricciones comunitarias; inicial libertad que venía reforzada por la escasa presencia de restricciones constitucionales que limitasen en aquellos momentos las políticas del Gobierno. Otro rasgo idiosincrásico fue el escaso desarrollo del derecho de contratos, en especial en cuanto a procesos garantizadores que no hubieran resuelto eficazmente el control de tales procesos. En el sistema británico, en tercer lugar, el municipio no ocupa un lugar político, económico y administrativo como el que se conoce en el continente, por ello no se presentaron en el proceso de privatización estatal problemas similares a

⁹⁴ Un ejemplo de las diferentes formas de cómo se han acometido privatizaciones, entendiendo este concepto en sentido amplio, pues en ocasiones sólo se trata de formas de gestión indirecta, ofrece el análisis comparado que de Alemania, Francia e Inglaterra realizan *Privatisierung der Abwasserbeseitigung. In internationaler Vergleich*. Gabler. 1992. *in totum*.

⁹⁵ Si bien en el Derecho anglosajón tal idea es equivalente a las de “*public utilities*”. La construcción de las llamadas “*public utilities*” permite que sin importar la titularidad de los servicios, por tanto pueden ser tanto públicos como privados, éstos, sometidos a una fuerte y estricta regulación, sean gestionados por particulares. La categoría de “*public utilities*”, con orígenes a principios del siglo pasado, tomó un impulso con motivo del proceso de privatización en Inglaterra y también aplicado en el modelo norteamericano. En todo caso hemos de advertir que, como señala VILLAR ROJAS, la calificación de una actividad como “*public utility*” -aunque esta categoría adolece de la misma carencia que el “servicio público” de una definición exacta y clara que permita establecer *a priori* qué se incluye dentro de este concepto- carece de relevancia jurídica, en relación con lo que en nuestro Derecho supone la calificación de una actividad como de “servicio público”. Se equipara este concepto, en todo caso, con el de “servicio público económico” y las actuales “obligaciones de servicio público”. Para una mejor comprensión de este concepto entendemos necesario extraer del estudio de VILLAR ROJAS las siguientes notas de las “*public utilities*” (*vid. Privatización...* Op. cit. Págs.154, 155 y 273):

-Principalmente se suministran servicios, y no bienes, pero además estos servicios deben requerir, necesariamente, en su prestación unas condiciones de regularidad, constancia y calidad. Circunstancias unidas al carácter básico de estos servicios.

-Se precisa para asegurar la prestación anterior de una costosa infraestructura.

-De todo lo anterior, se deriva que su demanda es estable, es decir que generalmente no habrá variedad de producción en el mercado, mostrando una tendencia clara al monopolio.

-Precisamente la situación anterior de monopolio hace que para evitar posible abusos de esta posición única en el mercado deban someterse las “*public utilities*” a una regulación pública.

los que se tratarán en cuanto a la autonomía local instalada entre nosotros, como se trata en la tercera parte de la tesis⁹⁶. Finalmente la última causa es la que subyace en la gran mayoría de procesos privatizadores, esto es, la financiera, pues en la década de los ochenta el endeudamiento e ineficacia de las *Regional Water Authorities* fueron decisivas para su traspaso al sector privado⁹⁷. No obstante, a finales del siglo XX y bajo el mandato de Tony Blair se presenta la reforma no ya como una privatización material, sino en una versión matizada –*New Labour*– que aboga por un “tercer camino”. Esto es el aprovisionamiento de la población adquiere un nuevo significado, de forma que no va a ser únicamente realizado por las instituciones estatales, sino en cooperación con los privados⁹⁸. Se trata de un cierto retorno hacia posiciones no tan liberales, sino más sociales. Por eso no es tan sencillo hablar de privatizaciones de manera generalizada, pues las circunstancias que rodean a la Europa continental hacen que la traslación y comparación de aquel proceso no sean exactamente aplicables en otras circunstancias e incluso en los sistemas continentales encontramos diferencias sustanciales para la implementación de dichos procesos como es la institución misma del “servicio público”, clave en el ordenamiento español y francés, pero desconocida por ejemplo en el caso de la República federal Alemana⁹⁹.

Otra de las consideraciones que habíamos planteado es que dentro del mismo concepto deben realizarse algunas precisiones que nos lleva a diferenciar varias

⁹⁶ Concretamente nos remitimos por su mayor amplitud al Capítulo Cuarto.

⁹⁷ La privatización supuso que en la llamada “legislación consolidada” -la *Water Act* de 1989 y la *Water resources act*, *Water industry act*, *Statutory water companies* y la *Land drainage act* de 1991- se transfiriesen las *Regional Water Authorities* al sector privado y se crease una agencia o autoridad pública responsable de administrar la actividad regulada, titular de potestades y obligada a la consecución de una serie de fines públicos. Se establecieron controles sobre el precio de los servicios básicos y se estipuló que la participación en la gestión se sometiera a un título jurídico que legitimase así la actividad de prestacional. Básicamente en el citado país asistimos a un proceso de privatización calificada como material; es decir, paso de actividades y empresas al sector privado, su acepción más genérica y también estricta, que fue la política presentada por Margaret Thatcher. Vid. MOLINA GIMÉNEZ, A. *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Págs. 225 y ss, así como la bibliografía anglosajona referida.

⁹⁸ Vid. OPPEN, M/ SACK, D. “Wettbewerb und Kooperation ...” cit. Pág.16.

⁹⁹ Vid. BULLINGER, M. “El service public...” cit.Pág. 31. Al respecto CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR recuerda que la inexistencia de una teoría del “servicio público” en Alemania, no impide que también en este país se hayan planteado problemas en cuanto a las actividades económicas de interés público y de alcance de la intervención pública en las mismas. No obstante el debate en el contexto alemán se formula en otros términos y gira en torno a los límites de la actividad económica de los poderes públicos, que debe ser en todo caso justificada o vinculada a la realización de una tarea pública, vid. “Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica” en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Dr.D. Sebastián Martín-Retortillo*. Civitas. Madrid. 2003. Pág. 593.

modalidades¹⁰⁰, a lo que debe sumarse la realidad de que una privatización puede ser total o parcial¹⁰¹. Los cuatro fenómenos englobados bajo el común denominador en que se erige el término “privatizaciones”, como señala RODRÍGUEZ-ARANA¹⁰² son:

¹⁰⁰ J.C.ETXEZARRETA VILLALUENGA enumera como actuaciones que han sido entendidas dentro del concepto de “privatización”: dejar el control público sobre el suministro privado de bienes y servicios públicos, reducir obstáculos concretos a la libertad individual, vender bienes y empresas de titularidad públicas, contratar al exterior una parte de la Administración, la contratación exterior de servicios internos de la Administración, facturar por los servicios públicos, introducir elementos de mercado en el interior de la Administración, utilizar formas jurídico-privadas la Administración, introducir en la Administración herramientas privadas de gestión..., *vid. La privatización en la Administración Local*. Bayer. Barcelona. 1995. Pág.123.

Desde la doctrina francesa P.DELVOVÉ define de manera general privatización como el paso de una actividad o institución de la esfera pública a la esfera privada, reconociendo que una noción tan amplia y vaga incluye los más variados supuestos y puede aplicarse tanto a situaciones preexistentes que pasan de un estatuto jurídico a otro, como a situaciones nuevas que tradicionalmente deberían someterse a un estatuto público. La dificultad surge en la determinación de qué es público y qué es privado para lo cual se proponen tres parámetros: el tipo de organización, el tipo de función que se ejerce y la naturaleza del derecho aplicable, de lo que se extraen las siguientes modalidades de privatizaciones: la orgánica que se refiere a que una empresa privada pasa a realizar un servicio que estaba o debía ser asegurado por una persona pública, la funcional afecta a la actividad que pierde su naturaleza pública y pasa a considerarse un servicio económico o industrial y, finalmente, la privatización personal que alude a la existencia de personas privadas que son empleadas por una persona pública y afectadas a un servicio público administrativo, *vid. “La privatisation du service de l’État” en Revista Pouvoirs*. Núm.117. 2006. Pág. 107.

¹⁰¹ *Vid.* HOFMANN, R. “Privatisierung kommunaler Verwaltungsaufgaben”, en *VB/W*. 1994. Págs.121 a 130. Con relación a la privatización parcial, en tanto en cuanto los poderes públicos pueden seguir manteniendo el control de las decisiones de las empresas a pesar de la entrada de particulares, se habla también de “privatizaciones reales” y “aparentes”, ya que la participación pública puede ser mayor o menor del 50%, con independencia de que se mantenga la capacidad de control y un poder de dirección determinante sobre la empresa. No es momento para tratar aquí tan complejo tema, nos remitimos por ello a los comentarios, entre muchos, realizados por E, ÁLVAREZ y A, CALLEJA “Privatizaciones y el sistema de la acción especial (“golden share”) en *Economistas*. Núm. 63. Págs. 44 y ss.

¹⁰² *Vid. La privatización ...Op.cit.* Pág. 62 .También S. MARTÍN-RETORTILLO escribe, en relación con el relativismo de las privatizaciones, que la *privatización* de la Administración, en sentido propio, expresa las transferencias de activos patrimoniales del sector público al sector privado. Sin embargo, advierte de otras perspectivas que van a referirse también al hecho de que funciones y cometidos de inequívoco carácter público sean ejercidos por la Administración conforme a procedimientos jurídicos-privados, o mediante organizaciones de carácter privado que, naturalmente, los desempeñan conforme a esos mismo procedimientos. *Vid. “Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo”.* *RAP*. Núm. 149.1996. Pág. 34. KÖNIG, en el seno Derecho alemán, alude a la polémica de estos fenómenos, a los que enmarca dentro de las categorías de conceptos abiertos y globales, todavía sin definir en Alemania. *Vid. “Desarrollo de la privatización en la República Federal de Alemania: problemas, situación actual, perspectivas” en DA*. Núm.218-219. 1989. Pág. 302.

En Alemania la clasificación más extendida de las privatizaciones establece la existencia de *Materielle/Aufgabenprivatisierung, Organisationsprivatisierung y Funktionale Privatisierung*. Así se concluye de las clasificaciones establecidas por M. BURGI, en “Kommunales Privatisierungsfolgenrecht...” cit. Pág. 602; KÄMMERER, *Privatisierung...* Op.cit. Págs. 6 y ss; MAURER diferencia entre privatización formal, funcional, material y de bienes (ésta última la considera MAURER como el fundamento para el trabajo conjunto del Estado y las empresas privadas, en aplicación del principio de cooperación), *vid. Allgemeines...* Op.cit. 2004. Págs. 617 y ss; SEIDEL, A. *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*, Verlag. C.H.Beck. München. 2000. Págs. 17 a 21. De manera bastante más amplia. SCHUPPERT detalla aun más las variedades de las privatizaciones, distinguiendo hasta seis posibles variante: a).la transformación de una Administración en una SA o SRL (*Organisationsprivatisierung*), b).la venta de empresas o propiedades públicas al sector privado (*Vermögensprivatisierung*), c).la participación del sector privado en la financiación de tareas

-Transferencia de propiedad pública a manos privadas, que implica la venta de las instalaciones y el desentendimiento total por parte de los poderes públicos¹⁰³.

-Desregularización, re-regulación y/o liberalización de determinados sectores económicos, a partir de los cuales el sector público permanece, pero en un segundo plano, pues es el que establece las condiciones para finalizar con los monopolios públicos.

-Fomento de la prestación y gestión de servicios públicos por particulares, que suponen las *privatizaciones funcionales o de la gestión*, a través del modelo clásico entre nosotros de las concesiones¹⁰⁴.

públicas (*Finanzierungsprivatisierung*), d).el traspaso efectivo de tareas al sector privado, de forma que se produce una reducción del número de competencias, lo que él entiende como privatización en sentido estricto (*materielle Privatisierung*), e).la inclusión en el ámbito de la administración de prestaciones de privados, pero permaneciendo la competencia y la responsabilidad de esa función en el ámbito público, de modo que realmente la intervención del particular es a modo de auxilio o ayuda, modalidad propia del nivel local (*funktionelle Privatisierung* o *Teilprivatisierung*),f). y, finalmente, como una modalidad de reciente aparición, con especial aplicación en el Derecho urbanístico y en el Derecho Ambiental la llamada *Verfahrensprivatisierung* que comprende aquellas nuevas situaciones y circunstancias por las que el Estado, en un cambio o matiz de las situaciones en las que es responsable, comparte esta responsabilidad con los privados, *vid.* “Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatslastung durch Verantwortunsteilung” en *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien...* Op. cit. Pág.74 y ss.; “Lokale Agenda 21 und die Kooperation der Akteure” en la *Stellungnahme zum Fragenkatalog der öffentliche Anhörung*, de 5 de noviembre de 1998. www.parlament-berlin.de. Sobre la última modalidad, *vid.* HOFFMANN-RIEM, W.. “Verfahrensprivatisierung als Modernisierung” en *DVBl.* 1996. Págs. 225 a 232 y también *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*. Nomos. Baden-Baden.1996.

¹⁰³ Privatización material, o *materielle Privatisierung*. La denominada *Aufgabenprivatisierung* o *materielle Privatisierung* se refiere al traspaso total de actividades al sector privado, de forma que la cuestión de “Si” se presta y de “Cómo” se presta dicha tarea pasa a ser una decisión del mercado. Un ejemplo de *Aufgabenprivatisierung* en el ámbito del Derecho ambiental alemán puede observarse en el art.13 *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz* (KrW-/AbfG, Ley sobre el ciclo económico de gestión de residuos), que contempla la obligación de eliminar los residuos procedentes de particulares, donde no obstante se habla de una republicación de la eliminación de residuos, pues existe siempre una responsabilidad última pública sobre la obligación de eliminar los residuos (*öffentliche Entsorgungsverantwortung*), *vid.* SHIRVANI, F. *Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht*. Duncker&Humblot.Berlin. 2005. Pág. 125. Dentro de esta modalidad algunos, como KRÖLLS, incluye las denominadas *Vermögensprivatisierung*, o “privatización del patrimonio” o de los “bienes”, que supone la venta de empresas con ánimo de lucro, que actúan por tanto ya en régimen de libre competencia con los particulares, no realizando pues una actividad de servicio público, son privatizadas. En estos casos, a diferencia de la privatización material, únicamente disminuye la presencia competidora de los poderes públicos en la economía, caso de la *Volkswagen* en Alemania, *vid.* SEIDEL, A. *Privater...* Op.cit. Pág.17. Nota.4.

¹⁰⁴ La *funktionale Privatisierung* se refiere a los casos en que si bien la competencia y potestades sobre la actividad permanecen en manos de la Administración, ésta se sirve de sujetos privados para la ejecución, produciéndose una cierta retirada a favor del ámbito privado. Debido a la inexactitud de esta categoría es difícil la delimitación de las figuras que podemos bajo su rúbrica encontrar, *vid.* DI FABIO U, “Privatisierung und Staatsvorbehalt. Zum dogmatischen Schlüssbegriff der öffentliche Aufgabe” en *Juristen Zeitung*. 1999. Págs. 585 y ss. Por eso algunos la identifican con las modalidades de *contracting out/outsourcing*, pero entendemos que no puede equipararse tales categorías en vista de las definiciones que da la doctrina alemana, pues el *contracting out* supone un traspaso parcial de responsabilidad y las

-A las anteriores, creemos necesario sumar una cuarta categoría para cerrar así el círculo de lo que erróneamente, podemos adelantar, se denomina privatizaciones, y es el uso de formas jurídicas privadas por parte de los poderes públicos, para desempeñar determinadas actividades y servicios, las *privatizaciones de la organización*¹⁰⁵.

funktionale Privatisierung, que engloba la mayoría de casos de auxiliares de la Administración, no, *vid.* EHLERS, J.P. *Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?*. Peter Lang. Frankfurt. 2003. Pág. 48; así lo entiende también M. DREHER quien, tras recoger la tendencia de identificar ambas modalidades, señala como bajo la categoría de *funktionale Privatisierung* pueden incluirse otras muchas modalidades citando entre ellas la *Beleihung*, el *Betreibermodell*, *Konzessionsmodell*, el *Dienstleistungsauftrag*..., incluso advierte DREHER sobre el uso indistinto de *funktionale Privatisierung* y de *Public Private Partnership*, que no obstante deben separarse, *vid.* “Die Privatisierung der Daseinsvorsorge- Vergabe- und gemeindewirtschaftsrechtliche Grenzen” en *Daseinsvorsorge durch...* Oldiges (Hrsg).Op.cit. Pág.35. La mayoría de la doctrina alemana se decanta en su categorización como una subcategoría de privatización material como SCHOCH, F. *vid.* “Privatisierung...” cit. Pág. 963 y en nuestro entorno CANALS I AMETLLER, D. *El ejercicio por particulares...* Op.cit. Pág. 297. Otros, los consideran como una privatización de la organización, así W.G. VITZTHUM en “Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung: kommunaler Aufgaben”. *AöR*. Núm. 104. 1979. Pág.587; y otras veces se consideran como categoría independiente.

Es necesario, en este momento, y una vez se han citado algunas modalidades de privatizaciones funcionales aclarar qué implica cada una de estas variedades. Así, el *Betreibermodell* es el caso en el que un tercero privado presta un servicio del municipio a cambio del pago de una remuneración. El privado es, por lo general, el propietario de las instalaciones y de la maquinaria, y ejecuta el servicio frente al municipio en nombre propio y por su cuenta. El municipio permanece en todo caso obligado a garantizar el servicio, y recibe por ello los impuestos de los ciudadanos. El denominado *Betreibermodell* fue desarrollado en concreto en el ámbito del saneamiento de las aguas y por primera vez a finales de la década de los ochenta en el *Land* de Niederschaschen (*das klassische niedersächsische Betreibermodell*), *vid.* RUDOLPH, K-U. “Die Privatisierung von Abwasserbeseitigungsanlagen” en *Staat, Selbstverwaltungs und Private in der Wasser- und Entsorgungswirtschaft*. Carl Heymanns. 1997. Págs. 73 y ss. En el *Betriebsführungsmodell* se aprovechan los conocimientos técnicos y de mercado de los socios privados, que únicamente se ocupan de la gestión a cambio de lo cual reciben una remuneración de parte del municipio. Sobre ambos modelos, *vid.* BESCHE, B. *Wasser und Wettbewerb*. Peter Lang. Frankfurt. 2004. Pág. 160; BÖHN B. *Öffentlich-private Partnerschaften in der kommunalen Stadtentwicklung*. Peter Lang. Frankfurt. 1999. Pág.68; NICKEL, T/KOPF, H. “Abwasserbeseitigung in privater Hand?” en *ZUR*. Núm. 6. 2003. Pág. 403.

Esta modalidad, que se puede equiparar con la gestión indirecta conocida entre nosotros, es hoy en día objeto de cambios, en el sentido de una ampliación de los supuestos que se engloban bajo la idea de colaboración entre el Estado y los privados, y que se nombran bajo la denominación de *Public-Private Partnership* (PPP). Esta terminología que encontramos en numerosas ocasiones en el Derecho alemán, ahora ya como *Öffentliche Private Partnership* (ÖPP), ha sido también desarrollada por la Unión Europea. Sin embargo, se trata ésta de una constelación de supuestos que si bien algunos, como la concesión, o los auxiliares de la Administración, o las empresas mixtas, son conocidos y desarrollados, se descubren otros tantos que de manera heterogénea suponen un acercamiento entre los poderes públicos y el sector privado. Sobre el estado de la cuestión en Alemania, donde se ha tratado mucho más profusamente esta realidad, *vid.* WEISS, W. *Privatisierung und Staatsaufgaben*. Mohr Siebeck.Tübingen. 2002. Pág. 28, y la bibliografía citada en la nota 117, de esa obra.

¹⁰⁵ Por otra parte como *Organisationsprivatisierung* se encuadran aquellos casos en los que la Administración sigue como responsable y titular del servicio o tarea, pero este se presta bajo una forma jurídica propia del ordenamiento jurídico privado, esto es, una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada (también *formelle Privatisierung*), supuesto en los que cabe plantearse posibles “huídas al Derecho privado” y que, en el contexto alemán, se someten al *Verwaltungsprivatrecht* en un intento, precisamente, de evitar esos fenómenos, *Vid.* EHLERS, J.P. *Aushöhlung der Staatlichkeit...* Op.cit. Pág.46.

De estas cuatro posibilidades entendemos que sólo las tres últimas se refieren en concreto cuestiones que aquí se trata de resolver, la búsqueda de nuevas formas de gestión más eficaces, esto es una evolución, de acuerdo con las denominaciones tradicionales de nuestro sistema jurídico, de la gestión directa, en cuanto se produce el desarrollo de lo que se conoce como Administración institucional sin que con ello se mermen las garantías públicas, y de la gestión indirecta pero con una perspectiva diferente a la actual en este segundo caso, con una verdadera corresponsabilidad entre la Sociedad y la Administración, que obviamente pasa por recurrir a agentes privados, pero que no se identifican con una privatización en sentido estricto y/o clásico, sino que supone englobar bajo una misma nomenclatura procesos que significan algo más que un mero traspaso y que están produciendo erróneos planteamientos, por lo que es obligado realizar una delimitación y una consideración separada y en el contexto que nos rodea de tales situaciones, donde se está produciendo una revalorización del principio de subsidiariedad, en el sentido de que el necesario equilibrio entre la competencia, el mercado, y las exigencias de interés general justifican la exención parcial de las normas del Tratado con sujeción a condiciones de proporcionalidad¹⁰⁶, como muestra no sólo de que la intervención de los poderes públicos interfiere en el desarrollo de la Sociedad, sino de que también el mercado presenta “fallos” naturales que deben ser subsanados precisamente por los poderes públicos, a través de las más diversas técnicas, entre ellas y entre nosotros la de “servicio público”. En estos términos se expresó la Comisión Europea en el *Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos*, de 14 de febrero de 1994, que reconocía que “algunas necesidades de interés general precisan de disposiciones particulares debido a sus peculiaridades y a los límites naturales de eficacia del mercado”.

En efecto, únicamente podríamos aceptar el uso de la noción *privatización* siempre que se trate éste de un concepto lato, e impropio, por ello más que de privatización se opta desde estas líneas por plantear estos fenómenos como una adaptación a las nuevas exigencias sociales, políticas, económicas y funcionales¹⁰⁷, que

¹⁰⁶ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Del servicio público ...” cit. Pág.69.

¹⁰⁷ S.MARTÍN-RETORTILLO BAQUER señaló, en el mismo sentido, que más propiamente puede hablarse de privatización cuando un sector de la actividad pública se sustrae a su acción y se entrega a los particulares de diversas formas...Un paso intermedio sería la posibilidad de que el sector privado participe al lado del público en la financiación y gestión de infraestructura de interés público. Por fin, también considera incluido dentro del amplio concepto de privatización el cumplimiento de tareas por parte del sector público pero con un régimen jurídico de derecho privado..., vid. “Público y privado en la

nos llevará a tratar profundamente lo que se conoce como privatizaciones de la organización, la expansión de la gestión indirecta y la nueva regulación de los servicios públicos, alguno de los cuales pasan a ser actividades privadas y otros permanecen manteniendo en parte sus planteamientos clásicos, pero modulados por las exigencias europeas.

La valoración de la amplitud, o no, de estos términos requieren de un análisis más profundo y específico, con importantes enfrentamientos doctrinales que merecen ser analizados, por lo que corresponde advertir que ésta se trata de una incidencia introductoria remitiéndonos en detalle a su posterior desarrollo.

II.LA CALIFICACIÓN DEL ESTADO COMO “ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO”.

II.1.Los poderes públicos como garantes de un medio ambiente adecuado.

En la Exposición de Motivos del *Proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos* de 1994 se reconoce con las siguiente palabras una realidad que matiza los postulados liberales que algunos han querido ver como obligatorios y necesarios en el seno de la Unión: “Por último, el mercado no responde espontáneamente a algunas exigencias de interés general y de desarrollo sostenible, como la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio, incluso a nivel europeo”¹⁰⁸. De ahí que la presencia de los poderes públicos, aun en el ámbito de mercado, deba ser una condición en la protección del medio ambiente¹⁰⁹. Por eso el mismo enunciado que pretendemos desarrollar a continuación muestra ya la posición que se defiende del Estado en relación con el medio ambiente. Posición que viene reforzada, en nuestro entorno, por la declaración de demanialidad de los recursos naturales del art.132 CE y por la interpretación funcionalista de esta institución según la cual la demanialidad tiene como fin la preservación de los recursos naturales, en la línea de conservación impuesta a los

construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas” en *Gestión del Agua y Medio Ambiente*. EMBID IRUJO, A., (dir). Civitas. Madrid. 1997. Pág.70.

¹⁰⁸ Vid. La traducción y los comentarios de GARCÍA DE COCA en “Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos (o servicios de interés económico general). Versión de 14 de febrero de 1994” en *RAP*. Núm.136. 1995.Págs. 524 y ss.

¹⁰⁹ MARTÍN MATEO al respecto señala que “así como el mantenimiento del orden público o paz convivencial, desde la Revolución Francesa, al menos, se ha reconocido como competencia inexcusable del Estado, la conservación del equilibrio ambiental es también una responsabilidad intransmisible de los poderes públicos”, vid. *El marco público de la economía de mercado*. Aranzadi. Elcano 2003. Pág.399.

poderes públicos en el art.45.2 CE¹¹⁰. Es en este sentido que el concepto de *Estado garantizador* responde a la máxima de que en los procesos de mutación del Derecho público no cambian los fines, sino los medios o las formas del Estado Social de Derecho¹¹¹, de modo que los poderes públicos desempeñan sus funciones –entre ellas, la protección ambiental- en el nuevo marco de la competencia, cuando ello sea posible, sin renunciar a los objetivos que fija la Constitución. Únicamente se renuncia, como señala B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, a satisfacerlos él mismo y pasando a controlar su cumplimiento¹¹², a establecer las condiciones marco, sobre todo en el sector del agua y de las aguas residuales donde se plantea la cuestión de si las instalaciones destinadas a la prestación de estos servicios deben ser gestionadas por el Estado o los municipios o pueden ser traspasados a privados¹¹³. Sin embargo, no podemos trasladar tales afirmaciones de manera mimética al ámbito del medio ambiente, pues en este caso consideramos esencial en la función pública ambiental –como lo declaró el Tribunal de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de 9 de noviembre de 2001 “la protección del medio ambiente no es un servicio público, sino una función pública”- no sólo que el Estado regule determinadas conductas -supuesto en todo caso posible para concretas tareas ambientales- sino que además en otros casos, como en el saneamiento de las aguas residuales, debe mantenerse cierta responsabilidad sobre las mismas, pues el medio ambiente se relaciona directa y estrechamente con derechos fundamentales de tal calibre como es el derecho a la vida y el derecho a la salud¹¹⁴.

¹¹⁰ DARNACULLETA I GARDELLA dice así: “El concepto de dominio público, en la elaboración doctrinal que acabamos de exponer (se refiere a los planteamientos de “nueva ética ambiental”), no pretende asignar a un sujeto en concreto determinados bienes sino que posee la virtualidad de atribuir al Estado la responsabilidad de su protección, así como concretas facultades de ordenación de su aprovechamiento”. *Vid. Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*. Cedecs. Barcelona. 2000. Pág.134.

¹¹¹ Sobre la relación entre la consideración de la protección del medio ambiente por los poderes públicos como una exigencia propia del principio del estado social, *vid.* BREUER, R. “Umweltschutzrecht” en *Besonderes Verwaltungsrecht*. E.Schmidt-Assmann (Hrsg). De Gruyter Recht. Berlín. 2005. Pág. 557.

¹¹² *Vid.* “Agencias administrativas” en *Administración pública y economía. Balance del papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de liberalización*. INAP. Madrid. 2001. Pág. 46.

¹¹³ Así lo expone F.STEFFEN quien, incluso más allá de planteamientos tradicionales sobre el carácter esencial y municipal del saneamiento de las aguas, cuestiona si en el *Land* de Schachsen pudiese llegar a considerarse tales tareas como tareas no obligatorias de los municipios, *vid.* “Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven...” cit.Pág.33.

¹¹⁴ Al respecto la Sentencia de 7 de octubre de 1997 (Ar.7767) del Tribunal Supremo en el FJ 3º en relación con la competencia de los municipios sobre el alcantarillado dice “... los Ayuntamientos tienen competencia para velar por la salud pública en la materia... Hay que entender por tanto que esta competencia, que puesta en relación con la necesaria tutela de la salud pública constituye un auténtico deber público municipal, es irrenunciable de acuerdo con el art.4 de la vigente Ley de Procedimientos Administrativo”.

La calificación de Estado como ambiental, apuntada desde la Doctrina, se plasma en una interesante reflexión de RODRÍGUEZ RAMOS en la que afirma “el futuro del Derecho Ambiental es, precisa y paradójicamente, su desaparición, pues cuando se consiga que todos los sectores del ordenamiento jurídico asuman el espíritu ecológico, fundiéndose economía, ecología y política, ya no hará falta. Para entonces el artículo 45 del Constitución podría ser también absorbido por una nueva versión de artículo 1.1 que rezara así: *España se constituye en un estado social, democrático y ambiental de Derecho*¹¹⁵”. En todo caso, este impulso del Estado como Estado ambiental es más bien reciente si tenemos en cuenta que las primeras muestras de interés y de reconocimiento constitucional se producen en el último tercio del siglo pasado¹¹⁶. La constitucionalización del medio ambiente no ha sido una circunstancia exclusiva de nuestra Constitución, aun más, cabe destacar la extensión de este fenómeno a cualquiera de las Constituciones contemporáneas vigentes, principalmente tras la celebración de la Conferencia de Estocolmo, en 1972, siendo inconcebible la redacción de un Texto Fundamental contemporáneo que no hiciera referencia a dicha problemática¹¹⁷. La mayoría de las veces las Leyes Fundamentales se decantan por un sistema de tutela público que configura la protección del medio ambiente como un fin público o como un principio rector de los poderes públicos. La Constitución portuguesa de 1976 fue en relación con la protección del medio ambiente, regulado en el artículo 66, el prototipo seguido por España en su artículo 45, siendo realmente pionero el artículo 24 de la Constitución griega de 1975. Más reciente fue la integración en la Constitución alemana, que retardó su reconocimiento constitucional hasta la década de los noventa, introduciéndose así la protección del medio ambiente como un determinante de los objetivos estatales, *Staatszielbestimmung*, en el artículo 20.a) de la *Grundgesetz*¹¹⁸. En

¹¹⁵ Vid. “La protección penal del ambiente” en Ponencias del *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*. Sevilla. 1995. Pág. 78. Por otra parte KLÖPFER también se refiere, entre la doctrina alemana, al *Umweltstaat*. Vid. *Umweltsaat als Zukunft*. Klöpfer (Hrsg). Economica Verl. Bonn. 1994. Págs. 39 y ss.

¹¹⁶ Así lo señala I. PONT CASTEJÓN en “Medio ambiente y Constitución Española de 1978” en *La empresa en la Constitución Española*. Aranzadi. Pamplona. 1989. Pág. 323.

¹¹⁷ En este sentido lo manifiesta ALENZA GARCÍA, J. F., *Manual de Derecho Ambiental*. Universidad Pública de Navarra. DL. Pamplona. 2001. Pág.73.

¹¹⁸ Como se recuerda desde la doctrina alemana el nacimiento del Derecho ambiental alemán se sitúa en los años sesenta y setenta –con el *Umweltprogramm der Bundesregierung* del año 1971, VT-Drs VI/2710- aunque no fue hasta el 15 de noviembre de 1994 cuando se introdujo su protección en el Texto constitucional, concretamente en el art. 20.a) de la *Grundgesetz* alemana, como *Staatszielbestimmung*. Tal naturaleza de la protección del medio ambiente implica para el Estado una particular responsabilidad en la protección de los fundamentos naturales de la vida (*natürlichen Lebensgrundlagen*). Vid.

Francia la protección del medio ambiente fue culminada -de manera novedosa al no seguir los modelos anteriores de introducir la protección ambiental como un objetivo de los poderes públicos, sino en forma extensa de Carta- en el año 2005 con la inclusión en la Constitución francesa de 1958 de la *Chartre d'environnement*, aprobada en 2004¹¹⁹. Este breve repaso nos permite relacionar, como recordó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia *Hatton I*, de 2 de octubre de 2001¹²⁰, que el interés por la protección de medio ambiente está ligada a su contemplación constitucional.

En la Conferencia de Estocolmo¹²¹ aludida -base para la protección constitucional ambiental- se diferenciaron dos aspectos que abarca la protección de medio ambiente como función del estado y que se trasladan en nuestro nivel constitucional, pues por un lado se establece el “derecho de cada persona al disfrute de un medio ambiente en condiciones óptimas que favorezcan su pleno desarrollo, el disfrute de un medio ambiente adecuado y el correlativo deber de conservarlo”, y, por otro, “el deber u obligación del poder estatal en orden a la *garantía efectiva* de aquel derecho, y en orden a la protección, en general, del medio ambiente”.

Vemos pues como, en relación con esta segunda faceta del reconocimiento del art.45 CE, el Estado actúa en una posición de regulador, vigilante y garante, debido al

LANDEL/VOGG/WÜTERICH. *Bundes-Bodenschutzgesetz. Kommentar*. Kohlhammer. Stuttgart. 2000. Pág.91; SHIRVANI, F. *Das Kooperationsprinzip ...* Op.cit. Págs. 250 y 251; SOMMERMANN, K-P. *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*. Mohr Siebeck. Tübingen. 1997, *in totum*.

La protección del medio ambiente se vio a partir de 1994 fundamentada constitucionalmente con un carácter finalista, sin embargo, no se estableció, ni supuso obligación alguna de actuar para los funcionarios públicos ni tampoco tiene ninguna influencia directa en el ámbito de las funciones estatales. El origen de este precepto por parte del más alto poder judicial sólo sugiere una prescripción abierta que certifica la trasposición difusa de los nuevos objetivos estatales. En efecto, el legislador, que introdujo este nuevo mandato constitucional quiso, bajo la desestimación de numerosas proposiciones más ambiciosas en cuanto a su contenido por parte de la Administración y la Jurisprudencia, dejar abierta la elección de los medios para conseguir dicha protección. El deber de protección adquiere naturaleza de función estatal y, de forma similar como en los deberes de protección fundamentales, el Estado está obligado a no disminuir, a través de la interpretación constitucional, el nivel de protección establecido. Sobre el significado de la protección del medio ambiente como *Staatsziel*, vid. WOLF.J. *Umweltrecht*. Verlag C.H.Beck. München. 2002. Págs.125 y ss: así como KLÖPFER, *Umweltrecht*. Beck München. 2004. Pág.116 y ss. Sobre los orígenes de la protección del medio ambiente en la República Federal Alemana, vid. ERBGUTH, W/SCHLAKE, S. *Umweltrecht*. Nomos. Baden-Baden. 2005. Págs. 30 y ss.

¹¹⁹ La introducción se hizo mediante la *Loi constitutionnelle n°2005-205, du 1er mars 2005, relative à la Charte de l'environnement*. JORF, n° 51 du 2 mars 2005. Pág. 3697.

¹²⁰ Sobre el Derecho constitucional comunitario y su influencia en la Constitución española. Vid.TAJADURA, J. (dir). *Los principios rectores de la política social y económica*. Madrid. 2004. Págs. 296 y ss.

¹²¹ Vid. El amplio comentario, inmediatamente posterior a la celebración de esta Conferencia, que escribe L. MARTÍN-RETORTILLO “Problemas jurídicos de la tutela del paisaje” en *RAP*. Núm. 71. 1973.

carácter del medio ambiente como uno de los elementos configuradores del desarrollo de la vida de las personas¹²². Se trata, llegado este momento, de ubicar en el proceso de reforma del Derecho la función estatal ambiental, pues la protección de medio ambiente no puede dejarse únicamente a la autorregulación social, sino que el Estado debe actuar, metafóricamente, como un paraguas del bienestar y de los derechos de los individuos, propiciando la adopción de las medidas más adecuadas para esa protección¹²³ y garantizando, a la par, aquellas tareas esenciales para la preservación del medio ambiente, siendo la cuestión clave la calificación de qué tareas son esenciales, y si el saneamiento de las aguas residuales quedan bajo dicha órbita, para determinar qué límites existen en la reinterpretación de este servicio, como servicio público local, de carácter ambiental que es.

Incuestionablemente ha de situarse la protección del medio ambiente como una función pública, según consagra la Constitución española en el párrafo segundo del art.45 al señalar “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales...”. De forma indudable el mantenimiento y preservación del medio ambiente y de la Naturaleza tiene un significado esencial para la existencia de los hombres y también para la subsistencia de la sociedad. Ahora bien, la forma en que este mandato constitucional debe ser cumplido por las autoridades públicas es lo que nos lleva a plantearnos la posibilidad de dar cabida a formas de actuación públicas y/o privadas.

Como nota que va a repercutir en su protección ulterior debe mencionarse la polémica acerca de la ubicación sistemática de este precepto –Capítulo III del Título I– en el Texto Fundamental. En efecto, el art.45 CE no se configura constitucionalmente

¹²² Al respecto la interesante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Kyrtatos c. Grecia”, de 22 de mayo de 2003, y el comentario que realiza L. MARTÍN-RETORTILLO. En esta sentencia y con relación a la vinculación de la protección de medio ambiente y la protección de la calidad de vida destaca MARTÍN-RETORTILLO su doctrina de la “defensa cruzada de derechos” a través de la cual logra expresar la transversalidad de la materia ambiental y la vinculación de garantizar aspectos medioambientales mediante la protección de otros derechos fundamentales, como el derecho a domicilio o a la vida privada. *Vid.* “Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las Sentencias” en *REDA*. Núm.125. 2005. Págs.119 a 148.

¹²³ SPARWASSER/ENGEL/VOBKUHLE. *Umweltrecht*. C.F.Müller. Heidelberg. 2003.Pág.3. En esa línea, apunta D.LOPERENA ROTA que la cuestión no es tanto decir sí o no a una determinada regulación, sino determinar cuánta regulación es necesaria porque, a pesar de la instauración del liberalismo, hoy en día es también necesaria una base, establecida por los poderes públicos, sobre la cual se desarrolle el mercado, *Vid.* “El servicio público ambiental”. *RAP*. Núm.57.2000. Págs. 102 y 103.

por su situación, como lo enjuicia entre otros ORTEGA ÁLVAREZ¹²⁴, como un derecho fundamental¹²⁵, sino que se configura como un principio-valor rector de la política social y económica e informador del ordenamiento jurídico, cosa que le excluye de la protección que el art.53.1 y 2 CE da a esta categoría de derechos¹²⁶; No obstante lo anterior, el precepto citado posee valor normativo, ya que como señala un sector de la doctrina¹²⁷ y la jurisprudencia¹²⁸ todos los preceptos de la Constitución se consideran verdaderas normas jurídicas y por tanto con valor jurídico. Matiza L.MARTÍN-RETORTILLO que no estamos ante un derecho fundamental en sentido estricto, pero no por eso deja de ser un derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado¹²⁹. Así, de

¹²⁴ Vid. “El concepto de medio ambiente” en *Lecciones de Derecho del Medio ambiente*. AA.VV Lex Nova. Valladolid. 2000. Pág. 55.

¹²⁵ No obstante J.JORDANO FRAGA afirma y defiende la catalogación del derecho al medio ambiente como un derecho fundamental. Vid. *La protección del Derecho a un medio Ambiente Adecuado*. Barcelona. Bosch. 1995. Págs. 487 y 488. Y D. LOPERENA ROTA mantiene que el art.45 CE es un verdadero derecho subjetivo, de carácter prestacional, vid. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Civitas. Madrid. 1996. Pág.71; R. CANOSA USERA matizando la opinión anterior entiende que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona es un derecho constitucional, de estructura abierta que debe desarrollar el legislador y el juez, por lo que se atreve únicamente ha calificar el art. 45 CE como un *esbozo de derecho subjetivo*, vid. *Constitución y Medio Ambiente*. Dykinson. Madrid. 2000. Págs. 99 y 100.

¹²⁶ En el art.53.1 y 2 CE se establece un sistema reforzado de garantías de los derechos que se recogen en el Capítulo II, del Título I, que vincula a todos los poderes públicos, debiéndose regular por ley el ejercicio de tales derechos y libertades, con el respeto máximo de su contenido esencial y con la tutela establecida en el art. 161.1.a) CE., esto es, posibilidad de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Además, en el caso de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el art.14 CE y en la Sección primera del Capítulo II del Título I, cualquier ciudadano podrá recabar la tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, en su caso, a través de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Vid. *El Derecho a un medio ambiente adecuado*. JORDÁ CAPITÁN, E. Aranzadi. Elcano. 2001. Pág. 149.

¹²⁷ Entre ellos GARCÍA DE ENTERRÍA que en este sentido recalca el valor normativo de la Norma Fundamental en “La Constitución como norma jurídica” en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid. 1981. Reimpresión de 1991.Págs. 39 y ss.

¹²⁸ El valor normativo de éste y de todos los preceptos constitucionales viene reconocido también por el Tribunal Constitucional en la STC 1/1981 y por el Tribunal Supremo en las STSS de 25 de abril de 1989, de 18 de abril de 1990 y de 26 de diciembre de 1991. Concretamente en relación al derecho a la propiedad privada, contenido en el art.33.4 CE, tampoco bajo la cobertura del Capítulo II, del Título I, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 18 de abril de 1988 aclara “...que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada del artículo 53.2 de la Constitución confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los tribunales ordinarios que, a su vez, tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y de sus garantías”, por lo tanto su ubicación no implica que estén en ningún modo desprotegidos aquellos derechos que no definan como fundamentales.

¹²⁹ Vid. “Administración Local y Medio Ambiente” en *Derecho del Medio Ambiente...* Op.cit. Pág. 31. Con la misma opinión Sebastián MARTÍN-RETORTILLO considera que no cabe hablar para esta materia de que el art.45 CE otorgue un derecho fundamental exigible constitucionalmente “a disfrutar de un medio ambiente adecuado”, vid. *Derecho de Aguas*. Civitas. Madrid. 1997. Pág.322

acuerdo a la protección jurídica que el artículo 53.3 de la CE¹³⁰ otorga a este derecho la salvaguarda del medio ambiente debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, incidiendo en la interpretación de normas e integrando el llamado bloque de constitucionalidad¹³¹, aunque eso sí sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria –como se especifica desde la propia Constitución- de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan, como reitera el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de enero de 2002 (Ar.9841). Consideración esta última y en relación con la defensa del medio ambiente que debe ser denunciada ante la falta de leyes que doten de contenido a este derecho social al medio ambiente y que suponen una inexistente tutela del derecho del art.45 CE, siguiendo la crítica de B. SORO MATEO¹³².

Sin embargo, y aunque no es el objeto de este trabajo elaborar un análisis extenso de la cuestión, hemos de aludir a la problemática acerca de su consideración

¹³⁰ Art.53.3 CE: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios recogidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

R.GARCÍA MACHO alude a los diferentes grados de garantía de las libertades y derechos fundamentales que establece el art.53 CE; de manera que el art.45 CE, en el que se reconoce el derecho a un medio ambiente adecuado, en su calidad de principio rector de la política social y económica queda cubierto por lo establecido en el párrafo tercero de este artículo, en el que en ningún caso se garantizan derechos público-subjetivos, cosa que no impide que se les reconozca a estos preceptos un alcance jurídico obligatorio, un *hacer activo* a los poderes públicos que están obligados a desarrollar estos derechos y que obligan a los jueces y Tribunales a aplicarlos, de manera necesaria, *vid. Las aporías de los derechos fundamentales y el derecho a una vivienda*. Madrid. 1982. Págs. 136 y ss, y “El principio rector medio ambiente y la protección del ciudadano frente a los ruidos” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...* Tomo III.Op.cit. Págs. 3543 y ss. En sentido positivo acerca del valor normativo y vinculante a los poderes públicos del art.45 Ce se declara el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de abril de 1989 (Ar. 3233). El profesor S.MARTÍN-RETORTILLO también se refiere a la gradación anterior, y a la circunstancia de que es necesaria una ley que desarrolle el derecho reconocido en el art.45 para que pueda hablarse de un “derecho constitucional exigible jurisdiccionalmente a disfrutar de un medio ambiente adecuado”, sin que ello impida, como se recuerda, que el quebrantamiento de los principios rectores de la política social y económica puede dar lugar a una confrontación sobre la constitucionalidad de las leyes y de la práctica judicial y administrativa que no aparezcan directa o coherentemente informada por esos principios, *vid. Derecho de Aguas*. Civitas. Madrid. 1997. Págs. 322 y 323. Más ampliamente sobre estas polémicas CANOSA USERA, R. *Constitución...* Op.cit. Págs. 91 y ss; JORDÁ CAPITÁ, E. *El Derecho...* Op.cit. Págs.148 y ss;

¹³¹ Por ello, en primer lugar el artículo 45 puede actuar como parámetro de constitucionalidad de las leyes y de anulación o inaplicación de reglamentos y de anulación de actos que contravengan frontalmente su contenido. En segundo término, el medio ambiente del artículo 45 se acentúa como límite de otros derechos o bienes constitucionales. Así ha sido reconocido con relación al bien constitucional del desarrollo económico (STC 64/1982) y al derecho de propiedad (STC 170/1989).

¹³² *Vid. La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*. MAM. Madrid. 2005. Págs. 32 y ss; igualmente PAREJO ALFONSO “El medio ambiente” en *Manual de Derecho...* Vol.II. Op.cit. Pág.227.

actual como un auténtico derecho subjetivo¹³³ -entendido éste como una situación de poder concreto otorgada por el ordenamiento jurídico a un sujeto para que defienda y satisfaga sus propios intereses-, que se articula a través de su conexión con otros derechos fundamentales como son la dignidad de la persona o la calidad de vida¹³⁴ sobre los que también han sido varios los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, de entre los cuales destacaremos la STC 64/198, de 2 de noviembre (FJ 2), y la STC 19/1982, de 5 de mayo (FJ 6), y la STS de 25 de abril de 1989 (Ar. 3.233), y de manera clara la STC 102/1995 que reconoce que “cada cual tiene el derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales”, proclamando el derecho del art. 45.1 CE “como un derecho de todos a disfrutarlo y un deber de conservación expresa que reposa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para la protección”, deber que se especifica señalando que esta encomienda supone “a los poderes públicos la función de impulsar y desarrollar la actividad económica y mejorar así el nivel de vida, ingrediente de la calidad, si no sinónimo, con una referencia directa a ciertos recursos (...) y a algunos espacios naturales (...)”. Aun más siguiendo a ÁLVAREZ CARREÑO en el caso del saneamiento de las aguas residuales su conexión se vincula obviamente en el entorno del derecho a un medio ambiente adecuado, que hemos visto, pero de forma evidente “se relaciona estrechamente con otros bienes e intereses también protegidos por la norma fundamental, entre ellos y de modo paradigmático con el derecho a la salud garantizado en el art.43 CE”¹³⁵. Y como muestra, la jurisprudencia europea iniciada con el caso clave López Ostra (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994, en relación a la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y la más reciente jurisprudencia constitucional española a la vista de la Sentencia 119/2001, de 24 de mayo¹³⁶, así como de la Sentencia 16/2004, de 23 de

¹³³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*. Madrid. 1994. Págs. 65 y ss; GARRIDO FALLA, F. “El artículo 53 de la Constitución” en *REDA*. Núm. 21. 1979. Págs. 189 y 190; MARTÍN MATEO, R. *Tratado...* Vo.I. Págs. 147 y 148; VELASCO CABALLERO, F., “El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?” en *Administración en Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*. Núm.19.1994. Págs. 77 y ss.

¹³⁴ Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., “Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente” en *REDA*. Núm.95. 1997. Pág. 354.

¹³⁵ Vid. ÁLVAREZ CARREÑO, S.M, *El régimen jurídico de la depuración de aguas residuales urbanas*. Montercorvo. Madrid. 2002. Pág.85. En el mismo sentido O.LÓPEZ GOLDARACENA, *vid. Los derechos humanos al agua y saneamiento*. Prisma. Montevideo. 2004. Págs.17, 29 y ss.

¹³⁶ Este pronunciamiento niega expresamente el contenido subjetivo del art.45 CE, si bien el Magistrado Jiménez de Parga en su Voto Particular reivindica un contenido subjetivo para dicho precepto.

febrero de 2004¹³⁷ entienden que el derecho al medio ambiente adecuado, aunque no se trate de un derecho expresamente reconocido como derecho fundamental, está unido a la protección de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física y moral e incluye el derecho anterior en el ámbito de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³⁸.

En suma, se trata de un derecho de naturaleza compleja, que a pesar de las iniciales dificultades para dotarlo de un sistema jurídico que lo preserve, ha sabido, dada su trascendencia, erigirse como elemento de referencia, que inspira e impregna otros derechos y en general todas las actuaciones públicas y privadas.

II.2.La función pública ambiental: contenido e implicaciones respecto al saneamiento de las aguas residuales

Tal como establecen los profesores F.LÓPEZ RAMÓN¹³⁹ y F. DELGADO PIQUERAS¹⁴⁰, así como otros muchos autores, es el art.45 CE el precepto que recoge la garantía constitucional del medio ambiente y el mandato dirigido a los poderes públicos de velar por su protección, esto es la denominada función pública ambiental, en expresión del carácter prestacional de este derecho. Mandato dirigido a los poderes públicos en general y que exige, según las atribuciones competenciales y de los servicios a los que nos referíamos, especiales intenciones por parte de cada uno de los niveles públicos, actuaciones que presentan especial trascendencia en el caso del saneamiento de las aguas residuales, pues la intervención del ámbito autonómico y local, encargados de ordenar este servicio, está estrechamente vinculada a la protección del medio ambiente en dichos ámbitos¹⁴¹.

¹³⁷ Estas Sentencias tiene como objeto la contaminación acústica, entendida ésta como una parte del medio ambiente.

¹³⁸ Vid. SORO MATEO, B. *La responsabilidad ambiental ...* Op. cit. Págs. 29 y ss.

¹³⁹ Vid. El artículo de este autor titulado “El derecho ambiental...”. cit. Págs.117 y ss.

¹⁴⁰ En general, su artículo “Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente” en *Revista española de derecho constitucional*. 1993. Núm. 38. Págs. 49 a 79.

¹⁴¹ Como recuerda L.MARTÍN-RETORTILLO en “Administración Local...” cit. Pág. 32.

Esta función pública ambiental presenta no obstante la dificultad de determinar cuál es su alcance y contenido, sus posibilidades y límites¹⁴², contenido que LÓPEZ RAMÓN identifica con dos tareas¹⁴³: la lucha contra la contaminación y la protección de la naturaleza. Definición que tomamos como guía, pues si analizamos el fin del servicio de saneamiento vemos como se identifican plenamente ambas referencias:

-en primer lugar las nuevas exigencias en cuanto al saneamiento de las aguas, respondiendo al principio ambiental de prevención, tratan de reducir *a priori* el nivel de contaminación de las aguas, pues la legislación hídrica -tanto a nivel comunitario y nacional- tiene como objetivo la consecución de llamado “nivel de vertido cero”,

-por otra parte, el saneamiento, es decir la recuperación de las aguas y la limpieza de las sustancias contaminantes que contiene, tiene unos evidentes efectos beneficiosos en la protección de la naturaleza, pues se intenta que las aguas, tanto si se reutilizan como si se vierten, deben ser lo más respetuosas posibles con el medio natural que les rodea.

No obstante estas reflexiones iniciales de las que se infiere la necesaria presencia de los poderes públicos y su participación activa –con la que expresamos nuestro total acuerdo- merecen una explicación de su significado que permita el entendimiento de porqué el medio ambiente, y en concreto el conjunto de derechos y obligaciones que derivan de su protección, puede actuar como límite de las privatizaciones y de cómo se da cabida en este ámbito a la interacción de particulares, en un entorno competencial y de mercado como el actual.

La determinación de la protección del medio ambiente como una función pública implica un forzoso protagonismo de las Administraciones públicas en el desempeño de tal función, pero, dada la transversalidad de esta materia y la realidad de la Sociedad global que nos rodea, no pueden excluirse otras reglas del juego que obligan a tener en cuenta una serie de parámetros como los de libre competencia y neutralidad, que demandan la apertura del sector ambiental a la Sociedad¹⁴⁴. Esta consideración es

¹⁴² Vid. EMBID IRUJO, A. “El papel del Estado en el medio ambiente ¿Vigilante o gestor?” en *El Derecho Administrativo en el umbral del S.XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo III. Sosa Wagner (coord.). Tirant lo Blanch. 2000. Pág. 3474.

¹⁴³ Vid. “El derecho ambiental como derecho...” cit. Pág.109.

¹⁴⁴ Así, ya en 2001 la Comisión señaló en su Comunicación de 15 mayo de 2001 sobre “desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor. Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible” que los Estados miembros deberían analizar cómo aprovechar mejor la contratación pública

contraria, o bien matizada, con la postura mantenida por L.MARTÍN-RETORTILLO quien defiende una ponderación y reflexión ante la disyuntiva de determinar el grado de intervención de la mano pública en el medio ambiente, frente la *poderosa corriente que,...., aboga precisamente por una menor presencia pública, por una reducción de las Administraciones Públicas y de sus esferas de intervención, lo que se expresa hablando de “desregulación”, o con la fórmula sintética de “menos Estado”¹⁴⁵*”.

A nuestro entender este deber constitucional significa que los poderes públicos deben ordenar las condiciones necesarias para que todos los ciudadanos tengan un acceso igual y libre al medio ambiente, es decir debe establecer qué límites y condiciones son los que deben ser instaurados, y también mantenidos, para así satisfacer su finalidad última: la satisfacción del interés general¹⁴⁶, caracterizado además, en este caso, por ser un interés general ambiental y en esa función pública y en su consecución los poderes públicos deben también respetar los requisitos europeos, sobre todo en materia de contratación, cuando para realizar las tareas ambientales hacen usos de formas de gestión que deben someterse a la publicidad, transparencia, no discriminación y libre concurrencia. Frente a estas posiciones algunos autores, como CANOSA USERA¹⁴⁷, defienden una “postura liberal que pretende limitar la actividad administrativa de vigilancia ambiental” encomendando su protección a los propios

para impulsar productos y servicios poco contaminantes” (COM (2001) 264); esta Comunicación ha sido posteriormente revisada en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de 4 de julio de 2001 (COM (2001) 274 final) y, recientemente, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 9 de febrero de 2005 (COM (2005) 37 final).

En este sentido al analizar el Derecho de la contratación pública, en este caso en relación con los cambios y adaptaciones que hubo de aplicar el Derecho alemán, se cuestiona B.GRZESZICK si el Estado, en el nuevo contexto europeo de competencia, está sometido u obligado por el mercado o por el interés general, y enumera entre *los otros fines* -esto es, aquellos que no se caracterizan por ofrecer un beneficio económico, mercantil- la protección del medio ambiente. *Vid.* Las interesantes reflexiones en “Vergaberecht zwischen...” cit. Págs. 649 y ss. Por otra parte en nuestras normas sobre contratación se ha incluido además de las necesarias reformas para cumplir así con las indicaciones europeas, diferentes cláusulas en los pliegos de condiciones que introducen una perspectiva ambiental a tener en cuenta en este ámbito. En efecto, en el TRLCAP podemos citar el art.221.2 sobre el contrato de concesión de obras públicas, el art.227.2.d) en cuanto al estudio de viabilidad, el art.228.2.a) en la realización del anteproyecto de construcción y explotación de obra, entre otros. *Vid.* PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho comunitario como marco de referencia del derecho español de contratos públicos” en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez-Ferrer Morant R. (dir). Civitas. 2004. Pág.48.

¹⁴⁵ *Vid.* “Administración local...” cit. Págs.40 a 43.

¹⁴⁶ Sobre este concepto jurídico indeterminado, que ha levantado polémicas entre la Doctrina, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado” en *REDA*. Núm.89. 1996. Págs. 69 y ss.

¹⁴⁷ *Vid.* “Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental” en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Núm. 94. 1996. Págs. 73 y ss.

particulares, quizás con un excesivo optimismo en cuanto a la propia conciencia ecológica de los particulares que no compartimos plenamente, pues la Administración es la que debe no sólo actuar como vigilante de que se satisface el interés general ambiental, sino que debe establecer cuál es ese interés, en una línea similar a la que mantiene JORDÁ CAPITÁN¹⁴⁸, que expresa sus temores ante una Administración que no está capacitada para asegurar, en exclusiva, las condiciones medioambientales, proponiendo como contrapunto al abuso de poder de las Administraciones, la intervención individual, que así actuarían de un modo complementario a modo de equilibrio, y que propone unos planteamientos más templados, acordes a nuestra posición.

Más recientemente, dado que el reconocimiento constitucional del derecho a un medio ambiente se remonta ya unas décadas atrás, las Naciones Unidas ha dado un paso de gigante que refuerza esta función pública ambiental. En noviembre de 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Comentario General número 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales confirmó el derecho al agua como un derecho humano “indispensable para llevar una vida en dignidad humana. Es un pre-requisito para la realización de otros derechos humanos¹⁴⁹”, con el surgimiento del correlativo deber y responsabilidad por parte de los Estados de garantizar el derecho al agua de forma suficiente, segura y costeable, reconociendo un valor económico al agua, pero también social y cultural. Tal reconocimiento obliga a los Estado indiscutiblemente desde la perspectiva, a nuestro entender, de garantizar y velar que esos servicios sean una realidad para los ciudadanos, más cuando como señala el art. 2.1 de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*¹⁵⁰ surge “la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y libertades fundamentales, entre otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías

¹⁴⁸ Vid. *El derecho a un medio...* Op. cit. Pág.352. Y también A. EMBID IRUJO, “El papel del Estado...” cit. Pág. 3486.

¹⁴⁹ www.un.org/spanish/events/water/Derechoalagua.html.

¹⁵⁰ Resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1998.

jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar de todos esos derechos y libertades”. Estas últimas declaraciones de carácter internacional reavivan pues la necesidad universal del servicio de saneamiento como una obligación de los Estados, pero que no excluyen de por sí la participación del sector privado, aunque la dimensión social de este servicio condiciona la aplicabilidad plena de las reglas del libre mercado, pues el Estado debe regular y controlar que tal servicio esté al alcance de todos, ya que el mismo no siempre presenta el interés económico que mueve de intrínsecamente a las empresas privadas. Es por eso que los poderes públicos en el desempeño de su función ambiental debe bien incentivar y ampliar los ejemplos de cooperación público-privada o bien en el caso de que sea posible introducir a privados, de manera, individualizada en su función, que la actuación particular se realice bajo su planificación y condiciones.

III. PRINCIPIOS EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO CONCRETO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS.

Ante la tarea que pretendemos, justificar porque es necesaria una flexibilización y adaptación del Derecho Público, en concreto del Derecho ambiental –que ya lo está haciendo- a las exigencias de libertad, neutralidad y de mercado es necesario conocer las principales pautas por las que este sector se rige en su afán de conseguir un “elevado nivel de protección ambiental¹⁵¹”. Por ello tratamos aquí algunos de los principios fundamentales y esenciales en esta materia, acotando estos principios al sector de los recursos hídricos. Porque justamente la escasez de los recursos naturales e hídricos y las actividades que cada vez más tienen como sustento las aguas hacen que su contaminación crezca y que las exigencias de saneamiento se multipliquen y se adapten a la mutabilidad de algo tan impredecible como son los recursos naturales, y para ello se han forjado desde el ámbito comunitario, sustancialmente en el art.174 TCE¹⁵², los parámetros que guían el desarrollo de las tareas ambientales.

¹⁵¹ El “hohes Schutzniveau” implica no solamente el máximo nivel de protección (*höchstes Schutzniveau*), sino que sean considerados los aspectos económicos y políticos, *vid.* EPINEY, A. *Umweltrecht in der...* Op. cit. Págs. 98 y 99.

¹⁵² “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio

Así obtener un “desarrollo sostenible” que requiere, de manera instrumental, de una gestión integral y la plena aplicación del principio “quien contamina, paga” son los factores que van a presidir toda gestión ambiental, perfectamente trasladable al sector de las aguas y a la tarea de saneamiento para la consecución de una calidad óptima de los recursos, que pueden ser destinados posteriormente a usos sostenibles como es la reutilización de las mismas, con el consecuente ahorro que ello implica. En este sentido, bien ha constatado PÉREZ PÉREZ que “sólo con una administración unitaria y una gestión integrada de todas las aguas continentales, superficiales, y subterráneas, resulta alcanzable una ordenación racional de los recursos hídricos disponibles”¹⁵³. Sirva esta consideración para dar paso a una explicación más detallada.

III.1.Principio de “desarrollo sostenible”

III.1.1.Las formulaciones primigenias de carácter internacional

La primera y característica definición de desarrollo sostenible decía así: “es el desarrollo que satisface las necesidades actuales de las personas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”. Definición que se recogía en el ámbito internacional, como precedente al hito que se alcanzó a principios de los noventa, en el conocido “Informe *Brundtland*” (1987), primer conato de un nuevo modelo de desarrollo económico destinado a preservar el medio natural tanto de las generaciones actuales como de las futuras¹⁵⁴.

No obstante, el verdadero punto de inflexión, en cuanto a la forma de considerar el medio ambiente y su relación con el desarrollo sostenible, se produjo en junio de 1992 con la celebración de la *Conferencia de Naciones Unidas en Río de Janeiro*

de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”.

¹⁵³ Vid. “La gestión integrada de las aguas superficiales y subterráneas” en *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*. AA.VV. Ecoiuris-IEH. Madrid. 2003. Pág.179.

¹⁵⁴ Vid. LOZANO CUTANDA, B. *Derecho...* Op. cit. Págs. 50 y 51, y, ALLI ARANGUREN, J-C. “Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actuar localmente” en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*. Núm. 226. 2006. Pág. 150.

Con todo, ALLI ARANGUREN señala como primero de los documentos en el que se contenía el concepto de desarrollo sostenible el art.2 de la Conferencia de Estocolmo (1972) que decía así: “Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una planificación y ordenación, según convenga”, vid. “Del desarrollo...” cit. Pág. 168.

(Brasil) –conocida también como Cumbre de la Tierra- en la que se fijaron institucionalmente las bases para la consecución del “desarrollo sostenible”, tras la aprobación un documento estratégico conocido como la “Agenda 21”¹⁵⁵. A través de esta “Agenda” los Gobiernos acordaron que “al desarrollar y usar los recursos hídricos, debe darse prioridad a la satisfacción de las necesidades básicas y a la conservación de los ecosistemas. Más allá de estos requerimientos a los usuarios del agua se les debe cobrar por este recurso de manera asequible”. Este documento constituye un Plan de Acción para los años 90 y para la primera parte del siglo XXI. El Plan significó la base para una nueva alianza global a nivel mundial, nacional y local dirigido a la consecución del desarrollo sostenible y a la protección ambiental en un mundo cada vez más interdependiente donde, de nuevo, se trató la cuestión de la protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce como uno de los más graves problemas del siglo que viene, pero planteados desde la perspectiva de la interacción. Fruto de esta Cumbre se visualizaron los problemas más acuciantes a los que se enfrentaban los recursos hídricos, esto es, su escasez generalizada, la destrucción y contaminación de los recursos hídricos, acompañada de actividades incompatibles, frente a los cuales los instrumentos que se presentan son la planificación y la gestión integrada¹⁵⁶.

En continuidad a la línea implantada en la “Cumbre de la Tierra” se celebró en diciembre de 2001 la *Conferencia Internacional de Bonn* que trató sobre las aguas dulces y que reiteró la necesidad de un enfoque global, interdisciplinar e integrado de temas sectoriales para conseguir el objetivo general del desarrollo sostenible, por lo que se concluyó que temas como la protección del medio ambiente deben armonizarse y ser coronados con las estrategias nacionales de reducción, por ejemplo, de la contaminación del agua. La Conferencia “sobre el agua dulce” presentó el agua como una de las claves del desarrollo sostenible. Fruto de esta reunión se aprobó una serie de recomendaciones de acción con especial hincapié en la constatación del aumento del consumo y de la

¹⁵⁵ Además se aprobaron otros documentos también de interés como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el Convenio sobre biodiversidad, el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y la Declaración de los principios para un consenso global sobre gestión, conservación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques.

¹⁵⁶ Vid. BERMEO CHAPARRO, N. “Participación ciudadana en el diseño y desarrollo de una política para el manejo integral del agua”. Ponencia presentada para la *6ª Conferencia Internacional del Seminario Permanente Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua. Hacia una mejor gestión de los recursos hídricos*. Colombia. 2000.

demanda de agua potable¹⁵⁷, así como de los casos de contaminación optándose, como solución para hacer frente a esta realidad, por una buena administración que pusiera “freno a la explotación insostenible de los recursos hídricos”; por ello, el acceso de agua potable y a los servicios adecuados de saneamiento, particularmente en los países en desarrollo, fueron especialmente tratados, con el fin de conseguir así el desarrollo sostenible al que se aludía.

Bien, planteado como objetivo el “desarrollo sostenible” la realidad es sin embargo nada alentadora, pues este fin que debe guiar, entre otras, las políticas públicas no cuentan con los instrumentos adecuados en dicho ámbito; los medios de la Administración son válidos, sí, pero insuficientes, lo cual deriva en una ineficacia evidente: en la degradación del recurso que se relaciona directamente con los sistemas inadecuados vigentes de saneamiento, claves para asegurar el desarrollo sostenible que tratamos. La solución que parece más viable es la modernización de las infraestructuras del servicio y de las propias formas de gestión, mediante la inversión de capital privado y la aplicación de tecnología desarrollada, pero también con el fomento de la prestación de los servicios de formas cooperativa, aunando esfuerzos entre los sectores públicos y privados.

Las recomendaciones que surgieron de esta Conferencia, con el fin de renovar el compromiso para la ejecución del Programa 21, estaban dirigidas al proceso internacional preparatorio de la *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible*, que se celebró en Johannesburgo en 2002, cuyo balance, tras el fracaso de la Cumbre de Río, ha sido recogido en el informe del Secretario General -en cumplimiento de la Resolución 58/218, de 23 de diciembre de 2003, de la Asamblea General de la ONU- y en el que al menos se demostró un “progreso alentador en todos los niveles en cuanto al desarrollo sostenible”¹⁵⁸. El compromiso adquirido por los Gobiernos en el seno de esta Conferencia mundial fue el de “emplear todos los instrumentos de políticas, incluyendo la regulación, monitoreo... y la recuperación de costos de los servicios de agua, sin que los objetivos de recuperación de costos se conviertan en una barrera para el acceso de la

¹⁵⁷ Corroborando esta afirmación tomamos los datos que O. LÓPEZ GOLDARACENA aporta en sobre la creciente demanda de agua. Así, si bien a principios del S.XX el consumo de agua en el mundo era de 996 Km³ por año, a finales del siglo esta cifra había aumentado hasta 8090 Km³ por año, debido al crecimiento demográfico, la concentración urbana, la industrialización y el cambio en el aprovechamiento en el uso y explotación de la tierra, *vid. Los derechos humanos...* Op.cit. Pág.11.

¹⁵⁸ Este informe se puede consultar más ampliamente en www.un.org/spanish/conferences/wssd/.

gente pobre al agua limpia”. En especial las directrices y repercusiones en cuanto al saneamiento que se formularon en esta Cumbre establecieron el año 2015 como límite para reducir a la mitad el número de personas sin acceso a agua potable y sistemas de saneamiento, jugando precisamente como factor en contra de la inclusión del saneamiento, como criterio para alcanzar el desarrollo sostenible defendido, debido al elevado coste económico que estos sistemas requieren¹⁵⁹. La Cumbre de 2002 también constituyó un marco de referencia para el Tercer Foro Mundial del Agua celebrado en Japón de 2003¹⁶⁰, y para todos los diferentes tipos de organizaciones que se ocupan de los problemas el agua, la pobreza y el desarrollo sostenible, y en especial se posicionan como nuevas prioridades los temas de gestión del agua y el acceso del mayor número de gente al agua potable y al saneamiento¹⁶¹.

III.1.2.Su posterior reconocimiento en el marco europeo

En el contexto europeo el concepto de *desarrollo sostenible* fue introducido con el *V Programa de Acción Medioambiental* (1993-2000) bajo el lema "hacia un desarrollo sostenible"¹⁶².

¹⁵⁹ El resumen de prensa elaborado por la Oficina de Información de la Misión Permanente de España en Naciones Unidas en relación con los “Asuntos económicos y Financieros/Desarrollo y Medio Ambiente” recoge, en este sentido, las denuncias de diversos países. Disponible en: www.spaniun.org

¹⁶⁰ Los precedentes de este Foro Mundial fueron el Foro de Marrakech de 1997 y el de La Haya de 2000. Estas manifestaciones, organizadas por el Consejo mundial del Agua y el Patronato mundial para el Agua, dos organizaciones internacionales no gubernamentales, y el gobierno del país huésped, son la oportunidad de reunir a los diferentes actores del sector para hacer avanzar la reflexión en torno a las problemáticas del momento y proponer algunas soluciones. Para mayor información sobre estos encuentros: www.worldwaterforum.org. El último Foro se celebró en marzo de 2006 en México.

¹⁶¹ Todas estas normas se verán más ampliamente tratadas en el apartado destinado a la Normativa Internacional sobre saneamiento, al que me remito.

¹⁶² Este Programa era válido para el período 1993-2000. Publicado en el DOCE C, nº 318, de 17 de mayo de 1993, fue revisado por la Decisión 2179/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998. DOCE L nº 275, de 10 de octubre de 1998. Sobre la elaboración del Quinto Programa, *vid.* ALONSO GARCÍA, E., *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*. Vol. II. Civitas. Madrid. 1993. Pág. 17 y ss

Durante este periodo en el que el principio de desarrollo sostenible fue positivizado con la aprobación, en desarrollo de la Directiva 91/93/CEE y en un intento de superar la sectorialización que existía en materia de medio ambiente y reforzando este carácter integral de la protección del medio ambiente, de la Directiva 96/61, de 24 de septiembre, de control integrado de la contaminación (DOCE L, nº 257, de 10 de octubre de 1996). En esta norma se establecen las medidas para evitar, o al menos reducir, las emisiones de las actividades industriales en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidos los residuos, para así alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto. Se aborda, pues, el tema de la contaminación de origen industrial desde una perspectiva global dándose cumplimiento al mandato del art.130.R del Tratado (sobre este artículo, *vid.* AENOR. *Manual de Normativa...* Op.cit. Pág.47) –que recoge la tutela ambiental-, pues la hasta entonces prevención

El llamado *desarrollo sostenible* supone para los Estados miembros que deben cumplir las políticas comunitarias observando las exigencias ambientales, pues como señala MONTORO CHINER cualquier política “aislada” de sus consecuencias ambientales no es acorde con las obligaciones derivadas del Tratado¹⁶³ y tampoco de la Constitución Europea. El objetivo principal de aquellas políticas y de las nacionales es alcanzar una gestión adecuada de los recursos naturales y para ello es necesario, sobre todo, que las nuevas disposiciones aprobadas establezcan con claridad los objetivos a conseguir y que exista una voluntad coordinada y solidaria entre la comunidad que lo usa y disfruta, lo cual supone un planteamiento diferente al “normal” hasta ahora. Por ejemplo, en cuanto a los recursos hídricos la solución al problema de la escasez del recurso no se basa ya en una ampliación de la oferta, esto es de los recursos disponibles, mediante la construcción de grandes obras de infraestructura, sino que la clave es la reducción de la demanda y la gestión integral de las aguas. Estas premisas requieren a nuestro entender de una mayor efectividad en la gestión de los recursos, de un replanteamiento de los instrumentos hasta ahora utilizados y por eso es posible, desde dicha perspectiva, adoptar nuevos modelos públicos y también integrar en la consecución de esos objetivos instrumentos de derecho privado. Y así es como aparece recogido en el *V Programa*, y en la revisión que del mismo se inició con el *Informe de la Comisión sobre la aplicación del Quinto Programa*¹⁶⁴, del que se desprende la necesidad de modificar las previsiones del Plan para alcanzar así una mayor eficacia en los objetivos planteados.

Todas estas corrientes innovadoras dieron paso en el ámbito de Derecho de aguas comunitario a una larga y fructífera consulta acerca de la dirección de la *Política de Aguas de la Unión Europea* realizada a petición del Consejo de Ministros y del

sectorializada lo que propiciaba era que los riesgos se trasladasen de un sistema a otro. Se trata de conseguir con esta nueva línea una mayor protección en todos los frentes, evitando de este modo la transferencia de un sistema a otro. La aplicabilidad de Directiva de 1996 no fue, sin embargo, tarea sencilla. La perspectiva integral de esta norma establecía un novedoso, y desconocido, sistema de interacción administrativa que supuso graves problemas de implementación para los países, como el caso de Alemania a pesar de que este país se caracteriza por una estructura institucional dedicada al medio ambiente fuertemente desarrollada. Finalmente, pero con retrasos, se ha instaurado en nuestro país esta autorización integral exigida, que era ya una obligación desde 1999, contenida en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, y en el art.100 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Aguas, actualmente existe en la Comunidad Valenciana un Proyecto de Ley de prevención de la contaminación y calidad ambiental, publicado en el BOCV, núm.145, de 8/11/2005.

¹⁶³ Vid. MONTORO CHINER, M^a. J., “El Estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...* Tomo III. Op. cit. Págs. 3455 y ss.

¹⁶⁴ Informe COM (95) 624 final, de 10 de noviembre. El proceso de revisión finalizó con la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 1998. (Núm.2179/98/CE).

Parlamento europeo, cuyo primer paso fue el Comunicado de la Comisión acerca de la política de aguas de la Unión Europea, adoptado en Febrero 1996, basado en los principios de política ambiental del Tratado y en el *V Programa de Acción Medioambiental* y que después de un detallado análisis del actual estado de las políticas hidrográficas, recomendaba la creación de una Directiva general de aguas. La constatación de un apoyo general hacia esta política en la consulta realizada entre el Consejo de Ministros, el Parlamento europeo, el Comité social y económico, el Comité de las regiones y un amplio círculo de partes interesadas y usuarios particulares del agua tuvo como resultado la aprobación de la actual regulación jurídica comunitaria relativa a la calidad de las aguas, donde se pone de manifiesto la conciencia por parte de la Comisión de la necesidad de ampliar la perspectiva sobre la protección del agua para lograr así, y a través de una mayor participación de los intereses en juego en la elaboración de los contenidos de dicha Política de Aguas, unos objetivos globales y coherentes que se contuviesen, sobre todo, en una única norma marco logro conseguido, al menos formalmente, en la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre¹⁶⁵.

La tarea de saneamiento se encuadra en esta política comunitaria de velar por un desarrollo sostenible en el sentido de que éste es un servicio destinado al mantenimiento de la limpieza y de la higiene que ayudan a evitar enfermedades, mediante la recolección y depuración de las aguas contaminadas. Es otra faceta más de incentivar y extender políticas de “gestión de la demanda”, pues si no se adapta y modifica el actual modelo vigente de gestión de los poderes públicos y se ofrecen alternativas más flexibles y eficaces, difícilmente podremos asegurar un modelo de desarrollo sostenible en relación con los recursos hídricos. Y aun más, hoy en día y con la aprobación el 29 de octubre de 2004 del Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa¹⁶⁶ el “desarrollo sostenible”, si bien ya citado en su Preámbulo cuando habla de que Europa reconoce su “responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra”, se convierte tal y como se recoge en su artículo I-3.3 y 4 en uno de los objetivos de la

¹⁶⁵ Vid. HEY/VOLKERY/ZERLEY “Neue umweltpolitische..” cit.Pág.4.

¹⁶⁶ Ratificado por España tras el referéndum de 20 de febrero de 2005. La Constitución Europea consta de cuatro partes: la primera contiene los objetivos, valores y principios relativos al reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros; la segunda contiene la Declaración de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la tercera contiene las bases jurídicas de las políticas comunes y desarrolla la Parte I; y, la cuarta contiene las disposiciones generales y las normas sobre la nueva Unión Europea. También hay dos anejos el Anejo I sobre la lista de productos objeto de la política agrícola común y el Anejo II contiene la lista de los países y territorios de ultramar. Finalmente existen además 36 Protocolos anexos. Vid. www.constitucioneuropaea.es

Unión, que se concreta con la declaración de fijar un *nivel elevado de protección y de mejora del medio ambiente*, como uno de los pilares de esa sostenibilidad y que se recoge en el art.37 de Carta de Derechos Fundamentales¹⁶⁷ que forma parte del Tratado. Los otros preceptos en los que se recogen las referencias ambientales constitucionales son el artículo II.97 sobre protección del medio ambiente, el artículo III.119, el artículo III.172, donde se impone la transversalidad del medio ambiente y su consideración en cualquier acción que pueda afectar, negativa o positivamente, al medio ambiente. También se dedica una Sección específica formada por el artículo III. 233 y el artículo III.234, donde se fijan los tres principios de la protección del medio ambiente y la consecución del desarrollo sostenible: el principio de precaución y acción preventiva, el principio de corrección de daños al medio ambiente y el principio de “quien contamina, paga”. Además, debido al carácter transversal del medio ambiente aparecen también otras referencias en el desarrollo y regulación de otras políticas como el sector de la energía (art.III.256) o de las relaciones internacionales (art. III.292), etc.

Recientemente en la revisión de la llamada *Estrategia de Lisboa*¹⁶⁸, mediante la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea para un desarrollo sostenible de 9 de febrero de 2005 se ha llevado a cabo una primera valoración sobre la consecución de este objetivo en las políticas comunitarias y se han planteado además las perspectivas para el futuro que dan paso al siguiente epígrafe, pues estamos ante el estadio más reciente de transformación del Derecho administrativo ambiental.

III.1.3. Las exigencias del desarrollo sostenible y las reformas en el Derecho ambiental administrativo

Como hemos definido la consecución del desarrollo sostenible va a condicionar el desarrollo de la actividad de la Administración, pues esta debe asegurar también para generaciones futuras un medio ambiente adecuado. Es por ello que esta premisa se

¹⁶⁷ Se trata de la Parte II del Tratado, que recoge la Declaración de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tal y como fue proclamada en Niza en diciembre de 2000, si bien la redacción del Preámbulo fue modificada, así como las disposiciones finales, relativas al ámbito de aplicación y a la interpretación de su contenido. La gran trascendencia de esta Declaración y de su inclusión es que, por primera vez, se reconoce valor jurídico vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales.

¹⁶⁸ Esta Estrategia, puesta en marcha por el Consejo Europeo en marzo de 2001, destacada en particular por el Consejo Europeo de Barcelona, en 2002, constituye un compromiso de lograr la renovación económica, social y medioambiental de la Unión Europea, para conseguir así en el plazo de 1 año una economía más fuerte que permita la creación de empleo junto a unas políticas sociales y medioambientales que garanticen desarrollo viable y la integración social. <http://europa.eu.int>.

convierte en el seno de la reforma de la Administración y de la renovación de sus formas de actuación en un elemento necesario a tener en cuenta y que además impulsa esa modernización, pues con los medios tradicionales de gestión del medio ambiente, de las aguas, únicamente se asegura ese medio ambiente, esa calidad de las aguas, su saneamiento para el presente o como mucho para un futuro inmediato. En consecuencia hemos de ser cautos con el fomento en esa movilización e implicación de todos los poderes públicos, de la sociedad y del mercado en la consecución de un desarrollo sostenible, pues si bien ello exige, hoy en día, una mayor flexibilidad de los instrumentos utilizados y el impulso de una mayor colaboración, así como el reparto de tareas y de responsabilidad entre los poderes públicos y la iniciativa privada¹⁶⁹, la introducción de nuevas formas de actuación, de criterios de mercado y sobre todo con el excesivo optimismo de traspaso a manos privadas de tareas públicas, como la del saneamiento de las aguas residuales, no siempre son los instrumentos más favorables para el desarrollo sostenible.

De nuevo surge, en relación con este principio la función de control, garantizadora, del Estado no sólo de las estructuras, sino también de que los fines de este principio se consiguen, es decir se asegura que en un futuro próximo se continuará alcanzando un determinado nivel de protección de los recursos naturales, por ello se habla de que no toda competencia de mercado es adecuada para la consecución del desarrollo sostenible, sino que debe crearse para ello una *concurrentia constructiva*, siendo su tarea la de establecer las condiciones-marco necesarias para conseguir el interés general, bajo el mercado y la libre competencia¹⁷⁰.

En esta tendencia de modernización de las formas de administración pública relaciona APPEL también este concepto con el desarrollo de la política señalada del *New Public Management*¹⁷¹, en el sentido que este principio se aplica con una intención de pilotaje¹⁷². Lo que se pretende con la aplicación de estas teorías es que se fijen unos

¹⁶⁹ En este sentido, *vid.* APPEL, I. *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*. Mohr Siebeck. Tübingen. 2005. Pág.16; también RIVERO ORTEGA, R. “Las transformaciones del papel económico de los municipios y la necesidad de cambios en la regulación de la intervención económica local” en *REAL*. Núm. 291. 2003. Pág.998.

¹⁷⁰ *Vid.* SCHERHORN, G. “Markt und Wettbewerb unter dem Nachhaltigkeitsziel” en *ZfU*. Núm.2. 2005. Pág. 141.

¹⁷¹ *Vid.* Nota 37 de la Introducción, y más detalladamente la sección II. DESARROLLO DEL *NEW PUBLIC MANAGEMENT*, en el Capítulo Sexto, de la Cuarta Parte.

¹⁷² En el mismo sentido A.MUSIL señala que bajo el lema de *New Public Management* se incluyen diferentes formas de reforma que pueden ser diferentes en cada país, citando así los ejemplos de

finés a medio y largo plazo que permitan una efectiva protección de los recursos naturales. Así entiende este autor que el concepto de “desarrollo sostenible” supone un cambio de modelo. El nuevo modelo consiste, pues, en establecer unos objetivos concretos que deben conseguirse y satisfacerse a través de instrumentos flexibles¹⁷³. Además de vincular este principio moderno con las tendencias de *management*, lo vincula también a la cooperación -si bien esta ha sido una característica que ya era conocida en el ámbito del medio ambiente- entre la Administración y los privados debido sobre todo al creciente número de casos caracterizados, a menudo, por el carácter interempresarial de sus conocimientos.

La relación entre el desarrollo sostenible y las privatizaciones se basa en que a través de éstas últimas una parte de la ejecución, y también de la responsabilidad sobre las tareas o servicios ambientales a realizar, se traspassa y se comparte con el sector privado, al que se obliga, de todas formas, a cumplir con una serie de objetivos ambientales. Surge así el concepto conocido entre la doctrina alemana de *Verantwortungsteilung* (reparto de responsabilidades¹⁷⁴), como se encargó de concretar

Gran Bretaña, donde se conoce como “Thatcherismus”, Estados Unidos bajo la expresión “Reinventing Government” y Nueva Zelanda con una reforma similar al modelo británico, *vid. Wettbewerb in der...* Op.cit.Pág.38.

¹⁷³ *vid. Staatliche Zukunfts- und...* Op.cit. Pág.494.

Para E.BUSCHOR el *NPM* se dirige hacia una descentralización del Estado y de la Administración, con una amplia delegación de responsabilidad. Por ello esta tendencia es algo más que una reforma de la Administración, sino una reforma del Estado señala, de ello que la cuestión clave sea determinar qué estructuras deben permanecer y cuáles deben desaparecer, *vid. “New Public Management-Reformbedarf auf Bundesstufe” en Vom service public zum Service au Public*. Blindenbacher, Hablützel, Letsch (Hrsg). NZZ Verlag. Zürich. 2000. Pág. 64.

¹⁷⁴ Reparto de responsabilidad que, como advierte BURGI, no sólo se consigue a través de privatizaciones, sino que existen otros instrumentos que se inspiran en esta idea, como es la cooperación público-privada, *vid. “Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung” en NVwZ*. Núm. 6. 2001. Pág. 602; Así como SCHUPPERT “Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatslastung durch Verantwortungsteilung” en *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien, Grenzen, Folgen*. Gusy (Hrs). Nomos-Verlg. Baden-Baden. 1998. Págs. 281 y ss, 400 y ss; J. ZIEKOW identifica asimismo la cooperación a través de los modelos de *Public Private Partnership* como una modalidad de *Verantwortungsteilung*. El reparto de responsabilidades que supone esta idea no implica, no obstante, a su entender, una retirada del Estado en la realización de tareas, sino que la define “como un cambio en la forma de ejercicio del poder” (*Formwandel staatlicher Machtausübung*), que está determinada por la cooperación, la combinación de la autorregulación social y la dirección política, *vid. Public Private Partnership. Projekte, Probleme, Perspektiven*. FÖV. Speyer.2003. Pág. 27.

Quizás sea este el momento de hacer una breve introducción sobre el significado de las *Public Private Partnership* (en adelante, PPP), sin perjuicio de su ampliación posterior, para entender ya desde el inicio el significado que adquieren las propuestas de cambio en cuanto a la actuación de la Administración y su papel de garante del interés general. Este concepto, que pertenece al ámbito del debate internacional sobre la reforma de la Administración, no es de fácil definición, pues a su amparo se da cabida a numerosas formas heterogéneas de cooperación entre la Administración y los privados, así se enumeran de manera tradicional el caso de las empresas mixtas, la *Beleihung*, los auxiliares de la

precisamente el V PACMA¹⁷⁵ que configura la idea de responsabilidad compartida como un medio para alcanzar el desarrollo sostenible¹⁷⁶. En este reparto se atribuye al Estado una *Gewährleistungsverantwortung*, esto es una responsabilidad de garantía, de aseguramiento de que aun mediante intervención privada se alcanzan los fines públicos establecidos¹⁷⁷. Se destaca bajo este amplio espectro, y que veremos ampliamente, diferentes grados de retirada del Estado y de privatizaciones, así como de responsabilidad compartida. Se formula incluso la idea de introducir la consecución de

cooperación (*Verwaltungshilfe*), junto a otras modalidades que no han encontrado todavía una definición exacta. Por eso propone ZIEKOW una definición no basada en la enumeración exhaustiva de casos, sino en la que el elemento principal es la funcionalidad de la figura. Esto es mediante la PPP los poderes públicos y el sector privado definen de manera conjunta un fin (fin que H.MÜHLENKAMP define como la “ejecución eficiente” (desde la perspectiva de la rentabilidad económica) de tareas públicas, *vid.* “Public Private Partnership aus der Sicht der Transaktionskostenökonomik und der Neuen Politischen Ökonomie” en *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt*. D. Budäus (Hrsg). Nomos. Baden-Baden. 2006. Pág.30), para cuya consecución trabajan de forma cooperativa. La principal diferencia con los procesos de privatización, entendidos éstos en sentido estricto o material, es que con la privatización se produce efectivamente una retirada, total o parcial, del estado que se “despreocupa” a partir de tal momento completamente de la función traspasada al sector privado, con la PPP sin embargo la presencia pública es notable y necesaria puesto que se trata de una forma de trabajo asociativa, *vid.* *Public Private Partnership...* Op.cit. Págs. 29 y 30. También sobre este concepto, GERSTLBERGER, W/SCHMITTEL, W. *Public Private Partnership als neuartiges Regelungsmuster zwischen öffentlicher Hand und Unternehmen*. Hans-Böckler-Stiftung. Düsseldorf. 2004, *in totum*. Ampliando la conexión de las PPP con aspectos que interesan a esta investigación, se sitúan bajo la idea de lo que se denominan en Alemania como *funktionale Privatisierung*, pero entendida sólo como una de las posibilidades del traspaso de responsabilidad que las *funktionale Privatisierung* significan en el contexto alemán, *vid.* JOHN-KOCH, M. *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*. Duncker&Humblot. Berlin. 2005. Págs.89 y ss.

¹⁷⁵ Pero como precisa SANZ LARRUGA el origen del principio de responsabilidad compartida en la política comunitaria se reconoce en la Cumbre de Dublín de 1990, *vid.* “El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...* Tomo.III. Op.cit. Pág.3782.

¹⁷⁶ En el ámbito internacional este principio se remonta, sin embargo, a la Declaración de Estocolmo de 1972, fruto de la Conferencia que lleva el mismo nombre, que apela a la responsabilidad de los individuos, de las empresas y de las colectividades “en cuanto a la protección y mejoramiento del medio...”. De manera más clara la “Carta de Naciones Unidas sobre Derechos y Deberes Económicos de los Estados” de 1974 se refiere a la misma pero en alusión a la “responsabilidad de todos los Estados...”, responsabilidad que matiza la Declaración de Río (1992) en la que se parte del dato de que no todos los países ejercen una misma presión sobre el medio natural, de forma que la responsabilidad de los países desarrollados es en estos casos superior a la de aquellos que están en vías de desarrollo, *vid.* SANZ LARRUGA, F.J. “El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...* Tomo.III. Op.cit. Págs. 3777 y ss.

¹⁷⁷ A. MUSIL señala como con esta denominación lo que se está indicando entre la doctrina alemana es la participación de privados en la realización las llamadas “staatliche Aufgaben”; modalidad que bajo la noción de *Gewährleistungsverantwortung* designa diferentes formas de responsabilidad, enumerando a continuación los tres grados que SCHUPPERT diferencia la *Beratungsverantwortung*, *Überwachungsverantwortung* y la *Organisationsverantwortung*. Sin embargo, realmente el núcleo de esta formulación es que el Estado ya no tiene la total responsabilidad en la realización de tareas de su competencia, sino que comparte dicha responsabilidad con los privados, y en el marco de esa responsabilidad compartida debe únicamente asegurar que esas tareas se prestan con una determinada calidad por parte de los privados, *vid.* *Wettbewerb in...* Op. cit. Pág.420; Sobre este concepto, *vid.* SHIRVANI, F. *Das Kooperationsprinzip...* Op.cit. Págs. 106 y ss; también SCHMIDT-ASSMANN, E. *Das allgemeine Verwaltungsrecht* Op.cit. Pág. 172.

los fines ambientales como un “elemento de competencia” (*Wettbewerbselement*), de manera que bajo esta premisa la Administración y los privados quedan ligados de tal manera que compiten para ver quien de ellos alcanza dicho fin de mejor manera y más eficientemente. De todas formas en el seno de movimientos privatizadores de funciones públicas el Estado mantiene como remanente, en muchas ocasiones, y así lo debemos entender en el caso del medio ambiente, la capacidad de examinar y regular a través de normas marco que se articulan mediante obligaciones de los privados de informar, de comunicar...

También alcanza incluso la sostenibilidad ambiental a la descentralización del Estado a favor de entes instrumentales y también de entes descentralizados territorialmente, en este último caso en relación con el principio de subsidiariedad¹⁷⁸. Un paso más allá sería el de introducir bajo esta posibilidad la autorregulación como forma de alcanzar así objetivos sostenibles, en relación con la idea de “schlanken Staates” a la que ya hemos aludido, y que sin embargo ha evolucionado más allá de su inicial formulación como una *retirada* del Estado, pues se entiende que los poderes públicos conservan una responsabilidad última sobre determinados servicios, pero no por ello todos deben ser satisfechos por el Estado. La función, sería más bien *activar* a los particulares en la ejecución de los servicios públicos, de manera que el Estado desde esta misión no es, ni mucho menos, un “*Minimalstaat*”¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Como aclara F. SHIRVANI la subsidiariedad se refiere en relación con el medio ambiente tanto a la necesidad de que sean los municipios, como estructuras más cercanas a los asuntos ambientales, los que deban realizar las políticas de desarrollo sostenible, siempre y cuando no sea más adecuado que se realicen desde instancias superiores, pero también implica que los poderes públicos deben sólo actuar cuando los propios individuos por si mismos no pueden alcanzar dicho fin. Sin embargo esta primera aproximación entre la subsidiariedad y la cooperación pudiera ser problemática en tanto en cuanto hemos visto que los poderes públicos deben ser un elemento presente y de referencia en la protección ambiental. Por ello se establece que si bien ambos principios entran en juego en la protección del medio ambiente, pues ambos fortalecen la intervención de particulares, promueven la *Selbstregulation* en dicha tarea, y en definitiva descargan al estado, su finalidad es diferente y no pueden ser equiparados más que entendiendo que el principio de subsidiariedad es una máxima de actuación y de organización del principio de cooperación, *vid. Das Kooperationsprinzip...* Op. cit. Pág. 247.

¹⁷⁹ Hoy en día, se ha superado ya la fase del “Schlanken Staat”, pues este término ha sido sustituido por el de “Aktivierenden Staat”, expresión que refleja la evolución actual de las teorías sobre modernización de la Administración, en el sentido de que el Estado asume una posición “activa” en la garantía de las tareas que pasan a ser ejecutadas mediante una mayor intervención del sector privado, *vid. GERSTLBERGER, W/SCHMITTEL, W. Public Private Partnership als neuartiges...* Op. cit. Pág. 11. JOHN-KOCH, M. *Organisationsrechtliche Aspekte...* cit. Págs. 106 y ss; H. MÜHLENKAMP “Public Private Partnership aus der Sicht...” cit. Pág. 30; Más ampliamente acerca de la evolución en el proceso de reforma y de modernización de la Administración que pasa de un “demokratische Staates”, a un “activen Staates”, a un “schlanken Staates” y finalmente al estadio actual de “aktivierenden Staates”, *vid. VOIGT, R/ WALKENHAUS, R., “Verwaltungsreformen. Einführung...” en Handwörterbuch ...* Op. cit. Págs. XX y ss. En relación con la sucesión de las dos últimas fases, también, HOFFMANN-RIEM, W.,

III.2.Principios de prevención y cautela (o de precaución)¹⁸⁰

Como se extrae de las formulaciones comunitarias sobre estos principios la pretensión de ambos es intentar que no se produzca un daño determinado, con la diferencia de que ese daño es previsible en el primer caso y ya un peligro concreto en cuanto al juego del segundo¹⁸¹. Se establece una relación entre ambos postulados, de manera que el principio de cautela refuerza el principio de prevención como señala B.LOZANO¹⁸².

El principio de precaución¹⁸³, que propone la gestión responsable del riesgo tecnocientífico como un concepto central de una nueva relación responsable entre el hombre con la naturaleza y con el desarrollo técnico propio de la sociedad postindustrial avanzada¹⁸⁴, ha sido ampliamente desarrollado en el seno de la Comunidad mediante la *Comunicación de la Comisión sobre la utilización del principio de precaución* y la Resolución por el Consejo Europeo de Niza de una *Resolución sobre el Principio de Cautela*, ambas de 2000, en los que se confirma la actuación de los poderes públicos

“Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit” en *Staaten und Steuern. Festschrift für K.Vogel zum 70. Geburtstag*. Kirchof, Lehner, Raupach, Rodi (Hrsg). Müller. Heidelberg. 2000. Pág. 51, y, JOHN-KOCH, M. *Organisatinsrechtliche Aspekte...* Op.cit.Págs. 106 y ss.

¹⁸⁰ Aunque algunos prefieren el tratamiento separado de ambos principios el hecho de que se citen de manera coordinada en el mencionado art. 174.2 TCE los sitúa, a nuestro parecer, en un mismo plano, como confirma la reflexión de M.L. BONILLA PRIEGO y E. JORDÁ CAPITÁN de que ambos convergen en una misma finalidad: evitar que se produzcan daños al medio ambiente, bien sea por su procedencia de un peligro concreto o de un riesgo previsible, *vid.* “Consideraciones en torno a algunos de los problemas existentes para la efectiva implantación del principio de prevención” en *Gestión Ambiental*, Núm.11. 1999. Pág.31. Similares posiciones desde la doctrina alemana mantiene A. EPINEY en *Umweltrecht in der...* Op. cit. Pág.101.

¹⁸¹ En la doctrina alemana el principio de prevención se denomina “Vorbeugeprinzip”, y el de cautela o precaución, “Vorsorgeprinzip”. No obstante, de manera general la jurisprudencia del TJCE tampoco establece diferencias claras entre ambos principios (Sentencia *Fornasar*, de 22 de junio de 2000, Asunto C-318/98, STJCE *Greenpeace France*, de 21 de marzo de 2000, Asunto C-6/99) si bien extiende el ámbito del principio de cautela a otros ámbitos que no son ambientales como el de la salud, en la Sentencia *Artegodan*, dictada por el Tribunal de Primera Instancia el 26 de noviembre de 2002.

¹⁸² *Vid. Derecho ambiental...* Op.cit. Pág. 178.

¹⁸³ *Vid.* BÁRCENA, I. “El principio de precaución ambiental en la Unión Europea: aspectos jurídicos-políticos” en *Revista de Derecho Ambiental*. Núm.19. 1997. Págs. 13 a 42.

¹⁸⁴ *Vid.* ALCOBERRO, R. “Vorsorgeprinzip. El significado del principio de precaución”. Disponible en: www.alcoberro.info/V1/tecnoetica3.htm.

cuando exista un riesgo potencialmente peligroso para el medio ambiente, si bien las nuevas vertientes del mismo reclaman una revisión de su formulación¹⁸⁵

Ambos principios generales conectan con la política de protección de las aguas y especialmente con el saneamiento de las aguas residuales como una concreción de su contenido. Pues con el saneamiento lo que se está evitando es tanto un posible riesgo de contaminación ambiental, como un peligro concreto de que las aguas residuales afecten irreversiblemente otros elementos naturales, sociales y culturales.

Retomando el principio de prevención la Directiva 96/61/CEE, de 24 de septiembre, de control integrado de la contaminación inició una tarea fundamental, pero desde una perspectiva diferente a la hasta ahora seguida, en la política preventiva de los daños ambientales. En lugar de admitir que la actividad de determinadas instalaciones suponía inevitablemente unos riesgos que debían de neutralizarse (lo que se conoce en el sistema anglosajón como “end of pipe solutions”), de lo que se trató a partir de entonces fue de evitar que esos riesgos se produjesen, es decir, los posibles residuos o contaminantes no deberían ni existir, desapareciendo por tanto su control o neutralización. Se trata de intervenir sobre la causa del problema y no sobre el problema en sí una vez éste ya es una realidad. Este nuevo enfoque se ha llamado “de la cuna a la tumba”, y desde el mismo se prevé que el bien antes de agotarse el período de utilización pueda, a su vez, incorporarse a los inicios del ciclo como materia prima o fuente de energía. A partir de esta Directiva son los Estados los que deben asegurarse de que esos residuos no se producen y de que las medidas preventivas adecuadas son adoptadas por las instalaciones afectadas.

En nuestra legislación un ejemplo de este tratamiento integral de prevención de la contaminación se encontraba en la derogada Ley 20/1986, de 14 de mayo, básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos¹⁸⁶, que aunque excluía de su ámbito de aplicación el tema de los efluentes y vertidos al alcantarillado o a los cursos de agua regulados en la Ley de Aguas, su art.3.2, en conexión con el art.6.3, imponía que en las operaciones de

¹⁸⁵ Son significativos sobre esta demanda, entre otros, los siguientes artículos: GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “El principio de precaución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿un principio de buen gobierno?” en *Estudios sobre Consumo*. 2004. Núm.68. Págs. 9 a 26; SEBASTIÁN ROMERO, M. “La Sentencia “Artegodan” del Tribunal de Primera Instancia: el principio de precaución de nuevo en cuestión” en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea* (GJCUE). Enero-Febrero 2003. Núm. 223. Págs. 42 a 58; SEGURA RODA, I. “Principio de precaución: ¿es necesario una (nueva) Comunicación interpretativa de la Comisión?” en *GJCUE*. 2004. Págs. 36 a 50.

¹⁸⁶ Actualmente esta Ley está derogada por la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos. BOE nº 96, de 22 de abril de 1998.

gestión de dichos vertidos, no se trasladase la contaminación o el deterioro ambiental a otro medio receptor, puesto que efectivamente, con el tratamiento y depuración del agua no terminan los problemas ambientales relativos a la eliminación de residuos, sino que éstos, más bien, se trasladan o se transforman, como puede ser el caso de los lodos generados por la depuración de aguas urbanas, que son almacenados cuando se ha investigado el carácter orgánico de su composición, y que permitiría su reutilización en el sector agrario como fertilizantes.

III.3.El principio “quien contamina, paga” y la corrección de los atentados al medio ambiente

La importancia asignada durante el S.XX a las cuestiones medioambientales y la efectividad, lamentablemente, de los aspectos económicos en la realización de cualquier actividad han situado en un lugar preferente el uso de instrumentos de esta naturaleza¹⁸⁷ en la regulación de las políticas ambientales. Esta realidad reflejada en el principio “quien contamina, paga¹⁸⁸” ha supuesto, por un parte, en estrecha relación con el “principio de prevención¹⁸⁹”, el establecimiento de diferentes figuras impositivas con una finalidad concreta, desincentivar las actividades que afectan de forma decisiva al medio ambiente a través de su gravamen y la aplicación; y, por otra, en conexión con el

¹⁸⁷ El criterio “quien contamina, paga”, debe inspirar, de forma general, la elección de las diversas medidas económicas que puedan utilizarse contra la contaminación, donde también juegan otras condiciones de justicia y eficacia.

¹⁸⁸ El origen del principio de “quien contamina, paga” se sitúa en la Decisión de la OCDE de 26 de mayo 1972 que aprobó los “Principios directores referentes a los aspectos económicos de las políticas ambientales en la perspectiva internacional”, en la sesión de 14 de noviembre de 1974; el Consejo desarrolló este principio precisando su campo de aplicación y urgiendo su necesaria puesta en práctica y se incluyó en los Programas Ambientales de la Comunidad Europea (el I Programa Medioambiental de la Comunidad recoge este principio en su Título II. Posteriormente, el III Programa Medioambiental se refiere expresamente al mismo como uno de los medios para conseguir un mejor uso de los recursos, siendo finalmente reconocido y constitucionalizado en el art.130.R.2 del AUE. Este principio fue la clave del V Programa Medioambiental denominado “Hacia un desarrollo sostenible”), si bien no fue sino con la introducción tras el Tratado de Maastricht de 1992 del artículo 130.R.2) del TUE cuando quedó institucionalizado y consagrado como principio ambiental europeo.

Sin embargo se advierte de las variadas interpretaciones que de este principio se da desde perspectivas económicas y jurídicas, ofreciendo B.HANJÜRGENS entre ellas una definición propia, una reinterpretación de la concepción económica, como una regla de eficiencia en el Derecho ambiental, *vid.* “Das Verursacherprinzip als Effizienzregel” en *Effizienz im Umweltrecht*. E.Gawels (Hrsg). Nomos Verlags. Baden-Baden. 2001. Págs. 382 y ss.

¹⁸⁹ El principio “quien contamina, paga” está unido, estrechamente, al objetivo de prevención que se impone en materia ambiental y que responde al devastador impacto que producen los ataques a la Naturaleza, de forma que las medidas que se adoptan deben ser no sólo de carácter corrector, sino también preventivo. *Vid.* PURPS, T. *Umweltpolitik und Verursacherprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Heymann. Köln. 1991. Págs. 21 y ss.

principio de corrección de los atentados al medio ambiente -al que hemos aludido al tratar la cláusula “end of pipe solution”- la reparación preferentemente en la fuente misma¹⁹⁰.

En materia de aguas fue la Ley de Aguas de 1985 –hoy el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001- el único testigo de normativa estatal que, por entonces, recogía una previsión que respondía, y responde, a los mandatos comunitarios sobre prevención y responsabilidad por la contaminación de las aguas, esto es al principio “quien contamina, paga”¹⁹¹.

Varias son las cuestiones que plantea este principio. Una es la determinación del responsable, otra qué tipo de responsabilidad se exige y finalmente el uso de instrumentos de incentivación de carácter económico.

Aunque la vinculación entre el principio “quien contamina, paga” y la responsabilidad por daños ambientales se deduce del art.45.3 CE¹⁹², la primera individualización del responsable por contaminación de las aguas, tarea exigida por este principio, se estableció originariamente en la Ley 1985 a partir de los procedimientos autorizatorios de los vertidos y la consecuente obligación de establecer las necesarias instalaciones de depuración. Aun más, siguiendo esta línea, se fijaron también multas e indemnizaciones para aquellos que efectuasen vertidos sin la perceptiva autorización o fuera de los límites fijados en ella, sin olvidar la obligación que, con carácter global, se regulaba a través de la figura del canon del vertido, con una finalidad incitadora, para que el responsable de la contaminación adoptase por propia iniciativa, con el menor coste, las medidas necesarias para reducir la contaminación de que fuera causante y/o se hiciese cargo de su participación en los gastos de medidas colectivas, esto es se fomentaba entre los privados la implementación de tareas de recolecta y tratamiento previo a la realización de vertidos a las aguas. De esta forma junto con la función de

¹⁹⁰ Este principio se le conoce en el Derecho alemán como “Ursprungsprinzip”. Se señala en aquel contexto que mientras que el principio de precaución (sólo) indica bajo qué condiciones puede o debe ser tomada una decisión de política ambiental, el principio de corrección de los atentados al medio ambiente establece cuándo y dónde deben o pueden realizarse dichas medidas, *vid.* A.EPINEY. *Umweltrecht in der...* Op.cit. Pág.105.

¹⁹¹ Acerca de la determinación del sujeto responsable en relación con este principio F.FUENTES BODELÓN afirma que se han incorporado en este principio contenidos que hacen referencia a la responsabilidad civil, *vid.* “Incentivos medioambientales en la CEE” en *Revista de Derecho Ambiental*. Núm.6. 1990. Pág. 31.

¹⁹² *Vid.* JORDANO FRAGA, J. “Responsabilidad por daños al medio ambiente” en *Derecho del medio ambiente ...*Op.cit. 2006. Págs. 428 y ss.

estímulo no se olvidaba la función redistributiva del canon¹⁹³. En la actualidad, tras la aprobación del nuevo Texto Refundido de la Ley de Aguas debemos sin embargo matizar las afirmaciones anteriores, ya que la individualización a la que aludíamos del responsable no parte de los procesos autorizatorios, sino de la realización misma del vertido, puesto que para ser sujeto pasivo del canon ya no va a exigirse que exista una previa autorización, sino que, efectivamente, se produzca la realización de un vertido¹⁹⁴.

De acuerdo con el principio aquí examinado el contaminador es el que debe asumir los costes de las medidas de prevención de la contaminación, internalizando así los costes medioambientales. De esta forma los gastos producidos por la contaminación se reflejan en el precio final del producto al igual que ya lo están los costes de transporte o envasado. Queda constatada, en definitiva, como la visión que se dio desde el *V Programa* era una visión más amplia y completa de este principio, de modo que no sólo paga quien usa los recursos naturales, sino que se obliga también a la utilización racional de los mismos.

Más recientemente, la Directiva 99/31/CE relativa al vertido de residuos¹⁹⁵ consideró que en virtud del principio “quien contamina, paga” es necesario tener en cuenta entre otros factores, como el daño al medio ambiente que causan los vertidos, obligando expresamente en su artículo 10 a que los estados garanticen “*que todos los costes que ocasione el establecimiento y explotación de vertederos, incluido en la medida de lo posible, el coste de la fianza o su equivalente...así como los costes estimados del cierre y mantenimiento posterior del emplazamiento durante por lo menos treinta años, queden cubiertos por el precio que cobre la entidad explotadora por la eliminación de cualquier tipo de residuos en dicho vertedero*”¹⁹⁶...”. Uno de los requisitos que aparece en esta Directiva para la obtención de la autorización de vertidos, y que responde a una interpretación preventiva de ese principio, es el de la utilización

¹⁹³ Sobre cuáles son los posibles destinos del producto del canon establecido por la Recomendación 75/346/Euratom, CECA, CEE, de 3 de marzo de 1975, *vid.* TOLEDO JÁUDENES, J., “*El principio quien contamina, paga y el canon del vertido*” en *RAP*. Núm.112.1987. Pág. 304.

¹⁹⁴ Art.113 TRLAg: “1. Los vertidos al dominio público hidráulico estarán gravados con una tasa destinada al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica, que se denominará canon de control de vertidos. 2. Serán *sujetos pasivos* del canon de control de vertidos, *quienes lleven a cabo el vertido.*” (la cursiva es nuestra).

¹⁹⁵ DOCE L nº 182, de 16 de julio de 1999.

¹⁹⁶ *Vid.* el *Consideramos 5*, y el art.10 de la Directiva 99/31/CE del Consejo de 26 de abril de 1999 relativa al vertido de residuos.

de la mejor tecnología disponible¹⁹⁷. Se trata de un nuevo concepto que se está integrando cada vez más en las políticas ambientales, sin embargo la dificultad de esta nueva aportación radica, en responder a la cuestión ¿qué entendemos por “mejor tecnología disponible”? Término que se encarga de definir el artículo 2 como “*el estado de desarrollo más eficaz y avanzado de las actividades y de sus modalidades de explotación, demostrándose la aptitud práctica de las técnicas particulares que constituyen en principio la base de los valores límites de la emisión que se tiende a evitar, y cuando esto es imposible, a reducir de manera general, con trascendencia de su impacto en el conjunto del ambiente*”.

El tema de la responsabilidad por el deterioro de la calidad del agua, consecuencia de los vertidos es, pues, de vital importancia¹⁹⁸. Tal responsabilidad es indispensable para establecer un efectivo sistema de gestión de las aguas residuales y está conectada, en nuestro ordenamiento jurídico, con la potestad sancionadora de la Administración Hidráulica, que regula los artículos 108 y siguientes del Texto Refundido. A tenor de los mismos a los infractores se le imponen no sólo determinadas sanciones, sino también se les exige la necesaria reparación por los daños y perjuicios causados, así como la reposición al mismo estado en que se encontraban las cosas antes de producirse el deterioro. En definitiva estamos ante la plena aplicación, en la legislación española, del principio “quien contamina, paga”, en especial por la individualización de la obligación de reparar el daño causado, que no por ello exculpa la posible responsabilidad objetiva que se le puede imputar a la Administración

¹⁹⁷ La aceptación de esta expresión en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos plasmada en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación que traspone la Directiva 96/61/CE. Tanto en su Preámbulo, como a lo largo de su texto, y en concreto en el Título II del mismo, se hace uso de este concepto, aunque bien hay que aclarar, que no aparece una concreción del mismo. Sobre la trasposición de esta Directiva al ordenamiento español, *vid.* las ponencias de PUEBLA PONS, C. “Algunas reflexiones sobre el impacto y trascendencia de la trasposición de la Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre en Cataluña a los entes locales”.Págs.239 a 249; MACIÁ, V. “Mesa de trabajo: La transposición de la Directiva IPPC”. Págs.249 a 225; VALENCIA MARTÍ, G. “La legislación catalana sobre la intervención integral de la administración ambiental”.Págs. 255 a 271; ARTOLA GONZÁLEZ, M. “Análisis de la Directiva 96/61 y de su transposición al Ordenamiento español”. Págs. 271 a 281 en el *III Congreso Nacional de Derecho Ambiental*. AA.VV. Fundación Biodiversidad-Ministerio Medio Ambiente. 2000.

Sobre este concepto, recientemente, M.TARRÉS VIVES “Las mejores tecnologías disponibles en materia ambiental: fórmulas para su determinación” en *Derecho del medio ambiente ...Op.cit.* 2006. Págs. 345 y ss.

¹⁹⁸ La Sentencia de 31 de agosto de 1986 del Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por la empresa minera “Nacional Adaro de investigaciones mineras S.A”, que en operaciones de lavado de mineral vertió plomo al río Guadial, considerando responsable a la citada empresa de la contaminación del río, condenándola por ello a pagar una indemnización por el daño causado.

Hidráulica, bajo determinados supuestos también tasados en la Ley¹⁹⁹. Es en este punto donde surge también claramente el principio de corrección, ya que de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, dicha reparación debe realizarse de la forma más adecuada y viable, que no es otra que lo más cerca posible del lugar de producción de la contaminación, para imitar así posibles traslados²⁰⁰, pero siempre bajo la perspectiva de la proporcionalidad, ya que cada fuente de contaminación no puede por ello ser prohibida alegando con ello la aplicación del principio corrector.

Enlazando con lo dicho en el punto anterior, la última revisión de la política de residuos realizada en 1997 por el Consejo²⁰¹ mostró su intención de ampliar el alcance del principio “quien contamina, paga”, combinándolo con el principio de “responsabilidad compartida”, ya que en su opinión “*todos los agentes económicos, incluidos los fabricantes, importadores, distribuidores y consumidores, deben cargar con su parte específica de responsabilidad, en lo que se refiere a la prevención, valorización y eliminación de los residuos*”. No obstante, decir que, desde diferentes análisis²⁰² acerca de la vertiente económica, financiera y tributaria del tema de la contaminación, se ha cuestionado hasta qué punto, la asunción del coste que la descontaminación plantea, debe ser considerada una carga económica a soportar por quien o quienes producen el deterioro de los recursos o esa carga debe ser asumida con carácter general por la comunidad mediante impuestos, ya que estos sujetos, sin beneficio alguno, han tenido incluso que soportar, con anterioridad, el deterioro medioambiental.

La culminación de las intenciones descritas fue la aprobación de la citada Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales²⁰³, como expresa su artículo 1, en el que se define el objetivo de la norma al referirse al principio “quien contamina,

¹⁹⁹ La responsabilidad en este ámbito de la Administración, tiene un carácter general y amplio, incluida dentro de los daños al medio ambiente. Los supuestos concretos en materia de aguas y responsabilidad de la Administración vienen tasados en el art.106 de la CE, la LJCA, y LRJ-PAC.

²⁰⁰ Vid. LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental...* Op.cit. Pág. 179.

²⁰¹ Resolución del Consejo de 24 de febrero de 1997, sobre una estrategia comunitaria de gestión de residuos. Punto núm. 13. DO n° C 076, de 11/03/1997. Págs. 0001-0004.

²⁰² Nos referimos sobre todo a planteamientos económicos neoliberales que abordan el tema de la contaminación de las aguas, incluso desde un punto de vista del mercado. Vid. ANDERSON, T. L. *Ecología de mercado*. Leal. Madrid. 1993. Págs. 209 y ss.

²⁰³ DOCE L. Núm.14, de 30 de abril de 2004. Págs. 56-75. El plazo de trasposición fijado en esta Directiva es, según el art.19, el de 30 de abril de 2007.

paga” como fuente inspiradora de ese marco de responsabilidad. En el marco del nuevo régimen de responsabilidad de carácter objetivo²⁰⁴ se incluyen –el ámbito material u objetivo lo califica JORDANO FRAGA como de estricto²⁰⁵- como daños ambientales los *daños a las aguas*, y aparece así la vinculación con la tarea de saneamiento, pues todo vertido que no se haya sometido al saneamiento y tratamiento exigido por las normas vigentes dará lugar a una contaminación de las aguas y a la aplicación de la mencionada norma. Desde el plano preventivo y con la consecuente obligación de reparación de daños ambientales la Directiva se aplica a las actividades enumeradas en el Anexo III, en conjunción con el art.3.1, donde se incluyen las instalaciones sujetas a la Directiva 96/61/CEE y los vertidos en aguas continentales sujetos a permiso, autorización o registro, de acuerdo con las Directivas 76/464/CEE, 80/687/CEE y la Directiva 2000/60/CE²⁰⁶, y, además de dicho régimen de responsabilidad objetivo se establece la responsabilidad subjetiva²⁰⁷ para cualquier actividad profesional que dañe o amenace con causar de un modo inminente un daño a las especies y hábitats naturales, reforzándose de este modo la protección de la biodiversidad.

Finalmente hemos de tratar el aspecto económico de este principio que se materializa en diversidad de instrumentos que abarcan desde impuestos de carácter ecológico, hasta el establecimiento de determinados estándares que deben cumplirse, en la línea del Protocolo de Kyoto, hasta la posibilidad de que se apliquen excepciones a este principio, en el sentido que quien cumpla, sea favorecido por algún tipo de ayuda o subvención de carácter económico... Ello se relaciona directamente con el Derecho comunitario de la competencia, que como es sabido se basa en la libertad de concurrencia y en tratar de evitar que las empresas nacionales tengan ventajas competitivas respecto a otras empresas concurrentes de otros países, que no gocen de dichas ventajas. La cuestión es cómo se ve afectada esa libre competencia cuando se

²⁰⁴ Con este sistema se está ya responsabilizando la existencia de un riesgo eminente de daño ambiental. De esta forma surge la responsabilidad por el mero hecho de que una actividad genere un riesgo, sin exigirse que exista culpa o negligencia para que surja a obligación de adoptar medidas preventivas o reparadoras.

²⁰⁵ Vid. JORDANO FRAGA, J. “Responsabilidad por daños al medio ambiente” en *Derecho del medio ambiente ...Op.cit.* 2006. Pág.445.

²⁰⁶ Sobre la responsabilidad por daños ambientales con un análisis sobre el sistema español vigente y las novedades del sistema comunitario, vid. LOZANO CUTANDA, B. *Derecho Ambiental...* Op. cit. 2005. Págs. 263 y ss. También puede verse la monografía *Estudios sobre la Directiva 2004/35 de responsabilidad por daños ambientales y su incidencia en el ordenamiento español*. AA.VV. Aranzadi. 2005, *in totum*.

²⁰⁷ Ello significa que siempre que haya existido culpa o negligencia.

otorgan beneficios económicos a agentes, privados o públicos, que adecuan su actuación a los estándares que exige la normativa comunitaria sobre aguas y el “principio quien contamina, paga”. Al respecto la práctica muestra como se adoptan criterios flexibles de acuerdo a las *Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente*²⁰⁸ aprobadas por la Comisión que cita B. LOZANO CUTANDA.

A nivel comunitario el art.175.5 TCE prevé una excepción del principio del contaminador pues, sin perjuicio del principio “quien contamina, paga”, existe la posibilidad de excepciones de carácter temporal y/o mediante la concesión de apoyos financieros, con cargo a los Fondos de Cohesión²⁰⁹, cuando una medida adoptada en la consecución de los objetivos ambientales en materia de medio ambiente, descritos en el art.174 TCE, implique costes que se consideren desproporcionados por las autoridades públicas de un Estado miembro. También a nivel internacional la OCDE prevé casos similares, que de manera particular permiten la no aplicación del principio. Ello es posible, si se trata de subvenciones limitadas en el tiempo por tratarse de una solución transitoria, y si dichas subvenciones o ayudas no tienen efectos significativos sobre el comercio e inversiones internacionales²¹⁰.

Es de gran interés, por su valor aclaratorio de los rasgos o naturaleza de ésta cláusula, la triple función jurídica que BAENA AGUILAR²¹¹ le asigna²¹². Éste la define en primer lugar, como el fundamento de los impuestos ecológicos en cuanto establece la *ratio iuris* de los mismos, de forma que son los sujetos contaminantes, los que asumen el coste social externo de su actividad productiva; en segundo lugar como límite del gasto público, y por último determina la actuación de los poderes públicos, en tanto la solidaridad colectiva, se presenta como el principio legitimador del empleo de los recursos públicos, y a su vez es la expresión última del deber de contribuir más intensamente a aquellos que aumentan el deterioro del medio ambiente.

²⁰⁸ DOCE C 37/3, de 3 de febrero de 2001.

²⁰⁹ Creados de acuerdo con el art.161 TCE.

²¹⁰ Vid. G.C. ROWE, “Das Verursacheprinzip als Aufteilungsgrundsatz im Umweltrecht” en *Effizienz im Umweltrecht*. E.Gawels (Hrsg). Nomos Verlags. Baden-Baden. 2001. Pág. 403.

²¹¹ Vid. BAENA AGUILAR, A., “Nuevos impuestos ambientales” en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*. Núm 241. 1996. Págs. 567 y ss.

²¹² Por su parte G.C. ROWE diferencia entre una función redistributiva general (*Aufteilungsfunktion*), donde criterio clave es el de eficiencia en la elección y uso de recursos naturales que son escasos, como el agua, y una función ejecutiva derivada de la anterior que es la efectivamente permite reivindicar determinados comportamientos y la elección de instrumentos en relación con la distribución de responsabilidades, *vid.* “Das Verursacheprinzip als...” cit. Pág. 399.

La función pública que el art.45.2 de la CE exige para proteger la calidad de vida y del medio ambiente, y en consecuencia de las aguas, requiere para su eficacia la colaboración de todos los ciudadanos, tal y como se deduce del reclamo a la solidaridad colectiva, inexcusable además, que se exige en ese mismo precepto “*in fine*”, siendo precisamente esa apelación a la solidaridad colectiva²¹³, como eje básico de colaboración en la función pública de protección del medio ambiente, la que integra este principio de “quien contamina paga” en el ordenamiento español.

III. 4. Dos principios inherentes al derecho de aguas: la unidad de gestión y el tratamiento integral del agua

Partiendo de la afirmación de F. CRISTÓBAL SÁNCHEZ de que el agua es el único servicio que no extingue su uso una vez llega a su destino, los hogares, pues es preciso devolverla al medio ambiente, planteamos la significación del principio de “unidad de gestión” y la necesidad de una “perspectiva integral del agua”²¹⁴.

El carácter de ciclo de los recursos hídricos propicia por una parte el tema de la unidad en la gestión de los recursos hídricos²¹⁵ y por otra que el tratamiento sea integral²¹⁶, y una cosa va unida a la otra, sin que se pueda entender la unidad de gestión

²¹³ Como señala ROSEMBUJ la solidaridad colectiva no es otra cosa que el interés general. El mismo valor protegido en el art.128 de la CE, reaparece en el art.45 CE en los términos de interés difuso colectivo al equilibrio ecológico y, también, asignado el coste social que este significa. *Vid. Los tributos y la protección del medio ambiente*. Marcial Pons. Madrid. 1995. Pág. 43.

²¹⁴ *Vid.* “Costes y servicios de financiación de los sistemas de saneamiento. Caso práctico: Planes de Saneamiento Integral de la ciudad de Madrid” en *Jornadas Internacionales sobre uso racional del agua en ciudades*, celebradas en Alcobendas (Madrid) el 16 y 17 de diciembre de 1999.Madrid.2000.Pág.99.

²¹⁵ La unidad de gestión es un principio organizativo que implica la concentración de funciones en un órgano, pero también a la par se refiere a la unificación en la forma de actuar; es decir una actuación coherente y coordinada, pero también que respete las singularidades propias de las características de las aguas, pues no es lo mismo las aguas procedentes de desalación, que las destinadas a la reutilización, o aquéllas contaminadas por nitratos agrícolas. R.MARTÍN MATEO al respecto dice “la óptica de la unidad del ciclo exige que la política de aguas tenga un enfoque globalista que incluya no sólo las bases espaciales necesarias, sino también todo el conjunto de relaciones físicas y biológicas que se apoyan en el agua”. *Vid. Tratado... Vol.II*. Op. cit. Pág.24. Sobre el principio de unidad de gestión en el Derecho ambiental tratado de forma general, *vid.* JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. *Derecho Ambiental*. Dykinson. Madrid. 2004. Págs. 428 a 430.

²¹⁶ La gestión o tratamiento integral del agua se define en el art.24.f) TRLAg y en el art.6 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, de los que se deriva que tratamiento integral supone una gestión global de las aguas superficiales y subterráneas, que afecta a la diversidad de procesos que constituyen el ciclo hidrológico, con un enfoque basado tanto en la calidad como en la cantidad. Esta concepción de gestión integrada se recoge también en el art.2.7 del 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.

sin un planteamiento global de los recursos hídricos, como tampoco es posible establecer fundamentos globales que se apliquen sólo a una parte del ciclo hidrológico, pues como es evidente es un ciclo donde todas las fases son interdependientes. Por eso se habla de forma amplia y general del concepto de *Gestión Integrada del Agua* (GIA), como un concepto que considera el agua como un sistema complejo cuyo foco de atención pasa de las actividades de control a las actividades de cuidado y mantenimiento²¹⁷.

Esta gestión integral de las aguas es un concepto ambicioso y vasto que afecta a las aguas superficiales y subterráneas, a la calidad y a la cantidad²¹⁸, y a los usos de los recursos, esto es tanto a la oferta como a la demanda, al medio ambiente de forma general, así como al conjunto de políticas de la Comunidad y desde el punto de vista espacial a todos los territorios, estructurados a través de las cuencas hidrográficas²¹⁹, que son actualmente un concepto aceptado desde las instancias más internacionales, como elemento de cohesión²²⁰. Un papel vital en la gestión de las aguas posee por ello la institucionalización de las cuencas hidrográficas. Pues esta realidad, de origen español, ha sido tomada como referencia en la citada Directiva Marco del Agua²²¹,

²¹⁷ Vid. GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, C., “Marco legal para la implantación e incentivación de la gestión de la demanda del agua en España y en la Unión Europea” en *Jornadas Internacionales sobre uso racional del agua en ciudades*, celebradas en Alcobendas (Madrid) el 16 y 17 de diciembre de 1999. Madrid. 2000. Pág.67.

²¹⁸ Vid. ALLENDE ÁLVAREZ, M. “La política ambiental, en materia de aguas, de la Unión Europea” en *Gestión y Medio Ambiente*. EMBID IRUJO, A (dir). Civitas. Madrid.1997. Pág.272, quien reclamaba ya la aprobación de una Directiva-marco en materia de gestión de recursos hidráulicos, superficiales y subterráneos.

²¹⁹ La relación entre cuenca hidrográfica y unidad de gestión la sostiene también LASAGABASTER HERRARTE, I, quien entiende que la primera es una derivación de la segunda. Vid. *Derecho Ambiental*. IVAP. Oñati. 2001. Pág.191.

²²⁰ Todos estos aspectos son tratados más detalladamente por C.GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ en Universidad de León. León. 1997. Págs. 19 a 34.

De acuerdo con la definición de la DMA, que coincide con el art. 16 del TRLAg, la cuenca hidrográfica es “la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta”. Más recientemente DÍAZ LEMA destaca la cuenca hidrográfica como expresión de los procesos descentralizadores desarrollados en las últimas décadas en la evolución de los estados, de manera que se potencia el papel del Estado en el plano legislativo y se amplían las facultades administrativas a nivel regional, siempre tomando como eje de la organización administrativa en materia de aguas la cuenca, vid. “Bases para la construcción de un Derecho de Aguas Europeo” en *RAP*. Núm. 169. 2006. Págs. 258 y ss.

²²¹ La DMA, además de introducir el concepto citado de “cuenca hidrográfica”, establece también una unidad de gestión más amplia, que es el de “demarcación geográfica” cuyo ámbito corresponde a zonas transfronterizas. Se define como “las aguas subterráneas y costeras asociadas, designada con arreglo al apartado 1 del artículo 3 como principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas” (art.2.15 DMA, y art.16.bis TRLAg).

donde desde el punto de vista de la organización la unidad de gestión implica que la consecución del “desarrollo sostenible” y la gestión integral del agua -dos objetivos ligados indiscutiblemente- se lleve a cabo en ese ámbito geográfico. En estas cuencas hidrográficas y en la exigida gestión integrada juegan un papel fundamental, como organismos encargados de llevar a la práctica la gestión, las Confederaciones Hidrográficas sobre las que se plantean en el presente necesidades de remodelación y de una mayor participación ciudadana, mediante políticas de integración y de colaboración de los diversos agentes sociales para resolver más eficazmente los problemas de las cuencas, y que serán tratados en la tercera parte.

El acento al tratar la significación de la unidad en la gestión recae en la organización administrativa y en la forma de actuar de los poderes públicos. Esto es, junto a la descentralización territorial que caracteriza la forma actual de nuestra Administración²²², en este caso hidráulica, el principio de unidad de gestión conduce a que las tareas de protección y restauración del medio ambiente se concentren, en la medida de lo posible y para evitar conflictos de intereses, en una única organización especializada²²³, a la que se le exige la aplicación de una política unitaria con la intervención de los agentes necesarios. Actualmente esta unidad de gestión desde el punto de vista organizativo se plasma en la creación en 1996 en un Ministerio de Medio Ambiente, del cual depende una Dirección General del Agua y las Confederaciones Hidrográficas; además la incidencia de esta premisa ha supuesto que en varias de las leyes autonómicas sobre la regulación de los servicios del agua aparezcan tratados conjuntamente tanto el abastecimiento de las poblaciones como el tratamiento de las

A. EMBID IRUJO señala en relación con las “demarcaciones hidrográficas” y con ocasión del comentario de la Sentencia de Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 que la trasposición del art.16.bis) TRLAg no es adecuada a la práctica y realidad española, pues se refiere por un lado a las demarcaciones hidrográficas sólo con cuencas intercomunitarias, y por otro lado sólo con cuencas intracomunitarias, razón por la que, alega, el Texto Refundido debería ser modificado, para permitir futuras demarcaciones hidrográficas que agruparan el territorio de las cuencas intercomunitarias y de las cuencas internas propias de cada Comunidad, *vid.* “La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 en relación a las cuencas internas de las Comunidades autónomas Valenciana y de Castilla-la Mancha desde la perspectiva de su ejecución y cumplimiento” en *RAP*. Núm. 169. 2006. Págs. 441 y 442.

²²² Por ello advirtió en su momento F.LÓPEZ MENUDO que el “principio de unidad de gestión” adquirió tras la Ley de Aguas de 1985, y sobre todo tras la nueva división política del territorio en Comunidades Autónomas una nueva dimensión. Pues si bien con anterioridad se relacionaba con la situación paradójica de convivencia en la Administración hidráulica entre Cuencas hidrográficas y Comisaría de Aguas, en estos momentos tal postulado se refiere, más bien, al problema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y de éstas entre sí, sobre las cuencas llamadas intercomunitarias, *vid.* “Los órganos de cuenca en la nueva Ley de Aguas” en *REDA*. Núm.49.1986. Pág. 46.

²²³ *Vid.* LOZANO CUTANDA, B. *Derecho Ambiental...* Op. cit. Pág. 122.

aguas residuales²²⁴, como reconoció ya el Libro Blanco del Agua –en su versión de 1998, recogida también en la definitiva de 2000- en el que se advertía de la necesaria corrección del planteamiento, erróneo, basado en la tradicional separación de agua potable y saneamiento, extendiéndose en la actualidad la tendencia hacia la unificación en la gestión. Además, en España se reconoce expresamente como principio rector de la gestión en materia de agua -artículo 14 TRLAg- “la unidad de gestión, el tratamiento integral, la economía del agua, la desconcentración, la descentralización, la coordinación, la eficacia y la participación de los usuarios”. Reconocimiento que no es óbice para dejar de señalar que es una alusión parca e insuficiente, dado que no existe un tratamiento amplio y desarrollado en este sentido, a diferencia de la Ley de Aguas italiana de 1994 que dedica un capítulo al llamado “Servizio idrico integrato”.

Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico la gestión integrada de los recursos hídricos se ha identificado con la exigida “gestión racional” de los recursos naturales²²⁵, en las que cabe desglosar dos aspectos fundamentales y en estrecha relación con la polémica acerca de la inclusión de criterios privados en la realización de servicios públicos: por un lado el carácter ecológico de los recursos hídricos y por otro el carácter económico de los servicios sustentados en las aguas, adoptándose por parte del Tribunal Constitucional una posición más bien garantista de la vertiente ambiental de las aguas, y ello porque a nuestro entender es necesario poner el acento en este valor de las aguas, pues las presiones económicas son quizás mucho más poderosas que las ecológicas, de ahí la especial atención que a esta faceta dedica el Tribunal, como se refleja de los pronunciamientos que reproducimos y efectivamente también en el art.45.2 de la Constitución.

En concreto en la Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, establece al respecto que “no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se

²²⁴ Es el caso pionero de la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, Reguladora del Abastecimiento y Saneamiento de Agua en la Comunidad de Madrid, seguido también por la Ley 1/1994, de 21 de febrero, sobre abastecimiento y saneamiento de aguas en el Principado de Asturias.

²²⁵ La idea de “gestión racional” no sólo se aplica a las aguas. Éste no es sino un reducto de su formulación general para el medio ambiente que engloba al conjunto de principios propios de la protección del medioambiental, entre ellos destaca la responsabilidad de no causar daños al medio ambiente, el principio de cooperación internacional para la protección del medio ambiente, el principio de desarrollo sostenible, el principio de precaución, y el principio “quien contamina, paga”. La gestión racional de las aguas la identificamos con la existencia de un régimen jurídico específico consecuencia de su calificación como bienes de dominio público, que exige una utilización de las aguas que no produzca su alteración ni en cuanto a su calidad, ni en cuanto a su cantidad.

ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar la mejor calidad de vida...” ideales posteriormente reiterados en la Sentencia 227/1988 (FJ 15) y con otra perspectiva en la Sentencia 66/1992, de 22 de marzo, donde el Tribunal destaca “el artículo 45.2 de la Constitución encomienda la tarea de velar por la utilización racional de todos los recursos racionales, mandato en el que este Tribunal ha acertado a ver una limitación para el derecho de propiedad que igualmente puede operar respecto a otros derechos o principios constitucionales, como los aquí invocados por el Abogado del Estado –libertad de empresa y libre circulación de bienes–”.

De todas formas, esta lógica engarza con las políticas de reordenación de la Administración pública. Con la necesidad de integrar una mayor eficacia en su actuación, pues como desgrana BECKER²²⁶ uno de los aspectos de la reforma de la Administración, en general, pasa por una mayor racionalización, desburocratización y adelgazamiento de las tareas administrativas, racionalidad que debe aplicarse tanto en los usuarios, particulares, como en los poderes públicos encargados de regular estos aspectos, pues ellos poseen la potestad de citar las normas, en representación de los ciudadanos, expresadas a través de políticas orientadas a la demanda de agua.

Por su parte GONZÁLEZ-ANTÓN -en la línea que se sigue en este trabajo- reseña la importancia de la referencia al ámbito local²²⁷, pues el saneamiento de las aguas es una tarea que se enmarca en el ámbito más cercano del municipio, cuestión que se tuvo también en cuenta en la Conferencia de Dublín²²⁸ (1992) y en la mencionada

²²⁶ Citado por PAREJO ALFONSO, *vid.* “Estado Social y Administración” en *RVAP*. Núm.57. 2000. Págs. 40 y 41.

²²⁷ *Vid.* Por ejemplo las referencias que este autor realiza en tal sentido en las págs.14, 39, en *Los servicios públicos locales del Agua...* Op. cit.

²²⁸ Los Principios de Dublín, establecen en cuanto a la gestión integrada del agua, que: El agua dulce es un recurso finito, y vulnerable, esencial para sustentar la vida, el desarrollo y el medio ambiente; el desarrollo y la gestión de las aguas deberían estar basados en un enfoque participativo, involucrando a los usuarios, planificadores y gestores de políticas en todos los niveles; las mujeres desempeñan un rol fundamental en la provisión, gestión, y salvaguardia del agua; el agua tiene un valor económico en todos sus niveles de uso, y debería ser reconocido como bien económico .

Estos principios son objeto de estudio individual y detallado por parte de SOLANES, M y GONZÁLEZ-VILLARREAL, F., en “Los principios de Dublín reflejados en una evolución comparativa de ordenamientos institucionales y legales para una gestión integrada del agua”. *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo II. Civitas Monografías. EMBID IRUJO, A. (dir). Madrid. 2002. Págs. 463 a 506; JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. *Derecho Ambiental.La Gobernanza...* Op.cit.Págs. 111 y ss.

Conferencia de “Río 92”, documentos en los que, junto con la defensa de un desarrollo sostenible ambiental, se aboga por la gestión integrada de los recursos hídricos.

El planteamiento y la discusión conjunta que tanto sobre los servicios de abastecimiento de aguas y de saneamiento de las aguas residuales implican estos dos principios, de unidad del ciclo y tratamiento integral, permitirá también que en determinados momentos sean comparables y tenidos en cuenta los resultados que ya se han obtenido en el ámbito del suministro de agua, pues en este campo se cuentan con mas iniciativas que anuncian ya posibles problemas a la hora de implementar en el saneamiento criterios excesivamente liberalizadores, privatizadores y reguladores²²⁹.

²²⁹ Muestra de ello son los más numerosos estudios que se han dedicado a estos servicios como BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa...* Op.cit. *in totum*; FISCHER, M/ZWETKOW, K. “Privatisierungsoptionen...” cit. Págs. 129 y ss; KLUGE, T. *Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck. Sektoranalyse Wasser. Networks.* 2003, *in totum*; REHBINDER, E. *Privatisierung und Vergaberecht in der Wasserwirtschaft. Networks.* Núm.11. 2005. *in totum*. Para un análisis de las diferentes situaciones sobre el tema de la privatización de la tarea de saneamiento de las aguas, *vid.* SPELTHAHN/STEGER. *Privatisierung der Abwasserbeseitigung...* Op.cit. *in totum*.

SEGUNDA PARTE
DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES

I. PERSPECTIVAS INICIALES DEL SERVICIO DE SANEAMIENTO

I.1. Bases históricas: iniciales vestigios sobre el saneamiento de las aguas

Realizadas las anteriores precisiones preliminares y situando la investigación en el contexto ambiental son de gran valor en el estudio de su evolución y valoración las referencias a los orígenes históricos y la causa de cada hecho y circunstancia, pues, como bien se ha señalado en cuanto a la tarea concreta de saneamiento de las aguas residuales:

“El saneamiento tiene su propia historia, arqueología, literatura y ciencia. La mayor parte de las religiones se han preocupado por él, la sociología lo incluye en su campo y su estudio es imperativo para el conocimiento de la ética social. El entendimiento de su desarrollo, y retardo, exige conocimientos de sociología, su apreciación completa demanda un sentido estético y el desarrollo económico determina, en gran medida, su crecimiento y alcance... Aquél que se proponga su estudio con objeto de adquirir un conocimiento digno de su magnitud, debe considerarlo desde todos los ángulos y con un ansia de aprendizaje¹”.

El saneamiento, en tanto que supone la recogida de aguas contaminadas para alejarlas del núcleo urbano, surgió ya en las ciudades antiguas configuradas como centros religiosos y comerciales. Egipto y Mesopotamia ofrecen una muestra de vestigios de redes de alcantarillado con el fin de evacuar las aguas residuales. Mayores noticias tenemos, y más aun en nuestro territorio, de las aportaciones romanas con importantes obras tanto para el abastecimiento de las ciudades como

¹ El autor de esta aseveración es REGINALD REYNOLDS, *Cleanliness and Godliness*, Londres, 1943 citado por DE DIOS TRILLO MONTSORÍU, J., “El saneamiento. Historia reciente, estado actual y perspectivas de futuro”. Disponible en: http://hispagua.cedex.es/documentacion/revistas/op/31/op31_1.htm. También citado por MATÉS BARCO, J. M. *La conquista del agua*. Universidad de Jaén. 1999. Pág. 59.

para el saneamiento², técnicas que fueron más tarde exitosamente desarrolladas por los árabes.

Posteriormente, en la Edad Media, los ríos se consideraban tanto fuente de agua, es decir servían para el abastecimiento, como cloacas, es decir eran los colectores habituales de *aguas negras*. En los albores de esta época los vertidos eran más bien pocos, pero, el desarrollo de la artesanía y de la industria aumentó la demanda y disminuyó la calidad y la salubridad del agua, cuestión que se convirtió en una notable preocupación para los Ayuntamientos siendo en estos años especialmente crítica la situación de Sevilla, Toledo o Madrid³.

De estas brevísimas referencias podemos señalar que el saneamiento era conocido ya desde antiguo, pero que el convencimiento de su importancia y el interés por su desarrollo no surgirá, como veremos, hasta más bien hace pocos siglos. Sobre todo del análisis de la situación española se constata el hecho de que ésta fue desde sus orígenes una tarea ligada a preocupaciones de carácter sanitario y con una pervivencia, a lo largo de los siglos, unida al ámbito municipal, siendo esta circunstancia la pauta que marcará la historicidad de este servicio.

I.2.La necesaria tarea del saneamiento de las aguas residuales en la época moderna

I.2.1.Panorama general

Como veníamos diciendo el desarrollo de los núcleos de población es parejo a la evolución del servicio del saneamiento. Ya a principios de la Edad Moderna estas preocupaciones se transformaron en una necesidad de aprobar normas y reglas que evitasen la expansión de epidemias en las ciudades, por ello gran parte de los gastos públicos se destinaron a la adecuación y reparación de la red de abastecimiento, se trata de un interés por el saneamiento indirecto o derivado, pero, en cualquier caso, ya relevante.

² Al respecto, *vid.* FERNÁNDEZ CASADO, C. *Ingeniería hidráulica romana*. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Madrid.1983.

³ Destaca en esta época el exhausto análisis, caso por caso, que ha realizado al respecto MATÉS BARCO, J.M., de donde se han tomado las referencias que reproducimos y a cuya bibliografía nos remitimos. *Vid.La conquista...* Op. cit. Págs. 164 a 168.

Estas inquietudes se mantendrán a lo largo del siglo XVIII, si bien el desarrollo industrial del siglo XIX obligó, dado el tamaño adquirido por las ciudades, a construir efectivamente una red que respondiese a la demanda de agua que después era desechada. A pesar de ello, la primera mitad del siglo Diecinueve, con un sentimiento ecologista poco desarrollado y extendido -que MATÉS BARCO describe como de “desamparo medioambiental”⁴- se caracterizó todavía por el escaso interés que despertaba la calidad de las aguas y el saneamiento de las mismas⁵, asistimos a la consideración del saneamiento de las aguas residuales como una cuestión privada que debía resolverse por los propios sujetos que las generaban⁶. En consecuencia, las grandes inquietudes son cuestiones como la titularidad de las aguas o los usos y aprovechamientos, esto es las principales preocupaciones en relación con la “contaminación” de las aguas se centran, en una línea continuista, en su potencial para producir enfermedades y la creación de condiciones ofensivas⁷.

Un alto en este recorrido histórico merece, sin embargo, referirnos especialmente el caso de Inglaterra, pues encontramos en aquel país los primeros conductos de evacuación de aguas pluviales y la prohibición de realizar vertidos a los mismos, para lo cual se impulsó la creación de desagües en los edificios que hasta entonces utilizaban el sistema de pozos negros. Se iniciaron así las primeras redes de alcantarillado -típica acepción del saneamiento en su primera fase, “en baja”- a las que todos los edificios, desde 1847, estaban obligados a conectarse. A pesar de la innovación que supuso el contar con una red de alcantarillado su construcción no solucionó en demasía las cuestiones de contaminación de las aguas. Pronto se evidenció que, aunque se había favorecido la reducción de las fuentes de contagio, mejorándose el estado de las ciudades respecto a épocas pasadas, el grado de contaminación aumentaba originando un agravamiento de la calidad de los ríos y creando condiciones higiénicas y ambientales inaceptables, de tal calado que, en 1858, se produjo el llamado *Gran Hedor*, consecuencia de la sobrecarga del Támesis donde iban a parar las aguas procedentes de los retretes instalados en las nuevas

⁴ Vid. *La conquista...* Op. cit. Pág. 170.

⁵ Destacando tales circunstancias para la ciudad de Berlín, vid. WERLE, H. “Zwischen Gemeinwohl und Profitinteresse. Erfahrungen bei der Teilprivatisierung der Wasserwirtschaft in Berlin” en *Hintergrund-Materialien*. Núm.13. Brot für die Welt (Hrsg). Stuttgart. 2005. Disponible en: www.menschen-recht-wasser.de. Pág.3.

⁶ Vid. ESTEVE PARDO, J. *Derecho al...* Op.cit. Pág. 281.

⁷ Vid. DE DIOS TRILLO MONTSORÍU, J., “El saneamiento...” Op.cit.

construcciones y las aguas anteriormente contenidas en los pozos negros. Comenzó a plantearse la posibilidad de que el vertido de aguas residuales no se realizase a los cursos de aguas, sino que se reutilizasen para fertilizar el suelo, con lo cual se proponía el primer sistema de tratamiento y se completaba la etapa anterior del saneamiento, basado en la recogida y transporte del agua residual, con el de su depuración, esto es su “fase en alta”.

De todas formas se aprecia como ya a partir de la segunda mitad del S.XIX en otros países europeos como Alemania, con un desarrollo industrial notable, aparece un mayor interés por la regulación de los recursos hídricos entendidos ya como un medio de vida, de producción así como un medio de transporte⁸.

I.2.2.La evolución en España hasta tiempos recientes

Frente a la situación de los países señalados el escenario en España era especialmente distinto. La idea de saneamiento, e incluso la de alcantarillado, estaba poco desarrollada, destacando únicamente la ciudad de Barcelona como una de las primeras en dictar normativas relativas al agua⁹ que se centraban en la regulación del alcantarillado como única expresión del saneamiento. Situación que perduró, de manera general, hasta bien entrado el siglo XX, veamos esta evolución.

I.2.2.1. Normas locales y la falta de interés de la normativa hídrica por la tarea de saneamiento de las aguas

Con anterioridad a la primera Ley de Aguas en España, de 1866, la normativa relativa a los recursos hídricos era dispersa, heterogénea y además parca, por eso la excepcionalidad de referencias al saneamiento en consonancia con las afirmaciones realizadas en líneas precedentes. Junto a estas notas, otra que se ha mantenido

⁸ El agua pasa a convertirse en un elemento determinante para la evolución de la Sociedad industrial, sobre todo en la denominada “Ruhrgebiet”. *vid.* OLMER, B. *Wasser Historisch*. Peter Lang, Frankfurt. 1998. Pág.10.

⁹ También destacan las Actas Capitulares de 1874, aprobadas en la ciudad de Jerez, en las que, mostrando un interés por el estado higiénico de las aguas, se prohibía lavar y verter desechos contaminantes en las llamadas “fuentes de servicio” que eran los puntos de donde la población se abastecía de agua. *Vid.* BARRAGÁN MUÑOZ, J.M. *Aguas de Jerez*. Ayuntamiento de Jerez. 1994. Págs. 155 y 156.

invariable es la preocupación y desarrollo de esta tarea en el ámbito municipal¹⁰. De ahí, que las disposiciones más numerosas las encontramos en la regulación local y, en concreto, materializada en la función de policía urbana de los ayuntamientos. A esto hay que sumar que nos topamos con menciones de carácter amplio como pudiera ser la “salubridad”, referencia recogida, por ejemplo, en la Constitución de Cádiz de 1812. Esta línea se siguió en normas posteriores como el Decreto CCLXIX de 23 de junio de 1813 que aprueba la *Instrucción para el gobierno económico de las Provincias*, surgiendo un reconocimiento legal del alcantarillado que rezaba así:

“Estando a cargo de los Ayuntamientos de los pueblos la policía de salubridad y comodidad deberán cuidar de la limpieza de las calles... cuidar asimismo de la desecación, o bien *dar curso a las aguas estancadas o insalubres*; y por último *remover todo lo que en el pueblo o en su término pueda alterar la salud pública o de los ganados*¹¹”.

Tal consideración fue prácticamente reproducida en el Decreto de 3 de febrero de 1823, por la que se aprueba la *Instrucción para el gobierno económico-político de las Provincias*, siendo asimismo el talante general de otras normas aprobadas en años posteriores –así, el Real Decreto de 21 de octubre de 1866, por el que se reforman las Leyes sobre organización y atribuciones de los Ayuntamientos y para el gobierno y administración de las Provincias- donde se pasa del mero reconocimiento de competencias municipales sobre las aguas residuales a la concreción de obligaciones que anunciaban el contenido de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877¹² de creación de los primeros servicios municipales de higiene.

En este entretiem po se aprueba la Ley de Aguas de 1866-1879¹³ confirmándose la trascendencia de una revolución que afectará a la sociedad en

¹⁰ Como refleja la actual normativa tanto local, como autonómica.

¹¹ La cursiva es nuestra.

¹² El antecedente inmediato de esta Ley es la Ley Municipal de 20 de agosto de 1870, caracterizada por su talante progresista que amplía las competencias atribuidas a los municipios. Debido a que esta ley duró sólo siete años y su sustituta recogía sus postulados y presenta una vigencia más dilatada nos referimos, ante la ausencia de novedades notables, únicamente a la segunda.

¹³ Un estudio sobre los antecedentes de la Ley de aguas de 1866-1879, con especial referencia, en este caso, al servicio de abastecimiento de aguas ofrece M.ÁLVAREZ FERNÁNDEZ en *El abastecimiento de agua en España*. Civitas. Madrid. 2004. Págs.31 a 84.

general¹⁴. La demanda del país cambió: aparecieron nuevos usos, se primó el regadío y la expansión del sector industrial, los avances científicos van a tener mucho que decir en los nuevos tiempos. Es en estos años cuando aparece el ferrocarril, que empleará el agua como fuerza motriz. La escasez del agua y no sólo su aspecto higiénico-sanitario, va a ser una de las cuestiones que comienza a preocupar a la población asentada de forma masificada en núcleos urbanos. En consecuencia, las labores originarias de apartamiento de aguas contaminadas fueron pronto insuficientes, surgiendo la necesidad de su tratamiento y recuperación. Sin embargo, parece ser que estas circunstancias no fueron lo bastante relevantes como para incluir medidas concretas relativas al saneamiento de las aguas, más que indirectamente en conexión con la regulación del abastecimiento de las ciudades y en la necesidad de proteger la calidad de las aguas en general¹⁵; así encontramos referencias en el art. 275 de la Ley de 1866 en el que se declaraba la competencia de la Administración para “cuidar del gobierno y policía de las aguas públicas y sus cauces naturales así como vigilar sobre las privadas, en cuanto puedan afectar a la salubridad pública y seguridad de las personas y bienes”, a la que siguió de manera más concreta la inclusión puntual en el artículo 13 de la Ley de 1879 de una referencia sobre la titularidad de los pueblos *de las aguas sobrantes de sus fuentes, cloacas y establecimientos públicos*.

Realizado este inciso en cuanto a la normativa hídrica y dada la falta de disposiciones relevantes para el saneamiento, debemos volver al mayor interés que al respecto despierta la normativa local en la que progresivamente se va instaurando la necesidad de unos servicios mínimos impuestos y atribuidos a los Municipios. La citada Ley Municipal, de 2 de octubre de 1877, consideró de competencia exclusiva de los Ayuntamientos, entre otras, la del establecimiento y creación de servicios municipales referentes a la higiene y salubridad. Si bien se impulsa, desde 1880, bajo el predominio de la ideología liberal -según la cual el Estado debía gobernar y

¹⁴ Sobre las causas que impulsaron el cambio en el Derecho de aguas español y la aprobación de la ley de 1866, S.MARTÍN-RETORTILLO destaca dos: por una parte, la consecución de una adecuada distribución de los recursos, y por otra, la posibilidad de compatibilizar los diferentes riegos entre sí, primando los usos destinados al regadío, *vid.* “La elaboración de la Ley de Aguas de 1866” en *RAP*. Núm.32. 1960. Pág.14.

¹⁵ Aclara SETUÁIN MENDÍA que la regulación del saneamiento en esta Ley de Aguas 1866-1879 era, efectivamente, vaga, manteniéndose, en esta línea, la falta de alusiones concretas y precisas a las actividades del saneamiento en la normativa general hídrica. *El saneamiento...* Op. cit. Pág. 61.

los ciudadanos llevar a cabo la actividad económica¹⁶- la actuación de empresas privadas concesionarias de servicios de agua ante la penosa situación de las arcas municipales y el ideal de que la empresa privada era más eficaz que la pública, excesivamente burocratizada y con unos recursos económicos precarios, ello bajo la gestión denominada como “concesión interpuesta¹⁷”, acorde con las necesidades sociales e históricas y la ideología dominante¹⁸. Experiencias privadas que en el primer cuarto del siglo XX se vieron reducidas, de forma que lo máximo conseguido, en cuanto a participación de particulares en temas relacionados con la gestión de las aguas residuales, fue la elaboración de proyectos de construcción tanto de redes de alcantarillados como de instalaciones de tratamiento previas al vertido, pero que fueron reducidas mayormente a la construcción de las primeras y que se unen al impulso urbanizador propio de estos años y a la creación de “ensanches” en las ciudades, dando respuesta así a la impaciente necesidad de ampliar los centros urbanos como son los ejemplos de Barcelona, Valencia o Madrid -con perentorias necesidades en cuanto al tratamiento de las aguas residuales- y a la urgencia, asimismo, de encontrar nuevas soluciones ante problemas cada vez más complejos como la distancia y los vertidos de sustancias desconocidas.

Con todo, el progreso de la municipalización¹⁹ y de la política intervencionista de los gobiernos en el control de los servicios públicos, que se

¹⁶ MATÉS BARCO, J.M. “El servicio público de aguas potables en España: un sector entre la confluencia de los intereses públicos y privados” www.unizar.es/fnca/congresos/congreso1/docum/comunica/118.pdf.

¹⁷ Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA el surgimiento del sistema de “concesionario interpuesto” se debe, en el seno del liberalismo, a la defensa de posturas abstencionistas del Estado en todo aquello que sea seguridad y tranquilidad pública. Por eso, en la segunda mitad del s.XIX; cualquier actividad de carácter mercantil o industrial se reservaba a los particulares. Sin embargo y debido a la importancia de algunos servicios urbanos, como los vinculados con la gestión del agua, la Administración y el Derecho inventaron una fórmula que les permitía controlar esos servicios y de este modo señalar la titularidad de la Administración sobre unos servicios, sin que ello empece a que su prestación y explotación sea de mano de un privado, concesionario, *vid.* “La actividad industrial y mercantil de los municipios” en *RAP*. Núm.17.1955.Págs. 87 y ss.

¹⁸ *Vid.* SOUVIRÓN MORENILLA, J.M^a. *La actividad de la administración y el servicio público*. Comares. Granada. 1998. Págs. 49 y ss.

¹⁹ En concreto la municipalización de los servicios públicos, que supuso un ampliación de las competencias locales, comenzó en 1905 afectando al servicio de panificación en Madrid. Ya en 1907 fue el ayuntamiento de Valencia quien autorizó la municipalización del servicio del gas. Y, finalmente, en 1924 con la aprobación del citado Estatuto se generalizó esta fórmula. *Vid.* MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*. Vol.II.La Ley. Madrid. 1988. Pág. 313.

La nota fundamental de estos procesos es, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 julio 1987 (RJ 1987\7549), que *la Administración asume el riesgo de ganancia o pérdida convirtiéndose en empresario*.

materializó tras la aparición del Estatuto Municipal en 1924²⁰, era cada vez más evidente, rompiéndose así con el dogma del concesionario interpuesto y situándose el municipio en una posición destacada, según la cual asume el servicio y además la gestión directa del mismo. Varios de los artículos del Estatuto Municipal vinculan, nuevamente, el saneamiento –con referencias no sólo a la recogida y evacuación de aguas residuales (art.150), sino también al tratamiento de las mismas (art. 204.a)- a los Municipios, previéndose la posibilidad de su prestación mediante monopolio (art.170). Numerosas empresas privadas desaparecieron principalmente por causas de poca rentabilidad y por el creciente interés de las instituciones públicas por estas funciones, sobre la base del carácter de bien y servicio público del saneamiento²¹. Hay que reconocer, por lo tanto, que esta Ley supuso una vuelta a manos públicas de algunos servicios, pero también la aparición de las primeras muestras de utilización del ordenamiento jurídico privado por la Administración dado que la municipalización no es otra cosa que la gestión pública a través de formas societarias propias de aquel régimen jurídico. La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 continuaba señalando la obligación mínima de la Corporación de la “evacuación de aguas negras y materia residuales, clausura de pozos antihigiénicos y supresión de aguas estancadas” (art.110.c)²².

Posteriormente bajo los mandatos de Primo de Rivera y posteriormente de Franco -claramente intervencionistas- se fue reduciendo el papel de las empresas privadas concesionarias en materia de saneamiento. Ya a mediados de siglo anterior el Texto articulado de la Ley de Régimen Local de 1955²³ y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales del mismo año acabarán por asentar este intervencionismo de las Corporaciones en las actividades económicas de forma tan

²⁰ Aprobado por Real Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924. En general la trascendencia de esta Norma se estudia en la obra colectiva *Cincuentenario el Estatuto Municipal. Estudios conmemorativos*. AA.VV. IEAL. Madrid. 1975.

²¹ En el Estatuto la municipalización, regulada en el art. 170, supone el monopolio municipal para prestar determinados servicios, entre los que se encontraba el saneamiento de las aguas residuales.

²² Pero desaparece, como advierte D.BLANQUER CRIADO, la referencia de la Ley anterior a las depuraciones y tratamiento de las aguas, *vid. La iniciativa privada...* Op.cit.Págs. 122 y 123.,

²³ Esta Ley trae causa de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, articulada por el Decreto de 16 de diciembre de 1950 y afectada, con repercusiones trascendentales, por la Ley de 3 de diciembre de 1953, ya que fruto de las mismas fue necesario la aprobación de un Texto Refundido de Régimen Local que fue el aprobado por el Decreto de 24 de junio de 1955, parcialmente en vigor hasta 1985, cuando se sancionó la actual LRBRL. *Vid. ABELLÁN, C. Tratado Práctico de la Administración Local Española*. IEAL. Madrid. 1971.Pág. 776.

amplia que afectarán no sólo a los servicios públicos, en su acepción clásica, sino a un sinfín de las más variadas actividades que, en una línea continuista, confía a los Entes Locales la salubridad y la higiene, abrevaderos, alcantarillados, piscinas y baños públicos (art. 101.2.c Ley).

Por otra parte, el aun vigente Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de noviembre de 1961 (RAMINP) recoge, en el artículo 17, la prohibición general de verter aguas contaminadas por establecimientos industriales sin previa depuración, lo que de acuerdo con la interpretación posterior que realiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1994 (Ar.9182) se califica como la “obligación de depurar los vertidos a cauces público” que alcanza de este modo también a los Ayuntamientos (FJ 2).

I.2.2.2. Normas urbanísticas

Fuera del ámbito local destacan como normas que trataban la evacuación y depuración de las aguas residuales en el seno de la legislación urbanística la Real Orden de 9 de agosto de 1923, por la que se aprobaron las *Condiciones higiénicas de las viviendas y las condiciones técnico-sanitarias para el ensanche y reforma interior de las poblaciones*²⁴.

I.2.2.3. Normas sanitarias

La normativa desde la perspectiva sanitaria muestra también un interés notable por la tarea de saneamiento; así la *Instrucción General de Sanidad Pública*, de 12 de enero de 1904, contiene en varios de sus artículos referencias a la “evacuación de aguas y residuos” como elementos esenciales de las políticas de higiene municipales. También la Real Orden de 3 de enero de 1923 por la que se aprueban las *Instrucciones técnico-sanitarias para los pequeños municipios* regulándose varios aspectos relacionados con este servicio como es el establecimiento de unos mínimos técnicos para realizar la evacuación de las aguas residuales o la depuración de las aguas una vez alcanzado un determinado valor límite de contaminación. A esta norma le siguió el *Reglamento de Sanidad Municipal*

²⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/ PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Civitas. Madrid. 1981. Pág.83.

de 9 de febrero de 1925 que obligaba a los Ayuntamientos a realizar y conservar un sistema de evacuación de las aguas negras²⁵. Por su parte la *Ley de Bases de la Sanidad Nacional*, de 25 de noviembre de 1944 recogió, nuevamente, disposiciones sobre el saneamiento.

I.2.2.4.Los precedentes actuales

En cualquier caso, conviene matizar que, con referencia a los países europeos y en el siglo Veinte, tan sólo Gran Bretaña y Alemania pueden acreditar de forma temporal, en los primeros cuarenta años del siglo pasado, una política consistente en este campo. Y no fue sino allá por los años sesenta y setenta cuando en España comenzó a constatarse un mayor interés de la sociedad por el entorno que le rodea, traducido en un ansia, cada vez mayor, de conservar y disfrutar de la naturaleza. De esta manera se establece la necesidad de preservar la calidad del agua *per se*, ya que ello comporta el mantenimiento de las condiciones ambientales precisas para la conservación del medio natural en todas sus manifestaciones²⁶. Resurgen las posiciones a favor de las privatizaciones por razones de eficiencia en la gestión, pero siempre en convivencia con la intervención municipal que caracterizó los años anteriores en España. Se instaura una acepción global del saneamiento de las aguas residuales que se mantiene vigente hoy en día en respuesta a ese carácter integral y global de los elementos conformadores del medio ambiente, que supone la sustitución del anterior concepto de *contaminación* por el de *calidad* del agua, de forma que el control de esa contaminación se destina, fundamentalmente, a proteger los intereses relacionados con los diversos usos del agua además del tradicional de abastecimiento.

Antes de finalizar este recordatorio histórico se hace necesario una alusión al mundo rural tan extenso y presente en España. Todas estas problemáticas planteadas, que han supuesto un desigual desarrollo de los servicios de saneamiento en relación con el abastecimiento de poblaciones, se agudizan todavía más en el caso de las

²⁵ Vid. PUCHALT RUIZ, M. “La evacuación y depuración de las aguas residuales urbanas: una visión de conjunto desde la normativa medioambiental y urbanística” en *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*. Núm. 219. 2005. Pág.179.

²⁶ Como destaca DE DIOS TRILLO MONTSORÍU, J., “El saneamiento...”. Op. cit.

poblaciones rurales, donde la contaminación de origen agrícola presenta, mayormente, un carácter difuso y más complicado de controlar. A estas circunstancias hay que unir el poco desarrollo del sector y la necesidad, a la par, de una modernización tanto de las técnicas de cultivo por una parte, como de la búsqueda de nuevas fuentes de agua, por otra. Y para ello es crucial un desarrollo e impulso de la tarea de saneamiento de las aguas residuales, pues, se trata de regar y aprovechar esas aguas a través de la reutilización de las mismas. Si bien esta técnica es también extensible en los nuevos sectores florecientes que, en sustitución de la agricultura, se están convirtiendo en los motores de nuestra economía y que se centra principalmente en la industria y en el sector de los servicios, siendo líder indiscutible el sector turístico.

II. LA SITUACIÓN CONTEMPORÁNEA EN LA PRESTACIÓN DE ESTE SERVICIO

Las anteriores referencias nos remontaban a un pasado lejano. Sin embargo, hemos de referirnos expresamente y de forma diferenciada al estado *histórico* actual de este servicio, que se enmarca dentro de la tendencia hacia la globalización mundial de los servicios²⁷ y que es un reflejo de la actual evolución del sector en el sentido de la privatización de la gestión²⁸, responsabilidad compartida entre sociedad y estado, y que va unido a la noción de un servicio público de saneamiento moderno, sustituido hoy por nuevas formulaciones y por la aparición de nuevas categorías como la de “servicios de interés económico general”, las “obligaciones de servicio

²⁷ M. SCHMIDT-PREUSS destaca el inmenso reto al que se enfrentan, en el s.XXI, las políticas ambientales y el necesario equilibrio entre economía y ecología ante la realidad de falta de recursos económicos. Los principales factores que afectan en este sentido a las políticas ambientales son la competencia internacional, la interdependencia de la economía, tanto en su dimensión europea como internacional, la necesidad de crecimiento, así como las inversiones e investigaciones técnicas. Esto conlleva la inoperabilidad de los clásicos instrumentos de coacción y su sustitución por la iniciativa y responsabilidad propia de los particulares, bajo las premisas de flexibilidad y de “saber hacer” propios de las ciencias económicas, con el fin de obtener como resultado el bien común. *Vid.* “Duales Entsorgungssysteme als Spiegelbild dualer Verantwortung: Von der Verpackungsverordnung zum Kreislaufwirtschaftsgesetz” en *Jenseits von...* Op. cit. Pág.195.

²⁸ *Vid.* MATÉS BARCO, J. M., *La conquista...* Op. cit. Pág. 49. También J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ en la aclaración del significado de “privatización” en relación con los servicios públicos habla de una modalidad en la que el servicio sería siendo público, propio del Poder Público, sometido a algunas de sus potestades de dirección, optándose por alguno de los métodos de gestión indirecta del servicio público por un sujeto privado. *Vid.* “La regulación económica en España” en *El nuevo servicio público*. ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M, MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, J. Marcial Pons. Madrid. 1997. Pág.195.

público²⁹”, y la noción de “servicio universal³⁰”, expresiones de las que más adelante nos ocuparemos. Además el entendimiento de esta tarea responde al desarrollo de los usos de las aguas, no ya sólo como usos industriales, sino también en su consideración para sectores como la pesca, el tiempo libre y el descanso³¹.

Las nuevas tendencias se caracterizan por tomar como base una perspectiva integral cuyo cometido va más allá del ámbito municipal abogándose por fórmulas públicas asociativas como pudieran ser las mancomunidades o los consorcios³², y, también, por la ejecución privada de las tareas clásicamente definidas como públicas y hasta ahora sólo susceptibles de gestión indirecta.

En nuestras consideraciones sobre la evolución y el desarrollo de los servicios públicos es de vital importancia tener presente, por ello, que estamos ante un concepto –en este caso el de servicio público de saneamiento de las aguas residuales– que está unido a la Sociedad, por lo tanto es un “algo” cambiante; además, no podemos perder la perspectiva de cuál es el significado y la razón de su existencia, nos referimos a la categoría general de servicio público, trasladable sin embargo, en particular, a nuestro ejemplo, que no es otro que es el aseguramiento de unos servicios de calidad en condiciones de universalidad, continuidad e igualdad³³; por

²⁹ Una primera definición de esta noción, siguiendo a Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, es la que entiende que son obligaciones singulares que, en el marco de la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales imponen para preservar intereses generales cuya adecuada satisfacción es irrenunciable y no pueden asimismo esperarse del libre funcionamiento del mercado, *vid.* “Del servicio público a la liberalización...” cit. Pág. 68.

³⁰ Por servicio universal se entiende, distinguiéndolo del de “servicio de interés económico general”, aquel que exige la imposición de obligaciones de servicio público a escala comunitaria, para hacer compatible la satisfacción del interés público y la apertura de determinadas actividades a la competencia; se presenta por tanto más como un objetivo a alcanzar que como un medio, *vid.* SENDÍN GARCÍA, M.A., *Hacia un servicio público...* Op cit.Pág. 293. También en la Comunicación sobre los servicios de interés general de 2000, pág. 40.

³¹ *Vid.* DOHMANN, M. “Ziele und Tendenzen in der Abwasserreinigung- Eine Internationale Betrachtung” en *Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven, Handlungsfelder, Strategien - 6.Internationales Sommerakademie St.Marienthal*. 2001. Rasch. Bramsche. Pág.285.

³² Ambas formas de organización demuestran el carácter supra-municipal y la necesaria coordinación entre Administraciones, pues su crecimiento es notable en las últimas décadas, demostrando ser, en algunos casos, ejemplos de buen funcionamiento, caso del Consorcio de abastecimiento y saneamiento de Bilbao (www.consorcioeaguas.com), o el Consorcio de aguas para la ciudad de Tarragona (www.caait.com/) o el Consorcio de aguas y Residuos de La Rioja (www.larioja.org/ma/estructura_organica/consorcio/index.htm), Consorcio de Aguas de Asturias (www.consorcioaa.com/).

³³ Ramón PARADA señala como notas de los servicios públicos, además de las citadas premisas, la sujeción a la legalidad, esto es el reconocimiento de una actividad como de interés general por ley, la adaptabilidad de los servicios públicos, la neutralidad u objetividad que iría conectada con la igualdad y la gratuidad, eso sí este último requisito se condiciona a que así se derive

ello ante las exigencias de aplicación de nuevas tendencias de *despublicaciones*, liberalizaciones o neorregulaciones, la esencia de los mismos en el marco actual del Estado Social debe estar siempre garantizado, de ahí el surgimiento de instrumentos como las aludidas “obligaciones de servicio público”, de “servicios universales” y la posición de *Gewährleistung* de los poderes públicos³⁴.

II.1.Los principales cambios legislativos en España desde la Constitución de 1978 que afectan al saneamiento de las aguas residuales y la dispersión legislativa en materia de saneamiento

Siguiendo con la evolución cronológica actual de este servicio -ya en el s.XX- será sólo a partir de los años cincuenta cuando la depuración de las aguas residuales comienza a tomar importancia -además de en Inglaterra³⁵- en el resto de países europeos, aunque también es cierto que el nivel tecnológico y económico alcanzado por algunos países, como Francia o Alemania, les permite acometer con relativa rapidez la solución de sus problemas. Estas primeras manifestaciones contemporáneas de renovación en el saneamiento de las aguas residuales coinciden con el período, desarrollado principalmente en los últimos treinta años, de reforma de los servicios públicos y, parafraseando a MARTÍNEZ MARÍN, *de cambio de las necesidades de la Administración Pública*³⁶. Preocupación extendida y presente en

de la naturaleza del servicio o por imposición constitucional, más ampliamente, *vid. Derecho Administrativo.Parte general*. Vol. I. Marcial Pons. Madrid. 2004. Págs. 426 y ss.

³⁴ *Vid.* BULLINGER, M. “El *service public*...” cit.Pág. 47. También, J. ORTEGA BERNARDO en “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)” en *RAP*. Núm. 169. 2006. Págs. 61 y 62.

³⁵ Una vez más, en el examen de la evolución y situación actual de los servicios locales, y en especial del abastecimiento y de saneamiento de poblaciones, hemos de partir del ejemplo paradigmático del caso inglés. En 1989 se dio en aquel país el primer paso hacia la privatización en la gestión de los recursos hídricos mediante la creación de las diez “Regional Water Authorities” cuyo fin era realizar en cada cuenca la gestión total del agua, entendida como ciclo integral, lo que justificó entonces y allí que ambas tareas fuesen a la vez privatizadas. Sobre la privatización del sector del agua en Inglaterra, *vid.* LÓPEZ MILLA, J. “Regulación y competencia en la industria del agua en Inglaterra y Gales” en *El agua en la Historia de España*. Alicante. 2000. Págs.393 a 434, y la bibliografía allí citada; MOLINA GIMÉNEZ ofrece además del ejemplo del caso inglés, también el caso norteamericano, si bien su análisis de centra en la privatización del servicio de abastecimiento, *vid. El servicio público de abastecimiento...* Op.cit. Págs. 225 a 249 para el primer caso, y 251 a 277 para el segundo.

³⁶ Este es el título de la ponencia que, con ocasión del *I Seminario Nacional de Gestión Pública* celebrado en Murcia en abril de 2003 sobre “Nuevos retos en el horizonte de las Administraciones Públicas”, expuso MARTÍNEZ MARÍN en la que se ofrece una panorámica clara y concreta de las causas y las principales innovaciones en el ámbito de las Administraciones Públicas. Ésta y el resto de intervenciones se recogen en una publicación con el mismo título del Seminario realizada por la Universidad de Murcia en 2003.

todo el mundo y que debido al carácter mutante del Derecho Ambiental lo predispone, especialmente, a nuevas experiencias.

En efecto, el impulso y la ampliación de la tarea de saneamiento es el resultado de los procesos de crecimiento y desarrollo de los centros urbanos; crece la demanda y con ello el abastecimiento de las poblaciones y la necesidad de saneamiento, lo que obliga a las autoridades a realizar más depuradoras, canalizaciones e inversiones en avances tecnológicos. A esto se suma la insuficiencia de capital para realizar los servicios públicos, los problemas de presupuestos municipales, así como las presiones medioambientales. Todas estas razones están obligando a un cambio radical de las legislaciones nacionales, donde se potencia una mayor perspectiva ecológica y un reforzamiento en los temas tanto cuantitativos como cualitativos³⁷ de los recursos naturales que pasa por incluir auxilios provenientes del sector privado. Es en este sentido cuando, a partir de los años ochenta, se produce una intervención, cada vez mayor, de personas privadas en la realización de servicios públicos, en especial en el ámbito municipal y, en concreto, dirigida esta intervención al alcantarillado -por ser el ámbito estricto y reconocido de su competencia-, siendo el núcleo de la remodelación de la gestión de las aguas además de una gestión racional dirigida a la demanda, la obtención de unas aguas lo menos contaminadas posible que faciliten así los procesos de recuperación y su posible posterior reutilización, propósitos que presentan una doble vertiente de participación:

-Por una parte, los ciudadanos como usuarios, personalmente implicados, asumen como tales un grado de corresponsabilidad en la realización de tareas que, hoy por hoy, desbordan a la Administración. Ello se consigue mediante la introducción de políticas incentivadoras y de fomento, a través de las regulaciones ambientales, que en el caso de la industria por ejemplo exigen cada vez instalaciones más adecuadas, con tecnologías y tratamientos de depuración modernos, se exige al reutilización de las aguas, y la concesión para el ejercicio de su actividad de la autorización necesaria para desempeñar tareas que producen la contaminación de las aguas, como han desarrollado la Directiva 96/61 y la Directiva 91/271.

³⁷ Prueba de ello fue la aprobación de la Directiva 2000/60, marco del agua y la introducción de conceptos como el de buen estado ecológico de las aguas, que fueron ya incluidos, en parte, en 1999 en nuestra Ley de Aguas y que en el nuevo Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 fueron ampliados y actualizados tras la reforma de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

-Por otra, se les exige su intervención como gestores privados, siendo precisamente esta última perspectiva, que atañe a los aspectos organizativos a favor de modos de gestión indirecta, la causa de numerosas posiciones contrarias a la participación de empresas privadas en el sector del agua, basándose en la demanialidad de este recurso, institución a la que también incluiremos en nuestras reflexiones, y al interés lucrativo de los privados, frente a la satisfacción general de los poderes públicos.

Con todo, reflexionando sobre estos argumentos hemos de reconocer que si bien el Estado está obligado a procurar y mantener un mínimo a los ciudadanos, a desempeñar su función pública ambiental en el sentido ya explicado, y más aun en el caso de los recursos esenciales y de bienes demaniales, cuando nos referimos a las aguas y a su saneamiento además del elemento de la cantidad, que correspondería a ese mínimo de recursos proporcionados, entra en juego también el factor de la calidad del servicio prestado, esto es de garantizar una eficacia en la depuración de las aguas que permite valorar las bondades de que intervenga también el sector privado, con su capital y *know how*, y el desarrollo en este ámbito tanto de nuevas formas de actuación públicas, como privadas y mixtas, siendo éstas últimas las formas preferidas en los últimos tiempos y en la práctica mayoría de países, debido a la reticencia de los municipios a ceder completamente el control de sus servicios a empresas privadas, deviniendo estas fórmulas intermedias una forma de salvar de inversiones elevadas a las corporaciones locales, que en el caso de la tarea del saneamiento frente al abastecimiento son más necesarias dada la especialización tecnológica que se exige en este campo.

Bajo las premisas anteriores han sido afectados las formulaciones del Derecho público en general y del Derecho de Aguas en particular y han abocado a una serie de cambios que son los que relatamos seguidamente.

II.1.1. La dispersión legislativa en materia de saneamiento

En España el primer texto moderno y reciente en el que se recoge, de manera indirecta, una preocupación por la tarea del saneamiento lo podemos deducir de nuestra Norma Fundamental y en concreto el artículo 45 CE en el que se reconoce el “derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado”. Asistimos por ello desde hace

más de dos décadas a la renovación y a la actualización de la legislación aplicable a las tareas relacionadas con las aguas que parten, paradójicamente pero al igual que en la legislación antecedente, de una protección sectorial recogida, por tanto, en normas no hídricas. Además, recordemos que el Texto Refundido de la Ley de Aguas no hace referencia expresamente ni al saneamiento ni tampoco, en la distribución de competencias, a los Municipios, principales actores de este servicio³⁸. A pesar de ello, no puede, en todo caso, eludirse el gran paso que supuso la sustitución de la centenaria Ley de Aguas de 1879 por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, hoy derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas³⁹. Y, aunque no sea materia propia de esta investigación, debemos al menos incidir en el cambio que la nueva Ley de Aguas de 1985 implicó, que pasa a configurar este recurso con un doble uso: como parte del proceso productivo y como medio de eliminación de residuos. Principalmente se recoge, en consonancia, un valor ecológico del agua junto con su vertiente económica –es elemento indispensable para el desarrollo de cualquier actividad humana e industrial- y su obvio carácter público, que se ve reforzado tras la ampliación de la declaración de demanialidad⁴⁰.

³⁸ En este sentido J.ESTEVE PARDO en *Derecho del medio...* Op.cit. Pág.282.

³⁹ El Texto Refundido recoge así las modificaciones de la anterior Ley que fue afectada de forma importante por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. (BOE 14/12/99). El Texto vigente, de 2001, ha sido modificado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31/12/01); por la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (BOE 02/07/02); esta Ley supuso la derogación de la regulación referente a las autorizaciones de vertidos a las aguas continentales de cuencas intracomunitarias; además ha sido modificado por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31/12/02); por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31/12/03) y recientemente por la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

En el ámbito territorial de las Islas Baleares se deja sin efecto el contenido del apartado 2 del artículo 54 y la rúbrica y el apartado 4 del artículo 55 del Texto Refundido según el artículo 22 de la Ley 10/2003, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas (BOE 22/12/03).

⁴⁰ A la original declaración del art.2 del Texto Refundido de 2001, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre modificó la redacción del apartado d) de la siguiente manera: “Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos”. Por otra parte la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, modifica el apartado e) al art.2 TRLAg que dice así: “Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar”, completando así la enumeración de bienes que conforman el dominio público hidráulico.

Más recientemente el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986 (a partir de ahora, RDPH), en adaptación a la normativa comunitaria⁴¹ y al Texto Refundido, ha sido modificado de forma, podríamos afirmar, casi general. Los principales cambios se materializan en el impulso de una mayor protección del aspecto cualitativo de las aguas, en cuya consecución el saneamiento de las aguas tiene mucho que ver. Para ello se dictan directrices destinadas a la protección de los acuíferos subterráneos sometidos a una sobreexplotación devastadora (art.171), se fija un régimen de control de los vertidos más férreo, manteniéndose al respecto la prohibición de realizar tanto vertidos directos como indirectos de aguas y productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización, y se introduce el nuevo contrato de cesión de derechos en el uso del agua entre los particulares, para flexibilizar y mejorar la gestión de este recurso escaso, que deberán contar con autorización administrativa con el objetivo de promover el intercambio de los derechos del uso sobre el agua para solucionar con ellos los problemas de escasez, ajustar los usos del agua y redistribuir mejor el recurso.

Vistas las escasas referencias que en la normativa hídrica se dedican pues a esta tarea, y asumida la anterior situación, la primera referencia debe ser para la legislación local. Los artículos 25, 26 y 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Base de Régimen Local, sobre los que hemos realizado ya algunos comentarios, contemplan, aunque de manera poco ortodoxa, podríamos calificar, el saneamiento de las aguas residuales, en sentido amplio, y las formas de prestación de este servicio. Ulterior es la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad que incluye el control sanitario del medio ambiente como competencia local en la que se engloba al saneamiento de las aguas residuales⁴². En todo caso, la creación normativa

⁴¹ Este Reglamento fue aprobado por el RD. 849/1986, de 11 de abril (BOE 30/04/86, C.e. 2/07/86). La última reforma de gran calado de este Reglamento se aprobó por RD 606/2003, de 23 de mayo, que en principio ha sido dictado para solventar las cuestiones más necesitadas de adaptación a la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre y a la Ley 10/2001, de 5 de Julio, del Plan Hidrológico Nacional, pues desde 1986 eran muchas las cuestiones de carácter técnico y la simplificación de procedimientos administrativos que imponían precisiones y la corrección de aspectos determinados. Recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005 (BOE 4/04/05), confirmando la anterior de 25 de enero de 2004, ha anulado las frases *provisionalmente* y *a cuenta que* del párrafo 2º de los artículos 303 y 310 del RDPH.

⁴² Vid. PUCHALT RUIZ, M. “La evacuación y depuración de las aguas residuales ...” cit. Pág.966.

específica sobre el saneamiento es, por el contrario, bastante posterior y además su origen lo encontramos en una norma que carece de todo carácter jurídico, el *Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales*. Aspecto fundamental del mismo ha sido la instauración de un modelo de financiación de los proyectos y ejecución de obras entre las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de carácter novedoso, donde la intervención del Estado viene condicionada por la existencia en cada Comunidad de un Plan Regional de Saneamiento y de un canon de saneamiento autonómico y propio, que permita cubrir la parte no asumida por el Estado, planteamiento este último que alzó voces de crítica entre la Doctrina, en cuanto autores como EMBID IRUJO entiende que pudiera ser atentatoria contra la autonomía de las Comunidades Autónomas⁴³. A este Plan, y para completar el marco jurídico, le siguió el Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables a la recogida, el tratamiento y el vertido de las aguas residuales urbanas, y el tratamiento y vertido de las aguas residuales procedentes de *determinados* sectores industriales, que presentó como *hándicap* los altos costes de mantenimiento de los servicios en ella establecidos, que recaen sobre las entidades locales incrementando de forma inevitable sus correspondientes tasas⁴⁴.

II.1.2. La adaptación del Derecho de contratos al Derecho comunitario

II.1.2.1.El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Por otra parte la normativa general sobre contratación de la Administración Pública⁴⁵ -que también tiene algo que decir en cuanto al saneamiento de las aguas, en

⁴³ Vid. “Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 9.1997. Págs. 57 y ss.

⁴⁴ Por Resolución de 30 de enero de 1996 se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales. BOE, de 3 de febrero de 1996. Este Real Decreto-Ley ha sido posteriormente desarrollado por el citado RD 509/1996, de 15 de marzo. BOE, de 29 de marzo de 1996.

⁴⁵ El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cumplió así con el mandato de la disposición final única de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modificó ampliamente la anterior Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, objeto de sucesivas sentencias condenatorias por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que exigían una

concreto a los modos de gestión de los servicios públicos- se ha visto inmersa en esta espiral de renovación y adaptación a los postulados comunitarios⁴⁶ y que han afectado al Derecho de aguas español, como trataremos inmediatamente.

modificación y mayor transparencia en el procedimiento de contratación (STJCE de 17 de noviembre de 1993) con el fin de adaptar la Ley a las Directivas comunitarias en la materia. El Texto vigente es de 2000, pero debe tenerse en cuenta a este respecto que las inspiradoras Directiva 93/37, sobre contrato de obras, la Directiva 93/36, sobre suministros y la Directiva 92/50 sobre servicios, fueron modificadas por la Directiva 97/52/CE, de 13 de octubre, del Parlamento y del Consejo, y que se modificaron por la Directiva 2001/78/CE, de 23 de septiembre, y han sido derogadas por la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo. La Directiva 2004/18/CE ha sido afectada por el Reglamento (CE) n° 1874/2004 de la Comisión, de 28 de octubre de 2004, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de adjudicación de contratos (DO L 236, de 29 de octubre de 2004), por la Directiva 2005/51/CE de la Comisión, de 7 de septiembre de 2005; por la que se modifica su anexo VIII (DO L 257, de 1 de octubre de 2005); por la Directiva 2005/75/CE, de 16 de noviembre de 2005, del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005 8DO L 323, 9 de diciembre de 2005) y por el Reglamento (CE) n° 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005 en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DO L 333, de 20 de diciembre de 2005).

El TRLCAP ha sido desarrollado por el Reglamento General aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (BOE 26/10/01). Más ampliamente, sobre las causas de la aprobación del Texto Refundido, el comentario al artículo primero de la Ley de R.GARCÍA MACHO en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. GARCÍA MACHO, R. (dir). Tirant lo Blanch. Valencia. 2003; GONZÁLEZ-VARAS, S. "Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de contratos de las Administraciones Públicas". Disponible en <http://www.fundacionmgimenezabad.es/Documentos/sociedades%20mercantiles.pdf> . Pág. 22; NOGUERA DE LA MUELA, B. *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las administraciones públicas*. Atelier. Barcelona. 2000, *in totum*.

Además del Texto Refundido de 2000 ha de citarse la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (BOE 31/12/98), que traspone al Derecho español las Directivas 93/38/CEE, de 14 de junio, modificada por la Directiva 98/4/CEE del Parlamento europeo y del Consejo, y la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero, normas también derogadas por la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo, que es objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

⁴⁶ A pesar de las adaptaciones del Derecho español de contratos al Derecho comunitario, que se materializó con la aprobación del Texto Refundido de 2000, la legislación española se mostraba todavía inadecuada a tales postulados lo que le han supuesto varias condenas por el Tribunal de Justicia como la Sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión contra España (asunto C-214/00), la Sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión contra España (asunto C-283/00) y la Sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión contra España (asunto C-84/03). Fruto de los pronunciamientos anteriores el TRLCAP ha sido objeto de modificación por el art.67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (que modificó el art.2.2 y la Disposición Adicional 6ª de la Ley, e introduce un nuevo art.60. *bis* y una Disp.Adic. 16ª) y por el art.34 del Real-Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, (que entre las diversas modificaciones del TRLCAP, afecta al art.2.1, a la Dips. Adic.6ª, así como al art.3.c) y añade un nuevo apartado l), así como los arts.141.a), 182.a) y 210.a)).

Sobre estas reformas, de 2003 y 2005, M.A.BERNAL continua denunciando la falta de adecuación del Derecho español a las exigencias comunitarias y además la incoherencia del nuevo texto con respecto a lo dispuesto en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común; en concreto señala la desafortunada redacción del apartado l) del artículo 3.1 TRLCAP donde se excluye de la legislación de contratos, esto es de los principios de concurrencia y transparencia, las *encomiendas de gestión* cuando éstas sean a favor de entidades o sociedades públicas y no tengan por objeto alguno de los que son propios de los contratos administrativos (salvo el contrato de concesión de obras públicas) o cuando no se superen los umbrales económicos que obliga al sometimiento al Derecho comunitario, previsión que a primera vista contraviene lo dispuesto en el art.15.5 de la Ley 30/1992, referido asimismo a las encomendadas de gestión, pero con un significado sustancial y

El Derecho de contratos europeo tiene por objeto conseguir de manera coordinada y sin discriminación los objetivos de la Unión y regulan por ello aquellos aspectos relativos a la preparación y adjudicación de los llamados contratos públicos, es decir todos aquellos en los que está presente una Administración⁴⁷.

Varios preceptos son determinantes en el análisis de la situación actual del servicio de saneamiento. En particular conviene comenzar con los relativos al ámbito subjetivo del Texto Refundido, pues es un tema controvertido al plantear el problema

funcional totalmente distinto a las que se refiere el TRLCAP. Pues mientras que la previsión de la LRJ-PAC permite la encomienda a favor de órganos y entidades, de la misma o de distinta Administración, el enunciado del TRLCAP se refiere exclusivamente a entidades y sociedades de la misma Administración, además de que la previsión del art.15.5 LRJ-PAC puede tener carácter contractual y someterse a las normas sobre contratación, y el art.3.1.1) es efectivamente una exclusión de esa legislación por no existir una auténtica y autónoma voluntad de contratar, sino más bien se tratan de “instrucciones de obligado cumplimiento”, *vid.* “Acerca de la trasposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública” en *RAP*. Núm.168. 2005. Págs.169, 180 y 181, tesis que se desarrollan en “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra 1) TRLCAP” en *REDA*. Núm. 129. 2006. Págs. 87 y ss; *Vid.* también MELLADO RUIZ, L. “El sistema jurídico de la contratación pública en España: novedades del régimen de los contratos realizados por entes públicos de gestión de sujetos al Derecho privado” en *REDA*. Núm.127.2005. Págs. 381 y ss.

En otro orden de reflexiones, S.MUÑOZ MACHADO señala que la reforma de los Derechos nacionales en materia de contratación reclamada por el derecho comunitario tiene por objeto la realización efectiva de las libertades de libre circulación de trabajadores, de establecimiento y libre prestación de servicios (arts.14, 28, 43 y 49 TCE), más que asegurar la igualdad de oportunidades entre las empresas públicas y privadas, aunque no obstante han contribuido a una mayor concurrencia de todos los operadores económicos en la realización de obras y servicios, *vid.* *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Vol.I. Iustel. 2006. Pág.118.

Aun las reformas señaladas anteriormente, queda todavía por transponer, con el 31 de enero de 2006 como fecha máxima de trasposición ya superada, las nuevas Directivas, la Directiva 2004/17/CE que regula los llamados “sectores especiales” y la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios, que pasan a regularse de manera conjunta. *Vid.* HUERGO LORA, A. “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario” en *REDA*. Núm.126. Abril-Junio. 2005. Págs. 218 y ss; DÍAZ LEMA, J.M., “Contratos públicos y Derecho español. Comentario urgente a la STJCE de 15 de mayo de 2003” en *Actualidad Administrativa*. Núm.35. Doctrina XL. Septiembre 2003. Págs. 843 y ss. Con el propósito anterior, aunque parcialmente ya que sólo se refiere a la Directiva 2004/18/CE, existe actualmente un Proyecto de Ley de contratos del sector público aprobado por el Consejo de Ministros para su remisión a las Cortes el día 7 de julio de 2006, en el que se ajusta, en lo que interesa al trabajo, el ámbito subjetivo de la aplicación de la norma con referencia, por ello, al sector público de manera y modo más acorde a lo que señala la Directiva y también, como veremos, a las nuevas tendencias de crear entes instrumentales de lo más diverso para la consecución de fines de interés general, como lo es el saneamiento de las aguas; Sobre este anteproyecto, *vid.* la valoración positiva del Consejo Económico y Social en su Dictamen 4/2006, de marzo de 2006, www.ces.es

⁴⁷ Ya que el propio TRLCAP reconoce la diferencia entre contratos administrativos y contratos privados (arts. 7 y 9), de manera que no todos los contratos que realiza la Administración son contratos administrativos, pero la Administración está siempre presente cuando se trata de contratos administrativos. De este modo las normas del TRLCAP, que trasponen la normativa comunitaria, sobre preparación y adjudicación de los contratos se aplican a todos los contratos públicos, pero el resto de normas del TRLCAP sobre regulación de vida del contrato, efectos y extinción son sólo, en principio, aplicables a los contratos administrativos.

de la exclusión de determinados sujetos del ámbito de aplicación de la Ley de manera que no se respondía al criterio funcional en la interpretación de la noción “poder adjudicador”⁴⁸ que desde la Unión Europea se defiende.

Tras las recientes condenas del TJCE de 2003⁴⁹ y de 2005⁵⁰ el TRLCAP fue reformado ampliándose, si bien lo justo y necesario para salvar el Texto Refundido de nuevos enjuiciamientos, el ámbito subjetivo de la Ley. Ello ha supuesto, por el

⁴⁸ Precisamente este concepto de “poder adjudicador” es el que permite someter a la disciplina que imponen las Directivas sobre mercados públicos (o a las obligaciones que surgen del principio de no discriminación del Tratado) no sólo a las Administraciones *stricto sensu* (esto es Estado, colectividades territoriales o establecimientos administrativos), sino a todas las personas que, de acuerdo con los criterios establecidos por las directivas para definir lo que ellas denominan “organismo de derecho público” se incluyen bajo ese concepto. Dichos “organismos de derecho público” son los que han sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no sean de carácter industrial o comercial y se someten a la influencia directa de otro poder adjudicador (lo que abarca, en el derecho interno, tanto personas de derecho privado -sociedades de economía mixta por ejemplo-, personas de derecho público, así como ciertos establecimientos públicos industriales y comerciales). Además, tras la Sentencia *Mannesmann*, de 15 de enero de 1998, el TJCE ha interpretado esta noción de manera amplia, juzgándose que un organismo que es considerado por algunas de sus actividades que satisface el interés general, y goza por ello de derechos exclusivos, como “poder adjudicador”, conserva esta cualidad pese a que desarrolle otras actividades de carácter mercantil, *vid.* FATOME, E/MENEMENIS, A. “Concurrence et liberté d’organisation des personnes publiques: éléments d’analyse” en *L’Actualité Juridique Droit Administratif* (AJDA). Núm.2. 2006. Págs. 67 y 68.

Uno de los requisitos es, pues, que el fin de esos “organismos públicos” sea la satisfacción del interés general. Interés general que se identifica, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en que se traten de necesidades de un círculo amplio de personas y estén auspiciadas por una entidad pública (Sentencia “Feria de Milan”, de 10 de mayo de 2001, Centena “Coronen”, de 22 de mayo de 2003. En todo caso se trata éste de un concepto indeterminado de carácter comunitario que en tal calidad debe ser interpretado y concretado por el Tribunal de Justicia, como quedó consagrado en la sentencia “Adolf Truley” de 27 de febrero de 2003. Otra de las notas intrínsecas es que no se trate de actividades mercantiles, para lo cual se toma como criterio que dichas actividades se sometan a reglas de mercado, si bien la práctica europea excluye únicamente de las normas sobre contratación a las actividades estrictamente mercantiles, por lo cual esta nota ha quedado, en cierto modo, vacía de contenido. La tercera regla para determinar la existencia de un “poder adjudicador” es que sea centra de imputación de derechos y obligaciones. Desde el punto de vista externo, el organismo tiene una “estrecha dependencia” de los poderes públicos *vid.* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Derecho administrativo en la contratación...* Op.cit. Págs.52 y ss

⁴⁹ Sobre la reforma de 2003, *vid.* entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. (Sentencia Comisión c. España de 15 de mayo de 2003, As. C-214/00)” en *REDA*. Núm.119. 2003. Págs. 471 a 487, y “Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas” en *REDA*. Núm. 120. 2003. Págs.667 a 677; NOGUERA DE LA MUELA, B, “El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social” en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. J.M.Gimeno Feliu (dir). Atelier. Barcelona. 2004.Págs. 95 a 130.

⁵⁰ Recientemente, BERNAL BLAY, M.A. “Acerca de la trasposición de las Directivas comunitarias...” cit. Págs. 167 a 185.

momento, que también las entidades de derecho público creadas para satisfacer necesidades industriales y mercantiles, las Sociedades de Derecho Privado creadas para satisfacer necesidades de interés general⁵¹, aun sin carácter industrial, pero que de acuerdo con el concepto de empresa pública comunitario⁵² entren en esa categoría y las fundaciones públicas, creadas como alternativa a entes de naturaleza y personalidad pública, se incluyan en el ámbito subjetivo de la Ley, sin perjuicio del régimen privado de su actividad y en particular quedarán sujetas a las prescripciones del TRLCAP *relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los*

⁵¹ El TJCE en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión contra España (asunto C-283/00) considera necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil “aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismas o respecto de las cuales quiere conservar su influencia determinante”. La cuestión, también resuelta por el Tribunal, es quién determina la necesidad de interés general. Para ello dice “ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia del mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de que se trate”.

⁵² La Directiva 80/723, de 25 de junio, sobre transparencia de las relaciones financieras (modificada por la Directiva 2000/52, de 26 de julio) abordó inicialmente la problemática de las empresas públicas en el ámbito comunitario. Desde el Derecho comunitario el esfuerzo se dirige a dar una concepción lo más unitaria posible de empresa pública para así poder aplicar de manera homogénea el polémico artículo 86 del TCE donde se proclama el principio de libre competencia en el mercado y que, en principio, prohíbe a los Estados adoptar o mantener medidas contrarias al Tratado en relación con sus empresas públicas y aquellas a las que concedan derechos especiales o exclusivos. A tenor del art.2 de la Directiva mencionada una empresa pública es “cualquier empresa en la que los poderes pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”, basándose en un criterio donde el dato determinante es el de “la influencia dominante”, que se concreta en que “a).poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, o b).dispone de la mayoría de votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa o c).pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración de dirección o de vigilancia de la empresa”. Este primigenio concepto de empresa pública, todavía orgánico, ha evolucionado fruto de la jurisprudencia europea, de modo que actualmente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (tras la Sentencia *Sacchi* de 30 de abril de 1974, y la Sentencia *IGAV/ENCC*, de 18 de junio de 1975) entiende en relación con la inicial definición que no es necesario que el organismo público se haya constituido con forma de empresa mercantil para ser una empresa pública a efectos del Tratado, pues la existencia o no de una personalidad jurídica distinta de la del Estado es irrelevante para decidir si un órgano puede considerarse como una empresa pública, de forma que el criterio a tener en cuenta es si un ente ejerce actividades de naturaleza económica, adoptándose así un criterio económico y funcional, *vid.* más ampliamente sobre le desarrollo de este concepto, MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo...*Op. cit. Vol.I. 2006. Págs.1098 a 1104. y también en la voz “Empresa pública” en *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo II. S. Muñoz Machado (dir). Iustel. Madrid. 2005. Págs.1074 y ss.

mencionados⁵³. Además, la Disposición Adicional Sexta dice que *las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios*. Cláusula que a juicio de GIMENO FELIU tiene un carácter residual lo que significa que sólo es aplicable para aquellas empresas que no se ajusten a las características descritas en el art.2.1 TRLCAP, esto es una exclusión que nuevamente no responde plenamente con las posturas comunitarias, pues no se atiende a criterios funcionales, sino materiales, esto es, el tipo de contratos que se realicen⁵⁴.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, definido en el art.3, nos interesan los apartados en los que, por una parte, se incluyen en el ámbito de la Ley los convenios de colaboración interadministrativos que sean efectivamente contratos de obras, suministros y servicios superiores a una cierta cantidad (art.3.1.c)⁵⁵, pues de acuerdo a lo establecido en la STJCE de 13 de enero de 2005 “..., la técnica del convenio debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva“, y por otra, es de relevancia para nosotros la exclusión de la aplicación de la Ley a las

⁵³ Estas prescripciones rigen en las relaciones de los sujetos enumerados con terceros.

La Audiencia Nacional en la Sentencia de 26 de septiembre de 2001 hizo uso de esta doctrina, conocida como doctrina *Teckal*, para excepcionar la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública en la actividad de TRAGSA. Sin embargo este inicial reconocimiento ha sido cuestionado por el Tribunal Supremo en su Auto de 1 de abril de 2005 (Ar.4119) por el que la Sala acuerda plantear al TJUE una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la consideración de TRAGSA y sus filiales como medios propios de la Administración del estado y su consiguiente exención del régimen general de contratación mediante concurso público (FJ 5º).

⁵⁴ Vid. “Las Directivas de contratos públicos y la jurisprudencia: Ámbito de aplicación: el problema de los entes institucionales, ámbito objetivo, los procedimientos de selección y los criterios de adjudicación”, en las Jornadas de la *Escola d'Administració Pública de Catalunya*, celebradas el 30 de noviembre de 2005. Disponible en www.eapc.es; En el mismo sentido J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho administrativo en la contratación...* Op.cit. Págs. 116 y ss; mantiene estas críticas L. MELLADO para quien las excepciones de la Disposición Adicional Sexta son tan amplias (siempre y cuando no se superen los umbrales del art.2.1. TRLCAP), que se cuestiona el citado carácter residual, vid. “El sistema jurídico de la contratación pública...” cit. Pág. 410.Nota.55.

⁵⁵ Vid. ÁVILA ORIVE, J.L., *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid. 2002. Pág. 216.

encomiendas de gestión que una Administración realice a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública (art.3.1.1)⁵⁶. Cuestiones que por su implicación en la forma de gestión y en la prestación del servicio de saneamiento retomaremos más adelante al tratar la organización de este servicio.

Adentrándonos en el TRLCAP, aunque en él no se menciona el servicio concreto de saneamiento y aunque su ámbito no es el estatal, la remisión del art.85.2.B) LRBRL otorga especial relevancia a las previsiones del Capítulo I, del Título II del Libro II del TRLCAP bajo la rúbrica “Del contrato de gestión de servicios públicos” y los correspondientes del Reglamento General⁵⁷ donde se regulan los modos de gestión directa e indirecta, con el límite para la gestión indirecta -como también declaró el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de diciembre de 1987 (RJ 1987-9855), donde se negaba la posibilidad de que una Empresa mixta, reconocida como forma de gestión indirecta en el art. 156.d) TRLCAP, pudiera imponer sanciones⁵⁸- para aquellos servicios que impliquen ejercicio de la autoridad, ámbito inherente a los poderes públicos (art.155.1 TRLCAP). Esta modalidad incluye, pues, según la definición del art.8 del Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, a aquellos contratos en cuya

⁵⁶ Estas relaciones que las Administraciones públicas entablan con empresas públicas, organismos autónomos, fundaciones y entidades empresariales, dependientes de ellas, esto es con sus órganos instrumentales, conforman la categoría de los llamados contratos *in house Providing*, categoría que queda excluida de la legislación contractual, pues se entiende que en estos casos se está haciendo uso de un recurso propio por parte de la Administración matriz, *vid.* FATOME, E/MENEMENIS, A. “Concurrence et liberté d’organisation...” cit. Pág. 71. Como dice SOSA WAGNER son simples formas de organización y el reconocimiento de una personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales y por ello no se pueden considerar “terceros” en la contratación, *vid.* “Servicio público y papel de la nueva Administración y sus entes reguladores” en *RDUE*. Núm.7. 2004. Pág.139; también H.BENKEN en “Privatisierung und Vergaberecht” en *Aktuelle Probleme der Vergaberecht*. Speyerer Arbeitsheft. Núm.161. 2004. Pág.69.

Esta cuestión ha sido objeto de diversos e importantes pronunciamientos del TJCE entre ellos debemos dejar enunciados la Sentencia de 18 de noviembre de 1988, Asunto *BFI-Holding*, la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Asunto *Teckal*, la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *ARGE*, Sentencia de 13 de octubre de 2005, Asunto *Parking Brixen* y la Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión vs república de Austria, a las que dedicaremos comentarios acordes más adelante.

⁵⁷ Arts. 180 a 186 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

⁵⁸ Por tratarse ésta de una función de autoridad irrenunciable para la Administración. También en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1993 (RJ 1993-1555). Esta línea ha sido más recientemente reiterada por la STS, de 4 de julio de 2003 (RJ 2003-4377), que señala como restricción a la libre elección del modo de gestión la reserva a la gestión directa de los servicios que impliquen ejercicio de autoridad, y la Sentencia de 28 de noviembre de 2003 (RJ 2003/9465), en las que se señala que “... las funciones que implican el ejercicio de autoridad, como es la imposición de sanciones, las debe ejercer el Ayuntamiento...”

virtud una Administración pública encomienda a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada.

Una mención destacada, aunque nos interesa más bien la concesión de servicio de saneamiento, merece asimismo el nuevo Título V, del Libro II, del TRLCAP que regula el contrato de concesión de obras públicas⁵⁹, pues en ocasiones dicho servicio, en tanto la concesión de obra conlleva el derecho de explotación de la misma como pago, puede prestarse de forma normal mediante esta modalidad. Con la novedad de la Ley se recuerda una vez más la *especial significación* que entre nosotros tiene el instrumento de la concesión, con un proceso evolutivo fuertemente marcado por la influencia europea, destacando la Comunicación Interpretativa de la *Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario de 2000*⁶⁰. Quizás la sensación, al menos desde nuestra perspectiva, que se desprende de este nuevo régimen jurídico de las concesiones de obras, estrechamente vinculado con el régimen de concesión de obras hidráulicas aprobado en el ya derogado art. 173 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre⁶¹, es la atracción de la iniciativa y de capitales privados⁶², si bien también se contempla la posibilidad de obtener financiación pública⁶³, en la realización de obras públicas y la aplicación con ella, prevista legalmente, de una forma de colaboración público-privada beneficiosa en nuestro

⁵⁹ Aprobada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (BOE 24/06/04). *Vid.* La monografía, entre otros, de A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZULEO, *Comentarios a la ley Reguladora de Concesión de Obras Públicas*. Aranzadi. Navarra. 2004. *in totum*.

⁶⁰ DOCE nº C 121, de 29 de abril de 2000.

⁶¹ En la actualidad el art.133 TRLAg lo que hace es remitirse al régimen de la Ley 13/2003, en definitiva a los actuales arts. 220 y ss del TRLCAP, “sin perjuicio de las peculiaridades que se establecen en la Ley”.

⁶² La incentivación se consigue gracias a la diversificación de las fuentes de financiación privada de la concesión y configurando la concesión como un bien jurídico integrado en el tráfico mercantil bien mediante la emisión de obligaciones y otros títulos (art.253), en la incorporación de títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario (art.254), en la posibilidad de hipoteca de la concesión, previa autorización del órgano de contratación (art.255 y ss.).

⁶³ Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión. Entonces, la Administración que aporte recursos públicos para su financiación adoptará la forma de financiación conjunta de la obra mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, o préstamos participativos de acuerdo con lo establecido en el artículo 236 y en la sección 2ª del capítulo III de esta Ley y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario (art.224.3 TRLCAP).

caso para promover la construcción de canalizaciones, sistemas colectores e instalaciones depuradoras⁶⁴.

II.1.2.2. La contratación española en los sectores especiales

No podemos finalizar la referencia a la normativa sobre contratación sin referirnos a una Ley que, como anuncia, está vinculada con el sector del agua y que afecta a un gran número de empresas en el ámbito nacional y, en cuanto a las normas que la inspiraron, a miles de empresas a nivel comunitario⁶⁵.

Nos referimos a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las *telecomunicaciones*⁶⁶ por la que se incorporaron al ordenamiento español⁶⁷ las ya

⁶⁴ Ampliamente sobre esta cuestión, *vid.* BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa...* Op.cit. Págs. 389 a 443.

⁶⁵ *Vid.* SAMANIEGO BORDIU, G. “La normativa comunitaria de los contratos de empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las comunicaciones” en *REDA*. Núm. 71. 1991. Pág.360.

⁶⁶ No obstante, debe recordarse que la incorporación inicial de la regulación de los sectores excluidos se realizó parcialmente, y hasta 1998, a través de la Disposición transitoria sexta de la anterior Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (BOE, 19 de mayo de 1995), vigente hasta el 22 de junio de 2000.

⁶⁷ El objetivo de estas Directivas es, además de abrir al mercado la contratación en los *sectores excluidos*, armonizar y aproximar los ordenamientos nacionales para que existan procedimientos de formalización de contratos que no difieran entre sí, y no como se pudiera pensar la unificación de regímenes jurídicos. Regulación originada, sobre todo, por “el hecho de que las Autoridades Nacionales pueden influir en el comportamiento de estas Entidades (empresas de los sectores excluidos), en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión”. Es así que GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ señala “a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español sobre contratación de las Administraciones Públicas, la extensión de las normas comunitarias de contratación pública a los sujetos privados no responde tanto al principio de buena administración en orden a configurar un régimen de garantías y equilibrios administrativos para el Estado, sino que pura y simplemente se endereza a facilitar la apertura de los mercados...”. Por ello la motivación de la Exposición de Motivos de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que justifica la norma declarando que las restricciones que impone a las empresas privadas encuentran su razón de ser en la necesidad de equilibrar las ventajas que se les atribuyen, no es exactamente la finalidad que se describe en las Directivas 93/38, y 2004/17 dirigidas a abrir la contratación europea a la competencia, siendo así que los derechos exclusivos y especiales no constituyen el objeto de la regulación, sino meras concreciones de este título legitimador de la intervención pública que es la apertura de la competencia, *vid.* *Derecho administrativo en la contratación...* Op.cit. Págs. 28 y 29.

derogadas Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero⁶⁸ y la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio⁶⁹, que han sido sustituidas por la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo⁷⁰.

A).Las particularidades respecto al régimen general

Con la Ley 48/1998 -que debe modificarse para adecuarse a la aprobación de la Directiva 2004/17/CE sobre contratación pública, que sustituye a las vigentes cuando se aprobó la norma nacional en 1998- se pretende que para los sectores citados, y por sus especiales características, se aplique un régimen público de contratación⁷¹, aunque de una manera menos estricta y rígida⁷². Régimen al que se

⁶⁸ Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades que operan en dichos sectores.

⁶⁹ Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que revisa la Directiva 90/531, de 17 de septiembre, que regula los contratos de obras y suministros en el ámbito de los sectores excluidos-. La Directiva 93/38 se consideraba como un *Texto Refundido* en materia de contratos de obras, suministros y servicios en los sectores excluidos.

Más ampliamente sobre la trasposición de estas directivas, *vid.* DÍEZ MORENO, F. “Las dificultades de la incorporación al ordenamiento español de las Directivas comunitarias sobre contratación en los sectores excluidos” en *Noticias CEE*, Núm.71. 1990. Págs. 49 y ss.

Esta Directiva ha sido derogada por la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo (DO L, 134, de 30 de abril de 2004); norma que ha sido afectada por el Reglamento/CE, nº1874/2004, de la Comisión, de 28 de octubre de 2004, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DO L, 326, de 29/10/2004); por la Directiva 2005/51/CE de la Comisión, de 7 de septiembre de 2005, por la que se modifica su anexo XX, y por el Reglamento (CE) nº 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de adjudicación de contratos. En cuanto al procedimiento previsto en el art.30 de la Directiva 2004/17/CE, *vid.* la Decisión de la Comisión 2005/15/CE, de 7 de enero de 2005. (DO L, 7, 11 de enero de 2005), y la Decisión de la Comisión de 8 de marzo de 2006 (DO L 76, de 15 de marzo de 2006).

⁷⁰ Con la aprobación de la nueva Directiva 2004/17, de 31 de marzo, sobre contratación en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales -este sector como novedad-, a la que debe adaptarse esta Ley, queda excluido, como es notorio, el sector de las telecomunicaciones debido a la *introducción definitiva de la competencia en este sector*. *Vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y. “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario” en *RAP*. Núm.166. 2005. Págs. 288 y 290; y Nota 1 en “Los denominados sectores excluidos: agua, transporte, energía y telecomunicaciones. Disposición Undécima LCAP”. LÓPEZ-IBOR MAYOR, V., y GIMENO FELIÚ, J.M., en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez-Ferrer Morant R. (dir).Civitas. Madrid. 2004. Pág.1673. J.M. GIMENO FELIÚ destaca la singularidad que la Directiva introduce al prever que cuando uno de los sectores arriba citados esté plenamente liberalizado – y así lo acuerda la Comisión- dejará de ser de aplicación la Directiva 2004/17/CE, regulándose sus contratos por el Derecho privado, *vid.* *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Civitas. Madrid. 2006. Pág.37.

⁷¹ El *Considerando 9* de la Directiva 2004/17/CE exactamente señala que el objetivo es la apertura a la competencia de los contratos públicos adjudicados por entidades que operan en los sectores señalados, de acuerdo con el establecimiento de unos procedimientos coordinados aplicables a contratos por importes superiores a una determinada cantidad. Pero también señala, *in fine*, que para aquellos contratos públicos cuyo importe sea inferior al que hace necesaria la aplicación de las

someterán tanto sujetos públicos como privados, debido al justificado interés público de estos sectores⁷³. Se mostraba, con ello, de mano de la Directiva 93/38/CEE, un mayor acercamiento por parte de la Comunidad a la realidad, pues se intenta

disposiciones sobre coordinación comunitaria, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia señala que son aplicables las normas y principios del Tratado, en concreto el principio de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo y de proporcionalidad, así como el de transparencia.

⁷² Vid. PIÑAR MAÑAS, J.L/ MORENO MOLINA J.A. “La Ley 48/1998 y el derecho comunitario” en *Comentarios a la Ley de contratos...* Op. cit. Pág.1249; LÓPEZ-IBOR MAYOR, V y GIMENO FELIÚ, J.M., “Los denominados sectores...” cit. Págs. 1673 y ss; SAMANIEGO BORDIÚ, G. “La normativa comunitaria de los contratos...” cit. Págs. 357 y ss.

Sobre la denominación de “sectores excluidos” se advierte que “más que sectores excluidos, habría que hablar de sectores tratados con ciertas especialidades, si bien en un primer momento, en efecto fueron excluidos del régimen general de contratación administrativa”, vid. “La Ley 48/1998, de 30 de diciembre. Su aplicación al sector de las telecomunicaciones” en *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. E, Jiménez Aparicio (coord.). Aranzadi. Elcano. 2002. Pág.1607. De manera similar J.L. PIÑAR MAÑAS entiende más adecuada la expresión de “sectores especiales”, pues en la actualidad tales actividades no están excluidas, sino sometidas con algunas especialidades al Derecho comunitario, vid. “El Derecho Comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley” en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez- Ferrer, R. (dir). Civitas. Madrid. 1996. Pág. 41. De manera divergente GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ no discute la denominación de “excluidos” de estos sectores, sino que aclara que ello se debe a que las entidades que prestan estos servicios son en algunos casos de Derecho público y en otros de Derecho privado, vid. *Derecho administrativo...* Op.cit. Pág. 125. Frente a estas posiciones entendemos que son más exactas con la regulación y el contenido de las normas las primeras opiniones, pues efectivamente dichos sectores no se excluyen de las normas sobre contratación, sino que se someten a un régimen flexibilizado.

⁷³ Se optó desde la Comunidad Europea por un concepto funcional de contrato público que amplió el ámbito de aplicación de las normas de contratación en los denominados sectores excluidos, vid. GARCÍA DE COCA, J.A. “Regulación comunitaria sustantiva sobre los contratos celebrados en los sectores especiales y su repercusión sobre los contratos entre empresas de titularidad privada” en *RVAP*. Núm.59. 2002. Págs.132 y ss.

La nueva Directiva 2004/17/CE incluye en su ámbito subjetivo, de acuerdo con el art.2, a cualquier poder adjudicador o empresa pública que ejerzan sus actividades en el sector del gas, electricidad, el agua, los servicios de transporte, los servicios postales, la extracción de combustibles o la puesta a disposición de puertos o aeropuertos y a cualquier entidad adjudicadora que, sin ser poder adjudicador ni empresa pública, ejerza una (o varias) de las actividades mencionadas y tenga derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un estado miembro.

De nuevo surge la cuestión que es “Organismo de Derecho público” para la Unión Europea, disyuntiva que ha sido resuelta en base a tres criterios: que el organismo haya sido creado para satisfacer necesidades de interés general, que esté dotado de personalidad jurídica, y que esté controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público: bien mediante financiación mayoritaria pública, bien porque la gestión esté sometida a la gestión por los poderes públicos, o bien porque los poderes públicos nombren a más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia del organismo en cuestión. Este ámbito subjetivo debe conjugarse con el ámbito objetivo, arts.3 a 7, de manera que se aplicará la Directiva a las entidades adjudicadoras que sean poderes adjudicadores o empresas públicas y realicen algunas de las actividades de los artículos anteriores y, a aquellas que sin ser poderes adjudicadores ni empresas públicas, ejerzan entre sus actividades alguna de las contempladas a también en dichos artículos (del 3 al 7) y tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro... siempre que se traten de contratos de obra, suministro y servicios, vid. M.Y.FERNÁNDEZ GARCÍA “La nueva regulación...” cit. Págs. 301 y 302.

erradicar la ausencia de competencia abierta y eficaz en esa materia⁷⁴ y para ello se aceptó que no sólo los organismos públicos, sino también las empresas privadas que gozaban de derechos especiales o exclusivos⁷⁵ podían contratar sometidos a la disciplina pública de contratación, y no de acuerdo a la lógica privada, basada en la máxima obtención del beneficio económico y en la autonomía de la voluntad⁷⁶.

⁷⁴ B.NOGUERA DE LA MUELA señala como razones que justifican dicha situación y la exclusión del ámbito de aplicación de las iniciales Directivas sobre contratos públicos varios motivos: la heterogénea naturaleza de los entes que actúan en dichos sectores, públicos y privados, la práctica habitual de ausencia de convocatorias de licitación, debido al carácter cerrado de los mercados en los que actúan dominados por la concesión de derechos especiales o exclusivos, y la inexistencia de competencia a escala comunitaria, debido a la posibilidad de las autoridades nacionales de influir en el comportamiento de estas entidades. Razones que no fueron óbice, sin embargo, para que la contratación pública, y sus garantías se abriesen también a esos sectores, *vid.* “Las Directivas comunitarias de “sectores excluidos” y la Ley 48/1998, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación” en *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 205. 2002. Pág. 122.

⁷⁵ El art.2.3 de la Directiva 2004/17/CE define los derechos especiales o exclusivos como aquellos concedidos por un Estado miembro, en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, que tengan como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad de las contempladas en la Directiva y que afecten sustancialmente a la capacidad de las demás entidades para ejercer dicha actividad..

Como señala M.A SENDÍN GARCÍA el art.86.1 TCE se refiere de manera general a “empresas dotadas de derechos especiales o exclusivos” sin distinguir si son públicas o privadas, aunque, a la vista del concepto amplio de empresa pública comunitario, la mención de empresas con derechos exclusivos o esenciales es de mayor trascendencia para las empresas privadas. Incluso según F. DÍEZ MORENO los derechos especiales o exclusivos sólo se entienden en relación con las empresas privadas, ya que en los demás casos su carácter público y sus poderes son suficientes por sí solos para conseguir el mismo efecto (*Vid.* DÍEZ MORENO, F. “Los sectores excluidos: agua, energía, transportes y telecomunicaciones” en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez-Ferrer Morant, R. (dir). Civitas. Madrid. 1996. Pág. 938). Aun así advierte correctamente SENDÍN GARCÍA recogiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –Sentencia de 19 de marzo de 1991, Asunto Francia contra la Comisión- que no existe una identificación genérica entre ambas situaciones, de manera que son derechos exclusivos “los derechos concedidos por un Estado miembro a una empresa mediante cualquier instrumento legal, reglamentario o administrativo que reserve a esta empresa el derecho a prestar un servicio o emprender una actividad en una zona geográfica”. Frente a esta definición a su vez ampliamente reflejada en el Derecho derivado y en otros documentos de las Instituciones comunitarias, la explicación de los “derechos especiales” no es tan sencilla. Como característica de ellos se apunta la de “conferir prerrogativas extraordinarias, normalmente económicas, privilegiando al titular de los mismos respecto a la situación normal del mercado”, concepción que se pergeña por la doctrina que especifica algunos de los supuestos incluíbles en los “derechos especiales”: la reserva del ejercicio de una determinada actividad a un número limitado de empresas, con exclusión de las demás, cuando se permite el desarrollo de una actividad a todas las empresas que cumplen determinados criterios objetivos, otorgando privilegios únicamente a algunas de ellas, mientras que no existen tales derechos cuando se requiere para ejercitar una determinada actividad de una autorización que pueden obtener todos aquellos que cumplen los requisitos exigidos para obtenerla, sin limitar el número de empresas que pueden lograrla, *vid. Hacia un servicio...* Op.cit. Págs. 205 y ss. También sobre la distinción entre derechos especiales y exclusivos se señala que los exclusivos con aquellos en cuya virtud se reserva a alguien una actividad o servicio con exclusión de los demás (caso típico de monopolio), mientras que los derechos especiales serán los que vinculan a un número limitado de beneficiarios en un mercado y con los criterios no justificados de concesión de los derechos que impidan la entrada de otra empresa en el mercado, *vid.* “Ley 48/1998, de 30 de diciembre...” en *Comentarios a la legislación...* Op.cit. Págs. 1635 y ss.

⁷⁶*Vid.* DE LA QUADRA-SALCEDO, T. “Liberalización y regulación de la contratación por organismos públicos, empresas públicas y empresas de cualquier naturaleza en la Directiva 93/38, en

En definitiva, la Ley trata de satisfacer, en lo posible, los postulados de competitividad europeos –igualdad, publicidad y transparencia-⁷⁷, pues como se constató ya en Europa con la aprobación de las Directivas de la década de los noventa la inexistencia de competencia en sectores industriales clave, como el agua, y los elevados costes innecesarios que debían sufrir los poderes adjudicadores dificultaban que en dichos sectores aparecieran empresas europeas capaces de crear un verdadero mercado competitivo⁷⁸. A este fin hay que añadir en nuestro entorno el objetivo que mediante la Ley se perseguía: prevenir y limitar la tan temida “huida del derecho⁷⁹”, en palabras de LÓPEZ-IBOR MAYOR: *se acude a la implantación de*

los llamados sectores excluidos” en *Derecho Europeo de la Competencia*. Calvo Caravaca, A.L./Blanco-Morales Limones, P (coord.). Colex.Madrid. 2000. Pág. 371; la misma opinión se mantiene en *Derecho de la contratación pública y regulada*, Ruiz Ojeda, A (dir). Civitas. Madrid. 2004. Pág.1784.

⁷⁷ Vid. DIEZ MORENO, F. “Principios jurídicos de la contratación pública: los *considerandos* de las directivas sobre sectores excluidos” en *La contratación pública en los sectores excluidos. Agua, energía, transportes, telecomunicaciones*. AA.VV. Civitas. Madrid. 1997. Pág. 35; FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y. “La nueva regulación...” cit. Pág. 282.

⁷⁸ El art.30 de la Directiva fija un procedimiento a partir del cual se determina si una actividad está sometida directamente a la competencia, de manera que no se aplicará a los contratos cuyo objeto sea alguno de los definidos en los arts. 3 a 7 siempre y cuando en el Estado miembro en que se efectúe dicha actividad ésta esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado. Los criterios que deciden si la actividad en cuestión se somete a la competencia deben ser conformes a las disposiciones de Tratado, pudiendo ser las características de los bienes y servicios afectados, la presencia real o potencial de más de un proveedor... El acceso no está limitado cuando el Estado miembro haya incorporado a su legislación nacional y aplicado las disposiciones de la legislación comunitaria que se recogen en el Anexo XI de la Directiva, *vid.* GIMENO FELIU en *La nueva contratación pública europea...*Op.cit. Pág. 38.

⁷⁹ El origen de esta expresión, tan en boga en los debates actuales acerca de la modernización de la Administración, se ubica en la persona de FLEINER FRITZ quien la utilizó por primera vez en 1928. Advierte al respecto S.MARTÍN-RETORTILLO BAQUER que la traducción vigente en España es una mala traducción por cuanto FLEINER habla de la “huida del Derecho Administrativo” pero, de una huida del Derecho administrativo por parte de los establecimientos *industriales*, *vid.* *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*. AA.VV. Institut d’Estudis Autònoms. Marcial Pons. 1999. Pág. 35. Posteriormente, un amplio sector de la doctrina alemana retomó esta expresión *die Flucht ins Privatrecht*; así, STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. II. C.H. Beck. München.1980. Pág.741. Nota 44; PÜTTNER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 6ª ed. Düsseldorf. 1983. Pág. 73; EHLERS, D., *Verwaltung...* Op.cit. Págs. 2, 66, 68, 123, 162, 258, 277, 292, 310 y 325. Por otra parte en la doctrina francesa J.-B AUBY denomina este proceso de “banalización” del Derecho Administrativo. *Vid.* “Le mouvement de banalisation du Droit des personnes publiques et ses limites” en *Etudes offertes à Jean Marie Auby*. Dalloz. 1992. Pág.3 y ss. En España, fue CLAVERO ARÉVALO de los primeros en advertir sobre este fenómeno en su conferencia “Personalidad Jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas” en *DA*. Núm.58. 1962

Como apunta S.MUÑOZ MACHADO, “en el debate sobre la renombrada “huida del derecho Administrativo” se han mezclado, a nuestro juicio demasiados conceptos y problemas que precisan ser tratados separadamente: a) Los interrogantes que planteó a mediados del siglo XX (no parece que pueda seguirse afirmando lo mismo en la actualidad) la utilización instrumental del Derecho Privado por la Administración, radicaban en la posible pérdida de controles y garantía de objetividad de las decisiones; pero ésta no es una cuestión obstativa sino que reclama de los poderes constituidos imponer límites y crear controles adecuados.b) La utilización de técnicas procedentes del Derecho

Mercantil para gestionar algunos servicios públicos, puede ser recomendable si sirve para que ganen eficiencia y se mejore el servicio a los intereses generales.c) La creación de una entidad mercantil sometida enteramente al régimen, por ejemplo, de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, para prestar un servicio que conlleva funciones de autoridad, es improcedente no porque exista una reserva constitucional de Derecho Administrativo, sino por dos razones más simples: primera, porque las propias leyes de sociedades regulan entidades con finalidad de lucro que actúan en el mercado, y no órganos y funciones administrativas; y segundo, porque las normas que atribuyen poderes o prerrogativas de autoridad, lo hacen siguiendo un régimen de reparto de competencias entre *órganos* de la Administración, y no es pensable, por inadecuada, que se pueda incluir en el reparto de competencias una empresa mercantil”, *vid.Tratado de Derecho Administrativo... Vol.I. Op.cit. Pág.1091.*

Sobre esta huida del Derecho la bibliografía y el tratamiento es amplio. Nos limitaremos aquí a reproducir esquemáticamente las posiciones de la doctrina y sus argumentaciones más esenciales. Por una parte, algunos entienden que no se produce en el uso de formas y técnicas jurídico-privadas, bajo el supuesto de una mayor eficacia y bajo el sometimiento a los principios constitucionales en todo caso, una “huida del Derecho Administrativo” en la aplicación, con carácter instrumental, de técnicas privadas. En esta línea, BORRAJO INIESTA defiende que la utilización del Derecho civil, laboral o mercantil supone otro modo diferente al público de control de la actividad de la Administración, ya que también el régimen del Derecho privado de sociedades ofrece garantía suficiente para garantizar el sometimiento de las empresas públicas a determinados fines públicos, asegurado así la transparencia y la seguridad del tráfico,*vid.* “El intento de huir del Derecho administrativo” en *REDA*. Núm. 78.1993. Pág. 236. Asimismo, considera SALA ARQUER que “el nuevo Derecho mercantil ya no es un paradigma de flexibilidad y autonomía de la voluntad que a veces se describe, sino un ordenamiento en el que proliferan los controles, auditorías externas, búsqueda de transparencia y competitividad y protección de los consumidores”, pero a su vez sostiene que las empresas públicas que actúan en régimen de concurrencia han de quedar al margen del concepto de Administración Pública, *vid.* “Huida al Derecho Privado y huida del Derecho” en *REDA*. Núm. 75. 1992. Págs.399 a 413. Con similares posiciones a favor de la aplicación del *ius commune*, la profesora MALARET GARCÍA cita el ejemplo de HOLSA, S.A. como empresa de capital absoluta e íntegramente público pero con forma jurídica de sociedad mercantil, sociedad que, no obstante, consiguió una posición reforzada frente al contratista a través de la inclusión entre las cláusulas contractuales de las “*prerrogativas en más*” propias de los contratos administrativos, pero esta vez con un origen convencional, basadas en los principios de conmutatividad y buena fe, *Vid. Público y Privado en los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Madrid. 1993. Págs. 7 y ss. Contrariamente a estas tesis, la doctrina más tradicional –y mayoritaria- sí considera inquietante y como una clara y repudiable evasión del Derecho Administrativo el ejercicio de funciones públicas al margen del Derecho Administrativo, mediante la creación de entes instrumentales. Una notable aportación en esta línea, por su planteamiento novedoso, fue el desarrollo de la reserva constitucional de la Administración que S.DEL SAZ, que apoya también PARADA VÁZQUEZ (*vid.* PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II*. Op.cit. Pág. 250), defiende para rechazar, de este modo, la aplicación sin más del Derecho privado en el ámbito público basándose en los principios constitucionales contenidos en el artículo 103 CE de objetividad y neutralidad -pilares que deben sustentar, y ello es indiscutible, el comportamiento de la Administración Pública- y del sometimiento de la Administración, a la luz del art.153.3 CE, a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no a otra, de la actividad administrativa, de este modo para la profesora DEL SAZ la Administración sólo puede sujetarse al Derecho privado cuando realice actividades exclusivamente comerciales, *vid.* “Desarrollo y crisis del Derecho...”, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*. Op.cit. Págs. 106 y ss. Aluden también a los límites constitucionales, si bien matizadamente, GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ como forma de evitar que por el mero hecho de adoptar una forma jurídica privada, una organización inequívocamente pública –adoptando así un criterio funcional, similar al que defiende la Unión Europea- se escape de los deberes constitucionalmente exigidos a los poderes públicos (promover que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, art.9.2, prohibición de actuación arbitraria, art.9.3 CE, objetividad, imparcialidad y servicio a los intereses generales, art.103.1, control judicial de su actuación, art.106.1, etc); justificando la aplicación del régimen jurídico-privado, siempre y únicamente, en el caso de que la Administración actúe de acuerdo con las directrices europeas fijadas en los *art.86 y 87 TCE*, es decir en el libre mercado y al mismo nivel que el resto de empresarios particulares, ejercitando un tráfico en masa de naturaleza materialmente mercantil, supuesto de la iniciativa pública en la actividad económica, de la primera parte del art.128.2.CE, *Vid.* Aut. cit y FERNÁNDEZ T.-R. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Madrid.

*parámetros materiales y no formales cuya apreciación puede operar más objetivamente a la hora de determinar la aplicación de un régimen “público”*⁸⁰; más aun cuando se incluye en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, como hemos mencionado, a entidades públicas –con la excepción de las Administraciones Públicas⁸¹- y también a empresas privadas que gozan del privilegio de contar con derechos especiales o exclusivos⁸² siempre que realicen algunas de las actividades comprendidas en el art.3 de la Ley 48/98.

El objetivo de la Ley es que los procedimientos de adjudicación en los que contraten las entidades mencionadas, y siempre dentro de su ámbito de aplicación⁸³, y cumpliéndose con determinados umbrales económicos –pues resulta ineficaz que los contratos con un importe bajo deban acomodarse a las costosas convocatorias a escala comunitaria, de forma que por debajo de los umbrales los contratos quedan sometidos a las normas internas de adjudicación de la Entidad contratante⁸⁴-, se sujeten a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones previstas en la Ley y, en todo caso, a los de igualdad de trato y no discriminación (art.10)⁸⁵.

Una vez apuntados los sujetos de la Ley corresponde señalar el objeto propiamente dicho de la misma, ya que para su plena aplicación deben conjugarse ambos criterios. Es por ello que nos referimos, de manera positiva⁸⁶, a los contratos

Civitas. 2004. Pág.410; una posición similar mantiene J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ en “La garantía constitucional del Derecho Administrativo” en *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*. Balado, M/García Regueiro, J.A (dirs.). Bosch. Barcelona. 2003. Págs. 1083-1087.

⁸⁰ Vid. *La contratación pública en los llamados sectores excluidos...* Op. cit. Pág.17.

⁸¹ Sobre la razón de ser de la exclusión de las Administraciones Públicas, a pesar de su inclusión por la Directiva 93/38, nos remitimos a los comentarios que realizó el entonces ministro de Fomento Sr. Arias-Salgado al proyecto de Ley, y que se cita en “Ley 48/1998, de 30 de diciembre...” en *Comentarios a la legislación...* cit. Págs. 1625 y 1626.

⁸² Debe interpretarse el art.2 de la Ley de acuerdo con el art.2 de la Directiva 2004/17.

⁸³ Al respecto hay que considerar varios preceptos de la Ley 48/1998. Por una parte los arts.3 y 4 que definen las actividades incluidas y excluidas en su ámbito de aplicación. Y por otra, los arts. 5 y 7 que enumeran respectivamente los contratos incluidos y excluidos de la Ley.

⁸⁴ Vid. DÍEZ MORENO, F. “Los sectores excluidos...” cit. Pág. 943.

⁸⁵ L.MARTÍN REBOLLO entiende que se produce una cierta “administrativización” de contratos privados en la medida en que la Ley prevé que las reclamaciones por infracciones sean conocidas y resueltas inicialmente por los órganos de contratación de las Administraciones públicas, que son impugnables, una vez agotada la vía administrativa, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, *vid. Leyes administrativas*. Aranzadi. Elcano. 2005. Pág.542.

⁸⁶ Ya que el art.7 señala los contratos excluidos. A éstos hay que sumar aquellos contratos de cuantía inferior a las indicadas en el art.8

de adquisición de suministros y servicios, así como la contratación de obras⁸⁷. Siendo, en estos sectores los procedimientos de adjudicación los ya tradicionales: esto es el procedimiento abierto, restringido o negociado⁸⁸, previa convocatoria pública en los dos primeros casos. Si bien, frente a la rigidez del TRLCAP, que determina cuándo procede el concurso y cuándo la subasta⁸⁹, la Ley de sectores excluidos otorga libertad al respecto (art.24.1), pero bajo la obligación de motivación de su elección por una u otra forma⁹⁰.

No podemos concluir este apartado sin referirnos al sistema de recursos que se preveía en la Directiva 92/13/CEE y que se incorporó en el Título V de la Ley. Con ello, se pretenden establecer las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las Entidades contratantes puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible si se viola el Derecho comunitario tanto en su contenido sustantivo, como en la trasposición nacional. En nuestro caso, el art.51 de la Ley 48/1998 señala competentes para conocer de las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de contratos a los órganos de contratación de las Administraciones Públicas que se enumeran en el art.2.1. Ley 30/1992, o aquellos otros que designen las Comunidades autónomas, siendo la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y de Procedimiento Administrativo Común el

⁸⁷ Más ampliamente sobre el objeto y ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 48/1998, *vid.* Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/2001, de 3 de julio.

⁸⁸ Téngase en cuenta la figura novedosa del “Acuerdo marco” (art.6) que permite adjudicar por un procedimiento sin convocatoria de licitación contratos concretos, derivados o basados en el mismo, que tienen por objeto fijar los términos de los contratos que se hayan de adjudicar en el transcurso de un período de tiempo, particularmente en lo que se refiere a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. Y que se contemplan, a tenor del art. 25, como uno de los supuestos del procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa.

⁸⁹ Así, el art.159.1 TRLCAP relativo a los procedimientos y formas de adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos que señala la forma de adjudicación será la del concurso. En el caso del contrato de suministro, el art.180 TRLCAP, dice que sólo se podrá hacer uso de la subasta en aquellas adquisiciones de escasa cuantía en las que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no ser posible variar los plazos de entrega, ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, quedando por consiguiente el precio como único factor determinante de la adjudicación. En el resto de los casos será el concurso la forma normal, salvo que concurren los supuestos especiales del procedimiento negociado. Para el caso del contrato de concesión de obras el art.235 establece que siempre se realizará por concurso, o por procedimiento negociado de acuerdo o lo previsto en la Ley.

⁹⁰ Más ampliamente sobre el resto de particularidades en la subasta y el concurso a tenor de la Ley 48/1998, como por ejemplo la posibilidad de que los licitadores puedan presentar variantes en los concursos siempre que no esté prohibido en el pliego de condiciones (art.46.1), como respecto al tema de las ofertas anormalmente bajas (art.47), la preferencia de las ofertas comunitarias en los contratos de suministros (art.48) o el desarrollo de un “concurso de proyectos” como modalidad de adjudicación de contratos (arts. 37 y ss), *vid.* FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M^a. *Contratación Administrativa*. Bosch. Barcelona. 2003. Págs. 798 y ss.

régimen general aplicable, con las especialidades que se señalan en la norma sobre sectores excluidos. De esta manera incluso órganos efectivamente privados, bajo el hecho de que en estos sectores deben someter su actuación a ciertos criterios y normas públicas, se someten también a la Ley 30/1992, sin perjuicio de, una vez agotada la vía administrativa, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, se trata, pues, como dice NOGUERA DE LA MUELA, de “una extensión al campo privado del Derecho Público⁹¹”. Estamos ante la aplicación plena de la doctrina de los actos separables⁹², que da a entender que mientras que las normas de publicidad y adjudicación contractual son de Derecho público, los efectos de los contratos se regirán por el Derecho privado, y por tanto sobre sus vicisitudes conocerá la jurisdicción civil. Asimismo, se regula la posibilidad de la solución amistosa de las controversias mediante la solicitud de un procedimiento de conciliación, que remite

⁹¹ Vid. “Las Directivas comunitarias de “sectores excluidos”...” cit. Pág. 133.

⁹² El origen de esta doctrina se sitúa en Francia, con motivo de la celebración de contratos por la Administración, como un modo delimitar la competencia entre la jurisdicción civil y administrativa y se reconoció en nuestro entorno con el célebre Auto del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1961 y la Sentencia de 4 de febrero de 1965, hoy plenamente asumida en el art.9.2 Ley 30/1992. Esta doctrina supone que aun cuando la Administración contrate de acuerdo con el Derecho privado, puesto que goza de una especial naturaleza pública que le impide actuar de acuerdo con la autonomía de la voluntad, determinadas actuaciones -en concreto los actos preparatorios y de adjudicación- se someten a la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo separados del contrato privado que es el que se concluye finalmente, y que en cuanto a su contenido será objeto de la jurisdicción civil, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/T-R.FERNÁNDEZ. *Curso...* Vol. I. Op.cit. Págs. 61 y ss; T-R. FERNÁNDEZ en “Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones” en *RAnAP*. Núm.39.2000. Pág.107.

La Teoría de los dos niveles –o doctrina de los actos separables- pretende ordenar relaciones jurídicas de carácter mixto respondiendo a la realidad de que una misma actividad puede verse sometida a más de un ordenamiento jurídico, público o privado. Ya que ella supone que, desde el ordenamiento público, más aun en el caso del medio ambiente -que es un sector con un claro interés preventivo y protector de su objeto-, se establecen los mecanismos de protección necesarios que aseguren el fin de toda Administración, la satisfacción del interés general y por tanto público siendo, dentro de ese marco y sometido al mismo, las técnicas privadas las más utilizadas. De esta suerte, ésta ha sido invocada en numerosas ocasiones con motivo de la introducción de personas privadas en la realización de actividades de prestación (*Leistungsverwaltung*) y de intervención (*Eingriffsverwaltung*), *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El Derecho Administrativo...* Op.cit. Pág.101 y ss; SCHMIDT-ASMANN *La Teoría general del Derecho...* Op. cit. Págs. 299 y 300; también WOLF/BACHOF/STOBER. *Verwaltungsrecht...* Op. cit. Pág. 276.

Como muy gráficamente se explica entre la doctrina alemana, dos son las cuestiones a las que responden estos planteamientos: en un primer escalón, la cuestión de *si* se opta por acudir o no al ordenamiento privado, y determinar las condiciones para la realización de una función pública, que en tal calidad debe ser decidida y regulada, necesariamente, por los poderes soberanos, tarea que recae dentro del ámbito del Derecho Público; para, posteriormente, en un segundo escalón, que remite al ordenamiento jurídico privado, determinar el *cómo* se ejecuta, *vid.* MAURER. *Allgemeines...* Op. cit. Págs.193 y 440. También entre nosotros L. PAREJO ALFONSO en *Eficacia y Administración...*Op. cit. Págs. 70 y ss

en cuanto a la tramitación del procedimiento al Capítulo 4 de la Directiva 92/13/CEE⁹³.

B).Examen sobre su aplicabilidad en el sector del saneamiento de las aguas residuales

En el caso del saneamiento la relación debemos establecerla, en primer lugar, con el artículo 2 de la Ley 48/1998 que somete a determinados sujetos a las disposiciones legales en ella contenidas. En concreto, se incluyen en el ámbito subjetivo de la Ley, como adelantábamos, a las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas incluidas en el art.1.1) TRLCAP o de sus Organismos autónomos, a las asociaciones formadas por las citadas entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia y a las empresas públicas, así como a las empresas privadas que gocen de un derecho especial o exclusivo otorgado por una autoridad competente que tenga como efecto la reserva del ejercicio de algunas de las actividades enumeradas en el art.3. En segundo lugar, la enumeración de actividades incluidas del art.3 cita la actividad de producción, transporte o distribución de agua potable, siempre y cuando dichos contratos están relacionados con la evaluación o tratamiento de aguas residuales. En tercer lugar la relación que comentamos nos lleva al art.8.2 que fija el importe de los contratos como límite cuantitativo para la aplicación de la Ley y siempre que se trate de contratos adjudicados por organismos contratantes que ejerzan actividades en los sectores de producción, transporte o distribución de aguas potables y aquellos superen los 5.278.227 euros⁹⁴ en el caso de obras y 422.248 euros⁹⁵ en suministros y servicios previstos en el Anexo VI A (servicios de depuración de aguas residuales y eliminación de basuras) y 400.000 euros si se trata de contratos de suministros y servicios distintos de los anteriores⁹⁶,

⁹³ Más ampliamente sobre el procedimiento de conciliación, *vid.* FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M^a. *Contratación Administrativa...* Op. cit. Págs. 810 y ss; DíEZ MORENO, F. “Los sectores excluidos...” en *Comentarios...* 1996. Op. cit. Págs. 961 y ss; NOGUERA DE LA MUELA, B. “Las Directivas comunitarias de “sectores excluidos”...” cit. Págs. 136 y 137.

⁹⁴ Cifra según la modificación de la Orden EHA/4410/2005, de 29 de diciembre. BOE 31/12/05.

⁹⁵ Cifra según la modificación de la Orden EHA/4410/2005, de 29 de diciembre. BOE 31/12/05.

⁹⁶ Art.8 de la Ley 48/1998.

que celebren empresas (públicas o privadas) o poderes públicos residenciados en ese sector.

Bien, en un primer momento y a la vista de los preceptos anteriores podría afirmarse que los contratos relacionados con la tarea de saneamiento caen en el ámbito de aplicación de la Ley de sectores excluidos. Sin embargo, la cuestión de la aplicabilidad de esta Ley (o de la Directiva de sectores excluidos) o del régimen general del TRLCAP no es ni tan automática, ni tan sencilla, con el efecto consiguiente de gozar las entidades contratantes de una mayor o menor flexibilidad en la contratación. Por esto, es necesario dejar claro cuál es, por norma, el régimen adecuado que se deberá aplicar en los modos de gestión existentes y/o futuros del servicio de saneamiento.

Al respecto, B.SETUÁIN MENDÍA considera la aplicabilidad de la Ley 48/1998 bastante limitada por dos motivos: en primer lugar por la propia exclusión que desde el punto de vista subjetivo realiza la Ley en el art.2.2⁹⁷ remitiendo al régimen del TRLCAP. No podemos más que sumarnos a dicha reflexión, pues es evidente la importante limitación que deriva del hecho de que la Ley no será aplicable cuando contraten dichos entes, que son muchos de los supuestos, pues normalmente será el municipio el que en primera instancia contratará con un tercero para realizar las infraestructuras necesarios para la prestación del saneamiento, y como se ha examinado “las Entidades que integran la Administración Local y los organismos autónomos dependientes de las mismas” quedan excluidos de la Ley 48/1998. Otra cosa será que para la prestación del servicio se opte por la creación de una empresa pública o de una entidad pública empresarial y éstas quieran contratar, pues es el supuesto que sí que cabe en la Ley, cuando se trate de contratos cuyo objeto sea el señalado en el art.3.a) de la Ley. Esta última consideración da paso, en segundo

⁹⁷ “Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y los Organismos autónomos dependientes de las mismas, que se regirán, en todo caso y sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional segunda, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas”. No obstante, debe tenerse presente que la disposición adicional segunda de la Ley 48/1998, y también la disposición adicional undécima del TRLCAP, se remiten a los límites cuantitativos establecidos en la Ley 48/1998 a efectos de publicidad y que deberán tener en cuenta, asimismo, las Administraciones públicas y sus Organismos autónomos cuando realicen contratos comprendidos en el ámbito de la Ley 48/1998.

De este modo y con dicha exclusión se somete a un régimen más estricto que el especial previsto en la Ley de sectores excluidos, al remitir al TRLCAP, sobrepasando en este caso con la trasposición los mínimos comunitarios.

lugar, al siguiente parámetro objeto de examen; así, para aplicar el régimen especial debe darse el supuesto de que los contratos se refieran a “una actividad de producción, transporte o distribución de agua potable, siempre y cuando dichos contratos... están relacionados con la evacuación o tratamientos de aguas residuales”; además, y en tercer lugar, existe una frontera económica que determina el sometimiento o no a la Ley, que hemos ya visto⁹⁸. A todo ello debemos añadir que, desde el punto de vista objetivo, la Ley se aplica al contrato de obras, de suministro y de servicios, pero no a las concesiones de obras -a excepción de la actual previsión del art.56 de la Directiva 2004/18/CE- o de servicios. Cabría aportar, a favor de los argumentos de SETUÁIN, para demostrar el escaso uso de la Ley de sectores excluidos, el hecho de que en el TRLAg se introdujo, tras la reforma de 1999, un título específico relativo a la construcción de obras hidráulicas, que es donde en definitiva debemos acudir, en el que las referencias a la legislación sobre contratación pública se remite al Texto Refundido de 2000 y no a la Ley 48/1998.

Asimismo, confirmando los razonamientos anteriores es una realidad que la mayoría de contratos que tienen por objeto el servicio de saneamiento de las aguas residuales es a través de concesiones, bien sea de obra, bien de servicio público que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE, pero que no impide el sometimiento efectivo a los otros principios y normas del Tratado, como señala FERNÁNDEZ GARCÍA en referencia al apartado 2.3 de la Comunicación de la Comisión según el cual “...como todo acto del Estado por el que se fijan las condiciones que deben cumplir una prestación de actividades económicas, las concesiones están sujetas a las disposiciones de los artículos 28 a 30 y 43 a 55 del TCE, así como a los principios sentados por la jurisprudencia del TJCE. Se trata, en

⁹⁸ Vid. *El saneamiento de las aguas...* Op.cit. Pág.465 y ss; BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa privada..* Op.cit. Pág. 350. Frente a estas dificultades, en el caso de que el servicio sea de abastecimiento la justificación de la aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre la considera A.MOLINA GIMÉNEZ como una justificación sin dificultades, puesto que las entidades suministradoras gozan en todo momento de una posición privilegiada, ya que gestionan un servicio público reservado, generalmente monopolizando su ejercicio, cumpliendo así uno de los requisitos de la Directiva, y hacen además uso privativo del subsuelo y de la vía pública para instalar y gestionar redes de suministro, consideración que no se recoge hoy en la definición de “derechos exclusivo” del art.1.3 de la Directiva 2004/17/CE. Aun así reconocía, con la vigencia de la anterior Directiva, que la aplicación de la Ley al suministro de agua tampoco era plena en tanto en cuanto se observaban en la Directiva supuestos de exclusión que dejaban fuera una parte importante de estos servicios, *vid. El servicio público...* Op.cit. Págs. 364 y 365.

particular de los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad⁹⁹”.

II.2. La compleja distribución de competencias derivada de la naturaleza de servicio público ambiental del saneamiento. Remisión

Desde 1978 España se define, según la declaración del art.2 de la Constitución, en un Estado de las autonomías que se *fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*. Esta nueva configuración favorece la descentralización y la desconcentración y dificulta la tarea de discernir qué nivel es el competente para actuar no sólo en materia de saneamiento, sino de manera más amplia también en el medio ambiente¹⁰⁰.

La Constitución en el artículo 149.1), en el que se definen las materias de competencia exclusiva del Estado, cita en el apartado 23º a “la legislación básica sobre protección del medio ambiente” y en el anterior apartado, 22º, en relación con las aguas intercomunitarias considera asimismo de competencia exclusiva estatal “la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos”, competencias ambas en las cuales puede incluirse sin duda la tarea de saneamiento de las aguas residuales, sobre las que el Estado puede aprobar tanto legislación básica, como ordenar y legislar si se trata de aguas residuales intercomunitarias. No obstante debido a la *vis atractiva* de las competencias sobre medio ambiente, opinamos que la primera sería la más adecuada en el caso de que el Estado optase por regular esta materia, ya que además le permitiría una regulación de manera general, sin tener que ceñirse al ámbito de las cuencas intercomunitarias. Si indagamos los títulos competenciales de los que ha hecho uso el Estado en la escasa regulación de esta materia se plasma, no obstante, que ambos han sido traídos a

⁹⁹ Sin embargo, recordemos que a nivel comunitario se regula el contrato de concesión de obras en la Directiva *general* 2004/18/CE que lo somete a su ámbito de aplicación siempre y cuando se superen, además, determinados umbrales económicos, *vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y. “La nueva regulación...” cit. Págs. 305.

¹⁰⁰ En este sentido S.M ÁLVAREZ CARREÑO, *El régimen jurídico...* Op.cit. Pág.90; L.CASADO CASADO, *vid. Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativas*. Comares. Granada. 2004. Pág. 43; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “Administración Local...” en *Derecho del Medio Ambiente...* Op.cit. Pág. 42.

colación. Así en la Ley de Aguas de 1985, en su artículo 1, se hacía referencia de manera genérica al artículo 149, sin más especificaciones; mientras que en el Real Decreto-Ley 11/1995, que contiene ya previsiones concretas sobre el saneamiento de aguas residuales, sí se hace alusión al art.149.1.23 CE.

Al hilo de lo señalado hemos de recordar que la Constitución Española supuso la aparición de un desconocido nivel administrativo y político entre el Estado y los municipios, el nivel autonómico, al que de manera progresiva se le han ido traspasando competencias, y que afectó a la distribución de competencias entre los diversos niveles territoriales, sobre todo en relación con los Municipios, las cuales vieron de manera importante -si bien se garantiza la gestión de sus propios intereses bajo la institución de la “autonomía local”- “sustituidos” tras la Norma Fundamental por las Comunidades Autónomas, a quienes el artículo 148 CE les reconoce la competencia en materia de aguas de interés de la Comunidad Autónoma, esto es en cuencas internas (art.148.1.10 CE) y en la gestión en la protección del medio ambiente (art.148.1.9 CE). Títulos fundamentalmente aducidos por las Comunidades Autónomas para aprobar las normas que más directamente se han ocupado de regular esta materia en sus leyes de saneamiento, si bien la posibilidad de regular sobre del saneamiento se ha basado, en otras muchas, en títulos competenciales de lo más diverso¹⁰¹, dando muestra del carácter transversal e intersectorial que reviste la protección del medio ambiente¹⁰².

En esta particular redistribución de competencias la tarea del saneamiento se ve a nuestro parecer, especialmente perjudicada en la esfera local, pues si bien su protagonismo en la protección del medio ambiente es tradicional¹⁰³, la atención que

¹⁰¹ Así, por ejemplo, en la Ley 2/1992, de la Comunidad Valenciana, sobre saneamiento, los títulos habilitantes son el art.31.e) EA que declara la competencia exclusiva de la *Generalitat* sobre las obras públicas que no tengan la calificación legal de interés general del Estado o cuya realización no afecte a otra Comunidad Autónoma y el art.32 en el que se determina la facultad de la *Generalitat* para establecer normas adicionales de protección del medio ambiente. Por otra parte la Ley 17/1984, de la Comunidad de Madrid, se hace referencia a la función legislativa de la Comunidad de Madrid en lo relativo a las obras públicas de interés de la Comunidad dentro de su territorio (art.26.4 EA), y de los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos de interés de la Comunidad (art. 26.8 EA)... En esta enumeración nos remitimos a la amplia lista que S. FERNÁNDEZ SALMERÓN y B. SORO MATEO ofrecen, refiriéndose hasta diez diferentes títulos competenciales aducidos por las Comunidades Autónomas para justificar su intervención y competencia en materia de saneamiento. *Vid. La articulación del ordenamiento jurídico ambiental en el Estado Autonómico*. Atelier. Barcelona. 2001. Pág. 239.

¹⁰² *Vid. LOZANO CUTANDA, B. Derecho Ambiental.. .Op.cit.Pág.111.*

¹⁰³ Así lo entiende L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER si bien cuestiona si la forma actual de “protagonismo municipal” derivado de las competencias y servicios que la LRBRL enumera es la

las normas hídricas¹⁰⁴ dedican hasta hace bien poco a esta actividad saneadora como actividad municipal, y aun más si nos referimos a la LRBRL o consultamos los Estatutos de Autonomía y las leyes autonómicas dictadas, vemos que la cambiante y heterogénea denominación del conjunto de actividades que conforman el servicio que tratamos hace casi imposible dar una única solución común y factible.

A ello hemos de sumarle la circunstancia de que en el mismo ámbito de la legislación local la competencia de los municipios tampoco es nada clara, aunque sí más concreta que la normativa estatal. Las denominaciones usadas son de lo más variadas, como mencionábamos. Así, en el art.25.2.1) LRBRL, en el que se señalan las competencias de los municipios, se habla de las competencias de los municipios en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el “alcantarillado y tratamiento de aguas residuales”; el art.26.1.a), por su parte, establece los servicios mínimos y obligatorios que el municipio debe prestar encontrándonos entre ellos para todos los municipios el alcantarillado y, cuando la población sea superior a 50.000 habitantes, la protección del medio ambiente; finalmente, el controvertido art.86.3 LRBRL en la determinación de lo que denomina servicios esenciales locales reservados al municipio incluye la depuración de las aguas.

La cuestión se complica aun más con la aparición de mano del Derecho comunitario de la Directiva 91/271, del Consejo, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, que introducirá nuevos parámetros y criterios que van a afectar a la distribución de competencias. Ya no se tiene como referencia para la atribución de determinadas competencias y la imposición de obligaciones el concepto ni de municipio, ni de provincia, ni tampoco el de Comunidad Autónoma. Se introduce un nuevo criterio el de “aglomeración urbana”, en función del número de “habitantes-equivalentes”, cuya delimitación corresponde a las Comunidades Autónomas, como traspone en nuestro ordenamiento jurídico el Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre. De este modo las denominadas “aglomeraciones urbanas”, término remitido desde Europa para dar así cabida a las diferentes formas

fórmula idónea ante una realidad social tan heterogénea y cambiante. Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “Administración Local y...” en *Derecho del Medio Ambiente...* Op.cit. Pág. 48.

¹⁰⁴ Por ejemplo en el TRLAg no se hace mención alguna a las Entidades Locales como parte en la gestión del dominio público hidráulico, vid. FANLO LORAS, A., “Dominio público hidráulico y saneamiento de las aguas residuales” en *Derecho del Medio ambiente...* Op. cit. Pág. 305.

de organización territorial de los países de la Unión¹⁰⁵, deberían contar, de acuerdo con diferentes plazos, con sistemas de colectores para la recogida y conducción de las aguas residuales y con tratamientos determinados antes de la realización del vertido. El criterio de “habitante-equivalente”, como señala el Preámbulo del Real Decreto Ley, afectó a la redacción del artículo 26 de la Ley 7/1985 en el que se señalan cuáles son los servicios mínimos y obligatorios que los municipios deberían prestar, de acuerdo con el número de habitantes, sustituyéndose éste último criterio por aquél de procedencia comunitaria. Sobre esta alteración de la LRBRL es necesario que hagamos alguna observación, pues si examinamos con detención el tenor literal de la Directiva y del Real Decreto-Ley 11/1995 creemos que ha existido quizás un error por parte del legislador al trasponer al ordenamiento nacional la norma comunitaria, pues no es necesario modificar el art.26 LRBRL por varias razones: una, porque la imposición del alcantarillado se establece “en todos los Municipios”, sin atender a número de habitantes, pero aun más porque en dicho precepto se cita como servicio mínimo obligatorio para el municipio únicamente al alcantarillado, concepto que no entra en el campo de aplicación del Real Decreto-Ley que sólo establece obligaciones en cuanto a sistemas colectores y tratamientos de depuración¹⁰⁶.

Por otra parte este artículo sí que podría verse afectado siempre y cuando el municipio coincidiese, tras la decisión de la Comunidad Autónoma, competente para ello, con la delimitación de una “aglomeración urbana”, que se define por el Real Decreto-Ley como de *zona geográfica formada por uno o varios municipios, por parte de uno o varios de ellos que por su población o actividad económica constituya un foco de generación de aguas residuales que justifique su recogida y conducción a una instalación de tratamiento o a un punto de vertido final* (art.2.e). Pues a éstas aglomeraciones son a las que se les exige que posean un *sistema de conducto que recoja y conduzca las aguas residuales urbanas, desde las redes de alcantarillado de titularidad municipal a las estaciones de tratamiento*, disposición que aumentaría considerablemente las atribuciones hasta ahora vigentes para los

¹⁰⁵ Vid. ÁLVAREZ CARREÑO, S.M, *El régimen jurídico de la depuración ...*Op.cit. Pág. 107.

¹⁰⁶ Así lo comenta SETUÁIN MENDÍA en contra de las tesis sostenidas por T.,QUINTANA LÓPEZ, Vid. *El saneamiento...* Op.cit. Págs. 353 y ss.

municipios, de alcantarillado únicamente¹⁰⁷.

Estas cuestiones son sólo un adelanto de la problemática que va a plantear la trasposición de la Directiva sobre aguas residuales, sin perjuicio de que sea éste un tema en el que necesariamente debemos incidir y analizar con mayor profundidad al adentrarnos en la sección siguiente de este trabajo.

III. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES. DISTINCIÓN ENTRE OBJETO Y SERVICIO. TITULARIDAD Y GESTIÓN

La alusión de este epígrafe a lo público y lo privado anuncia una disyuntiva general anclada en la Teoría General del Derecho y que requiere de una ardua tarea de disociación¹⁰⁸, además de una necesaria implementación de instrumentos ajenos a cada sector¹⁰⁹, en aquellos casos en que sea más útil y eficaz para satisfacer el interés general que es, en definitiva, en el caso de la Administración el corolario de su actuación (art.103.1 CE)¹¹⁰.

Qué límites acotan cada uno de estos ámbitos se plantea por tanto no sólo en relación con cuestiones generales, sino también en relación con supuestos concretos; por ello, en la configuración del saneamiento podemos también situar tal cuestión que permitirá encontrar, en la consideración del Derecho Ambiental como ámbito de

¹⁰⁷ Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Las competencias municipales de protección ambiental ante el derecho comunitario” en *Revista de Derecho Ambiental*. Núm.22. 1999. Pág.78.

¹⁰⁸ Que no en pocas ocasiones nos obliga a ir al caso concreto y a huir de Teorías generales, como veremos, que establecen soluciones uniformes. Es lo que MAURER enuncia como “die Lösung von Einzelfällen”. Ya que la problemática no radica en determinar si una norma es de derecho público o privado, si no cuál hay que aplicar en cada caso, esto es, una cuestión de atribución: “Der Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ist für die Praxis *kein Qualifikationsproblem*, sondern ein *Zuordnungsproblem*”. Vid. *Allgemeines...* Op.cit. Pág. 51. En todo caso, como señala MALARET I GARCÍA, existen determinados sectores del Derecho, como el Derecho de la competencia que suponen un claro ejemplo de superación de la división entre Derecho público y Derecho privado. Vid. “Servicios públicos, funciones públicas...” cit. Pág. 53.

¹⁰⁹ Pues si bien el Derecho Administrativo se diferencia del Derecho privado y del Derecho Penal, también es cierto que aquél no debe contemplarse de forma aislada; debe ser valorado en relación con otros ámbitos del Derecho. Vid. más ampliamente WOLFF/BACHOF/STOBER. *Verwaltungsrecht*. Band I. Op. cit. 1999. Págs.251 y ss.

¹¹⁰ Vid. Los trabajos clásicos de L.PAREJO ALFONSO “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública” en *DA*. Núm 218-219. 1989, y *Eficacia y Administración. Tres estudios*. INAP-BOE. Madrid.1995.

referencia¹¹¹, posibles métodos aplicables al Derecho administrativo general. Además, como señaló MOLINA GIMÉNEZ¹¹², hablar de público y privado hoy en día y en el seno del Derecho Administrativo requiere diferenciar, como premisa, entre titularidad y gestión¹¹³, tal y como se sigue en la exposición del servicio estudiado. Si bien debido a la estrecha vinculación, en este caso, del servicio de saneamiento con el sustento material del mismo, las aguas, creemos conveniente tratar, previamente, algunas de las características de las aguas que condicionan en parte los servicios dedicados a su gestión.

III.1. El objeto material del servicio: las aguas

Las aguas son obviamente el objeto del servicio afectado, si bien estas aguas poseen la característica especial de que son aguas residuales, esto es contaminadas. Bien, como señalábamos, las aguas de manera genérica son calificadas por el legislador español –en los arts.1.3 y 2 TRLAg- como bienes de dominio público, por el contrario nada dice el Derecho comunitario acerca de la titularidad de las mismas¹¹⁴, de manera opuesta a lo observado en los diversos ordenamientos nacionales que muestran una tendencia a la expansión de la clasificación de las aguas como “públicas” y en consecuencia a la disminución progresiva de las “aguas privadas”. A continuación vamos a tratar el tema de la titularidad de los recursos hídricos, pues su régimen jurídico planteará dificultades en la determinación de introducir elementos de competencia en la gestión del saneamiento.

III.1.1.La declaración de demanialidad de las aguas. Las consecuencias del régimen jurídico de la demanialidad

De nuestra Constitución, calificada por EMBID IRUJO como “el acontecimiento jurídico más relevante y engendrador, en realidad, del período más

¹¹¹ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, E., *La Teoría General del Derecho Administrativo...* Op.cit. Pág.11.

¹¹² Vid. *El servicio público de abastecimiento...* Op.cit. Pág. 277.

¹¹³ En el mismo sentido DEL GUAYO CASTIELLA, I. “La gestión de servicios públicos locales” en *RAP*. Núm.165. 2004.Pág. 93.

¹¹⁴ DELGADO PIQUERAS, F. *Derecho de aguas y medio ambiente*. Tecnos. Madrid. 1992.Pág.63.

fructífero y creativo en nuestro Derecho de Aguas”¹¹⁵ y, en particular, del art.132 CE parte el reconocimiento de la propiedad pública de los recursos naturales¹¹⁶; si bien en la línea del Tribunal Constitucional hemos de matizar que más que una propiedad esta institución otorga al Estado una potestad o jurisdicción de intervenir sobre el dominio público¹¹⁷, reforzándose tras este pronunciamiento la tesis del dominio público como soberanía, frente a la teoría patrimonialista que considera el dominio público como una propiedad estatal.

Por lo que respecta al reconocimiento expreso de la declaración de demanialidad de los recursos hídricos, en consonancia con el carácter de ciclo integral del agua, habrá que esperar en España hasta 1985¹¹⁸ -momento en el que

¹¹⁵ Vid. “Evolución del Derecho y de la política del agua en España” en *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo I. Civitas Monografías. EMBID IRUJO (dir). Madrid. 2002.Pág.19.

¹¹⁶ Que dice así: “Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”. No obstante existen otras normas que configuran también la regulación jurídica del dominio público citadas por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., en *Lecciones de Dominio Público*. BOCANEGRA SIERRA, R., ALONSO IBÁÑEZ. M.R, y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. Colex. Madrid. 1999. Págs. 18 a 20.

¹¹⁷ L. PAREJO ALFONSO encuentra dos apreciaciones relevantes en su estudio acerca del dominio público, sustentado en el conocimiento del Derecho Alemán, y es efectivamente que la demanialidad implica, en primer lugar, una forma de atribución *de títulos causales de intervención del poder público administrativo*, y, en segundo lugar, requiere de un régimen exorbitante que le excluya del *ius commune* (civil) para proteger así la función social correspondiente. Vid. Más ampliamente en “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general” en *RAP*. Núm. 100-102. Vol. III.1983. Pág. 2416. También J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ se dedica al estudio de esta institución; parte del origen histórico del dominio público como título de propiedad y analiza el surgimiento de estas teorías en el país vecino, Francia. Ello para rechazar con posteridad, analizando las tendencias actuales en la construcción del concepto del dominio público, la idea de propiedad y abogar por la construcción del dominio público desde la categoría de potestad, *vid. Dominio público*. Trivium. Madrid. 1992.*in totum*.

¹¹⁸ Remontándonos a los orígenes de su regulación ya la Ley de Aguas de 1879 limitó la posibilidad de dominio privado de las aguas incluyendo, de forma general, las aguas superficiales bajo la categoría de dominio público, siendo las aguas declaradas como de propiedad privada un concepto residual, salvo para el caso de las aguas subterráneas, calificadas como privadas. La declaración de demanialidad de 1985 no estuvo exenta de discusión, pues mientras para unos supuso una “nacionalización de las aguas”, el Ministerio señaló que el objeto de la misma era únicamente ampliar las competencias y facultades del Estado sobre un recurso tan escaso y preciado, a la vez que vital. Vid. ARIÑO ORTIZ, G. y SASTRE BECEIRO, M. *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España. (Los mercados regulados del agua)*. Comares. Granada. 1999. Págs. 26 y ss. También S. MARTÍN-RETORTILLO en *Derecho de Aguas*. Op. cit. Págs. 107 y ss.

No podemos tampoco obviar la referencia al Código Civil y a la polémica que se originó ante la falta de identidad de declaraciones entre la compilación privada y la Ley de Aguas. En primer lugar los arts. 407 y ss del Código Civil clasifican las aguas como públicas o privadas y regulan aspectos relativos a sus usos y aprovechamientos, para finalizar declarando la prioridad del Código Civil respecto a las normas sectoriales a las que se remite en el supuesto de lo no previsto en él. Resumiendo mucho y siguiendo el extenso análisis y la multitud de referencias bibliográficas de S.MARTÍN-RETORTILLO podemos descartar la anterior prevalencia civil y por tanto afirmar que en

asistimos a un cambio de timón en el Derecho de aguas- de tal forma que esta institución jurídica llega a ser calificada como la “columna vertebral” de las dos grandes leyes que sobre aguas rigen en nuestro país, el actual Texto Refundido de la Ley de Aguas y la Ley de Costas, de 28 de julio de 1988¹¹⁹. Las repercusiones de este reconocimiento no significaron, sin embargo, una ruptura radical con el régimen anterior¹²⁰ regulándose la continuidad por la Ley de las anteriores situaciones de regímenes de propiedad privada. No obstante, la existencia de una serie de limitaciones y condiciones a este régimen privado, como es el establecimiento de un plazo máximo de setenta y cinco años en los derechos de utilización suprimiéndose, de este modo, las concesiones otorgadas con anterioridad a perpetuidad, impulsó así una cada vez mayor participación de la Administración en este sector de ordenación.

El régimen jurídico de la demanialidad en tanto ha quedado establecido que no atribuye la propiedad, sino que se trata de una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, requiere de unas reglas exorbitantes - declaración de estos bienes como inalienables, imprescriptibles e inembargables- frente a las reglas comunes del tráfico privado y de un previo acto de afectación. Se trata con ello de asegurar su uso y distribución pública de modo que la posible integración de actores privados se debe realizar de manera restringida y sometida al control público a través del sistema clásico de concesiones, que permite así la prestación de servicios públicos de modo indirecto, el fomento la riqueza natural, y la garantía de la gestión y la utilización controlada de recursos esenciales u otros similares (art.339 CC)¹²¹. Se consagra, pues, como una técnica de intervención pública que posibilita el máximo control sobre las conductas de los usuarios¹²². Esta

todo caso son de aplicación las disposiciones de la Ley de Aguas. *Vid. Derecho...* Op.cit. Págs. 112 y ss.

¹¹⁹ Al respecto, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A. “El concepto de dominio público en el Derecho español en concreto la Ley de Aguas de 1985” en *La gestión de los recursos hídricos en vísperas del Siglo XXI*. AA.VV. Generalitat Valenciana. Valencia. 1991. Pág.81.

¹²⁰ Sobre los antecedentes históricos del carácter público de las aguas en España, *vid.* PÉREZ PÉREZ, E., *Estudios jurídicos sobre propiedad, aprovechamiento y gestión del agua*, MOPT. Serie Monografías. Madrid. 1993. Pág. 24; MENÉNDEZ REXACH, A. “Principios reformadores de la nueva Ley de Aguas” en *La gestión de los recursos hídricos en vísperas del Siglo XXI*. Op. cit. Págs. 62 y 63.

¹²¹ Así es como define la citada institución, en relación con la demanialidad de las aguas, J.M. QUINTANA PETRUS en *Derecho de Aguas*. Bosch. Barcelona. 1989. Pág.24.

¹²² La importancia de declarar el agua como dominio público, con el fin de dar una mayor protección ecológica a las aguas, es defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ en relación con la capacidad de intervención de la actividad administrativa en la delimitación de la

idea es la que precisamente ha permitido hasta ahora excluir al sector de las aguas de la integración en el mercado común europeo, y seguir manteniendo en el mismo situaciones de derechos especiales o exclusivo, de manera que la Administración puede incluir en las condiciones de otorgamiento de concesiones la prohibición de

libertad de actuación privada. Esta opción, la demanialidad, se caracteriza como una de las técnicas de mayor intensidad que requiere por ello para la intervención privada de una previa concesión. Imprescindible en esta aclaración es la alusión a la doctrina alemana de diferenciación entre delimitación de la propiedad y entre las limitaciones de la propiedad cuyo precursor fue GIERKE. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ en *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. Civitas. Madrid. 2004. Pág. 148; DARNACULLETA I GARDELLA, M. *Recursos naturales...* Op.cit. Pág.29.

Sin embargo la demanialización de un recurso, en este caso del agua, es una de las opciones de intervención pública en la protección de un recurso natural como son las aguas, pero existen otras alternativas. Un ejemplo de ello es el del caso norteamericano al que recurre A. MOLINA GIMÉNEZ. Este modelo se basa en la técnica de la regulación; es decir, la titularidad es privada, pero los propietarios se ven condicionados por ciertas obligaciones que los poderes públicos establecen en razón del interés público. *Vid. El servicio público de abastecimiento de...* Op. cit. Págs.75 y 88, 93 a 99, así como las numerosas referencias en estas páginas citadas. Asimismo, como apunta S.MARTÍN-RETORTILLO, en *Derecho...*Op.cit.Pág.98, Nota 100, se hubiera podido optar también por mantener la propiedad privada de las aguas al modo alemán, pero bajo una fuerte intervención pública, de acuerdo con el modelo que describió MENÉNDEZ GARCÍA pasándose de este modo a una nueva configuración de funciones administrativas que se ven sustituidas por funciones de control y de ordenación pública de las actividades privadas. Una posibilidad similar podría articularse de manera acorde al contenido de la Constitución si bajo el mantenimiento de la propiedad privada se invocara la llamada “función social de la propiedad”. El carácter social de la propiedad comporta, en ocasiones, la imposición de obligaciones y deberes de actuación a la que expresamente se refiere el apartado segundo del art.33 C.E. Porque si el artículo 33.1 C.E reconoce el derecho a la propiedad privada, lo cual supone límites a los poderes públicos y la preservación de esos derechos individuales -siempre que no entre aquél en colisión con el juego del art. 128.2 y del art.132 CE-, también es cierto que esta propiedad individual se enmarca dentro de una sociedad, la cual en su valor de conjunto puede hacer prevalecer su interés, - desde la declaración del art.131. C.E de que toda la riqueza del país, cualquiera que fuese su titularidad está subordinada al interés general-, interés general con el que la propiedad no es, en absoluto, incompatible. Es precisamente esa “función social” de la propiedad la otra forma de intervención sobre los recursos, pues, como ha dicho el Tribunal Constitucional en la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997/61): *la función social... expresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio* (FJ 10º). Sobre esta cuestión únicamente nos limitaremos a dar estas pequeñas pinceladas que nos permiten observar y caracterizar la demanialidad por la que ha optado nuestra Ley de Aguas, que define las aguas como un bien inalienable, imprescriptible e inembargable, pues la literatura al respecto es bastante para pretender aquí abordar este tema profusamente tratado tanto desde la perspectiva pública como privada. *Vid.* Los siguientes trabajos, BLASCO DÍAZ, J. L., quien analiza las relaciones entre la “función social y el medio ambiente como justificación de las limitaciones al derecho de propiedad” en *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral*. Tirant Monografías. Valencia. 1999. Págs.161 a 167; CASTÁN TOBEÑAS, J. *La propiedad y sus problemas actuales*, Madrid. 1953; Díez PICAZO, L y PONCE DE LEÓN. “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución” en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II. Madrid. 1991. Pág. 1259; LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III. Posesión y Propiedad*. Vol.I. Dykinson. Madrid. 1990. Págs. 278 y ss.

En todo caso no debe llegarse a tal abuso de esta denominada “función social” que se deje sin contenido la propiedad particular, como rechazó en su día el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987-37) en los siguientes términos: *...aunque el derecho de propiedad puede ser limitado en virtud de su función social, la limitación debe respetar siempre el contenido esencial del derecho, tal y como ha entendido el significado de esencial la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981...* siendo necesaria su concreción por ley.

realizar determinadas conductas contaminantes, regulando de este modo un aspecto de la tarea de saneamiento de las aguas residuales (art.103 TRLAg).

Como decíamos son tres las notas de este régimen demanial. En primer lugar, la nota de la imprescriptibilidad de los bienes públicos significa que estos bienes no pierden nunca esta condición demanial, ni tampoco la Administración su “titularidad”. Principio que, además de en la Constitución, se recoge en el art.80 LRBR y en el art.6.a) la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Esta nota no juega, no obstante, de manera absoluta pues son conocidas las posibilidades de desafectación tácita de los bienes que pasan así de ser parte del dominio público a ser un bien patrimonial o de dominio privado de la Administración. Por su parte la inalienabilidad se planteó en sus orígenes como una forma de controlar cualquier venta de bienes públicos no autorizada¹²³. Así vista, parece claro que ello no responde a la literalidad de término, ya que algo es inalienable porque no se puede vender, no porque se pueda transmitir bajo autorización. Es por eso que cuando hablamos de bienes de dominio público, y como señala la jurisprudencia, éstos se califican de “res extra commercium”. Esta nota de los bienes de dominio público, y en concreto de las aguas, va a plantear las principales dificultades en los intentos de introducir elementos competitivos en el sector y especialmente en la implantación de los mercados de aguas, sobre los que recordamos se propugna no una compra y venta del recurso que es dominio público, sino de sus usos. Por último la inembargabilidad implica que no es posible ofrecer como garantía hipotecaria un bien demanial, puesto que en el caso de que no se cumpliera con la promesa sujeta a la hipoteca, el bien debería ser embargado o hipotecado, lo que representa una venta forzosa¹²⁴.

En todo caso, aun el estricto régimen de los bienes demaniales y su originaria formulación que los excluye radicalmente de toda intervención e iniciativa privada, no ha sido óbice para que en la práctica, y contando en la actualidad con nuevas interpretaciones y necesidades sociales, se haya abierto paulatinamente el aspecto de

¹²³ En efecto, también desde la doctrina francesa G.DELALOY señala como efectos tradicionales de este principio la prohibición de transferir la propiedad de los bienes de dominio público y la imposibilidad de establecer derechos reales sobre e dominio público, *vid.* “Faut-il supprimer le principe d’inaliénabilité du domaine public?” en *Revue du Droit Public*. Núm.3. 2006. Págs. 582 y ss

¹²⁴*Vid.* BOCANEGRA SIERRA, R., ALONSO IBÁÑEZ. M. R, y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. *Lecciones de Dominio Público*. Colex. Madrid. 1999; DARNACULLETA I GARDELLA, M. *Recursos naturales y dominio público...*Op.cit.; GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal. Régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*. Comares. Granada. 2005.

la gestión de estos bienes, sin afectar al régimen jurídico del recurso, pues la introducción de privados, incluso algunos hablan de *privatización*¹²⁵, es común mediante el mecanismo de la concesión administrativa y las cada vez más variadas fórmulas de intervención de privados como las empresas mixtas, las empresas colaboradoras, las técnicas de autogestión y autorregulación, etc.

III.1.2. Alcance de la demanialidad de las aguas. ¿Incluye a las aguas residuales, afecta ello al servicio de saneamiento?

Examinado a grandes rasgos cuál es el significado actual de la declaración de demanialidad de los recursos hídricos, conviene abordar qué aguas son objeto de demanialidad. Para ello la remisión a los artículos 1.3 y 2 del TRLAg, que en aplicación del art.132.2 de la Constitución atribuyen al Estado la *titularidad* de las aguas, como poder de intervención, es imprescindible, pues definen los elementos que conforman el dominio público hidráulico de la siguiente manera:

“Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico”.

Esta declaración genérica del artículo 1.3 TRLAg se completa con la exhaustividad del artículo 2 que incluye además dentro de esa demanialidad inicial y de manera más específica a:

- “... b). Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.
- c). Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.
- d). Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.
- e). Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar¹²⁶”

¹²⁵ Opinión expresada por J.L.BARTOLOMÉ NAVARRO y A.GARCÉS SANAGUSTÍN bajo el título crítico de la “La falacia de la demanialización” en “Consideraciones...” cit. Pág.65.

¹²⁶ Con la reforma de la Ley 11/2005, de 22 de junio, de este apartado se ha eliminado la referencia anterior que exigía que para la calificación como dominio público hidráulico de las aguas

Diversas reflexiones son necesarias a la vista del articulado anterior.

La primera de ellas tiene por objeto analizar el alcance de la inclusión de las aguas subterráneas en el dominio público hidráulico -con una repercusión fundamental en la tarea de saneamiento en el aspecto de que las aguas subterráneas pasan a control público y se someten así a la normativa aplicable, ya que anteriormente al ser privadas los particulares disponían de ellas, con la consecuencia que hoy adolecemos, de su sobreexplotación y contaminación- pues el significado y trascendencia que adquiere la publicación de las aguas subterráneas, históricamente consideradas como privadas¹²⁷, es el de permitir el aprovechamiento de las aguas subterráneas a través de concesiones concretas a los particulares, permitiéndose a los dueños de los fundos realizar cualquier obra que no tenga como finalidad la extracción o aprovechamiento del agua, ni perturbar su régimen o calidad, salvo lo previsto en el artículo 54.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas¹²⁸. En otro sentido, hemos de destacar que la demanialización se basa igualmente en el interés general y en la unidad del ciclo hidrológico, concretándose esta declaración en el articulado de la Ley en el artículo 1.3 del Texto Refundido, que comienza destacando *las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.*

desaladas, éstas, una vez fuera de la planta de producción, se incorporasen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores del art. 2.

¹²⁷ Sobre su tradicional consideración como aguas privadas la justificación se fundamentaba en el hecho de que las grandes infraestructuras y los notables esfuerzos económicos requeridos en el caso de las aguas superficiales, no eran comparables ni tampoco trasladables a las aguas subterráneas siendo que eran perfectamente asumibles por los particulares los costes derivados de su explotación, como era la construcción de pozos. S.DEL SAZ dedica un amplio estudio monográfico a la evolución del régimen jurídico de las aguas subterráneas y al significado que para éstas supuso la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, y la declaración de públicas que la misma comportó. *Vid. Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo Derecho de Aguas.* Marcial Pons. Madrid.1990.

¹²⁸ La remisión expresa a esta salvedad la encontramos actualmente en el art.12 del RD-Legislativo 1/2001 de 20 de julio, ya que el art. 54.2 mencionado no se refiere expresamente a los usos privativos de las aguas subterráneas como lo hacía antiguamente la LAg de 1985, sino a los usos privativos por disposición legal. La excepción es la siguiente: “En las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización”.

El segundo de los comentarios es sobre la novedad, introducida en un sentido más restringido ya por la Ley 46/1999, de incluir como parte del dominio público hidráulico a “... *las aguas procedentes de la desalación de agua de mar*”. Para entender el alcance de esta nueva regulación es necesario una breve referencia al régimen vigente con anterioridad: en la precedente Ley de Aguas de 1985 sólo se establecía al respecto, en el artículo 102, la posibilidad de obtener del Estado las ayudas “*para quienes procedan a la potabilización y desalinización de aguas y a la depuración de aguas residuales mediante procesos o métodos más adecuados a la implantación de sistemas de reutilización de aguas residuales o desarrollen actividades de investigación en estas materias*”, precepto que se desarrolló años más tarde por el Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio¹²⁹. El anterior reglamento se extendía a la desalinización de agua marina o salobre llevada a cabo en instalaciones públicas o privadas, cualquiera que fuese el procedimiento utilizado para obtener el producto final. Los recursos del agua así obtenidos, que se integraban en el ciclo hidrológico, quedaban igualmente sujetos, formando parte del dominio público hidráulico a efectos de la aplicación de la Ley de Aguas (art.2). Por su parte, los particulares, las Corporaciones Locales o las Comunidades de Usuarios podían solicitar del Organismo de Cuenca correspondiente, una autorización para desalar agua del mar o salobre cuando dicho recurso se destinase a su consumo propio o a la prestación de un servicio público de su competencia (art.4). Este reglamento una vez se aprobó el Texto Refundido presentaba importantes dificultades de compatibilidad con el actual art.13 del TRLAg. Dificultades que han sido superadas con la entrada en vigor de la reforma del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, de 2003, que deroga el régimen anterior. Actualmente el artículo 13, modificado sustancialmente

¹²⁹ La normativa española referida a esta actividad se completa, en relación con la calidad de las aguas requeridas, con el RD.1138/1990, de 14 de septiembre (BOE 20/09/90, c.e BOE 24/11/90) que adapta la legislación española a la Directiva 80/778/CEE, de 15 de julio sobre la misma materia (los requisitos exigidos han sido modificados por la Directiva 98/83/CEE).

En el Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio, sobre las instalaciones de desalación de agua marina o salobre se definen las características de un agua potable con las concentraciones máximas que no pueden ser rebasadas y, además, fija unos niveles guía deseables para el agua potable. Asimismo menciona que las Comunidades Autónomas podrán fijar excepciones siempre que no entrañen un riesgo para la salud pública. El RD.1327/1995, mantuvo su vigor hasta el 7 de junio de 2003, fecha a partir de la cual entró en vigor el RD.606/2003, de 23 de mayo. También Canarias posee una legislación propia consecuencia de sus características geográficas en la Ley 12/1990, de 26 de Julio, de Aguas (BOCA 27/07/90).

en 2005¹³⁰, somete la actividad de desalación de agua marina o salobre al régimen general establecido en el TRLAg para el uso privativo del dominio público hidráulico, sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales que exija la Ley 22/1988, de Costas, optándose así por la demanialización total de las aguas desaladas. Aun así nada se dice sobre la explotación de la actividad de desalación que de acuerdo con el anterior artículo 113 TRLAg era libre, pues se permitía a cualquier persona física o jurídica (privada o pública) realizar la actividad de desalación de agua de mar. Esta situación contrastaba frente a la publicación que el RD.1327/1995 supuso, pues implicaba la liberalización de esta actividad y la posibilidad de la posterior privatización de las aguas en tanto no se incorporasen al dominio público. Ahora esta posibilidad que desde una perspectiva constitucional era incorrecta, pues el agua es un bien de dominio público y no puede venderse ni comprarse, en todo caso sólo su uso, como plantean los “mercados del agua”, ha resuelto esta cuestión pues señala desde un principio que las aguas desaladas son parte del dominio público hidráulico, lo que implica que la actividad de desalación se considera una actividad industrial sometida al régimen general del uso privativo del dominio público que se regula en el TRLAg¹³¹.

¹³⁰ En relación con el régimen anterior y la inicial previsión del art.2 TRLAg señalaba A. BETANCOR RODRÍGUEZ “la Ley de Aguas transforma la naturaleza jurídica del bien desde el instante en que la actividad industrial de desalinización del agua elimina las sales y demás compuestos que la hacen salobre; porque esta agua procedente de la desalación de agua de mar sólo será de dominio público si se incorpora al demanio hidráulico del Estado, o sea, en tanto que tal líquido, a las aguas continentales... Así pues, la actividad industrial indicada privatiza las aguas inicialmente públicas, salvo que se incorporen al dominio público; aunque en tal caso, la demanialización es producto de la indicada incorporación, lo que da por sentado que las aguas antes de su incorporación, no son de dominio público”. *Vid. Insituciones de Derecho ambiental*. La Ley. Madrid. 2001. Pág. 632. Sobre esta consideración no podemos dejar pasar una reflexión que fue planteada en relación con el tema de los mercados del agua, y en concreto en el seno de las Jornadas “Agua y mercados. Análisis jurídico-económicos” celebradas en Murcia, bajo la dirección de la Fundación Instituto Euromediterráneo de Hidrotécnia, el 22 y 23 de septiembre de 2004, acerca de las implicaciones que suponía que las aguas desaladas, de acuerdo con el TRLAg antes de la modificación de 2005, podían considerarse privadas mientras no fueran incorporadas a los elementos que configuran el dominio público hidráulico; ¿Pueden venderse? ¿Tienen un precio?.

De manera amplia este tema, y en concreto el de la propiedad del agua desalada (capítulos IX y X), es tratado en la monografía de JIMÉNEZ SHAW, C. *Régimen Jurídico de la desalación de agua marina*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. *in totum*. También GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, C. “El régimen jurídico de la desalación en España tras las últimas reformas legislativas” en *Revista Mensual de Derecho Ambiental*. Núm. 24. 2000. Págs. 15 a 26.

¹³¹ En este sentido encuentra D.BLANQUER un retroceso de la nueva regulación respecto a la de 2001, en base a la confusión de la propia Ley que al extender el régimen de demanial a todas las aguas desaladas, somete a control administrativo la actividad privada y empresarial de producción de dichas aguas, y no sólo, como propone el autor, la extracción del agua. A pesar de ello, interpreta BLANQUER que la remisión a la legislación sectorial del nuevo art.13.1 TRLAg permite seguir

Finalmente hemos de considerar si de acuerdo a la enumeración de la Ley de Aguas que nada dice acerca de las aguas residuales, éstas son o no parte del dominio público hidráulico y qué nivel administrativo es su titular en el sentido de demanialidad antes indicado. En cuanto a la primera de las cuestiones aun sin mención expresa podemos extender la declaración de dominio público a todas las aguas y entre ellas a aquéllas que han sido contaminadas, aun más cuando estas aguas son recogidas y transportadas por unas canalizaciones e infraestructuras que sin duda son dominio público cuando discurren al menos por lo que se denomina saneamiento en baja: el alcantarillado¹³². Cabría sin embargo que los sistemas colectores y las estaciones depuradoras fueran privadas, pero aun así el elemento natural, las aguas, continuarían a nuestro entender siendo públicas, ante el silencio de la ley, pues la no existencia de una previsión legal, como sí la hay el caso de las aguas desaladas, daría lugar a un régimen de apropiación sin límite alguno que es claramente contrario a la demanialidad. Además aunque el Texto Refundido guarda silencio sobre esta cuestión si nos remitimos al Código Civil, en especial al artículo 407, en el que define qué aguas son de dominio público, se incluye según el apartado noveno del art.407 a “los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos”. A estas dos causas le sumó LÓPEZ SOLER¹³³ la circunstancia de que las aguas residuales no tienen un destino concreto, ni una utilidad aprovechable por lo que los únicos dispuestos a su recolección y conducción son las Entidades públicas debido al mandato de satisfacer el interés general. Sin embargo hemos reflejado aquí esta opinión que hoy carece de una fundamentación clara. Pues las aguas residuales tiene ya un valor tan importante como las llamadas “aguas blancas” o potables, debido a que factores como la escasez de agua y la sequía estructural de nuestro país hacen que se impulse la reutilización de las mismas, destacando el valor ecológico, vital y económico también de estas aguas que tradicionalmente se han calificado de marginales e inservibles. Devienen de este modo una de las fuentes más eficaces para la obtención de recursos hídricos en lugares como Alicante o Murcia, y por tanto

aplicando en este caso el régimen liberalizador de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, *vid. La iniciativa privada...* Op. cit. Págs. 78 y 79.

¹³² Pues la duplicidad de redes en esta fase hace inviable que existan más de una y la que hay es pública, en este sentido, en relación con las redes de suministro de agua potable, *vid. SANDMANN, T. im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbsrecht.* Peter Lang, Frankfurt. 2005. Pág. 150.

¹³³ Citado por ÁLVAREZ CARREÑO en *El régimen jurídico...* Op.cit. Pág.80.

permiten sacar a flote sectores de la agricultura que aun hoy en día son básicos en el desarrollo económico de España, si bien su uso se ha extendido a otros sectores como el turístico que hacen uso de ellas para el riego de jardines, la limpieza de las calles, el riego de campos de golf...etc.

En cuanto a la segunda incógnita -quién era el titular de estas aguas residuales- hemos de partir de la declaración de demanialidad que a favor de la titularidad estatal establece el art.132 CE: “Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley...” y la Ley en este caso el Texto Refundido así lo concreta. Sin embargo, podemos advertir que el ámbito propio y natural de las aguas residuales no es el estatal, sino el municipal. Esto propició que en la legislación hídrica histórica se declarase de titularidad municipal las aguas residuales (art.13 de la Ley de Aguas de 1879). Hoy en día se mantiene en todo caso la titularidad del Estado pues como se ha señalado reiteradamente que un bien sea de titularidad estatal no empece para que se atribuyan competencias a otros niveles¹³⁴, en este caso son el nivel local y autonómico los dos implicados en el saneamiento¹³⁵. En concreción de esta declaración general la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, en relación con el conflicto que se planteó con motivo de la aprobación de la Ley de Aguas de 1985 entre el Estado y las Comunidades Autónomas, dice “son, en principio, separables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas que lo utilizan como soporte natural” y sigue “la titularidad estatal del dominio público hidráulico no predetermina, como se ha dicho, las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas tiene atribuidas en relación con el mismo. Si es cierto,..., que del art.149.1.22ª de la Constitución no se deriva la titularidad dominical autonómica sobre las aguas que, en virtud de este precepto, los recurrentes califican de intracomunitarias, pues ello responde a una concepción patrimonialista del dominio público que no se desprende de texto constitucional ni de los Estatutos de Autonomía, también lo es que no cabe servirse de esa misma concepción para sostener, sin más, que al Estado corresponden una serie de potestades exclusivas sobre las aguas públicas en concepto de dueño de las mismas”. Así pues concluimos

¹³⁴ Vid. LOZANO CUTANDA, B. *Derecho...* Op.cit.Pág. 296.

¹³⁵ Sobre la titularidad del dominio público, vid. SALA ARQUER, J.M, “Comunidades Autónomas y dominio público” en *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*. Vol. IV. Dirección General de lo Contencioso del Estado. IEEEE.1981. Págs. 2783 a 2829. Y para el ámbito local F.SÁINZ MORENO “Bienes de las entidades locales” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.II. Muñoz Machado, S. (dir). Civitas. Madrid. 1984. Págs. 1591 a 1644.

que todas las aguas son de dominio público estatal, pero la Administración competente en cada caso vendrá determinada por las competencias a las que se remita el nivel correspondiente su actuación.

En todo caso, una circunstancia común en toda declaración de demanialidad, que determina la mayor o menor intrusión de los poderes públicos, es extraíble. Y es que la misma se ha visto condicionada frecuentemente por la escasez o no del recurso; aunque la realidad es que se está reconduciendo a una generalización de la titularidad pública en aras a la finalidad de tutela ambiental que esta institución presupone y que, en la línea instaurada por el Tribunal Constitucional mencionada permite a las Administraciones una potestad de intervención notable sometida, eso sí, al aseguramiento de la satisfacción del interés colectivo ambiental que caracteriza a las aguas. Porque en esta consideración y en su desarrollo es donde radica el valor de la demanialización de los recursos hídricos, pues como apunta LÓPEZ RAMÓN *la mera declaración no sirve de nada, si después los poderes públicos no llevan a cabo esa tarea de control y de inspección que de ella deriva.*

III.1.3. Reflexiones acerca de la distribución de competencias sobre el medio ambiente y las aguas como indicadores de la distribución de competencias sobre la tarea de saneamiento

Como decíamos, el carácter demanial de las aguas a favor del Estado no impide que sean los diversos niveles en que se organiza los que intervengan en su ordenación y protección.

Una apreciación previa necesaria en el estudio de atribución de competencias en el caso de la materia ambiental es confirmar la interconexión de las materias que se proponen, medio ambiente y saneamiento de aguas residuales, pues *es un hecho la consideración de que el problema de la calidad de las aguas y, por extensión del medio ambiente hidráulico... constituye hoy una cuestión de dimensión y alcance internacional*¹³⁶. Si bien en la línea que expone el R.MARTÍN MATEO *los problemas ambientales son hoy en su mayor parte universales, planetarios e incluso pueden llegar a ser parcialmente cósmicos, caso de la basura espacial, pero las soluciones son, inversamente locales, puntuales, focales en suma caen inevitablemente de una*

¹³⁶ Vid. FANLO LORAS, A. “Obras hidráulicas de saneamiento...” cit. Pág.125.

*forma u otra en la órbita, al menos física de los Municipios, sobre todo de los urbanos en cuyo ámbito se generan los más importantes problemas ambientales...*¹³⁷.

Es por todo esto que se destaca a lo largo de este trabajo como el saneamiento es una tarea que se basa en un recurso natural, el agua, elemento parte del medio ambiente. Además es unánime el entendimiento del medio ambiente como un concepto multifuncional caracterizado por la globalidad de actividades que se dan cabida en él y que se relaciona con otros títulos competenciales¹³⁸ de entre los cuales nos interesan, en especial, los relativos a las aguas y al medio ambiente. Por eso la diversidad de niveles públicos que se dan cita en el saneamiento justifica la cuestión trascendental de las atribuciones en cada materia y obliga a abordar la cuestión de la incardinación de la tarea de saneamiento con el medio ambiente y a tratar, a todos los efectos, la problemática surgida en torno a la distribución de competencias, ya que como es sabido el medio ambiente presenta una *vis atractiva*, derivada de su transversalidad¹³⁹, que hay que tener en cuenta al discernir las competencias sobre las aguas y sobre los servicios de la que ésta es objeto, circunstancia que fue reconocida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988 (FJ 13º) al señalar “*la muy notable complejidad del tema que nos ocupa*”, así como por la Sentencia 102/1995, de 26 de junio, que expresó *el medio ambiente, dentro del cual las aguas residuales ocupan un lugar importante, presenta un carácter complejo y polifacético que afecta a los más variados sectores, lo cual exige que esta armonización requiera de un esfuerzo colaborador por parte del Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales*.

Abordando las reglas que disponen la distribución de competencias del medio ambiente, dos premisas son claves:

¹³⁷ *Vid. Tratado...* Op. cit Vol. I. Pág.266.

¹³⁸ Entre otros ámbitos, pero desde la perspectiva comunitaria, se cita la vinculación de las competencias del medio ambiente con la agricultura, el tráfico, la política de la competencia, los impuestos, los fondos de cohesión, la investigación y el desarrollo tecnológico, e incluso el trabajo, *vid. EPINEY, A. Umweltrecht...* Op.cit. Págs. 63 y 64.

¹³⁹ Lo que se denomina en el contexto alemán como “Umweltschutz in Querschnittsbereichen”, ofreciéndose un amplio e individualizado estudio en la obra dirigida por H-W.RENGELING, *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht. Besonderes Umweltrecht*. Vol.II.2. Carl Heymanns. 2003. Págs. 1325 a 1825. También sobre esta cláusula, denominada asimismo “Integrationsklausel” o “Integrationsprinzip”, *vid. A.EPINEY. Umweltrecht in der...* Op.cit. Págs. 108 y ss.

-Uno, que es una materia que no se halla atribuida en exclusiva ni al Estado ni a las Comunidades Autónomas. Así, lo que se realiza en los artículos 148 y 149 de la Constitución es una distribución de cometidos, rigiendo por tanto la regla de las competencias compartidas.

-Y, dos, que se manejan conceptos de diferente amplitud en el propio texto constitucional¹⁴⁰, pues mientras que el artículo 45 entiende de una manera mucho más extensa lo que es medio ambiente, los artículos 148 y 149 se dedican a distribuir competencias mucho más al detalle, por lo que su sentido es más restringido.

Por ello, dentro de cada Administración el ámbito competencial sobre el medio ambiente viene condicionado en función de la actividad concreta a la que esté referida, circunstancia que se observa fácilmente en el caso del saneamiento, ya que cada una de estas materias concretas varía la esfera constitucional de actuación del Estado y de las Comunidades Autónomas y, cuando corresponde, de los Entes Locales.

III.1.3.1. El Estado y las Comunidades Autónomas, la decisiva sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre

En los artículos, 148 y 149 CE, donde se establecen la atribución y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no aparece en ningún momento referencia alguna al saneamiento, por ello la competencia sobre esta materia debemos buscarlas en otros títulos afines.

En todo caso, el artículo 149.1.23º CE atribuye al Estado *competencias exclusivas en legislación básica*¹⁴¹ *sobre protección del medio ambiente, sin*

¹⁴⁰ Un concepto amplio es aquel que sobrepasando lo estrictamente ambiental incluye en la definición de medio ambiente también aspectos humanos, como señala PONT CASTEJÓN en “Medio ambiente...” cit. Págs.318 y 319. En la posición contraria, partidaria de un concepto estricto, MARTÍN MATEO reduce el medio ambiente a los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: el agua, el suelo y el aire. *Vid. Tratado...Op.cit. Vol.I.Págs. 85 y 85.* Más ampliamente sobre estas concepciones no sólo en España, sino también con referencias a la concepción en el Derecho italiano, *vid. JORDANO FRAGA, J. La protección jurídica...Op.cit. Págs. 56 y ss;* también se ocupa de estos temas R. CANOSA USERA en *Constitución y... Op.cit.Págs. 63 y ss.*

¹⁴¹ La STC de 14 de junio de 1981 entiende que la *legislación básica* comprende no sólo la potestad de dictar normas con valor de ley, sino que también alcanza a los reglamentos ejecutivos, con carácter excepcional, al interpretar que tal concepto deber ser entendido en sentido material, es decir, no importa el rango formal de las normas, de modo que se identifica este concepto con la potestad de dictar normas con valor y fuerza de ley; en la misma línea, la Sentencia 102/1995 del Tribunal Constitucional habla de legislación básica como un conjunto de normas legales dentro de las que se

*perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección*¹⁴². Por su parte, a las Comunidades Autónomas el art.148.1.9º CE les permite asumir competencias *sobre la gestión en materia de protección medioambiental*.

En cuanto a los recursos hídricos, específicamente, se señala en el art.149.1.22º CE que el Estado *tiene competencia exclusiva sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial*, mientras que el art.148.1.10º atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia *sobre los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma, las aguas minerales y termales*.

En base a las competencias anteriores el Estado aprobó –sin que exista tampoco referencia alguna al saneamiento¹⁴³–, la Ley de Aguas de 1985¹⁴⁴, en la que el tema de la distribución de competencias entre niveles territoriales, más que otra

incluyen los reglamentos, aunque bajo determinadas circunstancias de necesidad y justificando su carácter temporal. Siguiendo con este pronunciamiento, es aclaratoria la conclusión del Tribunal en relación con el reparto de competencias sobre medio ambiente, al señalar: “*se trata, así, de una estratificación de la materia por niveles, donde el estatal ha de ser suficiente y homogéneo, pero mejorable, para adaptarlo a las circunstancias de cada Comunidad Autónoma*”. Sobre el alcance de lo básico en materia de medio ambiente, *vid. LOZANO CUTANDA, B. El Derecho ambiental... Op.cit. Pág. 108 y 112.*

¹⁴² La determinación de qué es básico plantea problemas a la hora de establecer límites en los ámbitos de actuación del Estado y las Comunidades Autónomas. En materia de medio ambiente el Tribunal Constitucional concretó y especificó estas cuestiones ya en 1991, señalando la Sentencia 149/1991 *la peculiaridad del caso medio ambiental*; el Tribunal señaló que *la Constitución le otorga al Estado la potestad de fijar la legislación que considere indispensable para la protección del medio ambiente (sin perjuicio, de que ese “estándar” proteccionista común fuese mejorado, por así decir, por las Comunidades Autónomas) y no sólo aquellos preceptos básicos que van a necesitar posteriormente de un desarrollo, permitiendo luego que esas Comunidades Autónomas puedan mejorarlas mediante medidas adicionales de protección... De forma que se establece una nueva relación entre la legislación básica estatal y la legislación de desarrollo autonómica, en la cual el Estado tiene el deber de dejar, y por tanto respetar, un margen de desarrollo de la legislación básica sobre esta materia a la normativa autonómica que ejercita mediante las normas adicionales de protección, ámbito que aunque es menor, no vacía de contenido este desarrollo autonómico, permitiendo que éstas eleven el nivel de protección del medio ambiente en su propio ámbito territorial sin invadir por ello el espacio normativo estatal.*

¹⁴³ A excepción de las referencias indirectas, pero indudablemente conectadas, que se contienen en el actual Título V “De la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas”, denominación según la redacción del art.129.24 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

¹⁴⁴ Como es sabido el Texto vigente es el TRLAg de 2001, texto que siguió los postulados anteriores, por eso nos referimos en el tema de la distribución de competencias a la cuestión a aquella época y al decisivo pronunciamiento el Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre.

cosa vino a complicarse al hacer uso la Ley de Aguas de otros criterios en la distribución de competencias. Al respecto la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, en el FJ 14, ante las alegaciones de diversas Comunidades Autónomas, distinguió entre la titularidad y el ejercicio de potestades administrativas y resolvió, apelando al conocido principio introducido por la Ley de “unidad del ciclo hidrológico”, que el agua, como recurso natural sometido al interés general y en la línea trazada por los artículos 128.1 y 132.2 de la Constitución, es de titularidad estatal y las potestades administrativas o de gestión, que se establecen en el reparto del artículo 149.1.22 CE basado en criterios territoriales -en concreto la clave eran las “cuencas hidrográficas” que se afianzaron como criterio único para delimitar las competencias entre uno y otras¹⁴⁵- pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas¹⁴⁶, ya que de otro modo se estaría contraviniendo otro precepto constitucional, en concreto, el artículo 132.1 y 2 que explícitamente regula los bienes de dominio público y que permite establecer qué bienes puede el Estado demanializar^{147, 148}; de forma que será el art.149.1.18 CE el que habilite competencialmente al Estado para regular las bases del régimen jurídico del dominio público¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Posteriormente a esta Sentencia y a la Ley de Aguas de 1985, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 161/1996, de 17 de octubre, reiteró y afianzó el valor clave de las cuencas hidrográficas, como criterio único para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que además marcada por el principio de unidad de la cuenca obliga a todas las Administraciones a velar por su protección. Aun así, señala EMBID IRUJO la dificultad para la delimitación de las cuencas hidrográficas internas de las Comunidades Autónomas como el caso analizado de la sentencia de 20 de octubre de 2004 en el que tal delimitación se realizó en base a un informe pericial de parte. Señala al respecto A. EMBID que el informe señalado no vincula a las Administraciones Públicas, si bien tiene un efecto declarativo de la existencia de las cuencas a las que el mismo se refiere, siendo el elemento más adecuado para su delimitación concreta una norma como el Real Decreto, *vid.* “La Sentencia” cit. Págs. 439 y ss.

¹⁴⁶ Esta idea ya había sido incluida en otras sentencias del Tribunal Constitucional anteriores como la STC 76/1983.

¹⁴⁷ Ya que entendemos, y así la mayoría de la doctrina, que puesto que la reserva de ley contenida en el apartado segundo debe entenderse como ley estatal, lo que no impide que esta ley estatal, pueda ser complementada, por las Leyes de las Comunidades Autónomas.

¹⁴⁸ En este sentido se manifestó ya anteriormente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 52/1982 de 27 de julio -referida al art. 132.3 sobre el Patrimonio del Estado, pero sus consecuencias son perfectamente aplicables al dominio público en general- al pronunciarse sobre el alcance del art.132 CE en relación con el artículo 149.1.18° CE, llegando a la siguiente conclusión “*el artículo 132 de la Constitución, no es ciertamente una norma atributiva de competencias sino, una reserva de Ley*”, asimismo las STC 77/1984, de 3 de julio, 103/1989, de 8 de junio y 149/1991, de 4 de julio.

¹⁴⁹ En sentido similar resolvió más tarde el Tribunal en la Sentencia 149/1991, de 4 de julio (FJ 4º), dejando bien claro que las facultades dominicales que corresponden al Estado, como titular del dominio público, sólo pueden ser legítimamente utilizadas en atención a los fines públicos que justifican la existencia del dominio público, esto es, para asegurar la protección de sus características

Queda resuelto, tras estas argumentaciones, que en nuestro entorno jurídico las aguas, superficiales o subterráneas, y sin diferenciar si están o no contaminadas son por una parte de titularidad pública y por otra que las competencias que sobre ellas se ejercerán pueden realizarse por las Comunidades Autónomas¹⁵⁰.

Así el Estado en el marco de las competencias para dictar la legislación básica de medio ambiente (art.149.1.23 CE) ha aprobado el Texto Refundido de la Ley de Aguas, el Real Decreto-Ley 11/1995 y el Real Decreto 509/1996, correspondiéndole también las competencias sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando se trate de cuencas intercomunitarias (art.149.1.22 CE). A *sensu contrario* las Comunidades Autónomas con cuencas que discurran íntegramente por su territorio (cuencas intracomunitarias) son competentes para la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos (art.149.1.22 CE), cuando en este sentido se manifestara su Estatuto¹⁵¹, para las Comunidades que poseen tales cuencas éstos han sido los títulos que les han permitido legislar en materia de saneamiento. Con mayores dificultades, por el contrario, se topan las Comunidades Autónomas que no poseen cuencas intracomunitarias -que son las más- para actuar en materia de saneamiento, por ello

naturales y la libre utilización pública y gratuita, en relación esta vez con el demanio marítimo-terrestre.

¹⁵⁰ En cuanto a las competencias que tienen atribuidas las Comunidades Autónomas destaca la equiparación del techo competencial de aquéllas que accedieron a la autonomía vía el artículo 143 CE, tras la modificación y ampliación de sus Estatutos consecuencia de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, que supuso la modificación de los Estatutos correspondientes para incorporar así las nuevas competencias sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos. Así en un primer momentos estas Comunidades Autónomas asumieron a tenor de lo dispuesto en el art.148.1.10 CE competencias sobre: “Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales”, competencias que tras la citada Ley de 1992 se ampliaron para las aguas que discurrían íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma a las de “ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos”, *vid.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. *La intervención del Municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Civitas. Madrid. 1995. Págs. 171 y ss.

¹⁵¹ Aun así del art.149.1.23º CE se desprende las competencias de las Comunidades Autónomas para establecer normas adicionales de protección del medio ambiente, y del art.148 la atribución, también en general, para la gestión en materia de protección del medio ambiente (148.1.9 CE) y en particular en el caso de las aguas la competencia para los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma (art.148.1.10 CE) títulos todos ellos y otros que han servido de sustento a la mayoría de Comunidades autónomas que sin poseer en el ámbito de su territorio de las llamadas cuencas intracomunitarias han legislado, como apuntamos, respecto al saneamiento de las aguas. Sobre la distribución territorial de competencias ambientales, *vid.* LOZANO CUTANDA, B. *Derecho...* Op.cit. Págs. 106 y ss; MARTÍN MATEO, R. *Tratado...* Vol.I. Op.cit. Págs. 260 y ss y *Manual...* Op.cit. Págs. 89 y ss; y en cuanto a las aguas LASAGABASTER *Derecho...* Parte Especial. Op.cit. Págs.67 y ss; MARTÍN MATEO, R. *Tratado...* Vol.II. Op.cit. Págs. 11 y ss y *Manual...* Op. cit. Págs.223 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO, S. *Derecho...* Op.cit. Págs.373 y ss., entre otros.

la vía por la que éstas han optado es la de acudir a los títulos ambientales y a otros¹⁵² para poder desarrollar normativa en esta materia, así como a sus propios Estatutos¹⁵³ que legitiman la aprobación, en casi todas las Comunidades Autónomas, de las Leyes de saneamiento correspondientes, en las que de manera coincidente se distribuyen las competencias entre la Administración autonómica y local, se especifica la Administración hidráulica encargada de ejecutar sus previsiones y se fija el modo de financiación de estas atribuciones concretado, mayormente, en los conocidos cánones de saneamiento, aunque la nota que caracteriza los modelos organizativos es el de la diversidad y heterogeneidad. Todo ello sin perjuicio del respeto a la normativa básica estatal y las directivas comunitarias, cuya trasposición alteran las competencias autonómicas como ocurrió tras la aprobación del Real Decreto-Ley 11/1995, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, con importantes repercusiones en cuanto a la atribución de competencias en materia de saneamiento pues, en tanto es legislación básica sobre medio ambiente, influyó de manera notable en el entendimiento y delimitación de las competencias autonómicas, favoreciendo en el reparto de competencias del régimen jurídico del saneamiento a las Comunidades Autónomas. La trasposición de la normativa comunitaria que obligaba a establecer en los territorios nacionales “aglomeraciones urbanas” recayó según el Real Decreto-Ley en las Comunidad Autónoma, previa audiencia de los ayuntamientos afectados¹⁵⁴.

En cuanto a las competencias estatales y autonómicas específicamente en materia de saneamiento sí existe alguna que otra referencia más amplia en el Plan

¹⁵² Como los relativos a ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art.148.1.23 CE), obras públicas de interés de la CC. AA (art.148.1.4 C), sanidad e higiene (art.148.1.20 CE)... Sobre la opinión de la doctrina, *vid.* EMBID IRUJO, A. “Las competencias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica” en *Legislación de Agua en las Comunidades Autónomas*. Embid Irujo, A. (dir). Tecnos. Madrid. 1992.Pág. 36; FANLO LORAS, apunta otros títulos competenciales como la específica de “desarrollo legislativo en materia de medio ambiente”, normas adicionales de protección del medio ambiente, o la ordenación y planificación de la actividad económica regional. *Vid.* “Obras hidráulicas de saneamiento...” cit. Pág.153.

¹⁵³ Así art.15.1.7 EA de Andalucía, art.37.3. EA de Aragón, art.11.5 EA de Asturias, art.5.2.e. EA de Canarias, art.25.7 EA Cantabria, art.10.1 EA Cataluña, art.27.7 EA de Madrid, art.32.6 EA de la Comunidad Valenciana...

¹⁵⁴ T.QUINTANA LÓPEZ reclamó cierta sensatez en esta tarea de definición territorial y jurídica de las aglomeraciones urbanas y por eso propuso que entre las diversas opciones se aprovecharan las organizaciones supramunicipales ya existentes o, en su caso, que se fomentase su constitución allá donde no existiesen, sin que tuviera que descartarse que fuesen los propios municipios integrantes de la aglomeración urbana los que mediante convenios acuerden la prestación conjunta del servicio de colector a que están obligados por ser miembros de la aglomeración, *vid.* “Aproximación a la regulación sobre saneamiento de las aguas residuales” en *La Ley*. Núm.5. 1997. Pág.1616.

Nacional de Depuración de Aguas Residuales, e incluso en cuanto a las Corporaciones Locales, pues de él se deduce la necesaria coordinación de los diferentes niveles administrativos y establece el contexto necesario para la adopción de medidas que en su momento exigía la Directiva 91/271 ante la carencia de una norma que traspusiera las obligaciones de resultado comunitarias¹⁵⁵.

III.1.3.2.Las entidades locales. Introducción

La última referencia deber ser para los Entes Locales, quienes ejercen importantes competencias relacionadas con la protección ambiental con un marcado carácter ejecutivo, básicamente tareas de control de actividades públicas y privadas con impacto ambiental y la gestión de servicios que tiene por objeto recursos naturales¹⁵⁶.

El art.25.2 de la LRBRL dice así “el municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas” e incluye en la enumeración siguiente la protección del medio ambiente (aptdo. f) y el “alcantarillado y tratamiento de aguas residuales” (aptdo.l). Seguidamente se relacionan los servicios obligatorios de manera que con independencia del número de habitantes del municipio el alcantarillado aparece como un servicio mínimo a prestar por el municipio. Estas previsiones concretas se ven ampliadas si el municipio posee una población superior a 50.000 habitantes pues entonces se exige también como servicio obligatorio el de protección del medio ambiente (art.26.1.d) LRBRL). Además, los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, aquellas relativas a la sanidad y la protección del medio ambiente (art.28 LRBRL). Finalmente la última observación sobre las competencias municipales remite al art.86.3 LRBRL donde se permite la reserva al municipio de servicios esenciales como el de la depuración de las aguas, reserva que, según la interpretación mayoritaria, autoriza a las entidades locales a

¹⁵⁵ Vid. FANLO LORAS, A., en “Obras hidráulicas...” cit. Págs. 126 y ss.

¹⁵⁶ Vid. La obra colectiva *Derecho del medio ambiente y Administración Local*. Esteve Pardo, J (coord.). Civitas. Madrid. 1996. *in totum*, con especial mención de los artículos de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER “Administración Local y Medio Ambiente”, Op.cit. Págs. 23 y ss., y J.ESTEVE PARDO y J.PERDIGÓ SOLÀ, en el capítulo “Fórmulas organizativas y de participación municipal en la protección del medio ambiente”, págs. 355 yss.

excluir la libre competencia en el ejercicio de las actividades que en el mismo se enumeran.

Bien se trata de normas aparentemente claras, pero que presentan notables dificultades de concreción como señala BETANCOR RODRÍGUEZ y como veremos en el tratamiento posterior al que nos remitimos. Por ello el alcance singular de las competencias en materia ambiental atribuidas a los municipios debe en cada caso detallarse por el legislador competente, y en el caso del saneamiento aparte de las previsiones de la Ley de Bases también será necesario acudir al resto de normativa sobre la materia, comunitaria, estatal y autonómica¹⁵⁷, pero en todo caso ante la propugna de políticas globales, de gestión integrada y de planteamientos de cooperación en el sector de las aguas no hemos de perder como referencia el ámbito, al menos propio hasta ahora del servicio de saneamiento, que no es otro que el municipal¹⁵⁸.

III.2. El servicio de saneamiento: *excursus* sobre la evolución en la gestión de servicios relacionados con el agua

Una vez hemos acotado cuál es elemento sustento del saneamiento, las aguas, se analiza el servicio en sí mismo, para implementar en el mismo la anunciada separación en los servicios relacionados con ella entre titularidad y gestión y con ello hilar las primeras ideas sobre público y privado en este servicio.

Tomando como referencia las conclusiones de PETRELLA podemos resumir la evolución en la gestión del agua en cuatro etapas: una primera de conquista del elemento natural en la que las antiguas civilizaciones hacen un uso doméstico y agrario del recurso; la segunda etapa, con el desarrollo de la sociedad en la Edad Media, se transforma el agua en fuente de energía de la tecnología hidráulica; en la tercera etapa, de desarrollo industrial, aparecen la cultura de la higiene y las políticas sanitarias; y la última conquista del agua, el actual debate, es el de la

¹⁵⁷ Más ampliamente sobre la atribución de competencias ambientales a los Entes Locales, BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones...* Op.cit.Págs.279 a 287.

¹⁵⁸ En este sentido FANLO LORAS, A. "Obras públicas de saneamiento y depuración" en *Las obras hidráulicas*. Op.cit. Págs. 140 y ss; FERNÁNDEZ PÉREZ, D. *Gestión del Agua Urbana*. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos-AEAS. Madrid. 1995. Pág.33; MARTÍN MATEO, R. *Tratado...* Vol.II. Op. cit. Págs. 76 y ss; PUCHALT RUIZ M. "La evacuación y depuración..." cit. Pág.962.

comercialización del agua, todo ello acompañado de una paulatina sustitución de la gestión pública por la privada¹⁵⁹.

La diferenciación en el servicio de saneamiento entre titularidad y gestión es una realidad evidente desde el momento en que las experiencias de gestión indirecta son un modo normal de prestación del servicio. Ello confirma que si bien el titular del servicio es el municipio, en tanto estamos ante un servicio público reservado como se deriva de las disposiciones actuales de la LRBRL, y así es considerado en páginas posteriores, ello no impide que su ejecución, que es a lo que se refiere la gestión, se traspase bajo control público a empresas privadas¹⁶⁰ o incluso se resuelva mediante asociaciones público-privadas, ya que la reserva de un servicio a la que se refieren el art.128.2 CE, y el art.86.3 LRBRL, no significa “gestión directa”¹⁶¹. La diferenciación es esencial en este trabajo pues de ella va a depender la explicación de las privatizaciones de la gestión, la introducción de una concepción objetiva de servicio público junto con el concepto de “servicio económico de interés general” y de “obligaciones de servicio público” y la aplicación de regímenes jurídicos más flexibles, en definitiva privados, a entes públicos.

Tradicionalmente y fruto del carácter demanial de los recursos hídricos y de la identificación de titularidad y gestión se ha optado preferentemente por una gestión pública de los mismos. No obstante, esta situación ha experimentado los primeros cambios en los ámbitos, sobre todo, de los servicios de abastecimiento y saneamiento de poblaciones. Todo ello en conexión con las nuevas tendencias de la Administración y de la criticada excesiva asunción de tareas por parte de los Entes

¹⁵⁹ Vid. “El agua: un derecho de todos. La privatización del agua y de los servicios de saneamiento en África”. Plan de Acción 2003. AEFJN. Pág.8. Disponible en: www.ofm-jpic.org/ecology/aejjuwater/aejjuagua.pdf.

¹⁶⁰ J.L. BARTOLOMÉ NAVARRO y A.GARCÉS SANAGUSTÍ se refieren al uso de la concesión administrativa como un mecanismo de “privatización” del recurso hidráulico, a pesar del carácter de dominio público de éstos. Estos autores hablan de la “falacia de la demanialización” criticando como el hecho de que un bien demanial, como las aguas, se consideren como *res extra-commercium* no ha implicado su socialización, sino que propicia, a su entender, el aprovechamiento privado en condiciones de gratuidad o a través de un mero “precio político” por determinados agentes económicos. También se critica por estos autores el coste económico que la demanialización ha implicado para las arcas del Estado. Más ampliamente, *vid.* “Consideraciones...” cit. Págs. 65 y ss.

¹⁶¹ Y no sólo eso, sino que S.MARTÍN-RETORTILLO considera que la reserva significa “una determinada titularidad pública” y que “una determinada actividad, por exigencia del interés general, se sustrae de su posible realización de sector privado”, *vid. Derecho Administrativo...Vol.I. Op.cit.* Pág. 251.

Locales que conlleva una serie de alteraciones en cuanto a las formas de gestión y de organización se refiere.

Tomando como fundamento que en un servicio público puede diferenciarse entre la titularidad y la gestión, los Ayuntamientos comienzan a convertirse en reguladores y gestores de servicios públicos centrándose su papel en el desarrollo de sistemas de supervisión y de control, ya que, en el seno de estas transformaciones, no olvidemos que el Estado no muere sino que debe asumir únicamente su papel subsidiario y garantizar una serie de obligaciones para con la Sociedad¹⁶². El Estado y la Administración perviven, no desaparecen, pero su actuación se rige, ahora también, por términos económicos que ofrecen una mayor eficacia y eficiencia a su actuación, de forma que se conseguirá una mejor gestión y a la vez la descongestión de la tan mermada imagen de la actividad administrativa. En el sector del saneamiento de las aguas y con anterioridad a la legislación estatal de 1985, Cataluña, en 1981¹⁶³, y Madrid, en 1984¹⁶⁴, advirtieron ya sobre esta incapacidad de los entes municipales en la satisfacción de este servicio urbano adoptando, con el fin de dar solución a esta realidad, una perspectiva global del saneamiento que implicaba, además de preferir fórmulas de cooperación como el Consorcio o las Mancomunidades, una visión del saneamiento integrada en la tarea de protección del medio ambiente.

Como ya veníamos pergeñando cosa diferente de la titularidad es la consideración de cómo debe gestionarse este recurso, cuestión debatida largamente en muchos países. Al respecto nada se impone en cuanto al saneamiento, aparte de los principios que deben inspirar esta gestión, según el TRLAg, el principio de unidad del ciclo hidrológico, el tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios, además del respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico, y de compatibilidad de la gestión pública del

¹⁶² Acerca de la pervivencia y de la idea de transformación del Estado son plásticas las opiniones que aseguran como *el propio Estado social de Derecho, se ha establecido y se mantiene sobre estructuras, conceptos y configuraciones provenientes del Estado Liberal de Derecho*. Vid. FORTSHOFF. *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*. Münster West. 1954. Pág. 3.

¹⁶³ Ley 5/1981, de 4 de junio, de Evacuación y Tratamiento de Aguas residuales.

¹⁶⁴ Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la comunidad de Madrid. Vid. MORELL OCAÑA, L. "Abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid" en *Estudios sobre el derecho de la Comunidad de Madrid*. FERRER MORAN, R (coord.). Civitas. Madrid. 1987. Págs. 493 a 514.

agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza. Posición que refrenda en cuanto a los servicios públicos locales el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de mayo de 1997 (Ar.1997\4065), del siguiente modo:

“El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la ley y que comporta, un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia es sintonía con lo reiterado en el art.85 LRBRL, que considera servicios públicos a *cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales*. Este concepto (servicio público) atiende (en el ámbito local) no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o «publicatio», la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad Local.”

Por otra parte, unos años antes el Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 22 de septiembre de 1994, estableció una doble diferenciación entre “servicios públicos esenciales”, aquellos de titularidad pública que comportan la exclusión de la actividad privada, y, por otra parte, “servicios públicos no esenciales” a los que define como una organización prestacional creada por un ente público y en la que no se impide que empresas privadas puedan realizar actividades similares. De tal suerte, según el tenor del art.86.3 LRBRL, la calificación de la depuración de las aguas como servicio esencial presupone, en primer lugar, la atribución de la titularidad al municipio y, en segundo lugar, la exclusividad de la Administración local en la gestión del mismo, pero siendo necesaria la previa aprobación por el órgano de gobierno de la

Comunidad Autónoma si su prestación es en régimen de monopolio¹⁶⁵. Realmente la naturaleza de tal intervención es la de un control de legalidad, más que sobre la decisión libre del municipio de establecer un monopolio, pues ello corresponde ser aprobado, de acuerdo con el art.47 LRBRL, al Pleno de la Corporación por mayoría absoluta¹⁶⁶. Aun así debemos concretar el significado de la prestación mediante monopolio, porque que se preste en régimen de monopolio, como hemos comentado anteriormente, no significa que no pueda realizarse mediante una gestión privada sino que se extrae de las reglas de libre mercado, aunque en todo caso los postulados comunitarios exigen una serie de garantías que se traducen en el respeto al principio de transparencia e igualdad.

En efecto, el reto que tienen ante sí los servicios de saneamiento urbanos en los tiempos presentes tiene que ver más con los aspectos generales relativos a su gestión que con los puramente tecnológicos¹⁶⁷. Por ello, de las pocas alusiones de la normativa hídrica al respecto, como dice FANLO LORAS, no se prejuzga quién debe ser el titular de los servicios de abastecimiento y saneamiento¹⁶⁸, únicamente se acepta por todos el carácter de gestión integrada¹⁶⁹ del saneamiento de las aguas al tener como objeto un elemento que se distingue por tratarse de un ciclo. Por tanto es una posibilidad, incluso una exigencia en nuestra opinión, que se abre para la implementación privada, siempre bajo la condición de que la gestión respete la satisfacción y consecución del interés general y en la contratación por parte de la Administración, titular del servicio, se respeten los postulados comunitarios. Pues, las potestades que en torno a la misma se despliegan giran alrededor de la calidad de

¹⁶⁵ Art.86.3. *in fine* “La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma”

¹⁶⁶ Vid. DÍAZ LEMA, J.M. *Los monopolios locales*. Montecorvo. Madrid. 1994. Págs. 80 y ss; SOSA WAGNER, F. *Los servicios...* Op.cit.Pág. 50.

¹⁶⁷ Así lo declara FERNÁNDEZ PÉREZ, D. *Gestión del...* Op. cit.Pág.19. Y también la Ley 21/2002, de 5 de julio, de séptima modificación de la Ley 8/1987, de la Administración Local de Cataluña dice así: “Los cambios que se producen en la sociedad comportan que los ciudadanos formulen nuevas demandas a las administraciones, las cuales deben estar en disposición de responder y prestar los servicios que les son requeridos, con eficacia y con plenas garantías. Esta necesidad de adaptación afecta muy particularmente a las administraciones locales, porque son las más próximas a los ciudadanos y, por tanto, las que mantienen más contacto con éstos”.

¹⁶⁸ Vid. “Obras hidráulicas...” . cit. Pág. 150.

¹⁶⁹ Las condiciones más importantes en cuanto a la “gestión integrada” del agua derivan de los Principios de la Declaración de Dublín de 1992. Vid. La monografía destinada al estudio de *Los servicios públicos locales del Agua ...Op.cit. in totum*.

vida de las personas, lo que se traduce en la necesidad de que todas las personas tengan un acceso continuo y universal a las aguas saneadas, de forma que el núcleo de la responsabilidad de la Administración radica no tanto en la prestación, sino en ocuparse de que todos tengan ese acceso a las prestaciones necesarias para el desenvolvimiento de la vida en condiciones dignas¹⁷⁰, al más puro estilo de la formulación de la “economía social del mercado”¹⁷¹. Es por ello, que el Estado no puede llevar a cabo una retirada de sus funciones, de ahí lo social. El mercado es imperfecto, así lo ha demostrado la historia, así que la presencia de los poderes públicos se hace necesaria, sobre todo, debido a que, como muchos afirman, los logros obtenidos anteriormente, esto es el principio de igualdad del Estado social de derecho, deben mantenerse en esta evolución del Estado y de la Administración¹⁷². El propio LUDWIG ERHARD, en la reconstrucción de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, pronosticó la unidad del bienestar para todos y el bienestar mediante la competencia; de forma que el primer postulado de la “economía social de mercado” es el objetivo, y el segundo, el que conduce a ese objetivo, y que se traduce en

¹⁷⁰ Esta opinión la expresan también LAGUNA DE PAZ, J.C., “Nuevo marco jurídico de las actividades liberalizadas” en *Nuevas perspectivas del Régimen Local...* Op. cit. Pág. 1408; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. “La regulación económica en España” cit. Pág.210; GALLEGO ANABITARTE, A y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. “La nueva regulación del mercado del gas natural”. *RAP*. Núm. 148. 1999. Pág. 44.

¹⁷¹ El creador del concepto *sozialen Marktwirtschaft* fue A. MÜLLER ARMACK, quien lo definió en su obra *Economía dirigida y Economía de mercado* (1947) como la tercera vía entre la economía dirigida, a la que considera ineficaz, y la economía de libre mercado, propia del siglo XIX y que considera obsoleta. <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/Muller-Armack.htm>.

Como señala PFALLER este concepto teórico de economía social del mercado es el que más explícitamente formula el objetivo político de la “prosperidad para todos” dentro de un sistema económico esencialmente capitalista, *vid. El concepto de la economía social del mercado y la nueva “de-civilización” del capitalismo en Europa* [Electronic ed.]-Bonn, [1997]. <http://library.fes.de/fulltext/stabsabteilung/00071.htm>. La implementación política de este modelo de orden económico (asumida en el seno del partido DC en su convención de Ahlen en 1948 (SPD: 1958) se identifica con Ludwig Erhard, nombrado ministro federal de Asuntos Económicos en 1949 por el canciller Konrad Adenauer, a quien se le atribuye la realización de una extraordinaria labor de recuperación económica, conocida popularmente como el “milagro alemán”. *Vid.* también acerca de la “economía social de mercado” la conferencia de SCHAFFLER K., “Economía de mercado con responsabilidad social. La experiencia alemana” en <http://www.cka.iteso.mx/ConferenciaKlausShaffler.doc>.

Este modelo se recoge en todas y cada una de las Constituciones modernas, bien expresamente, caso de la Constitución española, bien del conjunto de sus disposiciones, supuesto alemán. Entre los argumentos vigentes para defender tal modelo se sitúa como fundamental el cuestionamiento general de la extensión del poder público en la economía.

¹⁷² El canciller federal GERHARD SCHRÖDER en su declaración gubernamental del 14 de marzo de 2003 declaró “La transformación del Estado social y su renovación son indispensables. No se trata de eliminarlo, sino de preservar la esencia del Estado social”.

términos económicos así: tanto mercado cuanto sea posible y tanto estado cuanto sea necesario. Ya que los mentores de la economía social de mercado han señalado también que ni el mercado por si mismo, ni el sentido de responsabilidad del individuo, alcanzan para garantizar un orden económico basado en la libertad personal y en la justicia social. Por ello atribuyeron al Estado la función esencial de establecer y asegurar el marco de la competencia, para que esta quede a salvo de los intereses sectoriales y del mismo Estado.

Pero volvamos a la cuestión que se plantea aquí, bajo la conveniencia de diferenciar entre titularidad y gestión, la justificación de nuestra elección hacia una apertura de la Administración a nuevos modelos de actuar. En términos generales la cuestión enlaza directamente con la problemática acerca de la superación de la institución de “servicio público” que únicamente mencionamos como referencia, ya que su problemática es tratada ampliamente en otras partes de este trabajo, de manera más idónea. Se exige, en todo caso, un replanteamiento fundamentado en la adopción de nuevas terminologías, conceptos y líneas maestras. Surge así a colación, llegado este punto, el tema de las “obligaciones de servicio público”, los “servicios universales”, y los “servicios de interés económico general” que, en relación con servicios tan elementales y básicos como son los recursos hídricos, pueden ser aplicables a las exigencias de tales tareas. Porque ante la entrada de privados en la realización de tareas mínimas y obligatorias como es la depuración y/o el alcantarillado -en definitiva el saneamiento- debe asegurarse la prestación a toda la población, de una manera eficaz pero también eficiente del mismo, y no caer tampoco bajo las redes del “mito de la eficacia” del Derecho privado, puesto que, como corolario de toda Administración, la protección del interés general y de los derechos fundamentales¹⁷³ exigen una garantía a los ciudadanos y una necesidad de control y de aseguramiento de un mínimo esencial que, perfectamente, puede alcanzarse con el uso de los más variados recursos público o privados, finalidad que pretende cumplir las obligaciones de servicio público, en cuanto tratan de preservar que una actividad, especialmente de interés común, cumpla los requisitos

¹⁷³ Puede verse un estudio acerca de la evolución de los derechos fundamentales de mano de R., GARCÍA MACHO en *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...* Op.cit., y en “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, CRUZ VILLALÓN, en *REDC*. Núm. 25. 1989. Págs. 43 y ss.

tradicionalmente atribuidos a cualquier servicio público, es decir: igualdad, regularidad, continuidad, y flexibilidad.

Para finalizar este apartado nos queda comentar, brevemente, en cuanto a las modalidades de gestión la realidad del saneamiento que estamos planteando extraída de la regulación legal actual en la que por una parte se asiste al desarrollo de lo que se ha denominado Administración institucional local: así el uso del ordenamiento privado puede ser total cuando se crean formas societarias que normalmente se encargan tanto del abastecimiento, como del saneamiento de municipios, bien parcial, cuando se recurre al supuesto factible, desde la reforma de 2003 de la LRBRL¹⁷⁴, de las entidades públicas empresariales. Y por otra, se plantea la situación de que personas privadas intervengan, realmente, en el quehacer público, en tal calidad. En los dos primeros casos no podemos más que suscribir las posiciones que señalan el sometimiento pleno de la Administración, en este caso como persona con una esencia pública, al Derecho público, en determinados ámbitos como puede ser la formación de voluntad de sus órganos, contratación o régimen patrimonial... Pues como ha enjuiciado DÍAZ LEMA la Unión Europea al condenar a España por la inadecuación de la normativa sobre contratos al Derecho comunitario, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, apeló a la aplicación de un criterio de *carácter esencialmente finalista* para definir a los organismos públicos¹⁷⁵. Por otra parte, en el segundo de los casos, hemos de recordar que los privados poseen autonomía privada pero no por ello se rige por el libre albedrío, es decir, existen unos principios constitucionales que les obligan y guían su forma de actuar, y por ello consideramos que no se trata de una fórmula de escape, ya que también el Derecho privado es derecho, y ofrece por ello unas garantías y unos controles, además de que cuando nos referimos a servicios tan esenciales e incuestionables como el saneamiento de las aguas, la responsabilidad garantizadora

¹⁷⁴ Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Sobre los antecedentes y tramitación parlamentaria, *vid.* MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. “Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local” en *Anuario del Gobierno Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local. 2003. Págs. 11 y ss.

¹⁷⁵ *Vid.* “Contratos públicos...” cit. Pág. 848.

de la Administración se convierte en un aseguramiento de que se puede *controlar* o *delimitar* la voluntad de los privados que intervienen en tareas de tal calado¹⁷⁶.

¹⁷⁶ En aplicación del modelo de cooperación y de responsabilidad compartida que ha sido presentado, y que incluso cuando se produce el traspaso a terceros, siempre y cuando no sean privatizaciones en sentido estricto, queda remanente la presencia pública mediante la superposición de la facultad de regulación de los poderes públicos, *vid.* JOHN-KOCH, M. *Organisationsrechtliche Aspekte...* Op.cit. Págs. 33 y 99.

TERCERA PARTE

LAS VERTIENTES DEL SERVICIO PÚBLICO AMBIENTAL DEL SANEAMIENTO

CAPITULO TERCERO

EL ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES

I. ÁMBITO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

Las consideraciones sobre el régimen jurídico de cualquier fenómeno -y si se mantiene la coherencia hasta ahora predicada en aras a la globalización actual¹- nos lleva a introducirnos en el examen de las normas que contemplan el saneamiento desde alguna de sus vertientes. Inicialmente, de un modo deductivo, consideraremos el ámbito más supranacional para ir descendiendo a ámbitos más cercanos: así, la exposición presenta en estos momentos el régimen internacional y el comunitario, dejando para un momento posterior el análisis de la normativa estatal y de las iniciativas autonómicas y locales sobre la actividad del saneamiento de las aguas residuales.

I.1. Normas internacionales

Las primeras normas que debemos traer a colación no presentan tanto un aspecto sectorial y concreto en relación con la tarea mencionada –el saneamiento- como un aspecto general en una línea clásica de protección, en sentido amplio, de la calidad de las aguas que, sin embargo, ofrece puntos en común y de engarce con el saneamiento.

Al respecto destaca SETUÁIN MEDÍA la extrañeza que conllevaría plantearse el carácter internacional en la regulación del saneamiento, cuando ésta es una actividad, un servicio, que se enmarca en el ámbito quizás más cercano, y también reducido, del nivel local². Pero, en la línea señalada³, de lo que se trata, al aludir a la normativa internacional sobre esta materia, es destacar el carácter de protección del medio ambiente en que se enmarca precisamente la tarea de saneamiento y es desde esta perspectiva desde la que se apunta a las normas que a continuación relatamos.

¹ Como destaca G. ORÓN MORATAL en la presentación de la obra “La Globalización más allá...”. Op. cit.

² Pero como señala MARTÍN MATEO: “De ahí que... los problemas ambientales sean universales aunque las causas tengan un origen local...”. *Vid. Tratado...* Vol. I. Op. cit. Pág. 203.

³ *Vid. SETUÁIN MENDÍA, B. El saneamiento...* Op. cit. Págs. 86 y ss.

Así, el primero de los documentos internacionales que plasmó el interés de la Comunidad Internacional por el tema de la protección de los recursos hídricos fue la “Carta del Agua”, aprobada en Estrasburgo en 1968 por el Consejo de Europa, referida precisamente al viejo continente. En él se describe el agua como un elemento básico y de primera necesidad e indispensable para la vida humana, valorado también económicamente⁴. Además, de manera expresa –y en la línea que venimos defendiendo– su punto quinto establecía “*cuando las aguas, después de ser utilizadas, se devuelvan a su medio natural no deben comprometer el uso ulterior público o privado que de estas se haga*”. De ahí la necesaria conexión con la depuración de las aguas contaminadas y en definitiva con el saneamiento.

Sin embargo, se considera que el origen del Derecho Internacional Público del Medio Ambiente⁵ se fecha, de manera formal, posteriormente en junio de 1972 con la celebración, bajo el tema de “la protección del medio ambiente”, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo que, reunida en tres comités, trataba sobre las necesidades sociales y culturales de planificar la protección ambiental, los recursos naturales y los medios a emplear internacionalmente para luchar contra la contaminación. Con esta reunión se instaura una nueva visión ecológica del mundo y se establecen una serie de recomendaciones ecológicas entre las que destaca la intención de “evitar la contaminación a todos los niveles”, creándose para ello un Programa Mundial sobre el Medio Ambiente (PNUMA) dirigido a preservar, a nivel mundial, la protección del entorno. Asimismo se establecieron una serie de principios contenidos en la “Declaración de Estocolmo”⁶. Posteriormente, todavía en la década de los setenta, es necesario mencionar el Convenio de París, celebrado el 4 de junio de 1974, para la “prevención de la contaminación marítima de origen terrestre”, así como la Conferencia de las Naciones Unidas, celebrada en Mar de Plata (Argentina) de 1977, que aprobó un Plan de Acción dedicado a examinar y a paliar los problemas derivados de la mala gestión del agua. Estamos todavía ante una fase muy elemental, ante una serie de

⁴ Carácter económico que se reiteró en la Conferencia de Dublín de 1992 que estableció como 4º principio: “Water has an economic value in all its competing uses and should be recognized as an economic good”.

⁵ Así lo expresa ROJAS AMANDI, V. M. en “El Derecho Internacional Público Ambiental al inicio del s. XXI” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. II. 2002. Págs. 338 y ss.

⁶ La Declaración de Estocolmo puede consultarse en www.prodiversitas.bioetica.org/doc89.htm

Además de este instrumento se aprobó un “Plan de Acción para el Medio Humano” y una recomendación sobre la creación de instituciones ambientales y de fondos para proporcionar financiación a los programas ambientales.

iniciativas que, aunque jurídicas, carecían de valor obligatorio y vinculante⁷ a pesar de que siembran, y eso ya fue de gran importancia, los principios que deben inspirar las legislaciones nacionales y que posteriormente hemos visto plasmados en la mayoría de ellas, a saber: la unidad del ciclo hidrológico, el carácter común o público del agua, la cuenca hidrográfica como concepto clave del nuevo Derecho de Aguas, la planificación como instrumento indispensable de la racionalización de los usos...etc. Elementos que presentan como punto en común una especial atención a la calidad del agua y a la protección del medio ambiente, protección que se articula en función de los usos a los que ésta vaya destinada.

En el sector hídrico y destacándose el carácter ambiental de las aguas se celebró en Dublín en enero de 1992 la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA), donde se señalaba la falta de eficiencia que hasta entonces había caracterizado la gestión de los recursos hídricos y que ponían en peligro el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente. De la lectura de los principios extraídos de la Declaración de Dublín merece una especial atención el llamamiento que ésta contiene, con un enfoque radicalmente distinto, en el que se exige un compromiso político y una mayor participación en los procesos de evaluación, aprovechamientos y gestión de los recursos de agua dulce que implica tanto a los gobiernos nacionales como a los niveles más elementales e inferiores. Los compromisos pasan además de por una mayor inversión en investigación y desarrollo tecnológico, por una concienciación de los ciudadanos, sobre los que hay que actuar informando y permitiendo su colaboración en estos temas.

Este mismo año, pero en el más vasto sector del medio ambiente, y dos décadas después de la citada Conferencia de Estocolmo, la Conferencia de Naciones Unidas reunida en Río de Janeiro (Brasil) en junio de 1992, también conocida como “Cumbre de la Tierra”, introdujo como elemento central para conservar el planeta la idea de “desarrollo sostenible” consagrada de manera definitiva en la Declaración de Río sobre

⁷ Sobre este carácter de *soft-law* del Derecho ambiental internacional existen hoy en día reflexiones marcadas por la severidad de la contaminación del medio ambiente. Por ello cada vez se están adoptando instrumentos vinculantes en sectores que estaban tradicionalmente reservados a la soberanía nacional de cada Estado, se cita como ejemplo quizá más mediático y conocido por todos el del Tratado de Kyoto sobre emisiones de gases de efecto invernadero (1998), *vid.* LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental...* Op.cit.Págs. 39 y 40.

el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible⁸; otro de los instrumentos adoptados a raíz de la Conferencia fue la “*Agenda 21*”⁹ por el que se establece un amplio programa de actuación, fruto del consenso, para que los poderes públicos velen para que en todas las dimensiones de las actividades humanas se logre un desarrollo sostenible y que se concretó en el ámbito europeo con la celebración en 1994 en la ciudad danesa de Aalborg de una Conferencia donde se adoptó la *Carta de las Ciudades Europeas hacia la sostenibilidad* o *Carta de Aalborg*. Este Plan significó la base para una nueva alianza global, para el desarrollo sostenible y la protección ambiental en un mundo cada vez más interdependiente, donde de nuevo se trató la cuestión de la protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce como uno de los más graves problemas del siglo presente. La Cumbre de la Tierra fue el inicio de un nuevo orden internacional del Derecho Ambiental ya que va a introducir elementos que van a ser a partir de entonces una constante en todas las políticas ambientales que responden a esa creencia de la Sociedad de valorar, en el grado que se merecen, los recursos naturales, de forma que se establece como necesidad imperiosa su respeto¹⁰.

En el conjunto de los textos más recientes es obligado considerar aquellos que aunque no pueden entenderse como internacionales estrictamente propugnan la cooperación entre varios países para hacer frente a problemas internacionales que afecten a los recursos hídricos compartidos. En esta última oleada de Conferencias y Declaraciones destaca el Convenio de Helsinki de 17 de marzo de 1992, aprobado por la Decisión 95/308/CE del Consejo de 24 de julio¹¹ “sobre protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales”, que, en el seno de las Naciones Unidas, estaba en un principio dirigido a los países europeos, pero contemplándose además la posibilidad de integrar en el mismo a los miembros de la Comisión Económica de las Naciones Unidas y organizaciones de integración económica regional

⁸ Principio 27, que debía alcanzarse mediante la aplicación concreta de otros que ya hemos visto, en particular el principio de precaución, el principio “quien contamina, paga”, la aplicación de la “evaluación de impacto ambiental”...

⁹ Además también fruto de esta Conferencia se aprobaron los Principios Generales de la observación de los Bosques, la Convención sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Éstos dos últimos con rango de verdaderos tratados internacionales y por tanto obligatorios. Más ampliamente sobre estos instrumentos, *vid.* LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental...* Op. cit. Págs.51 a 61.

¹⁰ *Vid.* BEYERLIN, U. “Rio-Konferenz 1992: Beginn einer neuen globalen Umweltrechtsordnung” en *ZaöRV*. Núm. 54. 1994. Pág. 126.

¹¹ DO L Núm.185, de 5 de agosto de 1995. Págs. 0042- 0058.

con competencias sobre estas materias. El objetivo de este Convenio era evitar que la contaminación producida por vertidos al medio acuático pasase de un país a otro o bien de los países costeros al medio marino; en esta línea, destacaremos, el *Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas*, suscrito entre España y Portugal, el 30 de noviembre de 1998.

Es también significativo el Convenio “sobre el derecho de los usos distintos a los navegables de los cursos de agua internacionales”, aprobado en el seno de la ONU en mayo de 1997, que fija diversas medidas de tipo ambiental como límite a la soberanía nacional de los Estados que lo han ratificado. Además de esta especial relevancia que se da a la perspectiva ambiental en la regulación de los cursos de aguas, en este Convenio se establece el uso equitativo y racional de los cursos de aguas internacionales, así como la reducción y el control de la contaminación de los mismos. En este mismo año, con una influencia más indirecta sobre los recursos hídricos, se celebró la “Cumbre del Clima” en Kyoto (Japón). La Cumbre de Kyoto supuso un notable avance al reconocer científicamente la influencia antrópica en el cambio climático. Desde luego es también la muestra de que las políticas de gestión de los recursos hídricos debe concertarse e interrelacionarse con otros acuerdos y procesos internacionales como, el cambio climático o la desertificación... entre otros.

De acuerdo con el orden cronológico seguido, la última de las Conferencias internacionales sobre el agua es la Conferencia Internacional “sobre el agua dulce”, celebrada en Bonn (Alemania) en diciembre de 2001, que trató el agua como una de las claves del desarrollo sostenible. Fruto de esta reunión se aprobaron una serie de recomendaciones de acción, gracias al elevado consenso que se logró teniendo en cuenta el carácter controvertido de las cuestiones y la amplitud de los sectores interesados que estuvieron representados en esta Conferencia. Especial hincapié se puso en la constatación del aumento del consumo y de la demanda de agua potable así como en los casos de contaminación, optándose como solución para hacer frente a esta realidad por una buena administración que pusiera “freno a la explotación insostenible de los recursos hídricos”; por ello, el acceso de agua potable y a servicios adecuados de saneamiento, particularmente en los países en desarrollo, fueron especialmente tratados -ya que estos ha sido uno de los obstáculos con que los que dichos países se han topado- con el fin de conseguir así la reducción de su pobreza en aras a alcanzar precisamente el

desarrollo sostenible al que se aludía. Las recomendaciones que surgieron de esta Conferencia se dirigían al proceso internacional preparatorio de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, que se celebró en 2002 en Johannesburgo, conocida como “Río+10”¹². El principal objetivo de esta Cumbre fue establecer una serie de objetivos parciales que permitieran conseguir el objetivo integral de desarrollo sostenible, logros que se plasmaron en una Declaración sobre Desarrollo Sostenible. También constituyó un marco de referencia para el Tercer Foro Mundial del Agua en Kyoto y para todos los diferentes tipos de organizaciones que se ocupan de los problemas el agua, la pobreza y el desarrollo sostenible. Seguidamente se adoptó en 2003 la Declaración de Roma “Contratto Mondiale sull’acqua” que presentaba el recurso natural del agua como un derecho humano, en confirmación de la posición que mantuvo en el año 2002 el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales que consideró el acceso a un abastecimiento de agua constituye un derecho humano fundamental.

En julio del año 2005, como desarrollo de los propósitos establecidos hace más de diez años en la Cumbre de la Tierra de 1992, se celebró en Japón la *Cumbre Mundial de los Niños sobre el Medio Ambiente*¹³, cuyas declaraciones se recogen en el documento que lleva por nombre “Declaración de Aichi”.

Sin carácter normativo, pero con un gran interés en el tratamiento de la situación actual de crisis mundial de los recursos hídricos, sobre todo debido a su escasez y su cada vez más creciente contaminación, en tanto son sede de debate y discusiones en las cuales se analizan problemas y se proponen soluciones factibles no podemos pasar por alto la celebración de Foros mundiales. Tras el Primer Foro Mundial sobre el agua celebrado en Marrakech (Marruecos) en marzo de 1997, cuyo primer mandato fue desarrollar la “Visión del Agua, Vida y Medio Ambiente en el Siglo XXI” se reunió en el año 2000 el 2º Foro Mundial del Agua, bajo el tema “De la Visión a la Acción”, realizado en La Haya¹⁴. Este Foro y ya en un siglo caracterizado por el desarrollo de los medios de comunicación y por la expansión de lo telemático ha permitido crear canales que hacen más fácil la interdependencia en esta materia pues se ha creado, por ejemplo,

¹² El sitio oficial de la Cumbre, actualizada continuamente, es www.johannesburgsummit.org/

¹³ Con anterioridad se han celebrado otras Conferencias, en concreto en 1995 en Eastbourne (Inglaterra), en 1998 en Nairobi (Kenia), en 2000 en Eastbourne, en 2002 en Victoria (Canadá) y en 2004, en New London (EE.UU).

¹⁴ Más ampliamente http://sehumed.uv.es/revista/numero13/SEHUMED13_3.PDF.

un Foro Virtual del Agua y el Proyecto “Voces del Agua”. A este Foro le siguió en marzo de 2003 –año que también fue declarado como Año Internacional el Agua dulce¹⁵–, el Tercer Foro Mundial de Agua¹⁶ celebrado en Japón que entre los puntos discutidos se incluía la cuestión de los usos del agua y el desarrollo sostenible. En estos encuentros son numerosas las voces a favor de la privatización de las empresas de agua en todo el mundo como posible alternativa a la crisis que se vive en el sector frente a los que se alzan también adversarios que denuncian los posibles intereses económicos y particulares de estas empresas que no tienen siempre en cuenta el interés y beneficio de la comunidad, en general, siendo pues el debate sobre la propiedad privada y pública de los recursos de agua y su gestión uno de los principales temas de debate. La última convocatoria del Cuarto Foro Mundial del Agua fue en marzo de 2006 en México bajo el lema “Acciones Locales para un Reto Global” en donde se analizó la importancia de los agentes locales en la preservación del recurso, y ante todo se promociona y enfatiza la participación de los actores locales en el marco de la visión global del recurso¹⁷.

I.2.La normativa comunitaria

Al tratar el ordenamiento comunitario se nos plantea una doble tarea de recopilación en cuanto al conjunto de normas. En efecto, la tarea de saneamiento de las aguas residuales presenta una doble perspectiva que ha sido abordada por la Unión y que requiere hacer referencia a dos tipos de normas. Por una parte y en primer lugar es necesario ampliar cuál es la posición de la Comunidad en relación con la noción de servicio público, pues el saneamiento se ha configurado, al menos en nuestro país, como un servicio público, de manera tradicional. Es obligado en esta línea, sobre la base de que no existe un concepto similar, analizar qué entiende la Comunidad por servicio público y cómo se adapta su parecer en el ordenamiento nacional. Por otra parte, el segundo conjunto de normas que debemos examinar es el relativo al carácter ambiental de este servicio, pues recordemos que esta faceta es la que presenta al saneamiento

¹⁵ En esta línea debemos también destacar, con trascendencia en cuanto a la promoción de la protección de los recursos hídricos, la declaración de “Decenio Internacional de Agua Potable y el Saneamiento Ambiental” al periodo que va desde 1981 a 1990, cuyo objetivo fue facilitar el acceso al agua potable de más de 1.300 millones de personas. Actualmente el decenio 2005-2015 se declara “Agua para la vida”.

¹⁶ www.world.water-forum3.com/

¹⁷ Los temas fundamentales a tratar son la problemática internacional y nacional de los retos que enfrenta el manejo sostenible del agua y el examen del papel local en la ordenación del recurso.

como una referencia para el examen de los cambios del Derecho Administrativo en al línea expuesta en la primera parte. Por tanto analizaremos qué normas rigen en relación con el saneamiento de las aguas residuales y cuál es la consideración de los recursos hídricos en el ámbito comunitario. Realizada esta previa aclaración, veamos cuáles son esas normas.

I.2.1. De nuevo sobre los *servicios públicos* en la Unión Europea

Hemos comentado la influencia en los entornos nacionales de la Unión Europea y de la cultura global en la que estamos inmersos. Influencias que afectan no sólo a las normas sobre los recursos hídricos, sino con carácter general al ordenamiento jurídico.

Las exigencias de colaboración e integración entre los diferentes Estados se han consolidado consecuencia del proceso de internacionalización de la Sociedad y fundamentalmente de la economía. En nuestro dominio el proceso de integración europea¹⁸ alcanza actualmente grados de cohesión muy elevados siendo, hoy por hoy, un punto de inflexión vital en este proceso la aprobación de la Constitución Europea que junto con nuestro Texto Fundamental es el otro factor más importante en la transformación del Derecho Administrativo nacional¹⁹.

En efecto, en la materia que nos ocupa, la transformación de las formas clásicas de actuar en la prestación de servicios públicos, hemos de destacar cómo las principales directrices marcadas desde la Unión Europea parten precisamente del ámbito económico, que se encuentra condicionado por la falta de eficacia que se propugna de la actividad pública. Directrices en las que la principal premisa es, ante todo, la libertad de

¹⁸ Curiosamente, algunas voces francesas entienden la creación de las Comunidades Europeas como una herramienta de defensa contra la globalización, en tanto los aranceles comunes y la política agrícola común, protegen el espacio económico europeo. Sin embargo se advierte, ante tal afirmación, la necesidad de entenderla de forma restrictiva, en tanto en cuanto estas “barreras” comunitarias se corresponden con una apertura simétrica cuyo fin es la adaptación de la Unión Europea a las directrices que sobre la competencia son establecidas a escala mundial. Vid. MANIN, P., “Mondialisation et structures étatiques: l’expérience européenne” en *Mondialisation des échanges et pouvoir de l’État*. Bruylant. Bruselas. 1997. Pág. 150.

¹⁹ En este sentido vid. la función “receptora” del Derecho Administrativo que define SCHMIDT-ASSMANN en *La teoría* ...Op. cit. Pág. 9; también KREUZER, K., SCHEUING, D., y SIEBER, U. *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*. Nomos-Verl-Ges. Baden-Baden. 1997. Págs.65 y ss. Presentando un análisis comparado destaca el estudio de SCHWARZE, J., *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1996. Entre nosotros, PAREJO ALFONSO señala el proceso de integración europea como “una verdadera revolución del orden jurídico-político interno de los Estados miembros, que está poniendo en cuestión y haciendo evolucionar los esquemas y las categorías establecidos en el Derecho constitucional y,...., también en el Derecho administrativo”. Vid. *Manual de Derecho*... Vol.1. Op. cit. Pág.162.

mercado y la igualdad entre las empresas públicas y privadas estableciéndose -bajo el principio de neutralidad del art. 295 TCE- la libertad de forma en cuanto al régimen de propiedad sin prejuzgarla; por eso, se dice que “Europa no abomina del servicio público, sino que simplemente quiere ajustarlo a un entorno de competencia. Todo ello supondrá un nuevo reto para el servicio público, pero no supondrá su liquidación”²⁰. Esta influencia europea y las normas que de ella provienen han actuado además como correctores de las desviaciones que se presentaban en los diferentes Estados miembros en materia tan relevantes como la contratación.

Se ha optado, claramente, por una política que fomenta la libre competencia, no las privatizaciones, aunque éstas parecen quizás como el instrumento más práctico, fácil y veloz para lograr el acercamiento a las exigencias que sobre la empresa pública y competencia recoge el Tratado de Roma. En todo caso, es ésta una aseveración demasiado simplista, pues la realidad de la situación jurídica, social y económica está demostrando como es necesario implementar métodos más empresariales, de gestión, de *management*, pero con una indudable intervención pública en el ámbito de la administración prestacional. Así pues el poder público permanece, en palabras de S.RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ: “el Estado, en realidad, nunca ha quedado al margen de cualquier actividad o sector que pudiera influir en la economía. Debe quedar claro, por lo tanto, que la intervención pública en este ámbito ha venido siendo una constante, si bien variando en cuanto a su forma e intensidad”²¹.

En sus inicios la política europea se basaba en la necesidad de “empresas públicas” que surgieron en principio –y así fue en el ámbito nacional- en situaciones precarias de la economía –como los períodos de posguerra- con el fin de promover el nacimiento de redes industriales²². No obstante, hoy parece claro que esta justificación histórica parece obsoleta y que justamente las nuevas exigencias de desarrollo tecnológico e innovaciones provienen no ya de manos del sector público, sino de la iniciativa privada. En consecuencia la Unión Europea se decanta por una economía de mercado libre, donde la presencia e influencia del Estado sea mínima o que, en caso de existir, opere en las mismas condiciones que el resto de agentes. Así, del texto del

²⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y mercado. Los fundamentos*. Vol. I. Civitas. Madrid. 1998. Pág.40.

²¹ Vid. “La creación de mercados regulados: consecuencias para el estado social de derecho” en www.iustel.com, *Revista General de Derecho Administrativo*. Núm.8. 2005.Pág.2.

²² Vid. ARIÑO ORTIZ, G. “Responsabilidades del Estado...” cit. Pág.26.

Tratado no se desprende ninguna declaración ni atribución de *servicio público* – realmente esta expresión es casi accidental en el Tratado²³ - a favor de las instituciones públicas comunitarias sino, más bien en una dirección opuesta, se garantiza la concurrencia entre las empresas, partiendo de que el mercado es el mejor instrumento para la asignación de recursos²⁴, aunque esta inicial declaración, tras un análisis en detalle del Texto Europeo no puede mantenerse de modo tan categórico.

En todo caso, el Tratado no ignora la existencia de un poder público y el reconocimiento de su personificación en las administraciones públicas. A éstas se refiere en varios de sus artículos, entre los que deben mencionarse especialmente el art.45 TCE (ex art.55) referente a la libertad de residencia, el art.49 (ex art.66) sobre la libre prestación de servicios, el art.39.4 (ex art.48.4) sobre libre circulación de trabajadores, y el art. 86 (ex 90) que alude a las empresas públicas²⁵. De todos ellos, especial dedicación requiere el art.45 TCE -que se refiere al derecho de establecimiento/ libertad de residencia- donde se regula la exclusión del Tratado de aquellas actividades que en relación con un Estado miembro estén vinculadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público o autoridad²⁶, determinación que parece tener un reconocimiento y aceptación entre los Estados miembros como regula el TRLCAP y la LRBRL. Al respecto es obvio que cómo afecta este mandato a los

²³ Cosa que no implica, por el contrario, una despreocupación de la Comunidad, pues del Tratado se deriva la posibilidad de intervención económica pública y la posibilidad limitada de reservas de determinados sectores y servicios, *vid.* SOUVIRÓN MORENILLA, J.M^a. *La actividad...* Op.cit.Pág.249.

²⁴ *Vid.* ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Ceura. Madrid. 1994. Págs.11 y ss. e ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario general*. Ariel. Barcelona. 2000. Págs. 30 y 36.

²⁵ Artículo cuya importancia radica, también como señaló WINCKLER, en la aprehensión que desde el mismo hace el Derecho comunitario de la idea de “servicio público” cuando se refiere a las “empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general”, *vid.* WINCKLER, A. “Quelques réflexions a propos de la réforme des services publics” en *L’idée de service...* Op. cit.Pág.23.

²⁶ Sobre la exclusión de los servicios de autoridad MUÑOZ MACHADO cita como pronunciamientos en este sentido por parte del Tribunal de Justicia la paradigmática Sentencia *Reyners* de 21 de junio de 1974, que sentó las bases posteriores de la Sentencia *Corine Bodson c. S.A Pompes Funébres des Régions Libérées* (asunto 30/87), de 4 de mayo de 1988, la Sentencia *Laguache y otros* de 27 de octubre de 1993 (asuntos acumulados C-46/90 y C-93/91), así como la Sentencia *Eurocontrol* de 19 de enero de 1994. En la excepción del ámbito de aplicación de las normas europeas sobre competencia junto con la excepción de los mencionados servicios de autoridad, hay que también citar a los servicios de solidaridad, o sociales, cuestión sobre la que existe asimismo jurisprudencia clara y abundante, entre ellas la Sentencia *K.Höfner F.Elser c. Macrotron GMBH*, de 23 de abril de 1991 y la Sentencia *Poucet c. Assurances générales de France et Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Rousillon et Daniel Pistre contre Caisse Autonome Nationale de Compensation de l’Assurance Vieillesse des Artisans*.(Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91). *Vid. Servicio público...* Vol. I. Op. cit. Pág.156 y ss. También trata este asunto ORTEGA BERNARDO, J. “Competencias, servicios públicos...” cit. Págs. 71 y ss; y, TORNOS MAS, J., *vid.* “Significació i conseqüències jurídiques de la consideració dels serveis socials com a servei públic” en *Quaderns de Dret Local*. Núm.6. Octubre. 2004. Págs. 13 y ss.

Estados miembros dependerá de cómo éstos regulen el ejercicio de sus funciones públicas. Pues, por ejemplo, particulares cuestiones se plantearon en países como Alemania donde parece clara la inclusión en este grupo de actividades públicas de autoridad de aquellos casos en que se confían funciones soberanas a particulares a través de la figura de la *Beleihung* (apoderamiento o habilitación²⁷) que no es otra cosa que una categoría dentro de lo que se denomina “privatización funcional²⁸” con determinadas características desconocidas en nuestro entorno y que se refieren en aquel contexto a las figuras de los notarios, guardas forestales y guardas de caza. No existe, pues, ninguna norma de origen comunitario que afecte a la organización de la Administración nacional, sino que únicamente se excluye de la aplicación de las disposiciones del Tratado al poder soberano de los Estados²⁹.

De este somero análisis se concluye que la declaración de neutralidad (art.295 TCE) de la Unión Europea no se opone a que personas privadas pasen a formar parte y a desempeñar tareas en el sector público, sino que su posición es más bien, como señala

²⁷ Según la traducción tomada de D. CANALS I AMETLLER en *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...* Op. cit. Pág. 295.

Esta figura procedente de la llamada *Herrschaftsdokmatik* de la Edad Media (es decir el dominio del estado) vio disminuida su utilidad a principios del siglo anterior. La *Beleihung* es una forma de intervención privada en el desempeño de tareas pública, pero que en efecto muestra ese dominio público o del Estado, pues la persona privada que actúa como *Beliehene*, aun si perder su personalidad jurídica privada, pasa a desempeñar funciones soberanas y se considera parte de la Administración, de acuerdo al concepto de *Behörde* del art.1.4 *VwVfG*, por ello es hoy de nuevo reutilizada como forma de descarga de la Administración, pues como señala SHIRVANI no se produce en este caso una privatización de la tarea. Vid. MAURER, *Allgemeines...* Op. cit. Págs. 615 y 617; OSSENBÜHL, F. “Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private” en *VVDStRL* 29 (1971). Págs.153 y ss; SCHACHTSCHNEIDER, K.A. *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*. Dunker&Humblot. Berlin. 2005.Págs. 238 y ss; SHIRVANI, F. *Das Kooperationsprinzip...* Op.cit. Pág.124.

²⁸ Vid. *supra*, Nota 102, en la Primera Parte.

Entre nosotros la profesora CANALS I AMETLLER -siguiendo los postulados de H. MAURER, en *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11ª ed, 1997 y también, DI FABIO, U. “Privatisierung und Staatsvorbehalt...” cit, y A. SEIDEL, *vid. Privater ...* Op.cit.- califica la *Beleihung* de privatización funcional, pero como subcategoría de las privatizaciones materiales. En nuestra doctrina, en la misma línea, destacan M. DARNACULLETA GARDELLA, en la recensión de la obra anterior (*Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht*, Verlag C.H. Beck. München. 2000) en *REDA*. Núm.110. 2001. Págs.316 y ss, y BACIGALUPO SAGGESE, M. “Reducción y laboralización de la Función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos de los años noventa (en particular, la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las telecomunicaciones)” en *DA*. Núm. 243. 1995. Págs. 293 y ss.

Otros como LUDWIG (*Vid. Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz*. Duncker&Humblot. *Schriften zum Umweltrecht*. Band 82. Berlín.1997. Págs.136 y ss) o WON-WOO (*Vid. Privatisierung als Rechtsproblem*. Heymann. Köln.1997. Págs. 176 y ss) entienden que se trata de una categoría autónoma, denominada privatizaciones funcionales, y, ya por último WEISS las califica como privatizaciones de la organización, *Vid. Privatisierung...* Op. cit. Pág.39

²⁹ Por otra parte, se niega la libre circulación de los trabajadores en el caso de que éstos realicen sus tareas en el seno de la Administración pública.

OSSENBÜHL, la de promover tales prácticas³⁰. De cualquier modo, como contrapeso al mercado libre europeo, la Unión Europea permite excepciones legítimas a la libertad defendida –cuando se persigue efectivamente un objetivo de interés general- que se articulan a través del reconocimiento de monopolios fiscales en los Estados miembros y de la existencia de empresas que gestionan “servicios de interés económico general³¹” según el art.86.2 TCE. Ambas disposiciones comunitarias condicionan, por consiguiente, la iniciativa económica de los poderes públicos y el desarrollo hasta ahora de tareas en régimen de monopolio público de los Estados Miembros a las reglas de la libre competencia, si bien como anunciábamos admiten, en ocasiones, la posibilidad de excepciones de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal³² “... en la medida en que la aplicación de dichas normas (sobre la competencia) no impida de hecho o de derecho el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada...”³³. Sobre la polémica

³⁰ Vid. “Informe sobre la República Federal de Alemania. La Administración en la forma jurídica privada y a través de entidades privadas”. *Revista Autonomies*. Núm.15. 1992.Pág. 347.

³¹ Categoría que desde el Tratado de la Unión Europea han sido incorporadas como principios informadores de la Comunidad Europea recogidos en el artículo 16 de la versión consolidada y desarrolladas en el Dictamen de Comité Económico y Social de 21 de agosto de 1999 sobre “ los servicios de interés general”. Este Dictamen mantiene en manos de la Administración las facultades tradicionales de inspección y sancionadora en aras a un control efectivo y satisfactorio del cumplimiento de dichas obligaciones por los agentes que las gestionan.

³² Según M.A. SENDÍN GARCÍA se consideran empresas que tienen el carácter de monopolio fiscal a aquellas que desarrollan su actividad en exclusiva, con el fin de proporcionar ingresos al poder público, *vid. Hacia un servicio público...* Op.cit. Pág. 285.

³³ En el mismo sentido N.NOLTE señala que el art.86.2 TCE es una excepción de las normas del Tratado, en especial de las normas sobre competencia, que no obstante debe interpretarse de manera restrictiva. Según la jurisprudencia del TJCE el art.86.2 TCE puede considerarse como la posibilidad de seguir manteniendo una serie de situaciones establecidas jurídicamente, aun siendo contrarias a los principios comunitarios y también frente a las libertades fundamentales. Este régimen excepcional ha supuesto a favor de los Estados cierta capacidad para hacer prevalecer, de manera amplia, ciertas situaciones jurídicas como el mantenimiento de servicios públicos con situaciones de privilegio, que suponen prácticas contrarias a las disposiciones del Tratado. Aclara además la autora la eficacia de este artículo en relación con los Reglamentos y Directivas aprobados por la Comunidad (*Sekundärrecht*) que pueden verse también afectados o no por esta efectividad, veámoslo. La opinión mayoritaria – encabezada por HEINEMANN en *Grenzen staatlicher Monopol im EG-Vertrag*. Beck. München. 1996.Pág. 181-considera, efectivamente, que también el art.86.2 TCE debe condicionar el contenido de las Directivas y Reglamentos, en especial de aquellos que tienen una intención liberalizadora en ámbitos hasta ahora caracterizados por la existencia de un monopolio, pues lo que se trata de evitar es que con el paso de un monopolio a una situación de competencias se produzca el desmoronamiento en la provisión de un servicio o de un bien al mercado, por lo que es posible que se instauren también en el seno de estas medidas liberalizadoras ciertos límites a la libre competencia. Por el contrario, también existen opiniones antagónicas que excluyen la aplicación de la excepción del art.86.2 TCE cuando se ha establecido la liberalización de un sector a través del Derecho Secundario. *Vid. Deregulierung von Monopolen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*. Peter Lang Verlag. Frankfurt. 2004. Págs. 55 y ss.

interpretación de esta excepción³⁴ volveremos en capítulos siguientes, pero hemos de tomarla, de todas formas como referencia para adelantar algunas ideas acerca de los “servicios públicos” en el seno de la Unión Europea. La excepción vista se completa con el establecimiento de las conocidas “obligaciones de servicio público”, que se identifican como deberes especiales y singularizados a algún operador, y la garantía del “servicio universal”, sinónimo de obligaciones de carácter general, que reclaman un papel regulador y de control de los poderes públicos³⁵.

En conclusión, se reafirma la definición del Estado como regulador y árbitro de la libre competencia, descripción que sólo permite las excepciones que acabamos de tratar³⁶. Es una situación no exenta, sin embargo, de complicaciones, que se aglutinan en dos fundamentalmente: la falta de costumbre de la Administración a esta nueva posición y la falta de claridad en cuanto a la amplitud de la libertad que debe de protegerse y garantizarse.

El reflejo de estas tendencias, que han supuesto la homogeneización de los ordenamientos nacionales, se ha traspuesto también en la regulación del saneamiento como muestra la evolución del régimen jurídico de los Estados miembros de la Unión Europea. Así particularidades propias presentan los países del Norte que por sus especiales características han superado su tradicional posición de mínimo control hacia perspectivas más activas y de intervención, con especial hincapié en los aspectos relacionados con la calidad del agua aunque también en lo referido al registro de los usos, incluyendo aspectos relativos a la regulación económica. Los países del sur han variado, o se encuentran en trance de hacerlo, el papel del Estado, ahora convertido en el agente principal en cuanto a la gestión del agua –ejemplo paradigmático es el Texto Refundido de la Ley de Aguas con la declaración de demanialidad de todas las aguas y la planificación hidrológica, como instrumento público central de ordenación de los recursos- en particular en lo que se refiere a la construcción de infraestructuras,

³⁴ Dice PAREJO ALFONSO al respecto: “de esta suerte, al día de hoy resulta aun difícil saber con certeza cual es la economía interna del artículo 86 TCE: si establece la regla general de que los servicios de interés económico general deben desarrollarse en régimen de libre competencia, siendo su extracción de la lógica de ésta una estricta excepción, o, por el contrario, una y otra son reglas del mismo carácter y textura que operan en paralelo y dado sus correspondientes supuestos”, *vid.* “Servicios públicos y servicios de interés general...” cit. Págs. 57 y 58.

³⁵ *Vid.* BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. *Manual ... Op.cit.* Págs. 803 y ss.

³⁶ Al respecto *vid.* TORNOS I MAS, J. “La actividad de regulación” en *El Derecho Administrativo en el umbral del S.XXI...* Tomo I. Op. cit. Págs. 1329 y ss.

permitiendo una mayor participación a otros sectores y ampliando los campos de actuación posibles, preferentemente en aquellos de mayor incidencia ambiental³⁷.

Sin embargo el carácter público y común de las aguas -fruto de la inclusión de otros criterios clásicos como puede ser la legitimidad o la oportunidad en la valoración de las tareas públicas- extendido en casi todos los países europeos, no impide que se tengan en cuenta otros que, con matices más económicos y privados, como son el criterio de la eficacia y la eficiencia o aun mejor, de la efectividad³⁸, impliquen una significativa y progresiva presencia del sector privado en el campo de la gestión. España, seguidora como es de la tradición jurídica francesa, acentúa en el régimen previsto para los servicios públicos los aspectos de carácter económico, orientado hacia aspectos de carácter cualitativo, frente a la República Federal Alemana donde estos servicios son de provisión pública, a través de la colectividad territorial, pudiendo ser directa o indirecta. En Francia se considera que el saneamiento es una responsabilidad de las *communes* y de los *établissements publics intercommunaux* pero también es cierto que estas actividades sólo pueden ser aseguradas por la colectividad, por lo que la gestión de los servicios se confía a una persona moral distinta e independiente de la autoridad pública³⁹. Por ello, los municipios -principales encargados de llevar a cabo la gestión de los recursos hídricos, más aun en aplicación del principio de subsidiariedad, que a continuación tratamos- están mostrando un cambio en los sistemas de gestión que si bien en un primer momento fue más evidente en cuanto al abastecimiento son también hoy predicables del saneamiento, donde los Ayuntamientos están inclinados por sistemas de gestión privada.

³⁷ Así lo constata también SANTAFÉ MARTÍNEZ en “La gestión del agua en otros países occidentales de características similares a España. Tendencias en la Unión Europea” en *Revista del Colegio de Ingenieros de caminos, canales, y puertos*. Núm. 50. Vol. I. 2000.

³⁸ En este sentido SCHMIDT ASSMANN destaca como es el derecho de la organización administrativa el que posee esta capacidad de transformar la organización administrativa, que hasta el momento no se ha mostrado plenamente eficaz, en el logro de la satisfacción del interés público. A este conjunto de normas le asigna SCHMIDT ASSMANN una triple atribución: como sistema de legitimación, es, pues, el encargado de establecer qué estructuras deben utilizarse por la Administración par cumplir con las exigencias constitucionales de legitimación, es también un sistema de información, pues las estructuras administrativas deben intercambiar la información dentro de la organización, y es además un sistema de control, que debe efectuar dicho control *más allá de las técnicas tradicionales...* sino que *se debe ir hacia controles de eficiencia, nuevas formas de evaluación y de un “controlling” más complejo, así como, en cierta medida, a concebir a la opinión pública como un medio de control*, introduciendo de esta forma la participación ciudadana como uno de los elementos configuradores de nuevo Derecho Administrativa. *Vid. La Teoría general...* Op. cit. Págs. 265 y 266.

³⁹ *Vid. TEISSONNIER-MUCCHIELLI, B. L’impact du droit communautaire sur la distribution et l’assainissement de l’eau en France*. CERIC. Paris.2003. Págs.98 y ss.

I.2.1.1). Implicaciones del principio de subsidiariedad

En el análisis de cuál es el marco jurídico que ofrece la Unión Europea para el desarrollo de los servicios públicos es necesario tratar un principio que condiciona el papel de los poderes públicos en la vida social, económica y ambiental: el principio de subsidiariedad⁴⁰.

Al igual que la protección del medio ambiente la plasmación del principio de subsidiariedad si bien aparecía latente y es uno de los pilares actuales del Derecho comunitario, no se incluía expresamente en los Tratados Constitutivos encontrándose en los sistemas federalistas⁴¹ -como en el art.72 de la Ley fundamental de Bonn de 1949, y en relación con Europa hoy plenamente recogido en el art.23 GG, donde se recoge la capacidad legislativa concurrente de la Federación y los *Länder*⁴²- las primeras aplicaciones del mismo⁴³.

⁴⁰ En 1992 el Consejo Europeo de Edimburgo definió los principios que informan el concepto de subsidiariedad y las directrices para su interpretación que por entonces se recogían en el art.3B del Tratado de la Comunidad Europea, reuniéndose estas directrices en un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que se adjuntaron al Tratado de Ámsterdam. El principio de subsidiariedad ligado a un reparto de competencias transparentes, claro y eficaz fue recordado en la *Declaración de Laeken* de 15 de diciembre de 2001. Este principio, pero sobre todo su Protocolo ha sido reformado y adaptado tras la aprobación de la Constitución Europea, mediante dos Protocolos, el Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en el proceso decisorio, y el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. La principal novedad radica en la posibilidad de control, motivado, que se otorga a los Parlamentos nacionales para alertar sobre una posible infracción por parte de la Unión, de la subsidiariedad.

⁴¹ Un breve inciso sobre la calificación de la República federal alemana como *Bundesstaat*, esto es Estado federal; sobre este concepto, sus orígenes y su relación con el fenómeno del federalismo, del que se considera una variedad, escribe ampliamente el prof. SOMMERMANN en una monografía destinada expresamente a analizar un artículo tan determinante en aquel país como es el art.20 de la Ley Fundamental. *Vid. Das Bonner Grundgesetz. Kommentar.* Mangoldt, Klein, Starck (Hrsg). Band 2: Artikel 20 bis 78. 4 Aufl. Verlag Franz Vahlen. München. 2000. *in totum*. Y en cuanto a la elección de forma de estado como *Bundesstaat*, las págs. 11 a 32.

⁴² Aunque voces como la de SCHINDLER comparando subsidiariedad y federalismo destaca la falta de relación de ambos conceptos, pues el federalismo no implica de manera necesaria la preeminencia de niveles más pequeños sobre otros más amplios. *Vid. "Schweizerisches und europäischer Föderalismus"* en *Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Verwaltungsrechts*. Band.93.Núm.5. 1992. Pág.215. Si bien ello no ha impedido que precisamente sea la República Federal Alemana el estado miembro donde se ha formulado y desarrollado más ampliamente el principio de subsidiariedad, pues el art.72 GG permite que la Federación pueda legislar en el caso de que un asunto no pueda ser garantizado ni satisfecho de manera adecuada por el ordenamiento jurídico propio de cada *Land*, o cuando la regulación regional pueda afectar a los intereses de otro *Land*. CONSTANTINESCO señala en este sentido tres características de la subsidiariedad en Alemania: que se entiende como un principio de ética política, de forma que el juego de este principio permite el pleno desarrollo de las diferentes comunidades que conforman la sociedad; es también un instrumento para la distribución de competencias, de tal manera que a cada nivel de organización le corresponde el elenco de competencias que mejor pueda realizar, y, es finalmente, un principio que en el caso de competencias concurrentes permite que sea el nivel superior, en este caso el *Bund* el que haga valer competencias en principio potenciales, si su intervención es más indicada que la

De manera indirecta sus primeras formulaciones se derivan de algunos artículos de los Tratados originarios en los que se limitaba la acción de la Comunidad como el art.5 del Tratado de la CECA que supeditaba la actuación de la Comunidad sólo a *cuando las circunstancias así lo requieran*⁴⁴, y el art.189 del Tratado de Roma (hoy art.249 TCE) en el que de la definición de Directiva puede extraerse la subsidiariedad de la Unión, pues aquélla obligará al *Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios*. Recordemos que Directiva es, a primera vista, una intrusión menos intensa que el Reglamento, pues se deja libertad a los Estados miembros para su concreción. Sin embargo, en la actualidad y especialmente en el contexto ambiental, las Directivas son cada vez más concretas, circunstancia que, junto con la expansión de la llamada doctrina de la “eficacia directa”⁴⁵, hace que la aplicación

de los *Länder*. Vid. CONSTANTINESCO, V. “Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l’Union Européenne?” en *Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*. Dalloz. Paris. 1991. Pág. 37. Más ampliamente sobre este principio en la República Federal Alemana, STERN, K. *Derecho de Estado de la República Federal alemana*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987, y también SCHWARZE “Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand” en *Revue du Marché común et de l’Union Européenne*. Núm. 370. 1995. Págs. 615 y ss.

Entre nosotros debemos destacar el trabajo de A.ESTELLA DE NORIEGA sobre las diferentes posiciones en los Estados miembros, con especial mención de las posiciones del Reino Unido y de Alemania, respecto a la introducción de la cláusula de subsidiariedad tras el Tratado de Maastricht, *vid.* “La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B (2) del Tratado de la Comunidad Europea” en *REDA*. Núm.101. 1999. Págs. 71 y ss.

⁴³ Sobre los antecedentes remotos de este principio que evocan a Aristóteles, pasando por la Declaración francesa del hombre y del ciudadano de 1789, hasta la corriente de la Doctrina Social de la Iglesia Católica –con la Encíclica *Quadregesimo anno*-. Vid. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. *El principio de subsidiariedad y la Administración Local*. Marcial Pons. Barcelona. 1999. Págs.11 a 16; también CARRO MARTÍNEZ, A. “La Unión Europea y el principio de subsidiariedad”. *RAP*. Núm.126. 1991. Págs. 217 y ss.

⁴⁴ También en el art.57 del Tratado CECA, como cita CHICHARRO LÁZARO, A. *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág. 56. Al art.5 del Tratado de la CECA se refiere ISAAC, G, *vid. Derecho Comunitario...* Op.cit. Págs.73 y ss.

⁴⁵ La “doctrina de la eficacia directa” parte del pronunciamiento *Van Gen en Loos* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1963 (asunto 26/62. Rec. 1963), en el que se analiza los efectos en el ámbito nacional de la normativa comunitaria. En este caso fueron tres Estados miembros (Alemania, Bélgica Holanda) los que se opusieron al efecto directo del art. 12 TCCE en el que se recogía la cláusula “stand still” respecto a los derechos de aduana de importación y las exacciones de efecto equivalente. En la Sentencia citada y evocando la finalidad de la Comunidad Europea que no sólo es imponer obligaciones a los Estados miembros, sino que trata de establecer también un “mercado común”, justificó el Tribunal la directa e inmediata aplicación de los derechos y obligaciones del artículo. Pero, sin duda la Sentencia que dio origen a la doctrina de la eficacia directa de las directivas fue la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con motivo del caso *Van Duyn c. Home Office*, en 1974, en el que se trató de paliar las consecuencias negativas para la ciudadana holandesa Van Dyun por la falta de trasposición de la Directiva 64/221/CE, sobre medidas justificadas de orden público, seguridad y salud públicas, cuyo art.3.1 establecía que “las medidas de orden público, de seguridad pública deben basarse exclusivamente en el comportamiento personal del individuo objeto de las mismas” atribuyéndole para eso fuerza vinculante inmediata, ante la reclamación de la ciudadana y la negativa del Departamento

de la subsidiariedad a través de la elaboración de Directivas quede un tanto desvirtuada. Otro de los preceptos que se relaciona con el reconocimiento indirecto del principio es el art.235 TCCE en el que se permitía a las instituciones comunitarias actuar, si ello era necesario, para lograr el funcionamiento del mercado común, aunque no estuvieran previstos en el Tratado los poderes de acción necesarios para ello⁴⁶, si bien la exigencia para la adopción de tal decisión de la unanimidad del Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, dificultaba esta especial incidencia de la Comunidad⁴⁷.

británico de Interior a la entrada de la misma por estar en vigor una norma nacional que permitía alegar como motivo el “interés general” en contra, o de manera diversa, a la que establecía la Directiva en el artículo visto. Argumentos que se han venido reiterando en sucesivas Sentencias, Caso *Pubbico Ministerioc. Ratti* de 1979, o la de 19 de enero de 1982, Caso *Becker*, asunto 8/81.

La eficacia directa juega no sólo cuando el Estado no ha traspuesto la directiva, sino también cuando lo ha hecho pero de manera deficiente o insuficiente, de acuerdo con la Sentencia de 1 de junio de 1999, Comisión c. Grecia asunto C-214/1998, la Sentencia de 9 de septiembre de 1999, Comisión c. Alemania, asunto C-217/1997 y la Sentencia de 16 de noviembre de 2001, Comisión c. Grecia, asunto C-214/98. Vid. VÁZQUEZ ORGAN, J. “La eficacia directa de las directivas comunitarias” en www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0157.htm. Lo anterior se conoce como “eficacia directa” vertical. Existen también otros planteamientos que hablan de “eficacia directa” horizontal, esto es cuando la falta de trasposición de una directiva afecta a relaciones entre particulares. Sin embargo esta variante es de difícil aplicación y lo que se recomienda es la búsqueda de la solución más próxima posible a lo dispuesto por la Directiva, pero que se regule en la legislación nacional como inauguró, con la denominación de “doctrina de la interpretación conforme”, la Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing SA c. Sociedad Internacional de Alimentación S.A*, en 1999, asunto 106/89. Vid. DíEZ PICAZO, L.M “La transposición de las directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas” en las X Jornadas de Dret Català “El futur del Dret Patrimonial de Catalunya” celebrado en Tossa de Mar, 17 a 19 de septiembre de 1998. Puede consultares la ponencia en <http://civil.udg.es/tossa/1998/Textos/Diez-Picazo.htm>. Todas estas situaciones plantean además numerosas cuestiones, no de menor importancia; entre ellas nos referiremos brevemente a la de la responsabilidad del Estado miembro ante la falta de trasposición que fue objeto de la Sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich y Bonifaci*, donde se establecieron tres condiciones para que surgiese la responsabilidad de Estado y por tanto el derecho a una indemnización por los daños a los ciudadanos, resultados de incumplimiento de las obligaciones que establece el Derecho comunitario. Estos requisitos eran: que el resultado prescrito por la Directiva no implique la atribución de derechos a favor de los particulares, que su contenido pueda ser identificado basándose en disposiciones de la Directiva y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas. Vid. MERINO GABEIRAS, C. “El efecto directo vertical de las Directivas Comunitarias” en http://injf.com/revista/ue/dc_00.htm

⁴⁶ En este sentido G.ISAAC. Vid. *Manual...* Op. cit. Pág.73.

⁴⁷ La polémica acerca de la aplicación de este art.235 y de la extensión de su contenido fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, en su Sentencia de 18 de febrero de 1964, estableció las condiciones básicas bajo las cuales este artículo podía ser invocado: que no pueda ser utilizado más que para alcanzar un objetivo de la comunidad, que esa acción sea necesaria y que no se haya previsto en el Tratado poderes de acción necesarios para ello. En conclusión estamos como recoge CARRETERO GARCÍA ante un artículo que debe entenderse como un recurso subsidiario. Vid. *Los principios de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*. Diputación Provincial de Toledo-Universidad Castilla la Mancha. Toledo. 1998. Pág.39.

Los orígenes y el posterior desarrollo de este principio están, en todo caso, vinculados a la atribución y al reparto de competencias de la Unión Europea y de ésta con los Estados miembros⁴⁸. Por ello, es lógico que la necesidad de incorporarlo como valor jurídico surgiese más tardíamente junto al imparable aumento de competencias de la Unión. Debido a esta circunstancia y a pesar de los indicios anteriores, no fue sino en 1987 con la entrada en vigor del Acta Única Europea (AUE) cuando se recoge el principio de subsidiariedad a través del art.130.R.4) -que, además, introducía el reconocimiento del medio ambiente y de su protección como uno de los principios de la Unión-. El apartado cuarto permitía la intervención de la Unión en materia ambiental, como veníamos destacando, siempre que ello implicase la consecución, en mejores condiciones, de la protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud y la utilización prudente y racional de los recursos naturales; es decir se establecían más bien los criterios o los supuestos de la subsidiariedad. Sobre el desarrollo de la subsidiariedad en la política ambiental nos remitimos a su posterior tratamiento⁴⁹.

Con la culminación del Tratado de Maastrich, en febrero de 1992, se reafirmó de un modo más contundente el principio adquiriendo la subsidiariedad introducida en el anterior art.130.R.4) del AUE un valor normativo⁵⁰ gracias a su integración en el mismo

⁴⁸ Es por ello que A. SÁENZ DE SANTAMARÍA dice que el principio de subsidiariedad no atribuye competencias, sino que dice cómo ha de ejercerlas cada nivel de poder, *vid. Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Eurolex. Madrid. 1999. Págs. 14 y ss.

⁴⁹ Desde el AUE hasta la nueva reforma del Tratado de Maastricht (1992) se impulsaron diversos instrumentos en el seno de la Unión Europea entrando a debate de nuevo este principio. Destacaremos diversos informes que se redactaron bajo la influencia del entonces presidente Jaques Delors como el *Informe Padoa-Schioppa* de 1987 y el Informe sobre la Unión Económica y Monetaria de 1989, en el que, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, se fijaban las fases para la consecución de esta Unión. CONSTANTINESCO habla de un redescubrimiento, en el año 1990, del principio de subsidiariedad, que por influencia del Presidente Delors fue introducido en el vocabulario de la Comunidad, *vid. "Le principe de subsidiariedad..."* cit. Pág.35. Finalmente, de manera casi inmediata a la Conferencia Intergubernamental para la reforma de Tratado de 1992, la Comisión elaboró un documento titulado "Opinión formal sobre la Unión Política" (COM. Bol. CE, supl.2/1992) que abogaba por la inclusión en el nuevo Tratado de este principio, de forma que se erigiera como guía para las instituciones europeas cuando tuvieran que tomar una decisión unánime en alguna nueva área de acción comunitaria con el fin de alcanzar los objetivos generales del Tratado.

⁵⁰ La introducción del nuevo art.3B supuso la máxima expresión de su reconocimiento jurídico, en el que se incluía el control a través del posible enjuiciamiento en caso de duda sobre su interpretación del Tribunal de Justicia, *vid. CARRETERO GARCÍA, A. Los principios...* Op. cit. Pág.45 y de manera más amplia, analizando tanto el control realizado *a priori* por las instituciones implicadas como la Comisión, el Consejo o el Parlamento, como el control *a posteriori* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *vid. CHICHARRO LÁZARO, A. El principio de subsidiariedad...* Op. cit. Págs.161 a 194.

Tratado en el art. 3B⁵¹. Queda así consagrada la voluntad de que las decisiones se tomaran de la forma más próxima posible a los ciudadanos⁵², aunque, como aprecia CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, los municipios no aparecen expresamente como sujetos de la relación de subsidiariedad a la que se refiere el art.3B, pero parece claro que este principio tiene una innegable base constitucional en los arts.137 y 140 CE⁵³. Asimismo, además de la subsidiariedad y unida a ésta el Tratado de Maastricht recogió en el mismo artículo 3.B con esta declaración “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado” el principio de proporcionalidad, con larga tradición entre la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵⁴. La proporcionalidad actúa como límite⁵⁵, como correctora de la subsidiariedad, pues su aplicación se produce una vez se ha decidido la intervención de la Unión sobre la base de la subsidiariedad y se ha determinado la intensidad de su intervención como señaló en las conclusiones de Edimburgo de 12 de diciembre de 1992 el Consejo Europeo⁵⁶. Pero este límite no actúa únicamente en relación con el principio de subsidiariedad, sino que de una manera mucho más amplia como señala ISAAC *está llamado a actuar incluso en el ámbito de las competencias exclusivas*⁵⁷. Se confirma, de este modo, que estamos ante dos principios distintos como lo puso de relieve el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 12 de noviembre de 1996 y de 13 de mayo de 1997, donde se corrobora el orden consecutivo de éstos, subsidiariedad y proporcionalidad, como hemos explicado. El Tratado de Ámsterdam, acordado en 1997, vino a reenumerar el articulado del conjunto de Tratados vigentes y en especial en los que nos interesa por su relación con el principio de subsidiariedad el art.B del TUE, hoy

⁵¹ Vid. HEINTZEN, M., “Subsidiaritätssprinzip und Europäische Gemeinschaft” en *Juristen Zeitung*. 7/1991. Pág. 318.

Valor normativo que se desprende del art.L del TUE donde al establecer entonces las competencias del Tribunal de Justicia únicamente incluyó como de su competencia los Tratados CE, CECA y CEEA, las Disposiciones finales (arts.L a S) y al art.K3.c) párrafo final).

⁵² Así se expresaba en el preámbulo, art. A, art. B, art. F del TUE entre otros.

⁵³ Vid.“La cláusula general de competencia municipal” en *Anuario del Gobierno Local 1999/2000*. T.Font i Llovet (dir). Marcial Pons. Madrid. Págs.50 y 51. De manera similar J. BARNÉS en “Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución” en *Anuario del Gobierno Local 1997*. T.Font i Llovet (dir). Marcial Pons. Madrid. Págs. 54 y ss.

⁵⁴ Como la Sentencia *Dekavi*, de 17 de mayo de 1984, Asunto 15/83.

⁵⁵ ISAAC, G. *Manual...* Op.cit.Pág.76.

⁵⁶ Gaceta Jurídica, B-81, enero-febrero 1993.

⁵⁷ Vid. *Manual de Derecho...* Op. cit.1997.Pág.61.

art.2 TUE, y el art.3B TCE, hoy art.5 TCE, aprobando además un anexo “sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad”.

Dos funciones pueden diferenciarse, en definitiva, de este principio siguiendo a CONSTANTINESCO⁵⁸:

1.Una función de legitimación política de gran valor, en la medida en que la acción de la Comunidad se produce únicamente cuando de manera común se ha constatado que es preferible la acción supraestatal. Y además, continúa este autor, permite una mayor integración de entes regionales, que justifican nuestra elección por abordar el tratamiento de la modernización de la administración en el ámbito local español.

2.El principio de subsidiariedad actúa asimismo como un límite a la actuación de la Unión Europea, pues sólo se produce cuando en las áreas así fijadas, y sólo en esas como el medio ambiente, se demuestra que su actuación es más eficaz. Aun más esa actuación europea no es que sustituya las nacionales, sino que les ayuda, las complementa y enriquece⁵⁹.

A).La versatilidad del principio de subsidiariedad

La subsidiariedad puede plantearse desde diversos enfoques que conllevan dificultades comprensibles⁶⁰. Pues sobre esta formulación se plantean numerosas cuestiones⁶¹ unas de índole jurídica y otras económicas, si bien este principio

⁵⁸ Vid. “Le principe de subsidiarité...” cit. Págs.39 y ss.

⁵⁹ “La subsidiarité comme principe constitutionnel de l’integration européenne”. *Aussenwirtschaft: Schweizerische Zeitschrift für internationale Wirtschaftsbeziehungen*. Oktober. 1991. Pág.218.

⁶⁰ S. AGUILAR destaca que siendo el fin principal de este principio regular las relaciones entre las instituciones comunitarias, los Estados miembros, y las regiones (y municipios), señalando cuál es el nivel más adecuado para llevar a cabo determinadas políticas, está lejos de haber alcanzado una definición unánime por parte de los distintos países que pertenecen a la UE. Las variopintas interpretaciones que se han hecho de la subsidiariedad –continúa- han sido defendidas por distintos actores en distintos momentos y responde al diferente modo en el que éstos entienden el proceso de construcción europea. Vid. AGUILAR, S, FONT, N., SUBIRATS, J. *Política ambiental en España. Subsidiariedad y desarrollo sostenible*. Valencia. 1999. Pág.27.

⁶¹ Como dice HEINTZEN “Das Konsens über das Wort bedeutet freilich keinen Konsens über dessen Inhalt. Im Gegenteil: Die Indienstnahme des Subsidiaritätsprinzip für die Integration erfolgt auf verschiedene Ebenen und zu unterschiedlichen, zum Teil gegensätzlichen Zwecken”, vid. “Subsidiaritätsprinzip...” Op.cit. Pág.318.

considerado en su conjunto va a tener implicaciones en la aplicación de las políticas ambientales.

La distinción que nosotros proponemos en el seno del principio de subsidiariedad se puede equiparar con aquella aportada por GONZÁLEZ MORAS quien analiza el principio de subsidiariedad en sentido horizontal y en sentido vertical, en relación con las diferentes esferas en que este principio actúa. En una perspectiva *horizontal* GONZÁLEZ MORAS lo concibe como un criterio para la distribución de competencias entre el estado –los poderes públicos- y la sociedad. Por el contrario, el sentido *vertical* del principio de subsidiariedad significa para este autor que las decisiones públicas deben tomarse lo más cercano a la esfera de acción de los ciudadanos⁶², siempre en el ámbito de competencias compartidas, pues obviamente aquéllas que se consideran exclusivas de la Comunidad excluyen la intervención de los

⁶² La consideración horizontal de la subsidiariedad hace referencia a la menor intervención del Estado, a una mayor participación de los particulares. Se presenta de este modo el principio de subsidiariedad como un “principio organizador de las relaciones público-privado” propio del Estado Liberal, en el que se da un mayor énfasis a la iniciativa económica privada, frente a la pública. Sin embargo, esta formulación se ha visto afectada por las transformaciones del Estado y la implantación de modelos sociales según los cuales los poderes públicos se encargan de nuevas competencias, en orden a la satisfacción y defensa de los nuevos derechos sociales. Antes esta situación reflexiona GONZÁLEZ MORAS que las cada vez más crecientes prestaciones públicas no suponen un alejamiento del esquema originario de subsidiariedad por parte del poder público, sino más bien, y en todo caso, su actualización. Se prevé por ello distintas formas de participación del Estado en la regulación de las actividades económicas, que vienen presididas por el *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* (principio de proporcionalidad), es decir adecuación de los medios a los fines perseguidos. Finalmente, para concluir sus comentarios sobre la horizontalidad del principio de subsidiariedad se considera el cambio necesario del rol del Estado, que debe adoptar -no sin dificultades en los países europeos continentales y sudamericanos- una posición de garante de la prestación y de control de determinadas actividades económicas de relevancia social. En otro sentido GONZÁLEZ MORAS aplica el principio de subsidiariedad *vertical* para explicar las modalidades de organización del poder público. Esto es, como sinónimo de descentralización. Para el éxito de este enfoque es necesario tener en cuenta, según el autor, el modelo de organización territorial. Así, parece ser que los Estados Federales es un claro ejemplo de la aplicación de la subsidiariedad, en los supuestos de concurrencia de facultades entre la esfera estatal y la local. Por contra, en los Estados centralizados y en los estados regionales la subsidiariedad supone una forma de profundizar en la descentralización política. *Vid. Los servicios públicos en la Unión europea y el principio de subsidiariedad*. Ad.Hoc. Buenos Aires. 2000. Págs. 81 a 99.

Los ejemplos expuestos no aluden a nuestro modelo de organización, esto es un Estado de las Autonomías (art.2 y 137 CE) y a sus implicaciones, caracterizado por el principio dispositivo que determina la voluntariedad y la variedad tanto en el acceso a la autonomía como en el grado de poder autonómico que cada unidad puede asumir, aunque también es cierto que desde 1992 se habla de una equiparación de competencias entre todas las Comunidades Autónomas. En nuestro modelo la subsidiariedad tiene el mismo significado que se ha expuesto en sentido vertical, pero su aplicación favorece, en todo caso, no tanto al nivel local, como el caso federal, sino a las Comunidades Autónomas, como ocurre en la práctica, pues los municipios ejercen su autonomía siempre en el marco de las atribuciones realizadas por el Estado o las Comunidades Autónomas, siendo la regla común la de compartición. Si bien basándose en la facultad de los municipios para gestionar aquellos asuntos de su interés, ésta declaración recogida en el art.137 CE y en el art.2.1.LRBRL debe tomarse como una manifestación de esta subsidiariedad. Sobre la cláusula del Estado Autonómico, *vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A, Principios de Derecho Administrativo*. Ceura. Vol. I. 2002. Págs. 124 y ss.

Estados miembros, con independencia de que se haya producido o no una intervención comunitaria⁶³.

En la misma línea aunque con notas propias ARIÑO ORTIZ aporta otra clasificación, que considera que existe una subsidiariedad *institucional* para referirse a la toma de decisiones en el nivel político y administrativo inferior, el más próximo a los ciudadanos, y una subsidiariedad *estatal*, en conexión con las relaciones entre el individuo y el Estado, esta segunda perspectiva debe decidir cuál es el grado de intervención del Estado en la vida social y económica y en consecuencia cuál es el ámbito de libre actuación de los ciudadanos⁶⁴.

Por otra parte CHICHARRO LÁZARO habla de la subsidiaridad en sentido positivo y en sentido negativo. A través de esta doble lectura se destaca la ambigüedad⁶⁵ del concepto (*Janus-faced concept*). En sentido negativo la subsidiariedad informa la organización social. Se defiende con esta perspectiva la máxima autonomía de las entidades inferiores, limitando la influencia de las superiores, en la medida de lo posible, y primando en este caso criterios como la necesidad, la proximidad, la dignidad humana, antes que la eficacia o el interés general. Lo único que hace el poder superior es, de manera positiva, *fomentar estimular, dirigir vigilar y coordinar, y cuando las circunstancias lo exijan sustituir o reemplazar*. Desde la interpretación positiva del principio de subsidiariedad la actuación del poder público superior será deseable siempre que sea más eficaz para alcanzar un determinado objetivo en lugar de la intervención de las instancias más próximas al ciudadano⁶⁶. Es pues una visión, ésta, que a nuestro parecer ofrece una perspectiva sesgada, pues sólo se refiere al reparto de competencias entre poderes, cuando la subsidiariedad implica algo más.

Nuestra aportación se alinea, con mayor afinidad, con las primeras reflexiones comentadas. Distinguimos en la subsidiariedad, por un lado, una perspectiva política que se situaría en el nivel horizontal que mencionábamos de GONZÁLEZ MORAS. La vertiente política implica que sea desde los niveles más cercanos desde donde se

⁶³ Que sólo se ha excepcionado para casos muy limitados, *vid.* LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental...* Op. cit. Págs. 156 y 157.

⁶⁴ *Vid. Principios de Derecho Público...* Op. cit. Págs.111 y ss.

⁶⁵ Que reconocen, como cita CHICHARRO LÁZARO, HEINTZEN, M. "Subsidiaritätssprinzip ..." cit. Págs. 317-321, y también MANGAS MARTÍN, A. "El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general". Gaceta Jurídica de la CEE y competencia (GJ) D-17. 1992. Págs. 40 a 48.

⁶⁶ Más ampliamente, *vid. El principio de subsidiariedad...* Op. cit. Págs. 41 y ss.

aborden y se planteen nuevas políticas públicas, esto es en los ámbitos regionales y/o locales. Por otro lado, desde el punto de vista económico, que viene a confirmar en parte el sentido político del principio, la subsidiariedad supone la reafirmación de las políticas comunitarias hacia la neutralidad de la Unión, cuyo paradigma es el establecimiento de un mercado común donde la intervención del estado no debe desaparecer, sino que debe actuar en las mismas condiciones que el resto de operadores y manteniendo en todo caso una cierta posición específica, el desempeño de su tarea garantizadora, pues son los poderes públicos los que desde la subsidiariedad deben actuar sólo cuando sea necesario y por tanto para garantizar unas prestaciones esenciales⁶⁷ a las que todos los ciudadanos puedan acceder por igual. Por eso en base a este principio deben reinterpretarse muchos de los modelos económicos estatales permitiendo una mayor apertura a la intervención de agentes privados, tanto en el sentido de participación como respuesta a la formulación del Estado democrático, como en la gestión para solventar esa sobrecarga del Estado.

La subsidiariedad engloba, así, dos fenómenos que se complementan. En efecto, cuando hablamos de subsidiariedad aplicada al Estado nos referimos a que el Estado tiene como misión establecer el marco institucional y sólo actúa cuando no queda más remedio, pero esta concepción, presenta, hoy por hoy, un nuevo matiz. Subsidiariedad implica que debe intervenir aquel estrato del poder que sea más adecuado para ello, en razón de su cercanía, es decir se garantiza que las decisiones públicas se tomen lo más cerca posible de ciudadano, y en nuestra organización territorial esta estructura es el ámbito local. La conjugación de ambos enfoques es lo que va a determinar en este caso el impulso de una reforma de la Administración Pública y de la introducción de particulares en el desempeño de las tareas públicas.

B).Su formulación política. El papel de los Entes Locales y las políticas ambientales

Este principio de subsidiariedad, propuesto desde la Unión Europea, supone el fundamento de la relación que va a regir entre la Unión y los Estados miembros, que ha

⁶⁷ Sobre la nota de esencial de las prestaciones reflexiona SERRANO TRIANA, A. quien concluye que esta adjetivación responde al deseo de asegurar la intervención del Estado en aspectos económicos trascendentales para la Sociedad. *Vid. Fundamentos del Servicio Público.* (II). Madrid.1990.Pág.101.

sido formulado en la Constitución Europea aprobada en 2004⁶⁸ y pendiente de ratificación hasta el año 2007⁶⁹, y que es trasladable al ámbito interno de cada Estado.

Es el art. I.11 de la Constitución Europea, que preside la atribución de competencias de la Unión, el que fija que “el ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”⁷⁰, para posteriormente concretar este principio de forma que la Unión –en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva- intervendrá sólo en el caso y en la medida en que los objetivos de la acción que se proyecte no puedan ser suficientemente logrados por los Estados miembros, ni en el ámbito central, ni en el ámbito regional, ni local, sino que pueden lograrse mejor, por sus dimensiones o por los efectos de la acción proyectada, en el ámbito de la Unión. Se trata de una declaración que claramente favorece a los Estados miembros, en pro de su soberanía, pero que -bajo determinadas circunstancias- permite que la Unión pueda asumir esas competencias, lo que parece lógico si ello conlleva un mejor y más efectivo cumplimiento de la tarea que se propone.

En primer lugar entendemos que, desde su primer atisbo, el principio de subsidiariedad permite a los Estados la resolución de problemas que les afecten por tener ellos un mayor contacto con los mismos. Esto es aplicable, en segundo lugar, a la importancia que en el tema de los servicios públicos, en concreto del saneamiento, están adoptando los municipios, pues como recuerda L.MARTÍN-RETORTILLO BAQUER “el clásico postulado de (que) no asuma el Estado lo que pueda realizar la Región, no asuma la Región lo que puede realizar el Municipio halla –en nuestro caso- la más favorable acogida en la vigente estructura constitucional⁷¹”, formulación que desde

⁶⁸ Un inciso previo al comentario de los postulados de la Constitución es necesario ante la compleja situación en que se encuentra el Texto Fundamental europeo. Por una parte ha sido un Texto que si bien ha sido aprobado por las instancias europeas es necesaria su ratificación por cada uno de los Estados miembros, surgiendo las primeras dificultades e interrogantes acerca de su verdadera aplicabilidad tras la negativa de Francia y Holanda en la consulta de 2004. No obstante, puesto que los postulados en cuanto a la subsidiariedad se mantienen y su espíritu se recogía también en el Tratado de Niza (2001), fruto de la Conferencia Intergubernamental celebrada el 11 de diciembre de 2000, nos referimos, sin miedo a quedarnos desfasados, a los postulados constitucionales.

⁶⁹ El plazo original se fijó en 2006, pero las dificultades surgidas en las ratificaciones de algunos EE.MM, como Francia y Holanda, han desembocado en la ampliación de este plazo.

⁷⁰ Lo que significa, como se especifica a continuación, que “en virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para conseguir los objetivos que ésta determina. Cualquier competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros”.

⁷¹ Vid. “Administración Local...” en *Derecho del Medio Ambiente...* Op.cit. Pág. 43.

Europea recogió la *Carta Europea de Autonomía Local* (1985⁷²) en su artículo 4.3 al reconocer “El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia y economía”.

Desde este planteamiento como principio político debe reconocerse también, siguiendo a CAVERO LATAILLADE, que es posible en nuestra Constitución, de manera opuesta a su consideración desde la vertiente económica -a la vista de las voces que destacan la ruptura de subsidiariedad tras la declaración de la iniciativa pública económica, del art.128.2 CE- encontrar ciertos vestigios de subsidiariedad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el art.149.3 CE, esto es en la denominada cláusula residual y en el art.150.2 CE donde expresa: *El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación*⁷³. Aun más, incluyendo en esta noción la acción de los Entes Locales se conecta la subsidiariedad con el principio de autonomía y descentralización que la Constitución contiene en el art.2 y 137. Principios que se repiten en la norma básica reguladora del régimen local la Ley 7/1985 que en su virtud y tras su proclamación asigna a los municipios una serie de tareas, amplias, que les sitúa como los encargados de realizar dichos servicios⁷⁴. Al respecto, recientemente, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de enero de 2005 (Ar.211) abogó, en relación con la autonomía municipal y la titularidad de la competencia ejercida, por el principio de subsidiariedad que explicó del siguiente modo:

⁷² Aprobada el 27 de junio de 1985, y ratificada por España en 1988. La entrada en vigor de la misma se vio pospuesta no obstante, tras la publicación de la ratificación en el BOE de 29 de febrero de 1989, al 1 de marzo del mismo año. Sobre la elaboración de esta Carta y sus vicisitudes, *vid.* DÍAZ LEMA, J.M., “Influencia del derecho europeo sobre la actividad de las entidades locales” en *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al profesor José M^a Boquera*. AA. VV. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002. Págs. 692 y 693; ORTEGA L. “La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español” en *REALA*. Núm. 259. 1993, y también RODRÍGUEZ ÁLVAREZ J.M., “La Carta Europea de la Autonomía Local. Su trascendental posición y significación en el ordenamiento jurídico español” en *Actualidad Administrativa*. Núm. 42. 1997. LVII.

⁷³ “El principio de subsidiariedad en el marco de la Unión Europea” en *Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Monografías. 1994. Pág.125.

⁷⁴ Se trata pues de un reconocimiento de la subsidiariedad a favor de los Entes Locales que aunque no es explícito, puede deducirse y relacionarse de diversos preceptos constitucionales, y en todo caso como destaca PAREJO ALFONSO el órgano adecuado y legitimado para interpretar el texto de la norma fundamental, es el Tribunal Constitucional. Citado por BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. *El principio de subsidiariedad...* Op. cit. Pág.27.

“El principio institucional organizativo de subsidiariedad exige la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas (art.2.1. LRBRL y art.4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local). Principio que enlaza de modo claro con la exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente local sean expresados por quienes tiene legitimación para ello. Como recuerda la Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1603), la Constitución (arts.137 y 149) garantiza la autonomía de los municipios para la gestión de sus respectivos intereses.”

El ámbito propio de este principio es por ello el haz de competencias concurrentes que suponen, en el sentido expresado en el art.72 de la Constitución de Bonn (*konkurrierende Gesetzgebung*, en relación con los *Länder* y el *Bund*), que los Estados miembros tendrán la competencia para legislar en la medida en que la Unión Europea no haya hecho uso de su capacidad para legislar. Como puede observarse no se alude a quién es el titular de las competencias, sino a la capacidad de intervenir de cada nivel, que en todo caso, como advierte CHICHARRO, no es indistinta, sino excluyente en tanto los poderes nacionales pueden actuar, si no lo hace la Unión. Ante esta afirmación debemos expresar nuestras reservas e interpretación de la subsidiariedad. Pues su formulación nos lleva a pensar que más que una competencia excluyente y privilegiada a favor de la Unión, como destaca la postura citada, consideramos que la misma lo que supone es un favorecimiento de los poderes nacionales, ya que sólo y exclusivamente cuando se demuestre más eficaz la actuación comunitaria, entra en juego la autoridad europea⁷⁵.

Una vez justificada en base al principio de subsidiariedad la importancia que tienen por tanto los Entes Locales en la aplicación de todas las políticas públicas, la especial relación que el art.5 TCE establece entre aquél principio con las competencias

⁷⁵ La aplicación de este principio exige de una serie de circunstancias además de que estemos, de forma general, en la esfera de competencias concurrentes. Es lo que se ha llamado la aplicación del “doble test”. El primero de ellos se conoce como el test de necesidad, a partir del cual es forzoso vislumbrar si, efectivamente, es imprescindible la intervención de la Unión Europea porque los Estados miembros no pueden alcanzar los objetivos de acción exigidos. Por otra parte, el segundo test, de eficacia, valora que debido a las circunstancias específicas de la acción a desarrollar y de los objetivos a cubrir es preferible la actuación comunitaria, una vez se ha demostrado que la acción estatal es insuficiente para alcanzar los fines pretendidos.

en materia de medio ambiente ofrecen el marco adecuado para respaldar el papel primordial de los entes locales y la tarea de saneamiento de las aguas⁷⁶.

Tampoco existe una opinión unánime en cuanto al significado de este principio en el ámbito del medio ambiente⁷⁷. Si versátil era, como hemos visto, definir la subsidiariedad de forma general, no menos complicado lo va a ser en su concreción en este sector. Así desde la Comisión europea se alude, en ocasiones, al carácter transfronterizo de los problemas ambientales para justificar la actuación de la Comunidad. En contra, algunos países abogan por un mayor margen de actuación nacional, que mostró resultados positivos en la protección del medio ambiente. De otro lado, la opinión mayoritaria de la ciudadanía se muestra a favor de una gestión comunitaria de los problemas ambientales⁷⁸.

La máxima expresión de este principio en relación con las políticas ambientales la aporta BETANCOR RODRÍGUEZ quien opina que “la protección del medio ambiente es pensar globalmente, actuar localmente”, pues siguiendo a éste la subsidiariedad implica que la Comunidad Europea debe dirigir la política ambiental, pero la ejecución de las mismas debe corresponder a las instancias administrativas nacionales más próximas al problema específico a resolver⁷⁹.

⁷⁶ Ya el primer reconocimiento de la protección del medio ambiente como postulado europeo se vinculó a la declaración de subsidiariedad que recogió el entonces art.130.R del Tratado y que se demuestra con la preferencia en el uso de directivas, como instrumento legal favorito par el cumplimiento de los fines a conseguir, llegando a cifrar S.AGUILAR que el 95% de la legislación ambiental adopta la forma de directiva. *Vid. Política ambiental...* Op. cit. Pág. 37. Por su parte CHICHARRO LÁZARO advierte que el concepto de subsidiariedad en el campo del medio ambiente se venía ya aplicando desde antes, coincidiendo con la etapa de concienciación ambiental y con la elaboración del Primer Programa Ambiental allá por los años setenta.

⁷⁷ Sin embargo, la interpretación de la subsidiariedad ha variado sustancialmente desde el primero al vigente sexto Programa. Siguiendo a CHICHARRO, el primer Programa consideraba que el nivel más adecuado para abordar la protección del medio ambiente era el europeo, consideración que se mantendrá a lo largo del segundo Programa. Así que no será hasta el tercer Programa cuando se formule la subsidiariedad a favor de los Estados miembros, pues pasa a considerarse que las medidas se aplican de manera más efectiva en el ámbito reducido de los estados. A partir de estos momentos la idea de desarrollo sostenible va a estar también muy presente en todas las políticas ambientales, por eso se va a exigir la coordinación de todos los niveles y se va a introducir una política de corresponsabilidad en materia ambiental, ante la incapacidad de la legislación ambiental para prevenir los accidentes y daños ambientales que tuvo su corolario con la aprobación de la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales, *vid. El principio de subsidiariedad...* Op.cit; *Vid. LOZANO CUTANDA, B. Derecho ambiental...* Op. cit. Pág.264.

⁷⁸ Así lo expone RÜDIGER WURZEL (1994), citado por AGUILAR, S. *Políticas ambientales...* Op. cit. Pág.267.

⁷⁹ *Vid. Instituciones de Derecho Ambiental.* Madrid. 2001. Págs.365 y 366.

De manera contraria a esta máxima y a la idoneidad de la subsidiariedad en el campo de las políticas ambientales se ha mostrado S.AGUILAR quien en el análisis de casos concretos en el ámbito español de protección ambiental a nivel local constató que si bien de manera positiva se llegaba a unos niveles de consenso más elevados en la resolución de problemas ambientales, en contra, el interés particular local también acaba por superar el interés de la colectividad. Advertencia ésta que, más bien con connotaciones sociológicas, que jurídicas, no debemos de perder de vista en el horizonte de la protección y administración del medio ambiente pues estaríamos ante una mala gestión del principio de subsidiariedad cuya finalidad es, en todo caso, favorecer de la manera más efectiva posible la protección ambiental⁸⁰.

Así, pues, según las reflexiones de JAQUENOD DE ZSÖGÖN no podemos más que destacar que la formulación de este principio tiene una trascendencia evidente, pues de él va a depender que los objetivos y metas fijados por la Unión Europea se alcancen por medio de iniciativas adecuadas en todos los ámbitos, desde los más inferiores al más internacional, en este caso europeo⁸¹.

C).Su formulación desde la perspectiva económica. La diferenciación entre actividad económica simple y cualificada

Por otra parte hemos de destacar el carácter económico de este principio ligado al impulso liberalizador que respalda la Unión Europea y la repercusión sobre nuestro tema, pues el saneamiento es un servicio público esencial, que aunque su finalidad no sea crear riqueza económica, sino satisfacer el interés general, se entiende que, como toda actividad prestacional, tiene una cierta dimensión económica⁸². Por ello las nociones de “actividad económica” y “servicio público”, vinculadas tradicionalmente al mercado y disciplinadas por el Derecho privado o al Estado y regidas por el público, y con legitimaciones a la vez distintas, presentan aspectos cercanos -ya que sin servicios

⁸⁰ Así lo destaca BETANCOR RODRÍGUEZ, *vid. Instituciones...* Op. cit. Pág.366, donde se remite a los estudios reflejados en la obra citada y a las reflexiones realizadas en las conclusiones finales de *Política ambiental...* Págs.113 a 255.

⁸¹ *Vid. Derecho...* Op. cit. Pág.449.

⁸² *Vid. BLANQUER CRIADO, D, La iniciativa...* Op.cit. Pág.457; KONNINCKX FRASQUET, A. “Artículo 86” en *Comentarios a la Ley Básica...* Op.cit. Pág. 1592.

públicos no hay desarrollo económico, ni funcionamiento del mercado-, que debemos analizar con respecto al principio de subsidiariedad⁸³.

La subsidiariedad supone además de que deba actuar el nivel más próximo, siempre que sea más eficaz, que la actividad económica se deje preferiblemente al mercado, o bien sea subsidiaria del Estado. Pero tampoco es esta la interpretación, como veremos, a nuestro juicio, correcta de acuerdo con el contexto actual de neutralidad y de libre competencia que establece la Unión. Pues el principio de actuación subsidiaria no supone la prevalencia del sector privado, sino su convivencia en el sector público. Otra cosa es que esta convivencia, por la situación del actual Estado social -al límite en cuanto a la provisión de prestaciones económicas- se articule de manera que los poderes públicos asuman el importante y trascendental rol de garante que venimos reclamando, de manera que cuando un servicio esencial, como el saneamiento, no sea atractivo desde el punto de vista del mercado, también sea prestado a todos los ciudadanos⁸⁴.

La subsidiariedad es una formulación con planteamientos diferentes a las teorías clásicas liberales de *laissez faire*. En estos tiempos, estamos en un Estado social cuyos logros deben mantenerse. Por eso se trata de asegurar esas necesidades sociales y mínimas, pero de la manera más eficaz posible, y a ello la Administración, de momento, no llega. De ahí que se otorgue un protagonismo creciente, aunque controlado, al sector privado, a las reglas del mercado, pero que quede claro que lo ciudadanos no quedan nunca desamparados, dado que llegado el caso la intervención pública puede ser preceptiva e impuesta.

C.1).Las relaciones del Estado con la economía según la Constitución española

Pues bien, esta formulación de subsidiariedad en cuanto a la intervención del sector público en el ámbito privado merece algunas matizaciones al hilo del art.128.2 CE⁸⁵, en el que se reconoce –para todos los poderes públicos- lo que la doctrina ha

⁸³Vid. MALARET GARCÍA, E. “Servicio público, actividad económica...” cit. Pág.574.

⁸⁴ En tal sentido SETUÁIN MENDÍA quien se refiere a la subsidiariedad como el principio consistente en supeditar la creación de empresas por las Administraciones públicas a la ausencia de iniciativa privada. Vid. *El saneamiento...* Op. cit. Pág. 358.

⁸⁵ El art. 128 CE junto con el art.132 CE recogen lo que se denomina la “Constitución económica” a la que se refiere el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1/1982, de 28 de enero en los siguientes términos “en la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las

venido a denominar “la iniciativa económica pública” y la ruptura del principio de subsidiariedad⁸⁶. En este sentido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de octubre de 1989 (Ar.7352) manifestó⁸⁷:

“El art.38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa privada, pero el art.128.2 de la misma Constitución también reconoce

Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución Económica...”; el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de junio de 2003 señaló el significado de la expresión constitución económica en el sentido de “que, como se sabe, no se decanta por una opción concreta y que admite en su seno desde un sistema económico plenamente liberal a una economía intervenida y planificada, por lo menos a través de una planificación indicativa, como recuerda el Sr. Abogado del Estado al concretar la demanda, trayendo a colación el voto particular del Magistrado Sr. Díez-Picazo a la sentencia de Tribunal Constitucional 37/1981”.

Dice BERMEJO VERA que nuestra constitución económica enmarca un sistema flexible, pero no tanto como algunos autores han tratado de señalar al afirmar que en la Constitución, dada su neutralidad, es admisible cualquier sistema económico, como mantienen Bassols Coma, Solé Tura y con algunas peculiaridades también García Pelayo. Prosigue el anterior autor defendiendo que la flexibilidad de nuestra Constitución no es ilimitada, sino que, retomando las argumentaciones de la citada STC 1/1982, “este marco implica la existencia de unos principios básicos de orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad ésta reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico social y justo”. Con todo, se reconoce la falta de acuerdo en la doctrina acerca del modelo de nuestra Norma Fundamental, existiendo posiciones más liberales que entienden que estamos en una “economía de mercado”, de inspiración capitalista, frente a otros que sostienen que el modelo es un modelo económico social. Finalmente concluye BERMEJO que el modelo defendible, como avala la opinión mayoritaria, es el de un sistema de economía social de mercado, en el que se integra un sistema de competencia económicas con el progreso social, *vid. Derecho Administrativo. Parte especial*. Bermejo Vera (dir). Civitas. Madrid. 2005. Págs. 803 y ss. *Vid.* Nota 171, en la Segunda Parte, acerca de la economía social de mercado.

A. JIMÉNEZ-BLANCO considera que la viva polémica coetánea a la aprobación de la Constitución de 1978 sobre el “modelo económico de la Constitución” ha decaído en su actualidad, debido a la situación actual de globalización, europeización, de la economía, lo que no le impide, sin embargo reconocer la existencia todavía de un espacio propio de actuación estatal en materia económica, pues como agudamente señala “La Comunidad (Europea) aprieta pero no ahoga”, *vid.* “La ordenación...” cit. Págs. 183 y ss.

⁸⁶ *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Reflexión sobre la empresa pública española” en *La empresa pública española*. Madrid. 1989. Págs.56 y ss; GÓMEZ-FERRER, R. “La reserva al sector público...” cit. Pág. 3834; SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op. cit. 2004. Pág.29. Nota 4.

⁸⁷ Sobre la interpretación del modelo económico que configura nuestra Constitución es especialmente interesante al hilo el voto particular formulado por el magistrado L. Díez-Picazo en la STC 37/1981, de 16 de noviembre que decía así: “El concepto de constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida la constitución económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas. Por ello, nos parece que la norma del artículo 38 y la referencia a la libre empresa en el marco de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa”.

la iniciativa pública en la actividad económica; precepto, este último, que en la esfera local ha sido desarrollado por el art.86.1 de su ya aludida Ley básica, de 2 de abril de 1985, al establecer que las Entidades Locales mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución, con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional *la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituye lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad* de la empresa pública respecto a la privada y el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional...”

La anterior aseveración obliga a realizar inciso y a tratar más ampliamente la declaración del art.128.2 CE, que recoge la ruptura del principio de subsidiariedad en su perspectiva económica⁸⁸. ¿Qué nos dice este artículo? La determinación e interpretación de su contenido son importantes porque de ello se van a inferir las posibles modalidades y consideración de la noción de servicio público –identificado tradicionalmente con la idea de monopolio o reserva de actividad prestacional de contenido económico al sector

⁸⁸ ARIÑO ORTIZ juzga de erróneo el entendimiento de que nuestra Constitución en el art.128.2 CE, al romper con la subsidiariedad, establece un sistema de coactividad económica -como plantea A.ROJO en “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española” en *Revista de Derecho Mercantil*. Núm.160/170. 1983. Págs.309 y ss-. Pues para ARIÑO, a pesar del reconocimiento de la iniciativa pública económica, los poderes públicos no actúan nunca en igualdad de condiciones, o exclusivamente según las leyes del mercado, ya que destaca una posición privilegiada que siempre favorece a la empresa pública, sin que exista por tanto coparticipación, *vid. Principios de Derecho...* Op. cit. Pág.433 y ss. Por contra J.M.GÓMEZ PORRÚA entiende que la ruptura de la subsidiariedad en nuestra Constitución sí supone la coactividad pública y privada, *vid. El control público de las empresas privatizadas*. Nueva Imprenta. Madrid.2003.Pág.15.

Para D.BLANQUER la necesidad de justificar la actividad económica de las Administraciones Públicas no deriva del principio de subsidiariedad -que considera que ya no existe-, sino del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3 CE), pues a partir de este principio se comprueba que la finalidad perseguida con dicha actuación de la Administración es la satisfacción de los intereses generales y no otra finalidad... *Vid. La iniciativa...* Op. cit. Págs. 458 y ss; también niegan la subsidiariedad en el art.128 CE, entre otros, GÓMEZ-FERRER en “La reserva al sector público...” en *Estudios sobre la Constitución española...* Vol.V. Op.cit. Pág. 3834; M. SÁNCHEZ MORÓN *Derecho administrativo. Parte General*. Tecnos. Madrid. 2005. Pág. 421.

público⁸⁹ - y a la adaptación de nuestra tradición jurídica a las nuevas corrientes europeas en torno a esta institución. Por ello, al inicial reconocimiento de esta iniciativa pública en la actividad económica le siguen unas consideraciones que entendemos son una explicación, por su continuidad, de la anterior.

En efecto, según la interpretación clásica, la iniciativa pública económica puede realizarse en régimen de libre competencia sobre cualquier actividad no declarada reservada⁹⁰, lo que tradicionalmente se ha venido a llamar una “dación de bienes al mercado”, o bien puede realizarse a través de un régimen de reserva. En la investigación que realizamos nos interesa esta segunda tipología recogida en el inciso segundo del art.128.2 CE, pues el saneamiento se declara como actividad esencial reservada al municipio, siendo clave de manera general en el ejercicio de esta iniciativa económica *cualificada*⁹¹, la aclaración de dos conceptos.

Por una parte, la cuestión de la iniciativa a través de la reserva ha levantado numerosas interpretaciones acerca de qué significa la reserva, más aun a la vista de las políticas europeas y de la crisis del concepto de servicio público. En la esfera estatal, y bajo la aceptación de que el art.128.2 CE, segundo inciso, mediante la reserva da cobertura a un concepto estricto de “servicio público”, que se vincula a la idea de titularidad pública, por tanto excluyente de la iniciativa privada, pueden diferenciarse algunas interpretaciones sobre el alcance de la reserva del art.128.2 CE: de un lado, debemos mencionar aquellos que identifican reserva con sustracción a los particulares

⁸⁹ Vid. TORNOS I MAS, J. “Significació i conseqüències...” cit. Pág.9.

⁹⁰ En este caso y de la relación de esta posibilidad con el art.38 CE en el que se reconoce la “libertad de empresa”, vid. SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op. cit. Págs. 30 a 33.

La iniciativa pública en la actividad económica en esta primera modalidad supone que la Administración actúa conforme al principio de igualdad de trato, por tanto compite en el mercado con la empresa privada en condiciones de igualdad. No obstante esta declaración inicial, la actuación no es, aunque existen posiciones diversas al respecto, en las *mismas condiciones que las particulares*, ya que la libertad de empresa del art.38, se ve condicionada cuando se trata de Administraciones públicas por la objetividad y la satisfacción del interés general (art.103 CE), vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, T. “Artículo 128” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. O.Alzaga Villaamil (dir). Tomo X. EDERSA. Madrid. 1996. Págs. 54 y ss.; SENDÍN GARCÍA, M.A. *Hacia un servicio público...* Op. cit. Págs. 139 y ss.; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración Económica” en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo*. Civitas. Madrid. 2003.Págs.165 y ss.

En todo caso pronunciamientos como la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2003 (Ar. 5875) matiza esta ruptura del principio de subsidiariedad, aceptando la posibilidad de la iniciativa pública en cualquier actividad económica, pero poniendo el acento en el respeto del mandato general que a las Administraciones Públicas impone el artículo 103 de la Constitución, cuando señala el límite de que esa actividad se dirija a servir con objetividad los intereses generales (FJ. 2).

⁹¹ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado...* Vol.I. 2006.Pág. 1123 y ss.

de la posibilidad de desarrollar una determinada actividad y que defienden, además, que dicha actividad se realice directamente por los poderes públicos, que es la posición que sostiene FERNÁNDEZ FARRERES. Éste afirma que si la “reserva” se entendiese como simple “titularidad” de una actividad, sin limitación en cuanto a la modalidad de gestión, la “reserva” sería superflua en tanto los servicios y recursos más relevantes ya son objeto de *publicatio*, en tal sentido⁹²; frente a estas tesis, otros vinculan la idea de reserva con la atribución de titularidad sobre el servicio y la exclusión del mercado, esto es la instauración de un monopolio de *iure*, pero compatible con la gestión indirecta, mediante técnicas concesionales⁹³. A esta división doctrinal ha de adicionarse una tercera modalidad fruto de la evolución y de las mutaciones del derecho administrativo, que entiende que en el art.128.2 CE se reconoce la figura del servicio público, con independencia de la titularidad⁹⁴, de modo que se realiza una interpretación del citado precepto en el sentido de que en su seno acoge tanto los servicios públicos publicados mediante reserva de la titularidad, y aquellos servicios públicos en los que no hay tal reserva; es decir servicio público en sentido objetivo, pues es una obviedad que en el mencionado artículo el sintagma “servicios públicos” no aparece, sino el de “servicios o recursos esenciales”. Es el último un razonamiento que, desarrollando las posturas mayoritarias que identifican reserva con titularidad, se muestra acorde con el Derecho comunitario que es el que origina la reinterpretación y la dialéctica acerca de esta reserva en nuestro Derecho. En este sentido el art.128.2 CE debe conciliarse con el art.86 TCE, ya que mientras el primero recoge, según la opinión mayoritaria tradicional,

⁹² “Libertad de empresa y nacionalizaciones (breve nota introductoria a un seminario sobre “Aspectos jurídicos de las nacionalizaciones”) en *Cuadernos Aragoneses de Economía*. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Zaragoza. 1979. Pág.223.

⁹³ Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, T. “Artículo 128” cit.Pág. 65; SOSA WGANER, F. *La gestión...* Op.cit. Pág.40.

⁹⁴ Vid. SENDÍN GARCÍA, M.A *Hacia un servicio...* Op.cit. Págs. 153.

GARRIDO FALLA resume las posiciones en torno a la reserva de “recursos y servicios esenciales” a dos. De un lado aquellos que la identifican con la atribución a la Administración Pública de la titularidad y de la gestión, en régimen de monopolio, de los servicios esenciales, lo cual comporta la existencia de otros, no esenciales, a los que se les puede aplicar el régimen tradicional de titularidad pública y gestión directa o indirecta. De otro lado se identifica servicio público con servicio esencial (la esencialidad sería la característica de todo servicio público), de forma que se disminuiría el número de servicios públicos, aquellos esenciales, y se pasaría a la sustitución del régimen de concesión por el de autorización, vid. ¿Crisis de la noción de servicio público” en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr.D. Sebastián Martín-Retortillo*. Civitas. Madrid 2003. Pág. 449.

la formulación tradicional de “servicio público” vinculada a la titularidad⁹⁵, el segundo recoge el nuevo concepto de *servicio público europeo*⁹⁶. Por eso, la reserva a la que se refiere nuestra Norma Fundamental debe identificarse con una noción de servicio público amplia y objetiva⁹⁷, de manera que bajo dicha reserva se incluyeran las actividades liberalizadas, pero sometidas a una fuerte regulación, en que los poderes públicos no son titulares de las mismas pero sí realizan un importante papel de garantes, y también aquellos casos que por determinadas circunstancias se señalan, en nuestro derecho, como servicios públicos subjetivos y de titularidad, por tanto, pública, pues ésta última configura la excepción posible, según el Tratado, del art.86.2 TCE.

En efecto, bajo esta formulación de reserva, al hablar de servicio público en nuestro Derecho se daría cabida tanto a la existencia de gestión directa, como indirecta, como se ha venido realizando hasta ahora, y también al libre mercado, sometiéndose las actividades *despublicadas* a determinadas “obligaciones de servicio público” caso del gas o de la electricidad, y en otras como en el saneamiento de las aguas, únicamente su gestión indirecta, pero introduciendo elementos de competencia adecuados a los postulados comunitarios en los procedimientos tanto de selección y de adjudicación, ya que la liberalización puede comportar la apertura del sector a una gestión indirecta en régimen concesional, la apertura a la iniciativa privada en concurrencia con el servicio público gestionado directamente o la desaparición del servicio público⁹⁸. Es lo que BERMEJO VERA califica de *publicatio* subjetiva y *publicatio* objetiva. La primera significa que la Administración tiene el monopolio y puede eso sí optar por la gestión directa o indirecta y la segunda, de carácter objetivo, que no importa quien es el titular

⁹⁵ Vid. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, F.J., *La intervención...* Op. cit. Pág. 144 y la bibliografía allí citada. También sobre esta noción tradicional de servicio público recogida en el art.128.2 CE, vid. MARTÍN REBOLLO, L. “Sociedad, Economía y Estado” en *Estudios...* Op.cit. Pág.637.

⁹⁶ Vid. ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho Público...* Op. cit. Pág.435. J.TORNOS I MAS entiende que el ex.art.90.2 (hoy art.86) TCE permite recuperar el concepto de servicio público, ya que gran parte de esta noción coincide con la de “servicio económico de interés general”, Vid. “Ordenació...” cit. Pág.414. Nota. 24.

⁹⁷ Cuyos orígenes se datan en el *arrêt* de 20 de diciembre de 1935, *Établissements Vézic*, pero que se consagra en el *arrêt* del Consejo de Estado de 31 de julio de 1942, *Monpeurt*. La importancia de la jurisprudencia sentada por esta última sentencia fue la atribución de una misión de servicio público de autoridad a un organismo que no era un establecimiento público, sino una institución de carácter corporativo como lo era un Comité de organización del sector del vidrio y a la competencia que declaró el Consejo de Estado para conocer de los recursos interpuestos contra la decisión dictada por el Comité. Vid.SENDÍN GARCÍA, M.A. *Hacia un servicio público...* Op.cit. Págs. 64 y ss.

⁹⁸ Vid.TORNOS I MAS, J. Vid. “Ordenació...” cit. Pág.418.

del servicio o actividad, sino que éstos se someten a determinadas reglas de Derecho público⁹⁹, siendo el compromiso del Estado asegurar dicha prestación.

Por otra parte, la segunda cuestión que debe abordarse es que la reserva viene acotada en la Constitución –también en la LRBRL, pero referida sólo a servicios y actividades- por la circunstancia de que sean “recursos o servicios esenciales”. Qué es esencial¹⁰⁰, es una cuestión nada fácil y relativa, pero trascendental a la hora de determinar la tutela pública de un servicio o un recurso¹⁰¹. Así, un recurso es esencial en

⁹⁹ Vid. “Los modos tradicionales de actuación de las Administraciones Públicas. Introducción” en *Derecho Administrativo...* Op.cit. Págs.66 y ss.

¹⁰⁰ Sobre la significación de “servicio esencial” se pronunció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 26/1981, de 17 de julio de 1981, en relación con el derecho de huelga, de donde se extraen dos conceptos de dicha noción. En primer lugar, en sentido amplio, el concepto de servicio esencial del artículo 128 se refiere a las “actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de una comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entraría el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales”. Una segunda acepción, estricta, continua señalando que “un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos” y se aclara que “como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”. De lo que se trata en definitiva no es tanto de servicios que sean indispensables para la supervivencia individual de cada uno, sino que sean indispensables y absolutamente necesarios para el funcionamiento de la sociedad, lo cual supone otro dato importante, y es que esta noción no es algo estático, sino que va adaptándose, variando, de acuerdo con las circunstancias de cada época. Por ello si el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sirvió para aclarar las cuestiones entonces planteadas, hoy hemos tener en cuenta las tendencias europeas, que distinguen una categoría global denominada “servicios de interés general”, que incluye tanto las actividades de servicio, comercial o no, calificada de interés general por la autoridad competente y sujeta a una serie de obligaciones de servicio público, otra a la que califica de “servicios de interés económico general”, con un carácter comercial, además de cumplir con un cometido de interés general, que se sujetan también a una serie de obligaciones de servicio público, y, los “servicios públicos”, expresión que sirve para designar tanto al órgano que produce el servicio, como la tarea de interés general, que se someten también a obligaciones de servicio público ordenadas a favorecer o permitir la realización de ese fin. Sobre la existencia de multitud de definiciones doctrinales acerca de qué es un “servicio esencial”, pero también sobre la dudosa utilidad de tales funciones, vid. SENDÍN GARCÍA, M.A. *Hacia un servicio público...* Op. cit. Págs. 154 y ss; sobre la imposibilidad concretar el significado de la esencialidad de un servicio, con objeto de su reserva, vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “Servicio público e intervención...” cit.Pág.601.

¹⁰¹ Estas dificultades, la determinación de lo esencial y su vinculación a la reserva de ley, se reconocieron y evidenciaron por el Tribunal Constitucional Alemán, cuya Jurisprudencia ha elaborado la teoría o doctrina de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*), con tal trascendencia que ha interesado y ocupa profusamente los debates de la doctrina alemana, en donde ha sido desarrollada y discutida, concluyéndose, actualmente, en una ampliada modulación de la reserva de ley en el ámbito de la acción prestacional, que responde a la evolución de los principios de Estado de Derecho, Estado democrático y Estado social. Esta teoría nació, en principio, como una necesidad de superar la concepción tradicional de reserva de ley limitada al campo de las libertades y de la propiedad en cuya esfera surgió inicialmente la reserva de ley, ámbito que también fue reconocido inicialmente por el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 6 de mayo de 1958. (*BVerfGe*, 8, 166 y 167). Sin embargo, estos razonamientos iniciales se vieron pronto superados tras la aparición del Estado social y con ello también los tradicionales fundamentos de la reserva de ley. De nuevo fue el Tribunal Constitucional Alemán, en su sentencia de 12 de marzo de 1972 (*BVerfGe*, 33, 1), el que estableció las bases de la nueva formulación, concretadas en la denominada Teoría de la esencialidad, que fija que las decisiones fundamentales las toma, en base al

función del interés público, concepto por otra parte también ambiguo, y por ello el fin en este caso de la reserva viene determinado por la necesidad de ordenar y racionalizar la explotación y utilización del recurso, recursos que son escasos, como lo es el agua. En el caso de los servicios, esenciales son aquellos que son necesarios para el funcionamiento de la sociedad del momento, siempre bajo un juicio de razonabilidad, pues en todo caso con esta reserva al sector público se está afectando a una libertad fundamental como es la libertad de empresa. La reserva pública de los recursos y servicios esenciales deberá hacerse por ley en tanto supone un límite a la libertad de empresa que reconoce el art.38 CE, como constató el Tribunal Supremo en la Sentencia,

art.20.3 de la Ley Fundamental de Bonn, el legislador parlamentario (*Parlamentensvorbekalt*). De acuerdo con esta Teoría se reconoce así únicamente con valor constitucional la primacía de la ley, pero no la reserva de ley que sólo es aplicable en los casos concretos en que así venga exigido, esto es para una *esfera básica* que abarca todos los derechos fundamentales (en un sentido amplio y contemporáneo, que incluye tanto los derechos de intervención, como los de prestación) y algunos aspectos organizativos. Las tendencias más recientes reconocen además, ante el peligro de una sobrecarga del Parlamento, que la legitimación democrática que exige el Estado Democrático no sólo la goza el Parlamento, sino también el Gobierno, si bien bajo los límites que se imponen en el art.80.1 GG para las delegaciones legislativas al Ejecutivo. Otra Sentencia que recoge estos planteamientos es la de 20 de octubre de 1981 (*BGVVerfGe*,58, 257), *Vid.* MAURER. *Allegemeines...* Op. cit. Págs. 116 y ss, ARNIM, H.H, von. “Zur “Wesentlichkeitstheorie” des Bundesverfassungsgericht. Einige Anmerkungen zum Parlamentvorbehalts” en *DVBl*. Núm.24. 1987. Págs. 1241 y ss.

Esta Teoría, como señala entre nosotros R.GARCÍA MACHO, pretende acomodar la reserva de ley en el contexto del Estado democrático, para lo cual es necesario buscar nuevas bases. Así mientras que queda claro que lo que es esencial debe ser establecido por el poder legislativo, la problemática surge cuando se intenta fijar qué criterios deben seguirse para delimitar la esfera de actuación del legislador, siendo el punto de referencia la Norma Fundamental, esto es la Constitución, y el estudio de la jurisprudencia constitucional. Del análisis de la numerosa jurisprudencia que GARCÍA MACHO trata en su obra se extrae como criterio más relevante para la intervención del legislador en la toma de decisiones, como se ha señalado, el que la misma se circunscriba en el ámbito de los derechos fundamentales, si bien desde mediados de los años ochenta, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1984, se pasa a considerar que no todas las decisiones esenciales, sobre la base del principio democrático, corresponden al Parlamento, sino que corresponde a aquellos órganos que, debido a una serie de circunstancias, puedan decidir de manera más adecuada. Así, concluye el autor anterior que dos son las funciones de la Teoría de la esencialidad: por una parte, determinar el ámbito de la reserva de ley, es decir qué ámbitos deben ser regulados por el Parlamento y por tanto están prohibidos al Ejecutivo, pero, por otra parte, debe también acotarse la extensión de la competencia parlamentaria, permitiendo el desarrollo del reglamento en los campos que le son asignados (*Verwaltungsvorbehalt*); esta última cuestión es, no obstante, objeto de numerosos conflictos y de división entre la doctrina, y es una cuestión que carece todavía de una concreción clara. *Vid. Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Ariel. Madrid. 1988. Págs. 75 y ss. También con mención y estudio de la *Teoría de la esencialidad*, *vid.* PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación...* Op. cit. 1991. Nota 27, así como la bibliografía en ella citada. Págs.56 y ss, y *Crisis y renovación en el Derecho Público*. 2003. Op.cit. Págs.122 y 123.

Respecto a la jurisprudencia, diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español han tratado sobre la reserva de servicios esenciales, entre otras las sentencias 11/1981, de 8 de abril, 53/1986, de 5 de mayo y 27/1989. Así, esta última Sentencia de 3 de febrero de 1989 señala en cuanto a la reserva de ley: “A este respecto, debe recordarse que del art. 28.2 CE no se deriva un procedimiento específico para la preservación de los servicios esenciales. Como este Tribunal ha dicho en otras ocasiones ese precepto constitucional permite que por norma de rango legal se establezcan las garantías necesarias para el mantenimiento de esos servicios... (STC 26/1981)- pudiendo hacerlos a través de distintos procedimientos (como se desprende de las SSTC 26/1981, 51/1986 ó 53/1986)...”

de 1989, anteriormente reproducida. Además se incide en esta necesaria reserva legal en el segundo supuesto en el que cabe reserva, en caso de que estemos ante un monopolio¹⁰².

De modo general dejaremos aquí apuntada la referencia de que la reserva a nuestro parecer y como se ha defendido al separar entre gestión y titularidad, afecta en todo caso siempre a la titularidad, que de un tiempo a esta parte no tiene porque ser siempre pública para calificar un servicio, de servicio público, pero no atañe a la gestión, que excepto en el caso de que existan límites, como veremos, se tratan de decisiones políticas en las que se analizan las ventajas o desventajas que pueden derivar de la prestación en libre concurrencia o mediante monopolio, donde es posible también la entrada de particulares, eso sí hasta ahora sólo experimentada mediante fórmulas totalmente tuteladas, sin competencia, como es la concesión.

De lo anterior y de la evolución de la jurisprudencia europea a partir de la Sentencia *Corbeau*, de 19 de mayo de 1993, en relación a la aplicabilidad de la excepción del art.86.2 TCE, podemos decir que el art.128.2 CE es adecuado a las normas comunitarias, pues el mismo no contiene de forma exhaustiva el estatuto del servicio público, como dice CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, ni obliga a reservar recursos y servicios esenciales, sino que se permite tal posibilidad, bajo el requisito de la esencialidad, frente a la iniciativa pública económica en libre competencia, siendo también posible que otras actividades de interés general, y sin que sean de titularidad

¹⁰² F. SOSA WAGNER reflexiona sobre las cuestiones que puede plantear la reserva de ley. Esto es el tipo de ley que exige este artículo, ordinaria u orgánica, estatal o autonómica... A *grosso modo* debemos destacar las conclusiones defiende este autor: en primer lugar parece claro que debe tratarse de una ley ordinaria, pues los supuestos de ley orgánica vienen tasados constitucionalmente y no aparece entre ellos la reserva de servicios y recursos esenciales. Además, es posible que esta ley sea estatal o autonómica, en tanto entiende SOSA WAGNER, y así lo avala también el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 16 de noviembre de 1981, que la limitación que la reserva supone a la libertad de empresa contenida en el art.38 CE, establece sólo un marco de carácter general que las Comunidades Autónomas pueden concreta siempre con el respeto y en el marco de la estatal, siempre que así esté previsto en el Estatuto de Autonomía de cada Comunidad, la reserva recaiga sobre materias sobre las que tienen competencias exclusivas y no atente el derecho a la igualdad entre todos los españoles. De todo ello deriva, como sostiene finalmente SOSA WAGNER que los Entes locales, que no poseen potestad legislativa, no pueden reservar ni recursos ni servicios esenciales, sino en el marco que establece la legislación estatal y autonómica, *Vid. La gestión...* Op. cit. 2004. Págs.33 y ss. De manera contrapuesta G.ARIÑO ORTIZ aludiendo al principio de igualdad y a la interpretación estricta de la palabra "ley" (votada por las Cortes Generales) niega la competencia de las Comunidades Autónomas para declarar reservas de bienes o servicios en su territorio, pues en todo caso entiende que la posibilidad que destacábamos anteriormente de manos de SOSA WAGNER, supone precisamente el desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado (caso de los arts.11 del EA del País Vasco, y art.10 EA de Cataluña), lo que en último término significa que la decisión de reservar corresponde siempre al Estado y esto se hace por la aprobación de la ley por las Cortes Generales. *Vid. Principios de Derecho...* Op. cit. Págs.438 y 439.

pública, se sometan a ciertos condicionamientos, conocidos como “obligaciones de servicio público”¹⁰³.

C.2). La especificidad del régimen local

Al régimen general anterior de la iniciativa pública económica hemos de sumar las peculiaridades del régimen local y la mayor dificultad para diferenciar en ese ámbito entre servicios públicos tradicionales y el ámbito de libre mercado; pues, como es sabido, en este entorno la idea de “servicio público” se vincula no a la idea de titularidad, sino a la de competencia -porque no exige titularidad necesaria local, ni monopolio, sino sólo competencias sobre los servicios y actividades reservados-, por ello podría plantearse por un lado en relación con la iniciativa pública local, y por otro, en cuanto a la reserva que no se rompe con el principio de subsidiariedad¹⁰⁴.

La iniciativa pública local exige, de modo general¹⁰⁵, a tenor del art.86 LRBRL, apartado 1º, la necesidad de un *expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida* y cuando estas actividades económicas simples –esto es, actividades industriales, mercantiles o de naturaleza económica- se presten *en régimen de libre concurrencia* es necesaria *la aprobación definitiva que corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio* (art.86.2

¹⁰³ GARRIDO FALLA diferencia hasta tres posibles formas de actividad administrativa en materia económica a tenor del art.128.2 CE:a). La creación *ex novo* de empresas públicas en régimen de competencia con las empresas privadas del propio sector económico o industrial y desprovistas de toda suerte de facultades exorbitantes o privilegios, b). La declaración por ley de carácter de un servicio público esencial y consiguientemente la titularidad estatal de una determinada actividad con expresa reserva al Estado, con la consiguiente habilitación a la Administración pública para proceder a su gestión directa en régimen de monopolio o su concesión al particular para su explotación también en monopolio,c). La simple declaración de interés público del servicio, sin expresa declaración de reserva, lo cual permite su reglamentación, que sería el resultado de combinar el principio de libertad de empresa con la potestad administrativa de reglamentar los servicios prestados al público para salvaguarda del interés público y que se confunde con los llamados “servicios virtuales o impropios”, *vid.* “Crisis de...” cit. Pág. 453.

¹⁰⁴ *Vid.* DE LA QUADRA SALCEDO, T. *Corporaciones locales y actividad económica*. Marcial Pons. Barcelona. 1999. Págs.44 y 45.

¹⁰⁵ Así, se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de febrero de 2002 (Ar.1590), que extiende los requisitos procedimentales para la iniciativa económica a la prestación de servicios esenciales, también a nuestro entender de manera correcta, en contra de la opinión crítica de E.ARANA GARCÍA para quien la literalidad y exigencias del art.86.1 LRBRL es sólo aplicable a las actividades de “dación de bienes al mercado” y no a la prestación de estrictos servicios públicos –los del art.86.3 LRBRL-, pues con tal decisión del Tribunal Supremo se está sustituyendo, a su parecer, al legislador estableciéndose unos requisitos procedimentales que la legislación de régimen local vigente no exige, *vid.* “El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local” *REAL*. Núm. 291. 2003. Págs. 79 y 80.

LRBRL). Surgen aquí las primeras notas particulares¹⁰⁶ que se encargó también de apuntar la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7352) ya que “todas las actuaciones de los Órganos de las Administraciones Públicas deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente ha de concurrir, tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales...”

Por otra parte, la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art.128.2 CE) y de empresas privadas (art.38) en el marco de una economía de mercado... exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia...”. A ello hay que añadir que el ejercicio de estas actividades se vincula, como hemos dicho en un principio, a que dichas actividad se circunscriban en el marco de intereses locales, es decir en el ámbito de sus competencias, que no obstante son amplias ya que son todas aquellas necesarias para la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Todos estos indicios suponen -a juicio de DE LA QUADRA SALCEDO- que la iniciativa económica local no supone una reinterpretación de la subsidiariedad, porque en el caso local precisamente lo que se establece son unos límites a la misma que garantizan la oportunidad y calidad de su decisión, en definitiva, la defensa de la iniciativa privada¹⁰⁷. Así, la inicial interpretación de total libertad de los Entes locales, y de la vigencia de la potestad de autoorganización¹⁰⁸, para ejercer la iniciativa económica pública hay que considerarla vinculada y condicionada, de forma general, al procedimiento fijado en el citado art.86 LRBRL.

En vista de lo anterior, y de acuerdo con DÍAZ LEMA, estamos en el ámbito local ante una iniciativa pública limitada fundamentada en la conveniencia y oportunidad, y, en que esa iniciativa satisfaga una utilidad pública y se preste dentro del territorio municipal en beneficio de sus habitantes¹⁰⁹. Postura en sintonía con el precedente pronunciamiento del Tribunal Supremo y con las manifestaciones de GÓMEZ-FERRER acerca “(d)el deber genérico de los poderes públicos de actuar para la consecución de la

¹⁰⁶ Al respecto DEL GUAYO CASTIELLA sobre la iniciativa pública local considera que el art.96 TRRL introduce dos novedades en relación con el régimen del art.86.1 LRBRL: concreta que la iniciativa pública local “podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública” y “se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes”, remitiendo sin más al régimen del art.128.1 CE, *vid.* “La gestión de servicios...” cit. Pág. 90.

¹⁰⁷ *Vid. Corporaciones locales...* Op.cit.Pág.53.

¹⁰⁸ Como expresa E.ARANA GARCÍA “El procedimiento administrativo necesario...” *REAL*. Núm. 291. 2003. Pág.79.

¹⁰⁹ *Vid. Los monopolios locales.* Op.cit. Pág. 53.

efectividad de los derechos económicos y sociales puede convertirse en una obligación, con distintas manifestaciones, cuando la efectividad de tales principios no se produce por el libre juego social”¹¹⁰.

Además, el artículo que nos ocupa permite la reserva de las actividades y servicios esenciales citados en el apartado tercero del art.86¹¹¹ -de modo similar al art.128.2 *in fine*- en el que se enumera la depuración de aguas, y si se decide para la efectiva ejecución de estas actividades el régimen de monopolio requiere *además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma*. Esta intervención de la Comunidad Autónoma -que exige el art.86.3 *in fine* LRBRL y el art.97 TRRL- para el monopolio ciñe aun más esa libertad inicial de las Entidades Locales, pues una vez “recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma...”, control que tiene por objeto no el contenido mismo del acuerdo y su oportunidad, sino la legalidad del mismo¹¹². La reserva conlleva, de la misma manera que hemos explicado para el plano estatal, “la facultad de excluir de la ejecución de la actividad o la prestación del servicio a la iniciativa particular y pública, quebrando así el principio de libertad de mercado¹¹³”; pero no conculcando las previsiones del Tratado, en vista de las excepciones previstas en el mismo.

En todo caso la reserva en el ámbito local más que plantear polémicas acerca de la titularidad de los servicios, que atribuye al municipio, lo que sugiere es una modalidad de gestión de los servicios locales, para equilibrar así la gestión pública y privada¹¹⁴. Sobre estas cuestiones volveremos en capítulos posteriores, al desarrollar el

¹¹⁰ Vid. “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a García de Enterría*. Tomo V. Civitas. Madrid. 1991. Pág.3834.

¹¹¹ Vid. el comentario de SOSA WAGNER acerca de la redacción del art.86.3 en la LRBRL de 1985, que supuso en relación con la anterior Ley la supresión de la municipalización con monopolio del suministro de productos perecederos y la eliminación, congruente con la reserva de ley, de la posibilidad de proceder por simple acuerdo del Consejo de Ministros a la municipalización de “otros servicios”. De esta enumeración inicial ha de tenerse presente la liberalización, por Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, de los servicios mortuorios, y en cuanto a mataderos el art.26 de la LRBRL. Vid. *La gestión de los servicios...* Op.cit. 2004. Pág.44 y ss.

¹¹² Intervención que critica DÍAZ LEMA en *Los monopolios locales*. Op.cit. Págs. 80 y ss; también SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op.cit. Pág.50.

¹¹³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J. *La intervención...* Op.cit. Pág.393.

¹¹⁴ Vid. MENÉNDEZ, P. “Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales a favor de las Entidades Locales (especial referencia al abastecimiento de aguas y suministro de gas)” en *REDA*. Núm. 89. 1996. Pág.68.

servicio de saneamiento como un servicio público local y el significado de esta calificación.

I.2.1.2. Los servicios públicos desde la perspectiva comunitaria

En los replanteamientos de la noción de “servicio público”, actual tendencia en el Derecho Administrativo¹¹⁵, han sido determinantes las políticas liberalizadoras establecidas como estandartes en el desarrollo de la Unión Europea. Pues, como no puede ser de otra manera, el nuevo enfoque de la Administración cada vez más próxima a modos de actuar regidos por criterios de eficacia y eficiencia y la extensión de los postulados de libre competencia y de neutralidad, con todo lo que ello conlleva, pasa por una reforma del concepto clave en el Derecho administrativo de “servicio público” y por la emergencia de nuevos conceptos, “servicios de interés económico general”, “servicio universal”, “obligaciones de servicios público”, que a estas alturas de la investigación ya no son tan nuevos.

En todo caso conviene partir de que la noción de “servicio público” no ha sido nunca pacífico y así lo recordaba DUGUIT cuando señalaba, en respuesta a cuál es la extensión exacta de las actividades objeto de servicio público que “todo lo que puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número de servicios públicos”¹¹⁶ y en la misma línea lo recordó recientemente el Comité Económico Social Europeo en el Dictamen sobre el “Libro Verde sobre los servicios de interés general”, de 22 de mayo 2003¹¹⁷, en referencia a la falta de identidad entre los conceptos germánicos, nórdicos, latino y anglosajón; heterogeneidad que debe suplirse, ante la progresiva integración internacional, con un concepto, de “servicio público” o de otra denominación, que sea compatible y homologable en todos los países comunitarios¹¹⁸.

¹¹⁵ Ya DUGUIT, a principios de siglo XX, definió el derecho público moderno como un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e interrumpido, negando cualquier resquicio de la relación de soberano a súbditos, ni del derecho subjetivo de soberanía. *Vid. Las transformaciones ...Op.cit. Pág. 106.*

¹¹⁶*Vid. Las transformaciones... Op. cit. Pág. 101.*

¹¹⁷ COM (2003) 270 final. DO C 76 de 25/03/04.

¹¹⁸ En este sentido, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. “Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa” en la obra colectiva *El nuevo servicio público*. AA. VV. Madrid.

Ante la evidencia de nuevas formas prestacionales en las que la Administración ya no tiene la titularidad exclusiva, sino que actúa a modo de garante y regula diversos aspectos de actividades tradicionalmente por él prestadas, hemos de partir de las iniciales formulaciones acerca del concepto de “servicio público”, para averiguar cuál es y debido a qué se produce la reformulación de esta noción, que ha revolucionado el Derecho administrativo e incluso nos atrevemos a afirmar el ordenamiento jurídico, en general.

A).Las primeras matizaciones en relación con el concepto de “servicio público”

Las iniciales formulaciones, en el seno de la escuela de Burdeos, sobre la institución del “servicio público” como criterio para la aplicación del Derecho administrativo surgidas a principios del siglo pasado en Francia¹¹⁹ se vieron pronto rebatidas ante la asunción por el Estado de actividades de índole económica en concurrencia con los particulares¹²⁰, como se reconoció en el *arrêt Bac d'Eloka*, de 22 de enero de 1921. En él se diferencia entre *servicios públicos administrativos* y *servicios públicos industriales o comerciales* que funcionaban según las mismas condiciones que los servicios privados¹²¹. Tras esta Sentencia se produjo una distinción fundamental en el devenir del Derecho administrativo moderno, esto es la posibilidad de introducir en el marco de los servicios públicos la diferenciación entre actividades realizadas en ejercicio de sus prerrogativas y actividades ejercidas como un particular, de forma que sólo se aplica el régimen especial -que supone el Derecho administrativo- a aquellos servicios que se ejercen con prerrogativas y a gestión pública, categoría que fue claramente recogida en el *arrêt Société Générale d'armement*, de 23 de diciembre

1997; PIELOW, J.C. señala también como no existe en el derecho alemán un concepto que sea directamente comparable y equiparable al de “service public”, *vid.* “Frankreich-Service Public” en *Europäische Union...* Op.cit.Pág.164.

¹¹⁹ *Vid.* Notas 62, 63 y 64, en la Primera Parte.

¹²⁰ A esta causa se refiere M. ÁLVAREZ MOLINA quien destaca la ruptura que ello supuso para el clásico concepto francés de “servicio público”. *Vid. El abastecimiento...* Op.cit. Pág. 272.

¹²¹ La jurisprudencia sentada por el *arrêt du Bac d'Eloka*, de 22 de enero de 1921, reconoce la posibilidad de que determinadas actividades, concebidas por tanto como servicios públicos, se vean sometidas, excepcionalmente, también al derecho privado –en este caso al juez ordinario–, surgiendo desde entonces la categoría de *services publics à caractère industriel ou commercial*, *vid.* RICCI, J-C. *Droit administratif général*. HU Droit. 2005. Pág.113.

de 1921, en el que de nuevo se dispone que existen servicios públicos industriales¹²². Así las cosas el Estado se encuentra cuando realiza estos servicios públicos de carácter industrial o comercial en la misma posición que una empresa privada y por tanto los litigios sobre esos servicios son de competencias del juez ordinario.

El reconocimiento de tal categoría de servicios en España vino de la mano de VILLAR PALASÍ que en los años cincuenta constató un nuevo tipo de actividad de la Administración. Esta actividad industrial, diferente del servicio público, englobaba aquellos casos en que la Administración bajo las reglas de libre competencia realizaba acciones de *simple dación de bienes al mercado*, de gestión económica¹²³. Defendiendo así una definición subjetiva de servicios públicos¹²⁴, que se contraponía a la de GARRIDO FALLA, quien también en su consideración de la crisis de la noción de servicio público reconocía esta actividad industrial de los poderes públicos defendiendo un concepto objetivo de servicio público en el que además de los servicios públicos impropios se incluyese también la actividad empresarial de los entes públicos, siendo determinante en los nuevos tipos de actividad la finalidad de interés público, con independencia de que su satisfacción sea posible con técnicas *privatísticas*¹²⁵. Por otra parte, la segunda causa de crisis fue la expansión de la delegación de tareas públicas en organismos privados, en la búsqueda de dar una mayor flexibilidad a la gestión que supuso el quebrantamiento de las tesis iniciales de que los servicios públicos eran gestionados, bajo un régimen jurídico-público, por las Administraciones.

En resumen, dos fueron pues las causas que aceleraron la caída de este ideal: el desarrollo de actividades industriales por el Estado y la reducción administrativa a

¹²² La característica de los servicios públicos industriales y comerciales, según señalan BRAIBANT, G/STIRN, B, es el objeto de los mismos, que no es otro que servicios que se compran para revender, *vid. Le droit administratif...* Op. cit. Págs. 163 y 168.

¹²³ Aportación fundamental en el entendimiento de la actividad de gestión industrial de la Administración fue el trabajo, publicado por VILLAR PALASÍ, J., “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo” en *RAP*. Núm. 3.1950. Págs.53 a 129.

¹²⁴ Cuyas notas características enumera y rebate GARRIDO FALLA: el servicio público consiste en la prestación de un servicio a los administrados, proporciona pues una utilidad, además considera cardinal el carácter monopolístico y excluyente con que la Administración lo presta, también considera típico de los servicios públicos el empleo de procedimientos de Derecho Público con el consecuente régimen exorbitante que ello supone, a esto se añade como características del servicio público, su regularidad y su continuidad y la existencia de un derecho en abstracto del usuario del servicio público a la prestación del servicio. *Vid. Las transformaciones...* Op. cit. Págs.140 y ss.

¹²⁵ *Vid. Las transformaciones...* Op. cit. Pág.155.

posiciones meramente reguladoras en algunas actividades tradicionalmente consagradas como servicios públicos¹²⁶.

Al margen de estas circunstancias -por todos reconocidas- sobre el concepto, desaparición o adaptación de la noción de “servicio público” el debate es amplio¹²⁷ y reactualizado tras el impulso europeo de liberalizar diversos sectores que, tradicionalmente, habían sido considerados en su gestión como servicios públicos ofrecidos en exclusiva por el Estado como la energía, los transportes o los servicios postales¹²⁸. La discusión le ha valido, según algunos, a este concepto una evolución y un cambio conceptual que se concreta en la nueva denominación comunitaria de “servicio público universal”¹²⁹ que se refiere más al aspecto formal que de fondo. Porque en la realidad a través de esta idea se permite, como ya adelantábamos, nuevas formas de ejecución de los mismos, principalmente mediante la intervención de los particulares, la introducción de una mayor flexibilidad y una descarga del Estado, siempre bajo la garantía universal de estos servicios a los ciudadanos y en conexión indudable con la ola privatizadora del momento. Como expresó FERNÁNDEZ FARRERES la característica de este proceso evolutivo es la “subsistencia de fines y la transformación de las formas”¹³⁰. A nuestro juicio para poder equiparar nuestra noción de “servicio público” con alguno de los conceptos usados por la Comunidad Europea, debemos realizar una labor de conjunción en el que consideramos más precisa la noción de “servicios de interés económico general” y las “obligaciones de servicio público”, claves en cualquier proceso actual de liberalización o *neoregulación* de taras clásicas públicas.

¹²⁶ Vid. MOLINA JIMÉNEZ, A., *El servicio público de abastecimiento...* Op. cit. Pág.167.

¹²⁷ Al respecto vid. GARRIDO FALLA, F. “¿Crisis de la noción de servicio público?” cit. Págs. 441 y ss; E. MALARET I GARCÍA, “Servicios públicos, funciones públicas..” cit. y MALARET I GARCÍA, E., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., PADRÓS I CASTILLÓN, X., SÁNCHEZ MORÓN, M., y ORTEGA MARTÍN, E. *Derecho Público y Derecho privado en la actualidad de la Administración pública*. Madrid. 1999; SANTAMARÍA PASTOR, J. A, *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II. Madrid.2002. Págs. 306 y ss.

¹²⁸ S.GONZÁLEZ-VARAS expone como la liberalización impuesta desde la Unión Europea ha supuesto un factor directamente relacionado con la reforma de numerosos conceptos jurídicos, en su sentido tradicional, tanto en el Derecho alemán como español, vid. “Die Auffassung ...”, cit. Pág. 213.

¹²⁹ SOUVIRÓN MORENILLA incluso valora la denominación de “servicio universal” como heredera de la fórmula clásica de “servicio público”, vid. *La actividad de la Administración...* Op.cit. Pág.604.

¹³⁰ Vid. “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía” en *Justicia Administrativa*. Núm. 18. 2003. Pág. 20. También S.GONZÁLEZ-VARAS en “Die Auffassung der öffentlichen Dienstleistungen...” cit. Pág. 213.

B).La necesaria adaptación del “servicio público” al contexto liberalizador europeo

El replanteamiento de los esquemas vigentes acerca de la noción de “servicio público” nos lleva a tratar su transformación y su pareja formulación contemporánea¹³¹ que vienen marcados, siguiendo a GONZÁLEZ SANFIEL, por las privatizaciones, principales causantes de lo que aquél denomina el nacimiento de una nueva categoría jurídica: el *servicio público en concurrencia*¹³² o, como los califica ARIÑO ORTIZ, de *servicios públicos competitivos*¹³³. Denominaciones que representan en definitiva un nuevo modelo de servicios públicos, donde lo que importa no es tanto quien los presta sino que realmente se garantice la prestación del mismo, y que exigen la revisión de la calificación formal de determinadas actividades como de servicio público a través de la *publicatio*, en el sentido del art.128.2 CE, que presupone una titularidad pública de los bienes y de los servicios esenciales reservados, como hemos comentado. Así, también GONZÁLEZ-VARAS entiende que nos encontramos ante una nueva situación, cuyos elementos claves son: el mercado, la regulación y privatización, el derecho público y el ensamblaje de ordenamientos jurídicos (público y privado) en el ámbito de la prestación de servicios¹³⁴.

Sobre ello, en contraposición a las alegaciones más radicales -representadas por DE LA CUÉTARA¹³⁵- a favor de la desaparición de las *publicatios* genérica, CASSAGNE

¹³¹ También se cuestiona GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. “¿Necesitamos un nuevo concepto allí donde tradicionalmente pudo hablarse de servicios públicos económicos?” dando paso a una serie de reflexiones acerca de servicios como el gas, el petróleo, los transportes... que han sido liberalizados en los últimos tiempos. *Vid. Los mercados de interés general...* Op.cit. Pág. XXIII.

¹³² Categoría que se contrapone con la concepción tradicional de servicio público, caracterizada por la titularidad pública y el monopolio, y que quiebra el entendimiento del servicio público vinculado a la reserva y a la titularidad pública, que en tanto en cuanto es una excepción del mercado debe estar justificada e interpretada restrictivamente, *vid. Un nuevo régimen jurídico para las infraestructuras de dominio público*. Montecorvo. Madrid. 2000. Pág.123.

¹³³ *Vid. Principios de Derecho Público...* Op. cit. Pág.609. Noción –la de servicio público concurrente o compartido- que asimismo identifica J.M GIMENO FELIU junto con el tradicional concepto subjetivo o estricto de servicio público, y que además se diferencia de los servicios públicos virtuales o impropios, en los que la Administración no asume la responsabilidad de su prestación, sino que únicamente reglamenta su prestación, *vid.* “Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea” en *RarAP*. Núm.5 1994. Págs. 142 a 156.

¹³⁴ *Vid.* “Die Auffassung der öffentlichen Dienstleistungen...” cit. Pág.216.

¹³⁵ Según DE LA CUÉTARA “la versión clásica de servicio público reposa sobre la *publicatio*, en la que se declara la asunción del servicio por los poderes públicos, de tal forma que se excluye la actuación en el sector afectado de cualquier título jurídico privado, que únicamente pueden entrar en la realización de ese servicio, de acuerdo con la voluntad de los poderes públicos”. Pero, en sus reflexiones DE LA

interpreta y modula el significado de tal declaración formal, la *publicatio*, explicando que lo único que implica es la transferencia de la titularidad privada, justificada en la necesidad, a la pública, o bien, en el caso de que se produzcan privatizaciones viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen de servicio público a través de la gestión privada de una determinada actividad, a lo que añade que la *publicatio* no implica atribuir al estado derecho real alguno¹³⁶, ello se acerca más al concepto de servicio público local, que al estatal, pues éste se vincula a la idea de titularidad y aquél a la de competencia.

Ante esta disyuntivas nuestra posición se sitúa al lado de interpretaciones más moderadas. Por ello entendemos que la *publicatio* de una actividad, y la consiguiente naturaleza de servicio público, tiene hoy en día -desde la perspectiva europea- la virtualidad de acentuar que tales actividades, aun en el marco de libre competencia que defiende la Unión Europea, pueden verse condicionadas por disposiciones particulares – las obligaciones de servicio público- debido a sus características, a su misión especial de interés general, lo que permite que el Estado -que es el competente para definir en cada caso cuál es el interés general y como se satisface el mismo en su ámbito¹³⁷- se

CUÉTARA destaca como la *publicatio* no puede predicarse de forma global sobre todo el servicio, sino que afecta a determinadas actividades de un servicio, pues tomando como ejemplo el caso de los transportes, explica como este sector se divide en aéreo, marítimo, y terrestre, y dentro de cada rama puede existir actividades públicas y privadas. De todo ello concluye que “debemos pensar en términos de prestaciones que hay que garantizar y no de titularidades o reservas sobre sectores completos de actividad”. Siguiendo con la aclaración de sus posturas determina más claramente y como recordatoria de qué acepción de “servicio público” es a su parecer la más adecuada, como también reconoce VILLAR PALASÍ (vid. “Prestaciones sanitarias. Catálogos, problemas de su configuración normativa” en *La gestión de los servicios sanitarios. Modelos alternativos*. Actas del II Congreso “Derecho y Salud” de la Asociación de Juristas de la Salud. Pamplona. Diciembre. 1994, publicadas por el Gobierno de Navarra. Pamplona. 1995. Págs. 125 y ss.), que actualmente puede encuadrarse bajo la categoría que venimos examinado las prestaciones concretas, de carácter básico, universal, y garantizadas mediante el poder ejecutivo. Vid. “Tres postulados para el nuevo servicio público” en *El nuevo Servicio Público*. AA. VV. Madrid. 1997. Págs. 158 y ss. Por otra parte J.L.VILLAR EZCURRA entiende que se está produciendo una sustitución de la *publicatio* por la *ordenatio* de forma que la supremacía de los poderes públicos no se fundamenta en la titularidad, sino en el control del interés general, vid. *Derecho administrativo especial: administración pública y actividad de los particulares*. Civitas. Madrid.1999. Págs. 224 y ss.

¹³⁶ Vid. “Tendencias actuales y proyección futura del Derecho Administrativo argentino” en *DA*. Núm.269-270. 2004. Págs.418 y ss.

¹³⁷ Concepto que debe ser definido por cada Estado, que debe fijar qué actividades son, según sus objetivos de política económica y las concepciones del momento, de interés económico general. Ello supone, además, que debe existir un acto del poder público en el que se encargue a una empresa de la realización de dichos servicios de interés económico general. No obstante la designación nacional que acabamos de describir, la discrecionalidad en la calificación por el Estado miembro no es absoluta, sino que está bajo control de las Instituciones comunitarias, cuya interpretación –que da lugar a una excepción en el Derecho comunitario- ha variado desde posiciones más estrictas a otras más flexibles, como la mantenida en la STJCE, *Corsica Ferries*, de 18 de junio de 1998, Caso 266/96, aparte de las ya conocidas Sentencias *Corbeau* y *d’Almelo*, vid. ORTIZ VAAMONDE, S. *El levantamiento de velo en el Derecho Administrativo*. La Ley. Madrid. 2004. Págs. 264 y 265.

haga cargo de las mismas reservándose las o que las regule de manera estricta para asegurar que el servicio se presta en el sentido de servicio universal de manera continua, regular, con calidad y a todos los ciudadanos. Ello significa que se mantiene el mercado, pero se es también consciente de sus fallos y de que determinados servicios requieren de una flexibilidad justificada y proporcionada en la aplicación de tales premisas. Lo que debe tenerse en cuenta es que en los tiempos en que vivimos no puede seguir manteniéndose una *publicatio* general como ocurre en el caso del agua, sino que como ocurre ya en otros sectores como la electricidad o el ferrocarril deben realizarse, en todo caso, *publicatio* parciales para aquellos aspectos realmente esenciales y donde no quepa la competencia.

El instrumento clave en el devenir de los servicios públicos fue la aprobación del Acta Única Europea, en 1986, cuyos postulados de libre circulación de personas, mercancías y servicios en el territorio comunitario, presididos por la libertad comercial no favorecen, ni mucho menos, a los servicios públicos en su acepción tradicional, sino que más bien los reduce a su consideración como excepción dentro de las políticas comunitarias de acuerdo a lo dispuesto en el art.86.2 TCE¹³⁸. Vamos por ello a referirnos de manera constante a la reelaboración de la expresión “servicio público” que deberían sustituirse a nivel nacional por las expresiones equivalentes adoptadas por el Derecho comunitario para conseguir de este modo una mayor unidad y fácil comprensión del ordenamiento jurídico de los diferentes Estados miembros y cuando así lo exija la Comunidad la correcta liberalización e introducción de competencia en los sectores para ello escogidos, por otras denominaciones que permiten una mayor libertad de ejecución en el cumplimiento de los fines de interés general y posibilitan la intervención de los particulares en su ejecución.

El papel que se proclama del Estado lo define pues no como interventor o prestador, incluso mero regulador –en el sentido liberal–, sino como un Estado garantizador de que se ofrecen, por igual, unos servicios esenciales a todos los ciudadanos, con los que está estrechamente unido y comprometido, y con este fin en ocasiones asistimos a la mera posición de regulador¹³⁹, pero en otras el Estado, además de regular, debe mantener cierto grado de responsabilidad como es el caso de los

¹³⁸ Vid. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. “Perspectivas ...” cit. Pág. 65.

¹³⁹ Es lo que se conoce como “staatliche Garantienstellung”, categoría que impulsa actualmente el Derecho alemán administrativo como eje de su reforma. Vid. SEIDEL *Privater Sachverstand...* Op.cit. *in totum*.

servicios relacionados con el agua. BASSOLS COMA señala el consecuente desplazamiento del renovado concepto de “servicio público” a favor de la privatización de las formas gestoras y de la financiación pública de las actividades económicas gracias a inversiones privadas, como se ha promovido en el sector hídrico mediante la Sociedades estatales de agua y los contratos de concesión de obras hidráulicas. Además de esta afirmación, mayor importancia, por su prontitud, presenta la reflexión que él mismo realiza al señalar cómo las tendencias neoliberales surgidas en los años setenta van a recurrir también al “servicio público” como una forma de justificar el nuevo papel planificador del Estado en la economía¹⁴⁰.

Se trata, en conclusión, como se advierte desde las corrientes germanas y española, no de cuestionarse la existencia del Estado sino de cuestionarse su papel, su funcionalidad, o como MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ explica “la era privatizadora puede significar una redefinición del Estado social poniendo más el acento en el adjetivo que en el sustantivo que llevase a un Estado cooperativo y garantizador, que actúa mano a mano con la Sociedad, no basado en la confrontación ni en la sustitución, sino en la complementariedad”. En esta línea, la necesaria asunción de prestación de servicios públicos, junto con tareas de organización, coordinación, incentivación e intermediación en las actividades sociales y privadas, sí provoca la sustitución de la forma típica de actuar de la Administración a través de actos unilaterales de *imperium* por convenios y acuerdos¹⁴¹, concesiones o colaboración público-privada cada vez con una mayor relevancia. Así, pues, la transformación del Estado influye en la transformación de la Administración en favor de tareas de planificación, previsión, armonización... que llevan a considerar también a la Administración como el sustrato garantizador de la vida social, basada en relaciones bidireccionales, con un complejo conjunto de derechos y deberes recíprocos entre los ciudadanos y la Administración.

¹⁴⁰ Vid. El artículo fue publicado en 1977 en *RAP*, Núm. 84 “Servicio público y Empresa pública: reflexiones sobre las llamadas Sociedades estatales”. Pág.29.

¹⁴¹ Vid. DE LOS MOZOS TOUYA, I.M. “La gestión indirecta de los servicios públicos locales” en *REAL*. Núm.291. 2003. Pág.767, quien dentro de la gestión indirecta de los servicios públicos locales incluye la técnica de los convenios entendidos como contratos interadministrativos de cooperación, de acuerdo con lo dispuesto en el art.57 LRBRL. Considera la autora que para que puedan celebrarse estos convenios es necesario que se trate de algunas competencias no exclusivas, compartidas y abiertas o indistintas de las Corporaciones Locales, con respecto a las otras Entidades públicas estatales o autonómicas. Se aclara que son competencias compartidas aquéllas que consisten en distintas funciones sobre las mismas materias, como es el caso del servicio público de viajeros; por otra parte competencias abiertas o indistintas son las que consisten en las mismas funciones sobre las mismas materias, caso de los servicios culturales. Más ampliamente sobre esta diferenciación, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...* Vol. I. 2002. Págs. 419. y ss; SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo...* Op.cit. Págs. 244 y ss.

Como comentábamos, al acudir al ámbito europeo, sobre todo a partir de 1987 fecha en que entró en vigor el Acta Única Europea, no podemos seguir hablando de “servicio público”¹⁴² tal y cómo hemos hecho hasta ahora, en cuanto a su régimen jurídico. Además, hemos de tener presente que el impacto de esta transformación no ha sido homogéneo en el ámbito de la Unión Europea, pues como es sabido, frente a países con una doctrina tradicional del servicio público, como Francia y España, otros desconocen este concepto, caso de Alemania, aunque el sustrato, la esencia, del “servicio público” no es, por ello, desconocido¹⁴³. De hecho, Europa no ignora su contenido, ni tampoco su existencia¹⁴⁴, sino que establece una nueva designación, la de “servicios de interés económico general” a los que se imponen determinadas obligaciones de servicio público, excluidos de la libre competencia según lo dispuesto en el art.86.2 TCE, expresión que está llamada a sustituir a la clásica configuración de los servicios públicos con el fin de establecer una idea válida en todo el entorno comunitario, como señala BALLESTEROS FERNÁNDEZ¹⁴⁵. Es loable el gran paso que esta

¹⁴² Si bien, el concepto de “servicio público” no aparece en los textos normativos fundamentales de la Comunidad, sí existió en 1994 un *Proyecto de Carta Europea de Servicios Públicos* en respuesta a la imperfección del mercado y a la posibilidad de que las liberalizaciones de servicios causasen más efectos perjudiciales que positivos para los usuarios. En este Proyecto se reconoce la facultad interventora de la Administración en la satisfacción de una serie de necesidades, haciendo uso para ello de los servicios públicos.

¹⁴³ Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El Derecho Administrativo...* Pág.398. También VILLAR PALASÍ apunta como la normativa comunitaria evita cuidadosamente términos como concesión o el propio de Servicio público o el de usuario del mismo, prefiriendo el de consumidor o libertad real del mercado, en parte porque países como Gran Bretaña, Rumania, Holanda o Dinamarca han construido su Derecho de espaldas a la categoría del *régime administratif* del Servicio Público, vid. “Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales” en *Administración Instrumental...* Vol.I. Op.cit.Pág.152. Sobre el significado de la noción de servicio público en los diferentes países europeos, donde se cita Francia, Italia y España como ejemplos donde este concepto es piedra angular de su ordenamiento jurídico, frente a países como Gran Bretaña, Alemania y los Países Bajos, en los que prácticamente se desconoce esta terminología, vid. CEEP. *Europe, concurrence et service public*. Masson. Paris. 1995. Págs. 12 a 16.

¹⁴⁴ Al respecto afirma DE LA CUÉTARA que “ninguna sociedad contemporánea puede prescindir de los servicios públicos” en *El nuevo Servicio...* Op. cit. Pág. 66.

¹⁴⁵ Más exactamente BALLESTEROS dice que “aunque en el Tratado europeo no se aluda a los servicios públicos, el concepto de servicio de interés económico general, excluido de las reglas de la libre competencia, coincide con el concepto de servicios públicos esenciales de carácter monopolístico”. Esos servicios de interés económico general se definen por una serie de notas: la dominación de la empresa por la Administración pública a la que se ha asignado el cumplimiento de una misión económica, y, que se trate de una actividad que satisfaga una necesidad colectiva, que no puede prestarse en el marco de libre competencia, sino que exige el monopolio de su prestación por parte de la Administración. Estas notas son ampliadas tras la Sentencia *Corbeau* (de 19 de mayo de 1993) que suma la necesidad de que el servicio se preste a favor de todos los usuarios de un ámbito geográfico, sin tener en cuenta sus circunstancias particulares, con tarifas uniformes. Sobre el cumplimiento de una misión económica específica es ya clásica la Sentencia *d’Almeida*, de 27 de abril de 1994. Vid. “Los servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal” en *REAL*. Núm.291. 2003.Pág. 95 y 96. También E, LINDE PANIAGUA dice

nueva perspectiva ha supuesto para el desarrollo del Derecho Administrativo y la adaptación de nuevas formas de organización y gestión del sector público enmarcado, a partir de ahora, en un régimen competitivo de libre mercado, donde la salvedad se produce cuando la competencia se ve limitada en algunas de sus actividades, como establece el art.86.2 TCE. La Administración pasa así de una intervención desde una posición “interna” a una transformada regulación “externa” del servicio¹⁴⁶.

Siguiendo el orden cronológico de su aparición en la normativa comunitaria, hemos de aludir a la introducción de varios conceptos, que ya han aparecido puntualmente en capítulos precedentes.

Hemos hecho así referencia ya al art.16 TCE¹⁴⁷ que recoge expresamente la categoría de “servicios de interés económico general”¹⁴⁸ a los que eleva a un rango superior designándolos como un elemento de perspectiva de la Unión Europea, marcados por la solidaridad del sistema organizativo comunitario, que presentan, sobre todo, repercusiones desde un punto de vista programático, pues crean una obligación de resultado, esto es, se deja libertad a los Estados en la elección de los instrumentos para la garantía de estos intereses, pero obligando a conseguir el objetivo por ellos

“... en modo alguno puede afirmarse, a la vista de los citados preceptos, que los servicios públicos tengan los días contados en la Unión Europea. Ya que por el contrario puede afirmarse que el principio general de prohibiciones de restricciones a la libre prestación de servicios, que proclama el artículo 49 TCE, tiene un límite infranqueable en los artículos 16 y 86 de TCE, esto es, en los servicios públicos”, *vid.* “La retirada...” cit. Pág.35.

¹⁴⁶ Que han supuesto, como señala A.MOLINA GIMÉNEZ, que la Administración se vea apartada de su tradicional posición de titular exclusivo de la actividad, quedando afectados los servicios públicos que se someten a condiciones de concurrencia. *Vid. El servicio público de abastecimiento...* Op. cit. Pág.170.

¹⁴⁷ Este art.16, incorporado por el Tratado de Ámsterdam al Derecho originario, dice: “Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.” Debemos señalar que en la Declaración 13 sobre el artículo 7D del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea -el actual artículo 16- se equipara la noción de “servicio de interés económico general” y la de “servicio público”, que se regirán por los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad, *vid.* LINDE PANIAGUA, E. “La retirada de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos” en *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Núm.7. 2004. Pág. 35 y la nota 11.

¹⁴⁸ Esta terminología responde de manera clara a la influencia francesa pues el “servicio público” es un concepto determinante en el entendimiento de su regulación. Ante la inadaptación del clásico concepto en el ámbito supranacional de la Unión, la doctrina francesa propone este término de “servicios de interés económico general” en el cual identifican su “servicio público”. *Vid.* MIGUEZ MACHO, L. *Los servicios...* Op.cit. Pág.102; BELLOUBET-FRIER, N. “Service public et droit communautaire” en *L'Actualité juridique-Droit administratif*. Núm. 4.1994. Págs. 270 y ss; Y de manera general el número 2, 1995, de la *Revue française de droit administratif. Le service public et la construction communautaire*.AA. VV.

perseguido. Esta declaración inicial, es precisada en cuanto al campo de aplicación por el art.86 del Tratado CE que se refiere a las empresas encargadas de la gestión de los llamados “servicios de interés económico general”¹⁴⁹, que quedan también sometidas a las normas sobre competencia *en la medida en que esas normas no impidan el cumplimiento de hecho o de derecho de la misión específica a ellas confiada*. La interpretación de la excepción fue inicialmente objeto de consideraciones restrictivas adoptándose una posición con un marcado talante liberal que, de haber seguido así, hubiera llevado, en palabras de SOSA WAGNER, *al entierro a medio plazo del sector público en el cementerio de la Comunidad, privado por supuesto*¹⁵⁰. De ahí que se predique por el Tribunal Europeo de Justicia posiciones más matizadas en las últimas décadas, reflejadas en las decisiones de los casos *Poucet et Pistre*¹⁵¹, *Corbeau*¹⁵² y reiterada de nuevo en la Sentencia *Commune d’Almelo*¹⁵³ que muestran una apertura en el sentido de que en ocasiones se entiende que sí es necesaria una limitación de las reglas de la libre competencia en aras a la consecución del interés general, interés que se valorará según la interpretación del Tribunal.

Para facilitar esta cuestión, de carácter objetivo, el propio Tribunal, como apunta MIGUEZ MACHO, ofrece pautas que de manera orientativa permiten limitar la libre prestación de servicios de interés económico general si dichas limitaciones son necesarias para el cumplimiento de la misión confiada al ente gestor, como exige el artículo examinado. Para ello distingue el Tribunal entre servicios universales y servicios de valor añadido, de manera que sólo los primeros caerían bajo el espectro de la excepción del art.86 TCE, mientras que los segundos deberán ser liberalizados. Vistas

¹⁴⁹ Terminología que en sustitución de concepto de “servicio público” también recoge la Constitución Europea en el art.III-122.

¹⁵⁰ *Vid. La gestión...* Op.cit. 2004. Pág.67.

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, de 17 de febrero de 1993, en relación con el servicio público de la Seguridad Social.

¹⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, de 19 de mayo de 1993, sobre el monopolio postal belga. *Vid. ARIÑO, G.*, “Significado actual de la noción de servicio público” en *El Nuevo...* Op. cit. Págs. 35 y 36. Tras la decisión del Tribunal ya no se considera como requisito necesario para la aplicabilidad de la excepción de art.86.2 TCE que la actividad excluida de la aplicación del Tratado se trate de la prestación de un servicio vinculado a la idea de una misión especial, es más el Tribunal acepta que empresas encargadas de la gestión de servicios públicos puedan extender éstos a sectores complementarios, de manera que es factible que se restrinja la entrada de empresarios privados, *vid. SANDMANN T. Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld ...* Op.cit. Pág.106. También SOSA WAGNER, F. “Los servicios públicos en Europa” cit. Pág. 104.

¹⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, de 27 de abril de 1994, Caso C-393/92, sobre el suministro de electricidad a un determinado territorio, la región *d’Almelo*. En cuanto al comentario de este caso *vid. nota anterior*, así como SOSA WAGNER, F., en *Los servicios...*Op. cit. 2004. Pág.73.

estas matizaciones y siguiendo al autor anterior, los casos de monopolios naturales - como lo son los de los servicios de saneamiento- deben someterse a una revisión profunda, ya que se tratan de sectores en los que existen pocas oportunidades de competencia y las actividades desarrolladas tienen una gran influencia en la Sociedad, lo que obliga a los poderes públicos a establecer regulaciones y obligaciones estrictas sobre todo de aspecto ambiental y económico¹⁵⁴. Pues ya no de manera global todo un sector monopolístico va a ser objeto de excepción de la libre competencia, sino que es obligatorio *diversificar las diferentes prestaciones comprendidas en el seno de cada servicio*¹⁵⁵. Así, sólo deben mantenerse bajo la noción estricta de servicio público, excluidas pues la competencia, aquellas prestaciones mínimas que requieran de un disfrute igualitario y general, es decir, universal, a las que se añade aquellas otras que a pesar de contar con un inescindible carácter económico garanticen la viabilidad de aquellas básicas. Estas aseveraciones van a ser de gran utilidad cuando tratemos las posibles soluciones de modernización aplicables al servicio local de saneamiento de las aguas residuales, pues estos servicios cuentan con el plus de que son prestaciones que se satisfacen por red, al igual que sectores como el ferrocarril, circunstancia que dificulta su liberalización por lo que en este caso tendremos también que distinguir entre el régimen jurídico de la red, servicio esencial, y la gestión de la actividad económica que sobre ella se realiza, lo que lleva a distinguir entre la concesión de servicio público y de obra pública¹⁵⁶, o en terminología de derecho de la competencia de *unbundling* (u ofrecimiento desagregado de servicios para que haya competencia en el mercado)¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Vid. LÓPEZ MILLA, J. “Regulación y competencia...” cit. Pág. 393.

¹⁵⁵ En este sentido WOLF, D., *vid.* “La réforme des services publiques...” cit. Pág. 15.

¹⁵⁶ Vid. *Los servicios públicos...* Op. cit. Págs.100 y 101.

¹⁵⁷ De nuevo D.WOLF ofrece un resumen sobre la liberalización de los llamados “monopolios naturales” relatando el modelo americano de las “essential facilities doctrine”. Según esta doctrina el legislador establece un instrumento que permite abrir las redes a la competencia, pues en su legislación *antitrust* se controlan posibles posiciones de abuso mediante el aseguramiento del acceso necesario de terceros a las infraestructuras esenciales, las llamadas “essential facilities”. Se obliga pues al propietario de una infraestructura a abrir sus redes a terceros, siempre que se cumplan cuatro condiciones esenciales: el propietario ejerce el control monopolístico de una infraestructura esencial y opera él mismo en el mercado con una posición de aval, por tanto sólo el monopolista tiene interés en rechazar el acceso de otras empresas o en imponer condiciones de acceso discriminatorias. El segundo criterio de aplicación de esta doctrina es que exista un tercero que desee operar en el mercado en una posición de aval de la infraestructura esencial y se da la imposibilidad, de ahí que se trate de monopolios naturales, de duplicar la red. En tercer lugar la autoridad de la competencia puede intervenir cuando el monopolista rechace la apertura de la red a los terceros competitivos en condiciones equitativas. Y finalmente, la cuarta y última condición de esta doctrina es que el acceso de terceros a las redes sea técnicamente posible. Vid. “La réforme de services...” cit.Págs. 16 y 17. También para el supuesto del suministro de agua potable a la población plantea para Suiza J.FURRER la posibilidad de introducir competencia a través de la separación

Fuera de las referencias anteriores, de carácter normativo, con el propósito de reconocer la plusvalía de los servicios de interés general la Comisión elaboró, como hemos ya visto, la Comunicación “Los servicios de interés general en Europa” (1996¹⁵⁸). A partir de este instrumento se definen estos servicios y los criterios de aplicación de las normas de competencia en ese ámbito, que se refieren a la garantía de un estándar mínimo de servicios a los que todos tienen derecho¹⁵⁹, concretado ese estándar en las “obligaciones de servicio público” que serán diferentes y adecuadas a cada sector en concreto, cosa que a la par implica que no todo un sector debe ser declarado como servicio público, sino que con la aplicación de las cargas de servicios público éstas pueden acotarse y aplicarse a algunas tareas dentro de aquél.

Más detalladamente, esta Comunicación considera que existe una categoría general, como señala el propio título, los “servicios de interés general” que engloba a los intereses de la colectividad ejercidos en virtud de un mandato público y que están sujetos por tanto a cargas y/u obligaciones particulares, cuya misión es garantizar a cualquier lugar un servicio de calidad a un precio accesible para todos, incluyéndose entre sus misiones la de la protección del medio ambiente. De éstos, aquellos calificados de “económicos” aluden a la existencia de una retribución, como puede ser el caso de los servicios ofrecidos por las redes de transportes, de energía o telecomunicaciones. La obligación de garantizar estos servicios de carácter general requiere ofrecer una determinada calidad y precios accesibles a cualquiera, en condiciones de transparencia en cuanto a modalidades de gestión y tarifas se refiere, continuidad, igualdad y financiación integral, condiciones que serán controladas por la Administración. De esta forma al Estado no se le reservan ya una serie de tareas o funciones en exclusiva, sino que precisamente su tarea va a ser establecer la reglamentación de esas obligaciones, reglamentación que tendrá un carácter abierto dándose cabida, bajo una serie de requisitos y controles o autorizaciones, a distintos operadores, no necesaria y

en sentido vertical de este monopolio natural. Para ello diferencia el autor diferentes niveles, así se habla de la obtención del agua (*Gewinnung*), la preparación (*Aufbereitung*), el transporte (*Transport*), su almacenamiento (*Speicherung*) y su distribución a través de la red (*Verteilung-Netzwerk*), de todas las fases anteriores se identifican como adecuadas para la introducción de la competencia las cuatro primeras, si bien en el caso del transporte y debido a la necesidad de unas vías esta competencia está en cierta medida limitada, *vid. Möglichkeiten und ökonomische Zweckmäßigkeit einer Privatisierung und Regulierung der Trinkwasserverorgung*. Difo-Drick GmbH.Bamberg. 2004. Págs. 92 y ss.

¹⁵⁸ DOCE C, nº 281/3, de 26 de septiembre de 1996. Modificada por la Comunicación de la Comisión de 2000. DOCE, C, 17, de 19 de enero de 2001

¹⁵⁹ *Vid. ARIÑO, G., en El nuevo Servicio... Op. cit. Pág.31.*

exclusivamente públicos, en conexión con el art. 86 del Tratado. La trascendencia de esta Comunicación radica en el reconocimiento que hace no sólo de los servicios de interés general y universal, sino también de los de carácter regional o local, que posteriormente se destaca por el Dictamen emitido por el Comité de las Regiones el 14 de abril de 1997 “*el papel de las autoridades locales y regionales en los servicios públicos*”.

Por último, tomada del *Libro Verde sobre el desarrollo de un mercado único para los servicios y equipamientos para las telecomunicaciones*, de 1997, nos topamos con la expresión de “servicio universal”, que complica aun más el panorama conceptual. No obstante viene a facilitar su comprensión la referencia que éste hace a sectores estratégicos, determinando su contenido la existencia de unas exigencias indispensables y mínimas que responden a las necesidades vitales de los individuos, por ello su aplicación es frecuente en el sector sanitario, postal, el agua potable, la energía... y dentro de ellos se aplica a determinadas actividades que normalmente son poco rentables, hecho que plantea por otra parte problemas de financiación.

La Carta de los derechos fundamentales, de 7 de diciembre de 2000 –hoy parte de la Constitución Europea-, respalda de nuevo la categoría clave de los “servicios de interés general” al destacar como “la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios..., tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitucional de la comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión” (art.36).

C).Las propuestas europeas contemporáneas sobre el significado de servicio público europeo

Ya más recientemente destacan un conjunto de instrumentos que tratan de especificar y concretar la gran variedad de nomenclaturas y de regímenes jurídicos surgidos hasta el momento para designar la tradicional idea de “servicio público” de algunos países y que conforman las propuestas europeas contemporáneas acerca de los *servicios públicos*.

Por la puesta al día y la clarificación de conceptos y terminología que supone en el ámbito comunitario nos parece interesante realizar un análisis pormenorizado de la Comunicación sobre “los servicios de interés general en Europa” de 2000, para entender

las nociones que debemos manejar hoy en el seno de la Unión Europea cuando nos referimos a la idea de “servicio público”.

La Comisión, de nuevo en el año 2001 y con el objetivo de actualizar la Comunicación de 1996¹⁶⁰, elaboró una Comunicación sobre “los servicios de interés general en Europa”¹⁶¹, con un doble objetivo: aclarar las funciones de los distintos niveles de poder públicos, y, desarrollar en mayor medida el marco europeo relativo al buen funcionamiento de los servicios de interés general, de acuerdo con el art.16 TCE. Todo ello bajo una serie de principios y objetivos entre los que se encuentra la protección, a nivel más elevado, del medio ambiente.

En cuanto a la clarividencia de los conceptos propuestos este Instrumento diferencia en primer lugar el de “servicios de interés general”, servicios que no se dejan *al albur del mercado*, según MALARET GARCÍA¹⁶², sino que se determinan por los Estados, que tienen bastantes posibilidades -como se encarga de recordar la Comisión en su Decisión de 29 de septiembre de 1999 sobre el asunto NN 88/98 BBC News¹⁶³- para compaginar los requisitos de interés general con los principios de competencia y mercado interior que dispone el art.86.2 TCE. A continuación se diferencia los “servicios de interés económico general” de los “servicios ordinarios” y los define como aquellos que los poderes públicos consideran que deben prestarse, aun cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlos¹⁶⁴. Para ello los poderes

¹⁶⁰ Punto I de la Introducción de la Comunicación de 2000.

¹⁶¹ Publicada en el DO C, Núm. 17, de 19 de enero de 2001. Págs.4 y ss.

¹⁶² Vid. “Servicio público...” cit. Pág.579.

¹⁶³ DO C 78, de 18 de marzo de 2000. Págs. 6 y ss.

¹⁶⁴ Reconocidos en el art.36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000: *L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.*

Entiende SOSA WAGNER que los servicios de interés económico general (SIEG) se traducen en el lenguaje comunitario en la idea de *servicio universal*, que según el profesor responde a la tradicional noción de servicio público, de manera que entendemos que servicios de interés económico general y servicio público serían sinónimos, *vid.* “Privatización de los...” cit. Pág.103. Esta equiparación, sin embargo, la encontramos excesivamente amplia en tanto que la aplicación de esta denominación, servicio universal y la de servicios de interés económico general no designa, en primer lugar, la misma realidad. Así, el servicio universal es una categoría general, dentro de la cual se incluyen éstos últimos. Pues los primeros se definen como “un concepto que designa un conjunto de requisitos de interés general que garantizan que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad especificada, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio de un Estado miembro con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible”. Mientras que los segundos se precisan como “aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio

públicos pueden establecer en forma de obligaciones de servicio público diversas prestaciones de servicio concretas para así satisfacer las necesidades de interés general. Se explica en la Comunicación que los “servicios de interés económico general” son el caso clásico de imposición de obligaciones de servicio universal¹⁶⁵, lo que implica la obligación de prestar ciertos servicios en todo el territorio a precios asequibles y en condiciones similares de calidad, con independencia de la rentabilidad¹⁶⁶, y también que en el cumplimiento de dichas obligaciones se concedan derechos especiales o exclusivos o que se instauren mecanismos específicos de financiación. Esta apreciación es determinante en tanto el Punto 28 de la Comunicación la Comisión recuerda que la aplicabilidad de la excepción del art.86.2 TCE es en relación con los “servicios de interés económico general”, y no sobre los “servicios de interés general”, renovando una vez más la consideración, que hemos destacado para los ámbitos nacionales de que aquellas potestades que suponen ejercicio de autoridad quedan en todo caso excluidas de criterios económicos¹⁶⁷, consideración que podemos hacer extensible a la excepción de que sean satisfechas por personas privadas. Por ello, y a pesar de que supone un concepto más amplio y global que nuestro entendimiento de servicio público, el concepto de “servicio de interés económico general” puede ser aceptado por todos los Estados Miembros¹⁶⁸, y es el único al que consideramos que puede *equipararse* nuestros

de interés general. En consecuencia, nos parece más acertada con nuestras posiciones la interpretación del profesor en su ya clásica obra “La gestión de los servicios públicos locales”, en su versión de 2004, cuando señala que tras el Tratado de Ámsterdam (1997) se “avaló de una forma clara la acogida en el seno de la Unión de la vieja idea del servicio público” cuando se alude en la nueva redacción del Tratado “al lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión”, *vid. Op.cit.* Págs. 73 y 74.

¹⁶⁵ Por servicio universal se entiende el conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tienen acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible. (Definición extraída del Anexo II de la Comunicación de 2001).

¹⁶⁶ La propia Comunicación remite a la ya citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en concreto al asunto C-320/91 *Corbeau* (1993) y al asunto C-393/92 *d’Almeida* (1994), donde se reconocen estos conceptos.

¹⁶⁷ *Vid.* SOSA WAGNER, F. “Los servicios públicos en Europa”, cit. Pág. 101; “Servicio público y papel ...” cit. Pág. 128.

¹⁶⁸ Pues como señala DIEZ-PICAZO la decisión de introducir una expresión de nuevo cuño respondió al deseo de dar vida a un concepto jurídico autónomo, propio del derecho unitario. *Vid.* “La idea de servicios de interés económico general” en *REDE*. Núm.2. 2002. El profesor T.R FERNÁNDEZ entiende que “Europa tenía que utilizar, por lo tanto, necesariamente una terminología diferente capaz de comprender esas dos tradiciones (la tradición de la vía *publicatio* formal de actividades y la de la regulación de actividades) distintas. Y tenía que hacerlo, como es natural, en la línea de su propia lógica, que fue desde la primera hora la de la libertad...”, *vid.* “Del servicio público...” cit. Págs. 63 y ss. En el mismo sentido E. MALARET GARCÍA destaca al respecto que “la integración no podía realizarse sobre conceptos propios de tradiciones jurídicas nacionales”, *vid.* “Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local” en *REAL*. Núm. 291.2003. Pág.581, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L: “Servicio público, servicio universal ...” cit. Pág. 32; También la profesora M^aJesús

servicios públicos, en general, porque son los que están excluidos de las normas del Tratado y por tanto permitirían mantener en parte las especialidades propias de cada Estado Miembro, si bien también entendemos que son los que posibilitan el desarrollo y actualización del concepto. Finalmente en este documento se propone a la Comisión que realice una lista de aquellos servicios de interés general, pero en este caso de carácter no económico. Destacando en todo caso la importancia de los servicios de interés general, a los que sitúa en la base del modelo europeo de sociedad.

A esta Comunicación y a una serie de informes por parte de la Comisión le siguió la publicación presentada por la Comisión del *Libro Verde sobre los servicios de interés general* (2003)¹⁶⁹ y a la presentación, como prolongación de anterior, del denominado *Libro Blanco sobre los servicios de interés general* (2004)¹⁷⁰.

Este último documento ofrece nuevamente una aclaración de conceptos que por su trascendencia entendemos necesario reflejar aquí como conclusión y cierre, de momento, del debate a nivel europeo sobre la nomenclatura de los servicios públicos. Así por “servicios de interés general” se entienden aquellos que abarcan a los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público. Con un sentido más restringido los “servicios de interés económico general”, que aparecen en el art.16 y en el art.86.2 del Tratado, designan aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud del criterio de interés general. Entran en esta denominación los servicios prestados en grandes industrias de redes como el transporte, los servicios postales, las comunicaciones y la energía, aunque ésta no es una lista cerrada, sino que cabe incluir también otras actividades económicas sometidas a obligaciones de servicio público. La expresión “servicio público” difiere de las dos

MONTORO CHINER equipara la antigua idea de servicio público, de origen francés y vigente en nuestro ordenamiento jurídico, con la denominación de “servicios de interés económico general”, *vid.* “Instituciones y técnicas de Derecho Administrativo afectadas por la jurisprudencia europea” en el *IX Semanario Conjunto* “Problemas de actualidad del Derecho público en el proceso de europeización”, celebrado en Speyer el 18 de noviembre de 2005. Ponencia facilitada por la autora. Pág.26;

¹⁶⁹ COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003. Este Libro ha sido objeto de varios pronunciamientos, como el Dictamen del Comité Económico y Social presentado en su sesión de 11 de 2003, o la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de enero de 2004, en el cual se reconoce positivamente el valor de este Instrumento.

¹⁷⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004, titulada “Libro Blanco sobre los servicios de interés general” (COM/2004/0374 final), todavía no publicado en el Diario Oficial.

anteriores que se califica de ambigua y confusa puesto que puede referirse a un servicio que se ofrece al público en general, a un servicio al que se le ha asignado una misión específica de interés público, o también es posible que con ella se indique un régimen de propiedad determinado o al estatuto de la entidad que presta el servicio, razones que justifican la no inclusión de esta denominación en el seno europeo. Las “obligaciones de servicio público” aluden a obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, obligaciones que pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria. Finalmente se define otro concepto, no menos polémico, como es el de “empresa pública”, que según la Comisión precisa el régimen de propiedad del proveedor de un servicio que, recordemos, no diferencia si es público o privado, pues todos están sujetos a los mismos derechos y obligaciones.

Las principales conclusiones que pueden extraerse de ambos instrumentos, el Libro Verde y el Libro Blanco, es la determinación de considerar un pilar fundamental de la Unión a los “servicios de interés general” de los que se exige fomento y promoción, de manera que sean accesible a todos los ciudadanos y empresas en la Unión Europea.

En cuanto a cómo deben organizarse estos “servicios de interés general” se demuestra una clara línea aperturista, ya que ninguna restricción se establece a que puedan organizarse tanto basados en la cooperación con el sector privado, como con confianza plena bien en empresas públicas, bien en empresas privadas, para lo cual en estos últimos casos, sobre todo, y cuando se trate de misiones especialmente significativas se introducen como correctoras las “obligaciones de servicio público”, que no obstante las establece cada país para su propio ámbito de influencia, si bien está ante todo presente una responsabilidad compartida por la Unión y los Estados miembros en la salvaguarda de los “servicios de interés general”, según se desprende del citado artículo 1 TCCE, todo ello en el marco de mercados abiertos y competitivos, transparentes y seguros jurídicamente.

Se habla incluso de la necesidad de una Ley marco europea que encuentra su fundamento en el artículo III-6 de la Constitución Europea y que actuaría con una perspectiva integral de los “servicios de interés general” y no de manera sectorial, como ha venido ocurriendo, centrada en determinados sectores. Aunque en determinados ámbitos, como el agua, y se nos ocurre que basándose en el especial valor de los

recursos hídricos y su situación de escasez, el Parlamento se muestra contrario a una liberalización, en el sentido llevado a cabo en el sector del transporte o de las telecomunicaciones. No obstante como denuncia MALARET el concepto de “servicio de interés general” no aparece recogido en la actualidad ni en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ni en el derecho comunitario derivado, ni en la recientemente aprobada Constitución Europea, donde el elemento de referencia es el “servicio de interés económico general”, lo cual plantea la cuestión de si estamos ante conceptos similares o equiparables, o si ambas nociones se refieren a realidades y servicios diferentes, de las que se deduce tras lo expuesto que son claramente diferentes. Fruto de todas estas circunstancias, de origen europeo en gran parte, pero sin olvidarnos tampoco de la natural evolución interna del Estado, se proponen desde voces autorizadas la reformulación de la noción de “servicio público” como un medio para sosegar el panorama actual del Derecho Administrativo y conseguir a la vez responder a los restos impuestos por la consagración de la Unión Europea.

La encrucijada del nuevo servicio público pivota, en consecuencia, sobre dos extremos que deben armonizarse y regularse¹⁷¹:

1. Conseguir consolidar un mercado único europeo competitivo y eficaz, regido por la máxima de la igualdad entre agentes públicos y privados, y evitar posibles situaciones de abuso en los casos, principalmente, de monopolios naturales -caso del agua-.

2. Preservar de las corrientes transformadoras aquello que tanto esfuerzo ha requerido y que debe valorarse como un logro que no se puede renunciar, esto es, el bienestar de los ciudadanos, la satisfacción del interés general, que impulsó el Estado social¹⁷², asegurando una prestación básica o universal a todos los ciudadanos de la cual la Administración se presenta como garante o responsable.

Finalmente existen voces que hablan de un “servicio público europeo” en respuesta a la denunciada situación de falta de homogeneidad entre los Estados miembros y abriendo una posibilidad de dar cabida al tradicional concepto francés. Tomando como referencia el caso alemán S.GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ propone la

¹⁷¹ La idea de regulación como una respuesta a los fallos del mercado, que no actúa de manera perfecta es defendida por GONZÁLEZ SANFIEL en *Un nuevo régimen...* Op. cit. Pág.127.

¹⁷² Vid. SENDÍN GARCÍA, M.A. *Regulación y servicios públicos*. Comares. Granada. 2003. Prólogo. XIX.

adecuación de conceptos a fin de conseguir una aplicación extendida del art.86.2 TCCE al que define desde una perspectiva positiva como medio de lograr la “ciudadanía social de los europeos”, como una técnica de impulso del proceso de integración europea como un elemento de “cohesión social”, y como instrumento para la consecución de un mercado interior y de una red transeuropea, como bases de las políticas comunitarias¹⁷³.

D).Recapitulación sobre el “servicio público”

Se pretende con estas reflexiones, totalmente identificadas con el entorno cambiante en el que vivimos, superar los inconvenientes vigentes en algunos Estados miembros de falta de legitimidad ante la intervención de particulares en la realización de los servicios públicos.

Con las nociones que Europa ha acuñado y más aun con el significado de estas expresiones la situación del servicio público no es tan trágica como se ha descrito en tiempos anteriores¹⁷⁴. Los poderes públicos pueden así seguir manteniendo los servicios públicos tanto desde su formulación subjetiva, si así se estima conveniente, como objetiva, con todas las garantías, pues lo importante no es ya quién es el titular, sino la misión se asigna a esas actividades: garantizar a todos la satisfacción regular y continua, con un nivel de calidad determinado de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para la vida. En todo caso la *sustitución* por los particulares se supervisa por el Estado cuyo fin será la salvaguarda del interés general y la aplicación del principio democrático y del Estado de Derecho y en base a ello establece las obligaciones mínimas de servicio público¹⁷⁵. Se habla pues de una nueva forma de denominar desde Europa al “servicio público”, la de “servicios de interés económico general” referidos, como señaló M.VAQUER CABALLERÍA, no a servicios de carácter

¹⁷³ Vid. *Derecho Administrativo...* Op. cit. Págs. 431 y ss.

¹⁷⁴ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Del servicio público a la liberalización...” cit. Pág.59.

¹⁷⁵ Como reflexiona J.BARNÉS VÁZQUEZ: “está claro también que un servicio público, no tiene necesariamente que prestarse en régimen de monopolio y que además puede muy bien el Estado definir el contenido de la actividad que tiene que prestarse, garantizando que ésta efectivamente se presta, pero sin que tan siquiera tengan que ser operadores públicos los que la desarrollen. Esta es la idea en alguna medida recogida en el “principio de subsidiariedad” en el ámbito interno”, vid. “El principio de subsidiariedad y las regiones europeas: Las comunidades europeas” en *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*. Barnés Vázquez, J. (coord.). Civitas. Madrid. 1993. Págs. 509 y ss.

comercial en sí mismos, sino que tienen tal interés¹⁷⁶ y que por cumplir con misiones de interés general están sometidos a obligaciones específicas de servicio público, lo que permite reencontrar la *publicatio* en el Derecho comunitario, aunque eso sí de manera limitada; esta categoría puede también ser excepcionada del régimen de competencia del Tratado y justifica que ciertas actividades hayan estado y estén en manos públicas, consecuencia de su carácter específico, caso aplicable a los servicios relacionados con las aguas¹⁷⁷. Esta es la realidad: que hay objetivos que el mercado y la libre competencia no pueden alcanzar y a los que ninguno de los Estados miembros podían, ni pueden, renunciar, cualquiera que fuese la técnica o la forma con que se viniera enfrentando el problema de acuerdo con sus peculiares tradiciones¹⁷⁸.

De lo que se trata, pues, con esta barrera a las privatizaciones desenfundadas que supone la aceptación de los “servicios de interés económico general” y de la articulación de un posible régimen de excepción del mercado, es de establecer una nueva forma de intervención reguladora del Estado que se guíe, en todo caso, por la garantía del interés general y del disfrute real y efectivo de los derechos fundamentales. Pues se han planteado múltiples cuestiones en relación con los límites de estas operaciones liberalizadoras, y ello en relación con algunos hechos como las Administraciones de prestaciones constitucionales obligatorias, sobre las cuales ha de reseñarse que la Seguridad Social -del art. 41 C.E- es el único caso expreso de nuestro Texto Fundamental en el que se designa a los poderes públicos como los encargados de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos.

En todo caso y a pesar del remodelamiento del concepto de “servicio público” una serie de factores permanecen en el nacimiento de las nuevas intenciones, lo que ya voces autorizadas como la de F.SOSA WAGNER y L.PAREJO ALFONSO consideran un rescate de nociones tradicionales, de manera que el “servicio público es instrumento de reducción de la fractura social¹⁷⁹” y que el mismo “goza hoy de muy buena salud y

¹⁷⁶ Citado por L.PAREJO ALFONSO en “Servicios públicos y servicios de interés general...” cit. Pág. 62 y sobre lo que también advierte E. MALARET GARCÍA en “Servicio público, actividad económica...” cit. Pág. 597.

¹⁷⁷ Vid. SOSA WAGNER, F. “Servicio público y papel...” cit. Págs 129 y ss, y, J.TORNOS I MAS “Significació i conseqüències ...” cit. Págs. 7 y ss.

¹⁷⁸ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Del servicio público a la liberalización...” cit. Pág.64.

¹⁷⁹ Vid. SOSA WAGNER, F. “Servicio público y papel...” cit.Pág. 132.

experimenta...una verdadera clarificación y, por tanto, una recobrada trascendencia para la efectividad del orden constitucional en punto al *status* del ciudadano¹⁸⁰”, a saber:

1.Los poderes públicos crean las condiciones de seguridad y eficacia para la realización de los derechos humanos, por tanto a las Administraciones públicas les corresponde “el servicio objetivo a los intereses generales” contenido en el art. 103.1 C.E.

2.Los particulares a los que se les transfiere la ejecución de una “obligación pública” deben respetar y cumplir la regulación establecida mediante las “obligaciones de servicio público” y la garantía del acceso de todos a la prestación del servicio, en las condiciones requeridas.

3. El Estado además de garantizar, debe establecer un método de control. Esta premisa, responde precisamente a que dado el carácter vital de la protección del medio ambiente, la intervención pública es necesaria, pero lo es desde un segundo plano, en el sentido de que debe establecer un marco, es decir debe regular y posteriormente controlar que ese marco, esas reglas básicas, sean respetadas y cumplidas, y si fuere necesario que las hiciera cumplir.

I.2.2.Los recursos hídricos y las previsiones sobre la calidad de las aguas en la Unión Europea

En páginas precedentes hemos desgranando las diferentes normas europeas que establecen las condiciones económicas y de libre mercado que modifican las tradicionales concepciones de los servicios públicos y cuyas repercusiones para el régimen posterior del servicio público del saneamiento son imprescindibles. Corresponde en estos momentos desarrollar estas referencias, pero tomando como referencia el dato de su consideración como un servicio ambiental.

De estas normas nuestro interés se centra en determinados aspectos, entre ellos: cómo ha evolucionan el servicio de saneamiento y la mayor complejidad que presenta esta tarea en cuanto estándares de calidad a conseguir¹⁸¹, modernización de técnicas¹⁸² y

¹⁸⁰ Vid. L.PAREJO ALFONSO en “Servicios públicos y servicios de interés general...” cit. Pág. 67.

¹⁸¹ Sin embargo el concepto de “calidad” tampoco es un concepto unívoco, pues ésta se considera en función del empleo al que el agua se destina. BORCHARDT, J.A/ GRAHAM,W. “Calidad del agua” en AA.VV. *Control de calidad y tratamiento del agua*. Madrid.1975.Pág.15.

la necesidad de contar con una Administración más flexible y de una mayor intervención de los privados.

En el texto de la Constitución Europea la protección de los recursos naturales se convierte en uno de los objetivos a alcanzar enumerados en el art.I-3, desarrollándose ampliamente en el mismo Texto constitucional la protección del medio ambiente y las líneas a seguir por las políticas comunitarias ambientales (artículo II.97). Además, aparece la competencia sobre medio ambiente como una competencia compartida (art. I-4.2.f.). Todas estas previsiones se desarrollan en la Sección 5º destinada al “Medio ambiente” y es donde hemos de encuadrar la perspectiva europea en materia de saneamiento.

En cuanto al saneamiento de las aguas la principal y primera norma¹⁸³ que surge a colación es la Directiva 91/271, de 12 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas¹⁸⁴, a la que le ha seguido la Directiva Marco del Agua de 2000, todas ellas bajo el amplio espectro de los Programas de Acción de la Unión Europea que fijan los objetivos a alcanzar y las líneas a seguir en cuanto a la protección de los recursos hídricos.

I.2.1.1.Las primeras normas comunitarias en relación con el saneamiento de las aguas residuales

Como norma primigenia *indirecta* en materia de saneamiento de aguas residuales aprobada en el seno de la Comunidad Europea, en el marco del *I Programa de Medio Ambiente*, aprobado en 1973, citaremos la Directiva 76/160/CEE de Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño¹⁸⁵. Esta norma, dictada con el fin de reducir y prevenir la contaminación de las aguas de baño, requiere que dichas aguas respeten unos criterios mínimos de calidad que los Estados miembros

¹⁸² Vid. GARCÍA DE COCA. “El servicio público local...” cit. Pág.673.

¹⁸³ No obstante, la preocupación de la Unión Europea por la prevención de la contaminación de las aguas por vertido de sustancias peligrosas ya se materializó en la aprobación de la Directiva 76/464, de 4 de mayo, “relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas al medio acuático” a la que le siguieron un conjunto de normas dictadas en relación sustancias concretas.

¹⁸⁴ DOCE L 135, de 30 de mayo de 1991. Modificada por la Directiva 98/15/CE de la Comisión de 27 de febrero de 1998 (DOCE L 67, de 7 de marzo de 1998) que afecta a su Anexo I. La Directiva de aguas residuales se traspuso a nuestro ordenamiento a través del Traspuesta por el RD-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, y la modificación señalada fue incorporada por el RD.2116/1998, de 2 de octubre.

¹⁸⁵ DO L 31, de 5 de febrero de 1986.

pueden ampliar de manera que las condiciones en cada país sean más restrictivas que las establecidas por la Directiva, que es por lo tanto una norma de mínimos. Esta norma ofrece claros puntos de conexión con el saneamiento de las aguas residuales, en tanto la aprobación posterior de la Directiva 91/271/CEE posibilitó la aplicación de los medios de control de las aguas de baño, pues suponen un control previo de la calidad de las aguas que van a ser vertidas y son en consecuencia con su llegada a los ríos, mares o los lagos susceptibles de ser utilizadas para el baño. Hemos de hacer notar que los tiempos en que esta Directiva fue elaborada coinciden con la falta de un reconocimiento de competencias de la Comunidad en materia ambiental, por ello la justificación de esta disposición la basó en su momento el Consejo en la consecución de una mejora en las condiciones de vida, del desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad y de una expansión permanente equilibrada, como objetivos de la Comunidad. El plazo que se estableció para alcanzar los objetivos de calidad por los Estados miembros fue inicialmente de diez años, aunque bien es verdad que se permitía una cierta flexibilización de estos plazos en los supuestos excepcionales regulados en el art.4.3. En cumplimiento de dichos plazos se traspuso en España la directiva con el Real Decreto 734/1988, de 1 de julio por el que se establecen normas de calidad de las aguas de baño¹⁸⁶.

La Directiva y el Real Decreto 734/1988, de 1 de julio, establecen obligaciones tanto para el nivel nacional, como para los niveles inferiores, en especial a los entes locales; pues en sus textos se habla de los controles locales, lo cual nos hace pensar en un excesivo dirigismo por parte de la Unión Europea, en una intrusión en las decisiones nacionales que son en principio las que deben fijar cómo han de realizarse los seguimientos a los que en este caso se refiere cuando se alude a los entes locales (art.6.3 Directiva 76/160). Sin embargo, como decíamos, la norma estatal sigue esta indicación integrando también, en respuesta a nuestro estado de las autonomías, a las Comunidades Autónomas que son las encargadas de realizar las declaraciones de las excepciones previstas en el Real Decreto y que permiten sobrepasar los criterios de calidad mínima exigidos. Conscientes del aconsejable intercambio de datos y de la constante coordinación se establece la creación de un sistema de información, para lo cual se prevé en la norma española un sistema destinado al conocimiento de la situación sanitaria de las aguas y zonas de baño de todo el territorio nacional formado por la

¹⁸⁶ BOE, de 13 de julio de 1988.

Administración del Estado y las Unidades de las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas. Llama la atención la total ausencia de los representantes locales a los que, por el contrario, se les exige como deber llevar a cabo tareas de inspección sanitaria de la calidad de las aguas y de las zonas de baño (art.5.2 RD), pero se les excluye del sistema de información al que se ven obligados a suministrar y comunicar los datos que conozcan relativos al ámbito de aplicación del Real Decreto. Precisamente sobre esta cuestión relativa a la transmisión de información sobre los datos de calidad entre los Estados miembros y la Comunidad se aprobaron una serie de pautas por la Directiva 91/692/CEE, del Consejo, de 23 de diciembre, sobre normalización y la racionalización de los informes relativos a la aplicación de determinadas directivas referentes al medio ambiente¹⁸⁷, que establece que el informe correspondiente debería aparecer todos los años y, además, con una antelación suficientemente breve para informar al público sobre la calidad de las aguas de baño del período más reciente. Aparte de este informe se establece otro acerca de la aplicación de la Directiva cada tres años, a modo de informe sectorial en el que se trate asimismo las demás directivas comunitarias pertinentes.

Actualmente existe una propuesta de Directiva de aguas de baño¹⁸⁸ que sustituirá a la vigente de 1976, ya en fase de discusión (2ª lectura) en el Parlamento Europeo, y enmarcada esta renovación en el ámbito de coherencia que exige la Directiva Marco del Agua que a continuación abordaremos; pues la DMA fija como objetivo general alcanzar el “buen estado ecológico” para todas las aguas y como objetivos específicos para las “zonas protegidas” como las aguas de baño, de acuerdo con el Anexo IV de la DMA. Se pretende a la par una visión integrada de la calidad de las aguas, que pasa por una revisión y la racionalización de los parámetros hasta ahora utilizados –se propone una reducción de los 19 parámetros vigentes a dos¹⁸⁹-. El objetivo es, en definitiva,

¹⁸⁷ DO L 377, de 31 de diciembre de 1991. Págs. 0048-0054. Esta Directiva afecta también otras como a la Directiva 76/464/CEE, de 18 de julio, la Directiva 78/176/CEE, de 20 de febrero, la Directiva 78/869/CEE, de 9 de octubre, la Directiva 80/68/CEE, de 17 de diciembre, la Directiva 82/176/CEE, de 22 de marzo, la Directiva 83/513/CEE, de 26 de septiembre, 84156/CEE, de 8 de marzo, la Directiva 84/491/CEE, de 9 de octubre y la Directiva 68/280/CEE de 12 de junio. Para más detalle, *vid.* los Anexos de la Directiva 91/292.

¹⁸⁸ La Propuesta presentada por la Comisión está publicada en COM(2002) 581 final. Bruselas 24 de octubre de 2002. 2002/0254 (COD).

¹⁸⁹ Las razones de esta simplificación de parámetros son en primer lugar que se observa que el factor principal que limita la calidad de las aguas de baño se determina en función de la contaminación microbiológica, y, en segundo lugar, porque la Directiva Marco establece un sistema general de control químico y biológico para todas las aguas, en las que están incluidas las aguas costeras, que entrará en vigor antes de finales de año 2006.

reducir los riesgos para la salud vinculados al baño. Se aspira, además, a mejorar los sistemas de información, tanto facilitando su acceso al público y fomentando una mayor participación en los procesos de decisión, como aumentando la eficacia en cuanto a una información más rápida, ajustándose al sistema de seguimiento vigente que se ha creado en virtud de la Directiva Marco. Participación que la Propuesta califica de ejemplar en cuanto a la aplicación del principio de subsidiariedad en materia ambiental, pues se trata de extender la responsabilidad de su aplicación sólo a los Estados Miembros y a la Comisión, como representante europea, sino también a los entes regionales y locales, las autoridades policiales, las partes interesadas, las ONG y la comunidad científica.

Destaca también, como precedente, la Directiva 76/464/CEE, de 4 de mayo, sobre el vertido de determinadas sustancias peligrosas en el medio acuático¹⁹⁰, pues en ella mediante un sistema de “doble lista” se obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas apropiadas para eliminar la contaminación de las aguas causada por las sustancias peligrosas incluidas en la Lista I o “negra” del Anexo –que son aquellas sustancias que se consideran más dañinas en razón de su toxicidad, persistencia o bioacumulación en el medio acuático y de las cuales se pretende un “vertido cero”, es decir su prohibición total-, y se conmina además a reducir la contaminación de aquellas aguas que hayan sido contaminadas por sustancias también peligrosas, pero que se incluyen en este caso en la denominada Lista Gris, o Lista II -por ser menos perjudiciales- del Anexo. Estamos ante un claro precedente o preocupación de la Comunidad por estos temas, que MARTÍN MATEO califica de verdadera norma matriz del Derecho Comunitario ambiental, pues de manera visionaria en relación con la actual Directiva 2000/60 afecta a los recursos hídricos en su más amplia acepción: superficial, subterráneo y marino¹⁹¹.

¹⁹⁰ DOCE Serie L, 239, de 18 de mayo. Asimismo, de acuerdo con el art. 22.3 de la DMA, la Directiva 76/464 quedará derogada trece años después de la fecha de entrada en vigor de DMA a excepción de su art.6, que quedó derogado tras la entrada en vigor de la misma. Además, el art.22.3, establece también un régimen transitorio, aplicable a la Directiva 76/464, que afecta a la lista de sustancias prioritarias en ella fijada (Lista I o Lista negra), que deberá adaptarse a lo dispuesto en el art. 16 de la Directiva 2000/60/CE; por otra parte, los Estados miembros, a efectos del art.7 de la Directiva 76/464/CE, podrán aplicar los principios establecidos en la DMA para determinar los problemas de contaminación y las sustancias que los ocasionen, fijar normas de calidad y adoptar medidas.

¹⁹¹ *Vid. Manual...* Op. cit. Pág.216. A partir de la citada Directiva de 1976 se aprobaron las denominadas Directivas-hijas entre las que está la Directiva 80/68/CEE de 17 de diciembre de 1979, que regula la protección de las aguas subterráneas, cuyo objeto es controlar la contaminación de las aguas subterráneas por sustancias peligrosas, siguiendo el sistema de listas de la Directiva 76/464/CEE. Posteriormente, fueron dictadas otras Directivas relativas a vertidos de sustancias determinadas, como son las Directivas 82/176/CEE de 22 de marzo y 84/156/CEE de 8 de marzo, del mercurio, la Directiva

I.2.2.2. En general la “Política Europea del Agua”: la Directiva 2000/60/CE: efectividad *versus* eficacia y eficiencia

La política comunitaria sobre la regulación de los residuos y vertidos en las aguas tiene su origen en los años setenta con el *Primer Programa de Acción* sobre el Medio Ambiente para el período 1973-1976, instrumento al que le han relevado sucesivos Programas que han reiterado la protección de la calidad de las aguas como uno de sus objetivos primordiales, estando vigente en la actualidad el *VI Programa* con una duración hasta el año 2012¹⁹². Estos Programas se han instrumentalizado a través de directivas, que teóricamente, permiten un margen de decisión a las autoridades de los Estados miembros para decidir los medios de aplicación de las mismas, estando sólo obligados por el resultado a obtener. Sin embargo, hablamos de esta definición *teórica* porque si bien hemos tratado ya la llamada “eficacia directa” de las directivas, en este campo asistimos cada día a una regulación más minuciosa y concreta, circunstancia que está provocando la reducción de la discrecionalidad en la decisión de los Estados miembros de fijar los instrumentos y medios apropiados para alcanzar los objetivos ambientales que se exigen desde la Unión Europea. Las Directivas se están convirtiendo, en virtud de ello, en normas de aplicación directa, tendencia que está respaldada por la jurisprudencia sentada en la Comunidad que reconoce la eficacia directa de aquellas directivas de armonización dirigidas a particulares, como explicábamos en páginas precedentes¹⁹³. La consecuencia ha sido la mayor rigurosidad exigida en estos momentos a todos los Estados miembros y por supuesto también para España, lo que le ha valido a nuestro país condenas por parte del Tribunal de Justicia de

85/513/CEE de 26 de septiembre, del cadmio, la Directiva 84/491/CEE de 9 de octubre, de hexaclorociclohexano, la Directiva 86/280/CEE de 12 de junio, de tetracloruro de carbono, DDT y pentaclorofenol.

Todas ellas fueron integradas en nuestro ordenamiento a través de la Orden del MOPU de 12 de noviembre de 1987, “sobre normas de emisión, objetivos de calidad y métodos de medición de referencias, relativos a determinadas sustancias nocivas o peligrosas contenidas en los vertidos de aguas residuales”, donde el instrumento primordial para combatir estos vertidos, conectado tanto con el “principio de prevención” como con el de “quien contamina, paga” y el de “proximidad”, es el requisito de previa autorización.

¹⁹² Sobre los PACMAS, *vid.* Nota 21 en la Primera Parte.

¹⁹³ *Vid.* BREUER, R. “Deutsche und europäische Anforderungen an die Behandlung von kommunalem Abwasser” en *Saat, Selbstverwaltungs und Private in der Wasser- und Entsorgungswirtschaft*. Carl Heymanns Verlag. 1997. Págs. 106 y 107.

las Comunidades Europeas, como la Sentencia de 12 de febrero de 1998 relativa a la deficiente calidad de aguas de baño interiores¹⁹⁴.

Las principales líneas de actuación, siguiendo a MARTÍN MATEO¹⁹⁵, que se establecen en la estrategia de la Comunidad Europea son: la definición de objetivos en cuanto a la calidad del agua, la eliminación o reducción de vertido de sustancias peligrosas en el medio acuático, la vigilancia y control de la calidad de las aguas, la adopción de medidas específicas para las industrias y el fomento de la investigación y el desarrollo. De estos postulados en particular los tres primeros presentan una vinculación clara con el servicio de saneamiento de las aguas, pues éste es preciso para dar cumplimiento a los objetivos de calidad de las mismas que persigue la Unión. Todo ello ha propiciado que en los últimos tiempos se constate también en el Derecho Comunitario del Agua un cambio importante no sólo en lo que se refiere al contenido, sino también de filosofía. La propia Comisión Europea acuñó, en este sentido, una novedosa expresión la de “Política Europea del Agua¹⁹⁶”, en referencia conjunta a todas las reformas que se pretendían realizar en plazos relativamente cercanos.

Dentro de este proceso destaca, en primer lugar y atendiendo a un orden cronológico, la Directiva 96/61/CEE, de 24 de septiembre¹⁹⁷, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación en la que se establecen medidas para evitar, o al menos reducir, las emisiones de estas actividades en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidos los residuos, con el fin de alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto y a partir de la cual se estableció una única “autorización ambiental integrada¹⁹⁸”, que vino a revolucionar el sistema de

¹⁹⁴ La Comisión interpuso recurso contra el Reino de España, para que se declarase su incumplimiento de las obligaciones que le correspondían en virtud del art. 4 de la Directiva 76/160/CEE del Consejo de 8 de diciembre de 1975 relativa a la calidad de las aguas de baño (DOCE L 31, de 5 de febrero. Pág.1), y de los artículos 5 y 189 del Tratado CE, al no adoptar las disposiciones necesarias para que la calidad de las aguas de baño interiores en el territorio español se ajustasen a los valores límites fijados en dicha Directiva.

¹⁹⁵ *Vid. Manual...Op.cit.*Pág. 216.

¹⁹⁶ Presentada por la Comunicación de 26 de febrero de 1996, punto 59 final, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo.

¹⁹⁷ DOCE L, nº 257, de 10 de octubre de 1996.

¹⁹⁸ De manera general sobre la Ley 16/2002, de 1 de julio, que estableció esta “autorización ambiental integrada”, *vid. La prevención y el control integrados de la contaminación*. Baucells i Lladós, J./Vernet i Llobet, J (coord.). Marcial Pons. Madrid. 2004; LOZANO CUTANDA, B. Voz “Autorización ambiental integrada” en *Diccionario de Derecho Ambiental...* Op.cit. Págs. 1114 y ss;

intervención administrativa sobre actividades potencialmente contaminantes¹⁹⁹, y que una vez traspuesta a los ordenamientos nacionales ha conseguido, no sin problemas sobre todo en cuanto al reparto competencial, una mayor homogeneidad en el otorgamiento de autorizaciones en este sector y una visión más global e integral de la protección del medio natural. En esta línea de renovación en la política hídrica y como resultado de estas corrientes innovadoras se inició una larga y fructífera consulta acerca de la dirección de la Política de Aguas de la Unión Europea, realizada a petición del Consejo de Ministros y del Parlamento europeo. El primer logro fue el comunicado de la Comisión acerca de la política de aguas de la Unión Europea, adoptado en Febrero 1996, basado en los principios de política ambiental del Tratado y en el *V Programa de Acción Medioambiental* "hacia un desarrollo sostenible". Este comunicado, después de un detallado análisis del actual estado de las políticas hidrográficas, recomendaba la creación de una directiva general de aguas. La constatación de un apoyo general hacia esta política²⁰⁰ tuvo como resultado la reciente regulación jurídica comunitaria relativa a la calidad de las aguas, donde se pone de manifiesto la conciencia por parte de la Comisión de la necesidad de ampliar la perspectiva sobre la protección del agua para lograr así, y a través de una mayor participación de los intereses en juego en la elaboración de los contenidos de dicha Política de Aguas, unos objetivos globales y coherentes que se contuviesen, sobre todo, en una única norma marco. Esta norma es la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre²⁰¹, que se presenta como un impulso importante a las prácticas de gestión y a las políticas europeas de los próximos 15 años; los objetivos que se deben alcanzar para 2015 serán definidos en términos de calidad del agua. Se establece, pues, con ella una legislación común para todos los Estados

¹⁹⁹ Vid. CASADO CASADO, L. *Los vertidos...* Op.cit. Pág.399.

²⁰⁰ Apoyo que quedó constatado tras la consulta realizada entre el Consejo de Ministros, el Parlamento europeo, el Comité social y económico, el Comité de las regiones y un amplio círculo de partes interesadas y usuarios particulares del agua.

²⁰¹ DOCE L, nº 327, de 22 de diciembre de 2000. Inspirada, como señala expresamente, en la Resolución de 28 de junio de 1988 (DOCE de 9/8/88 Serie C nº209, pág.3), referente a la calidad ecológica de las aguas superficiales, en la Resolución de 25 de febrero de 1992 (DOCE C 59 de 6/3/92, pág.2) y de 20 de febrero de 1995 (DOCE de 28/2/95, Serie C nº 49, pág.1), que exigían un programa de actuación en materia de aguas residuales, así como en la revisión de la Directiva 80/68/CEE del Consejo de 17 de diciembre de 1979, relativa a las aguas subterráneas contra la contaminación causadas por determinadas sustancias peligrosas (DOCE 26/1/80, modificada en 1992 por la Directiva 91/262/CEE, DOCE 31/12/91 Serie L nº 377, pág.48), la Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, y el informe "El medio ambiente en la Unión Europea-1995" de 10 de noviembre del mismo año y las numerosas Comunicaciones del Consejo al Parlamento y propuestas de la Comisión al mismo, que hacían necesaria la aprobación de esta norma que tiene como objetivo, fijar las medidas necesarias para proteger la calidad del agua y evitar así que se produzca a largo plazo un deterioro tanto cualitativo como cuantitativo de las aguas dulces.

miembros pero con la dificultad de que la situación de partida en cada uno de ellos es distinta²⁰².

Los planteamientos más significativos de la Directiva Marco²⁰³ se resumen en la búsqueda de la convergencia en cuanto a la oferta, la demanda y la gestión del agua, sustentado este objetivo en la mejora de la calidad de las aguas y del medio ambiente, en la introducción de mayor eficacia que permitan un ahorro del recurso y una gestión con una participación más elevada del sector privado y de los usuarios. Con este fin los planteamientos más representativos pueden sintetizarse en tres:

-La gestión integrada por demarcaciones hidrográficas, de forma que la protección de las aguas, superficiales y subterráneas consideradas como un todo, comenzará con el nacimiento de los ríos y finalizará en el mar.

-La importancia de una gestión planificada que permita así prever un uso racional de los recursos.

-El control de los vertidos con el fin de su eliminación inmediata o, en su caso, de su progresiva reducción lográndose con ello el buen estado ecológico de todas las aguas en el periodo de 15 años previsto por la Directiva.

Del carácter precisamente marco de la Directiva 2000/60 y de la intención de homogenizar ordenamientos jurídicos, en estos momentos tan dispares en el seno de la Unión en materia de servicios de abastecimiento y saneamiento de aguas, se confirma que a pesar de la inexistencia de referencias expresas en el texto hídrico comunitario al saneamiento de las aguas, los principios en ella contenidos y los objetivos marco deben presidir también cualquier política relacionada con los recursos hídricos y por tanto debemos tener presente su implementación en el desarrollo de la tarea de saneamiento²⁰⁴. Así, a la enumeración de objetivos generales del art.1, le siguen la

²⁰² Vid. HOLZWARTH, F. "Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven, Handlungsfelder, Strategien" en *Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven, Handlungsfelder, Strategien -6.Internationale Sommerakademie St.Marienthal*. Rasch. Bramsche. 2001. Págs. 55 a 57.

²⁰³ En relación con la aplicación de esta Directiva en España me remito al estudio realizado en la obra colectiva titulada *Aplicación en España de la Directiva Europea...* Op. cit. Vid. SETUÁIN MENDÍA, B. "La Directiva-Marco sobre el agua: el fin del proceso decisorio y el inicio del aplicativo", *Justicia Administrativa*. Núm.11.2001; DE PAZ VICIANA, M., "Perspectivas de la gestión del agua en Europa a la vista de la nueva Directiva Marco". www.us.es/ciberico/archivos_acroat/porto2monidepaz.pdf

²⁰⁴ En este sentido así lo señaló P.MALGRAT BREGOLAT en la ponencia "Implicaciones de la Directiva Marco del Agua en el Saneamiento" con motivo de las *XXV Jornadas de la Asociación Española de Abastecimiento de agua y saneamiento*, celebradas en Palma de Mallorca los días 25, 26 y 27 de mayo de 2005. Actas pendientes de publicación.

consecución concreta de objetivos ambientales establecidos según el tipo de aguas (art.4). Encontramos en el articulado evidentes vinculaciones con el saneamiento, pues se exige que los Estados Miembros tomen respecto a las aguas superficiales “las medidas necesarias para prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficial”, y cuando se trate de aguas subterráneas la exigencia se adapta a tal naturaleza de manera que se deben “aplicar las medidas necesarias para evitar o limitar la entrada de contaminantes en las aguas subterráneas y evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterránea”. También en la clasificación de “zonas protegidas” las tareas de saneamiento adoptan un papel fundamental en tanto ello depende de factores como los cambios de las características hidromorfológicas de dichas masas, que sean necesarios para alcanzar su buen estado ecológico impliquen considerables repercusiones negativas. Como instrumentos destinados a conseguir los objetivos de calidad de las aguas, se prevén la implantación de Programas de medidas en los que deben incluirse unas medidas de tipo básico entre las que destacaremos “las medidas necesarias para cumplir la normativa comunitaria sobre protección de las aguas” y en el caso de que existan fuentes difusas que puedan generar contaminación debe tomarse “medidas para evitar o controlar la entrada de contaminantes”; dichos controles podrán consistir, según la Directiva, en un requisito de reglamentación previa, como la prohibición de la entrada de contaminantes en el agua, el requisito de autorización previa o el de registro basado en normas generales de carácter vinculante, cuando este requisito no esté establecido de otra forma en la legislación comunitaria. El art.16 prevé asimismo “Estrategias para combatir la contaminación de las aguas”.

Nos interesa especialmente el principio de recuperación de costes, contenido en el art. 9 de la Directiva Marco que afecta a “todos los servicios relacionados con el agua”, entendiéndose por tales “todos los servicios en beneficio de los hogares, las instituciones públicas o cualquier actividad económica, consistente en: a).la extracción, el embalse, el depósito el tratamiento y a distribución de aguas superficiales o subterráneas, b).la recogida y depuración de aguas residuales, que vierten posteriormente en las aguas superficiales” (art.2, nº 38). Ello va a suponer una serie de obligaciones por parte de los Estados que deben, entre otras cosas, garantizar una política de precios del agua que proporcione incentivos a los usuarios para que opten por hacer uso de forma eficiente de los recursos hídricos, además deberán desglosarse los diferentes usos del agua, de entre los cuales se destaca la identidad de los usos de

carácter urbano. Finalmente para concluir esta revisión de la Directiva que pone en evidencia como también ella tiene algo que decir sobre el saneamiento de las aguas debemos destacar que en la fijación de los valores límite de emisión que la Comunidad debe fijar como requisitos mínimos de las normas de calidad ambiental “se aplicarán generalmente en el punto en que las emisiones salgan de la instalación y en su determinación no se tendrá en cuenta una posible dilución. En lo que se refiere a los vertidos indirectos en el agua, podrá tenerse en cuenta el efecto de una estación depuradora de aguas residuales a la hora de determinar los valores límite de emisión de la instalación, a condición de que se garantice un nivel equivalente de protección del medio ambiente en su conjunto y de que no origine mayores niveles de contaminación en el medio ambiente”.

I.2.2.3. La Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo, sobre tratamiento de las aguas residuales urbanas

El análisis individualizado y conscientemente excluido del repaso normativo anterior que se dedica a la Directiva 91/271, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas²⁰⁵ responde al trascendental impacto de la misma en el ordenamiento jurídico español y en la tarea de saneamiento pues, en palabras de SÁINZ MORENO, supuso “un antes y un después” en la regulación de esta materia²⁰⁶ completando la legislación anterior, definiendo nuevos conceptos²⁰⁷, y reordenando el reparto de las competencias y la tradicional atribución municipal del servicio que examinamos. Por ello la norma europea es el eje sobre el que gravitan todas las normas

²⁰⁵ Esta Directiva se aprueba con el fin de controlar y evitar la contaminación transfronteriza, de acuerdo con el art.130 R y 130 S del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la actualidad y tras las sucesivas modificaciones de los Tratados de Maastricht y de Ámsterdam, se contienen en los artículos 174 a 176 del actual TCE.

La Directiva ha sido modificada por la Directiva 98/15/CE de la Comisión, de 27 de febrero de 1998.DOCE nº 67 Serie L, de 7 de marzo de 1998.

²⁰⁶ R. BREUER valora positivamente, tanto desde la perspectiva europea como alemana, la citada Norma, si bien también requirió para el Derecho alemán, siempre un ejemplo en materia de protección de aguas, importantes ajustes y condenas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, *vid.* “Deutsche und europäische Anforderungen...” cit. Págs. 101 y ss.

²⁰⁷ *Vid.* “Competencias en materia de abastecimiento de agua y saneamiento” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...* Tomo II. Op.cit. Pág. 1939. En la misma línea A.GARCÍA URETA e I. ARROSPIDE ERKOREKA “Sobre la transposición de tres normas ambientales comunitarias en el Derecho estatal: Directivas 90/313 (acceso a la información), 92/43 (hábitats y especies de flora y fauna) y 271/91 (tratamiento de aguas residuales urbanas)” en *RVAP*. Núm.46.1996. Págs. 85 y ss.

en materia de saneamiento y depuración de aguas residuales en los diferentes Estados miembros²⁰⁸.

A).Análisis y valoración de la normativa: su aplicación a aguas domésticas e industriales

La Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo, fue la primera norma comunitaria que tuvo por objeto específico regular el saneamiento de las aguas residuales, aunque también es cierto que se habían dictado, con anterioridad, otras directivas que de manera indirecta incidían sobre esta materia, como hemos visto.

La Directiva está dirigida los Estados miembros, pero en realidad está estableciendo obligaciones a niveles regionales, en una aplicación más del principio de subsidiariedad, a los que exige tener determinados sistemas de recogida y tratamientos de las aguas residuales. Su ámbito de aplicación se extiende por tanto a las aguas residuales urbanas a las que define como *las aguas residuales domésticas o la mezcla de las mismas con aguas residuales industriales y/o aguas de corriente pluvial*, así como a determinadas aguas industriales²⁰⁹, aunque no aparezca así citado de manera expresa en el art.2.1 de la Directiva.

Inicialmente las aguas industriales eran ya objeto de regulación desde la aprobación de una de las normas primigenias en materia de contaminación del medio

²⁰⁸ Vid. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A.M. *Derecho ambiental...* Op. cit. Pág.42.

²⁰⁹ P.MUÑIZ FERNÁNDEZ explica que los motivos de incluir en esta directiva sobre aguas residuales urbanas a *determinadas aguas industriales* responden a la realidad de que en los propios núcleos urbanos existen industrias cuyas aguas residuales son conducidas y transportadas por los mismos sistemas de colectores que las aguas residuales domésticas y, finalmente, abocadas en las plantas de tratamiento de aguas residuales municipales, si bien su inclusión no supone un mismo tratamiento, sino que estas aguas residuales industriales se someten a requisitos específicos de tratamiento. En el Proyecto de Directiva se definía con una mayor concreción estas aguas industriales, que se diferenciaban por la concurrencia de dos notas:1).tener características similares a las aguas residuales urbanas, y 2).no pasar por una planta de tratamiento de aguas residuales municipales, antes de ser vertidas a aguas receptoras. Sin embargo este precepto fue suprimido, dejando así una importante laguna en la regulación de las aguas residuales industriales, que de manera general, salvo las previsiones de la Directiva 91/271, para algunas de ellas, quedan fuera de su ámbito de aplicación, siendo en todo caso redirigidas hacia la contaminación que regula la Directiva 76/464/CEE relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad. Directiva que recordemos quedará derogada una vez haya transcurrido los trece años señalados por la DMA, por lo que la recomendación hecha por el Comité Económico y Social sobre la necesidad de completar, urgentemente, esta normativa está hoy en día aun más vigente, siendo más que necesario la aprobación de una nueva Directiva que regule de manera actual los parámetros sobre esta contaminación industrial. Vid. "Directiva de aguas residuales urbanas y su aplicación de España" en *Boletín Asturiano de la Unión Europea*. Núm.70-71. 1997. Págs. 6 y ss.

acuático, la Directiva 76/464/CEE, de 4 de mayo. En ella como ha sido mencionado se establece el sistema de doble lista, según el cual la contaminación de las sustancias peligrosas incluidas en la Lista I debe suprimirse –régimen de emisión cero-, y las de la Lista II son sustancias cuya emisión deben limitarse de acuerdo con las características de las aguas receptoras y su localización, además de contar antes de su vertido con la necesaria autorización. Si tomamos como referencia la lista de componentes resultantes de los materiales usados, por ejemplo en la industria cerámica, entre ellos encontramos múltiples supuestos de la Lista II de la Directiva, cromo, plomo, titanio, estaño, boro...²¹⁰.

Ya la Directiva 91/271 se ocupa de las aguas residuales producidas por determinadas industrias, en los *Considerandos* que preceden sus disposiciones:

“Considerando que los sistemas colectores de entradas de aguas residuales industriales así como la evacuación de aguas residuales y lodo procedentes de las instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas deberían ser objeto de normas generales, reglamentaciones y/o autorizaciones específicas;

Considerando que deben someterse a requisitos adecuados los vertidos de aguas residuales industriales biodegradables, procedentes de determinados sectores industriales, que no entran en las plantas de tratamiento de las aguas residuales urbanas ante del vertido a las aguas receptoras...”

De las definiciones del art.2 se consideran las “aguas residuales industriales” como “las aguas residuales vertidas desde locales utilizados para efectuar cualquier actividad comercial o industrial que no sean aguas residuales domésticas ni aguas de corriente pluvial”. Las obligaciones en relación a estos vertidos se vinculan directamente a la tarea de saneamiento, pues la Directiva no se refiere a vertidos directos a cauces, sino a vertidos indirectos es decir aquellos realizados antes de alcanzar el dominio público hidráulico o marítimo-terrestre, a los sistemas colectores y las instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas²¹¹, elemento necesario en la tarea del saneamiento. En estos vertidos algunos serán prohibidos totalmente y en otros casos se permiten, pero dentro de los límites fijados por las normas y previa autorización.

²¹⁰ Vid. SANZ SALLA, C. *La gestión de los residuos...* Op. cit. Pág. 145.

²¹¹ Vid. A. FORTES MARTÍN. *Vertidos y calidad ambiental de las aguas. Regulación jurídico-administrativa*. Atelier.Barcelona. 2005. Pág. 41.

El Anexo 1C sobre “aguas residuales industriales”, traspuesto por el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo de desarrollo del Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establece las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, exige previamente a su entrada a sistemas colectores y las instalaciones de depuración de un tratamiento previo con una múltiple finalidad de proteger la salud del personal trabajador en dichas instalaciones y para garantizar la conservación de los sistemas colectores e instalaciones de tratamiento, que los vertidos de dichas aguas no perjudiquen el medio ambiente, ni impidan que se cumplan con los parámetros fijados en otras Directivas. Se hace una alusión frecuente a los lodos, los cuales, en la línea que presentó RUIZ DE APODACA, adquieren un papel principal en la correcta gestión ambiental de las empresas.

Para estas aguas los plazos de trasposición y de efectividad de la Directiva fueron perentorios, evidenciándose así la sensibilidad de la Unión Europea y del sector industrial a la contaminación de origen industrial. Un hecho que en la Comunidad Valenciana es especialmente importante, y en concreto en la provincia de Castellón donde el importante desarrollo económico y social proviene de la extensión de la industria cerámica²¹². En efecto, el plazo fijado para que las industrias enumeradas en el anexo contaran con sistemas colectores y depuradoras de aguas residuales urbanas, así como el sometimiento a autorización específica o a normativa previa de determinadas aguas residuales industriales biodegradables en aguas receptoras fue el 31 de diciembre de 1993.

La Directiva incluye además de manera general en su ámbito de aplicación a las aguas domésticas, que son “las aguas residuales procedentes de zonas de vivienda y de servicios y generadas principalmente por el metabolismo humano y las actividades domésticas”.

²¹² Así, C. SANZ SALLA concreta que “el proceso que se está imponiendo de una forma más generalizada en el sector cerámico castellonense, entre los productos llamado “tradicionales”, es el de monocción por vía húmeda, que consiste en la preparación de pasta mezclándola con agua y cociendo el azulejo una sola vez”. Además en la detallada descripción de la elaboración de la pieza que dará lugar al azulejo, al prensado hidráulico le sigue la fase de esmaltado en la que por lo general se hace uso de fritas, principales componentes que dan la característica de peligrosidad a los residuos tóxicos producidos por la industria azulejera. La necesidad de una constante limpieza en la fase de esmalte, que se realiza a través de riegos de agua con mangueras, originan una cantidad importante de aguas contaminadas. Estas aguas industriales son conducidas mediante un sistema de tuberías únicas, o en ocasiones a través de tuberías comunes, a una zona de homogeneización, que finalmente pueden ser gestionadas bien por la propia empresa o se entrega a un gestor autorizado para que los transporte a unas instalaciones adecuadas que se hagan cargo de la depuración antes del vertido, *vid. La gestión de los residuos...* Op.cit. Págs. 140 y ss.

Las principales exigencias son la necesidad de que en los Estados miembros, en concreto lo que la norma califica como “aglomeraciones urbanas”²¹³, dispongan, a partir del criterio de “equivalente-habitante” (e-h²¹⁴), de sistemas colectores para las aguas residuales urbanas y tratamientos específicos de tratamiento, habiendo ya sido superados los plazos fijados por la Directiva. Particular atención se dedica a determinadas zonas en las que se aplican medidas especiales según la mayor sensibilidad del medio receptor de las aguas contaminadas. Al respecto si se califica de “zona sensible²¹⁵” una determinada región los plazos fijados para la trasposición eran

²¹³ Concepto que debemos recordar es la zona cuya población y/o actividades económicas presenten concentración suficiente para la recogida y conducción de las aguas residuales urbanas a una instalación de tratamiento de dichas aguas o a un punto de vertido final.

²¹⁴ Un “e-h” es la carga orgánica biodegradable con una demanda bioquímica de oxígeno de 5 días (DBO 5) de 60 g de oxígeno por día. Art.2.6). La importancia de esta nueva forma de medida radica en que cuando la carga de equivalente-habitantes es más alta la fecha para el cumplimiento de la Directiva era más cercana a la entrada en vigor de la Directiva, para de este modo evitar una contaminación más elevada en las aguas que soportan una mayor contaminación, pues su protección es más perentoria que en aquellas en las que la carga e-h es menor.

En España la relación entre población real y población equivalente suponen que por cada habitante de hecho existen aproximadamente dos habitantes equivalentes. Fuente: Ambianta. Mayo .2002. Núm.11. www.mma.es/publicacion.ambienta.

²¹⁵ Los criterios se definen en el Anexo II de la Directiva, que considera como tal aquel medio acuático que pueda incluirse en alguno de los siguientes grupos:

a).Lagos de agua dulce naturales, otros medios de agua dulce, estuarios y aguas costeras que sean eutróficos o que podrían llegar a ser eutróficos en un futuro próximo si no se adoptan medidas de protección.

Podrán tenerse en cuenta los siguientes elementos en la consideración del nutriente que deba ser reducido con un tratamiento adicional:

i).Lagos y arroyos que desemboquen en lagos/ embalses/ bahías cerradas que tengan un intercambio de aguas escaso y en los que, por lo tanto, puede producirse una acumulación. En dichas zonas conviene prever la eliminación de fósforo a no ser que se demuestre que dicha eliminación no tendrá consecuencias sobre el nivel de eutrofización. También podrá considerarse la eliminación de nitrógeno cuando se realicen vertidos de grandes aglomeraciones urbanas.

ii).Estuarios, bahías y otras aguas costeras que tengan un intercambio de aguas escaso o que reciban gran cantidad de nutrientes. Los vertidos de aglomeraciones pequeñas tienen normalmente poca importancia en dichas zonas, pero para las grandes aglomeraciones deberá incluirse la eliminación de fósforo y/o nitrógeno a menos que se demuestre que su eliminación no tendrá consecuencias sobre el nivel de eutrofización.

b).Aguas dulces de superficie destinadas a la obtención de agua potable que podrían contener una concentración de nitratos superior a la que establecen las disposiciones pertinentes de la Directiva 75/440/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la calidad requerida para las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados miembros (1), si no se toman medidas de protección.

c).Zonas en las que sea necesario un tratamiento adicional al establecido en el artículo 4 para cumplir las directivas del Consejo.

B. Zonas menos sensibles

más breves, finalizaban en 1998, y también se reduce el criterio cuantitativo de e-h, que se cifra en 10.000.

El considerable paso que supuso esta Directiva en la protección de la calidad de las aguas y el esfuerzo que requería para los municipios, en el caso de España, se ve sin embargo matizado por el hecho de permitirse que los sistemas colectores puedan no ser necesarios cuando ello no suponga ninguna ventaja para el medio ambiente o porque su instalación implique un coste excesivo. Aunque por el contrario se prevé que la falta de sistema colector sea suplida por sistemas individuales u otros sistemas adecuados que consiga el mismo objetivo de protección ambiental.

La principal tarea que se asigna al nivel estatal es la de vigilar que se cumplan con los límites establecidos en cuanto a los vertidos procedentes de depuradoras y de las aguas receptoras, para ello cada dos años los Estados deben elaborar y publicar un informe acerca de la evaluación que debe presentarse a la Comisión. Junto a esta labor de control nacional son de gran importancia, en tanto valoran el grado de aplicación de la Directiva y suponen para los Estados un control externo por parte de la Unión, los informes que la Comisión, desde 1999, ha venido realizando²¹⁶. Al más reciente, de 23 de abril de 2004²¹⁷, vamos a dedicarle especial atención por cuanto describe cual es el estado actual de la cuestión tanto en España, como en el resto de países miembros, una vez se han superado las dos primeras fechas claves la de 1998 y 2000, y se ha superado

Un medio o zona de agua marina podrá catalogarse como zona menos sensible cuando el vertido de aguas residuales no tenga efectos negativos sobre el medio ambiente debido a la morfología, hidrología o condiciones hidráulicas específicas existentes en esa zona.

Al determinar las zonas menos sensibles, los Estados miembros tomarán en consideración el riesgo de que la carga vertida pueda desplazarse a zonas adyacentes y ser perjudicial para el medio ambiente. Los Estados miembros reconocerán la existencia de zonas sensibles fuera de su jurisdicción nacional.

Para determinar las zonas menos sensibles se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

Bahías abiertas, estuarios y otras aguas costeras con un intercambio de agua bueno y que no tengan eutrofización o agotamiento del oxígeno, o en las que se considere que es improbable que lleguen a desarrollarse fenómenos de eutrofización o de agotamiento del oxígeno por el vertido de aguas residuales urbanas.

²¹⁶ El primer Informe se realizó el 15 de enero de 1999 (COM (98) 775 final), abordando los datos sobre la contaminación causada por las aguas residuales urbanas y se informaba sobre el grado de avance en la aplicación de la Directiva, reconociendo en todo caso el elevado coste que suponía su aplicación, y las posibilidades de retrasos en su implementación; el segundo Informe de 21 de noviembre de 2001 (COM (2001) 685 final) informaba sobre las zonas sensibles y las medidas que los Estados miembros habían introducido en relación con el plazo de 1998, información de la que constató tanto e incumplimiento de los estados en relación con la necesaria elaboración de su propia información, como del incumplimiento sobre la aplicación de las medidas exigidas por la norma europea.

²¹⁷ COM (2004) 248 final.

el plazo máximo de 2005, para que las aglomeraciones que tengan entre 2.000 y 15.000 e-h, dispongan de sistemas colectores para las aguas residuales urbanas.

Como recuerda el Informe las obligaciones que debían satisfacerse en 1998 eran para aquellas zonas consideradas “zonas sensibles”, con más de 10.000 e-h, las de disponer de sistemas colectores y de un tratamiento de las aguas que se califica como “más riguroso”. En este supuesto el estricto control que se requiere se debe a que los vertidos se realizan en una zona de especiales características, que debía ser previamente declarada como tal por el Estado²¹⁸. Sobre estas zonas el Informe denuncia la falta de información completa en cuanto a las declaraciones realizadas por el Reino de España, como en cuanto a los resultados de los calificados como “tratamientos más rigurosos”. El segundo de los términos, que finalizó el 31 de diciembre de 2000, variaba el criterio cuantitativo de “e-h” y lo elevaba hasta más de 15.000 e-h. Es decir se es más permisivo frente a un mayor número de cargas contaminantes debido a que en este caso los vertidos se realiza en zonas no sensibles por lo que se exige además del sistema colector de un tratamiento *simplemente* secundario²¹⁹ o equivalente²²⁰. De nuevo se constata el incumplimiento de lo dispuesto en el art.4 de la Directiva al carecer al menos casi el 50% de las aglomeraciones urbanas obligadas de tratamientos secundarios. El último de los plazos, el 31 de diciembre de 2005, presenta diversos criterios de aplicación: así se exige que se disponga de sistemas colectores cuando se trate de aglomeraciones urbanas de entre 2000 y 15000 e-h, y por otro lado, rige también ese plazo para que exista un sistema secundario o equivalente de tratamiento, para aquellas aglomeraciones de entre 2.000 y 15.000 e-h y aquellas entre 2.000 y 10.000 e-h que realizan vertidos en aguas dulces o estuarios. Para las aglomeraciones urbanas que representen menos de 2.000 e-h y viertan a aguas dulces y estuarios y para aquellas que representan menos de 10.000 e-h y viertan en aguas costeras se fija, igualmente, el 31 de diciembre de 2005 para que

²¹⁸ España designó zonas sensibles en 1999 y 2000, aunque la comunicación oficial a la Comisión se relegó hasta los años 2001 y 2002, hechos que causaron el pronunciamiento del Tribunal de Justicia Europea contra España a propósito de este asunto en la Sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión v. Reino de España (Asunto C-419/01), por el incumplimiento de España en la trasposición de la Directiva 91/271/CEE, sobre tratamiento de aguas residuales.

²¹⁹ Es el tratamiento de aguas residuales urbanas mediante un proceso que incluya, por lo general, un tratamiento biológico con sedimentación secundaria, u otro proceso en el que se respeten los requisitos del cuadro 1 del Anexo I. Art.2.8)

²²⁰ Se considera adecuado el tratamiento de las aguas residuales urbanas mediante cualquier proceso y/o sistema de eliminación en virtud del cual, después del vertido de dichas aguas, las aguas receptoras cumplan los objetivos de calidad pertinentes y las disposiciones pertinentes de la presente y de las restantes Directivas comunitarias. Art.2.9).

las aguas una vez entren en los sistemas colectores sean objeto de un tratamiento adecuado, antes de ser vertidas.

El objetivo es, como señala E. ALONSO GARCÍA, *diseñar un modelo completo de control de las aguas residuales sobre la base de controlar tanto su calidad antes del tratamiento (vertidos al colector), como la instalación misma de sistemas colectores, el tratamiento de las aguas y el vertido postratamiento*²²¹. Sin embargo las conclusiones del reciente Informe examinado aunque constatan una mejora considerable en la calidad de las aguas, reconocen también la insuficiente aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva, agravada por la contaminación agrícola, que no entra en el ámbito de la norma, y por la deficiente depuración de las aguas, ante la no implantación de los tratamientos establecidos por la directiva²²².

B).Novedades internas a raíz de la Directiva 91/271. Remisión a su estudio en la normativa de trasposición

Hemos mencionado al inicio de estas páginas cómo el saneamiento era un servicio multifuncional que recogía diversas fases en su desarrollo. Conviene en este momento, dada la falta de identidad de conceptos que propuso la Directiva y que recogió nuestro Derecho, extendernos un poco más en ello, pues como veremos al tratar el Real Decreto-Ley 11/1995, ya adelantamos que aunque se traslada la terminología europea lo hace con una intensidad y consecuencias distintas.

La Directiva contiene las definiciones que nos interesan en su artículo 2 y sobre éstas vamos a tratar de entender su significación en relación con el saneamiento en general.

En primer lugar surge el concepto, ya mencionado en otras ocasiones, de “aglomeración urbana”, de cuya definición se desprende la diferencia con la tradicional organización territorial de nuestro Estado, pues no coincide ni con el ámbito municipal,

²²¹ Vid. *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. ...* Vol. II. Op.cit. Pág. 63.

²²² Según las declaraciones de la ministra de Medio Ambiente, Cristina Narbona, aproximadamente el 74% del agua se depura de forma adecuada; un 13% depende de la construcción de una planta, que a diciembre de 2004 todavía no estaba terminada, y el 13% restante no cumple todavía la normativa. La práctica totalidad de poblaciones con más de 50.000 habitantes depura de forma reglamentaria. No obstante quedan todavía pendiente la mayor implicación de los ayuntamientos y diputaciones provinciales las tareas de implementación de la normativa y la finalización en la construcción de un elevado número de estaciones depuradoras. Fuente: El País, de 20 de diciembre de 2005.

ni con el autonómico como han alertado MARTÍN MATEO²²³ y SETUÁIN MENDÍA²²⁴. Es por ello que su transposición al ordenamiento español, en 1995, puso en evidencia el trastorno que la norma suponía en el tradicional reparto de competencias sobre saneamiento.

Asimismo, estas aglomeraciones urbanas venían determinadas por otro parámetro desconocido que era el de “habitante-equivalente”, que respondía no a realidades físicas, que eran las aplicadas en la legislación local, sino que su cálculo provenía de una serie de parámetros bioquímicos y temporales, hasta ahora inexistentes entre nosotros. Este criterio posee, desde nuestra opinión, especial importancia en relación, sobre todo, con el ejemplo español. Nuestros razonamientos se basan en que la noción “habitante-equivalente” es un indicador que tiene en cuenta la población de hecho, la población estacional y la contaminación de origen industrial conectada al saneamiento urbano, factores todos ellos de indudable repercusión en la prevención de la contaminación y en la tarea/ obligación de saneamiento de las aguas residuales urbanas, pues en España uno de los motores económicos más relevante es el turismo que hasta ahora se caracteriza por ser un turismo de masas que colapsan los núcleos urbanos con repercusiones bastantes negativas en cuanto a las infraestructuras y al propio servicio de depuración de aguas. Además, el concepto de “habitante-equivalente” supuso la modificación del artículo 26 que sustituyó los criterios hasta entonces aplicados para determinar qué servicios debían prestar los municipios por sí o asociados, medido en número de habitantes, por el de “habitantes-equivalente”. Cuestiones que quedan aquí únicamente apuntadas y que se tratarán más ampliamente en el próximo epígrafe sobre el Derecho de Aguas español.

Por último, en este breve repaso a la terminología europea y a su significado en la tarea del saneamiento, la Directiva define los “sistemas colectores”. Estas instalaciones son un sistema de conductos que recogen y conducen las aguas residuales urbanas. Definición que debido a su sentido amplio incluye, en su formulación, al alcantarillado y a los sistemas colectores propiamente dichos, que, como veremos, no coincide con la norma nacional que entiende la noción de “sistema colector” de manera estricta, esto es excluyendo al alcantarillado.

²²³ Vid. *Manual...* Op. cit. Pág. 226.

²²⁴ Vid. *El saneamiento...* Op. cit. Págs.113 a 115 y 180 y ss.

Pues bien, se extiende tal obligación -la de poseer sistema colector- a las aglomeraciones urbanas, lo que implica, sin duda, un mayor esfuerzo bien en la prestación para aquellos casos en que la aglomeración urbana coincida con el municipio, o un esfuerzo de coordinación, de cooperación entre los diversos municipios, cuando éstos deban unirse y formar así una “aglomeración urbana”. Es un doble esfuerzo, un doble reto, al que puede responderse de múltiples maneras. Por una parte, mediante la creación de entes supramunicipales, como las mancomunidades, u optando por figuras como los consorcios, o bien fomentando la competitividad en el sector privado, de forma que se ofrezca un servicio de calidad garantizado a los ciudadanos, gracias a unas obligaciones de servicio público, pero que sea lo suficientemente atractivo para que los agentes privados se vean incentivados a la búsqueda de una mayor efectividad y de un mayor nivel tecnológico. Ésa es una de las exigencias comunitarias “el mejor estado disponible de la técnica”, pues la gran amenaza de los servicios que se califican de monopolios naturales es que justamente esta situación monopolística y única no impulse suficientemente las inversiones y la eficiencia técnica.

El análisis detallado de esta terminología en relación con nuestro ordenamiento jurídico requiere la remisión a su tratamiento en epígrafes siguientes, una vez han sido apuntadas las notas más significativas que impone la Unión Europea.

II. EN EL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL

II.1.La normativa sobre los recursos hídricos

II.1.1. Notas sobre el Derecho Aguas español

La normativa sobre recursos hídricos en nuestro entorno ha sido objeto de profundas modificaciones en las últimas décadas, aunque las reformas dejan todavía aspectos muy importantes por actualizar en un sector que presenta dificultades tan notables. El agua es un sector sometido al concepto tradicional de servicio público y desde estas reflexiones se pretende introducir el halo europeo y el planteamiento de revisar el tradicional servicio público del saneamiento de las aguas residuales, desde la perspectiva europea.

En primer lugar debemos retomar el cambio que supuso la aprobación de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 que sustituyó, tras casi un siglo de vigencia, al anterior

Texto de 1879²²⁵, siendo su cambio más radical la declaración de demanialidad de las aguas²²⁶, de todas las aguas, superficiales y subterráneas, aunque se estableció un régimen transitorio que permitía la perduración de ciertos derechos privativos sobre las aguas²²⁷. Este cambio a favor de la publicación de las aguas y del papel preponderante

²²⁵ Para un estudio exhaustivo sobre el origen de la actual legislación de aguas, Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., *La Ley de aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*. Centro de Estudios Hidrográficos. Madrid. 1963 y GAY DE MONTELLA y MASSO ESCOFET, C., *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*. Tomo I. Bosch. Barcelona. 1956.

²²⁶ Si bien pueden también existir aguas privadas, que serán aquellas así declaradas por el TRLAg y que responden al derecho de propiedad. En cuanto al derecho de propiedad hemos de hacer, necesariamente por su trascendencia, un somero comentario jurisprudencial: en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, relativa al recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 8/1984, de Reforma Agraria de Andalucía, se dice así "... la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide considerarla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo descrito en el artículo 348 CC...". A partir de esta declaración debemos también introducir la doctrina, nacida en el seno de la Italia todavía fascista, de la pluralidad de propiedades o de los estatutos de propiedad, según la cual no hay propiedad sino propiedades, de forma que cada una de ellas posee su propio régimen jurídico. Esto no lleva más que a confirmar que la propiedad no es un concepto estable e inamovible en el tiempo: en primer lugar porque se ve modulado por los factores políticos, económicos y sociales, en segundo lugar porque se permiten, bajo ciertas circunstancias, limitaciones a su contenido, y en tercer y último lugar porque incluso puede privarse a aquellos que disfrutaban del mismo, y por razones de interés general, a través de la institución de la expropiación. Todas estas circunstancias sirvan también de justificación a la evolución de las aguas de privadas a públicas y a la pervivencia, en algunos casos, de aguas privadas. Vid. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. *La propiedad en la formación del Derecho Administrativo*. Pamplona. 1983. Págs. 23 y ss; REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución Española*. BOE. Centro de Estudios. Madrid. 1994. Págs. 115 y ss; WEBER, "La protección de la propiedad en el Derecho comparado" en REDA. Núm. 72. 1994. Págs. 474 y ss; RIVERO YSERN, J. L. "En torno a la expropiación de uso de la tierra por cumplimiento de su función social" en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del S.XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*. Vol. III. Universidad Complutense. Madrid. 1992. Pág. 1553.

En el análisis del reconocimiento constitucional de este derecho en el art.33 C.E, vid. también, TOMÁS VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*. CEC. Madrid. 1994; BARNÉS "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978" en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*. Madrid. 1996. Págs. 34 y ss. Este último destaca el carácter amplio de propiedad que se recoge en la Constitución superando así el concepto tradicional defendido desde una perspectiva civil, amplitud que ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y que exige no sólo la interpretación de este derecho basándose en el artículo 33 del Constitución sino también la consulta de otros preceptos constitucionales. Vid. HERNÁNDEZ GIL "La propiedad privada y su función social en la Constitución" en *Poder Judicial*. Núm. 14. 1989. Págs. 19 y ss

²²⁷ A pesar de estas consideraciones no podemos dejar de hablar tampoco de la importancia que en relación con la publicación de las aguas asumieron las disposiciones transitorias segunda y tercera - los plazos de tres años establecidos en la LAg de 1985, han sido ya superados por lo que la nueva redacción fijada en el Texto Refundido ya no hace referencia a ellos, sino al plazo máximo de respeto de situaciones de usos privativos creadas con anterioridad a la Ley de 1985- ya que continuando con las situaciones provenientes de la antigua Ley de 1879 y tratando de paliar el cambio tan radical de la nueva ordenación de las aguas, mantenía y sigue manteniéndose en el Texto Refundido la propiedad privada bajo determinadas circunstancias, distinguiéndose así tres supuestos:

1. Titulares de aprovechamientos de aguas públicas por virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, o de autorización de ocupación o utilización del dominio público estatal, a los que se les permite seguir disfrutando de sus derechos, de acuerdo con el contenido de los títulos administrativos y lo establecido por la propia Ley, durante un plazo máximo de setenta y cinco años, a partir de la entrada en vigor de la misma, siempre que no se fije otro plazo menor en su título.

de la Administración a través de la planificación²²⁸, supuso también una pérdida del liberalismo que hasta entonces se había conjugado en la ordenación de las aguas que no por ello dejaban de estar fuertemente intervenidas por la Administración²²⁹, manifestaciones que se concretan, siguiendo a ARIÑO ORTIZ y SASTRE BECEIRO, en el principio de libre competencia en el régimen concesional, en la prescripción adquisitiva de derechos y aprovechamientos y en el respeto a los derechos adquiridos, el fomento de la iniciativa privada para la realización de obras públicas, el reconocimiento de derechos de propiedad, y la asignación de aguas superficiales mediante *concesiones de carter*²³⁰.

Por último, afirmando la posibilidad de dominio privado sobre los recursos hídricos el artículo 5 del nuevo texto de la Ley de Aguas señala que *son de dominio privado los cauces por los que ocasionalmente discurran las aguas pluviales en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular; este dominio privado no autoriza para hacer en estos cauces labores ni construir obras que puedan hacer variar el curso natural de las aguas en perjuicio del interés público o de tercero, o cuya destrucción por la fuerza de las avenidas pueda ocasionar daños a personas o cosas*. Así, como las charcas situadas en predios de propiedad privada, que se considerarán parte de los mismos siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios (art.10 del TRLAg) sujetas a *la aplicación de la legislación ambiental*

2.Titulares de algún derecho conforme a la legislación derogada sobre aguas privadas de manantiales, que hayan acreditado su derecho conforme a lo dispuesto en la Ley de Aguas de 1985, así como el régimen de utilización del recurso, ante el Organismo de Cuenca para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, tienen reconocido por la Ley un plazo máximo de cincuenta años para el uso de los recursos transcurridos los cuales se crea un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa.

3.Titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías de explotación, que hayan acreditado ante el Organismo de Cuenca correspondiente e inscrito en el Registro de Aguas, al amparo de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 1985, su derecho a la utilización del recurso y la ausencia de afección, en su caso, a otros aprovechamientos legales preexistente, se les concede por parte de la Administración un plazo de cincuenta años, e igualmente que en los supuestos anteriores de un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la citada Ley.

²²⁸ Vid. LLAMAS, R. y SASTRE, M. “La vigente planificación hidrológica.1)¿Es aplicable?;2)¿Es deseable?” en *La aplicación de la Directiva Marco ...* Op. cit. Pág.137.

²²⁹ En este sentido MELGAREJO MORENO, J., concluye en su estudio que la legislación decimonónica en materia de aguas fue resultado de una concepción de la política hidráulica en la que subyacía la consideración de que el Estado debía limitarse a fomentar y facilitar iniciativas probadas – estrictamente empresariales o de las comunidades o sindicatos de regantes, sin que en ningún momento se creyese conveniente que fuera conveniente que fuera el propio Estado quien ejecutara directamente dicha política... Vid. *El agua en la Historia de España*. Alicante. 2000. Págs.276 a 282.

²³⁰ Vid. *Principios de Derecho...* Op. cit. Págs.897 y 898.

correspondiente. Además, la disposición adicional primera permite incluso la inscripción independiente en el Registro de la propiedad de los lagos, lagunas y charcas sobre los que existieran ya inscripciones en el momento de la entrada en vigor de la Ley 29/1985, de 2 de agosto.

A esta Ley le acompañaron sendos reglamentos de desarrollo, el Reglamento del Dominio Público Hidráulico²³¹, que desarrolla el Título Preliminar, y los Títulos I, IV, V, VI y VII de la Ley –ampliamente reformado en 2003- y el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, de desarrollo de los Títulos II y III²³².

La Ley de 1985 fue sin embargo y de manera paradójica en breve reformada. Entre las más importantes debemos citar sin duda la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley de Aguas que dio lugar a la aprobación del Texto Refundido en 2001. El porqué de estas modificaciones trae su causa de las referencias anteriores de origen comunitario. Ya que desde la integración de España, en 1986, en la Comunidad Europea también el ordenamiento jurídico en general y el ordenamiento de las aguas en particular debió adaptarse y transponer las normas comunitarias. Como señaló en su día la Exposición de Motivos de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, los problemas en la gestión del agua a escala nacional, la ausencia de instrumentos eficaces para afrontar las

²³¹ El art.256 traspone las normas de emisión señaladas por la Directiva del Consejo 76/464/CEE de 4 de mayo, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad. El art.257 y ss, trasponen las normas de emisión señaladas por la Directiva del Consejo 80/681/CEE, de 17 de diciembre, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas. El RDPH ha sido modificado además por el RD 1315/1992, de 30 de octubre, por el RD 419/1993, de 26 de marzo, por el RD 1771/1994, de 5 de agosto, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, y por el RD 995/2000, ésta última modificación ha añadido un último párrafo al apartado 4 del art. 254 y la última de las reformas es la del RD 606/2003, de 23 de mayo.

²³² El Reglamento fue aprobado por el RD. 927/1988 de 29 de julio. (BOE 31/08/88). En adelante RAPA.

El Anexo I traspone los objetivos de calidad establecidos en la Directiva del Consejo 75/440/CEE, de 16 de junio, relativa a la calidad requerida para las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados miembros. El Anexo II traspone los objetivos de calidad establecidos en la Directiva 76/160/CEE, de 8 de diciembre, de 1975, relativa a la calidad de aguas de baño. El Anexo III, traspone los objetivos de calidad establecidos en la Directiva 78/659/CEE, de 18 de julio, relativa a las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces. Y, el Anexo IV traspone los objetivos de calidad establecidos en la Directiva 79/923/CEE, de 30 de octubre, relativa a la calidad exigida a las aguas para la cría de moluscos.

El RAPA ha sido objeto de recursos de inconstitucionalidad. Así, la STC 118/1998, de 4 de junio, que resuelve los recursos presentados, por el País Vasco, Cataluña y Cantabria estima parcialmente los recursos presentados, de forma que algunos de los preceptos de este Reglamento se entiende que no son de aplicación en el País Vasco y Cantabria, sin perjuicio de que sí lo sean los de la Ley de Aguas, por ser declarados éstos de carácter básico. BOE, de 3 de julio de 1998, nº 158 suplemento.

nuevas demandas de agua, tanto en calidad, como en cantidad, fueron las causas principales de la modificación del Texto de 1985. Las novedades más importantes las citaremos brevemente. Se introdujo, como tan reclamado había sido²³³, un nuevo título sobre las “obras hidráulicas”, entendidas éstas como una modalidad particular de las obras públicas. También fue novedosa la introducción de la perspectiva ambiental en la regulación de las aguas, en este caso basándose en la propuesta de Directiva Marco – que finalmente se aprobó en 2000- de la que ya se conocían sus principios y el contenido básico de la misma. La obligación de incluir los aspectos ambientales en la regulación de las aguas se plasmó y concretó con la obligación de que las Administraciones deben velar por el “buen estado ecológico de las aguas”, terminología que introduce la Exposición de Motivos y que aparece como uno de los objetivos de la “planificación hidrológica” (art.40.1 TRLAg) y de la protección del dominio público hidráulico (art.92.a)TRLAg). Aparece también por primera vez en la Ley 46/1999 la sistematización del marco jurídico de la reutilización y desalación de las aguas²³⁴ y se implanta el conocido mercado de aguas o como se ha denominado en el Texto Refundido “contratos de cesión de derechos de usos de agua²³⁵”. Todas estas innovaciones tienen conexión con el desarrollo actual del servicio de saneamiento de aguas y por eso van a ser objeto de tratamiento adicional en las próximas páginas²³⁶.

La sucesiva aprobación del Texto Refundido de 2001 ha sido también, a pesar de su reciente aparición, objeto de modificaciones en respuesta a la importante labor que en materia de protección de calidad de las aguas se está impulsando desde la Unión Europea dentro de la política global y de la conciencia por la protección del medio ambiente. Los cambios se produjeron básicamente tras la trasposición de la Directiva 96/61 mediante la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación que modificó el art.105. aptdo.2.a) y la Disposición adicional décima. También la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas modificó los artículos 133 a 135 del TRLAg. Posteriormente hubo que trasponer los

²³³ Vid. MARTÍN RETORTILLO, S. *Derecho de aguas*. Op.cit. Pág.407. Nota 48.

²³⁴ Para aspectos más extensos véase la monografía dedicada a este tema de JIMÉNEZ SHAW, C. Régimen jurídico de la desalación de agua marina. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. *in totum*.

²³⁵ Vid. Nota 7 sobre “mercado de aguas”, en la Primera Parte.

²³⁶ De manera general para una análisis más detallado de cada una de las anteriores cuestiones que hemos enumerado, *vid.* la obra dirigida por EMBID IRUJO A. *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*. Civitas Monografías Madrid. 2000. *in totum*. Así como el prólogo de REVERTE NAVARRO, A en *Legislación de Aguas*. PÉREZ, PÉREZ, E .Tecnos.. Madrid. 2005. Págs.17 a 38.

postulados de la Directiva Marco del Agua e incorporar nuevas referencias adecuadas a la normativa comunitaria que se aprobaron por la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social²³⁷. La visión ecológica se ha visto ampliada tras la introducción, en 2003, del nuevo art.92.bis) donde se enumeran los objetivos ambientales que deben alcanzarse para lograr una adecuada protección de las aguas²³⁸. La más reciente de las modificaciones parcial pero importante, se produjo por la Ley 11/2005, de 22 de junio, con el fin de plasmar la reorientación de la política del agua cuyos ejes principales son: cumplir las normas europeas, en particular la Directiva Marco 2000/60; garantizar la equidad, la eficiencia y la sostenibilidad en la gestión y el uso de los recursos hídricos, y utilizar para ello las mejores tecnologías disponibles.

Finalmente antes de concluir estas notas iniciales hemos de destacar que como se puede observar no hemos hecho todavía alusión alguna al saneamiento en la normativa general hídrica. Es una carencia que debemos mencionar ya que el Texto Refundido, aprobado en 2001, y sus recientes reformas, no incluyen en su regulación referencia alguna al saneamiento de las aguas residuales quizás ante la también ausencia en la Directiva Marco, cosa que no impide encontrar ciertas referencias subyacentes a la mismas, que se concreta en aquellas disposiciones relativas a la protección de la calidad de los recursos hídricos del Título V y que exige unos procedimientos determinados de depuración, unos conductos de traslación de esas aguas, unas autorizaciones para la realización del vertido...en fin, un sinnúmero de actividades que conforma todas ellas, de manera global, el servicio de saneamiento.

²³⁷ También han de tenerse presente que en el ámbito territorial de las *Illes Balears* la Ley 10/2003, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas deja sin efecto el contenido del apartado 2 del art. 54, que queda sustituido por el siguiente texto:

2.Las captaciones de aguas subterráneas o de manantiales de menos de 7.000 m³/año requieren autorización administrativa, que deberá otorgarse en función de los volúmenes disponibles estimados en la planificación hidrológica

Además, la redacción del art.55 del TRLAg queda también alterado en el ámbito del ámbito territorial de las *Illes Balears*. Vid. art.35 de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública. También el art.51 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas modificó en relación con el ámbito territorial de las *Illes Balears* los arts.61.4, 109.3 y 4, y 116.3 TRLAg.

²³⁸ También en relación con la ordenación de los recursos hídricos hemos de citar la aprobación de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, derogado parcialmente por el Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio y afectada por la Ley 11/2005, de 22 de junio.

II.1.2. De nuevo sobre el significado de la declaración de demanialidad de los recursos hídricos en el desarrollo del servicio de saneamiento. La evolución de este concepto

En capítulos precedentes hemos definido los rasgos y caracteres de la declaración de demanialidad que sobre las aguas contiene el art.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y sobre los recursos naturales, en general, el art.132 de la Constitución. Nos corresponde ahora analizar qué implicaciones suponen este régimen jurídico cuando estamos planteando la intervención de particulares en servicios que tiene por objeto un recurso natural, el agua, que es declarado como parte del dominio público hidráulico, pues el dominio público es un concepto ligado a los de obra pública y servicio público²³⁹.

En primer lugar la demanialidad supone la existencia de un régimen exorbitante de normas en torno a una materia, en este caso las aguas, que se declaran inalienables, inembargables e imprescriptibles, y un espectro público que indica la presencia de los poderes públicos de manera especialmente intensa en relación con estos bienes demaniales. Aparte de esta normación desmesurada, la declaración de demanialidad y el entendimiento de su significado van a determinar la posibilidad de que en un recurso como es el agua, declarado de demanial, y en un servicio como el saneamiento, que se califica de esencial y obligatorio, sea posible experimentar con nuevas formas de organización y de gestión, que es lo que pretendemos aplicar y justificar.

De manera tradicional la demanialidad de los recursos naturales se ha utilizado como cortapisa a que los intereses privados entren a controlar tales recursos. Para ello se sometían a un régimen público todos estos recursos y por extensión también los servicios con ellos relacionados, como es el caso del saneamiento que, de manera también tradicional, se prestaba por los poderes públicos; pues ésta era la consecuencia clara de un servicio que además de esencial hacia uso de un bien de dominio público. Son reflexiones que responden a patrones ya conocidos entre nosotros, pero hoy superados, pues la historia y la evolución del Derecho administrativo y de la propia Administración, y sobre todo el rápido desarrollo del Derecho Ambiental, muestran insuficiencias que están mermando la capacidad de actuación de la Administración..

²³⁹ Vid. DARNACULLETA I GARDELLA, M. *Recursos...* Op.cit. Pág. 29.

El eje de la cuestión se plantea de la siguiente manera: la declaración de demanialidad se refiere a los recursos naturales, como el agua, pero a la vez este elemento natural es el sustento de servicios públicos esenciales. En efecto, lo normal es que un recurso calificado de esencial y reservado al sector público sea también declarado como de dominio público. De ello se deriva que la demanialidad, como reconoce la Constitución, se refiere a los recursos, pero no a los servicios, nota que corrobora también SANTAFÉ MARTÍNEZ al señalar que el “carácter público (del agua) no está reñido con una importante y creciente presencia del sector privado en el campo de la gestión”²⁴⁰. Es decir que se reserven los recursos hídricos al sector público, con una conjunta declaración de demanialidad, no significa que deban ser explotados por la propia Administración, ni que ésta sea su propietaria, sino únicamente que el recurso, las aguas, se excluye del tráfico privado y que se somete a un régimen concreto. De este régimen entendemos que no se pueden embargar, que no prescriben, es decir siempre mantendrán esta cualidad y que no se pueden vender, pero porqué no someterse a las reglas del mercado, a la competitividad, los servicios que se sustentan en este recurso.

Dice al respecto GONZÁLEZ SANFIEL que “mientras que el dominio público supone la negación de la propiedad privada sobre los bienes incorporados al mismo, la declaración de una actividad como servicio público (reserva), al menos en la concepción tradicional, significaba la eliminación de la libertad de empresa”. Y ello conllevaría a que en el caso del saneamiento, donde se dan ambas circunstancias, no pudiera en principio entenderse que los particulares, que claramente no pueden apropiarse de tales bienes, tampoco pudieran realizar libremente y de manera competitiva las actividades publicadas, lo cual no es del todo adecuado a las tesis que venimos exponiendo. Y así lo entiende también el anterior cuando matiza “lejos queda la idea de una atribución de la propiedad para explicar la naturaleza de dominio público. La Administración... es investida con una función de tutela, administración o cuidado de los bienes incorporados a la esfera del poder público²⁴¹”. De esta manera debe hoy en día reinterpretarse esta posición sobre la declaración de demanialidad que la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre la consideró como un instrumento para “asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso o disfrute”.

²⁴⁰ Vid. “La gestión del agua en otros países occidentales...” cit.

²⁴¹ Vid. *Un nuevo...* Op. cit. Págs.157 y ss.

Sobre la evolución del concepto de dominio público explica DARNACULLETA que diversas circunstancias nos obligan hoy a tratar la evolución y dinamización de este instrumento. Por ejemplo la inicial esencialidad de que desde el punto de vista subjetivo fuera un poder público el titular de estos bienes se ve sustituida ante la existencia de bienes cuyo titular es la Humanidad²⁴². Además la separación entre titularidad y gestión, permite una nueva misión de los poderes públicos y una mayor entrada de otros sujetos no públicos²⁴³. Todo ello nos lleva de nuevo a poner el acento no en el aspecto subjetivo de la institución, sino en el aspecto objetivo, como se ha venido experimentando en el caso de los servicios públicos, donde lo esencial no va a ser que sea un poder público quien lo preste, sino que objetivamente se satisfaga el interés general por la protección de dicho bien bajo unas determinadas condiciones, en alusión evidente al establecimiento de obligaciones de servicio público.

Hasta ahora hemos venido hablando del dominio público natural en el que se incluían las aguas, los recursos, pero existe también otra categoría que es la de *dominio público artificial*, y que es relevante por cuanto afecta al servicio de saneamiento en dos sentidos. Pues esta categoría ha sido utilizada para denominar aquellos bienes demaniales que surgen consecuencia de las modificaciones introducidas por el hombre en la estructura y composición de la naturaleza, caso de las infraestructuras necesarias para desarrollar la conducción y el tratamiento y depuración de las aguas residuales²⁴⁴. Y por otra parte porque la existencia de dominio público artificial se ha supeditado a la afección de un bien por un servicio público, con independencia a la obra pública. Esta circunstancia, anunciada en páginas anteriores, corrobora que las aguas son la base material de la prestación de la actividad de servicio público de saneamiento. Precisamente la vinculación del dominio público artificial con la realización de servicios públicos es el factor que permite entender en la actualidad los cambios y la

²⁴² Vid. DARNACULLETA I GARDELLA, M. *Recursos...* Op.cit., el epígrafe titulado “El medio ambiente como Patrimonio Común de la Humanidad” y las referencias bibliográficas allí citadas. Págs. 129 y 130.

²⁴³ Vid. DARNACULLETA I GARDELLA, M. *Recursos...* Op.cit. Págs. 31 y 32.

²⁴⁴ Sobre el dominio público artificial y su relación con las infraestructuras, vid. GONZÁLEZ SANFIEL, A.M. *Un nuevo...* Op.cit. Pág. 81. G.DELAYOY señala en sus reflexiones acerca de la continuidad del principio de inalienabilidad y en conexión con el desarrollo de la idea de dominio público artificial la sustitución de aquel principio por una regla que subordine toda cesión a un mecanismo de control que permita asegurar que la cesión no compromete el ejercicio de la misión de servicio público del que la administración o el establecimiento público afectado tiene la carga, pues a pesar del desarrollo económico y la tensión que ello comporta entre medio ambiente y economía, no debe olvidarse que el dominio público requiere para su conservación y protección de su afectación, esto es de un mínimo de garantías, vid. “Faut-il supprimer le principe...” cit. Pág. 598.

evolución de la institución que tratamos. Pues si en un primer momento, como advierte GONZÁLEZ SANFIEL fue el régimen del dominio público el que influyó y moduló el de servicio público, ahora asistimos al proceso contrario. Es el servicio público, cuya evolución hemos analizado, el que está introduciendo novedades en la tradicional configuración de la demanialidad²⁴⁵.

II.2.Las normas sobre el saneamiento de las aguas residuales

Para poder aplicar una nueva experiencia en cualquier ámbito es necesario ver qué posibilidades se ofrecen o en qué marco debemos enmarcar nuestras actuaciones. Por eso se entra a detallar, a continuación, la normativa que en materia de saneamiento dirige hacia unos fines, implica unas medidas y también la intervención de los diferentes niveles públicos y como veremos, en su caso, también privados.

El establecer unas competencias en cada nivel administrativo si bien no afecta a las propuestas sobre modernización de la Administración, en concreto de la Administración ambiental como un paradigma trasladable al derecho Administrativo general, si permite determinar quién tiene más posibilidades y de qué manera de introducir esas transformaciones que exige la sociedad actual.

Aunque existe normativa aprobada por el Estado, el desarrollo mayor del saneamiento a nivel normativo se constata en ámbitos inferiores. Así, todas las Comunidades Autónomas poseen, en su interés por la materia del saneamiento de las aguas residuales, regulaciones al respecto. Unas mediante leyes que tratan el saneamiento de manera conjunta con el abastecimiento de poblaciones –respondiendo a la actual propuesta del carácter integral del ciclo de agua-, frente a otras que se destinan sólo al saneamiento y depuración de las aguas residuales. Y algunas, a pesar de tener asumidas como propias las competencias que les legitiman para aprobar una ley sobre la materia, no han legislado en tal sentido, caso del País Vasco, Castilla-León, Extremadura, Andalucía, Ceuta y Melilla-.

²⁴⁵*Vid. Supra, Segunda Parte.* III.1.1.La declaración de demanialidad de las aguas. Las consecuencias del régimen jurídico de la demanialidad.

II.2.1.La normativa estatal: examen del contenido del Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre

II.2.1.1).El antecedente: el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales

La consecución de los objetivos del Real Decreto-Ley 11/1995, en cumplimiento de la Directiva 91/271, requería de una serie de medidas previas, y entre ellas destaca la aprobación, seis meses antes, del *Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales*²⁴⁶ que trató de planificar y de paliar el gran coste económico que suponía la implantación de las normas comunitarias en materia de saneamiento de aguas residuales.

En este instrumento, de carácter no normativo, aparecen enumerados con gran acierto, por lo que nos permitimos la licencia de reproducirlos, los problemas más acuciantes de las aguas residuales; se denuncia, así, la falta de modernización de las redes urbanas, esto es del alcantarillado municipal. A lo anterior se le unen las carencias de las instalaciones de depuración y de vertido, algunas de las cuales que se encuentran especialmente anticuadas. Por otra parte se denuncia la insuficiencia de los medios materiales y humanos para la correcta explotación y mantenimiento de las plantas. Y se constata como el imprescindible control y seguimiento de las depuradoras es prácticamente inexistente. Situación ésta muy similar en el ámbito local en cuanto al incumplimiento de las Ordenanzas que regulan el vertido al alcantarillado, con especial incidencia en este *incontrol* por parte de las empresas industriales. Otro problema que hasta entonces quizás no había sido observado, pero que ponen de manifiesto el Plan, es la cuestión de la utilización y aprovechamiento de los lodos. Y finalmente se considera la repercusión de la insuficiente consideración y gestión de las aguas de tormenta.

El objetivo general del Plan era servir a la protección general de la calidad del agua y del medio hídrico a través del objetivo inmediato de garantizar la calidad de las aguas residuales urbanas de conformidad con las exigencias de la Unión Europea. Para ello se establecen en el Plan unas líneas de actuación basadas en la coordinación de las inversiones de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las

²⁴⁶ Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1995, y publicado en el BOE de 12 de mayo de 1995.

Entidades Locales²⁴⁷; en el Plan se aseguraba la contribución financiera del Estado a las redes de colectores (EDAR) mediante convenios con las Comunidades Autónomas. Aspecto fundamental para ello fue la instauración de un modelo de financiación de los proyectos y ejecución de obras entre ambas Administraciones (Estado y Comunidades Autónomas), de carácter novedoso –ya que hasta el momento se había hecho uso de la figura de “obras de interés general, para que el Estado entrara a financiar tales infraestructuras de saneamiento- donde la intervención del Estado viene condicionada por la existencia, imprescindible, en cada Comunidad de un Plan Regional de Saneamiento -que se reconoce ya existía en muchas Comunidades- y de un canon de saneamiento autonómico y propio, que permitiese cubrir la parte no asumida por el Estado.

La principal aportación del Plan fue pues esta previsión de financiación estatal de las actuaciones que debían emprender las Comunidades autónomas, ayudas del Estado que se sujetaban más concretamente a la existencia de un canon de saneamiento²⁴⁸, que casi todas las leyes poseían ya con anterioridad, o que se apresuraron a aprobar en su respectivas Leyes de saneamiento.

La vigencia del Plan abarcaba el decenio entre 1995-2005. En sustitución del mismo se anunció por el Ministerio de Medio Ambiente la aprobación en 2006 de un Plan Nacional de Calidad de las Aguas para el periodo 2006-2013, que continúe el puesto en marcha en 1995 para cumplir la normativa europea²⁴⁹.

²⁴⁷ Un comentario sobre la trascendencia del Plan lo realiza FANLO LORAS, A. *Vid.* “Obras hidráulicas de...” cit. Págs. 137 y ss; también, más brevemente, alude a su importancia, RUIZ DE APODACA ESPINOSA en *Derecho ambiental integrado...* Op. cit. Págs. 68 y 69; así como, SETUÁIN MENDÍA en *El saneamiento...* Op. cit. Págs. 169 y ss.

²⁴⁸ Respecto a la convivencia del canon estatal y de los cánones autonómicos la polémica surgida en base a la antigua redacción, de 2001, del art.113.7 TRLAg, en el que se declaraba la independencia del nuevo tributo “de los cánones o tasas que puedan establecer las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales para financiar las obras de saneamiento y depuración”, que no se acompañaba, si quiera, de la previsión de eventuales supuestos de concurrencia con los tributos autonómicos, y no excusaba tampoco para suprimir el propio derecho a la deducción, fue subsanada con la reforma de la Disposición final primera de la Ley 11/2005, de 12 de junio que supuso la introducción de un nuevo apartado octavo en el que se dice: “cuando un sujeto pasivo del canon de control de vertidos esté obligado a satisfacer algún otro tributo vinculado a la protección, mejora y control del medio receptor establecido por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, el importe correspondiente a este tributo se podrán deducir o reducir del importe a satisfacer en concepto de canon de control de vertidos. Con el objeto de arbitrar los mecanismos necesarios para conseguir la efectiva correspondencia entre los servicios recibidos y los importes a abonar por el sujeto pasivo de los citados tributos, el Ministerio de Medio Ambiente y las Administraciones autonómicas implicadas suscribirán los oportunos convenios de colaboración”.

²⁴⁹ Fuente: El País, de 20 de diciembre de 2005.

II.2.1.2). El Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre: el tratamiento de las aguas residuales urbanas

A pesar de que el plazo para transponer la Directiva 91/271 finalizaba el 30 de junio de 1993, no fue hasta dos años después cuando España en cumplimiento de lo dispuesto a nivel comunitario aprobó el Real Decreto-Ley²⁵⁰ 11/1995, de 28 de diciembre²⁵¹, que desarrollaba el Título V de la Ley de Aguas 29/1985, “de la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas continentales”²⁵², con el fin de proteger la calidad de las aguas continentales y los efectos negativos de los vertidos de las aguas residuales urbanas.

El Real Decreto-Ley estableció, con carácter básico, las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, pero con el inconveniente de los altos costes de mantenimiento de los servicios en ella establecidos, que recaen sobre las entidades locales incrementando de forma inevitable sus correspondientes tasas. La Directiva citada planteó una problemática muy importante. En primer lugar, requiere la cooperación de las diversas Administraciones Públicas (Ayuntamientos, Comunidades Autónomas principalmente y del Estado). Esta cooperación habrá de mostrar como adecuados los instrumentos de cooperación habitualmente utilizados en nuestro país (Convenios, conferencias sectoriales, etc), que, no obstante, todavía no ofrecen los resultados esperados en nuestro Estado de las Autonomías. En todo caso, no debemos olvidar que el verdadero afectado por el ordenamiento comunitario es el Estado, ya que sólo él es el obligado ante las Comunidades Europeas, puesto que al igual que el resto de los Estados es el sujeto al que van dirigidas las Directivas. Esta última apreciación pone de relieve la segunda de las preocupaciones, que no es otra que el cumplimiento de la normativa europea no suponga un trastoque del reparto de competencias derivado de la CE y de los Estatutos pero que al mismo tiempo se consiga, a través de una serie de instrumentos, el cumplimiento efectivo de dicha normativa, otorgando al Estado cierto

²⁵⁰ El uso de la categoría del Real Decreto-Ley respondió a la flagrante superación del plazo fijado por la Directiva para llevar a cabo su trasposición en los ordenamientos nacionales, así como a la necesidad extraordinaria y urgente de planificación financiera y de del largo periodo que se planteaba para ejecutar el contenido de la norma si bien tras su convalidación, no fue tramitado como proyecto de ley.

²⁵¹ BOE, de 30 de diciembre de 1995.

²⁵² Destacar que desarrolla también la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas con el fin de proteger del mismo modo la calidad de las aguas marítimas.

poder de dirección para garantizar ese cumplimiento. Objetivo que en nuestro país está todavía bastante lejos de conseguir.

Principalmente, como hemos venido señalando, la transposición de la Directiva afecta al ordenamiento local, existiendo opiniones divergentes en cuanto a la afectación de la LRBRL. Pues la Directiva impone obligaciones en relación con las “aglomeraciones urbanas”, pero estas obligaciones se concretan en la necesidad de contar con sistemas colectores y tratamientos determinados y como hemos visto la descripción que se realiza en la Directiva de sistemas colectores es en sentido amplio. No obstante al trasponer tal Directiva el Real Decreto-Ley de 1995 restringió el concepto señalado, y excluyó de la definición de sistemas colectores al alcantarillado por lo que, como se advirtió desde un inicio, la modificación que incluye en su Preámbulo el Real Decreto-Ley 11/1995 para modificar el art.26 LRBRL, sustituyendo la expresión anterior de “habitantes” por “habitantes-equivalentes²⁵³”, no sería, en nuestra opinión, necesaria, pues en este artículo se establece como servicio mínimo obligatorio el alcantarillado, que de acuerdo con la terminología española reseñada queda fuera de este ámbito. En todo caso consideramos que debe adecuar su terminología la legislación autonómica sobre saneamiento, que es la competente para determinar las “aglomeraciones urbanas” de acuerdo con aquel criterio, y en base a ello se dará cumplimiento a las imposiciones de la Directiva. Descripción de las “aglomeraciones urbanas” que deben realizarse en el Plan Director de infraestructura de saneamiento y depuración, previa audiencia de los Ayuntamientos afectados –ya que por supuesto la aparición de las “aglomeraciones urbanas” como elemento de referencia, no implica la desaparición, ni mucho menos, de los municipios, de ahí su inestimable presencia²⁵⁴- y que debe acompañarse del establecimiento del ente público representativo de los municipios al que corresponda en cada caso el cumplimiento de las obligaciones establecidas en él²⁵⁵.

Uno de los mandatos más importantes, por lo menos desde el punto de vista formal en cuanto a la ordenación de calidad de las aguas, es que antes del 1 de enero de

²⁵³ Que se determinan según el art.4 RD 509/1996.

²⁵⁴ Vid.SETUÁIN MENDÍA, B. *El saneamiento...* Op.cit.Pág.232.

²⁵⁵ D. BLANQUER destaca como la tendencia seguida por las Comunidades en cuanto a la designación de estas entidades supralocales es la de hacer uso de instituciones ya existentes como es el caso de EPSAR en la Comunidad Valencia, el Canal de Isabel II en la Comunidad de Madrid, NILSA en la Comunidad de Navarra, o en el caso de Cataluña las ELA, *vid. La iniciativa...* Op.cit. Págs. 158 y 159.

2006, se impone el deber no ya de medidas específicas para conseguir una mayor calidad, sino un deber más genérico de disponer de un tratamiento adecuado para sus aguas residuales, de forma que después del vertido y una vez realizado este tratamiento, las aguas receptoras cumplan los objetivos de calidad que de forma general se exigen a todos los Estados miembros.

También les compete a las Comunidades Autónomas en el caso de cuencas intracomunitarias determinar la declaración de “zonas sensibles” y de “zonas menos sensibles en las aguas marinas”, así como la determinación de “aglomeraciones urbanas” en el caso de regiones de alta montaña, si se refiere a la excepción del artículo 5.3. Correspondiendo al Estado tal facultad, previa audiencia de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales afectados, cuando se trate de la declaración de “zonas sensibles” en cuencas hidrográficas intercomunitarias.

II.2.1.3).Su posterior desarrollo

Una vez el Real Decreto-Ley fijó a *grosso modo* el marco jurídico del saneamiento se hacia necesario, siguiendo la directiva comunitaria, un desarrollo posterior que describiera los criterios aplicables y los requisitos que cada una de las instalaciones exigidas debía cumplir. A estos efectos el Real Decreto-Ley fue desarrollado por el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo²⁵⁶, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, completándose así la transposición de la citada Directiva. En él se fijan los requisitos técnicos de los sistemas colectores que se condicionan al volumen y características de las aguas residuales urbanas y se exige, además, el uso de técnicas adecuadas que garanticen la estanqueidad de los sistemas e impidan que, en caso de desbordamiento de las aguas, se produzca la contaminación de las aguas receptoras. También las instalaciones de tratamiento de las aguas residuales, su proyecto, construcción y mantenimiento, se someten a variables como las condiciones climatológicas normales de una zona y las variaciones estacionales de carga. Deben construirse de modo que permitan la extracción de muestras representativas tanto a la entrada de las aguas contaminadas como en el momento de salida previo al vertido, para determinar el grado de depuración. En cuanto a los requisitos de los vertidos procedentes de instalaciones

²⁵⁶ BOE, de 29 de marzo de 1996.

secundarias o aquellos que vayan a realizarse en zonas sensibles se remite al anexo I del Real Decreto, permitiéndose que en las autorizaciones de vertido puedan imponerse requisitos más rigurosos cuando ello sea necesario para garantizar que las aguas receptoras cumplan con los objetivos de calidad fijados en la normativa además se exige el necesario el tratamiento previo de los vertidos de las aguas residuales industriales cuando éstos se realicen a sistemas colectores o a instalaciones de depuración de aguas residuales urbanas; los criterios para establecer las “zonas sensibles” y “zonas menos sensibles” se contienen en los Anexos II y III respectivamente, revisándose tal declaración cada cuatro años.

II.2.2. La sensibilidad autonómica en materia de saneamiento y tratamiento de las aguas residuales

El legislador autonómico es principalmente el legislador sectorial al que debemos remitirnos cuando en el art.25.2 la LRBRL fija las competencias que deben asumir los municipios, entre las que cita el alcantarillado y el tratamiento de las aguas residuales. En este sentido destaca la inquietud de las Comunidades Autónomas por legislar en relación a lo que la mayoría de ellos denominan simplemente como “saneamiento” haciendo un uso amplio de este concepto, que se acompaña por el reconocimiento, en la mayoría de supuestos, de la atribución municipal de alcantarillado, ahora bien en el caso del tratamiento y depuración de las aguas, debido al carácter supramunicipal de estas tareas, se adjudica al poder autonómico²⁵⁷ ..

Aunque en algunas Comunidades la preocupación por estos temas es anterior a la Directiva comunitaria el punto de partida de todas las regulaciones se sitúa con su aprobación y, sobre todo a nivel nacional, la aprobación del Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales (1995-2005) supuso un importante impulso para el desarrollo legislativo autonómico, desde el momento en que planifica las actuaciones necesarias para la correcta aplicación de la Directiva en cuya implantación tiene un papel fundamental las Comunidades Autónomas quienes para la

²⁵⁷ Se presentan en este epígrafe las notas más interesantes desde el punto de vista de nuestra investigación, esto es las formas de organización que cada Comunidad adopta para gestionar el servicio de saneamiento y las competencias y atribuciones entre el nivel autonómico y municipal. Un estudio más extenso en el que se analizan aspectos de igual relevancia, como la financiación, puede verse en *El régimen jurídico...* Op.cit; ÁLVAREZ CARREÑO, S.M. *El régimen jurídico...* Op.cit. Págs. 163 y ss. Asimismo, con anterioridad, FANLO LORAS, A. “Obras hidráulicas...” cit. Págs. 156 y ss; EMBID IRUJO, A. “Los servicios públicos del agua...” cit. Págs. 48 y ss;

obtención de los recursos necesarios para la creación de la infraestructura a la que obliga la Directiva debían contar, en un plazo de dos años a partir de la firma de los correspondientes convenios bilaterales, con un canon específico para asegurar de este modo que se cubrían los costes de establecimiento y de las plantas que se construyesen en desarrollo del Plan Nacional y de sus Planes regionales de Saneamiento.

Como decíamos algunas de ellas se adelantaron incluso a la Directiva 91/271, es el caso de la Comunidad de Madrid que aprobó la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua²⁵⁸ y de la Comunidad de Cataluña con la Ley 5/1981, de 4 de junio, sobre desarrollo legislativo en materia de evacuación y tratamiento de aguas residuales, hoy derogada²⁵⁹. Su estela fue seguida por el resto mayoritario de Comunidades Autónomas y ello sin novedades significativas²⁶⁰, más que

²⁵⁸La Comunidad de Madrid para adecuarse a la Directiva 91/271 aprobó el Decreto 170/1998, de 1 de octubre, sobre la gestión de las infraestructuras de saneamiento de aguas residuales, en el que se alude al Plan Integral de Agua de Madrid y a la aprobación del Plan de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales de la Comunidad (1995-2005) y cuenta asimismo con una Ley 10/1993, de 26 de octubre, sobre vertidos líquidos industriales al sistema integral de saneamiento, modificada por la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de residuos de la Comunidad de Madrid.

²⁵⁹ Esta fue en materia de saneamiento la primera ley de la Comunidad a través de la cual se creó un tributo propio para financiar los gastos de inversiones y explotación de las infraestructuras de saneamiento y depuración. Tras la aprobación de la Ley 17/1987, de 13 de julio, reguladora de la Administración Hidráulica de Cataluña, ambas leyes fueron refundidas por el Decreto legislativo 1/1988, de 28 de enero. Con posterioridad se dictaron dos leyes relativas a la actuación de la Administración hidráulica de Cataluña, la Ley 4/1990, de 9 de marzo y la Ley 5/1990, de 9 de marzo. De nuevo fue reformada la Administración hidráulica en 1991 (Ley 19/1991, de 7 de noviembre). Fruto de la normativa aprobada, sobre todo en la década de los noventa, por la Comunidad Europea fue necesario ajustar el ordenamiento catalán. Se creó en 1998 la Agencia Catalana del Agua (Ley 25/1998) y en 1999 se aprobó la Ley de ordenación, gestión y tributación del agua (Ley 6/1999). En la disposición final de la anterior Ley 6/1999, de 12 de julio se fijaba el período de un año para que el Gobierno refundiera en un único texto la Ley 6/1999, los artículos de Ley 25/1998 de creación de la Agencia Catalana del Agua, la Ley 4/1990, de 9 de marzo, sobre abastecimiento de agua en el área de Barcelona, la Ley 5/1990, de 9 de marzo, de infraestructuras hidráulicas de Cataluña y la Ley 19/1991, de 7 de noviembre, de reforma de la Junta de Saneamiento, fruto del mismo es el Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el que se prueba el Texto Refundido en materia de aguas.

²⁶⁰ Así antes de la trasposición del Real Decreto-Ley de 1995 Asturias aprobó la Ley 1/1994, de 21 de febrero, sobre abastecimiento y saneamiento de aguas en el Principado (BOE 12/05/92); Baleares reguló el canon de saneamiento por la Ley 9/1991, de 27 de noviembre, desarrollado por el Decreto 15/1992, de 27 de febrero, y también por Decreto 13/1992 reguló la evacuación de vertidos líquidos procedentes de plantas de tratamiento de aguas residuales urbanas (BOCAIB 6/03/92); la Comunidad de las Islas Canarias por su parte y a semejanza del texto estatal aprobó una auténtica Ley 12/1990, de aguas (BOE 18/09/90), desarrollada por el Decreto 86/2002, de 2 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico; la Comunidad Valenciana también a principios de la década de los noventa contaba ya con la Ley 2/1992, de 26 de marzo, de saneamiento de las aguas residuales de la Comunidad Valenciana (DOGV 8/04/92); en Navarra la Ley Foral 10/1988, de 29 de diciembre se encargaba de regular el saneamiento de las aguas residuales (BON 30/12/88), desarrollada por el Decreto 82/1990, de 5 de abril; Murcia en este periodo previo a la trasposición contaba para el caso de los vertidos industriales con el Decreto 16/1999, de 22 de abril, sobre vertidos de aguas residuales industriales al alcantarillado; y La Rioja aprobó, aunque ya ha sido sustituida, la Ley 7/1994, de 19 de julio, sobre saneamiento y depuración de aguas.

las necesarias provocadas por la renovación en los planteamientos comunitarios ambientales y que de manera más evidente se recogen en las últimas Leyes aprobadas desde el año 2000²⁶¹, si bien todavía quedan Comunidades como Andalucía²⁶², Extremadura, Castilla y León y el País Vasco que no han aprobados normas concretas sobre saneamiento, aunque no quiere decir ello que no posean interés por esta materia²⁶³, pues de cualquier modo están obligadas por la normativa comunitaria, la Directiva 2000/60/CE y más concretamente por la Directiva 91/271/CEE²⁶⁴.

²⁶¹ Ya a partir de 1995 Aragón sustituyó su norma de 1997, por la nueva Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación de la Gestión del Agua en Aragón; Asturias se dotó de una regulación específica para vertidos industriales la Ley 5/2002, de 2 de junio (BOE 17/07/01) y ha modificado en diversas ocasiones su Ley 1/1994; Cantabria aprobó la Ley 2/2002, de 29 de abril, de saneamiento y depuración de aguas residuales (BOE 22/05/02); Castilla la Mancha cuenta con una Ley 12/2002, de 27 de junio, reguladora del ciclo integral del agua (BOE 18/09/02); Cataluña, como hemos dichos, refundió su normativa en el Decreto legislativo 3/2003, de 4 de noviembre; Galicia aprobó la Ley 8/2001, de 2 de agosto, de protección de la calidad de las aguas de las rías y ordenación del servicio público de depuración de aguas residuales (BOE 25/09/01); Murcia regula la materia en la Ley 3/2000, de 12 de julio, de saneamiento y depuración de aguas residuales e implantación del canon de saneamiento (BOE 9/01/01) y finalmente La Rioja renovó también su regulación anterior con la aprobación de la Ley 5/2000, de 25 de octubre, de saneamiento y depuración de aguas residuales (BOE 14/11/00).

²⁶² De entre las voces que reclaman una mayor implicación de la Comunidad andaluza en materia de saneamiento destaca GÓMEZ PUERTO, A.B. “Disposiciones normativas de la Unión Europea, Estado español y Comunidad Autónoma andaluza sobre gestión ambiental de las aguas residuales urbanas” en *Actualidad Administrativa*. Núm.10. 1998. Págs. 129 a 172.

²⁶³ En este sentido SETUÁIN MENDÍA, B. *El saneamiento...* Op. cit. Pág.227.

²⁶⁴ En este sentido hemos localizado instrumentos que, de forma general, establecen las directrices a seguir en cuanto al saneamiento en estos ámbitos autonómicos. En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía ya en 1993 se aprobó por la Consejería de Obras Públicas y Transportes un *Acuerdo Andaluz por el Agua* con el fin de definir los criterios y contenidos de la política hidráulica en Andalucía, aprobándose asimismo con horizonte 2005, coincidente con el plazo de la Directiva 91/271/CEE, un Programa de Depuración y Gestión de Aguas Residuales Urbanas. En el marco de la Directiva anterior se aprueba también un Plan Director de Infraestructuras de Andalucía 1997/2007. Paralelamente de manera más general se han ido aprobando diferentes Programas de Medio Ambiente (PAM), vigente en la actualidad el correspondiente al período 2004-2010. La transposición formal de la Directiva 91/271/CEE, que no su cumplimiento, se garantiza en el Plan, pues la terminología y los criterios de “aglomeraciones urbanas”, “habitante-equivalente” y “sistemas colectores” aparecen como indicativos en las valoraciones de los resultados y en el cumplimiento de las obligaciones comunitarias. Además, se declaró por Decreto 54/1999, de 2 de marzo, las zonas sensibles, normales y menos sensibles en las aguas del litoral y de las cuencas hidrográficas intracomunitarias. El organismo autonómico encargado de planificar y gestionar las obras hidráulicas de saneamiento es el órgano autónomo denominado Agencia Andaluza del Agua, creada en 2004, *Vid.* PÉREZ PARRA, J., y VALVERDÚ RABOS, A., ““Depuración y reutilización del agua””. <http://www.gem.es/MATERIALES/DOCUMENT/DOCUMENT/g01/d01104/d01104.htm>

Castilla y León es otra de las Comunidades que no cuentan con una Ley sobre la materia, pero que sin embargo en cumplimiento de lo dispuesto en la Plan Nacional de Depuración, ha aprobado por Decreto 151/1994, de 7 de julio, el Plan Director de Infraestructura Hidráulica Urbana de donde podemos extraer conclusiones sobre la ordenación del servicio en Castilla y León, que se van a acomodar así a los mandatos europeos de la Directiva 91/271/CEE. Es en el Anexo II del Decreto donde aparecen las previsiones en materia de saneamiento. Se alude, en el comentario de las competencias municipales, a la gestión de sus servicios de saneamiento y a la competencia de la Comunidad para programar, ejecutar y tramitar las inversiones en obras de interés general, y en concreto de depuración de las aguas residuales municipales. La nota que predomina en este Plan es la continúa alusión al elevado coste de las

Bien, iniciando el estudio del régimen jurídico de las Comunidades Autónomas en cuanto al saneamiento de las aguas podemos extraer una serie de notas que se repiten en los textos normativos y que caracterizan a nivel autonómico el servicio de saneamiento, en tanto es la legislación de las Comunidades Autónomas la que se ha dedicado más profusamente al saneamiento, frente a la ordenación estatal que se ciñe básicamente al Real Decreto-Ley 11/995, su posterior desarrollo y al Plan Nacional de Depuración y Saneamiento de 1995.

II.2.2.1. El reparto de competencias con los entes locales

En el tema de la distribución de competencias es necesario de nuevo tener presente la diferenciación de la que hablábamos en las páginas iniciales de este trabajo, en cuanto podía hablarse del saneamiento como un concepto global, pero que comprendía diferentes actividades²⁶⁵ que podían agruparse en lo que se denomina por FANLO LORAS como “saneamiento en alta” y “saneamiento en baja”²⁶⁶. Pues cada una

infraestructuras, que si bien la Administración financia de manera generosa necesita, en todo caso, de la contribución privada, de los particulares, como agentes incluidos en el proceso de contaminación de las aguas y que de acuerdo con el principio “quien contamina, paga” deben participar en dichas inversiones.

La Comunidad de Extremadura carece igualmente de normativa alguna que trate de manera sistémica el servicio de saneamiento de aguas residuales, ni siquiera en su fase de alcantarillado. Únicamente podemos desatacar algunas referencias puntuales que se realizan de manera dispersa en el Decreto 45/1991, de 16 de abril, de medidas de protección del ecosistema, en el que con tal fin se someten a impacto ambiental las plantas de tratamiento de aguas residuales con capacidad para más de 10.000 personas, sometidas a examen simplificado las plantas de tratamiento con capacidad para menos de 10.000 habitantes.

El País Vasco a pesar de contar con un Ley General de Protección del Medio Ambiente, de 27 de febrero de 1998, únicamente aplica sus normas de manera subsidiaria en cuanto a la protección de las aguas, y de manera escueta se refiere a la Directiva 91/271 cuando en la relación de actividades que deben someterse a impacto ambiental se incluye las plantas de tratamiento de aguas residuales de capacidad superior a 100.000 habitantes-equivalentes. En junio de 2002 se aprobó un Programa Marco Ambiental 2002-2006, en desarrollo de lo dispuesto en su Ley General de Protección del Medio Ambiente, en el marco de la Estrategia Ambiental Vasca de Desarrollo Sostenible 2002-2020. De entre los objetivos respecto al agua se incluye cumplir con las obligaciones de la Directiva 91/271 y conseguir que para el año 2006 los núcleos de población superior a 2000 habitantes-equivalentes dispongan de infraestructuras de saneamiento. A largo plazo, esto es 2007-2020, se pretende que en el umbral del año 2012 toda la población posea infraestructuras de saneamiento y reducir *a cero* los vertidos de sustancias peligrosas actualmente priorizadas en aguas superficiales, según la clasificación del Anexo X de la Directiva Marco del Agua. En el año 2003 se preveía la aprobación de una Ley reguladora de la Administración Vasca del Agua que todavía no ha sido aprobada aunque sí ha sido objeto de dictamen por parte del CES (Dictamen 4/2001, de 23 de febrero, sobre el Anteproyecto de Ley de Regulación de la Administración Vasca del Agua)

²⁶⁵ Vid. Nota 14, en la Primera Parte.

²⁶⁶ Dentro del “saneamiento en baja” justifica SETUÁIN MENDÍA la diferenciación de dos subfases más, que se vio felizmente instaurada y de manera clarificadora, tras la transposición en términos más estrictos de la Directiva 91/271, de 21 de mayo, por nuestro RDL 11/1995, de 28 de diciembre. Así, la

de estas fases corresponde, en principio, a una Administración -autonómica o local- si bien la acepción recogida en las normas autonómicas hacen un uso amplio del saneamiento, pero mantienen la diferenciación anterior.

Del conjunto de leyes examinadas parece claro en cuanto a las competencias que la posibilidad de intervención de las Comunidades Autónomas en materia de saneamiento se remite a los más variados títulos competencias, desarrollo de la legislación básica estatal en materia de aguas, medio ambiente, obras públicas de su interés, ordenación del territorio... Permitiéndose en todo caso una amplia intervención y en ocasiones tal grado de detalle que se puede estar incluso rozando la consagrada autonomía de los Entes Locales²⁶⁷.

En el reparto de competencias entre el nivel regional y el local se diferencia entre alcantarillado y depuración²⁶⁸, incluyendo, en casi todas las Comunidades, en éste último concepto los sistemas colectores, introducidos por la Directiva 91/271²⁶⁹. Una interpretación diferente es la de la Ley 6/2001 de Aragón que al referirse al saneamiento de manera amplia y, rompiendo con la línea que se sigue en la mayoría de normas de

división vigente se refiere por una parte al alcantarillado, como la red de canalizaciones, de titularidad municipal, que recoge las aguas usadas dentro de las ciudades, y por otra los sistemas colectores, que comprende el conjunto de conductos que una vez recogidas, conduce las aguas residuales desde las redes de alcantarillado municipal hasta la planta de tratamiento. *Vid. El saneamiento...* Op. cit. Págs. 50 y 348. La diferenciación anterior es también compartida por QUINTANA LÓPEZ, T. en “Aproximación a la regulación sobre saneamiento...” cit. Pág. 4371.

²⁶⁷ *Vid.* EMBID IRUJO, A. “Competencias de las Administraciones Públicas en materia de agua” en *Jornadas sobre Derecho de Aguas*. Aranzadi. Navarra. 1999. Págs. 56 y ss.

²⁶⁸ En Aragón la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación de la Gestión del Agua mantiene los mismos fundamentos y las líneas de ordenación de la derogada Ley 9/1997, de 7 de noviembre, que reconocía, en un primer momento, la competencia conjunta entre la Comunidad Autónoma y el Municipio en el saneamiento, si bien realzó el papel primordial de los últimos aun consciente de las dificultades financieras que éstos sufren. La Ley establecía las competencias de las Entidades locales a las que reconocía el servicio de alcantarillado, sin embargo cuando se refería al saneamiento de una forma amplia, esto es incluyendo la depuración de las aguas residuales, únicamente concedía a los municipios la redacción de planes y proyectos y la gestión directa o indirecta, de acuerdo con la LRBRL, de las instalaciones, amén del control de vertidos a las redes municipales de alcantarillado. En la Ley de 2001 las competencias autonómicas se concretan en la planificación en las materias de su competencia y en la programación, ejecución y explotación de las obras hidráulicas de su interés, así como de las estatales que le sean delegadas y de manera más específica le corresponde igualmente las competencias sobre saneamiento y depuración de las aguas. En cuanto a los Entes Locales se remite la Ley a las competencias que establece la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en esta materia.

²⁶⁹ Al respecto GONZÁLEZ-ANTÓN critica la trasposición por el Real Decreto-Ley 11/1995 de la definición de “sistema colector” como las canalizaciones “desde las redes de alcantarillado de titularidad municipal, a las estaciones de tratamiento” y que deja fuera, por tanto, la inclusión inicial europea del alcantarillado en esta denominación; señala el mismo la inadecuación de la trasposición nacional, de modo que, continuando en su crítica, entiende que sólo tiene sentido exigir “sistemas colectores” en las distintas aglomeraciones urbanas si dentro de aquel concepto se considera también el alcantarillado. *Vid. El uso del agua...* Op.cit. Pág. 226.

considerar los sistemas colectores como parte del saneamiento en alta, esto es de competencia autonómica, establece que los colectores, de manera flexible, pueden incluirse tanto en el concepto de alcantarillado como en el de depuración, en función de las condiciones que optimicen la gestión del recurso, permitiendo así una mayor efectividad en la tarea de saneamiento²⁷⁰.

En efecto, aparte del tema de la inclusión o no de los sistemas colectores en la fase de alcantarillado o en la depuración, la realidad es que se asume la supramunicipalidad de la mayor parte de las actuaciones que se entienden tradicionalmente como saneamiento en alta -y para ello declara de interés de la Comunidad Autónoma las instalaciones de depuración, las plantas de tratamientos de fangos y residuos, los colectores de aguas residuales de titularidad y de gestión pública, la construcción, mantenimiento y explotación de los emisarios marinos y las redes de conducción de las aguas depuradas para su reutilización y la Comunidad realiza planificación global mediante la aprobación de un Plan Director de Saneamiento y Depuración²⁷¹ -, tomando como premisa la realidad de la inadecuación del término municipal para satisfacer de manera racional el tratamiento de vertidos domésticos e industriales a las aguas y haciéndose la necesaria búsqueda de otros espacios geográficos –como expresa la Ley 1/1994, de Asturias- que entendemos son una clara alusión a las aglomeraciones urbanas-; de esta manera, al municipio le resta, según las leyes autonómicas, el servicios de alcantarillado, la planificación, la construcción, explotación y mantenimiento de las redes, la aprobación de tarifas del servicio y el control de vertidos a las redes municipales y la elaboración de proyectos y ejecución de las infraestructuras de saneamiento, siempre con el límite de que no se trate de actuaciones que corresponda a la Administración autonómica.

²⁷⁰ De manera similar en el artículo 3 de la Ley 2/2002 de Cantabria, y el artículo 2 de la Ley 12/2001 de Castilla la Mancha y el artículo 6 de la Ley 8/2001, de Galicia, también la Ley 10/1988 de Navarra encomienda a las entidades locales la construcción de los colectores y de las estaciones depuradoras definidas como de ámbito local y, también, cuando el ámbito sea superior a un término municipal las obras y servicios a realizar de forma asociada, así como la gestión posterior del servicio, sin perjuicio de que el Gobierno autonómico actúe cuando así lo requieran, pero en este caso sería una actuación de cooperación o subrogación.

²⁷¹ El Plan Director es el elemento por excelencia de planificación que coordina y programa la actividad de la Administración regional y de las Entidades Locales. Es precisamente en él donde se fijaran, en cumplimiento de la Directiva 91/271, las aglomeraciones urbanas en cada Comunidad, así como los “habitantes-equivalente” para establecer la clase de tratamiento y la declaración de zonas protegidas.

Sobre estas normas, si bien es curioso que casi todas aluden a la normativa comunitaria sobre vertidos de aguas residuales urbanas y al Real Decreto de transposición no se desarrolla en el articulado de las leyes, salvo el caso de La Rioja, ni tampoco se refleja en la terminología propuesta los nuevos parámetros de habitantes-equivalente y de aglomeraciones urbanas, ni tan siquiera en las más recientes.

II.2.2.2.La organización autonómica en cuanto al saneamiento y las formas de gestión

En las leyes autonómicas la gestión del saneamiento se organiza preferiblemente a través del desarrollo de la Administración institucional. Se opta para la realización de las competencias atribuidas al gobierno local en saneamiento por la creación de una entidad diferenciada de la Administración general autonómica, con carácter instrumental, que difiere según los casos, encontrándonos con organismos autónomos²⁷², entidades públicas empresariales²⁷³ y hasta empresas públicas²⁷⁴, lo que

²⁷² En el nivel autonómico, en cuanto al saneamiento de las aguas residuales, la Comunidad autónoma de Asturias ha optado por crear un organismo autónomo encargado de tal servicio. La Ley 1/1994, de 21 de febrero, sobre abastecimiento y saneamiento de las aguas, prevé que sea la Junta de Saneamiento, con naturaleza de organismo autónomo adscrito a la Consejería competente en la materia, con personalidad jurídica propia e independiente, plena capacidad de obrar, patrimonio propio y autonomía funcional, y que como tal se rige por el Derecho Público, sea el órgano autonómico encargado de la ordenación de estos servicios se crea. También, de manera más reciente, la Ley 2/2002, de 29 de abril, en la que se regula el saneamiento y depuración de las aguas residuales en Cantabria crea, para la consecución de los fines descritos en la Ley, un Ente del Agua y Medio Ambiente, con naturaleza de organismo público autónomo, con personalidad jurídica propia e independiente, patrimonio propio y autonomía de gestión.

²⁷³ Un ejemplo de estas entidades es la creación, prevista en la Disposición Final Segunda de la Ley de la *Generalitat* Valenciana 2/1992, de 26 de marzo, de Saneamiento de las Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana, de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales (EPSAR) de la Comunidad Valenciana, que cómo señalan sus estatutos posee una finalidad instrumental (Decreto 170/1992, de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano, por el que aprueba el Estatuto de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana. DOGV 26/10/929). Es por ello en cuanto a su naturaleza jurídica una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia e independiente de la *Generalitat* Valenciana y que posee plena capacidad tanto pública, como privada. De su calificación como entidad pública empresarial se desprende su sujeción al ordenamiento jurídico privado, esto es a las normas de derecho civil, mercantil y laboral, gozando de autonomía en su organización y de patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines. Si bien se somete, al igual que hemos señalado en el ámbito estatal, al Derecho público en cuanto al régimen económico administrativo, que se regirá por Ley de Hacienda Pública de la *Generalitat* Valenciana, a la legislación reguladora del dominio público, y a la legislación sobre contratos del estado, en cuanto a la ejecución material de obras y explotación de las instalaciones correspondientes.

La Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación de la Gestión del Agua en Aragón, desde el punto de vista organizativo y de actuación de la Comunidad en el ejercicio de sus competencias suprime la anterior Junta de Saneamiento, calificada como organismo autónomo, por el actual Instituto Aragonés del Agua, que se presenta bajo la forma jurídica de Entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar dependiente de la Administración de la

da una mayor flexibilidad en cuanto al régimen jurídico aplicable a cada figura²⁷⁵. Ésta es una cuestión de gran relevancia ya que la elección de una forma u otra condiciona la

Comunidad Autónoma, sobre la base de un ejercicio mucho más ágil y eficaz. Su régimen jurídico es el que establece la propia Ley y la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; además en materia de contratación se somete a la Ley de Contratos estatal, y, en todo caso, se establece el cumplimiento de los principios de publicidad y libre concurrencia, con una clara intención de garantizar las normas comunitarias y las garantías que ofrece el ordenamiento público. También, la Ley 12/2002, de 27 de junio, Castilla la Mancha, prevé como órgano de gestión de las infraestructuras la entidad de derecho público “Aguas de Castilla la Mancha”, a la que se le otorga la función de inspección y control de los vertidos de aguas residuales a los colectores generales y a las estaciones depuradoras y en las redes de alcantarillado cuando los vertidos puedan afectar el normal funcionamiento del sistema de depuración, entre otras. En este caso se ha optado, aunque la Ley nada dice expresamente, por la modalidad de entidad pública empresarial, pues se establece el sometimiento al régimen de derecho público en las relaciones con las Administraciones Públicas, así como en las relaciones jurídicas externas de limitación, intervención y control y en general cualquier acto de gravamen, y para el resto de actuaciones se remite al derecho privado. En el caso de contratación se remite a la normativa pública sobre la materia y en especial a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre y se someten también al control público, en una ordenación exquisita que evita la tan criticada “huida de derecho público”.

²⁷⁴ Entre las más representativas está la empresa pública de la Comunidad de Madrid el Canal de Isabel II, que se encarga de gestionar de manera integral todo el ciclo del agua, abastecimiento y saneamiento. Como señala A. PÉREZ ZABALETA el Canal de Isabel II fundado en 1851 se creó originariamente como un organismo en el que participaba el sector público y privado, con naturaleza de organismo autónomo dependiente del Ministerio de fomento (1851-1867). Posteriormente, en 1867, pasó a ser un servicio del Ministerio de Fomento, siendo el periodo menos fructífero en cuanto a realización de infraestructuras hidráulicas. Por ello en 1907 se decidió transformarlo en Empresa pública, que dependía del Ministerio competente, y que desde 1984 pasas a depender de la Comunidad Autónoma de Madrid, *vid.* “Las Sociedades de agua en España: un instrumento para la construcción de obras públicas”, ponencia presentada en el *II Congreso Ibérico sobre el planteamiento y la gestión de agua*, celebrado en Oporto (Portugal) del 9 al 12 de noviembre de 2000. Disponible en: www.us.es/cibericos/archivos_acrobat/porto3perezabalet.pdf Sobre esta empresa puede consultarse más ampliamente su página web: www.cyii.es.

Otro ejemplo es la creación de una empresa pública prevista en el art.5 en la Ley Foral 10/1988, de 29 de diciembre, de Saneamiento de las Aguas Residuales que dice así “La realización de las obras precisas para el saneamiento de vertidos y la explotación del servicio por la Administración de la Comunidad Foral, se encomendará a una Empresa Pública. Dicha empresa revestirá la forma de Sociedad Anónima y se regirá por las Normas de Derecho Privado y la Ley Foral de Hacienda Pública de Navarra...”. Norma que dio origen a la empresa conocida como NILSA (Navarra de Infraestructuras Locales, S.A). Su misión definida en sus estatutos es dar apoyo técnico a las Entidades Locales en la implantación y gestión de los servicios municipales asociados a sus infraestructuras básicas.

También la Ley 3/2000, de 12 de julio de Murcia, crea asimismo una Entidad Regional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales (ESAMUR), bajo la modalidad de empresa pública, que complementa las funciones que tiene atribuida la Comunidad, realizando la gestión, mantenimiento y explotación de las instalaciones de saneamiento y depuración, así como la gestión del canon de saneamiento. La ley expresa el sometimiento de ESAMUR a la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas, y al Estatuto, así como a la propia Ley 3/2000, con la intención, deducimos, de evitar y controlar el abuso del régimen jurídico privado, cuando estamos ante una persona pública que opta por una forma privada, sometiéndose al Derecho civil, laboral y mercantil cuando actúe como empresa mercantil.

²⁷⁵ Un caso particular lo ofrece la Rioja donde se constituye un Consorcio de Aguas y Residuos- para la gestión de los servicios de saneamiento a nivel regional, dado que es una Comunidad donde priman los pequeños municipios que no pueden hacer frente a estos servicios. Estas prácticas se ha seguido a un nivel más reducido pero con una trayectoria ya larga en el tiempo en el País Vasco donde para el ámbito más reducido de la ciudad de Bilbao se creó un Consorcio de Aguas (1967) encargado de la gestión integral de los servicios de abastecimiento y saneamiento. Esta opción fue también seguida en la provincia de Alicante donde se ha creado el Consorcio de Aguas de la Marina Baja (1969).

mayor o menor sujeción al ordenamiento público²⁷⁶ y plantea, como hemos apuntado, las cuestiones de huida del Derecho en la ordenación del servicio de saneamiento y también aspectos cruciales en el Derecho de la competencia como es el del sometimiento de la contratación con dichas empresas y de las mismas con terceros de acuerdo con los postulados europeos.

En cuanto al alcantarillado al que se aborda como de ámbito municipal, la mayoría de Leyes de saneamiento se remiten a las formas de gestión que establece la LRBRL por lo que habrá que analizar ésta, y las remisiones que la misma hace al TRLCAP, para ver las formas de gestión directa e indirecta que se aplican en este servicio.

II.2.3. Conclusiones derivadas de la normativa examinada

Recapitulando la normativa de las Comunidades Autónomas hemos visto como las Administraciones autonómicas adoptan en sus leyes una posición de garante del medio ambiente y de la calidad de las aguas que concluyen un papel trascendental de la intervención autonómica en el saneamiento de las aguas sobre la base de la *insuficiencia del espacio municipal para un adecuado tratamiento de las aguas residuales*²⁷⁷, adoptando para ello las más diversas y amplias competencias y para su ejercicio la adopción de diversas formas jurídicas más flexibles en su actuación y desarrollando una actividad reguladora importante, pues en algunas leyes se exige determinadas actitudes de los contaminadores, como es el necesario “pretratamiento” de vertidos antes de su avocamiento a las redes de alcantarillado.

Especialmente este último Consorcio se creó para hacer frente a las continuas sequías que padece esta región alicantina y sus funciones se destinan en gran parte a la depuración de las aguas residuales urbanas que son objeto posteriormente de reutilización, alcanzándose valores tan óptimos de prácticamente el 100%, además se ocupa de la gestión la red explotación, planificación de obras y de la gestión de los recursos hídricos de la región.

²⁷⁶Vid. SETUÁIN MENDÍA, B., “Las fórmulas organizativas...” cit. Págs.189 y ss.

²⁷⁷ Vid. FANLO LORAS, A. “Dominio público hidráulico...” en *Derecho del medio ambiente...* cit.Pág.319.

II.2.2. Los Municipios y la trasposición de la Directiva 91/271/CEE

Cuando tratamos el tema de las competencias y titularidades sobre las aguas en general encontramos un fenómeno que la doctrina ha calificado de “dislocación de los servicios municipales” en referencia a que los Ayuntamientos son titulares de unos servicios públicos, pero son otras administraciones, estatal y autonómicas según el caso, las competentes para decidir sobre elementos tan importantes como el recurso, esto es el agua²⁷⁸.

De manera contraria a la ausencia de regulación sobre las competencias municipales en materia de saneamiento que se percibe de la lectura de la Constitución, y del Texto Refundido de la Ley de Aguas, el artículo 42.3.a) de la Ley General de Sanidad²⁷⁹ les atribuye, como una responsabilidad mínima, el control sanitario del medio ambiente y de forma expresa el saneamiento de aguas residuales, y además, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y las Leyes de Saneamiento de las Comunidades Autónomas aluden como se ha visto expresamente a esta tarea aunque con las dificultades de la rica terminología como hemos puesto de manifiesto. Para aclarar tal variedad terminológica FANLO LORAS sostiene que el alcantarillado es el servicio atribuido tradicionalmente al municipio, mientras que la depuración o tratamiento quedaría a disposición del legislador sectorial competente²⁸⁰.

Se constata, en este sentido, un lugar más bien anónimo, aunque relevante de las Entidades Locales. Relevante porque, no en vano, su cercanía con los problemas ambientales las sitúa en una posición preferente y privilegiada para ejecutar y gestionar con eficacia la normativa ambiental, pues como apunta MARTÍN MATEO “se sitúan en

²⁷⁸ Vid. GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, C. “Marco legal...” cit. Pág.68. Frente a esta denuncia HERRERO POMBO defiende que la legislación sectorial concreta la competencia municipal sobre el alcantarillado, incluso aun incluyendo el saneamiento y la depuración en sentido amplio, sin que ello suponga menoscabo alguno de la autonomía local que vincula al legislador sectorial. Vid. “La Ley de Saneamiento de las aguas residuales de la Comunidad Valenciana y su incidencia en las competencias municipales” en *El Consultor de los Ayuntamientos*. Núm.20. 1993. Pág. 2493.

²⁷⁹ Ley 14/1986, de 25 de abril (BOE 29/04/86).

²⁸⁰ Así lo reconoce FANLO LORAS como uno de los puntos en común de la normativa autonómica, frente a la heterogeneidad propia de estas disposiciones Vid. “Dominio público hidráulico y saneamiento de aguas” en *Derecho del Medio Ambiente...* Esteve Pardo, J. (coord.). Op. cit.. Pág. 319, y, en “Obras hidráulicas...” cit. Págs. 158 y ss. Sobre la heterogeneidad de estas normas también SETUÁIN MENDÍA, B. en *El saneamiento de las aguas residuales...* Op. cit. Pág.199.

primera línea de la reacción contaminante”²⁸¹. Y decimos anónimo porque, a diferencia de lo que hemos examinado hasta ahora en relación con el Estado y las Comunidades Autónomas, donde la cuestión de las competencias atribuidas al Estado y a las Comunidades Autónomas tiene mención y tratamiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico, nos encontramos en cuanto a los Entes Locales con una situación totalmente contrapuesta donde las referencias que hace la Constitución, en los artículos 133.2, 137, y 140 a 142, son parcas, ya que no se alude a unas competencias locales propias en materia ambiental, ni tampoco de aguas. De la misma forma la Ley de Aguas de 1985 y el actual Texto Refundido se presentan como insuficientes. Todas estas circunstancias resultan paradójicas porque, como se reconoce y se observa, es en el seno de la Administración Local donde la importancia de las competencias asumidas por los Ayuntamientos en materia de depuración y abastecimiento de poblaciones revela a estas Corporaciones como imprescindibles para aplicar, de forma efectiva, unas medidas que permitan obtener niveles óptimos de calidad y la recuperación de las aguas contaminadas, lo que obliga a buscar soluciones en las Normas autonómicas de saneamiento y en la propia legislación básica de régimen local, esto es en la Ley 7/1985, Reguladora de Bases del Régimen Local. Soluciones que debido al carácter multifuncional del saneamiento exigen un alto grado de coordinación y cooperación entre los diferentes niveles territoriales, si bien partimos de que la atribución que se realiza a los municipios al referirnos al saneamiento, alude a un concepto estricto, esto es de lo que se conoce como una de las fases del saneamiento en baja o red de alcantarillado.

Partiendo de las afirmaciones hechas se erigen los Municipios como los entes²⁸² a los que tradicionalmente se les ha asignado la prevención de la contaminación de poblaciones y núcleos urbanos como recoge el artículo 25 que reconoce la capacidad genérica para participar en la gestión de determinadas materias, particularmente en el *alcantarillado y tratamiento de aguas residuales* configurándolas como actividades de competencia municipal, eso sí en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, es decir bajo el marco que establezca la legislación

²⁸¹ Vid. *Manual de...* Op. cit. Pág.98.

²⁸² Según datos ofrecidos por A.BETANCOR RODRÍGUEZ en 2004 en España existían más de 8.000 municipios, siendo sólo una minoría los que poseían más de 250.000 habitantes, mientras la mayoría tenían menos de 5.000 habitantes, Vid. *Instituciones...* Op.cit. Pág.279.

sectorial²⁸³; a renglón seguido, el artículo 26.1.a) se refiere al servicio mínimo de prestación obligatoria en todos los municipios del *alcantarillado*, servicio obligatorio que deberá ser revisado y quizás ampliado actualmente ante las obligaciones que establece el Real Decreto-Ley 11/1995 de contar con sistemas colectores y con sistemas de tratamiento y recuperación de aguas residuales, para aquellos casos en el que las “aglomeraciones urbanas” establecidas por las Comunidades Autónomas coincidan con el municipio; por eso en la determinación de la amplitud de los servicios mínimos que fija el art.26 LRBRL debe interpretarse acorde con el Derecho comunitario, que permite ampliar o modular el listado enumerado como servicios obligatorios en el art.26 LRBRL.

No obstante la necesidad de tratar, en muchas ocasiones, estas cuestiones desde una perspectiva supramunicipal, ante la falta de recursos económicos, hace conveniente, y reproducimos aquí la propuesta de EMBID IRUJO, de instaurar un sistema de relaciones ente la Administración autonómica y las locales, poco burocratizado y coordinado, de modo ejemplar a como ya lo reguló la Ley Catalana 3/1998, de 27 de febrero de la intervención integral de la Administración ambiental, y que ha intentar reproducir la análoga, de ámbito nacional, Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, unificando los procedimientos autorizatorios en aras a una protección del medio ambiente global e integrada²⁸⁴.

Sobre esta distribución de competencias la conclusión, en vista de las normas correspondientes, sería que de acuerdo con el art.86.3 LRBRL el servicio de depuración de aguas es un servicio esencial reservado a los Municipios, y únicamente el alcantarillado se declara como servicio obligatorio, con la consecuencia que la presencia de la Comunidad Autónoma en la tarea de depuración es mucho más apreciable y, sólo en la medida en que las normas adoptadas por las Comunidades Autónomas lo establezcan, los municipios pueden participar en esa parte del saneamiento en alta, (generalmente limitadas a facultades de organización del servicio público, siempre que sea de titularidad, facultades compartidas de policía, coejecución...), mientras que en el alcantarillado sus competencias son más amplias, en virtud de la capacidad de

²⁸³ Por tanto es el legislador sectorial correspondiente, Estado o Comunidad Autónoma, el que deberá determinar la amplitud de la participación municipal en la prestación de esos servicio de alcantarillado y tratamiento de las aguas residuales.

²⁸⁴ Esta reclamación la reproduce EMBID IRUJO en “El papel del Estado en el medio ambiente...” cit. Pág.3485.

ordenación (regulación, planificación, ejecución y parte de la financiación, etc) que les atribuye el artículo 26, como se demuestra en la gran mayoría de Comunidades Autónomas que han distinguido, a su favor, entre la depuración, por su interés supramunicipal, y el servicio de alcantarillado, recogida y transporte de aguas residuales desde los domicilios hasta las depuradoras como servicios a favor de la esfera local²⁸⁵. Son cuestiones que tratamos ampliamente a continuación.

²⁸⁵ Vid. ARIÑO ORTIZ, G. y SASTRE BECEIRO, M. *Leyes de Aguas...* Op.cit. Pág.93.

CAPITULO CUARTO

EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL DE SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES

I. EXAMEN DE LA ATRIBUCIÓN A LOS MUNICIPIOS DEL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES URBANAS

I.1. Consideraciones iniciales sobre los servicios públicos en el ámbito local y el saneamiento de las aguas

El concepto de servicio público local aparece definido, ante el silencio de la Constitución y del Texto Refundido de la Ley de Aguas, en el modificado artículo 85 de la LRBRL como “todo aquel que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias²⁸⁶”, vinculando así esa noción a la de la actividad prestacional y a la idea de competencia y manteniéndose un concepto amplio y propio de servicio público que según PAREJO da lugar al entendimiento de la reserva a favor de la Administración, al municipio en este caso, no como la implantación inexorable y necesaria de un monopolio, sino como un poder que implica una habilitación para actuar, de manera que el principio de libre competencia europeo sigue intacto y respetado²⁸⁷. También una versión de “servicio público local” nos ofrece TORNOS I MAS diciendo “son las actividades de prestación asumidas como responsabilidad propia por un ente local, frente al cual se sitúan los derechos del ciudadano²⁸⁸”.

El Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia de 23 de mayo de 1997 (Ar.1997\4065) señaló la existencia de un servicio público local, diferenciado del estatal. Así el servicio público estatal en sentido estricto lo define “como actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la

²⁸⁶ En tanto que la anterior versión los definía por la finalidad que perseguían “la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales”.

²⁸⁷ PAREJO ALFONSO señala que la noción estricta de servicio público, de carácter subjetivo, que significa el establecimiento de un monopolio a favor de la Administración y exclusión por tanto de la libre iniciativa privada es predicable sólo de la esfera estatal y no del ámbito local donde el servicio público aparece vinculado a la idea de competencia en sintonía con el art.85 LRBRL, *vid.* “Servicios públicos y servicios...” cit. Pág. 53; También A.KONNINCKX FRASQUET “Artículo 85” en *Comentarios a la Ley...Op. cit.*Pág.1522.

²⁸⁸ *Vid.* “Ordenación sectorial...” cit.Pág. 417.

reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continua... noción que es más bien predicable del servicio público en la esfera estatal, en la que aparece íntimamente vinculada a la idea de titularidad, junto a la referida exigencia de Ley formal... que comporta, potencialmente, un derecho excluyente a su prestación” (FJ 6). Y continuaba reconociendo una noción propia de servicio público local -sobre la base del todavía no modificado art.85 LRBRL, pero válida de cualquier modo- vinculada, recordemos, *no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia*, de manera que la declaración de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de los particulares. Esta interpretación del Tribunal diferencia como es sabido entre servicio de titularidad municipal (de aplicabilidad más estricta) y servicios públicos municipales caracterizados por la declaración formal o “publicatio”, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público²⁸⁹ y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad Local. De esta manera, continua el Alto Tribunal, pueden considerarse servicios públicos locales los que los Entes Locales declaren como tales, siempre que se cumplan los requisitos del art.85 LRBRL, aunque no puedan considerarse de titularidad local, pues éstos son los que se citan como posibles servicios reservados y así se dispone por el ente local en el art.86.3 LRBRL.

A la vista de lo anterior el servicio de saneamiento de aguas en sentido amplio es un servicio público local porque entran en el parámetro de ser prestados por las entidades locales “en el ámbito de sus competencias”, competencias que según el apartado 1) del art.25.2 LRBRL se extienden al alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. A ello debemos sumarle que el alcantarillado se configura como un servicio mínimo y obligatorio (art.26.1.a) LRBRL) de los municipios, pero no de titularidad municipal por lo que en principio sería posible la iniciativa privada, sin embargo debido a que para su prestación se necesita de la ocupación de bienes de dominio público²⁹⁰,

²⁸⁹ Sobre la necesidad de utilizar un procedimiento de Derecho público las interpretaciones son dispares: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ entiende que se refiere a alguna de las formas de gestión de los servicios públicos que aparecen en el art.85. LRBRL, o en todo caso establecidas en la LRBRL, con independencia de que los particulares puedan prestar también dichas actividades esenciales en régimen de concurrencia, mediante la correspondiente autorización o licencia; *Vid. La intervención del municipio...* Op.cit. Pág. 153.

²⁹⁰ *Vid. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. Manual...* Op.cit. Pág. 791.

surge un monopolio de hecho como ocurre en la red de alcantarillado; por otra parte la depuración de las aguas sí que puede reservarse al Ente local, siendo posible la exclusión de la iniciativa privada (art.86.3 LRBRL). Aun más si hiciéramos uso del concepto de saneamiento en sentido estricto, diferenciando las diferentes fases en que puede desglosarse, el alcantarillado sería un servicio público local, porque así lo señala el listado de servicios mínimos obligatorios del artículo 26 LRBRL y la depuración de aguas, según dice literalmente el artículo 86.3 LRBRL sería un servicio de titularidad municipal.

En el caso del servicio de saneamiento hemos de matizar las reflexiones precedentes en relación a un cambio en la idea de “servicio público” que afecta a la gestión y regulación de estas actividades²⁹¹, ya que éste no representa, entre nosotros, una actividad económica pública cualquiera, sino que se recoge en nuestro ordenamiento como una competencia municipal (art.25.2.1) LRBRL), un servicio obligatorio y mínimo (art.26.1.a) LRBRL) y además esencial reservado a las entidades locales (art.86.3 LRBRL)²⁹². Por ello la *publicatio* de sus distintas fases en la LRBRL y el concepto de servicio público local presentan un sentido propio acorde a las nuevas orientaciones, pues al vincularse a la idea de competencia se reconoce tal categoría no sólo en el art.86.3, sino también en el art.26 LRBRL, esto es no sólo a la titularidad pública, sino que permitiría la titularidad privada, bajo el control público.

Esta *publicatio* posibilita su ejecutividad bien en libre concurrencia o reservada al municipio que puede prestarla en régimen de monopolio local (art.86.3. *in fine* LRBRL) cumpliendo, eso sí, si se monopoliza el servicio con los requisitos legales que en el propio apartado tercero del art.86 se enumeran²⁹³, pues no existe un efecto inmediato de que en caso de existir reserva sobre una actividad, ésta deba prestarse bajo

²⁹¹ Varios pronunciamientos del Tribunal Supremo son de gran ayuda para poder distinguir entre el mero ejercicio por la Entidad Local de una actividad económica y la prestación de un servicio público. *Vid.* la Sentencia de 23 de mayo de 1997 con relación a la explotación de la Balsa para «el abastecimiento de agua para riego», y a la disyuntiva de si estamos ante una actividad económica, enmarcada en el art.128.2 C.E o un servicio público de acuerdo con el art. 86.3 LRBRL.

²⁹² Según la interpretación de DÍAZ LEMA de la reserva de recursos y servicios esenciales del art.86.3 LRBRL éstas no son tareas soberanas, sino actividades que son susceptibles de concurrencia. Pues según él mismo las competencias sobre servicios administrativos están prohibidas a los particulares y por ello no tendría sentido establecer una reserva sobre las mismas. *Vid.* “Influencia...” cit. Págs. 694 y 695.

²⁹³ Un ejemplo del control de legalidad en el caso del establecimiento de monopolios en contra del abuso de las Entidades Locales se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000, que declaró contrario a derecho el concurso para la gestión directa del servicio de abastecimiento de aguas por parte del Ayuntamiento de Madrid, al no haberlo advertido a los concurrentes.

un monopolio. En nuestra opinión la especial trascendencia de un servicio como el saneamiento hace que aun bajo un posible régimen de concurrencia, sí existe un deber de presencia de los poderes públicos, que establecen el mínimo necesario que caracteriza todo servicio público y se responsabiliza del mismo.

I.2. Significado de la declaración del alcantarillado como “servicio mínimo obligatorio” de los municipios

La primera repercusión de que un servicio se configure, de acuerdo con el art.26.1 LRBRL, como un servicio mínimo y obligatorio, en este caso es el alcantarillado el que corre tal suerte, es el de su calificación como servicio público local, pues tal naturaleza otorgada por la Ley la entendemos como una *publicatio*, en el sentido de que dota al municipio de facultades de ordenación, dirección y regulación, con independencia de que el alcantarillado posea unos rasgos específicos y se constituya en un monopolio de hecho por su necesaria estructura en red.

En segundo lugar es conveniente en este caso diferenciar entre el saneamiento en sentido amplio –alcantarillado, sistemas colectores y depuración- y en sentido estricto –alcantarillado-, ya que el art.26.1.a) LRBRL sólo se refiere al alcantarillado, sin perjuicio de que también tenga competencias sobre el tratamiento, de acuerdo con el art.25.2.1)²⁹⁴. No obstante esta inicial distinción se ha visto afectada por la aplicación de la Directiva 91/271. En este sentido puso de manifiesto FANLO LORAS que la obligación

²⁹⁴ El artículo 25, como hemos visto, no fija servicios que deban prestar los municipios sino competencias que, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, aquellos deben asumir. Sobre este extremo se pronunció el Tribunal Supremo en una Sentencia que ha sido calificada por la Doctrina como errónea en tanto en cuanto confunde conceptos. Nos referimos a la Sentencia de 25 de abril de 1989 en la que se analizaba el carácter obligatorio de los servicios municipales, en relación precisamente con la pretensión por parte del recurrente de que el Ayuntamiento de Puigpunyet (Palma de Mallorca) adoptase las medidas oportunas para poner fin inmediato a los vertidos de las aguas fecales del municipio al cauce de La Riera (FJ 4), dando, así, una solución definitiva y eficaz a la evacuación de aguas residuales. Una vez comprobados los hechos anteriores y determinada su certeza el Tribunal Supremo declaró que *la LRBRL establece como competencias obligatorias de los municipios, entre otras, las de protección del medio ambiente y la de protección de la salubridad pública, así como la del alcantarillado y tratamiento de las aguas residuales (art.26). Y reconoce además el derecho de los vecinos a exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio (art.18). Es claro, por tanto, que el municipio de Puigpunyet tiene la obligación – correlativa al derecho del recurrente- de adoptar las medidas adecuadas para poner fin a la situación que ha dado origen al pleito*”. Sin embargo la equivocación del Tribunal es evidente ya que en primer lugar se refiere al establecimiento del alcantarillado y al tratamiento de las aguas residuales del artículo 26 como competencias obligatorias de los Municipios, cuando lo que recoge el art.26, no es una enumeración de competencias de los municipios, sino de los servicios obligatorios municipales.

de contar con sistemas colectores y con tratamientos de las aguas antes de su vertido se convertirá en determinados casos, y a partir del 31 de diciembre de 2005, en una obligación también para los municipios que deban adaptarse si son establecidos como aglomeraciones urbanas²⁹⁵.

Si atendemos a lo que dispone la LRBRL, y en concreto su art.26.1.a), sólo es obligatorio el servicio de alcantarillado para todos los Municipios, sin especificidades de carácter cuantitativo en relación al número de habitantes. De nuevo debe tenerse en cuenta la normativa sobre aguas residuales, ya que en principio ese derecho de los usuarios sólo sería válido con relación al alcantarillado, pero debe replantearse en cuanto a la depuración o tratamiento de las aguas, como se ha señalado, una vez el plazo de trasposición de la Directiva comunitaria sobre aguas residuales urbanas ha finalizado, ya que para aquellos municipios que coincidan con la figura de las “aglomeraciones urbanas” también será obligatoria dicha tarea, de forma que ello nos lleva a reiterar que la enumeración de servicios obligatorios del artículo 26 es una enumeración obligatoria, pero mínima, que no impide que esa lista pueda ser ampliada por una norma sectorial²⁹⁶. Comentarios más amplios merece el precepto objeto de examen. Tras la aprobación del Real Decreto-Ley 11/1995, que traspone la Directiva 91/271, algunas voces han advertido sobre la modificación *urgente* que realizó el Real Decreto-Ley del parámetro de “habitantes” por “equivalente-habitantes” del art.26 LRBRL. La valoración de esta apresurada modificación debería quizás –pasada ya una década, suficiente para el análisis- reflexionarse, pues las obligaciones que establece la Directiva traspuesta es en relación no con los municipios, sino con las “aglomeraciones urbanas”, y se refiere a los sistemas colectores de un modo general, mientras que la norma de trasposición no menciona en ningún momento al alcantarillado, sino que se refiere a los sistemas colectores. Por ello creemos que el cambio de criterio bien pudiera ser adecuado a lo dispuesto en la Directiva 91/271, pero resulta incongruente con la desafortunada redacción del RDL 11/1995 pues si las obligaciones se establecen en relación con los sistemas colectores excluyendo expresamente al alcantarillado, es incomprensible que el Real Decreto-Ley, aun siendo legislación básica, pretenda modificar algún aspecto respecto al alcantarillado, sobre el que no se aplica²⁹⁷. Ya que

²⁹⁵ Vid. “Dominio público hidráulico y saneamiento...” Op.cit. Pág.342.

²⁹⁶ Vid. TORNOS I MAS, J. “Ordenació sectorial...” cit. Pág.418.

²⁹⁷ Vid. SETUÁIN MENDÍA, B. *El saneamiento...* Op.cit. Pág.354.

sólo cuando un municipio coincida con una “aglomeración urbana” deberá completarse y ampliarse el servicio mínimo obligatorio municipal del alcantarillado con el establecimiento de sistemas colectores y en su caso de los correspondientes tratamientos. Ello va a depender de criterios cuantitativos de “habitante-equivalente” y de las Comunidades Autónomas, pero responde en todo caso a una realidad evidente de la exigencia del saneamiento de las aguas como algo intrínseco al desarrollo de las ciudades y la industria y a la posibilidad que nuestra LRBRL ofrece a los usuarios para poder exigir ese servicio, pues se constata que en un principio y acorde a lo que hemos establecido era suficiente con el mero alejamiento de las aguas residuales, y hoy en día esta labor de transporte, la del alcantarillado, no puede entenderse sino completada por el tratamiento y depuración de las mismas.

En tercer lugar, la declaración del alcantarillado como servicio obligatorio tiene como repercusión y manifestación del Estado social y democrático de Derecho²⁹⁸ el juego del art.18.1.g) LRBRL que da derecho a los vecinos a *exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio*²⁹⁹.

En cuarto lugar, el artículo 26 LRBRL, a diferencia del artículo 86.3 LRBRL, lo que está haciendo es obligar al municipio a prestar un servicio, sin que por ello exista una titularidad local exclusiva, pero sin excluir la concurrencia privada, de manera que esas facultades pueden verse ampliadas si dichos servicios son objeto de reserva de acuerdo con la enumeración del artículo 86.3, pues en ese caso el Municipio puede excluirlos de la iniciativa privada y prestarse bajo monopolio³⁰⁰.

Otro de los aspectos que no podemos obviar en el marco del artículo 26 y del alcantarillado, como objeto del mismo, es que estamos ante la prestación de un servicio que se prestan en red, si bien una red de tipo local. La red como infraestructura física supone que frente a la anterior posibilidad de que los servicios obligatorios se presten en libre concurrencia, en el caso del alcantarillado por exigencias físicas no puede

²⁹⁸ El ajuste entre el art.18.1.g) LRBRL y la declaración del art.1 CE fue por primera vez declarado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 9 de mayo de 1986 (Ar.4936).

²⁹⁹ LÓPEZ QUINTANA destaca el carácter de este derecho como derecho subjetivo de aquellos que residen habitualmente en el término municipal y figuren inscritos con tal carácter en el Padrón Municipal (págs. 33 y ss); por todos, *vid. El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*. Civitas. Madrid.1987.

³⁰⁰ *Vid.* A. KONNINCKX FRASQUET, “Artículo 86” en *Comentarios a la Ley...* Op.cit. Págs. 1596 y 1597.

someterse de manera pura a dicho régimen en el sentido de que el subsuelo por donde discurren los conductos es limitado, por ello debe existir una única red y su gestión endosarla a quien ofrezca el mejor resultado, que es el sistema clásico de concesiones de servicio público. Pero en cuanto a la depuración y la necesidad de dotarse de depuradoras para realizar los tratamientos exigidos, sí que podría ofrecerse al libre mercado, pero siempre bajo una fuerte regulación administrativa que garantizase la adecuación a los parámetros legales de las aguas sometidas a depuración y al alcance de los niveles de pureza exigidos para que el vertido de las aguas sea sostenible y no degrade el medio en el que se vierta. Y ello porque el número de depuradoras es claramente insuficiente en nuestro país, y requiere de fuertes inversiones, como ha demostrado el Plan Nacional de saneamiento y depuración de las aguas. Aunque una gran parte de habitantes-equivalente encuentran satisfecho su derecho al saneamiento de las aguas, existe una parte muy importante que no se ven respondidos por la labor pública. Ello debe resolverse, si no se quiere de nuevo incurrir en el incumplimiento por parte del Reino de España de la normativa comunitaria.

I.3.La reserva local del saneamiento de las aguas residuales

Una vez hemos tratado la declaración del alcantarillado como servicio mínimo obligatorio municipal, hemos de retomar el significado en el servicio de saneamiento de la reserva de la depuración de las aguas³⁰¹, que ya conocemos tras el examen del principio de subsidiariedad de su vertiente económica y que nos ha llevado a tratar con cierto detenimiento el contenido del artículo 128.2 CE³⁰² y del artículo 86.3 LRBRL³⁰³.

Nos interesa partir de la posibilidad de reserva general que al sector público establece el art.128.2, párrafo 2º CE, que puede tener por objeto dos categorías

³⁰¹ ÁLVAREZ CARREÑO añade en esta reserva además, otro servicio directamente relacionado con el saneamiento, el de “tratamiento de residuos” al que se refiere el art.26.1.b) para las poblaciones superiores a cinco mil habitantes, *vid. El régimen...* Op.cit. Pág. 283; de manera más restringida M. PUCHALT RUIZ sólo incardina en el saneamiento la letra a) del párrafo 1º sobre alcantarillado, y la letra d) del mismo párrafo, relativa a la protección del medio ambiente. *Vid. “La evacuación y depuración...”* cit. Pág. 965.

³⁰² Sobre la reserva en general y la doble categoría de su objeto ARIÑO ORTIZ destaca que la reserva al sector público “supone siempre la *publicatio*, la estatalización del recurso o actividad: si es un recurso, se declara de dominio público (de titularidad estatal, autonómica o local); si es una actividad, servicio público (con la misma atribución de titularidad exclusiva a favor de algunas de las Administraciones públicas)”, *vid. Principios de Derecho Público...* Op. cit. Pág.419.

³⁰³ *Vid.* En la sección destinada al estudio de la normativa comunitaria sobre el saneamiento, del Capítulo Tercero, de la Tercera Parte. el apartado C).Su formulación desde la perspectiva económica. La diferenciación entre actividad económica simple y cualificada.

jurídicas, bien los recursos esenciales³⁰⁴, bien los servicios esenciales, sobre cuya determinación ya hemos hecho una amplia referencia³⁰⁵, que recordamos de manera resumida, pues establecer qué es esencial no es algo sencillo, ni perenne en el tiempo, sino que es una expresión caduca e indeterminada que debe ir adaptándose a la realidad y exigencias sociales de cada momento. En el caso de los primeros, los recursos, la reserva supone normalmente -y es un hecho en el caso que tratamos de los recursos hídricos³⁰⁶- la declaración de demanialidad (art.132 CE). Esto es, se declara la *titularidad* pública sobre los mismos y además la extracción de esos bienes del mercado, de forma que éstos son calificados como *res extra commercium*, determinación que no impide que los recursos demaniales sea explotados por otros, que no sea sector público. Y sobre los segundos, los servicios esenciales, se establece también una reserva que de entrada atribuye a los poderes públicos la titularidad de los mismos, titularidad en el caso del saneamiento corresponde al Municipio³⁰⁷, con

³⁰⁴ Se ha reconocido por la mayoría de la doctrina que estos recursos son una alusión clara a los recursos naturales que, por sus especiales connotaciones de protección y de interés general, en mor de la transversalidad de esta materia, necesitan de una tutela específica, *vid.* BALLBÉ, “Las reservas dominiales” en *RAP*. Núm. 4. 1951. Págs. 75 y ss. También S.MARTÍN RETORTILLO entiende que “... la explícita referencia del artículo 128.2 CE al término *recursos* que pueden reservarse al sector público, está muy pensada para supuestos como el que nos ocupa...” (en relación la demanialización de las aguas), *vid. Derecho de Aguas*. Op.cit. Pág. 87. Lo corrobora también BASSOLS COMA, *vid. Constitución y sistema económico*. Tecnos. Madrid. 1998. Pág.188.

Por el contrario PAREJO ALFONSO señala que “La decisión del legislador tiene por objeto *cualesquiera recursos y actividades, no sólo los de carácter económico*. Pues el artículo 128.2 CE permite reservar al sector público cualesquiera recursos o servicios esenciales y una interpretación literal derivada del uso de dos expresiones constitucionales que no pueden querer decir lo mismos, obliga a entender que los servicios esenciales de una comunidad no tienen por qué ser recursos naturales o económicos, siendo ésta una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas. Por eso mismo el propio Tribunal Constitucional ha admitido la licitud de la aplicación por el legislador de la idea de servicio público esencial a otros derechos fundamentales con el fin de preservar el interés general (STC 127/1994, de 5 de mayo)”, *vid.* “Servicios públicos y servicios...” cit. Pág. 56.

De entre estas divergentes argumentaciones debemos posicionarnos por la solidez y por su adecuación a la idea de que el Derecho Administrativo es un derecho mutante que deber responder a las exigencias de cada momento con lo expresado por PAREJO, pues consideramos que sería insuficiente únicamente incluir los servicios naturales y económicos, aunque no por ello quedan excluidos, sino que abogamos precisamente por entender el concepto de servicios esenciales desde una perspectiva dinámica, que hoy por hoy incluye tales categorías, entre otras. De cómo debe configurarse un servicio como esencial se ocupa asimismo la jurisprudencia constitucional, así la sentencia del Tribunal Constitucional 88/1995, de 6 de junio, reafirma la necesidad de que tal decisión del legislador esté sujeta a la evolución, y la Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, exige que se trate de una decisión justificada sujeta, sin duda, al control del Tribunal Constitucional.

³⁰⁵ *Vid.* Nota 101, sobre la Teoría de la esencialidad, en la Tercera Parte.

³⁰⁶ Art.1 TRLAg.

³⁰⁷ Pues por la mayoría de la doctrina la reserva contenida en el art.86.3 LRBRIL se ha calificado como la “aplicación en el ámbito local de lo establecido en el artículo 128.2 *in fine* de la Constitución”, *vid.* MARTÍN RETORTILLO, S. *Derecho administrativo...*Vol. I. Op. cit. Pág.318, y con reservas, SALAS

especialidades respecto a la estatal. Hasta aquí reproducimos únicamente la opinión mayoritaria y consolidada de la doctrina³⁰⁸, sin embargo estas iniciales consideraciones deben ser matizadas, pues numerosos problemas y cuestiones se han planteado respecto al alcance de la reserva pública de servicios esenciales y la tradición de que un servicio esencial deba estar reservado a los poderes públicos... ante la crisis y la ola de liberalizaciones que afecta a los servicios públicos, de acuerdo con los postulados comunitarios de subsidiariedad y de neutralidad.

En concreto la polémica surge con relación a la amplitud e implicaciones de la reserva del servicio de saneamiento que el art.86.3 LRBRL contiene para los entes locales. Como se ha avanzado³⁰⁹, para un sector de la doctrina la reserva implica la titularidad local³¹⁰, para FERNÁNDEZ FARRERES significa además la gestión directa por el municipio³¹¹, algunos otros entienden que la reserva supone el monopolio sobre la actividad³¹² y finalmente hay quienes consideran que la reserva únicamente posibilita el

HERNÁNDEZ, J. en “Régimen jurídico de los servicios públicos locales esenciales” en *RAnAP*. Núm.11. Pág.32. Hemos de destacar que en la reserva del art.86.3 LRBRL no se habla de saneamiento, sino de “depuración de aguas”.

³⁰⁸ Vid.FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J, *La intervención del municipio...* Op. cit.Pág. 332; GÓMEZ-FERRER MORANT, R, “La reserva al sector público...” cit Pág. 3821; SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op.cit. Pág. 40.

³⁰⁹ Vid. C.1).*Las relaciones del Estado con la economía según la Constitución español*, en la Tercera Parte.

³¹⁰ Defiende en este sentido FERNÁNDEZ GONZÁLEZ que a partir del art.208 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio se pone claramente de manifiesto la relación entre titularidad y reserva, señalando cómo esta última supone una atribución de titularidad al Ente Local respecto de la actividad reservada, *vid. La intervención de municipio...* Op.cit. Pág. 323.

³¹¹ Así entiende que la reserva al sector público es algo más que una simple *publicatio*, esto es algo más que la transferencia en exclusiva de la titularidad de una actividad o sector declarado como servicio público a la Administración. Por ello además de la titularidad pública de los recursos o servicios y de la eliminación de la iniciativa privada, conlleva también la gestión directa por el propio titular del sector reservado, *vid.* “Libertad de empresa y nacionalizaciones...” cit. Pág. 223.

³¹² La reserva la considera S.MARTÍN-RETORTILLO como una reserva excluyente, que debe prestarse en forma de monopolio, *vid. Derecho Administrativo ...* Vol.I.Op.cit. Pág. 251. Por otra parte R.GÓMEZ-FERRER MORANT dice “la reserva implica, de una parte, la exclusión del sector privado (pues de lo contrario se confundiría con la iniciativa económica pública a que se refiere el propio precepto –en relación con el art.86.3 LRBRL–), y, de otra, el reconocimiento de la titularidad de la competencia a la Administración Local con exclusión de otros niveles territoriales”, *vid.* “La reserva al sector público...”, cit.Pág. 3821.

No obstante que la reserva implique monopolio lleva a plantearse si ese monopolio debe ejercerse de forma directa o indirecta. Al respecto en virtud de la libertad de organización y la obligación de solventar de la manera más adecuada la consecución del interés público entendemos que puede optar bien por una gestión directa o indirecta, como se desprende de art.95 TRLRBRL. Así lo corroboran los planteamientos de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ pues aclara que si la reserva implica un monopolio público en la titularidad de la actividad reservada, sin embargo no implica un monopolio en la gestión de la misma, pues si bien ésta es una de las modalidades que caben dentro de la reserva, no es la única, ya que junto a ella pueden encontrarse otros supuestos... el monopolio de la gestión en manos públicas, el otorgamiento

monopolio, pero no lo impone³¹³. Sobre el significado de la reserva reconoció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ar.8890) que supone: *una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de ley a la Administración para que éste lo dirija, lo reglamente y gestione en forma directa o indirecta, y a través de la cual presta un servicio público de forma regular y continua.*

Sobre las anteriores defendemos en nuestra exposición que el entendimiento de que la reserva local supone la titularidad del municipio en la depuración de aguas, sin prejuzgar los modos de gestión, de modo acorde a la realidad actual de la idea de servicio público local, en cuanto los servicios reservados o de titularidad municipal son una categoría de aquellos, en los que se permite precisamente por esa nota de ser reservados la posibilidad de que esas actividades puedan ser excluidas de la competencia³¹⁴, no existiendo por tanto concurrencia entre agentes si el municipio

a favor de un único concesionario de una concesión en exclusiva, el otorgamiento de varias concesiones...”, *vid. La intervención de municipio...* Op.cit. Págs. 335 y ss.

³¹³ Entre estos DÍAZ LEMA declara que “la enumeración de actividades sujetas a reserva no tiene efecto inmediato de monopolizar u ordenar la monopolización de dichas actividades... una cosa es que un servicio o actividad local de carácter económico tenga carácter obligatorio, y otra diferentes que se preste en monopolio, la Ley define un campo de actividades en las que es lícito al Ayuntamiento la implantación del monopolio, y a continuación corresponderá a éste hacerlo o no”, *vid. “Influencia del derecho europeo...”* en *Nuevas perspectivas del Régimen Local...* Op.cit. Pág. 97.

J.TORNOS MAS entiende que el art. 86.3 LRBRL establece una reserva, pero ello no comporta la titularidad, esto es la actuación de competencias de ordenación, sino simplemente la capacidad para gestionar de forma directa, un sector de la actividad económica; así tomando como ejemplo el inciso del *suministro del gas* -ya derogado por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos- que se citaba en la reserva del art.86.3 LRBRL apreciaba el citado autor que el servicio de suministro de gas era -de acuerdo con la anterior Ley 10/1987, de 15 de junio- de titularidad estatal o autonómica, pero se establecía, al mismo tiempo, un derecho preferente del ente local para asumir la gestión directa del servicio. Por tanto lo que se asume por el municipio es la gestión directa, en base al citado precepto, pero esa gestión se realiza de acuerdo con las reglas del servicio que fijasen la Administración estatal o autonómica, que eran las titulares del servicio, *vid. “Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos (especial referencia a suministro de agua, gas y electricidad)”* en *REALA*. Núm.245. 1990. Págs. 27 y ss. J. TORNOS I MAS señala que la reserva en sí no excluiría a la iniciativa privada, *vid. “Comercio interior y exterior”* en *Derecho Administrativo Económico*. Vol. II. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S (dir). La Ley. Madrid. 1991.Pág. 684.

³¹⁴ Sin embargo sobre esto queremos señalar de nuevo que la existencia del monopolio requiere, de acuerdo con el art.97 TRLRBRL, de una aprobación y declaración en tal sentido del Pleno de la Entidad Local mediante un procedimiento específico, que exige la mayoría absoluta, que concluye con la aprobación por el órgano de competente de la Comunidad Autónoma. Una vez establecido el régimen de monopolio la Corporación puede decidir si éste se presta mediante gestión directa o indirecta, siendo en este último caso la concesión la modalidad más usada y que, a diferencia, de la autorización, elimina la competencia en el servicio, *vid. SÁNCHEZ DÍAZ, “Los servicios locales...”* cit. Pág. 1049. Con una posición crítica en cuanto al procedimiento articulado en el art.97 TRLRBRL que regula la intervención del Pleno y del órgano de gobierno autonómico, por entender que podría suponer una vulneración del art.128.2 CE, S. MARTÍN-RETORTILLO, *vid. Derecho Administrativo...* Vol.I. Op.cit.Pág. 319. Acerca de la naturaleza jurídica de la intervención del Gobierno de la Comunidad Autónoma que podría chocar con la autonomía municipal de los entes locales debe recordarse que se limita a un examen no del contenido

decide prestar el saneamiento bajo un régimen monopolístico³¹⁵, pues el servicio se presta con carácter exclusivo por las administraciones públicas, que puede traspasar ese monopolio a un agente privado, vía concesión. Pero, en base a lo que se ha llamado carácter bifásico de la reserva municipal también puede, por otra parte, dar paso a la concurrencia, a la libertad de competencia, que se puede canalizar mediante la liberalización del servicio, bajo el cumplimiento de unas obligaciones públicas³¹⁶.

De la declaración del art.86.3 LRBRL puede seguir manteniéndose la existencia de una *publicatio* que se relaciona con la reserva, pero este concepto como se ha señalado, así como el de servicio público, ha evolucionado y debe reinterpretarse³¹⁷. La *publicatio* mediante reserva en el ámbito local significa, adecuadamente al Derecho comunitario, una presencia pública que será más o menos intensa según el servicio al que nos refiramos³¹⁸. Remite a la idea de un conjunto de facultades, de potestades, de dirección y en todo caso consideramos que nada se dice acerca de cómo deben explotarse los sectores reservados a los poderes públicos, salvo que como señala el párrafo segundo *in fine* se opte por el monopolio, si así lo exigiere el interés general³¹⁹, circunstancia que entiende GÓMEZ-FERRER tampoco es obstáculo para que incluso en forma de monopolio sea un privado el que realice esa tarea, de manera contraria a cómo

del acuerdo de la Corporación sino de la legalidad del mismo, *vid.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. *La intervención del municipio...* Op.cit.Págs. 395 y ss.

³¹⁵ *Vid.* GÓMEZ-FERRER “La reserva al sector...” en *Estudios sobre la Constitución española...* Op.cit.Vol.V. Pág.3821. De la misma opinión D.BLANQUER. *La iniciativa...* Op.cit. Pág. 475.

³¹⁶ Así entiende A. KONNINCKX FRASQUET que “... esta reserva no se impone a los municipios, sino que el artículo 86.3 debe interpretarse en el sentido de que es sólo una posibilidad que el legislador da al Ayuntamiento, siendo éste el que decide en base a la autonomía municipal si presta el servicio en régimen de libre concurrencia o en régimen de monopolio siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 97 TRRL..., y sin perjuicio de la decisión final de la Comunidad Autónoma. Así se establece en el art.245.1 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, artículo 209 de la Ley de Administración Local de Navarra, artículo 205. 3 y 4 de la Ley de Administración Local de Aragón y artículo 296.1 de la Ley de Administración Local de Galicia... Decidida la reserva es cuando el servicio pasa a ser de titularidad municipal, pudiendo ser gestionado de forma directa o indirecta...*vid.* “Artículo 86” en *Comentarios a la Ley...* Op.cit. Pág.1596.

³¹⁷ En este sentido ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho...* Op. cit. Pág.444.

³¹⁸ Como distingue GONZÁLEZ FERNÁNDEZ la reserva en la esfera municipal tiene dos efectos: uno estable: la atribución de titularidad y un efecto variable que consiste en la exclusión de la iniciativa privada en régimen de libre empresa en las actividades o servicios esenciales reservados, *vid.* *La intervención del municipio...* Op.cit.Pág. 345.

³¹⁹ Al hilo de esta consideración debemos expresar nuestro acuerdo con las aseveraciones de SOSA WAGNER en su exhaustiva monografía dedicada a los servicios locales quien, tras su revisión, aborda algunos de los aspectos más significativos de los cambios de la Administración Local y de las nuevas perspectivas que se aplican en la misma. SOSA WAGNER, en este sentido, acepta que otros sujetos jurídicos, con una función instrumental, puedan utilizar o explotar un determinado recurso, aun estando éste reservado al sector público de acuerdo con el art. 128.2 CE. *Vid.* *La gestión...* Op.cit. Pág.40.

esta posibilidad era rechazada en la anterior redacción, primando de este modo la potestad autoorganizatoria de los Entes Locales, pues de nuevo es imprescindible partir de la diferenciación entre la titularidad del servicio y la gestión de mismo³²⁰.

Así, en el caso de servicios donde sea posible la liberalización, como ha sido la electricidad, el gas³²¹, y en el ámbito municipal los servicios mortuorios³²²..., se suprime la reserva y se sustituye por las obligaciones de servicio público y por el papel regulador de los poderes públicos y la introducción de un régimen de licencias o autorizaciones que racionalice la entrada de privados en dichos servicios, cuyas connotaciones de interés general hacen que deban cumplirse las llamadas obligaciones de servicio público. En otros supuestos, como el saneamiento, y quizás en la mayoría de servicios relacionados con el agua, nos encontramos ante situaciones en que es un bien escaso con un valor vital, ambiental y económico, y considerado tradicionalmente y por necesidad como un monopolio natural, por lo que la presencia pública debe ser más intensa y donde la liberalización no es una opción aceptable, en todos los casos, tal y como lo señala el Comité de las Regiones en su Dictamen sobre el “Libro Verde sobre los servicios de interés general” en referencia a los sectores del agua, el alcantarillado, los desechos y la calefacción³²³. Algunas actividades, sin embargo, sí que podrían ser incluidas en la dinámica del mercado, pero otras como es la tarea en sí misma de que se garantice que las aguas contaminadas se recolecten, se conduzca y se traten adecuadamente requiere debido al carácter de red local de este servicio una presencia pública como titular del servicio y su prestación en régimen de monopolio, donde la participación privada se articula, como veremos, mediante concesiones en su mayor parte o experiencias cada vez más en boga de colaboración público–privada.

Es por ello que la reserva en el caso de la depuración de aguas, que es la terminología literal que usa la LRBRL, garantiza, a nuestro entender, la presencia pública, el interés general, pero no impide la modernización y la adecuación, en la medida de lo posible, a las exigencias europeas, pues además recordemos que la

³²⁰ *Vid.* “La reserva al sector público de recursos...” *Op. cit.* Págs. 3824, 3828 a 3831.

³²¹ Disposición derogatoria e) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre.

³²² Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio.

³²³ DO C 2004/C 73/7, de 23. 03. 2004. Sobre la posible liberalización de los sectores citados el Comité entiende que no sólo las condiciones medioambientales que tienen que cumplir, sino también su infraestructura es distinta de otros sectores sí liberalizados como el sector de la energía. Pues mientras que en éste último las redes son transnacionales, en el agua las redes son de ámbito regional y, preferiblemente, local. (Punto 2.7.3)

excepción del art.86.2 TCE la interpreta el TJCE de manera que es necesario probar que el mantenimiento de monopolio en el sentido clásico de servicios públicos es necesario para asegurar un estándar existencia y mínimo de vida a los ciudadanos.

Visto lo anterior la reserva a favor del municipio permite limitar la libre iniciativa económica privada³²⁴, pero no por ello impide la libertad de decidirse por un sistema de gestión directa, indirecta, o tolerar, claramente, que terceros, privados, intervengan en esas tareas, bajo una reglamentación intensa, que es lo que ocurre hoy en día en sectores liberalizados cuya trascendencia podría considerarse esencial y que anteriormente estaban calificados de servicios públicos y reservados en exclusiva a los poderes públicos. A ello hay que sumar que los servicios que se basan en la institución de la demanialidad, al tratarse de objetos sobre los que la Administración ejerce sus facultades y sirven de soporte a actividades liberalizadas, se verán condicionados por dicha calificación y dan pie a la aplicación de las obligaciones de servicio público.

I.4.La tercera y última clasificación del servicio de saneamiento de las aguas como un servicio público local

Todas las reflexiones anteriores acerca de la diversidad terminológica con que nos ilustran las leyes vigentes en relación con el servicio de saneamiento, así como la práctica extendida de su óptima consideración como un servicio integral en el que se incluyen tanto el alcantarillado, la recolección como su posterior depuración, y la realidad aceptada por la Doctrina de que el concepto de servicio público en el ámbito local no se vincula a la idea de titularidad, sino a la de competencia, nos lleva a concluir que este servicio que analizamos es claramente un servicio público municipal³²⁵ -a pesar de los intentos de vaciamiento gracias a las facultades que sobre el mismo tienen las Comunidades Autónomas, y sustentadas en el carácter de interés supralocal de algunas fases del servicio- que hace que de manera general podamos confirmar que el saneamiento en la medida que tiende a conseguir fines de competencia municipal puede

³²⁴ *Vid.* En este sentido SOUVIRÓN MORENILLA en *La actividad de la Administración...* Op. cit. Pág.332.También GÓMEZ FERRER, “La reserva al sector..”. Op. cit. Pág.3821, quien además de reiterar que la reserva implica la exclusión de la actividad privada, y en relación con la reserva de las Entidades locales, implica también la exclusión de otras Administraciones públicas.

³²⁵ En este sentido GARCÍA DE COCA en “ El servicio público local de abastecimiento...” cit. Pág. 644.

dar lugar a la implantación de las normas comunitarias al identificarse con un concepto objetivo de servicio público.

El problema que se presenta en relación con el saneamiento es concretar el significado de la regulación local del servicio. En efecto, la reserva del art.86.3 LRBRL identificada con la titularidad y que supone la facultad del municipio de extraer una actividad de la iniciativa económica privada, y en su caso de decidir si lo gestiona en forma de monopolio o no, se refiere a la depuración de las aguas. Y dado que la reserva sólo supone dichas facultades para el municipio y no capacidad de ordenación (reglas técnicas, potestad tarifaria, etc.), como señaló en su día TORNOS I MAS³²⁶, que deriva de las competencias del art.25.2 LRBRL, la referencia en este precepto al alcantarillado y al tratamiento de aguas residuales nos hace entender que la reserva se extiende de manera amplia a todo el saneamiento en general. Estas argumentaciones también se deducen de la constatación de un servicio público local que se basa en la idea de competencia y no de titularidad, por lo cual no parece existir problemas para incluir el alcantarillado también en el concepto, a pesar de no estar reservado al municipio. No obstante cabría preguntarse por la conciencia del legislador al redactar la lista de actividades o servicios reservados del artículo 86.3 y la enumeración de servicios mínimos del artículo 26 LRBRL desde el momento que ambas lecturas ponen nuevamente de manifiesto la falta de identidad entre la “depuración” o “tratamiento” incluidas como competencia local y reservada al municipio, y el “alcantarillado” señalado como competencia y servicio mínimo obligatorio. Pues entendemos que esta no inclusión del alcantarillado pudiera interpretarse como que este servicio no se excluye por tanto de la iniciativa pública privada ni, por tanto, de la concurrencia. Ello daría pie a pensar en la posibilidad, al menos teórica de su liberalización y sometimiento a la libre competencia, frente a la depuración o tratamiento de las aguas residuales que sería un caso en que coinciden competencias municipales, de acuerdo con la enumeración del art.25.2.1), y materias reservadas en el artículo 86.3, pero sin ser obviamente un servicio mínimo y obligatorio³²⁷. Pero si hacemos un uso amplio y más

³²⁶ Vid. “Competencias municipales para la ordenación...” cit. Pág.31.

³²⁷ No obstante, DÍAZ LEMA deduce que los servicios mínimos excluidos del listado de actividades reservadas lo son sencillamente porque en ellos no puede darse concurrencia, de forma que sería absurdo excluirlas de la iniciativa empresarial que es a fin de cuentas lo que supone la reserva del artículo 86.3 LRBRL. DÍAZ LEMA llega a estos razonamientos remontándose a la anterior Ley de Régimen Local de 1955 donde se sujetaban a municipalización la actividades de naturaleza “económica”, ejercidas en régimen concurrencial, *vid.Los monopolios locales*. Op.cit. Págs.52 y ss.

coherente con el principio de unidad del ciclo hidrológico al que hemos aludido en el primer capítulo como principio rector del Derecho de aguas, la consideración del alcantarillado como parte imprescindible de la tarea de depuración nos lleva aceptar la acepción de este servicio como un servicio público local en sentido tradicional de monopolio público y natural con la reserva y la decisión de exclusión de los entes locales de la concurrencia, que prefieren su gestión mediante el sistema de concesiones, lo cual no niega su carácter económico como se desprende de la posibilidad de gestión indirecta y del reconocimiento de ese rasgo que se deriva del artículo 155 del TRLCAP cuando dice “La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia que tengan contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares”.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA CUESTIONABLE LEGITIMIDAD DE LOS ENTES LOCALES EN LA FLEXIBILIZACIÓN E INCORPORACIÓN DE PRIVADOS EN EL DESARROLLO DE SERVICIOS PÚBLICOS

De manera tradicional y general se viene aceptando que los poderes públicos, en tanto son los titulares de las potestades públicas, deben ser los indicados para aplicar también, llegado el momento, las innovaciones y adaptaciones en su modo de actuar.

En cuanto al Estado esta legitimidad la reconoce ARIÑO ORTIZ en relación con el principio de subsidiariedad en una serie de funciones. Estas funciones que permiten aceptar que el Estado, aun bajo la formulación de libre mercado y de igualdad, debe intervenir son las siguientes:

-Se habla de una función garantizadora de la seguridad. La premisa de la seguridad se considera fundamental para fomentar la actividad particular, ya que ésta da confianza a los privados de que se van a respetar las reglas de libre mercado establecidas y además de manera transparente.

-La siguiente función de la que nos habla G.ARIÑO es la función de fomento: ordenar y estimular el correcto ejercicio de los derechos individuales.

-Y, finalmente, el tercer título de legitimación, está en la tarea de corrección de desigualdades, que se corresponde con la idea de economía social de mercado y que es

el sustento de la noción de servicio público. Asegurar que todos tienen, en las mismas condiciones, acceso a un mínimo que se considera vital e imprescindible³²⁸.

Está claro que no podemos equiparar el gran papel del Estado, con una trascendencia superior, con la de los Entes Locales, pero en su consideración de que ambos son poderes públicos éstas primeras observaciones pueden ofrecer una pista de porqué el nivel local está legitimado para optar por modelos alternativos en la provisión de servicios públicos, del saneamiento, y sobre todo en la fundamentación de que los poderes públicos adoptan en el nuevo contexto de la Unión Europea una posición de garantes, que evidencia la necesaria existencia de un poder público, de la Administración Local, para evitar que se produzcan desigualdades e injusticias sociales fruto del libre juego de la competencia, de la oferta y la demanda, en definitiva del mercado.

Así, inspirados en la propuesta de DARNACULLETA I GARDELLA, la existencia de los poderes públicos es indispensable en dos sentidos³²⁹, porque son los que deben establecer qué procedimientos y garantías son necesarios para legitimar la actividad privada que tiende a realizar, cada vez más, actividades, funciones tradicionalmente públicas e incluidas en ese mínimo vital que debe garantizar todo Estado social y de derecho, y, porque son los poderes públicos los que desde la Constitución reciben el mandato, en última instancia, para garantizar los derechos fundamentalmente entre ellos la vida, al que se vincula estrechamente la protección del medio ambiente y por su incardinación del saneamiento de las aguas residuales.

En el supuesto del saneamiento las características de tecnicidad y los costes hacen necesario un replanteamiento y refuerzan en todo caso la legitimación de los entes locales para impulsar la reforma de los servicios públicos locales. Para ello debe determinarse qué nivel puede ser asumido por la sociedad en la gestión del servicio y, una vez establecido, regular y controlar este acceso a través de sistemas adecuados.

³²⁸ Vid. *Principios de Derecho...* Op. cit. Págs.113 y 114.

³²⁹ Vid. *Autorregulación y derecho público...* Op. cit Pág.70, de la versión publicada en <http://www.tdx.cesca.es/>.

II.1.El principio de eficacia como criterio en y para la actuación de la Administración

El nuevo giro en el concepto clave de servicio público vencido por el europeo de servicio de interés económico general y el marco establecido por la Unión hacen que debamos plantearnos la aplicación del principio de eficacia como criterio en y para la actuación de la Administración.

Así, por una parte entiende el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de diciembre de 2004 (Ar.45) que el principio de eficacia de las Administraciones públicas -en relación con el art.38 de la libertad de empresa y el art.9 que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos- “contiene previsiones que exigen de la Administración... una intervención activa en las materias de su competencia...”. Por otra parte, cuando aludimos a la eficacia, ésta se traduce en la realización de unas metas establecidas³³⁰. Pues eficacia significa conseguir los objetivos perseguidos, según la declaración del art.103.1 CE. En efecto, estos objetivos deben conseguirse, es un deber para la Administración, pero no a cualquier precio, ya que además la Constitución exige, en el art.31.2, eficiencia, esto es conseguir algo de la manera más positiva económicamente³³¹, o como define la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2001 (Ar. 8177) “la máxima consecución de objetivos (en este caso referido al sector de la enseñanza) al mínimo coste posible”- vinculándose la actuación pública por tanto a la gestión y a las florecientes teorías sobre el *management* que están teniendo un éxito considerable en el seno de la ciencia administrativa alemana³³².

³³⁰ Sistematiza PAREJO ALFONSO el cambio en la concepción de la eficacia pareja a la evolución del Estado: Así en el Estado liberal de Derecho la eficacia se identificaba con eficacia jurídica, esto es el ordenamiento externo de la vida social, acorde con los postulados de la época. Más tardíamente con la instauración de modelo de Estado social cambiaron los planteamientos de la eficacia. Entonces su significado era el de cumplimiento de los fines y realización de unos objetivos determinados, fundamentos que entran en crisis consecuencia del declive del Estado Social y que exigen que con la eficacia se midan no sólo los objetivos, sino también la adecuación de los medios, circunstancias que exigen la adaptación del Estado. *Vid.* “La eficacia como principio jurídico...” cit. Pág.16.

³³¹ Sobre el significado de la eficacia y de la eficiencia en la ciencia económica y en la teoría de la organización y de su gestión, *vid.* PAREJO ALFONSO, L. *Eficacia y Administración...* Op.cit. Págs. 93 a 99.

³³² En Alemania se engloban bajo esta denominación y la premisa de “Effizienz” de la Administración aquellos instrumentos destinados a la modernización, racionalización y mejora en la actuación de la Administración. *Vid.* ELSENHANS, H, KULKE, R Y ROSCHMANN, C. “Verwaltungsreform in Deutschland: das neue System des Managements als Anwendung der New-Public-Mangamente-

La diferenciación de ambas premisas y la zona en que encontramos la aplicación conjunta de ambas en relación con la Administración la sitúa PAREJO ALFONSO en la ejecución administrativa del gasto público, que permite enjuiciar y valorar los medios utilizados y los resultados obtenidos³³³.

El matiz económico está pues presente hoy en el Derecho Administrativo y si es cierto que hay que satisfacer el interés general, fin último de la actuación pública, también es verdad que ésta no debe ser bajo el pensamiento de que el Estado podía resolver y satisfacer cualquier necesidad, sin importar su coste. En este sentido es significativa la formulación que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2005 (Ar. 4430) hace del principio de eficacia, *en su vertiente económica*: “el cual no prohíbe que haya un incremento en el gasto sino que cuando para la realización de un determinado fin en idénticas condiciones pueda optarse entre dos soluciones económicas, una más cara y otra más barata, la opción debe hacerse en favor de ésta última. Este es el significado técnico del significante eficiencia”³³⁴. Más aun cuando la adjetivación social del Estado está en crisis ante las exigencias de economicidad que predominan también en el actuar de los poderes públicos y la ausencia de observación de estos criterios en la evolución del Estado de bienestar.

Por esto es necesario establecer el marco y los principios que la Administración debe, como mínimo y por imperativo constitucional, respetar en su actuar.

De acuerdo con el art. 103 de la Constitución el principio de eficacia rige expresamente la actuación de la Administración³³⁵ y ello le permite y le legitima como expresa la Jurisprudencia para ejercer una potestad de autotutela y de autoejecución, una potestad de autoorganización que permite a la Administración adecuar sus servicios a las necesidades de los ciudadanos³³⁶. La eficacia en la gestión de la actividad pública

Theorie und die Krise des Wohlfahrtsstaats” en *Die Verwaltung*. Band 38. Heft 5. 2005. Págs. 316 y ss. También SCHERZBERG, A. “Innovative Verwaltung im erfolgsorientierten Rechtsstaat” en *Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts*. Ehlers, D./ Krebs, W (Hrsg). De Gruyter. Berlin. 2000. Pág. 26.

³³³ *Vid. Eficacia...* Op. cit. Pág. 107.

³³⁴ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004 (Ar. 7371) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2004 (Ar. 296).

³³⁵ En el Texto Fundamental alemán no aparece mencionado expresamente este principio; no obstante, sí existen referencias indirectas que precisan la actuación eficaz de la función pública, como el art. 29.1 GG, vinculado al cumplimiento por los *Länder* de sus tareas.

³³⁶ Nos referimos entre otras a la sentencias del Tribunal Constitucional 22/1984., de 17 de febrero, 148/1993, de 29 de abril y 9058/1995, de 4 de diciembre. *Vid.* LORENZO DE MEMBIELA, J.B.

está actualmente próxima al modo de actuar de las empresas privadas, que no se rigen más que por la racionalización de sus medios y la consecución de los objetivos propuestos. No obstante esta perspectiva ha de encuadrarse dicho principio en el sistema constitucional y ello otorga un enfoque no sólo económico a la actuación de la Administración, sino también social como señala MORELL OCAÑA³³⁷.

La aportación jurisprudencial ha sido fundamental en la concreción del principio que analizamos a través de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero; 27/1987, de 27 de febrero y 178/1989, de 2 de noviembre, de donde LAVILLA RUBIRA extrae el deber positivo de actuación conforme a sus exigencias por la Administración que se resume en las premisas siguientes:

-Es un principio esencial que consagra un interés jurídico integrado en el orden constitucional de valores, causa de la declaración de Estado social y democrático de Derecho del art.1.1CE, donde determinantes son las declaraciones de objetividad en el servicio al interés general y el sometimiento pleno a la ley y al derecho.

-Es un principio genérico e indeterminado, cuyo contenido debe ser precisado en cada momento, si bien es de criterio común que liga a la Administración en todas sus perspectivas.

-Es un principio vinculante, un deber para la Administración³³⁸.

La principal consecuencia que actualmente plantea el binomio eficacia-eficiencia es dar cabida a instrumentos de derecho privado en el ámbito público. Este trasvase de instrumentos está, en todo caso, sometido a la Ley siguiendo así la jurisprudencia el Tribunal Supremo, que en su pronunciamiento de 11 de diciembre de 1990 (Ar. 9733) recordó "... el principio de eficacia opera con sometimiento pleno a la ley y al Derecho...". Es por ello que los organismos autónomos, las sociedades estatales, las diversas manifestaciones supramunicipales³³⁹ y la tendencia creciente hacia los

"Eficacia y organización en la estructura burocrática de la Administración Pública" en *Revista internauta de Práctica Jurídica*. Núm.10. 2002. www.rij.com. También GARCÍA TREVIJANO, E. "Sinopsis del art.103 CE" en www.congreso.es/constitucion.

³³⁷ Vid. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. El Derecho Administrativo y sus fuentes. La organización administrativa y sus medios*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2002. Pág.59.

³³⁸ Vid. *Enciclopedia Jurídica Básica. Voz: Eficacia*. Civitas. Madrid.1995.Pág. 2625.

³³⁹ En esta categoría se engloban las Comarcas (art. 42 LRBRL), las áreas metropolitanas (art.43.2 LRBRL), las mancomunidades de Municipios (art.44 LRBRL), y la figura histórica de las "personificaciones de determinadas comunidades tradicionales de bienes".

consorcios³⁴⁰ creados en las últimas décadas como muestra de descentralización de servicios en la prestación del servicio de saneamiento son todas ellas expresión del principio de eficacia³⁴¹.

Otra consideración presente en la actuación de la Administración y en la actuación eficaz de la misma es la idea de interés público o general, que se erige como concepto clave de toda acción que implique el ejercicio de potestades públicas. Ante tal afirmación, debe tenerse en cuenta que la Administración posee unas potestades que vienen supeditadas al provecho de la colectividad, en favor de lo que se denomina interés público. En ese sentido, la facultad otorgada a la Administración de acudir al ordenamiento privado, al régimen jurídico de los particulares para desarrollar sus funciones es conferida sobre la base, precisamente, de que tal proceder es idóneo para garantizar la adecuada satisfacción de las necesidades colectivas, es decir, del interés público, pues así se deduce del mandato del art. 103.2 C.E “...sirve con objetividad los intereses generales...”. Se trata de un interés que responde a las expectativas de la colectividad en general, a un número indeterminado de individuos cuya esfera jurídica se ve afectada por la actividad de la Administración. Sin embargo el carácter público o privado, no deriva, hoy por hoy, del hecho de que una función sea realizada por una persona jurídico-pública, o jurídico-privada, como señala también la *Wasserhaushaltgesetz* alemana en relación con su art.18.a), ante la posibilidad de privatizar la función de eliminación de aguas residuales³⁴², dado que el carácter público de la tarea del saneamiento de las aguas no radica en que sea realizada por personas

³⁴⁰ Art. 7 LRJPAC. La figura del Consorcio aparece primeramente regulada en el Reglamento de Servicios Locales, en los arts. 37 a 40, y fueron posteriormente impulsados en el ámbito del saneamiento tras la aprobación del Plan Nacional de Saneamiento de 26 de julio de 1968, instaurándose como el medio más idóneo para la prestación de estos servicios. Más ampliamente, y con referencias bibliográficas al respecto, y remontándose al nacimiento del primer consorcio en España, *Vid. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., El abastecimiento...Op.cit.Pág. 99. Nota 230.*

³⁴¹ Mientras que las entidades independientes responden principalmente a otro de los principios enumerados en este art.103, que es el de objetividad en la actuación de la Administración Pública. De ahí su exclusión, *a priori*, de la enumeración anterior, *vid. MAGIDE HERRERO, M. Límites constitucionales... Op.cit. Pág. 120.*

³⁴² *Vid. BURGI, M. Die Dienstleistungskonzession ersten Grades. Nomos verlag. Baden-Baden. 2004. Pág.15. Más ampliamente, sobre el art.18.a) WHG.*

En concreto nos referimos a la posibilidad del art.18.a.2.a)WHG, que dice así: “Los *Länder* pueden regular bajo que condiciones una Corporación pública puede traspasar a un tercero su obligación de sanear las aguas residuales de manera total o parcial, revocable y por un periodo de tiempo limitado. Entre dichas condiciones deben incluirse, en concreto, que el tercero sea experto y fiable para ello, que con ello se garantice la ejecución de la tarea/servicio y que el traspaso/delegación no sea contrario a los intereses públicos”. Estas cuestiones se amplían en páginas posteriores, *vid. Nota 84 en la Cuarta Parte.*

jurídico-públicas, sino en que con la misma se satisface un interés general³⁴³, como es, en este caso, la depuración de las aguas residuales. Así, aspecto determinante es que el destinatario sea la colectividad, un conjunto de individuos identificados por una aspiración común. Como límite al ejercicio de las potestades administrativas, éstas sólo pueden darse para alcanzar los fines concretamente previstos por el legislador y no otros, de modo que, aun cuando venga a justificarse una actuación administrativa por apreciarse que la misma responde a un interés público, tal cuestión deberá medirse verificando que dicha actuación se corresponde con las finalidades previstas en la ley.

La eficacia y la eficiencia que hemos examinado desde el punto de vista constitucional impregnan el resto de mandatos y de regulaciones, así las relativas a las aguas. De los principios rectores de la gestión en materia de aguas, contenidos en el art.14 TRLAg, el primero de ellos fija el de economía del agua y eficacia, y así lo corrobora GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ en el recordatorio de principios relacionados con la gestión de la demanda de agua. La economía del agua como principio que incita al uso racional del recurso e impedir por ejemplo la renovación de concesiones que abusen de las aguas (art.63 TRLAg) y eficacia como obligación que afecta a todas las Administraciones públicas, sean o no hídricas³⁴⁴.

II.2.La autonomía local y su garantía institucional. ¿Posibilidad o límite para la intervención privada en los servicios públicos locales?

“En el último decenio ningún otro problema de Derecho local ha ocupado de tal manera a la doctrina científica ni a la praxis jurisprudencial ni ha provocado polémicas tan encarnizadas como la relación jurídico-constitucional entre los municipios y los distritos en que éstos se integran...”, así comienza SCHOCH su análisis de la institución

³⁴³ Según NIETO “allí donde aparecen intereses generales *puede y debe intervenir* la Administración Pública; y ello con independencia de que esta intervención se realice bajo formas (y personalidades) de Derecho Administrativo o de Derecho privado. Una cuestión que, por lo demás, ha dejado de ser polémica entre nosotros, dado que se admite sin dificultad alguna que las formas privadas de actuación no eliminan la naturaleza básicamente administrativa del agente. *Vid.* NIETO GARCÍA, A. “La administración sirve con objetividad ...” en *Estudios sobre la Constitución española...* Vol. III. Op. cit. Págs. 2226.

³⁴⁴ *Vid.* “Marco legal...” cit. Pág.72

de la autonomía local en Alemania introduciéndonos en una cuestión tan relevante para el actual proceso de modernización y reforma del ámbito local³⁴⁵.

La figura de la autonomía local, de origen alemán³⁴⁶, ha sido la “pieza maestra” para delimitar el sistema de atribución de competencias a favor de las Entidades Locales a la vista de la falta de un listado a modo de los arts.148 y 149 de la Constitución en relación con este nivel, siendo -como señala PAREJO ALFONSO- el art.137 CE el

³⁴⁵ Vid. SCHOCH, F., “En relación a la situación de la autonomía local tras la *Sentencia –Rastede* del Tribunal Constitucional Federal” en *DA*. Núm. 234. 1993. Pág. 282.

³⁴⁶ Ha sido el Tribunal Constitucional alemán el que definió en su ya clásica *Rastede-Entscheidung*, de 23 de noviembre de 1988 (*BverfGE* 79, Tomo 127, págs. 151 y ss), la autonomía local, o los asuntos de la comunidad local en el sentido del art.28.2.1.GG. Entiende el Tribunal la autonomía local como “el conjunto de necesidades e intereses enraizados en la comunidad local o que tienen una especial relación con ella, y que son, por tanto, comunes a los vecinos del municipio en la medida en que afectan a la convivencia de las personas en el municipio”. El significado fundamental de la Sentencia de 23 de noviembre de 1988 en relación al “caso Rastede” fue, a pesar de que se desestimó el recurso interpuesto por el municipio de Rastede, la determinación por el Tribunal Constitucional Federal de frenar los intentos y el peligro del vaciamiento de la autonomía local, a partir de la constante sustracción de competencias, pues se decidió que los distritos no tenían las mismas competencias, ni tampoco gozaban de la misma protección jurídica que los municipios. Se considera así por el Tribunal que “al contenido esencial de la autonomía municipal no le corresponde ningún catálogo de competencias determinado concretamente ni determinable a partir de criterios estables, pero sí la potestad de atribuirse, sin ningún título competencial específico, todos los asuntos de la autonomía local que no hayan sido transferidos legislativamente a otras instancias del poder público”, esto es la aplicación del principio de competencia plena o universal, según el cual los municipios pueden atraer funciones que no han sido ocupadas, siempre que sean asuntos de la comunidad local. *BVerfGE*, 79, Tomo 127. Pág. 147. La delimitación de las competencias universales de los municipios se realiza atendiendo a un doble criterio espacial (local) y social (la comunidad), concretados en la expresión “asuntos de la comunidad local”, que implica la delimitación de la competencia plena de los municipios frente al ámbito de la política general y limitada a las necesidades e intereses enraizados en la comunidad local o relacionados específicamente con ella. El Tribunal hace también referencia a una cuestión espinosa al aludir al potencial de actuación del municipio (*Verwaltungskraft*), basada en la tesis errónea de que existe un nivel uniforme de prestación a escala local que debe ser alcanzado por las ciudades en el caso de que no haya distritos y por los municipios y los distritos conjuntamente cuando éstos existan. Además, continúa razonando el Tribunal que sólo pueden sustraerse al municipio, en aras al interés común, competencias locales si no se pudiese asegurar de otro modo el ordenado cumplimiento de dichas competencias (*materielles Aufgabenverteilungsprinzip*). Por lo que motivos de economía y ahorro únicamente no pueden justificar la sustracción de competencias, lo que plantea la cuestión clave de la falta de financiación de los municipios alemanes, *vid.* en general el artículo SCHOCH, F., “En relación a la situación de la autonomía...”, *cit.*, y en cuanto a los efectos de esta Sentencia las págs.309 a 321.

J.L.CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR ofrece un repaso histórico sobre los orígenes, en general, de este concepto, situando la primera raíz del concepto en la idea de *pouvoir municipal*, de la que se ocupó entre nosotros García de Enterría (*vid. Revolución francesa...* Op.cit. Págs. 81 y ss). Ya en el S.XIX fue Von Stein el que introdujo la idea de participación en la concepción de la autonomía local, siendo finalmente la doctrina inglesa del *local government* la última de las aportaciones a la configuración moderna de la autonomía local, trasladada al ámbito continental de mano de Von Gneist y del concepto actual de *Selbstverwaltung*. Asimismo, merecen ser destacadas las modernas concepciones de la autonomía local, no ya apelando a la garantía institucional, sino en su consideración como un “derecho subjetivo” (Maurer), o en su consideración como una “garantía constitucional” (García Morillo, Alonso Mas), *vid.* “El debate sobre la autonomía local” en el *Derecho administrativo en el umbral del S.XXI...* Tomo I. Op.cit. Págs. 545 a 579.

corolario constitucional de esta figura³⁴⁷ por el carácter fundamental de la Norma Suprema en cuanto al reconocimiento de la autonomía de los Entes Locales³⁴⁸, y su garantía institucional³⁴⁹.

Además, las aportaciones realizadas por el Tribunal Constitucional –que ya tempranamente señaló en su Sentencia 4/1981, de 2 de febrero “que la gestión de sus intereses exige que se dote a cada Ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer su interés respectivo”- han sido cruciales para poder desarrollar este concepto de autonomía y caracterizarla de una flexibilidad que permite a las Entidades Locales la máxima adaptación a las exigencias sociales –negando la tesis

³⁴⁷ J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR entiende que el art.137 CE es el fundamento directo de la competencia general municipal, pues allí, en efecto, se otorga la autonomía a los municipios para la gestión de “sus intereses”, *vid.* “La cláusula general...” en *Anuario del Gobierno Local...* Op.cit. 2000. Pág.48.

³⁴⁸ *Vid.* “La autonomía local” en *REALA*. Núm.229. 1986. Pág. 10; Estas cuestiones las ha tratado PAREJO ampliamente a lo largo de diversas obras y artículos, como referencia, *vid.* *Garantía institucional y autonomías locales*. IEAL. Madrid. 1981; “La autonomía local y la determinación de su contenido competencial” en *Comunidades Autónomas y Gobiernos Locales*. Diputación de Barcelona. 1987; sobre esta cuestión, también, GARCÍA MACHO, R. en “La autonomía local y su protección en la Ley de Bases del Régimen Local” en *RAP*. Núm.109. 1986; y, SOSA WAGNER, F., en “La autonomía local” en *Estudios sobre la Constitución...* Op.cit.Vol.IV.Págs. 3185-3225, en especial pág. 3215.

³⁴⁹ Inicialmente la Constitución de Weimar de 1919 estableció algunas técnicas de protección de determinadas instituciones para hacer frente con ello a las facultades del legislador ordinario. No obstante la primera formulación teórica sobre la garantía institucional de la autonomía local en Alemania fue de M.WOLF en *Reichsverfassung und Eigentum Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum*. Mohr V. Tübingen. 1923. Págs.5 y ss. Posteriormente fue desarrollada y ampliada por C.SCHMITT en *Verfassungslehre*. Ducker-Humboldt. Berlin. 1965. Págs. 170 y ss, y, en “*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*” en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954.*, Dunker&Humboldt. Berlin. 1985. Pág.16; También de gran calado son las aportaciones de BURMEISTER en *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunale Selbstverwaltungsgarantie*. München. 1977.

La garantía institucional de la autonomía local se considera una garantía jurídico-pública que limita la libertad de configuración del legislador ordinario, de manera que éste no puede ni vaciar de contenido ni suprimirla. La Sentencia de 30 de abril de 1976 del Tribunal Administrativo Federal configuró el derecho de los municipios a organizar libremente sus servicios como una consecuencia de la garantía de la autonomía local, pero también sometida a ciertas limitaciones (SOSA WAGNER, F. *La gestión...* 2004. Op.cit. Pág.58, nota 44). Este es uno de los temas, como señala D.EHLERS, más tratado y sobre el que más se ha escrito, si bien su inicial formulación ha cambiado sustancialmente desde sus primeras manifestaciones, hasta el actual reconocimiento constitucional y fundamentalmente en las Constituciones de los *Länder*, pues como éste reseña el derecho local está anclado en el *Landesrecht*. *Vid.* “Die verfassungsrechtliche Garantie des kommunalen Selbstverwaltung” en *Grundfragen des Verwaltungsrechts...*Op.cit. Pág. 59. SIEDENTOPF, H. *Die Rastede Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.Ihre Bedeutung für die niedersächsischen Gemeinden*. Schwartz. Göttingen. 1990.*in totum*; SCHOCH, F. “En relación a la situación ...” cit. Págs. 281 y ss.

De acuerdo con la formulación que nuestra Constitución realiza de la autonomía local señala M^a.D.CABELLO FERNÁNDEZ que no existe en la Norma Fundamental una fórmula expresa de la misma que obliga en su concreción a la interpretación de la Constitución, *vid.* *El conflicto en defensa de la autonomía local*. Civitas. Madrid. 2003. Pág.39. En el mismo sentido M^a.J. ALONSO MAS “Artículo 2” en *Comentarios a la Ley Basica de Régimen Local*. M.J.Domingo Zaballos (coord). Civitas. 2005. Págs.122 y ss.

de los intereses naturales de los municipios-, interpretación fundamental dada por el Tribunal en la tanta veces citada Sentencia 32/1981, de 28 de julio que dice³⁵⁰:

“Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social cada tiempo y lugar... Precisamente por ello, la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañe graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias³⁵¹”.

A la par la Unión Europea, como se recordará de páginas anteriores, estableció un concepto unitario, en el art.2, de autonomía local en la *Carta Europea de la Autonomía Local*, de 1985, que desde 1988 forma parte de nuestra legislación interna. En la Carta se establece, según opinión extendida de la doctrina, un alcance universal de la autonomía local, de forma que se reconoce a las Entidades Locales, dentro del ámbito de la Ley, *libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no le esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad* (art.4.2). Exigencias que se cumplen plenamente en el Derecho español en el art.2 LRBRL³⁵²

³⁵⁰ Una síntesis más reciente de lo que significa para el Tribunal Constitucional la autonomía local la ofrece la Sentencia 159/2001, de 5 de julio.

³⁵¹ Doctrina que ha sido reiterada en la jurisprudencia más reciente, así lo reconoció el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de octubre de 2005 (Ar. 2005\252), y en la Sentencia de 13 de abril de 2004 (Ar. 2004\51).

³⁵² Vid. PAREJO ALFONSO, L., “La autonomía local en la Constitución”.Págs.109 y ss; SOSA WAGNER, F. “Los principios del régimen local” Pág.163, ambos artículos en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I. 2003. Op.cit.

Sobre este precepto la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre señala (FJ 13) que el fin del art.2 es “concretar el alcance de la garantía constitucional de la autonomía local desde la perspectiva de las competencias locales... fijando al respecto unas directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias, directrices que se concretan en atender, en cada caso, a las características de la actividad pública y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de acuerdo con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos. Fijados estos criterios... concreta algo más la LRBRL al delimitar las materias en que necesariamente, de acuerdo con los principios señalados, a las Entidades locales deberán atribuírseles competencias, e incluso especificando para los municipios los servicios mínimos que, en todo caso, deberán prestar. Puede afirmarse, por tanto, que el sistema arbitrado por el art.2 LRBRL resulta plenamente adecuado a la Constitución...se mantiene y conjuga, en efecto, un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competenciales que dotan de

Así la autonomía de los entes locales se vincula, *en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades autónomas*³⁵³, a la enumeración descriptiva de competencias que el artículo 25.2 LRBRL realiza y especificada por el artículo 26 LRBRL, por tanto podemos decir que es una institución unida a la noción de servicio público³⁵⁴ y entendemos que una interpretación amplia y flexible y su

contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, ya que no desciende a la fijación detallada de tales competencias, pues el propio Estado no dispone de todas ellas. De ahí que esa ulterior operación quede referida al legislador competente por razón de la materia. Legislador, no obstante, que en el caso de las Comunidades Autónomas, no puede, con ocasión de esa concreción competencial, desconocer los criterios generales que los arts.2.1, 25.2, 26 y 36 LRBRL han establecido”.

³⁵³ Vid. FANLO LORAS, A. “Obras públicas de saneamiento...” cit. Págs. 145 y ss. FANLO LORAS defiende que el reconocimiento de la autonomía local, que contiene el art.2 LRBRL, no significa la existencia de un núcleo de competencias propias y exclusivas, por naturaleza locales. Sino que hoy en día supone un derecho a participar en aquellos asuntos que afecten a la colectividad local, como estableció la STC 32/1981, de 28 de julio. De esta suerte, el listado de materias del art.25.1) debe interpretarse con el art.25.2) según el cual las competencias sobre las materias enumeradas se ejercerán de acuerdo con la determinación del legislador sectorial competentes por razón de la materia. Por eso entiende FANLO LORAS que el art.25 no es una norma atributiva de competencias, sino que es una norma dirigida al legislador sectorial (el Estado o las Comunidades Autónomas). No obstante, en relación con el alcantarillado (art.25.1.f.) la especificidad del servicio hace que estas prestaciones no requieran de delimitación alguna por parte del legislador, sino que más bien lo que se hace necesario es establecer mecanismos de auxilio financiero o de aseguramiento para que de manera efectiva se presenten estos servicios en todas las poblaciones.

Sobre quién es el legislador competente sobre la materia, EMBID IRUJO destaca que puede serlo tanto el estatal como el autonómico dependiendo de los títulos competenciales en virtud de los que se actúen. Como títulos estatales se hace uso de los títulos sobre el dominio público, la ordenación de usos y obras hidráulicas de interés general (art.149.1.22 CE, reflejada en el Texto Refundido de la Ley de Aguas), o los títulos competenciales relativos a la vertiente sanitaria de las aguas residuales, fijando la norma básica sobre sanidad, entre otras... Como títulos autonómicos pueden citarse el de las obras públicas de interés autonómico en el ámbito propio es de la Comunidad, el desarrollo de la legislación básica estatal en materia de medio ambiente, de sanidad... Vid. más ampliamente. EMBID IRUJO “Los servicios públicos del agua...” cit. Págs. 25 y 26.

³⁵⁴ En el mismo sentido SANDMANN analiza como en la República Federal Alemana la *Daseinsvorsorge* aparece unida, desde un aspecto histórico y legal, al ámbito municipal. Desde un punto de vista histórico ya desde mediados del siglo XIX el abastecimiento y aprovisionamiento de los ciudadanos con determinados servicios y bienes se presentaba como una tarea esencial de la autonomía local, y ya en el siglo XX la *Daseinsvorsorge* se considera un *öffentliche Aufgabe*. Desde una perspectiva legal el fundamento local de la *Daseinsvorsorge* se encuentra en la propia Constitución alemana – y en las constituciones de los *Länder*- en concreto en el art.28.2 GG donde se recoge la autonomía local. Aun más para los municipios alemanes la existencia de la *Daseinsvorsorge* es de tal trascendencia que, como señala K.STERN en *Staatsrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Band.I en *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*. München. 1984.Pág. 412, la expresión constitucional de la autonomía local en relación a todos los asuntos de las comunidades locales que en el marco de la ley sean de su responsabilidad garantiza a los municipios un amplio campo de actuación, dentro del cual se encuentran las tareas de la *Daseinsvorsorge*. Como señalábamos en el ámbito de la “procura existencial” se incluyen también actividades empresariales en el plano local, con la consiguiente posibilidad de, a través de ellas, obtener un lucro. Se refleja así en la definición actual de este concepto la definición que la Comisión en su Comunicación de 29 de junio de 1996 y de 17 de octubre de 2000 sobre los “servicios de interés general” realizó, si bien advierte SANDMANN que el concepto europeo de “servicios de interés general” no se corresponde totalmente con la idea alemana, pues mientras que en el contexto alemán la *Daseinsvorsorge* está unida de manera estrecha con el ámbito municipal, en el caso de los “servicios de interés general” tal y como se describen desde el ámbito europeo, éstos no aparecen ligados a ningún titular, ni esfera, en concreto, pudiéndose realizar tanto por empresas públicas como

configuración como un poder limitado de autoorganización³⁵⁵, tal y como lo ha señalado y repetido el Tribunal Constitucional, es una buena oportunidad para introducir al menos en el servicio público local del saneamiento nuevas tendencias procedentes de las corrientes liberalizadoras³⁵⁶, si bien también se advierte desde la doctrina alemana como los procesos actuales privatizadores y de reducción del estado, en el sentido de *materielle Privatisierung*, son también un peligro para esta autonomía que tanto han defendido los municipios³⁵⁷, en el sentido de que reducen (*Schmälerung*) el ámbito de decisión propio de los entes locales, de forma que puede llegarse al extremo en que esta autonomía local queda vacía de contenido. Por ello consideramos que la garantía institucional de dicha autonomía local implica positivamente, que es posible compartir las responsabilidades públicas con los privados, pero dentro de unos límites, que incluso permiten reconocer una cierta extensión (*Ausdehnung*) del ámbito propio de competencias, por lo que las modalidades adecuadas y que respetan esta institución son las privatizaciones de la organización, el recurso a la gestión indirecta y las experiencias de colaboración público-privada³⁵⁸.

El Tribunal Supremo, por su parte, también ha confirmado en su Sentencia de 24 de noviembre de 1995 que la autonomía de la que los entes locales gozan legítima la

privadas, en conveniencia con el principio de neutralidad que consagra la Unión. *Vid. Kommunale Unternehmen...* Op.cit.Págs. 59 y ss.

³⁵⁵ La STC 4/1981, de 2 de febrero, ya recordó que “autonomía no es soberanía..., y que, por tanto, la misma sigue siendo reconocible aun cuando sufra alguna limitación...”

³⁵⁶ En todo caso hemos de ampliar nuestros razonamientos si centramos nuestras afirmaciones en el ámbito local. Al respecto dice así la Sentencia de 23 de mayo de 1997 (RJ 1997-4065): *...Ahora bien, la referida noción (servicio público), a pesar del supuesto en el que se pronuncia la sentencia citada, es más bien predicable del servicio público en la esfera estatal, en la que aparece íntimamente vinculada a la idea de titularidad, junto a la referida exigencia de Ley formal. El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la Ley y que comporta, potencialmente, un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el reiterado artículo 85 LRRL, que considera servicios públicos a «cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales...».*

Pero también como se entiende desde la doctrina alemana la autonomía local reconocida para las *Gemeinde* en el art.28.2 GG puede ser también un límite frente a las injerencias, sobre todo comunitarias, de obligaciones liberalizadoras, *vid. BESCHE, B. Wasser und ...* Op.cit. Pág.206.

³⁵⁷ En este sentido se refiere TRONCOSO REIGADA a la garantía institucional de la autonomía local como un posible obstáculo a la privatización, en un doble sentido. En primer lugar porque limita los procesos privatizadores impulsados quizás desde instancias superiores, y, en segundo lugar porque es el caso de que estemos ante competencias municipales calificadas como obligatorias (*kommunale Pflichtaufgabe*), caso del saneamiento de las aguas residuales, es imposible plantear una privatización material, o un autoabandono como lo describe el autor, *vid. Privatización, Empresa pública y Constitución*. Marcial Pons. Madrid. 1997. Págs. 285 y ss.

³⁵⁸ HELLERMANN, J. “Privatisierung und kommunale Selbstverwaltung” en *Daseinsvorsorge durch Privatisierung...*Op.cit.Pág.22.

libertad de organización de los servicios locales decidiéndose tanto por una forma de gestión pública como privada del servicio³⁵⁹. Sobre ello opinamos que la autonomía local de la que gozan las *Gemeinde* alemanas³⁶⁰, de acuerdo con el tradicional principio germano de universalidad de las competencias locales³⁶¹, permite claramente y de forma ejemplar esta libertad de organización, ya que la misma garantiza que los municipios pueden gestionar por sí mismo las materias locales bajo su propia responsabilidad y sin recibir instrucciones del Estado, dentro de los límites de las leyes estatales, consideración ésta última que ha sido matizada por el propio Tribunal Constitucional alemán que ha limitado parcialmente la autonomía y la competencia universal local³⁶², típica del Derecho alemán, con el principio de especialidad en la determinación de las competencias locales³⁶³. Sin embargo, el desarrollo y la “adaptabilidad” del sistema

³⁵⁹ De forma general aceptada y recogida legalmente en España, Alemania, Francia e Italia, cosa que no impide que en determinados supuestos existan limitaciones, o se obligue a adoptar una determinada forma de organización. Así en el caso de las Cajas de Ahorro se prohíbe en Alemania el uso de formas jurídicas-privadas. *Vid.* FISCHDICK. *Die Wahl der benutzungsform kommunaler Einrichtungen*. Dt. Gemeindeverl. Münster. 1986. Págs. 5 y ss. Además otro límite que rige en dicho país en relación con la libertad de elección de las *Gemeinde*, es que éstas no pueden optar por una privatización material de los servicios municipales obligatorios (*Pflichtaufgabe*), para las cuales sólo se permite la privatización funcional. *Vid.* WON-WOO, *Privatisierung als Rechtsproblem*. Op.cit. Pág.163.

³⁶⁰ Establecida en el art.28.2 de la GG y confirmada por la trascendental Sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 30 de abril de 1976. La influencia alemana en nuestro Derecho fue patente en la elaboración de la Constitución española de 1978, ya que la República Federal de Alemania es el país europeo que cuenta con la configuración política y territorial más parecida a la de nuestro Estado de las Autonomías, además de forma similar el art.2.1 LRBRL recoge, si bien de forma discutida por la doctrina, la competencia universal de los Entes Locales, aunque también en el marco de la legislación estatal y autonómica, y en conjunto con la previsión del art.86.1 LRBRL. *Vid.* PAREJO ALFONSO, L. *Derecho básico de la Administración Local*. Ariel. Barcelona. 1988. Págs.137 y ss.

³⁶¹ Concepto a partir del cual se desarrolla un ámbito de protección alrededor del ámbito de actuación municipal en relación a los asuntos de la comunidad local. *Vid.* SCHOCH, F. “En relación a la situación...” cit.Pág. 289.

³⁶² Este principio se refiere a la potestad de los municipios, en base a su autonomía, de atribuirse, sin necesidad de ningún título competencial específico, todos los asuntos de carácter local que no hayan sido transferidos por el legislador a otras instancias del poder público. Resumiendo se trataría de la competencia de los municipios sobre “todos los asuntos de la comunidad local”, *vid.* CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “El debate...” cit.Pág. 573; también sobre la cláusula de universalidad en el Derecho español, en el Derecho alemán y su formulación en el art.4.2 de la Carta Europea de Autonomía Local, J.M.DÍAZ LEMA en “Influencia del derecho europeo...” cit. Págs. 688 y ss.

³⁶³ Así fueron conjugados el principio de universalidad de las competencias locales y el principio de especialidad en el pronunciamiento de 23 de noviembre de 1988 (caso *Rastede*), en la que se fijaban las siguientes bases de la autonomía local: las competencias locales deben establecerse por ley, sin que exista un mínimo, esencial, que esté atribuido, *per se*, a la esfera local, pero estando facultadas, en todo caso, las Entidades locales para intervenir en todas aquellos asuntos de su interés que no hayan sido atribuidos expresamente por ley a otra Administración superior. La autonomía local es así un elemento de descentralización territorial a favor de estas entidades locales, que debe respetar el legislador en la distribución de competencias. Los municipios sólo pueden verse privados de una competencia de interés local, sino existe otra alternativa para asegurar su correcta ejecución. *Vid.* DÍAZ LEMA, J.M., “Influencia del...” cit. Págs.689 y 690.

jurídico en aquel país permite que incluso a un nivel más general, esto es del *Bund* y de los *Länder*³⁶⁴ sea posible que en determinados supuestos –caso de la *Beleihung*– también personas privadas sean las encargadas de realizar tareas que suponen un ejercicio de la autoridad, sobre lo que advierte SOSA WAGNER que también en España existen excepciones a este principio –prohibición de que los servicios que impliquen ejercicio de autoridad solo podrán ser ejercidos por gestión directa (art.95.1 TRLRBRL, en la esfera local, art.155.1 TRLCAP, para el ámbito estatal que es legislación básica, por tanto con efectos también sobre las CC.AA)- que se reflejan en el caso de la legislación autonómica catalana³⁶⁵ y en el extendido y tradicional uso de la concesión³⁶⁶.

En todo caso, las nuevas orientaciones en la materia revelan el papel rector que, poco a poco, asumen los poderes públicos que cambian su papel de titulares por el de garantizadores siendo cada vez más observable que son los particulares los sujetos más idóneos para realizar tareas públicas, sometidos al marco y condiciones que establecen los poderes públicos, y también a los mecanismos tanto de control público, como de autocontrol.

El protagonismo del municipio se debe pues, según el artículo 2 LRBRL, a todos “aquellos asuntos de su interés” pero no de una manera amplia, sino “en atención a las

La autonomía local en su formulación alemana implica dos consecuencias claves: la libertad del municipio en cuanto al uso, esto es si actúa bajo una forma pública o privada, y, en segundo lugar, fundamenta la apertura a la privatización de la Constitución alemana. No obstante en cuanto a la libertad en cuanto a la organización, señala BURGI, que ha de diferenciarse dos supuestos: si se trata de un caso de libertad absoluta, o, si se trata de una tarea a la que el municipio está obligado. En el primero de los casos el municipio puede determinar si y como presta ese servicio, en el segundo de los casos puesto que se trata de un servicio obligatorio, sólo puede determinar el cómo lo presta. Así pues se establece una distinción entre *freiwilliger Selbstverwaltung* y *pflichtiger Selbstverwaltung*, y en función de esta clasificación existen por ejemplo en el ámbito del suministro de aguas más o menos oportunidades de privatización, cosa que dependerá de la legislación de los *Länder*. Por ejemplo en *Hessen* o *Rheinland-Pfalz* la decisión de señalar la tarea de suministro de agua como una *Pflichtaufgabe* permite decidir a los municipios el cómo se satisface tal tarea, pero no decidir si la prestan o no, por lo que se concluye que la privatización material en estos *Länder* está totalmente prohibida. Casi contrario es el que presenta *Baden-Württemberg* y *Saarland* donde de manera explícita el aprovisionamiento de agua se regula como una tarea de libre opción dentro de la autonomía local. *vid.* KLUGE,T, LUX,A., CHRAMM,E., *Netzgebundene Infrastrukturen...* Op. cit.Pág.8.

³⁶⁴ Aunque en este caso en el intento de unificar el Derecho local alemán, en relación con los Estados federados, se dio preferencia, ante la posibilidad de optar por formas de organización públicas o privadas, por la primacía de las formas públicas.

³⁶⁵ *Vid.* Art.222 y art.229 de la Ley 8/1987 de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña (DOGC 27/04/87, BOE 22/05/87). *Vid.* MESTRE DELGADO, J. F., “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol. II. MUÑOZ MACHADO, S. (dir).Civitas. Madrid. 2003. Pág.1445.

³⁶⁶ *Vid.* SOSA WAGNER, *La gestión...* Op. cit. Pág. 2004. Pág. 81.

características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local”. Nos interesa este último inciso del art.2.1 LRBRL por su especial repercusión en el desempeño por el municipio de las tareas de saneamiento como ha denunciado S.ÁLVAREZ CARREÑO³⁶⁷, ya que en las Leyes de saneamiento autonómicas la distribución de competencias y la atribución a las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de saneamiento, entendida como depuración, de manera total, a excepción de alcantarillado, se ha basado en el carácter supramunicipal y en la falta de capacidad de los municipios lo que ha supuesto el progresivo *vaciamiento de competencias municipales*, si bien de manera contraria considera B.F. MACERA que el carácter de competencias concurrentes de los municipios es la circunstancia que posibilita la asunción de competencias por Entes superiores³⁶⁸. Por otra parte, sin menospreciar efectivamente dicho vaciamiento de competencias en relación con la depuración de aguas, SETUÁIN MENDÍA recuerda que la titularidad del municipio de una actividad reservada, caso que nos ocupa, no impide la intervención de otros entes públicos distintos que se ampara, en concreto, en el interés supralocal que efectivamente señalaba Álvarez Carreño y que plantea dificultades en relación con la efectividad de la reserva que contiene el art.86.3 LRBRL, en tanto la autonomía del municipio y su libertad se ve restringida en muchas ocasiones en relación con el saneamiento en alta por la legislación sectorial autonómica³⁶⁹.

II.3.La libertad de elección de forma de actuación

Implícita en la idea de autonomía local surge la potestad del ente local para organizarse³⁷⁰, o autoorganizarse, y con ello, también de formulación germana, el

³⁶⁷ Vid.El régimen jurídico... Op.cit.Pág.282.

³⁶⁸ Vid. “El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público”. Marcial Pons. Madrid. 1998. Pág. 242. También D.FERNÁNDEZ PÉREZ dice que “un número creciente de Comunidades Autónomas han venido promulgando diversas leyes para la ordenación y desarrollo de los servicios del agua. Esta legislación,..., no siempre ha sido armoniosa con el principio de autonomía local que debe inspirar la gestión del abastecimiento de agua y de saneamiento”, vid. *Gestión...* Op.cit.Pág. 33. También esta problemática, conocida como *Entörtlichung*, ha sido tratada en el contexto alemán debido a la asunción por las Administraciones superiores de muchos asuntos de carácter local, vid. SCHMIDT-ASSMANN “Kommunalrecht” en *Besonderes...* Op.cit. Pág. 20.

³⁶⁹ Vid. *El saneamiento...* Op.cit.Pág. 370.

³⁷⁰ Pues según SOSA WAGNER las formas de gestión de los servicios son una expresión de la autonomía local y, en concreto, de la potestad de autoorganización la más significada señal de identidad de esa autonomía, vid. “Gestión de servicios públicos: algunos problemas” en *Jornadas sobre Derecho de Aguas*. Aranzadi. Navarra.1999. Pág. 142; Para J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, para el ámbito autonómico, “es una potestad institucional sin cuya presencia no sería posible sencillamente hablar de

principio de libertad de elección de forma de los municipios³⁷¹, resurgiendo el conocido problema de la huida del Derecho Administrativo y de los medios adecuados para combatir, o limitar sus efectos.

La libertad de elección de la que gozan los Entes Locales españoles se regula en el artículo 30 del Reglamento de Servicios que dispone “las Corporaciones locales tienen plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, tanto en el orden personal como en el económico o en cualesquiera otros aspectos, con arreglo a la Ley de Régimen Local y a sus Reglamentos y demás disposiciones de aplicación”, tal y como se ha encargado de confirmar el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, así por ejemplo, la Sentencia de 28 de abril de 1989 (Ar.3330) sobre la “facultad (de la Administración municipal) para organizar y modificar los servicios de su competencia, correspondiéndole, en consecuencia su reglamentación y precisión de las modalidades de prestación”. Se distingue pues, siguiendo la Doctrina, una doble potestad local sobre los servicios: por una parte la potestad para crear servicios y por otra la potestad para organizarlos, bajo la *aparente* libertad de forma de gestión, en relación con la afirmación ya vista de la STC de 2 de febrero de 1981 acerca de las limitaciones de la autonomía³⁷².

Por ello la Administración Local, en el marco de su autonomía, una vez creado el servicio de saneamiento puede organizarlo libremente como se deduce, asimismo, del art.85.2 LRBRL que, al establecer los métodos de gestión de los servicios públicos, dice “los servicios públicos de la competencia local *podrán gestionarse* mediante alguna de las siguientes formas...” excluyendo en todo caso, como límite a esa libertad de organización, a “los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad” que no

autonomía”, *vid.* “Sobre la potestad autonómica de autoorganización” en REDA. 1991.Núm.71.Pág. 317; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. *Manual...* Op.cit. Pág. 829, FERNÁNDEZ FARRERES, G. “La potestad local de autoorganización: contenido y límites” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I. Op.cit. Pág.1068. EMBID IRUJO, A. *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. CEC. Madrid. 1990. Pág.308.

En este sentido la Sentencia el Tribunal Supremo de 18 de junio de 1997 (Ar. 6132) basándose en la autonomía municipal admite la libre elección del modo de gestión con la restricción de los supuestos de ejercicio de autoridad, y posteriormente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1989 (Ar.214).

³⁷¹ La *organisatorischen Wahlfreiheit* deriva de la autonomía que garantiza el art.28.2 GG y que permite decidir a las entidades locales *discrecionalmente* sobre la forma jurídica organizatoria en la que quieren llevar a cabo una determinada actividad. Entre nosotros se ha ocupado de este tema con abundantes referencias bibliográficas, a las que nos remitimos, E.MONTOYA MARTÍN en *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*. Marcial Pons. Madrid. 1996.Págs.89 y ss.

³⁷² *Vid.* SOSA WAGNER, *La gestión...* Op.cit. 2004. Pág.55, y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *Los mercados...* Op. cit. Págs. 98 y ss.

pueden prestarse ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local, ni por gestión indirecta (art.85.3), de ahí la declaración anterior de “aparente libertad” pues como es necesario existen límites y criterios jurídicos aplicables a las diferentes formas de gestión. El art.85 en el apartado segundo se refiere a continuación a las formas de gestión directa para, seguidamente, en relación con las formas de gestión indirecta remitir al art.156 TRLCAP, en el que textualmente se dice “la contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: concesión... gestión interesada... concierto con persona natural o jurídica... y Sociedad de economía mixta”. El debate está planteado. Es decir si existe una verdadera libertad de forma o no en el ámbito local español y, en caso afirmativo establecer su extensión.

En primer lugar ya hemos citado es *aparente* libertad, lo cual hace entrever que algunas precisiones son necesarias. El primer freno es el caso de servicios que impliquen ejercicio de autoridad. Esta formulación menos purista que antaño ha sido ya aludida, pero no obstante es objeto de tratamiento ampliado cuando nos referimos a los límites en la utilización de tendencias privadas en el ámbito de la gestión pública, en la Tercera parte.

En segundo lugar, asumido el límite anterior, puede entenderse esa libertad como la alternativa entre gestión directa o indirecta y, dentro de cada modalidad, por diversos tipos de gestión. En este caso, la cuestión es si la libertad de organización del servicio alcanza a otras modalidades que no aparezcan expresamente citadas en las normas. Lo que se plantea es, en definitiva, una cuestión de interpretación de la lista de “gestión directa” del art.85.2.A) y la remisión del art.85.2.B) a las modalidades de “gestión indirecta” del TRLCAP. La posición de la doctrina es diversa. Nos interesa si cabe alguna posibilidad de introducir, en base a la libertad que se atribuye a los poderes públicos, otras formas de organización que se corresponderían con la nueva noción de servicio público y que no aparecen todavía recogida en la legislación española, pero que se deducen del impulso de la competencia de la Comunidad Europea³⁷³, ya que también los servicios públicos locales vienen condicionados por el Derecho comunitario y por las pautas de libre mercado del art.8.1 TCE, como señaló el Tribunal de Justicia de las Comunidades en la sentencia de 4 de mayo de 1988, *Corinne Bodson contra SA Pompes*

³⁷³ Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. “El derecho comunitario y la actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos)” en *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 183. 2000. Pág.34.

fúnebres des régions libérées. Ello sobre todo en el caso del sector del agua donde, a falta de una Ley que regule el sector de modo similar al sector de la electricidad o de las telecomunicaciones, plantearía la existencia de un vacío legal al respecto, pues este sector no se ha incluido inicialmente en la oleada de liberalizaciones que irrumpieron en los años ochenta y sobre todo en los noventa³⁷⁴. Por una parte DE LOS MOZOS considera en relación con la enumeración de contratos del TRLCAP y la remisión que a esta ordenación hace la LRBRL que sí que caben en el ámbito local otras modalidades de gestión de los servicios públicos fuera de la Ley básica de contratos debido, justifica, a que las normas sobre contratación en el ámbito local gozan de la condición de normas especiales, frente a la legislación general de contratos y, por tanto, la legislación especial deroga la ley general. Sobre el punto de si además pueden recurrirse a otras formas de gestión de servicios públicos al margen de las establecidas por la LRBRL de nuevo opina, basándose en el juicio mayoritario de la doctrina, que afirmativamente y bajo el principio de autoorganización también es aceptable hacer usos de otras modalidades de contratación³⁷⁵. En este mismo sentido SOSA WAGNER interpreta, a pesar de que en la LRBRL dice que “la gestión adoptará alguna de las siguientes formas” –obsérvese que la referencia es en relación al art.85 LRBRL, en su versión todavía no modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre- que también es posible la ampliación de otras formas de prestación indirecta de servicios³⁷⁶. Hoy la nueva redacción del art.85 se expresa mediante la remisión al art.156 TRLCAP, pero consideramos que continúan vigentes los razonamientos inicialmente expuestos a favor, por tanto de la libertad del municipio, en base a la potestad de autoorganización de los municipios³⁷⁷.

El exceso en el uso de dicha libertad con el propósito de satisfacer fines de carácter prestacional es lo que lleva a retomar los casos en los que el Derecho Administrativo utiliza el Derecho privado para ejercer funciones públicas, pero la

³⁷⁴ Vid. BON, M. “Expérience d’un manager de service public” en *L’idée de service public...* Op.cit.Pág. 43.

³⁷⁵ Vid. “La gestión indirecta...” cit. Pág.763.

³⁷⁶ Vid. *La gestión...* Op. cit. Pág.59.

³⁷⁷ I. DEL GUAYO entiende también la existencia de la libertad de la que gozan los entes locales en la organización de los servicios públicos que la ley ha reservado a su favor. Pero cuando analiza los modos de gestión indirecta, tras la reforma de 2003, entiende que cualquier duda sobre la posibilidad de emplear formas de gestión indirectas distintas de las enumeradas en el art.85 LRBRL, las resuelve a favor de una interpretación negativa, apelando al carácter tradicional de las modalidades del art.156 TRLCAP como una lista de *numerus clausus*, vid. “La gestión de servicios...” cit. Págs.90 y 125.

sujeción formal al Derecho privado no se realiza con sujeción a reglas jurídicas suficientes³⁷⁸ y asistimos con ello a la ruptura del principio de legalidad del art.103 CE. Si partimos pues de esta situación y proponemos medios para combatirlo, éstos remiten claramente a la sujeción que la Administración tiene como tal al ordenamiento jurídico y a los derechos fundamentales, por tanto a nivel interno la libertad que se predica de las Administraciones Públicas y en concreto de la Administración Local no es tan amplia como pudiera parecer *a priori*. Frente a estos *miedos* de la doctrina, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ resalta que la libertad de elección en el Derecho alemán y el fenómeno de la huída del Derecho está limitada a nivel interno por la existencia del citado *Verwaltungsprivatrecht*³⁷⁹, normas que juegan cuando aquella libertad de los entes públicos es usada por la Administración en el ejercicio de funciones administrativas adoptando *formas de personificación de derecho privado*³⁸⁰: No resulta difícil, a la vista de la definición, que en este ámbito cabría incluir al servicio de saneamiento de las aguas residuales –parte de la *Daseinsvorsorge*³⁸¹-, pero sin extensión a las funciones

³⁷⁸ Vid. GONZÁLEZ-VARAS, S. *Derecho administrativo...* Op. cit. Pág.105.

³⁷⁹ Esta acuñación engloba procesos diferenciados a la denominación, también de origen germana, de *Derecho Administrativo Privado (Privaterverwaltungsrecht)*. Acerca de la diferenciación entre ambos, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN en *La Teoría General...* Op. cit. Pág. 304, *Nota del traductor*; también STERN K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Vol.II. München. C.H.Beck. 1980. Págs. 744 a 747, y EHLERS, D., “Rechtstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts” en *DVBl*. Núm 98. 1983. Pág. 423. Dedicado al estudio del *Verwaltungsprivatrecht* en España destaca J. BARNÉS VÁZQUEZ en “Introducción a la doctrina alemana del derecho privado administrativo” en *Administración Institucional. Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*. Vol.I. A. Pérez Moreno (coord.).Civitas. Madrid. 1994.. Págs. 229 y ss.

³⁸⁰ Vid. MONTROYA MARTÍN, E. “Reflexiones en torno a la empresa pública sometida al Derecho privado” en *RarAP*. Núm.9. 1996. Pág.239. Nota 1.

³⁸¹ Sobre la *Daseinsvorsorge* en el ámbito municipal alemán, *vid.* SCHINK, A. “Kommunale Daseinsvorsorge in Europe” en *DVBl*. Heft. 14. 15. 2005. Págs. 861 a 870.

Tomando como referencia la obra de T. SANDMANN trataremos de dar una definición actual de este concepto, que es tan complejo como el nuestro el servicio público. Así, según la autora la *Daseinsvorsorge* ha cambiado mucho desde su primera formulación por Forsthoff, pues obviamente han variado las tareas que se consideran *Daseinsvorsorge*. Por todo esto, este concepto es un concepto abierto (*öffener Begriff*), concluyendo que no existe tampoco una definición concreta, amén de destacarse que el origen, desarrollo y comprensión del mismo es específicamente alemán, frente a los conceptos de “service public” francés, “servizio pubblico” italiano o “servicio público” español. La *Daseinsvorsorge* abarca tanto actividades económicas como no económicas, en todo caso esenciales para el desarrollo de la persona incluyéndose entre las tareas típicas el abastecimiento de las aguas y la eliminación de las aguas residuales (*vid.* Bundesverband der Deutschen Industrie-BDI, Deckmantel *Daseinsvorsorge*, Pág. 41). No obstante su contorno no está, de ningún modo, definido de manera exacta ni por la Doctrina, ni por la jurisprudencia a pesar de que ha sido utilizado por los Tribunales, como en la BverGE, Tomo 38, Pág.258; Tomo 22, Pág.28, ni tampoco por las leyes que contienen este concepto en sus preceptos, caso del art.87.1.1.4 de la *BayGO*. Ante tal situación de imprecisión SANDMANN opta por establecer una serie de aspectos comunes que pueden encontrarse cuando una actividad se califica de *Daseinsvorsorge*; así, su producción o garantía por los municipios; otra característica es la prestación de servicios a todos los ciudadanos, con independencia de que esto suponga o no lucro; además, en relación con lo anterior, ha de citarse la continuidad en la prestación de estos servicios, así como la garantía de una calidad determinada,

soberanas, que están excluidas, de manera general, de la libre disposición, ni tampoco cuando se trate de funciones mercantiles o industriales, que no son de su incumbencia por someterse al régimen de mercado³⁸².

En definitiva lo que se concluye por esta doctrina es que la Administración, que no deja de ser un ente público, a pesar de adoptar personalidades jurídicas propias de otros órdenes, debe seguir respondiendo y por ello aplicándose los principios y criterios jurídico-públicos que condiciona en cualquier caso a la Administración, recortando la autonomía propia de los sujetos de Derecho privado; sobre todo son de obligado

y de precios razonables, finalmente el último rasgo de la *Daseinsvorsorge* es que los servicios están relacionados con determinados intereses, como pueden ser los fines medioambientales, *vid. Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbsrecht*. Peter Lang. Frankfurt. 2005. Págs. 51 a 72. Por otra parte M.BURGI entiende que la *Daseinsvorsorge* es “el conjunto de tareas y servicios para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos para alcanzar el modo de vida adecuado al nivel de vida correspondiente”, (“Gesamtheit der Leistungen zur Befriedigung der Bedürfnisse der Bürger für eine dem jeweiligen Lebensstandard entsprechende Lebensführung”), *vid. “Vertikale Kompetenzabgrenzung in der EU und materiellrechtliche Kompetenzausübungsschranken nationaler Daseinsvorsorge” en Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Ländern, Bund und Europäischer Union*. Henneke, H.G (Hrsg). Boorberg. Stuttgart. 2001. Págs.105 y ss. M.BULLINGER al tratar de encontrar puntos en común entre los conceptos de “service public” y de “Daseinsvorsorge” ofrece una posible definición cuando dice: “la *Daseinsvorsorge*... ha sido hoy en día trivializada y significa en el lenguaje jurídico el conjunto de toda prestación que es ofrecida por el Estado o sus corporaciones territoriales de acuerdo con el interés público”, *vid. “El service public francés...” cit. Pág.41*. De esta forma podemos concluir que no es equiparable el concepto de “Daseinsvorsorge” y “servicio público” en sentido tradicional y/o estricto, sino que aquél es más amplio. Sólo si consideramos el “servicio público” de manera amplia y objetiva, si podría haber un acercamiento de ideas.

Sobre el origen histórico de este concepto y algunas precisiones actuales, *vid. Nota 27 de la Introducción*, así como la ampliación de la Nota 1 de la Primera Parte.

³⁸² De manera contraria a la idoneidad propuesta por S.GONZÁLEZ-VARAS en el uso de la fórmula alemana del Derecho administrativo privado, que obliga a respetar a los poderes públicos y a sus entes instrumentales los principios informadores del Derecho público y los derechos fundamentales, como un modo de controlar la huida del Derecho en materia de contratación, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ señala que lo que se pretende con las normas comunitarias sobre contratación es extender el Derecho administrativo a la actuación de determinados sujetos de derechos privados, por ello es conveniente diferenciar ambas técnicas, *vid. Derecho administrativo... Op.cit. Págs. 235 y ss*.

Debe tenerse en cuenta que en Alemania ha existido una división doctrinal importante entre quienes consideraban que este *Verwaltungsprivatrecht* se aplicaba únicamente a las empresas públicas que prestaban servicios públicos, es decir que realizaban funciones públicas, y que por tanto cuando actuaban, de acuerdo con la teoría del Fisco, como particulares no se hallaban en absoluto vinculadas ni por este derecho ni tampoco por los derechos fundamentales, y aquel otro sector en principio minoritario, pero hoy con más defensores, que opinan que la Administración tiene debido a su anclaje y reconocimiento constitucional un estatus especial y que en esa calidad debe siempre y de manera característica someterse al respeto de los derechos fundamentales. Una amplia ilustración de cuáles han sido las posiciones mantenidas puede consultarse en *Privatización, Empresa...* TRONCOSO REIGADA. Op. cit. Págs. 182 y ss; También con posiciones matizadas SCHMIDT ASSMANN señala que en sentido amplio el Derecho privado administrativo incluye tanto la actividad de la Administración dirigida a la satisfacción de sus propias necesidades, como su actividad económica... de modo que la vinculación del art.1.3, y del art.20.2 y 3 de la GG son válidas para cualquier modo de administrar, *vid. La Teoría general...* Op.cit. Pág. 300. Consideramos estas posiciones últimas más acertadas porque en todo caso el carácter público de la Administración hace que ésta aun en concurrencia con particulares, se vea sometida a ciertas exigencias de legitimidad y de conveniencia en su actuación mercantil, como expresamente se señala en el art.86.3 en cuanto a la iniciativa pública económica local.

acatamiento los principios de igualdad y de proporcionalidad y el respeto de los derechos fundamentales, con independencia de que el régimen jurídico sea público o privado, pues la Administración no es en ningún caso un particular más en una relación de la que es parte. En especial, un ámbito incluido en estos supuestos es el de la Administración de gestión, como la eliminación de las aguas residuales, y en general se incluyen también las relaciones jurídicas de las personas de Derecho privado, como *beliehener* o no, que actúan en aquel país en la ejecución de tareas públicas³⁸³. De cualquier forma también es cierto que la intensidad en la aplicación de dichos principios públicos no es uniforme en todas las actividades, sino que aquella se ve modulada precisamente por el carácter económico o no de éstas. La intensidad aumenta si la actividad administrativa regida por el Derecho privado es más próxima, por su contenido, a la actividad pública de la Administración. Acerca de este sector del ordenamiento advierte PAREJO ALFONSO de que éste ha dejado de ser un recurso, más o menos excepcional, para convertirse en una fórmula en progresiva e incontrolada expansión³⁸⁴...

Además de la observación anterior, la influencia del Derecho comunitario obliga a que, ante la igualdad de agentes públicos y privados, la Administración en la organización de los servicios públicos respete las normas del Tratado, para lo cual si bien en algunos casos puede mantener el monopolio para la prestación del servicio de saneamiento, en otros desarrolla nuevas técnicas como las de “servicio universal” europeo y las obligaciones de servicio público que destacábamos. Esto es, asistimos a una situación de regulación por parte del Derecho de la competencia comunitario en la que la máxima de libre organización de los servicios públicos se constriñe por la condición del art.86.2. TCE -sometimiento a las normas sobre competencia, ya que la excepción de este apartado *in fine* que procede cuando la excepción del régimen general sea necesaria para la realización de la misión conferida, queda matizada por la existencia de otro límite, y es que la no aplicación de la competencia no sea contraria al interés de la Comunidad - y también en el orden interno, y siguiendo el modelo alemán, por aquellos principios recogidos en nuestro Derecho, que se rebaten por las aportaciones doctrinales de que la Administración, como persona jurídico pública de la

³⁸³ Vid. WOLFF, BACHOF, STOBER. *Verwaltungsrecht*. Band 1. 1999. Op. cit. Pág.309.

³⁸⁴ Vid. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Cuadernos y Debates. Núm. 30. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pág.128.

que no puede renegar, se somete siempre a la ley, al Derecho y a la satisfacción del interés general, así como al respeto de los derechos fundamentales en la organización del servicios³⁸⁵.

Finalmente no podemos concluir el estudio de las limitaciones a la libertad de elección, sin referirnos nuevamente a uno de los preceptos clave en el funcionamiento de la Administración que afecta más ampliamente a la potestad de autoorganización. Es en concreto el art.103 CE el que nos inspira. En ese precepto, como es conocido, se establece que el principio de eficacia, anteriormente visto, de jerarquía, descentralización, desconcentración y de coordinación, y el sometimiento pleno a la ley y al Derecho deben estar presentes en la actuación de los poderes públicos, incluyendo así no sólo a la Administración del Estado, sino también a las autonómicas y locales, y así es como se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de abril de 1989. Otra cosa es, en advertencia de FERNÁNDEZ FARRERES, que los mismos reconocidos por la jurisprudencia, la doctrina y en el ámbito de cada nivel territorial sean efectivamente operativas, pues su formulación es más bien a modo de directivas a seguir, que de exigencia normativa de cumplimiento ineludible³⁸⁶

II.4. La idoneidad del ámbito local para la aplicación de nuevas experiencias de gestión ambiental

Retomando el principio de subsidiariedad al que hemos hecho referencia conviene aquí destacar la extensión máxima de sus efectos, pues es este nivel subestatal al que presta una especial atención la Unión Europea³⁸⁷. En efecto, ya en el Tratado de Roma se recoge la problemática regional, si bien la formulación jurídica de estas preocupaciones se produjo con la *Carta Europea de Autonomía local* (1985) que fundamenta la idoneidad de este ámbito local para la gestión de los temas ambientales y en la experiencia de nuevos instrumentos, en dos principios: el principio de subsidiariedad y el de cercanía a los ciudadanos, como claves en la atribución de

³⁸⁵ Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El Derecho administrativo...* Op. cit. Págs. 587 y 588. El mismo autor establece que además de los límites del Derecho de la competencia, también se derivan límites del Derecho constitucional y del Derecho Administrativo, *vid.* “El derecho comunitario...” cit. Pág.25; así como las referencias bibliográficas allí citadas de GONZÁLEZ-VARAS que completan el estudio.

³⁸⁶ Vid. “La potestad local...” cit.Págs. 1075 a 1077.

³⁸⁷ Vid. RODRÍGUEZ ARANA, J. *Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo*. Comares. Granada. 1999. Pág. 155.

competencias. Así, se expresa el art.4.3 de la Carta al establecer que “el ejercicio de las responsabilidades públicas, debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos”.

La idoneidad del ámbito local para la innovación en la gestión pública es reconocida además por la Doctrina³⁸⁸. En el mismo sentido el legislador expresaba en la Exposición de Motivos de la Ley General Presupuestaria de 2003:

“Ha de resaltarse el enorme desarrollo que el proceso de descentralización ha tenido lugar en España durante los últimos veinte años. Tanto las Administraciones de las Comunidades Autónomas como las correspondientes a las Corporaciones Locales han asumido nuevas competencias cedidas desde la Administración estatal que han originado flujos financieros entre las distintas Administraciones y formas de gestión compartidas que necesariamente han debido ser contempladas y reguladas en el nuevo texto legal.”

Se trata de una muestra más de cómo la experimentación de nuevas formas de gestión pertenece de manera indiscutible al ámbito local³⁸⁹ y de cómo los servicios públicos locales son importantes, en tanto en cuanto se consideran como actividades esenciales para el desenvolvimiento de los ciudadanos, con un considerable peso económico, y de la existencia del peculiar vínculo que guardan los entes locales con el administrado³⁹⁰. Una relación de cercanía que aproxima los problemas ambientales cualificando especialmente a las corporaciones locales para ejecutar y gestionar con eficacia la normativa ambiental. Amén de la aplicación, en su sentido más *sui generis*, del principio de subsidiariedad que propugna la prestación de los servicios por la Administración más cercana a los ciudadanos.

³⁸⁸ Vid. MALARET GARCÍA, E. “Servicio público...” cit. Pág.606, quien establece *que la esfera local ha propiciado históricamente un campo muy fructífero para la innovación en la gestión pública, los primeros servicios públicos aparecen normalmente en este ámbito*. También TORRES PRADAS, L./PINA MARTÍNEZ, V. “Un estudio empírico sobre las actuaciones de los tribunales de cuentas de la Unión Europea en los procesos de privatización” en *Privatización de empresa y descentralización de servicios públicos*. AECA. Madrid. 1998. Pág.111 y ss, quienes aparte de reconocer la privatización de servicios públicos en todos los países de la UE acentúan la expansión de este proceso en el ámbito local.

³⁸⁹ Opinión que también recoge R.RIVERO ORTEGA, *vid. Administraciones públicas y Derecho privado*. Marcial Pons. Madrid. 1998. Págs.13 y 14. Con abundante bibliografía y referencias sobre los orígenes del recurso a las formas privadas de organización en el ámbito municipal.

³⁹⁰ Así de claro lo reconoce GARCÍA DE COCA, J. A. en “El servicio público local de abastecimiento de agua potable...” en *El Derecho Administrativo en el umbral del S.XXI...* Tomo I. Op.cit. Pág. 629 y 630.

Primeramente hemos de tratar, en efecto, la faceta del nivel municipal como encargado de ejercitar mayormente y de realizar, de manera cierta, un cúmulo importante de tareas, y el que se enfrenta, por ello, a mayores problemas que exigen prontas soluciones³⁹¹. La atribución de los servicios enumerados en la LRBRLL corrobora estas consideraciones. Así, multitud de tareas como la recogida de residuos, la limpieza viaria, el alcantarillado... directa e indirectamente conectados al medio ambiente y a otras áreas como la salud pública, son una prueba de ello. En este círculo de actuación la incursión de las privatizaciones es, hoy por hoy, una realidad inevitable, sobre la que de nuevo opinamos, en una apreciación amplia de qué significa una privatización, que las mismas están afectando, principalmente en nuestro entorno, a los modos de gestión que no al traspaso total a manos privadas desde las manos públicas locales y que MARTÍN MATEO refleja con estas palabras "... la introducción de técnicas de gestión privadas, bajo control público, puede constituir un apoyo útil y a veces insustituible, aunque nunca será la panacea"³⁹².

Una segunda consideración requiere valorar la sobrecarga de la Administración local, por todos conocida -no hay mas que acudir a los presupuestos municipales y las penurias por estirar los mismos³⁹³- y la cercanía de este nivel de organización con la realidad. Es precisamente su menor amplitud la que permite una mayor intervención de los particulares en la gestión de tareas públicas, además de que está comprobado que en

³⁹¹ Notable es el papel destacado que asume en la República Federal Alemana el gobierno local en la modernización de la nueva Administración una vez han transcurrido más de una década en la que Alemania se presenta como un único Estado. El ámbito local, con un importante potencial privatizador, posee, como es sabido, un importante y total autonomía política y financiera, aunque ello no significa tampoco que pueda asumir los costes derivados del Estado Social del que era hasta ahora la República Federal Alemana era uno de sus máximos exponentes y modelo europeo. Así, una de las lacras a nivel local es la falta de recursos económicos y financieros, consecuencia del traspaso de cargas desde los niveles estatal y federales de gobierno hacia las entidades locales. Justamente, para paliar esta situación se adopta como vía de escape las privatizaciones de empresas públicas y la desregulación de determinados sectores introduciéndose así criterios de mercado y una mayor flexibilización en el sector público. Además, otro factor a tener en cuenta, que diferencia la tendencia seguida en este país, es el hecho de que en este país la doctrina, de cuño francés, del servicio público es desconocida, por lo que en el seno de su reforma la posibilidad de que los particulares asuman la realización de una serie actividades y la garantía frente a los posibles abusos de éstos en su actuación se crea "ex novo" a través de nuevos instrumentos jurídicos de control, contemplados en la misma Grundgesetz y que da cabida a lo que en aquel país es conoce como *Funktionale Privatisierung*.

³⁹² *Vid. Tratado...* Vol. II. Op. cit. Pág.59.

³⁹³ Situación similar a la que se encuentran las arcas de los municipios alemanes y que justifica que en el ámbito de las tareas de eliminación, como en el caso que se expone de los residuos sólidos, los entes locales aseguren tales servicios a través de la creación de empresas mixtas, en las que participa una empresa privada, para así no dejar esta tarea de *Daseinsvorsorge* totalmente en manos de privados como señalan BYOK y T.OTT en "Aktuelle Rechtsfragen zu der Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft" en *NVwZ*. Num.7. 2005. Pág.766.

pequeños círculos es más fácil experimentar que en el nivel estatal por ejemplo, donde la implicación personal es más bien inexistente. Estrechamente relacionada con los problemas financieros de los entes locales, la falta de dotación técnica en un Derecho ambiental, cuyo componente técnico es un rasgo destacado por ESTEVE PARDO, es asimismo un elemento a tener en cuenta en las necesidad de innovar en el ámbito local y que se pone de manifiesto especialmente en la tarea de saneamiento donde se requiere de una red de canalizaciones con unas medidas de seguridad determinadas, así como tratamientos específicos que como hemos visto varían según las características del vertido³⁹⁴.

Otro factor a tener en cuenta es la posibilidad real de los municipios españoles de gestionar sus propios intereses, reconocida en los artículos 137 y 140 de la Constitución, ya que aunque la autonomía local se reconoce también desde la Unión Europea en la *Carta Europea de Autonomía Local*, los diferentes modelos de estado, sean más o menos centralizados o federados, condicionan su desarrollo: por ejemplo en Francia, con una tradición centralista, la independencia es más política que económica por lo que las prácticas de privatización las encontramos más extendidas y a un nivel más regional que municipal, sobre todo por las dificultades de los Ayuntamientos de cumplir con los requisitos de convergencia apuntados en la legislación comunitaria. No es el caso de España ni tampoco el de la República Federal Alemana, con unas mayores posibilidades de autofinanciación, sobre todo en éste último país, donde las privatizaciones han adquirido dentro del debate público -en razón de la importancia innegable de la participación del Estado en el aparato productivo de Alemania- una importancia creciente. Tanto el Estado federal, los *Länder*³⁹⁵, como los municipios³⁹⁶

³⁹⁴ Vid. “El componente técnico...” en *Derecho del medio ambiente...* Op.cit.Pág. 453.

³⁹⁵ La mayoría de *Länder* poseen participaciones importantes en sectores diversificados: bancos regionales, compañías de seguros de derecho público, empresas de suministro de fuentes de energía, transporte suburbano, aeropuertos, piscinas públicas, hospitales, universidades, o bien estaciones de radio o televisión. Es una lista que hay que ampliar y completar con el sector industrial, así por ejemplo Baviera posee participaciones en el capital de VIAG, la Baja Sajonia en *Volkswagen...* etc. Frente a las posibilidades del Estado federal, los *Länder* tiene mayores facultades para desprenderse de sus posesiones industriales que el Gobierno Federal, aunque estas ventas también entrañan problemas, por ejemplo en encontrar compradores que ofrezcan suficientes garantías para asegurar el servicio de empresas metalúrgicas o mineras, caso de la región de Sarre, o el despido del personal. Son destacables, en este ámbito regional, las privatizaciones de las empresas eléctricas, que aunque en algún *Land*, como Baviera, se considerase como una tarea de competencia del *Land* (art.152 GG), dicha situación se entiende cubierta hoy a través de la tutela jurídica que efectúa la Administración de los *Länder*.

Una de las cuestiones que complican la valoración de las privatizaciones a escala regional es la mala calidad e inexactitud de los datos concernientes al número de participaciones que poseen los *Länder*, y poder determinar su valor en el mercado, ya que no existe para éstos ninguna obligación de informar

disponen de bienes patrimoniales valorables económicamente y que se sitúan frecuentemente en el campo de las actividades susceptibles de poder ser transferidas al sector privado³⁹⁷.

públicamente sobre las empresas públicas y su participación en las mismas, a excepción del caso de Berlín. A ello hay que sumar el hecho de que las llamadas *Landesbetriebe* (empresas jurídicamente autónomas), no se incluyen por lo general en los presupuestos públicos, de forma que los datos ofrecidos contienen tan poca información que es difícil averiguar, a partir de ellos, si las diferentes participaciones y actividades son necesarias o apropiadas. Se constata pues, una falta absoluta de transparencia que contribuye a explicar el hecho de que haya sido difícil plantear un verdadero debate sobre el potencial privatizador de los *Länder* en Alemania.

³⁹⁶ La problemática de las privatizaciones en las políticas locales en la República alemana comenzó a manifestarse a partir del año 1992, en especial debido a que los municipios tienen asumidas, como anunciábamos con anterioridad, amplias atribuciones que suponen un gran potencial privatizador, ya que cada vez más, y reiterando de nuevo la sobrecarga del Estado social, es precisamente en el ámbito local, donde es más evidente y donde además las reclamaciones del ciudadano son también más frecuentes y directas. Así, mediante el traspaso de determinadas funciones municipales, o el traspaso de bienes municipales a terceros, si es una privatización material que está no obstante limitada en este país, las *Kommune* adquieren recursos económicos que les permite cumplir con otras funciones. Numerosos indicios apuntaron, desde un principio, a los Municipios como el ámbito perfecto para el desarrollo de programas privatizadores, ya que se mostraban mejores los operadores privados que los servicios locales prestados por el sector público. Asimismo, las privatizaciones de funciones no especializadas como la limpieza de las calles, las pompas fúnebres, o el servicio de planificación del urbanismo, no plantearon ningún problema y por ello se incrementaron a finales de la década de los noventa como respuesta a la falta de dinero y al creciente descontento de los ciudadanos frente al aumento regular de impuestos. Aun así puede también destacarse una cierta influencia de las autoridades públicas en estos servicios privatizados. Estos procesos, sin embargo, no se presentan de forma tan simple como una panacea en el ordenamiento jurídico alemán. Y ello, porque se plantean contradicciones entre las normas locales que imponen un estricto régimen normativo en el establecimiento de Empresas municipales, sobre todo cuando éstas optan por una forma de organización privada. Así algunas de las normas municipales chocan con las propias normas del derecho societario, que en determinados supuestos son inquebrantables incluso por el derecho público, exigiéndose un total respeto a las mismas y haciendo valer la llamada “integridad del Derecho Civil”, *Vid.* AUFDERHEIDE, D. (Hg). *Desregulierung und Privatisierung: Symposium Oeconomicum*. Münster, Stuttgart, Berlin, Köln.1990; KÄMMERER, J.A. *Privatisierung: Typologie...* Op.cit. Págs.563 y ss.

³⁹⁷ En Alemania, las privatizaciones afectan a los tres niveles de organización, al estado federal, a los estados federales y al plano local, a través de diferentes formas: así mediante la enajenación de participaciones, como fue el caso de *Volkswagen AG* o *Deutsche Lufthansa*, a través de la transformación de la organización en formas privadas, caso de la *Deutsche Post* (*vid.* los comentarios de STÖBER/MOELLE/MÜLLER-DEHN en *Postkommentar*. STERN (Hg) 1997) o de la *Deutsche Bundesbahn* (*vid.* “Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (art.87.e.GG)”. SCHMIDT-ASSMANN/ RÖHL, en *DÖV*. 1994. Pág.577), o la privatización de las obligaciones locales, en particular de las obligaciones de eliminación de residuos y contratos de abastecimientos (*vid.* KIEPE, F. “Regionalisierung des Schienenpersonenverkehrs aus der Sicht der Städte” en *Verkehrswegrecht im wandel*. Blümel (Hgrs). 1994. Pág.85.); también encontramos privatizaciones de empresas filiales, y financiaciones privadas de infraestructuras públicas (*vid.* IPSEN, J (Hg). *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Private Finanzierung kommunaler Investitionen*. Köln. 1994). Las causas que llevan a iniciar estos procesos son diversas; entre ellas destaca el déficit y la necesidad de subvención de las mismas, frente a la mayor rentabilidad de los empresarios privados, que cuestan menos dinero al municipio y a los ciudadanos. En consecuencia, y en segundo lugar, ese dinero que no se invierte puede ser destinado a otros servicios o a la bajada de impuestos o para suplir deudas municipales. Frente a todas estas aparentes ventajas, hemos de señalar que la tendencia privatizadora entre los municipios alemanes no parece contar con el pleno convencimiento de éstos, ya que consideran que las mismas ponen en duda el papel que los municipios juegan, de forma que su existencia se vería reducida al mantenimiento del orden y del estado civil. Se verifica así una verdadera lucha de influencias entre los representantes locales, que reclaman su mayoría e influencia y el Gobierno central que ejerce presión, de forma que en el acuerdo de coalición de 1994, los municipios son invitados

Desde la doctrina española se aborda el especial interés que los entes locales alemanes representan, sobre todo por esa amplia capacidad que los municipios tienen y que se origina por el ahogamiento de este nivel organizativo ante el exceso de tareas que han absorbido en respuesta a ese Estado Social del que venimos hablando³⁹⁸. Así, por ejemplo, el servicio de recogida de basuras o de depuración de las aguas son servicios públicos atribuidos y delegados por los municipios a empresas privadas, produciendo como resultado una mayor eficacia en la prestación de los mismos fórmula que se conoce como “outsourcing”, que es otra forma de llamar en definitiva a la gestión indirecta y que engloban las diversas técnicas de entrega de responsabilidad que normalmente son de adeudo público, es el caso de la ejecución de tareas anexas, el sistema concesional...

Junto con la idoneidad del ámbito local para superar los presupuestos tradicionales del Derecho público, la ejecución de las políticas ambientales se plantea como un tema global, que preocupa a la Sociedad en general, y esta nota junto con la de su transversalidad, y la especificidad de los problemas que plantea hace que como señala ORTEGA ÁLVAREZ la solución de los problemas ambientales sólo pueda ser abordada desde acciones concretas. “Pensar globalmente, actuar localmente”³⁹⁹.

expresamente a efectuar privatizaciones. Se trata pues de no perder de vista la idea de “servicio público” en el nivel municipal, y verificar en cada proceso de privatización que la competencia de éstos no se suprime y si fuera necesario que ésta se institucionalice. De la misma forma, será necesario constatar periódicamente a la existencia de un interés por parte de la colectividad, y que ésta no sería satisfecha de forma más adecuada por el sector privado.

³⁹⁸ Vid. GARCÍA-VICENTE, R. y BENEYTO J. M^a. *Teoría y Práctica de las Privatizaciones*. Gómez Acebo & Pombo. Mc Graw Hill. Madrid.1997. Págs.239 y 242.

³⁹⁹ Vid. “El concepto de medio ambiente” en *Lecciones de Derecho...* Op. cit. Pág. 49.

CUARTA PARTE

**LA OPORTUNIDAD DE INTERVENCIÓN DE AGENTES PRIVADOS
EN EL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES**

CAPÍTULO QUINTO

MODELOS DE GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN EL SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES

Decíamos en las páginas iniciales de este trabajo que el Derecho Administrativo en los tiempos corrientes se presentaba, bajo la concepción de SCHMIDT ASSMANN, como una ciencia de dirección¹. Es justo por ello en la cuarta y última parte de la investigación recobrar ese concepto, pues este modelo de Administración de dirección inspira y engloba los cambios hacia una Administración más cooperativa y de interrelación entre sector público y privado² que afectan especialmente al Derecho ambiental³ y al servicio de saneamiento como paradigma de estas transformaciones.

De este modo la reformulación del Derecho -mediante el análisis de qué instrumentas básicos del Derecho administrativo general siguen cumpliendo su función y cuáles exigen una reforma urgente- se experimenta en cada sector concreto, esto es en la parte especial, en los ámbitos de referencia; en definitiva en nuestra investigación en el Derecho ambiental. La idea de pilotaje del Derecho Administrativo es sinónima de dirección; con ello el derecho aspira a dirigir los procesos sociales, procesos sociales que deben adaptarse y responder a las actuales exigencias ambientales, económicas, y europeas a través de nuevas garantías en el uso del derecho privado por entes públicos y de fórmulas basadas en la colaboración que incentivan y apoyan la autorregulación, la propia responsabilidad de los sujetos y la máxima respuesta del Derecho⁴.

Todo ello podemos resumirlo con plena aplicabilidad en el servicio de saneamiento en dos tendencias: el desarrollo de la Administración institucional como una manera de mantener la gestión directa en los servicios públicos, pero bajo formas

¹Vid. En la Primera Parte, I.2. *Porqué nos remitimos al derecho ambiental especial como impulsor de la renovación del derecho administrativo general: El Derecho ambiental, ámbito de referencia. Supra.*

² Vid. SCHMIDT-ASSMANN “Einige Überlegungen zum Thema...” cit. Págs. 177 a 179.

³ Sobre esta idea F. SHIRVANI, *Das Kooperationsprinzip...* Op. cit. *in totum*.

⁴ Vid. La presentación de J. BARNÉS a la traducción de “La Teoría general...” Op. cit. Págs. XIX y ss.

más flexibles. Y la evolución de la llamada gestión indirecta, de tal forma que junto con las claves ya conocidas surgen nuevos conceptos hacia fórmulas cada vez más cooperativas.

En el surgimiento de estos fenómenos un factor parece clave, la extensión de la actividad prestadora de la Administración fruto de su desarrollo bajo el llamado Estado de Bienestar y de los avances técnicos desde el siglo XIX⁵ -o, como dice SÁNCHEZ MORÓN, “la causa se halla en el deseo de incrementar la eficacia en la gestión, principio orientador del *new public management*, ya sea mediante la huida de régimen jurídico administrativo, ya sea al menos flexibilizando su aplicación y atribuyendo los gestores responsables de los servicios un mayor margen de libertad de actuación⁶”. Con ello a lo que asistimos es a la expansión e intromisión del Derecho privado y de sus formas en el Derecho público y al reconocimiento de la consabida crisis de conceptos como el de servicio público y de las formas de gestión pública⁷.

El Estado deja cada vez más de estar presente de manera directa en la vida social para responder, teóricamente, de manera más eficaz a las exigencias de la globalización y de la tecnificación.

I. EVOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL A LA ADMINISTRACIÓN DE COOPERACIÓN: LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR LAS TÉCNICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I.1. El desarrollo de la Administración instrumental. Flexibilización de las técnicas de las técnicas de gestión directa

I.1.1. Orígenes y significado

Las soluciones adoptadas ante la realidad descrita en las páginas precedentes - sobre la necesidad de una mayor eficacia, flexibilidad y libertad de competencia en relación con los servicios del agua- son variadas, entre ellas y en el ámbito de la gestión directa destaca, por su interés en la investigación, el desarrollo de la denominada de

⁵ Vid. OLDIGES, M., “Daseinsvorsorge durch Privatisierung- Wettbewerb oder staatlicher Gewährleistung” en *Daseinsvorsorge durch ...* Op. cit. Pág.15.

⁶ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo...* Op. cit. Pág. 403.

⁷ Vid. SÁNCHEZ DÍAZ, J.L. “Los servicios locales...” cit. Pág.1042. También DE LA CUÉTARA, *La actividad...* Op. cit. Pág.129.

Administración Instrumental⁸, que cuenta entre sus filas por ejemplo con el desarrollo de las Confederaciones Hidrográficas como expresión de la entrada de particulares interesados en las tareas de gestión con un matiz tan público como son las aguas.

Los primeros atisbos de este fenómeno, como solución adoptada casi a marchas forzadas por la Administración debido al gran hieratismo de esta organización y a su consabida lentitud en la adaptación a la vorágine del mundo actual, se remontan a la aparición de los primeros “entes/establecimientos públicos”, denominación que designaba un complejo conjunto tipológico, y su vinculación a la implantación de la llamada “descentralización funcional⁹”, descentralización por servicios, o *funcionarista*¹⁰. Fruto de estas corrientes descentralizadoras, aunque con diferentes motivaciones, aparecieron -ya desde el S.XIX- en los países de nuestro entorno las primeras ideas concretadas en la expresión de “entes públicos”. En Francia fue particularmente desde el ámbito municipal desde donde se potenció la primera

⁸ Tomando como base la diferenciación que F. LÓPEZ MENUDO realiza entre Administración Instrumental e institucional, de manera que las primeras se consideran una categoría general caracterizadas por su instrumentalidad y en la que se incluyen también a las entidades con forma societaria, mientras que la segunda, la Administración institucional, se define como el conjunto complejo de entidades de Derecho Público que sirven funciones propias de las Administraciones Públicas territoriales, de forma que implican un concepto más reducido de Administraciones, y que es sinónima de la expresión “Organismos Públicos” de la que hace la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE), se prefiere partir del concepto global de las primeras, *vid.* “La tipología de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales” en *Administración institucional*. CGPJ. Madrid. 2004. Págs. 96 y ss; también FERNÁNDEZ MONTALVO, R. “Régimen de contratación de la administración instrumental” en *La administración instrumental. VIII Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. IAAP. 2005. Págs. 117 y 118, y, J.L MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS “La Administración institucional en la legislación autonómica y municipal”, pág. 166, en la obra colectiva dirigida por F-J. Jiménez de Cisneros Cid, *Administración institucional*. CGPJ. Madrid. 2004. Por su parte SÁNCHEZ MORÓN dice que ante la falta de una única denominación, pues además de “Administración instrumental”, cita las expresiones de “Administración especializada” y “Administración institucional”, lo importante es más que el término empleado, lo que quiere significar, *vid. Derecho Administrativo...* Op. cit. Pág. 401.

⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ MONTALVO, R. “Régimen de contratación de la administración ...” cit. Pág.119 y NAVAJAS REBOLLAR, M. *La nueva Administración instrumental*. Colex. Madrid. 2000. Pág. 21.

¹⁰ Nombrado únicamente a modo de recordatorio hemos de señalar que la mencionada modalidad de descentralización funcional, objeto en parte de esta investigación, implica el traspaso de competencias de gestión y decisión a determinados entes públicos con personalidad jurídica diferenciada de la Administración central que los crea y de la que dependen. Además, la descentralización de la Administración (o administrativa) también se refleja en la personificación jurídica de la Administración a partir de las diferentes esferas territoriales en las que se organiza nuestro Estado Autonomo que se conoce como “descentralización territorial”. Otro fenómeno diferente es el de “desconcentración” que supone una traslación de competencias entre órganos jerárquicamente superiores a inferiores, por lo que no se crea ninguna nueva personalidad jurídica, pues la desconcentración se produce dentro de un mismo Ente Público, *vid.* PARADA, R. *Derecho...* Vol. II. 2005. Pág. 45; MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L./ YSA FIGUERAS, T. *Las personificaciones instrumentales locales en Cataluña*. INAP. 2003. Madrid. Págs. 65 y ss; A. SÁNCHEZ BLANCO, Voz “Descentralización” en *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo I. S. Muñoz Machado (dir). Iustel. Madrid. 2005. Págs. 926 y ss.

diferenciación frente a las tradicionales personificaciones del Derecho Administrativo que se plasmaron en el concepto de *établissements publics*¹¹, establecimientos encargados de realizar, con un carácter instrumental, alguna de las funciones propias de los Entes territoriales y caracterizados por tres notas comunes: la encomienda de la gestión de un servicio público, la dotación de personalidad jurídica y la de no tener base territorial¹². Sin embargo la versión actual de *établissement public* poco tiene que ver con sus inicios, ya que como señala RIVERO/ WALINE “a perdu à peu près toute valeur juridique”, pues no implica necesariamente ni una actividad de servicio público, ni una distinción fundamental de las personas territoriales. Así, el carácter de personalidad pública de los establecimientos públicos clásicos, de donde deriva su sometimiento a ciertas reglas de derecho público, es variable en el caso de que nos refiramos a establecimientos públicos de carácter comercial¹³; no existe en definitiva un conjunto homogéneo de reglas aplicables a esta categoría, más que la previsión del art. 34 de la Constitución francesa donde señala que es el legislador el que tiene la competencia para crear categorías de *établissements publics*. A ello podemos sumar la característica de que se rigen por el principio de especialidad, de modo que el fin limita su actividad. Con todo se diferencia hoy en día entre los *établissements publics administratif* con misiones de servicios administrativos e incluso con cierto carácter económico¹⁴ y los *établissements publics industriels o commerciaux*, sometidos al derecho privado, que en ocasiones adoptan la forma de *entreprises publiques*, sometidas al derecho privado, con algunas excepciones que las vinculan al derecho público. Esta tendencia se siguió también en Alemania que acuñó, en este caso, de modo más explícito la denominación

¹¹ Si bien en sus orígenes esta denominación englobaba tanto a personas jurídicas privadas de interés general como públicas, caracterizadas por tres aspectos que eran personas de derecho público, que eran personas morales, y que se tenían por objeto la gestión de un servicio público, *vid.* RIVERO, J/ WALINE, J., *Droit administratif*. Op. cit. Pág. 163.

¹² *Vid.* NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración ...* Op.cit. Págs.30 y ss. Más ampliamente, F. MODERNE en “Los entes administrativos instrumentales en Francia” en *Administración instrumental. Libro Homenaje...* Vol. II. Civitas. Madrid. 1994. Págs. 1747 a 1756.

¹³ RIVERO, J/ WALINE, J. *Droit administratif*. Op. cit. Pág. 167.

¹⁴ Sin embargo la clasificación admite numerosas variantes pues se reconoce la existencia de *établissements publics*, que aunque administrativos, ejercen ciertas actividades vinculadas a la ejecución de un servicio público industrial y comercial en el marco del Derecho privado, y otros, que contrariamente, a pesar de su carácter industrial y comercial se les confía “misiones de carácter administrativo”. A ello hay que sumar desde 1968 los *établissements publics à caractère scientifique et culturel*, y la creación en 2002 de los *établissements publics à caractère culturel*, *vid* RIVERO, J/ WALINE, J. *Droit administratif*. Op. cit. Págs. 168 y 173 y ss.

de “*mittelbare Verwaltung*”¹⁵ (Administración mediata/ institucional). No obstante, se impone en este país, a partir de la contribución doctrinal de OTTO MAYER, la diferenciación entre Corporación (*Körperschaft*), en sentido estricto, e Instituciones (*Anstalt*)¹⁶, que aparece recogida en el art. 89 del Código Civil alemán donde se enumeran como integrantes de la Administración Pública: al Fisco, las Corporaciones, las Fundaciones de Derecho Público y las Instituciones¹⁷. También en nuestro país, ante la dificultad de establecer una definición exacta de qué se entiende por “establecimiento público” y debido a su progresivamente ampliada concepción, que no coincide con exactamente con la francesa¹⁸, este concepto abarcó antes de muy diversa naturaleza encontrándonos incluso en el Código Civil referencias a personas jurídicas públicas y provocando con ello la consiguiente confusión, si bien, en principio, no aparecen más que como una única categoría y ello en alusión a las Corporaciones¹⁹, que son entes caracterizados por defender los intereses comunes del conjunto de personas que para esa finalidad se organizan. Con todo, podemos confirmar que la expresión “establecimientos públicos” está, actualmente, en desuso, sobre todo desde la aprobación y el intento normalizador de la Ley, de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas (en adelante, LEEA), que ampliamos seguidamente²⁰.

¹⁵ Más ampliamente sobre la clasificación actual de la “*mittelbar Staatsverwaltung*”, *vid.* PEINE, F.-J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Müller Verlag. Heidelberg. 2006. Págs. 18 y ss.

¹⁶ *Vid.* *Deutsches Verwaltungsrecht*. Vol. II. Duncker & Humblot. München/Leipzig. 1924. Págs. 322 y ss.

¹⁷ De manera detallada nos remitimos al artículo de G. PÜTTNER “Informe sobre las entidades instrumentales administrativas en Alemania” en *Administración instrumental. Libro Homenaje...* Vol. II. Civitas. Madrid. 1994. Págs. 1735 a 1746.

¹⁸ Así lo pone de manifiesto GARRIDO FALLA en “Origen y evolución...” cit. Pág.35.

¹⁹ *Vid.* Arts. 35, 37, 339, 340, 343, entre otros.

²⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2005 (Ar.2005\5406) distingue varias etapas en la evolución del régimen jurídico de los Entes integrantes de la referida Administración instrumental: “a).Una fase inicial caracterizada por la ausencia de un régimen unitario de las Entidades Autónomas, donde el régimen jurídico aplicable era el que se daba a cada una de las entidades, con las referencias de aplicación directa o supletoria de las normas reguladoras de la Administración del Estado, b.).Con las Leyes de 5 de noviembre de 1940 y de 13 de mayo de 1943 se establece un régimen jurídico unitario en el que el Ministerio de Hacienda asume un acusado protagonismo en la función de control. c).La Ley de Entidades Estatales Autónomas (LEEA) de 26 de diciembre de 1958 trata de frenar el proceso de creación de todo tipo de organismos mediante la exigencia de una norma con rango de Ley para la creación de los organismos autónomos e incluye tres categorías de entes instrumentales: organismos autónomos, servicios administrativos sin personalidad jurídica y empresas nacionales. d).La LGP de 1977 supuso una nueva regulación de los entes instrumentales de base fundacional que fue completada con la aprobación del Texto Refundido de 1988, f).Finalmente la LOFAGE trata de sistematizar la heterogeneidad de entes instrumentales creando la categoría genérica de Organismos Públicos en el que incluye a los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales,

El fenómeno que justifica, usualmente, la aparición de estos entes es, como decíamos, el surgimiento de nuevas funciones, servicios y necesidades que requieren de la creación de órganos personificados a los que se les encomienda la gestión, en principio, con el fin de descongestionar las cargas de los poderes públicos, de determinados servicios que tradicionalmente han sido prestados directamente por la Administración, basada en una criticada gestión centralizada²¹. Sin embargo, el exceso y el abuso de esta Administración especializada e instrumental ha sido objeto de detracciones y de calificación de “huída de las Administraciones públicas al derecho privado²²”, sobre el que se plantea hasta su colisión con la Norma fundamental²³. A combatir precisamente estas situaciones se han dedicado los esfuerzos de la Unión Europea y las necesarias adaptaciones de nuestra Ley de Contratos, así como de la LRBRL y la búsqueda de métodos que garanticen la garantía de los derechos de los ciudadanos y el buen funcionamiento de los servicios, mediante fórmulas como la ya aludida aplicación del *Verwaltungsprivatrecht*.

Una aproximación sobre el significado actual, que no ha cambiado mucho desde sus orígenes, la proporciona la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2005 (RJ 2005/5406) que dice “La Administración institucional comprende una

quedando fuera de la misma los denominados “entes apátridas”, las llamadas Administraciones “independientes”, las sociedades estatales y las fundaciones públicas”.

²¹ Pues una Administración centralizada es aquella que asume toda la responsabilidad de satisfacer las necesidades de interés general atribuyéndose, por ello, todas las potestades y funciones necesarias para este fin. Este modelo de organización de la Administración, de origen francés y extendida tras la Revolución de 1789, se impuso también en España e Italia aunque de un modo más flexible se permitió la existencia de entes locales, pero eso sí dominados por el Estado. Las razones del centralismo se basaban en la necesidad de asegurar la unidad nacional y racionalizar la estructura territorial, así como asegurar la presencia del Estado en todo el territorio con el fin de garantizar en todo el territorio nacional el acceso a los ciudadanos a los servicios públicos en condiciones de igualdad. Responde, pues, este proceso y su implantación a las circunstancias históricas y políticas de finales del siglo XVIII, y por estas razones precisamente, no aparece hoy como un modelo adecuado, pues los excesos de este sistema y la constatada inaptitud del Estado para llegar a todos por igual, inician un movimiento en sentido contrario que culminará con el asentamiento de la descentralización, en la que devienen actores principales los municipios y sus exigencias de un ámbito propio competencias, y también de un necesario apoyo financiero por parte del Estado. Más ampliamente, *vid.* PARADA. *Derecho...* Op. cit. Vol. II. 2005. Págs. 40 a 47; L. MORELL OCAÑA distingue tres etapas en los procesos de centralización: una primera en la que se lleva a cabo una centralización “jurídica”, que perseguiría la concentración de poderes en el soberano. Posteriormente, a principios del siglo XIX, esa soberanía no se otorga al soberano, sino a la Nación. Y, finalmente, se habla de una centralización económica, que se traduce en al exigencia al Estado de asistencia vital a individuo. *Vid. Curso...* Tomo I. Op. cit. Pág.254.

²² *Vid.* MORILLO-VELARDE PÉREZ J.I. “La huida del derecho Administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas y el principio de eficacia. Reflexiones”, y, S. MARTÍN-RETORTILLO “Las empresas públicas: reflexiones del momento presente”, ambos en *Administración instrumental. Libro Homenaje...* Vol. II. Op. cit. Pág.992.

²³ Al respecto *vid.* DEL SAZ, S. “Desarrollo y crisis...” en *Nuevas Perspectivas...* Op. cit. Págs. 174 y ss.

importante variedad de Entes, dotados de personalidad jurídica y cierta independencia²⁴ del Ente matriz que desempeña funciones o servicios encomendados a éste”. Sin embargo y recogiendo el desarrollo descomunal de estas instituciones advierte también el Tribunal Supremo que “la proliferación de dichos Entes y la interrelación con el fenómeno conocido como *huida del Derecho administrativo* ha contribuido, entre otros factores, a que permanezcan sin despejar importantes dudas en torno a dicha Administración, hasta el punto que ni siquiera hay seguridad sobre su ámbito, sobre lo que, en realidad, constituye la Administración instrumental”. Sobre este tema hemos de ampliar nuestros iniciales comentarios, pues en estos casos no existe realmente un traslado efectivo de responsabilidad a privados, sino únicamente aparente. Veamos como se ha sucedido e instalado entre nosotros, bajo el amparo legal, esta tipología de *organización*.

En definitiva, la importancia de la Administración institucional no es otra que con ella se han conseguido en la gestión directa de la Administración, tanto estatal, autonómica, como local, formas más flexibles de actuar regidas en algunos casos y en ocasiones en parte por el Derecho privado, pero que en cuanto han sufrido un crecimiento y abuso desmesurado están chocando con el propio Derecho europeo, pues suponen una evasión principalmente de las normas sobre contratación y de las garantías a los ciudadanos de que la Administración está, con esta administración institucional, optando por la forma de gestión más eficaz -dentro la autonomía de los entes locales y del derecho de la libertad de forma de las Administraciones públicas- a través de procedimientos transparentes y no discriminatorios²⁵.

²⁴ En la práctica y de la experiencia podemos señalar que esta independencia es más nominal que real. No obstante, señala J.ORTIZ MALLOL dos notas que caracterizan precisamente las entidades instrumentales a las que nos referimos. Una es la personalidad jurídica propia, si bien matiza diciendo que se trata de una “personalidad rebajada” o “semipersonalidad”, ya que la misma es válida en las relaciones frente a terceros, pero no invocable frente al ente matriz, del que depende; y la otra es su carácter instrumental derivado del propio nombre que las define. De nuevo ajusta ORTIZ MALLOL su tesis y acentúa la circunstancia de que la instrumentalidad implica que la finalidad perseguida por el ente instrumental no es un fin propio, sino que es una finalidad de la Administración matriz, la cual, por ende mantiene su responsabilidad en cuanto la organización y el rendimiento del servicio público necesario. Más ampliamente puede consultarse el estudio exhaustivo, y con interesantes perspectivas, en “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de las Administración pública: algunas notas” en *RAP*. Núm. 163. 2004. Págs. 245 a 278.

²⁵ Es reseñable en el tratamiento de estas figuras polémicas transcribir la advertencia que el Tribunal Constitucional reiteró en la ya conocida Sentencia de 24 de febrero de 1994 al señalar que “la instrumentalidad de los entes que se personifican o funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de relaciones que conectan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho

I.1.1.La Administración institucional estatal modelo de referencia en la legislación local. Dos ejemplos en el ámbito del saneamiento

Si bien el primer intento de *pseudoprivatización* se reconoció en el mencionado Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 donde se regulaba la municipalización de servicios que serían administrados en forma de empresa privada como fórmula alternativa de la gestión directa por el ayuntamiento, de manera general se expandió a partir de la creación posterior en el ámbito estatal del Instituto Nacional de Industria²⁶, al que se autorizaba la utilización de métodos propios de las Sociedades Anónimas en la consecución de sus fines estatales.

Desde el punto de vista normativo uno de los primeros ejemplos modernos de utilización del Derecho privado por parte de las Administraciones Públicas fue la citada LEEA que fracasó en el intento de “sistematizar el mar formado por las cada vez más numerosas entidades descentralizadas, gestoras tanto de servicios como de actividades económicas”²⁷. Posteriormente, la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977²⁸ y

Privado como un medio práctico de ampliar su acción social y económica. Ahora bien, esa acción por parte de la Administración no puede desbordar en ningún caso los límites trazados por el orden constitucional de competencias. Admitir lo contrario sería aceptar que basta con convertir Direcciones Generales y otros centros directivos de los Departamentos que forman la Administración del Estado en sociedades anónimas y otros entes sometidos a Derecho Privado, para ignorar y burlar la distribución territorial de competencias establecida por el bloque de la constitucionalidad”. Este apunte del Tribunal Constitucional casa así perfectamente con la reflexión de S. ORTIZ VAAMONDE, quien se pregunta si no es incongruente que del uso, y abuso, de entes instrumentales por los poderes públicos se esté intentado una huida del Derecho Administrativo, cuando en sus orígenes la institución de la personalidad jurídica de la Administración lo que pretendía precisamente era que a través de ella se sometiera al estado al derecho surgiendo de sus relaciones con los administrados verdaderas relaciones jurídicas. *Vid. El levantamiento de velo...* Op. cit. Pág.55.

²⁶ Creado por la Ley de 25 de septiembre de 1941. Aunque en sus orígenes se calificó como Entidad de derecho público con el objetivo de actuar de manera subsidiaria en aquellos sectores en los que la iniciativa privada era inexistente, posteriormente las exigencias propias del sistema político y el hito de la Constitución española de 1978 hicieron que su régimen jurídico se viera modificado. El INI fue derogado por la Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de determinadas Entidades de Derecho Público, creándose la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Sobre este Instituto, *vid.* SCHWARTZ, P y GONZÁLEZ M.J. *Una historia del Instituto Nacional de Industria (1941-1976)*. Tecnos. Madrid. 1978. *in totum*.

²⁷ Así se expresa LÓPEZ MENUDO en “La tipología...” cit. Pág. 100. En concreto este fracaso se debió a la posibilidad que el art.5 de la LEEA abría a que se creasen Organismos Autónomos “especiales” o “apátridas”, en el sentido que se regían por unas normas especiales, administrativas y también privadas, al margen de la LEEA, casos durante largo tiempo de RENFE, el Banco de España, el INI...

²⁸ Sobre esta Ley, especialmente, *vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Organismos autónomos y la Ley General Presupuestaria”, en *Hacienda Pública Española*. Núm. 54. 1978, *in totum*.

el Texto Refundido aprobado en 1988²⁹ (en adelante TRLGP) intentaron paliar la situación creada bajo el amparo de la Ley anterior mediante una nueva clasificación de las entidades que recogía cuatro categorías: los Organismos Autónomos, entre los que se diferencia aquellos de carácter administrativo y los de carácter comercial e industrial, y las Sociedades estatales, donde nuevamente, y de manera polémica, se establece una doble distinción entre Sociedades mercantiles con capital público mayoritario (art.6.1.a) y Entidades de derecho público con personalidad jurídica, que se someten al derecho privado (art.1.b). Finalmente se incluía en el artículo 6.5) un conjunto de entidades, “al resto”, a las que les era aplicable diversidad de regímenes singulares y que se conocen como “entidades apátridas³⁰”, modalidad que algunas voces consideraron una vía de escape en la aplicación y sometimiento al Derecho administrativo³¹, pues se refería a entes públicos que, actuando en el campo de los servicios públicos y en régimen de monopolio, se sometían sólo a su normativa específica y a la LGP. Esta situación, todavía confusa, intentó de nuevo ser abordada por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE). La LOFAGE regula pues, definitivamente, la categoría general de Organismos Públicos, compuesta por los organismos autónomos y por las entidades públicas empresariales. Además, en su Disposición Adicional 12^a³² se refiere a la figura de las Sociedades mercantiles estatales, y a un sinfín de entidades con régimen especiales que tratan así de combatir la “huida” que permitía, anteriormente, el

²⁹ Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (BOE, de 29 de septiembre de 1988). Acerca de las modificaciones de este RDLeg, *vid.* <http://www.igsap.map.es/cia/dispo/rdlg1091-88.htm>. Téngase en cuenta la aprobación el 26 de noviembre de 2003 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria (BOE, de 27 de noviembre de 2003), por la que se deroga el Texto Refundido de 1988, que pretende ordenar, de un modo más claro y sistemático, el ámbito económico-financiero del sector público estatal. En este sentido, clasifica los entes que integran el sector público según su naturaleza económico-financiera en tres subsectores: sector público administrativo, empresarial y fundacional. *Vid.* <http://www.iurislex.net/article.php?sid=1103>.

³⁰ Esta expresión acuñada por J.A. GARCÍA TREVIJANO FOS engloba a determinados Organismos autónomos entonces, 1977, al margen del régimen general de la LEEA, y que por tanto escapaban de la regulación general. Primer ejemplo de estos entes públicos, anterior incluso a la LEEA, es el de la RENFE, que se definía en el art. 1 de su Ley de creación, de 1941, como una *entidad con personalidad de Derecho Público actuando en régimen de empresa mercantil*, con la peculiaridad, en este caso, de que la forma de personificación continuaba siendo pública. Originariamente se entendía como uno de los supuestos regulados en el art.6.1.b) LGP de 1977. En España, con una fuerte polémica, se aprobó inicialmente la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, de Sector Ferroviario, cuya entrada en vigor se retrasó tras la aprobación del Real-Decreto Ley 1/2004, de 7 de mayo, hasta el 31 de diciembre de 2004.

³¹ En similares términos se expresa S. DEL SAZ en “La huida del Derecho Administrativo...” cit. Pág.66.

³² Modificada por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, General Presupuestaria.

art.6.5)TRLGP³³ y que ahora se someten “cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”. Además, las Sociedades mercantiles estatales, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos “se registrarán por el título VIII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones publicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”. Esta sujeción a la normativa de manera similar a los organismos públicos es una medida que permite usar este tipo de formas jurídicas privadas, pero garantizándose a los ciudadanos ese mínimo propio de toda Administración pública. Es, pues, una forma de modernización en la que se abre el camino a la flexibilización en la prestación de servicios públicos. Aun así, una característica con importantes repercusiones en cuanto a su actividad es que estas sociedades no pueden ejercer funciones de “autoridad pública”³⁴.

³³ Como señalan MARTÍNEZ-ALONSO y YSA FIGUERAS del proceso de adaptación de la situación anterior a las previsiones de la LOFAGE (años 1998 a 2001) surgen dos tendencias: por una parte se adaptan a la nueva denominación de Entidad Pública Empresarial algunas de las antiguas Entidades de derecho público sometidas a derecho privado y también algunos Organismos autónomos de carácter diferente al administrativo; por otra, parte de las antiguas entidades de Derecho Publico sometidas a Derecho privado se transforman en entidades mercantiles, *vid. Las personificaciones...* Op. cit. Pág.40; también J.L. COSCULLUELA MONTANER en *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas. Madrid. 2005. Pág.298.

³⁴ Otras categorías reconocidas en la Disposición Adicional 10ª, de manera más amplia que el derogado art.6.5) LGP (Pues como señala MAGIDE en contra de la opinión de S. MARTÍN-RETORTILLO y de P. MENÉNDEZ, ni todas las entidades del art.6.5 LGP podían calificarse como Administraciones independientes, ni todas las Administraciones independiente podrían englobarse bajo aquel precepto, *vid. MAGIDE HERRERO, M. Limites constitucionales a las Administraciones independientes*. INAP. Madrid. 2000. Págs. 35 y 36.) son los entes apátridas ya existentes que seguirán rigiéndose por sus legislaciones específicas, y las Administraciones independientes, para las que la entrada en vigor de la LOFAGE significó su recepción definitiva, reguladas por su normativa específica, única y exclusivamente, en los aspectos precisos para hacer plenamente eficaz dicha independencia, pero que deberán someterse en los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen de personal, bienes, contratación, y presupuestación a lo dispuesto en relación con los mismos, para los Organismos públicos en la LOFAGE. Entre la abundante bibliografía, *vid. RALLO LOMBARTE, A, La constitucionalidad de las Administraciones independientes*. Tecnos. Madrid. 2000; PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Las Administraciones independientes*. Civitas. Madrid. 1994; MAGIDE HERRERO, M. *Limites constitucionales...* Op. cit. *in totum*.

II.1.1.1. Las Confederaciones Hidrográficas como organismos autónomos.

Deficiencias

En el ámbito del Estado, adscritos al Ministerio de Medio Ambiente, el ordenamiento hídrico ofrece un ejemplo peculiar de organismo autónomo, las Confederaciones Hidrográficas (arts. 21 y ss TRLAg)³⁵; organismos que GARRIDO FALLA entiende como una descentralización de servicios públicos caracterizada por la presencia necesaria de los interesados y por su carácter instrumental, y que a partir de la Ley de Aguas de 1985 pasó a ser un híbrido entre un servicio público descentralizado y una función descentralizada, ya que las Confederaciones pasan no sólo a prestar servicios a los particulares, sino que también ejercen potestades públicas como es el otorgamiento de concesiones y autorizaciones³⁶.

Las Confederaciones Hidrográficas³⁷ son un ejemplo más bien relativo a la gestión de los recursos hídricos en general que referido especialmente a la gestión de las aguas residuales, pero que no obstante se vinculan con esta tarea en cuanto realizan funciones conexas al mismo, pues cuentan entre sus atribuciones con la de realizar “el

³⁵ Vid. Sobre el origen histórico de las mismas el artículo “Las Confederaciones Hidrográficas cumplen 75 años-Bodas de platino”, COLMENAR, E., publicado en la revista *Ambienta* en septiembre de 2001. También puede consultarse en www.hispagua.cedex; C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ. “Las Confederaciones Hidrográficas” en *Revista de Derecho Público*. 1936. Págs. 214 a 227 y S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER “Trayectoria y significación de las Confederaciones Hidrográficas” en *RAP*, Núm.25. 1958. Págs. 85 a 126. Sobre la revisión que la Ley de Aguas de 1985, en relación con la de 1877, supuso sobre los aspectos institucionales en el Derecho de Aguas y en particular sobre la nueva configuración y funciones de los denominados “Organismo de Cuenca”, vid. LÓPEZ MENUDO, F. “Los órganos de cuenca...” cit. Págs. 45 y ss.

³⁶ Vid. “Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas” en *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Vol. I. Civitas. Madrid. 1994. Págs. 31 y 32. El mismo autor señala que las funciones descentralizadas dan lugar al fenómeno de la descentralización funcional y los servicios descentralizados a la descentralización por servicios. En ambos casos estamos ante instituciones creadas por las Administraciones Públicas, con personalidad jurídica independiente y por tanto con cierto grado de autonomía. No obstante se diferencian en que en unos casos se descentraliza una función, es decir estamos ante una actividad abstracta que supone el ejercicio de potestades públicas, y otras un servicio, que se identifica más con el ejercicio concreto de actividades materiales, de producción... remitiendo a la clásica distinción de ZANOBINI, vid. Op. cit. *supra*. Págs. 29 y ss.

³⁷ La denominación genérica es la de Organismo de Cuenca. Y en el caso de que se trate de cuencas intercomunitarias, esto es que excedan del territorio de más de una Comunidad Autónoma, su denominación es la de Confederación Hidrográfica, según el art.22.1 TRLAg. En las Comunidades Autónomas que tienen cuencas intracomunitarias, donde las cuencas hidrográficas discurren íntegramente dentro de su territorio y han asumido en sus EA las competencias en materia de aguas, los Organismos de Cuenca reciben diversas denominaciones como manifestación de su propia potestad de autoorganización, así en Cataluña y Baleares se habla de “Junta de Aguas”, en Canarias “Consejos Insulares de Aguas” o “Aguas de Galicia” en Galicia, vid. FANLO LORAS, A., *Las Confederaciones hidrográficas y otras administraciones hidráulicas*. Civitas. Monografías. Madrid. 1996. Pág. 3.

proyecto, la construcción y explotación de las obras realizadas con cargo a los fondos propios del organismo, y las que les sean encomendadas por el Estado” (art.23.1.d TRLAg). Competencia que les faculta para realizar las infraestructuras necesarias del servicio de saneamiento por ellas mismas³⁸; lo particular –como dice EMBID IRUJO- es que aparezcan como poderes adjudicadores que contratan dichas actuaciones con terceros³⁹. Sin embargo, no nos causa tal extrañeza, si tenemos en cuenta que la tradición histórica y el asentamiento de estos organismos no impide que en la realidad actual de mundos globalizados, de cambio, y de ósmosis entre derecho público y privado, surjan cuestiones no sobre la funcionalidad y misión de las mismas, sino sobre la idoneidad de su naturaleza jurídica y las consecuencias que ello implica, pues es tradicional en su actividad la realización de actividades públicas y privadas. Aunque cada vez más limitada por su carácter administrativo.

A tenor de lo que dispone el artículo 22.1) TRLAg la naturaleza jurídica de estos organismos es indiscutible, pues allí se refiere a ellos como Organismo autónomos, por tanto con personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado, adscritos al Ministerio de Medio Ambiente (art.20.1 LOFAGE), dejando así atrás su calificación de “comerciales”, que les suponía un régimen más flexible que el actual⁴⁰ y adaptándose de este modo a las exigencias de la LOFAGE (art. 20.2 Ley 46/1999). No obstante la inclusión específica de tal naturaleza, lo cual condiciona o *petrifica* su posible evolución, fue criticada por LÓPEZ MENUDO, pues consideró que la sede de la Ley de aguas –hoy el Texto Refundido- no era el lugar idóneo para ello, dado que las necesidades en relación con la gestión las aguas son variables y por ello también más

³⁸ Los modos de financiación se prevén en el art.23.2 TRLAg: “Para el cumplimiento de las funciones encomendadas en los párrafos d) y e) del apartado anterior, los organismos de cuenca podrán:

a) Adquirir por suscripción o compra, enajenar y, en general, realizar cualesquiera actos de administración respecto de títulos representativos de capital de sociedades estatales que se constituyan para la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica, o de empresas mercantiles que tengan por objeto social la gestión de contratos de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, previa autorización del Ministerio de Hacienda.

b) Suscribir convenios de colaboración o participar en agrupaciones de empresas y uniones temporales de empresas que tengan como objeto cualquiera de los fines anteriormente indicados.

³⁹ Vid. “Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas” en *RAP*. Núm.143. 1997. Págs. 62 y ss.

⁴⁰ Advierte S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER acerca de la dificultad que supuso la reconducción de las Confederaciones Hidrográficas, junto con otros organismos como el ICONA o la Junta de Puertos, a tal categoría, posibilidad que se vio reforzada, durante la vigencia de la anterior LGP y tras la aprobación del Decreto 1097/1977, de 1 de abril. Destapándose así el afán de evitar el sometimiento de estos entes al régimen general de Derecho Público. Más ampliamente en *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*. Civitas. Madrid.1996. Págs. 131 y ss.

que previsible que los órganos que se ocupan de ello deben ir acomodándose de la manera menos conflictiva y célere a tales exigencias⁴¹.

De esta clasificación se deduce, en primera instancia, su carácter instrumental y la autonomía funcional de la que gozan. En ellas es palpable la presencia de intereses distintos, principalmente la protección de los recursos hídricos sobre todo en el ámbito propio de cada Confederación⁴², de ahí la importancia y la inclusión de la participación tanto de otros niveles territoriales, esto es de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales, y de los ciudadanos que intervienen en temas relativos a la gestión de las aguas, si bien la forma de participación y decisión es un tema a discutir, ya que debe articularse una forma de hacer oír sus voces y responder a sus expectativas, pero con las limitaciones propias que imponen los criterios de eficacia. La participación privada en la organización de las Confederaciones Hidrográficas se completa además con la inclusión de expertos y técnicos que poseen los conocimientos necesarios para resolver cuestiones las cuales el personal común de la Administración es incapaz de ofrecer soluciones adecuadas al progreso científico y técnico que caracteriza nuestra Sociedad. En todo caso, las Confederaciones Hidrográficas pueden desempeñar sus funciones directamente o bien a través de Empresas colaboradoras en lo que se refiere a la realización de tareas de control de vertidos de aguas residuales, como regulaba la, hoy derogada, Orden de 16 de julio de 1987.

Desde el punto de vista funcional se someten al Derecho público. En cuanto a su régimen financiero, la LOFAGE estableció que “El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero de los Organismos autónomos será el establecido por la Ley General Presupuestaria” y básicamente nos interesa en este aspecto que en caso de celebración de contratos “se rigen por las normas generales de la contratación de las Administraciones pública”, esto es con el ente matriz se excluyen de la Ley de contratos, pero no en el caso de que contraten con terceros.

No obstante, una previsión, la del art.23.2.a) TRLAg, debe ser analizada más detalladamente. En el mencionado artículo se prevé la posibilidad para los Organismos de Cuenca, previa autorización del Ministerio de Hacienda, de “adquirir por suscripción o compra, enajenar y, en general, realizar cualesquiera actos de administración respecto

⁴¹ *Vid.* “Los organismos de cuenca...” cit. Pág.53.

⁴² El ámbito territorial de los Organismos de Cuenca se define en el Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo. BOE, de 22 de mayo de 1987.

de títulos representativos de capital de sociedades estatales que se constituyan para la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica, o de empresas mercantiles que tengan por objeto social la gestión de contratos de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas”. Surge de nuevo la cuestión de la aplicabilidad del Derecho de contratos. Si se trata de una relación en la que existe por parte del Organismo de cuenca un efectivo control de la filial en la que participa, estaríamos ante la cláusula *in house*, y por ello se excluiría la aplicación de las Directivas de contratos, que no del Tratado. Pero si se trata de una empresa que no puede incluirse en el concepto de “poder adjudicador”, entonces para poder contratar con el Organismo de Cuenca, que sería el órgano matriz, debería concurrir en los contratos bajo las Directivas comunitarias⁴³.

Debido a las limitaciones de la naturaleza de los Organismo de Cuenca estos ven sus facultades reducidas al ámbito administrativo, como se demuestra del siguiente desarrollo de la Sociedades Estatales de Agua.

II.1.1.2.La creación de las Sociedades estatales de agua

La excesiva rigidez que se ha criticado, y la transformación de las Confederaciones Hidrográficas en meros centros burocráticos con apenas independencia han sido circunstancias que han derivado si bien a su estancamiento y falta de modernización, a la aparición de otras formas más adecuadas en relación con la prestación de servicios públicos del agua, y por tanto del saneamiento, básicamente en la construcción de las infraestructuras necesarias para su prestación. En consecuencia, como advierte EMBID IRUJO⁴⁴, la concepción actual de las Confederaciones Hidrográficas tienen poco que ver con las concepciones originales debido, en gran parte, a la creación de las Sociedades Estatales (entre ellas, ACESA, Aguas del Duero, Aguas del Segura, etc) para la construcción y/o explotación de obras hidráulicas -a partir de la Ley 13/1996, hoy reguladas en el art.132 TRLAg- que vienen a cumplir con algunas de las funciones que se concibieron como propias de las Confederaciones. Esta circunstancia ha supuesto el replanteamiento de aspectos obsoletos en las mismas con

⁴³ Vid. ORTIZ VAAMONDE, S. *El levantamiento del velo...* Op.cit. Págs. 378 y 379. Y las reflexiones a las que se alude y que propone A. Embid Irujo sobre la autorización para participar en el capital de empresas concesionarias.

⁴⁴ Vid. *El derecho de aguas en Iberoamérica...* Op. cit. Págs.43 y ss.

especial repercusión en cuanto al régimen económico-financiero tradicional que las caracteriza⁴⁵.

Tal como establece D.BLANQUER debe distinguirse entre la creación de la sociedad estatal del agua, la encomienda de la gestión, y las relaciones con los terceros⁴⁶.

Las Sociedades estatales mercantiles se crean por el Consejo de Ministros con la misión de la construcción, conservación y explotación de las obras e infraestructuras vinculadas a la regulación de los recursos hidráulicos, su conducción, potabilización y desalinización, y al saneamiento y depuración de las aguas residuales. Asimismo, dichas Sociedades pueden tener por objeto la adquisición de obras hidráulicas, públicas o privadas, previo cumplimiento de los trámites y requisitos establecidos por la normativa vigente, y en especial el de desafectación del demanio público cuando corresponda, para su integración a sistemas hidráulicos con el fin de conseguir un mejor aprovechamiento de los recursos hídricos y una gestión más eficaz de los mismos⁴⁷.

En todo caso y como Sociedad pública las relaciones con la Administración General del Estado se articulan no mediante contratos, sino mediante convenios⁴⁸, previo informe favorable del Ministerio de Economía, que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros. Ello supone que entre la Administración y la sociedad estatal del agua rige en materia de contratos la excepción –y por tanto la no aplicabilidad del TRLCAP, en los términos allí expresados- del art.3.1.d) TRLCAP, pues actúan mediante encomienda de gestión, con la especial particularidad que se permite de

⁴⁵ La transformación de las Confederaciones hidrográficas en otro tipo de entes públicos, pero con un régimen más flexible de actuación como el que ofrece la opción de las Sociedades Estatales de Agua, fue ya propuesto tempranamente recién aprobada la Ley de Aguas de 1985, por F. LÓPEZ MENUDO en “Los organismos de cuenca...” cit. Págs. 45 y ss.

⁴⁶ Vid. *La iniciativa privada...* Op. cit. Pág. 335; En esta línea J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ diferencia entre relaciones de la Administración General del Estado y las sociedades estatales mercantiles, para la gestión directa de las obras públicas, que se rigen por los convenios correspondientes, y las reglas que rigen en los contratos que las sociedades estatales concluyen con terceros para la construcción de las obras hidráulicas que se rigen en cuanto al ámbito subjetivo y material por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, vid. “Ejecución de obras y servicios por Administración, mediante sociedades mercantiles” en *La Administración instrumental. VIII Jornadas...* Op.cit. Págs. 149 y ss.

⁴⁷ Art.132 TRLAg. Esta última facultad fue ampliada por el art. 91 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31/12/2001).

⁴⁸ De acuerdo con la introducción del nuevo apartado 4º del art.132 del TRLAg, por la Ley 11/2005, en el marco del convenio citado entre la Administración General del Estado y las Sociedades estatales de agua, éstas tendrán la condición de beneficiarias por causa de utilidad pública en los procedimientos de expropiación forzosa que se desarrollan con ocasión de la construcción, adquisición o explotación de las obras hidráulicas que se lleven a cabo bajo el Convenio.

acuerdo con el TRLAg que una persona privada, como es la Sociedad estatal de agua, sea la encomendada⁴⁹.

En el Convenio citado que regirá las relaciones entre la Administración y la Sociedad estatal deben estar previstos los siguientes extremos:

a).El régimen de construcción o explotación de las obras públicas hidráulicas de que se trate.

b).Las potestades que tiene la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a la misma.

c).Las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración General del Estado a la sociedad estatal, a cuyo efecto aquella podrá adquirir los compromisos plurianuales de gasto que resulten pertinentes, sin sujeción a las limitaciones establecidas por el artículo 61 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre⁵⁰. Lo dispuesto en esta letra se entiende, en todo caso, sin perjuicio de las aportaciones que la sociedad estatal pueda recibir de otros sujetos públicos o privados, en virtud, en su caso, de la conclusión de los correspondientes convenios, y,

d).Las garantías que hayan de establecerse a favor de las entidades que financien la construcción o explotación de las obras públicas hidráulicas.

Sin embargo, y retomando el régimen jurídico aplicable estas Sociedades, sus relaciones con terceros se caracterizan por tener un régimen jurídico aplicable bicefálico, esto es con aplicación de normas privadas pero también públicas, de forma que con la pionera regulación de 1996 se introdujo en nuestro Derecho de contratos-y posteriormente así se ha consagrado- el sometimiento de los actos contractuales de estas sociedades privadas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa⁵¹. Como estamos comentando las Sociedades no son personas jurídico públicas, por lo tanto los

⁴⁹ Vid. MALARET GARCÍA, E. "Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas" en *El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. Embid Irujo (dir).Civitas. Madrid. 1988. Pág. 125.

⁵⁰ Artículo que ha sido derogado por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

⁵¹ Vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Derecho administrativo en la contratación...* Op.cit. Pág.123.

contratos que concluyan con terceros para la construcción de obras públicas serán contratos de carácter privado, en cuanto a sus efectos y extinción. Aun así, como el propio art.132.3 TRLAg señala es necesario –de manera más estricta a la que establece la Disp. Adicional 6ª- primero cumplir con las prescripciones sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación del texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluyéndose, en segundo lugar, las cláusulas que resulten pertinentes para la adecuada defensa por dichas sociedades estatales y por la Administración General del Estado de los intereses públicos afectados⁵². El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá, en su caso, de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación de los contratos, ampliándose positivamente en cuanto al control de estas Sociedades el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo a la previsión del art.9.4 LOPJ y arts.1 y 2 LJCA.

Se diferencian, de este modo, en la actuación más flexible que se les permite en comparación con las Confederaciones Hidrográficas a las que les resta -como parte de la Administración pública- funciones de carácter “administrativo”, esto es, aquellas referentes a funciones de disposición o policía de aguas, autorizaciones y concesiones del agua, servidumbres, ordenación de los usuarios y protección de la calidad de los recursos y por las actividades de gestión de los aprovechamientos, así como de promoción, construcción y explotación de las obras hidráulicas que posibilitan esos aprovechamientos pasan a ser cada vez más el objeto de las Sociedades de estatales de agua.

Se constata así una tendencia “privatizadora” en la realización de obras hidráulicas, reconocida desde el propio Gobierno⁵³, dado que precisamente el gran obstáculo con el que se topa el Derecho de aguas español, es la necesidad de llevar a cabo importantes obras de esta categoría que requieren de considerables inversiones económicas que sólo parcialmente, en la actualidad, pueden ser sustentadas por los poderes públicos y que requieren por tanto de la intervención de capital procedente de

⁵² Ello implica que se estipulen mecanismos de protección de correcto cumplimiento del contrato, es decir del interés público, adicionales a las garantías que con carácter general preceptúa la legislación civil o mercantil, *vid.* EZQUERRA HUERVA, A, “Obras hidráulicas” en *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo II. Muñoz Machado, S (dir). Iustel. Madrid. 2005. Pág. 1718.

⁵³ *Vid.* En la sección de “Información ambiental” ofrecida en la página web del Ministerio de Medio Ambiente (www.mma.es) el documento “Actuaciones Públicas en Materia de Medio Ambiente. Aguas continentales y subterráneas” de 2004, el epígrafe 2.B.a).

manos privadas, lo que provoca la asunción por las Sociedades estatales de funciones que tradicionalmente eran atribuidas a las Confederaciones Hidrográficas, las cuales quedan reducidas a tareas de gestión y de planificación. Una prueba clara de su desarrollo y expansión es la creación de trece Sociedades Estatales del Agua, al amparo del art. 158.5 de la citada Ley 13/1996⁵⁴.

I.1.1. Las dificultades de los Entes locales en el cumplimiento de sus tareas

A las circunstancias anteriores hay que unir que la intervención económica de la Administración se ha visto impulsada por la descentralización territorial y por la creación, respectivamente, de las Comunidades Autónomas, por debajo de las cuales se sitúa un nivel inferior que es el representado por los Municipios⁵⁵, y, en nuestro caso, hemos de destacar que las privatizaciones municipales relativas a los servicios públicos, como el transporte, así como las promovidas por los Gobiernos Autonómicos han seguido una evolución paralela a la estatal, no sólo por su relevancia sino también por el creciente número de las mismas.

Un problema que se ha planteado en el proceso de descentralización territorial y en la declaración de autonomía de los Entes Locales que establece nuestra Constitución es que esta autonomía era más bien política y formal, que económica o material⁵⁶. Ello coarta las aspiraciones regionales porque sin una financiación y unos recursos suficientes y adecuados es más bien imposible que esa autonomía, que viene garantizada por la Constitución, sea alcanzada. Por ello, las reclamaciones tanto autonómicas como locales se dirigen a que se hiciera efectiva la misma por parte de

⁵⁴ A. PÉREZ ZABALETA señala que uno de los trasfondos que pueden destacarse en la creación de tales Sociedades Estatales del Agua es la muestra de compromiso y de interés de los potenciales consumidores en el desarrollo de las infraestructuras necesarias para una correcta gestión del agua, *vid.* “Las Sociedades de agua en España...” cit. Disponible en: www.us.es/cibericos/archivos_acrobat/porto3perezabalet.pdf.

⁵⁵ El desarrollo de estas actividades se constata también en la República Federal Alemana donde los municipios y ciudades siguen la tendencia de privatizar funciones de la Administración en las áreas de la eliminación de residuos, gestión de aguas y el transporte público de cercanías, caso de la ciudad de Rostock en la que los poderes públicos en 1990, debido a los problemas financieros de la ciudad y de la necesidad de invertir el dinero público en otras tareas, decidieron privatizar la tarea de saneamiento de las aguas residuales a través del *Betreibermodell...* *vid.* SPELTHAHN/STEGER. *Privatisierung...* Op. cit. Pág.237.

⁵⁶ Así F.PORTO en el *Informe sobre la situación actual de los Ayuntamientos: carencias económicas y problemas de gestión*, de 2005, denuncia que “Los Ayuntamientos españoles experimentan un desajuste creciente entre las funciones reales que están asumiendo y la definición legal de sus competencias, por un sistema de financiación insuficiente y por una legislación que limita su poder de autoorganización”. Disponible en: www.cartalocal.es

Estado. Así, anteriormente hemos tratado la posibilidad de iniciativa económica de los poderes públicos en la actividad privada, según el art. 128.2 C.E y las diferentes clases de actividades que la Administración puede llevar a cabo. El ámbito local, como parte de esa Administración pública, ha demostrado un amplio potencial privatizador que nos remite, obviamente, en este epígrafe dedicado a analizar los límites legales a estos procesos a la legislación básica del régimen local.

Como hemos adelantado, de manera análoga al art.128.2 CE y a la reserva allí contenida, existen una serie de servicios, entre los que se encuentra el abastecimiento y depuración de aguas, calificados por el art.86.3 de la LRBRL como “esenciales” que forman a la par parte de la llamada autonomía local del municipio, sobre los que dispone, en principio, libremente. Ante esta atribución y el juego del artículo anterior, la cuestión es determinar si tal municipalización y su reserva al Ente Local exige, necesariamente de una determinada forma de gestión, directa quizás, de estos servicios públicos.

Entendemos tras lo expuesto que la respuesta debe ser negativa como confirma el art.95 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, que dice así “los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud del artículo 86 de la Ley 7/1985, podrán ser gestionados directa o indirectamente” eso sí con una serie de límites que a continuación veremos⁵⁷. Surge aquí de nuevo, la llamada libertad de forma contemplada en el art.30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales⁵⁸. Sin embargo hemos traer a colación esos límites, de forma que dicha libertad no posee un valor absoluto, ya que en el reformado art. 85 LRBRL, en su apartado tercero, prohíbe la posibilidad de una gestión indirecta, e incluso a través de un Sociedad mercantil de capital exclusivamente local de aquellos servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

⁵⁷ Vid. VILLAR ROJAS, F. “Los servicios esenciales reservados a las Entidades Locales”. *Introducción a los servicios públicos locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*. AA. VV. MAP. Madrid. 1991. Págs. 179 y ss.

⁵⁸ Téngase en cuenta que el art.30 RSCL es el primero del Título III de este Decreto que se ha visto afectado por la Disposición derogatoria única del RD. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que mantiene su vigencia en cuanto no resulten modificados por el Reglamento.

I.1.3. El desarrollo de las Administración institucional en el ámbito local. Últimas manifestaciones, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local

En la línea de introducir novedades en las formas de gestión de servicios públicos locales sobre todo en cuanto al ejercicio directo –al desarrollo de la Administración instrumental local, basado en el modelo de la LOFAGE⁵⁹- y a las novedades en cuanto al ejercicio a través del régimen de concesión que se aprobó en 2003, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local que reformó la Ley 7/1985, de bases del régimen local, pues como la propia ley de reforma indica se pretendía así modernizar la Administración local. Entre las numerosas e importantes reformas que se llevaron a cabo nos interesa centrar nuestra atención en el desarrollo de la Administración local institucional, como una ampliación y flexibilización en la prestación de servicios públicos de manera directa y, también, las novedades de gestión indirecta con particularidades respecto al régimen estatal.

El artículo 85 LRBRL se vio así afectado. En su primer párrafo aparece la única definición que de servicio público, desde una perspectiva legal, podemos encontrar. Así servicio público local es “todo aquel que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias⁶⁰”. Seguidamente, en el artículo 85.2, se enumeran cuáles son las formas de gestión de los mismos diferenciándose entre gestión directa e indirecta.

Entre las primeras se incluye la gestión por la propia entidad local, que puede realizarse por la propia organización o por órgano especializado, supuestos ambos en

⁵⁹ Una crítica de la trasposición mecánica de la LOFAGE al entorno municipal puede verse de mano de D. BLANQUER CRIADO que dice: “La reforma introducida por la Ley 57/2003 no merece una valoración enteramente positiva, no sólo por el escaso espacio que dejan al desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas y a las propias decisiones del Ayuntamiento (que ve reducida su autonomía local), sino también porque hace una traslación excesivamente mecánica de las disposiciones que para el ámbito estatal establece la LOFAGE (“... se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto resultase de aplicación, con las siguientes especialidades...”). Es más, como seguidamente se expone, algunas de esas especialidades son oscuras o imprecisas”. *Vid. La iniciativa privada...* Op. cit. Págs. 498 y ss; También apunta el problema de la aplicación directa del modelo de la LOFAGE, tras la modificación por la Ley 57/2003, al ámbito local J.L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS para quien ello supone una doble renuncia: a seleccionar los principios generales del modelo, susceptibles de integrar *lo básico* desde la perspectiva organizacional, y a plasmar su adaptación en el ámbito local como correspondería al modificar la LRBRL”, *vid.* “La Administración institucional...” cit. Pág.189 y el mismo autor en “Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre...” cit.Pág.113.

⁶⁰ Ya en páginas anteriores hemos reproducido, con visos aclaratorios, la definición que J. TORNOS I MAS da de “servicios público local” en “Ordenación sectorial...” cit. Pág.417.

los que no surge personalidad jurídica independiente alguna. La entidad local puede no obstante optar por crear una nueva persona jurídica, variedad que permite a la vez su articulación bien mediante organismo autónomo, bien por entidad pública empresarial, ésta última es una novedad con ocasión de la Ley de 2003⁶¹. Y, también puede crearse una persona jurídica privada denominada en la Ley como Sociedad mercantil local, cuyo capital sea íntegramente de la entidad pública o de un ente público de la misma. Bien, esta nueva ordenación de la gestión directa presenta una doble lectura, pues mientras que por un lado permite una mayor flexibilidad en la gestión de servicios públicos, pues las dos últimas opciones van a estar determinadas, en un grado importante, por el régimen jurídico privado, por otro lado permite que exista una posición primordial y más amplia del poder público al tratarse de una gestión directa.

En cuanto a la gestión indirecta el apartado 2.b) se remite a las modalidades que el TRLCAP recoge en el artículo 156, en el Título II “Del contrato de gestión de servicios públicos”, esto es: concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta, desapareciendo respecto al régimen de 1985 la figura del arrendamiento⁶² y de las cooperativas, y a la vez reproduce la prohibición general de que cualquier servicio que implique ejercicio de la autoridad se preste por gestión indirecta o, de entre la gestión directa, por sociedad mercantil de capital social exclusivamente local.

A continuación la Ley modificada remite, en el art.85.bis LRBRL, a la LOFAGE en cuanto al régimen de los organismos públicos, pero establece también unas amplias particularidades propias para el ámbito local. Las Sociedades mercantiles locales, según el art.85.ter), se regirán por el derecho privado, salvo en materia presupuestaria,

⁶¹ Advierte J. GONZÁLEZ PUEYO que la identificación en el art.85.1 LRBRL de servicio público y actividad prestacional diferencia el objeto de las Entidades públicas empresariales en el ámbito local y estatal, pues según la LOFAGE, que rige únicamente a nivel estatal, de manera general los Organismos Públicos se encaminan a la ejecución o gestión tanto administrativa de fomento o prestacional, como de contenido económico reservadas a la Administración... denominando así actividad de prestación a la de fomento, *vid.* “Gestión de servicios público locales. Sociedad mercantil local”. 2004. Disponible en: www.famp.es/famp/pulicaciones/ficheros/2004grupo9.pdf . Pág.4.

⁶² Esta figura remite a su regulación en los arts. 138 a 142 del RSCL y al art.95.2 TRRL. El TRRL señala sobre esta figura que: “Solo podrán ser objeto de arrendamiento los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación, o que sea propiedad de ésta”. El arrendamiento se basa en un contrato entre la Administración que ha instalado previamente el servicio, del que es propietaria, y que cede, por motivos de eficiencia económica, su explotación a una empresa durante un plazo, de máximo de diez años, previamente pactado a cambio de un precio, *vid.* MORELL OCAÑA, L., “La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años” en *RAP*. Núm. 150. 1999. Pág.406.

contable, de control financiero y de eficacia y contratación, debiendo ser la forma adoptada por la sociedad alguna de las modalidades de sociedad de responsabilidad limitada. Y se incorpora como mecanismos asociativos los consorcios transfronterizos en el artículo 87 LRBRL.

I.2.La Administración de colaboración. El amplio abanico de la gestión indirecta

Cuando nos referimos a la Administración de colaboración queremos dar cuenta de la evolución no ya en el plano de la gestión directa, donde es siempre un *único sujeto* –aun a sabiendas que en la Administración institucional los entes creados poseen personalidad jurídica, la idea a la que aquí queremos aludir es que se tratan siempre de sujetos públicos- el que sometido a diversos regímenes jurídicos presta el servicio, sino que la base es en este caso que dos sujetos, uno público y otro privado, actúan de manera conjunta, como ocurre bajo las formas englobadas en la rúbrica de gestión indirecta pues en estos casos la Administración Local hace uso de un tercero, con diferentes grados de responsabilidad, para que se encargue de un servicio público local, como puede ser el saneamiento.

Queremos dejar en estos momentos anotada la reflexión de que la noción de Administración de colaboración viene a colación por su estrecha relación a la evolución del concepto de servicio público. Pues como se ha visto en torno al mismo se hace hoy en día más notable la extensión de estas prácticas colaboradoras que son, en todo caso, largamente conocidas en nuestro entorno y también en el resto del marco europeo. Tradicionalmente la colaboración se identificaba con la gestión indirecta, no obstante este último concepto se ha quedado quizás insuficiente para abarcar al complejo de supuestos que hoy pretendemos englobar cuando nos referimos a la colaboración público-privada, o quizás aquella noción debería reinterpretarse de una forma mucho más amplia. Así, de manera diferenciada a la apariencia de Derecho público pero con la utilización real y efectiva del Derecho privado que suponen las entidades públicas empresariales y la creación de sociedades públicas, surgen estos fenómenos de colaboración que conectan con la evolución asimismo de la noción de reserva entre nosotros, que afectan al servicio de depuración de aguas, pues como afirma DÍAZ LEMA “la supresión de la reserva a favor de las Entidades Locales deber ser vista más como la

privación de un privilegio local muy arraigado, que como la eliminación de la presencia local en este tipo de actividades o servicios económicos⁶³”. Dejamos el tratamiento extenso de esta Administración de colaboración para momentos posteriores en el que se trataran nuevas formas a incluir bajo esta denominación.

I.2.1. El ejercicio privado de funciones públicas

Una interesante reflexión en esta tendencia de participación de privados en el ámbito público se recoge de las aportaciones de SANTAMARÍA PASTOR quien reconoce “el ejercicio privado de funciones públicas” como técnica de asociación de sujetos privados a la realización de funciones públicas⁶⁴. Certifica al respecto SANTAMARÍA, siguiendo en este punto a ZANOBINI⁶⁵, la habitualidad en constante crecimiento de supuestos en los que se encomienda a particulares el ejercicio de funciones públicas pero que no llegan a integrarse, ni a formar parte, de la Administración Pública caracterizándose, sobre todo, estas manifestaciones por su heterogeneidad, lo que no es impedimento para extraer, al menos, dos notas en común: primero, que la actividad de estas personas privadas *constituye una actividad pública en sentido estricto, bien porque poseen eficacia jurídico-pública, o porque son objeto de un servicio público, en sentido estricto*, y, segundo, *que la persona que realiza estas actividades lo hace en nombre propio, no imputando su actividad a la Administración*, si bien por la relevancia pública de sus actividades sí que son objeto de control y fiscalización pública, incluyéndose pues, a la vista de estas notas, los notarios, capitanes de buque, figuras que encuentran figuras comparables –aunque de manera relativa, y ante la imposibilidad de traducción equivalente- con el Derecho alemán en la figura de la *Beleihung*⁶⁶. Bajo esta

⁶³ Vid. “Influencia del derecho europeo...” cit. Pág. 700.

⁶⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios...* Vol. I. 2002. Op. cit. Pág. 462 y ss. También sobre esta posibilidad J. BERMEJO VERA “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares” en *RarAP*. Núm.20. 2002. Pág. 317 y ss; BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa privada...* Op. cit. Págs. 637 y ss; RIVERO, J/ WALINE, J. *Droit administratif*. Op. cit. Pág. 207.

⁶⁵ En “L’esercizio privato delle funzioni e dei servizio pubblici” en el *Primo trattato de Orando*. Vol.II. Parte 3. Págs. 235 y ss, citado por RIVERO ORTEGA en *Administraciones públicas...* Op. cit. Pág.140. Nota 22.

⁶⁶ Esta práctica también recibe el nombre de *Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private*, generalmente llamada *Beleihung*, y en algunos supuesto de *Indienstnahme/Inpflichtnahme*. Como señala SAINZ MORENO la diferencia entre *Beleihung* e *Indienstnahme* es que mientras que la primera supone que se confía a una persona privada el ejercicio, en su propio nombre, de determinadas competencias públicas, en el segundo supuesto se obliga a un particular a ejercer una función pública. Esto es, la nota diferenciadora es la del carácter impuesto y la circunstancia de que, por lo general, en la *Beleihung* se participa en el ejercicio de poder público, circunstancia no tan habitual para los casos de *Indienstnahme*,

última categoría germana y adentrándonos en nuestro ámbito de investigación, el Derecho ambiental, se están desarrollando -en el haz de funciones de policía y de control- numerosas prácticas que pueden equipararse con este tradicional ejercicio por privados de funciones públicas en el sentido recientemente aclarado⁶⁷. Es el caso de la seguridad y de la estrecha participación público-privada que permite la realización, de manera organizada y estable⁶⁸, de tareas materialmente públicas a privados previamente acreditadas para ello y que además poseen la potestad de resolver⁶⁹. Estamos como dice BULLINGER ante “un nuevo estilo de cooperación entre la Administración y los ciudadanos que se extiende fuera y dentro del campo de la Administración prestacional... y conduce a una división de responsabilidades cuyas particularidades aun se hallan en discusión⁷⁰”.

vid. F. SAINZ MORENO “Ejercicio privado de funciones públicas” en *RAP*. Núm.100-102. 1983. Págs. 1776 y ss. Nota 100.

⁶⁷ Vid. CANALS I AMETLLER, D. *El ejercicio...* Op. cit. *in totum*.

⁶⁸ Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. “El desarrollo de la *idea de colaboración* en el derecho Administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros” en *REDA*. Núm.94.1997.Págs. 203 a 220.

⁶⁹ Otra línea más reciente relativa a la paulatina presencia de los particulares en el seno de la Administración es la del desarrollo de las líneas de participación ciudadana. Esta práctica además de un método de control de la actividad pública -pues realmente se incorpora su parecer y su decisión en el ámbito público-, es ya hoy por hoy una constante en el Derecho Ambiental y en muchos de los organismos propios del Derecho del Aguas, y con una especial exigencia y repercusión en el ámbito local debido a la implantación de la “Agenda 21” que se basa en la cooperación internacional y en el apoyo y complemento de los esfuerzos nacionales destacando el papel de los municipios con los siguientes objetivos:

- 1.Reforzar la capacidad del gobierno local para hacer frente a problemas ambientales.
- 2.Despertar la preocupación por los problemas ambientales
- 3.Desarrollar procedimientos, tanto políticos como jurídicos, adecuados que favorezca la participación ciudadana.
- 4.Aplicar de manera eficiente los instrumentos y herramientas de gestión ambiental.

La participación ciudadana es también un reflejo del principio de subsidiariedad, del acercamiento a los ciudadanos de la Administración que desde la propia “Agenda 21” se define así: *las autoridades locales... en su carácter de autoridad más cerca al pueblo desempeña una función importantísima en la educación y movilización del público en pro del desarrollo sostenible...* declaración que se recoge en el Capítulo 28 de la Agenda 21.

Vid. OLAIZOLA, I., ÁLVAREZ DE EULATE, N., “Participación en materia ambiental” en *Medio Ambiente y Participación. Una perspectiva desde la psicología ambiental del derecho*. Universidad del País Vasco. Guipúzcoa. 2003. Págs. 109 a 147. Los autores destacan diferentes vías de participación, tanto en el Derecho Ambiental Internacional concretadas, por ejemplo, en la elaboración de la “Agenda 21”, a la que se define como un mecanismo de participación adoptado a nivel internacional, pero que actúa a nivel local; como también en el ámbito más restringido del Derecho comunitario, que ha impulsado iniciativas concretas de participación como es el acceso a la información ambiental regulado, según la cita literal de los autores, en la Directiva 90/313/CEE, hoy derogada por la nueva Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero, que entró en vigor el 14 de febrero de 2005. (DO L, 41, de 14 de febrero de 2003)..

⁷⁰ Vid. “El *service public* francés...” cit. Pág. 43.

Bien, dicho lo anterior, bajo este título inicial lo que se descubre no es otra cosa que una Administración cada vez más cooperativa, de colaboración⁷¹, que está inspirando el desarrollo actual del Derecho ambiental, como veremos para el caso del saneamiento, y en general del Derecho Administrativo en el que caben multitud de supuestos, desde la clásica concesión, hasta las formas más recientes y modernas de colaboración público-privada como recoge el *Libro Verde* de 2004, en el que se definen estas modalidades como una forma de cooperación cuyo objeto es tanto la construcción y explotación de una infraestructura, como la prestación de un servicio.

No estamos, pues, una situación nueva entre nosotros como reconocemos⁷². Las concesiones⁷³, por ejemplo, utilizadas en no pocas ocasiones en relación con el servicio del saneamiento de las aguas, están también inmersas en la tendencia de mutación en la actuación pública y asisten a una *invasión* de su ámbito debido al auge de las sociedades mixtas, y también del fomento por parte de los poderes públicos de la realización de esta tarea, como sucede en el ámbito del derecho urbanístico. Además, aunque con grandes dificultades, en traslación de experiencias en otros sectores ya liberalizados, sería quizás posible la introducción de títulos habilitantes, o de autorizaciones, que permitiesen intervenir de manera autónoma y autorregulativa a particulares en la realización de aquellas tareas que no recaigan dentro del ámbito esencial de las facultades administrativas, condicionadas al cumplimiento del mínimo que exige este servicio vital, que es hoy en día el del saneamiento de las aguas residuales.

Entre la doctrina alemana se recuerda por ello insistentemente bajo la idea de colaboración que la protección del medio ambiente es una *Schicksalsaufgabe* de la

⁷¹ Siguiendo así la línea reconocida por SÁNCHEZ MORÓN en *Derecho Administrativo...* Op. cit. Pág.427.

⁷² Ya lo advertía entre nosotros F. SAINZ MORENO en su comentario de 1983 “Ejercicio privado...” cit. Págs. 1699 y ss; SANTAMARÍA PASTOR en concreto se refiere a la realización de funciones consideradas de una u otra forma como públicas y que han venido siendo realizadas por sujetos privados, denominando este fenómeno como “Administración impropia”, *vid. Principios...* Vol. I. 2002. Pág. 463. GONZÁLEZ-VARAS señala que en España el ejemplo más claro es el desarrollo de la tradicional concesión, quizás en un sentido menos ambicioso que el que aquí se pretende, y que no obstante en España tuvo y tiene un gran campo de aplicación, *Vid.* “Die Auffassung der *öffentlichen...*” cit. Pág.219.

⁷³ Como expresamente menciona RIVERO/ WALINE además de la concesión, en Francia se hace uso en la gestión de los servicios de agua de otras técnicas como el *affermage* en el que mediante un contrato se confía a un tercero la gestión de un servicio público, a cambio de una cantidad determinada, sin asunción del riesgo por parte del particular. También se acude a la *régie intéressée* a través de la cual la persona pública confía la gestión del servicio a un particular, dependiendo la remuneración del resultado de su gestión, en definitiva son las modalidades conocidas como “gestion délégué” de servicios públicos, *vid. Droit administratif*. Op.cit. Págs.207 y ss.

Sociedad⁷⁴, esto es, una tarea inherente de la misma⁷⁵. Esta idea de cooperación deriva de lo que se ha calificado como un “déficit de la ejecución” del Derecho ambiental, que ya desde la década de los años ochenta se plantea en la República alemana una mayor cooperación entre la Administración y la Industria⁷⁶, consagrándose como uno de los principios de este ámbito del Derecho⁷⁷.

La cuestión principal del debate es pues la pertenencia y las consecuencias de dicha cooperación⁷⁸. La cooperación significa una puesta en común de intereses y la conjunción de esfuerzos, públicos y privados, para su consecución. Normalmente el esquema es el siguiente: los poderes públicos establecen los objetivos y ante la escasez de medios para cumplirlos precisan de la participación privada. Sin embargo un factor ha de tenerse en cuenta y es que la cooperación implica la superación de una serie de dificultades, pues las esferas públicas y privadas persiguen, como hasta la saciedad se ha señalado, motivaciones diversas. Por una parte el sector público pretende en las normas ambientales la consecución de un bien común para toda la comunidad, la protección del medio ambiente, y el sector privado obviamente al estar incluido dentro de esa comunidad también está interesado en ello, pero además se rige por la rentabilidad. El clásico cumplimiento de la normativa por los privados que se sometían a los procedimientos establecidos ya no es lo propio de esta nueva relación entre público y privado que se pretende para el caso del medio ambiente. Se trata más bien de una necesidad de colaboración, para de ese modo ofrecer soluciones justas en la

⁷⁴ Vid. SPARWASSER/ENGEL/VOßKUHLE. *Umweltrecht*. Op. cit. Pág. 3. Mientras que R. BREUER define la protección del medio ambiente como una “Schicksalaufgabe” del estado moderno, dando a entender, a nuestro juicio, que el Estado no puede desaparecer de esta tarea, sino que es también responsable de ella, vid. “Umweltschutzrecht” en *Besonderes Verwaltungsrecht*. E. Schmidt-Assmann (Hrsg)... Op. cit. Pág. 557.

⁷⁵ Decía al respecto LOZANO CUTANDA, en la edición de su obra de 2003, que: “Los poderes públicos intentan, de esta forma –la participación cooperativa-, obtener la cooperación de la sociedad en una tarea, la protección ambiental, que es hoy responsabilidad de todos”, vid. *Derecho Ambiental...* 2003. Op. cit. Pág.153. Por su parte A. EPINEY en consideración del Derecho comunitario entiende que en el Derecho primario de la Unión mismo no se recoge el principio de cooperación expresamente, sino que puede interpretarse a partir del art.10 TUE y de otros principios generales del Derecho. Define EPINEY la cooperación como la necesidad, generalmente, de que la protección del medio ambiente no sea sólo considerada como una tarea del Estado, sino como un acción combinada de todos los poderes implicados, en particular de la Economía y de la Sociedad. Ello no obstante, si se encuentran reflejos del mismo en el Derecho comunitario secundario como es el caso de la Directiva sobre el derecho de información ambiental, o en el Reglamento EMAS, vid. *Umweltrecht in der ...* Op. cit. Pág.98.

⁷⁶ Vid. Umweltgutachten (Dictamen medio ambiental) de 1978.

⁷⁷ Vid. NISIPEANU. *Abwasserrecht*. Beck. München. 1991. Pág.80. También RENGELING en “Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht” en *DÖV*. 1989. Pág.277.

⁷⁸ Vid. VON WEDEMEYER, G, *Kooperation statt Vollzug im Umweltrecht*. Shaker Verlag. Aachen. 1995. Pág.2.

protección ambiental. Por lo tanto se asegura una relación entre la libertad individual y las necesidades de la sociedad.

El otro asunto que se plantea es si se cuenta con los instrumentos adecuados para ello, para implementar tal actuación conjunta. No obstante los requisitos del principio de cooperación desde el punto de vista procedimental se desglosan en dos: las autoridades no pueden aparecer sólo como uno de los polos del binomio Estado-Ciudadanos, sino que se trata de una relación con multitud de componentes: administración, sujetos económicos y afectados. Por ello no se trata de una situación de intereses públicos contra intereses privados, sino de conducir los intereses concurrentes hacia un consenso aceptable. Según algunos, ello requiere de lo que se denominan “procedimientos administrativos informales”⁷⁹, que son irrenunciables en el campo del Derecho de protección frente a las inmisiones, derecho de aguas y derecho de la energía⁸⁰. Pero más que de procedimientos informales, entendemos que es más adecuada la denominación de instrumentos flexibles de control y pilotaje, eso sí sin sobrevalorar estos instrumentos, pues debe siempre estar presente que se garantiza el contenido de las leyes, la objetividad y la independencia de la Administración, la igualdad de oportunidades procedimentales y el principio de prevención⁸¹.

Un claro ejemplo de estas prácticas con una intensiva relación entre poderes públicos y privados la presenta BURGÍ para el caso de saneamiento de las aguas residuales, en el contexto alemán, donde se pone en evidencia las importantes inversiones que exigen tanto el mantenimiento del alcantarillado, como las continuas y elevadas obligaciones que la técnica requiere⁸². Con motivo de esta situación, la 6ª Reforma⁸³ de la *Wasserhaushaltsgesetz* introdujo en el art.18.a).2.3) WHG la posibilidad de que terceros participaran en el saneamiento de las aguas en calidad de colaboradores (*Verwaltungshilfe*), y en el art.18.a.2.a)WHG se regulaba la opción de

⁷⁹ Sobre la crítica de que el principio de cooperación exige procedimientos administrativos informales, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN “Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns” en *DVBl.*1989. Pág.536.

⁸⁰ *Vid.* HOFFMANN-RIEM, “Selbstbindung der Verwaltung” en *VVDStRL*.Núm. 40. 1982.Pág.192.

⁸¹ *Vid.* VON WEDEMEYER, G, *Kooperation statt...* Op. cit. Pág.250 y 251.

⁸² El informe de 2002 de la Conferencia Ministerial de Economía presentó cuales eran las inversiones y gastos necesarios para el saneamiento de las redes en los próximos 10 años que se situaban en los 75 millones de euros. *Bericht der Arbeitsgruppe für die Wirtschaftsministerkonferenz* de 12 y 13 de diciembre de 2002. También NISIPEANU. *Kosten der Abwasserbeseitigung*. Parey Buchverlag. Berlin. 1999. Págs.1 y ss.

⁸³ *6.Änderungsgesetz* de 11 de noviembre de 1996. BGBl I. Pág.1690

poder traspasar la obligación municipal del saneamiento de las aguas a terceros privados⁸⁴. Aun más se propone por el autor citado como un nuevo instrumento que supera en Alemania la clásica fórmula de la colaboración en calidad de ayudantes/auxiliar de la Administración e incluso de la concesión tal como se ha desarrollado en España, el modelo que se denomina *Dienstleistungskonzession zweiten Grades*. En esta modalidad el rasgo clave es que la obligación de sanear las aguas residuales no permanece en el municipio, sino que se transmite plenamente -suponiendo de manera efectiva una descarga del municipio que no es responsable del mismo- aunque sólo de forma temporal y siempre revocable, de ahí la presencia subsidiaria del municipio-. Alternativa que ofrece a los *Länder* el art.18.a).2.a)WHG, y que únicamente ha sido contemplada en *Baden-Württemberg*, *Sachsen* y *Sachsen-Anhalt*, pero en todo caso todavía no ampliada a través de un reglamento de desarrollo. Lo más significativo de este modelo es que en tanto dure el contrato entre el municipio y la empresa para efectuar y prestar la tarea de saneamiento de las aguas, la obligación municipal de prestar el servicio queda como “suspendida” y el concesionario de segundo grado es realmente el prestador del servicio, sería pues un caso asimilable a las privatizaciones

⁸⁴ Como se ha señalado anteriormente es lo que BURGI denomina *Dienstleistungskonzession*. El autor aclara el concepto y significado de la “*Dienstleistungskonzession*”, concepto que entendemos también necesario explicar para comprender los planteamientos que se exponen. Podríamos traducir la noción como “concesión de la prestación del servicio” que se refiere a los supuestos en los que se confía a un tercero, privado, actividades en el ámbito de las tareas de saneamiento de las aguas residuales, apuntando expresamente BURGI que se trata de un caso totalmente distinto a las figuras de los “colaboradores/auxiliares” de la Administración y de las denominadas “privatizaciones materiales” (éstas, recordemos, suponen la retirada plena y definitiva del municipio de sus funciones, incluso de la responsabilidad pública en su ejecución). El rasgo fundamental de esta constelación de casos es, por una parte, que se establece una relación directa entre los usuarios del servicio y la empresa privada encargada de su prestación y por otra, que, en todo momento, el municipio puede retomar el servicio por lo que no se “desresponsabiliza” del mismo, sino que se ocupa de que el servicio se preste de manera adecuada y satisfactoria. Dentro de este concepto general se diferencian dos categorías: la *Dienstleistungskonzession ersten Grades*, y la *Dienstleistungskonzession zweiten Grades*. La *Dienstleistungskonzession ersten Grades* se basa en un contrato entre el municipio y la empresa privada encargada del saneamiento de las aguas residuales, según el cual se autoriza a la empresa a hacer uso de las instalaciones públicas, resultando la empresa, durante el tiempo del contrato, obligada a realizar las diferentes tareas que conlleva este servicio, la planificación, construcción y gestión de las instalaciones de saneamiento. Junto con este contrato existen las ordenanzas municipales según las cuales las instalaciones de saneamiento se destinan al servicio público. La *Dienstleistungskonzession zweiten Grades* se caracteriza porque de manera limitada en el tiempo (*befristet*) y revocable (*widerruflich*) el servicio obligatorio de saneamiento de las aguas residuales no permanece bajo la responsabilidad del municipio, sino que se traspasa a un privado, durante el periodo de tiempo del contrato el privado es el único prestador del servicio (*Leistungsträger*) vid. *Die Dienstleistungskonzession ...* Op.cit Pág.19 y ss, así como las conclusiones en las págs. 81 y ss; también en “Die Vergabe von Dienstleistungskonzession: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz” en *NZBau*. Núm.11. 2005. Págs. 610 y ss.

materiales, sometido a unos requisitos que actuarían como obligaciones de servicio público⁸⁵.

1.2.2. Diversidad de modalidades de cooperación

Como decíamos, en esta percepción de una nueva Administración presidida por la presencia privada y pública en la prestación y satisfacción de servicio público caben a la vez numerosas variantes, que deben en todo caso delimitarse, todas ellas sustentadas en el principio democrático. M.SÁNCHEZ MORÓN distingue por una parte los casos de participación ciudadana que solo sería encuadrables en la Administración Cooperativa entendiendo ésta de manera amplia⁸⁶.

Por otra parte se habla también, en lo que consideramos que una acepción más acorde a nuestras tesis y en sentido estricto, de la realización privada de funciones públicas, donde se distinguen tres categorías: la de determinadas profesiones privadas que desempeñan funciones públicas, como notarios, y la de profesiones que desempeñan actividades privadas, pero que están vinculadas a una función pública, como los capitanes de buque y, finalmente, el caso típico de colaboración es el de la realización por una persona privada de la prestación del servicio de saneamiento

⁸⁵ Vid. BURGI, M. “Die Vergabe von Dienstleistungskonzession...” cit. Págs. 610 y ss; DALLHAMMER destaca el carácter revocable (*widerruf*) de este traspaso, rasgo que destaca la importancia y el significado de esta tarea, *vid.* “Ziele und Rechtsfragen der Sächsischen “Privatisierungsverordnung” en *Daseinsvorsorge durch ...* Oldiges (Hrsg). Op. cit. Pág. 87. También sobre las posibilidades de *privatización* en sus diferentes modalidades, NICKEL.T. / KOPF.H. “*Abwasserbeseitigung ...*” cit. Págs. 401 y s

⁸⁶ Un estudio sobre la participación de los ciudadanos en los órganos de la Administración públicos puede verse en su trabajo “El principio de participación en la Constitución española” en *RAP*. Num.89. 1979. Págs. 79 y ss. Posteriormente también *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. CEC. Madrid. 1980; y, “Participación, neocorporativismo y Administración económica” en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II. Madrid. 1991. Págs. 3956 a 3973. GARCÍA DE ENTERRÍA se ha ocupado asimismo de este tema en “Principio y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa” en *Libro Homenaje a profesor José Luis Villar Palasí*. Civitas. Madrid. 1989. Pág. 437 y ss.

Esta participación, analizada para el caso concreto del Derecho ambiental por B. LOZANO CUTANDA en *Derecho Ambiental...* Op. cit. Págs. 239 y ss, supone una participación no ya externa, sin interna u orgánica en el sentido de que los particulares pasan a formar parte de diferentes órganos administrativos. Unos de carácter consultivo, caso del Consejo Nacional del agua o de los Consejos de agua de la Cuenca, y otros de carácter decisorio, así la necesaria presencia en la Junta de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas de al menos un tercio del total y un mínimo de tres representantes de los usuarios, o la existencia de una Asamblea de Usuarios como órgano de gestión, encargada de coordinar la explotación de las obras hidráulicas y de los recursos de agua en cada la cuenca. Los criterios de esta participación pueden agruparse en dos. Por una parte en la necesaria representación de los intereses de los particulares, por otra de carácter profesional, participación de expertos, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, *Principios...* Vol. I .2002. Op. cit. Pág. 469.

satisfaciendo así, a los terceros ciudadanos que viven en un núcleo urbano, y que sustituyen en este caso al municipio o Comunidad Autónoma en la realización de esta tarea⁸⁷, que no en la responsabilidad, que es compartida; pues no cabe el desentendimiento total de la Administración de sus servicios obligatorio y esenciales como lo es, en sentido amplio el saneamiento, esto es en resumidas cuentas la descripción de la gestión indirecta y las modalidades a las que remite el art.154 LCAP.

Otra aportación es la relacionada por el R.MARTÍN MATEO que habla de “técnicas para la obtención de colaboración de los particulares”, entre las que enmarca como principal categoría la técnica de los contratos administrativos. No obstante respaldando nuestras tesis la colaboración presenta multitud de variantes que califica por una parte de *instrumentos unilaterales*, donde incluye la imposición o aportaciones dinerarias obligatorias de los ciudadanos, las prestaciones obligatorias, esto es la realización de una determinada conducta, las confiscaciones, en las que la obligación de dar de los administrados no conlleva indemnización alguna, las expropiaciones acompañadas de compensación equivalente y la ordenación autoritaria de la economía. Frente a éstas las *medidas bilaterales* que son las que expresan de una manera más evidente la situación actual entre los poderes públicos y la sociedad y responden en mayor medida a la idea de colaboración. Continuando con estas medidas que integran la voluntad de los que participan debemos citar la incorporación de funcionarios –que parte de la consideración de que la voluntad de los candidatos a participar en la función pública, supone la cooperación en la realización de fines administrativos-, las subvenciones –pues del mismo modo que en el caso anterior, requiere de la voluntad del que aspira a tal subvención, los contratos –como coincidencia de voluntades entre la Administración y los contratantes, como mencionábamos, y los conciertos –a los que se definen como grandes convenios de la Administración con sectores más o menos amplios de la economía y que persiguen al coincidencia de los fines generales del Estado y de los particulares⁸⁸.

⁸⁷ Vid. *Derecho Administrativo...* Op. cit. Págs. 426 y ss.

⁸⁸ Vid. *Manual de...* Op. cit. Págs. 359 y ss.

I.3. El ejercicio de autoridad, límite a la intervención de personas privadas en el ámbito público

Como apunta RIVERO ORTEGA en la libertad de elección de forma de las administraciones públicas en que se organizará un ente instrumental resulta determinante el tipo de funciones que tal ente debe desarrollar⁸⁹. Ello nos remite a tratar los límites para la aplicación del Derecho privado y de la intervención de particulares en el ámbito público.

El límite indiscutible y aceptado tanto a nivel nacional como europeo en la intervención privada en la realización de tareas públicas es la naturaleza de “acto de autoridad”⁹⁰. Esta condición conlleva la necesaria distinción en la actividad de la administración en dos grandes categorías que podrían denominarse como funciones “privatizables” o no, funciones de autoridad o de gestión, funciones disponibles e indisponibles... las funciones de autoridad entrarán dentro de la categoría de funciones o potestades públicas que, como expresó señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, no pueden ser instrumentalizadas en forma de sociedad mercantil⁹¹, ni tampoco objeto de gestión indirecta, y aun más no quedan sometidas a las reglas de mercado y competencia como refleja la jurisprudencia europea, entre ellas la Sentencia *Lagauche*, de 27 de octubre de 1993, o la Sentencia *Eurocontrol*, de 19 de enero de 1994. Además señala SOSA WAGNER que no sólo los servicios públicos que impliquen el ejercicio de la autoridad se excluyen de la aplicación general del Tratado, en concreto del art.86, sino que también aquellos servicios de carácter económico en la medida en que desarrollen asimismo funciones que no puedan separarse de sus actuaciones económicas⁹².

⁸⁹ Vid. *Administraciones públicas...* Op. cit. Pág. 134.

⁹⁰ Como ha sido tradicional en nuestro entorno donde el poder de autoridad constituye un criterio determinante de la presencia de un poder público, generalmente de una Administración Pública, y del Derecho Público en la actividad del Estado. Vid. SANZ RUBIALES, I. *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*. Universidad de Valladolid. Valladolid. 2004. Pág. 18. También sobre la exclusión de los servicios de autoridad de la competencia, vid. SOSA WAGNER, F. “Privatización...” cit. Pág.101.

⁹¹ Vid. “¿Sociedades públicas para construir y contratar obra pública?” en *Defensa de la libertad. Homenaje a V. Mendoza Oliván*. Vol. I. AA. VV. IEE. Madrid. 1997. Págs. 60 a 62.

⁹² Vid. SOSA WAGNER, F. “Los servicios públicos en Europa” cit. Pág. 101.

Sin embargo tampoco todas las funciones de autoridad -y advertimos que el de autoridad es un concepto complejo e indeterminados⁹³- son objeto total de exclusión de las corrientes de intervención privada, como muestran los casos de seguridad privada⁹⁴. Además en el caso español no poseemos una definición de qué actividades o funciones son de autoridad⁹⁵. Por otra parte tampoco es lo mismo la participación y cooperación en la prestación de funciones, que la realización y responsabilización de funciones eximiendo a los poderes públicos de esa prestación.

⁹³ Vid. Al respecto E.ALONSO GARCÍA *La interpretación de la Constitución*. CEC. Madrid. 1984. Págs. 116 y ss. La relación entre los “conceptos jurídicos indeterminados” y la “discrecionalidad administrativa” es clara y estrecha y de gran importancia en el tema que tratamos. Pues estos conceptos tan heterogéneos van a condicionar que en caso de libertad de elección por parte de los poderes públicos, ésta sea legítima o no. Sobre la interpretación de los mismos, donde destacan las construcciones alemanas, se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, *vid.* STS de 16 de febrero de 1977, de 25 de enero de 1978, y la de 13 de julio de 1984.

⁹⁴ Sobre el ejercicio de funciones de autoridad y su carácter limitador en la intervención de privados el Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de octubre de 1997 (Ar.7439), en relación con la consideración de la inspección técnica de vehículos (ITV) como una “actividad de soberanía”, decía, “...si bien tradicionalmente estas funciones (en relación con la función soberana de policía), a diferencia de los servicios públicos, se ejercían por la Administración, lo cierto es que, como se ha preocupado de poner de manifiesto la doctrina, *que el orden público se encuentra en un proceso de privatización* ante la impotencia de aquélla para una gestión eficaz de sus funciones soberanas, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada”. No obstante esta posición del Tribunal creemos que es un tanto excesiva porque como señala PADRÓS REIG en el caso de la ITV no se traspasan funciones de autoridades soberanas, sino que la empresa colaboradora constituye un supuesto de control de las condiciones técnicas de los vehículos, *vid. Actividad administrativa...* Op. cit. Pág. 94. Al tratar la categoría de *funktionale Privatisierung* y de los *Erfüllungshilfens* en el Derecho alemán, SEIDEL realiza también una distinción similar a la que realiza PADRÓS, refiriéndose al *Beobachtungsebene* y el *Berichtungsebene*, *vid. Privater...* Op. cit. Pág.19.

También sobre esta nueva apertura de colaboración privada en el ejercicio de funciones de policía, en especial a los casos de empresas y personal de seguridad privada y a los vigilantes nocturnos, se refieren ampliamente J. BERMEJO VERA en relación con la Ley de 30 de julio de 1992 de “seguridad privada” en “Privatización y el nuevo...” cit. Pág. 306; así como J.A. LÓPEZ PELLICER, *vid. Lecciones de Derecho Administrativo II (1)*. DM. Murcia. 2004. Págs. 65 y ss; R. RIVERO ORTEGA dice: “El primer problema que presenta la teoría de la actividad material o técnica de la Administración es el de su nítida distinción de la actividad jurídica, distinción que no siempre resulta fácil. Un buen ejemplo lo ofrecen las actividades de inspección. Las actividades de vigilancia o inspección, como medidas preventivas de policía, parecen incardinadas entre las funciones públicas, no obstante, en determinados sectores de colaboración privada en el ejercicio de funciones inspectoras es una realidad ampliamente difundida. Así sucede, por ejemplo en materia de seguridad industrial”. *Vid. Administraciones públicas...* Op cit. Pág. 1309. Si bien como señala el profesor SOSA WAGNER “éstas son materias todas ellas que el Derecho público moderno sustrae a la esfera de actuación de los sujetos particulares por entenderlas consustanciales al ejercicio de poderes soberanos”, si bien también es verdad que no son pocos los casos en los últimos años de actividades de seguridad y de policía ejercidos por privados. *vid. Los servicios...* Op.cit. 2004. Pág.81; S.GONZÁLEZ-VARAS “La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas” en *REDA*. Núm.123. 2004. Págs. 400 y ss.

⁹⁵ El concepto de autoridad es de todas maneras un concepto jurídico indeterminado que en el ordenamiento jurídico español se da por entendido, como señala LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J.F, *La configuración jurídica del principio de autoridad*. Civitas. Madrid. 1993. Pág.27. No obstante, I. SANZ RUBIALES acota estas funciones en las siguientes: justicia, policía, ejército, sistema penitenciario y sistema tributario, en la línea marcada por S. MUÑOZ MACHADO en “Los límites constitucionales a la libertad de prensa” en *Estudios de Derecho Público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. AA. VV. Civitas. Madrid. 2003. Pág.152.

Como se conoce en la legislación local española existe para la gestión de servicios públicos dos posibles alternativas: la gestión directa y la gestión indirecta. Para el caso de la gestión indirecta dice así el nuevo art.85.3 LRBRL: “*En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad*”. Por su parte el Reglamento de Servicios en el art.43 dice que *serán atendidas necesariamente por gestión directa las funciones que impliquen ejercicio de autoridad*, y aun más el art.69 establece que *serán atendidos necesariamente por gestión directa sin órgano especial los servicios que impliquen ejercicio de autoridad*. El Texto Refundido de la Ley de Bases de Régimen Local en su artículo 95.1 señala que *los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad solo podrán ser ejercidos por gestión directa*. Todas estas disposiciones se han visto confirmada por la más reciente regulación de los contratos de las administraciones públicas, que en su calidad de legislación básica es aplicable también al ámbito local. Así el Texto Refundido de 2000 en su art.155.1 regula que “*la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*”⁹⁶.

Por otra parte también la gestión directa de servicios se ve afectada por el ejercicio de autoridad. Es el caso de los supuestos contemplados por la LRBRL y afectados por la modificación de la Ley 57/2003, pues aun cuando la gestión se realice siguiendo la enumeración del art.85.2 sobre modos de gestión directa, si se opta dentro de esa gama por la sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local o a un Ente público de la misma entre en juego la prohibición de art.85.3

⁹⁶ De manera similar se expresan las leyes autonómicas hasta ahora aprobadas como la Ley Foral 6/1999, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra, en su art.193.1, la Ley 5/1995, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, en su art.295.2... Sin embargo, situación distinta plantea la normativa catalana, pues su Ley 8/1987, de 15 de abril, no contiene previsión similar a la del art.85.3 LRBRL, por lo que no se recoge dicho límite legal a la intervención privada de particulares en el ejercicio de tareas de autoridad. *Vid. SANZ RUBIALES, I. Poder de autoridad...* Op. cit. Págs. 32 y 33.

Por su parte en el plano estatal la LOFAGE excluye en su Disp. Adic. 12ª a las sociedades mercantiles estatales del ejercicio de autoridad pública.

LRBRL. Además como hemos visto el Reglamento de Servicios condiciona, en el art. 69.1, a que la gestión directa sea “sin órgano especial” esto es directamente por la Entidad Local.

Las anteriores son las propuestas de renovación, no ya tan novedosas como en sus inicios, cuyo alcance se ve condicionado, sin embargo, por el límite reconocido a esta transformación-liberalización del “servicio público”, tanto por la jurisprudencia europea como por las nacionales, en la prohibición de que los aires liberalizadores se apliquen en el ámbito clásico del “ejercicio de autoridad”, es decir, quedan excluidas de esta posibilidad de privatización aquellas facultades que impliquen el uso de prerrogativas públicas. Así, desde una perspectiva negativa, el Tribunal de Justicia Europeo, en el conocido como Caso HOFNER K ELSE-MACROTON OFE, de 13 de abril de 1991, señaló que “no se trata de actividades que implican ejercicio de autoridad cuando su desempeño sea tolerado por entidades privadas”.

Finalmente en el ámbito local otro límite para que condiciona la inicial libertad de las Corporaciones locales en la creación de un servicios es, según establece el Reglamento de Servicios en su art.31, que con ello no se esté duplicando un servicio que es prestado ya por otro organismo público, siendo un mandato más la necesaria colaboración entre Administraciones. Además continua SOSA WAGNER que “*solo podrán ser objeto de arrendamiento los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación, o que sea propiedad de ésta*”⁹⁷.

II. MODELOS MUNICIPALES DE GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL SANEAMIENTO

Antes de comenzar con el análisis tanto de las formas de gestión directa e indirecta respecto al servicio de saneamiento hemos de partir de una aclaración previa. A lo largo del trabajo hemos venido exponiendo el saneamiento como un concepto global e integral, aunque desde una perspectiva local. Bien en el momento de analizar las formas organización y de prestación del servicio, la realidad ha mostrado que si en efecto encontramos formas de organización municipales, hemos también de referirnos necesariamente a las formas de prestación autonómicas, e incluso estatales pues en muchas ocasiones el carácter supralocal del saneamiento en alta, sobre todo, y la

⁹⁷ Vid. *La gestión...* Op. cit. Págs. 59 y 62.

escasez de medios económicos y técnicos de los municipios, hace que se la Comunidad Autónoma la que se encargue de algunas de las fases de esta tarea⁹⁸. Ello supone que en base al principio de coordinación y de cooperación en la actuación de las Administraciones públicas sea necesario para ofrecer una visión lo más aproximada posible a la práctica que se recojan a continuación no sólo ejemplos del ámbito municipal, sino también las referencias necesarias de otros ámbitos.

II.1.Revisión de las formas de gestión pública directa relacionados con el saneamiento, una prueba de la necesidad de mantener también la gestión pública eficaz

Hemos esquematizado en páginas anteriores las formas de gestión que puede adoptar el servicio de saneamiento, gestión directa e indirecta y cuáles son las variedades que cada una de estas ofrece. Pasamos a analizar cuáles son estas modalidades, donde se encuentran experiencias significativas de gestión directa, que son en todo caso totalmente eficaces y que por ello debemos aquí exponer⁹⁹.

El rasgo común de las modalidades de gestión directa es que la Administración asume el riesgo en la prestación del servicio. Sin embargo la opción en el panorama español por una u otra fórmula organizativa directa -preferiblemente mediante formas de Administración institucional: organismo autónomos, entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles- con una misma finalidad, el saneamiento de las aguas residuales, supone analizar las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y si realmente cuando se prefiere un régimen más flexible, de derecho privado, se consigue una mayor efectividad en la tarea encomendada sin esquivar las garantías públicas que este servicio público, parte del mínimo vital requiere.

⁹⁸ Vid. SETUÁIN MEDIA, B. “Las fórmulas organizativas...” cit. Pág. 178.

⁹⁹ De todas formas las cifras muestran una situación de equilibrio entre la presencia pública y privada según la Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamiento (AEAS) que en 1999 estableció la participación privada en el sector del agua en un 48,4%, y el 51,6% restante que quedaba en manos públicas se repartía de la siguiente forma: el 16,8% corresponde a sociedades privadas municipales, el 15,8% a empresas municipales, el 11,6% a empresas mixtas, el 2,1% a mancomunidades y el 5,3% entre otras modalidades públicas. En el año 2000 AEAS constató un incremento la gestión privada de alrededor de un 4% respecto a 1998, de manera que un 52% se gestionaba de manera privada, un 47% mediante sociedad mixta (11%) o privada (36%), y un 1% mediante otras fórmulas. Datos ofrecidos por E. ORTEGA DE MIGUEL en “La privatización de agua” en *Revista de Derecho de la Unión Europea*. 2004. Núm.7. Pág.209.

II.1.1. Gestión *centralizada* por el órgano local¹⁰⁰

Como se ha reconocido no sólo en nuestro sistema de prestación de servicios local, sino también en otros contextos, la Entidad Local puede gestionar por ella mismas el servicio de saneamiento aunque no es, hoy en día, la forma más común¹⁰¹.

Cuando nos referimos a estas modalidades y atendiendo a lo que dispone el TRRL esta gestión puede realizarse *sin órgano especial*. En estos casos, la corporación local asume sus propios riesgos y ejerce sin intermediarios y de manera exclusiva, “a cargo de personal directamente dependiente en su actuación de los acuerdos y actos de los órganos de Gobierno de la Corporación local” (art.100)¹⁰², todos los poderes de decisión y de gestión, procediendo las retribuciones del personal del presupuesto ordinario y dentro de los límites del mismo¹⁰³. A esta modalidad se someten según el

¹⁰⁰ O gestión indiferenciada, o servicios sin personalidad jurídica, como las denomina L. MORELL OCAÑA en “La organización y las formas ...” cit. Pág. 391.

¹⁰¹ Vid. MOLINA GIMÉNEZ, A. *El servicio público de abastecimiento...* Op. cit. Pág. 281.

De manera similar a la situación que describe MOLINA GIMÉNEZ en la República Federal Alemana ha sido preeminente la utilización por los municipios de la *kommunale Regiebetrieb*, es decir gestión por el ente local sin organización especializada, si bien con una clara tendencia hacia modelos cooperativos en la prestación del saneamiento de las aguas, como señaló U. RUDOLPH en la ponencia que comenta K-D. FRÖHLICH en “Rechtsprobleme der Privatisierung in der Wasser- und Entsorgungswirtschaft”. Bericht über die 18. Vortragsveranstaltungen des Institut für das Recht Wasser- und Entsorgungswirtschaft am 19.Mai 1995 in Bonn en *DVBl*. Núm.12. 1995.Pág. 1230.

Con motivo de esas mismas Jornadas G. LANDSBERG comentó que el modelo dominante en Alemania es el de la *Regiebetrieb*, pero redundaba de nuevo en la tendencia decreciente, al menos en el sector de eliminación de residuos, en el uso de estas fórmulas e incluso considera que son fórmulas con ningún futuro, mostrándose a favor de otras fórmulas como la de *Eigenbetrieb*, vid. “Rechtsprobleme der Privatisierung im...” en *Staat, Selbstverwaltung und Private...* cit. Págs. 43 y ss. También J.P. EHLERS señala la progresiva sustitución de las anteriores figuras por la privatización formal del servicio a través de la creación de una empresa municipal, e incluso frente a estos instrumentos se está imponiendo en el Derecho de aguas alemán el recurso a la contratación (*Auftragsvergabe*), y la preferencia de formas de actuación cooperativas englobadas bajo la denominación de *Public Private Partnership*, vid. *Aushöhlung der Staatlichkeit...* Op. cit. Págs. 43 y ss .

¹⁰² Es el caso similar de la *Regiebetrieb* en Alemania como decíamos; forma originaria (*Urform*) en la prestación de actividades municipales económicas a principios del siglo XX, aunque incluso a finales de la década de los años ochenta se cifraba que esta forma de organización representaba el 80% en estados como *Nordrhein-Westfalen*. El uso de este modelo es sin embargo adecuado en la práctica para pequeñas explotaciones donde no son necesarios conocimientos relativos a la gestión de empresas ni tampoco una especial autonomía y flexibilidad. El *Regiebetrieb* está vinculado al municipio y se somete a sus decisiones y los mecanismos de dirección que establezca la *Gemeindeordnung*, en particular en lo relativo a las instrucciones sobre responsabilidad de los funcionarios. Son pues jurídicamente y organizativamente, así como desde la perspectiva del personal, económica y de presupuestaria dependientes del Municipio. Por ello en el caso de que el saneamiento se realice mediante *Regiebetrieb* la responsabilidad, en base al art.22 WHG, es totalmente de la *Gemeinde*, de la misma forma en cuanto a la responsabilidad penal, vid. BRÜNING, C. *Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben*. Dunker&Humblot. Berlin. 1997. Págs. 65 a 70.

¹⁰³ Art.68.1 RSCL.

art.69 RSCL, los servicios que implique ejercicio de autoridad¹⁰⁴. El uso en el caso de saneamiento donde se requiere personal especializado y técnico, constantes y fuertes inversiones y la construcción de redes complicadas de conducción, de sistemas colectores e incluso de instalaciones depuradoras hacen que no sea aconsejable, y cada vez menos usadas, estas formas de gestión directa, pues sobrecargarían en gran medida el presupuesto municipal, ya de por sí escaso¹⁰⁵.

La otra posibilidad que tiene el municipio es, frente a la descentralización funcional que significan las otras modalidades que veremos, desconcentrar la prestación del servicio, pues no se crea persona jurídica alguna diferenciada del órgano principal, pero éste pasa a prestar el servicio *mediante organización especializada*¹⁰⁶. Bajo esta modalidad es necesario que se constituya un Consejo de Administración que será presidido por un miembro de la Corporación (art.101 TRRL, art.71 RSCL) y que asume el gobierno y la gestión superior del servicio (art.72 RSCL), si bien el control último reside en todo caso en la Corporación, y se nombra también un Gerente, propuesta por el Consejo y nombrado por el Presidente de la Corporación. Esta modalidad cuenta con sección presupuestaria propia, constituida por las partidas consignadas a tal fin y nutrida por el producto de la prestación y por las subvenciones o auxilios que recibiese. Estos servicios prestados mediante una organización especializada llevarán, con independencia de la contabilidad general de la Entidad local, una contabilidad especial, debiendo publicarse los balances y las liquidaciones (art.102 TRRL), lo que implica frente al caso anterior cierta autonomía financiera a su favor y una mayor transparencia, aunque la Corporación es igualmente responsable del riesgo económico que asume esta *organización especializada* en el saneamiento de las aguas. En este caso pueden realizarse mediante esta variante todos los servicios que no supongan ejercicio de la autoridad (art.70 RSCL)¹⁰⁷. Aun así y de nuevo tras las argumentaciones de MOLINA

¹⁰⁴ Sobre esta forma en general, *vid.* SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op. cit. Págs. 82 y 83. Sobre los servicios de aguas y esta modalidad, *vid.* MOLINA GIMÉNEZ, A. *El servicio público...* Op. cit. Pág. 281.

¹⁰⁵ *Vid.* BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa...* Op. cit. Pág.495.

¹⁰⁶ Sobre esta forma en general, *vid.* SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op. cit. Págs. 83 a 86.

¹⁰⁷ Una figura equivalente también empleada, de acuerdo con las Leyes locales de los *Länder*, para la *Abwasserbeseitigung* es la del *Eigenbetrieb*, que de manera similar al *Regiebetrieb* supone una forma de organización pública dependiente en la eliminación de aguas municipales. La diferencia reside en que disponen de cierta autonomía financiera, pues se les califica de *Sondervermögen* esto es cuentan con un patrimonio propio especial que administran de manera diferenciada. Ello supone que los órganos del municipio tiene limitadas en parte las facultades de dirección en el caso de estas formas de organización. En cuanto a la responsabilidad penal, por la gestión del servicio, y sistema de recursos no existe diferencias con el régimen de la *Regiebetrieb*, si bien existe un desplazamiento de la

GIMÉNEZ podemos trasladar la inadecuación de esta forma de gestión directa para el saneamiento, por la complejidad señalada del servicio y el carácter empresarial del mismo¹⁰⁸.

En ambos casos la aplicación del régimen público de contratos en su relación con terceros es plena, ya que la contratación forma parte de la gestión administrativa ordinaria de Municipio, pero internamente se excluye del ámbito del TRLCAP pues se trata de la excepción que configuran “*Las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios*” (art.3.1.b TRLCAP)¹⁰⁹.

II.1.2. La utilización de Organismos autónomos en la gestión del saneamiento

Nos adentramos con esta categoría en uno de los supuestos de descentralización funcional o Administración institucional local. Es decir las Administraciones municipales crean un ente público con personalidad jurídica dependiente encargado del saneamiento de las aguas residuales como tarea principal o dentro de la idea del servicio del agua, en aras a la mayor eficacia en el funcionamiento y prestación de dicho servicio¹¹⁰. Como hemos señalado anteriormente la existencia de organismos autónomos la encontramos también el ámbito estatal –y también autonómico- que es a su vez la referencia que se sigue en la nueva ordenación de los organismos autónomos locales de acuerdo con la remisión del art.85.bis.1) LRBRL, aun así con especialidades propias, a los artículos 45 a 52 LOFAGE¹¹¹.

responsabilidad penal de los miembros del Consejo encargados de gestionar el *Eigenbetrieb*, vid. BRÜNING, C. *Der Private bei der Erledigung...* Op. cit. Págs. 70 a 74.

¹⁰⁸ Vid. *El servicio público de abastecimiento...* Op. cit. Pág. 284. También BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa...* Op. cit. Pág. 495.

¹⁰⁹ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho... Parte General*. Op. cit. Pág. 571.

¹¹⁰ Vid. SETUÁIN MENDÍA, B. “Las fórmulas organizativas...” cit. Pág. 181.

¹¹¹ De manera resumida y esquemática, de acuerdo con lo que dispone la LOFAGE en los arts. 45 a 52, ofrecemos las notas más destacadas de éstos. Los Organismos autónomos son entes públicos regidos por el Derecho público, esto es por la Ley 30/1992, la legislación de contratos y en sus aspectos financieros por la Ley General Presupuestaria, a los que se encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos; esto es realizan funciones esencialmente administrativas. Además, disponen de los ingresos propios que estén autorizados a obtener,

Nos interesa para nuestra investigación centrarnos en el régimen jurídico de los organismos que se engloban bajo esta categoría y están relacionados con el servicio de saneamiento de aguas residuales¹¹². Su misión es realizar actividades fundamentalmente administrativas, concretamente puntualiza el art.45.1 LOFAGE: *la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos*, pudiéndose incluir dentro de la última categoría por tanto el saneamiento de las aguas residuales, en sentido amplio.

En caso de que se considere por más adecuado crear un organismo autónomo con el objeto de realizar el saneamiento es el Pleno de la Corporación al que le corresponde tal decisión, así como modificación, refundición y supresión y la aprobación de sus estatutos. Y deben quedar adscritos a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, que los someterá a un control de eficacia. En cuanto a la composición del Órgano autónomo deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos, frente a la exigencia de un consejo de administración en el caso de entidades públicas locales.

La nota fundamental de éstos es que no es el Ayuntamiento quien va a prestar el servicio -que sigue no obstante siendo el titular del mismo- sino una persona jurídica diferente¹¹³ creada de manera instrumental, como gestora, para ello, aunque en este caso

así como de otras dotaciones que puedan percibir a través de los Presupuestos Generales del Estado. El personal al servicio de estos Organismos autónomos será funcionario o laboral en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado, no obstante, la Ley de creación podrá establecer excepcionalmente peculiaridades del régimen de personal del Organismo autónomo en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal. En cuanto a su patrimonio se establece en la Ley que los Organismos autónomos que, además de su patrimonio propio, podrán tener adscritos, para su administración, bienes del patrimonio del Estado. Estos órganos deberán contratar de acuerdo con las normas generales de la contratación de las Administraciones públicas. Su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero será el establecido por la Ley General Presupuestaria. Así lo reitera el art. 60.2 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, del Gobierno al insistir en que tienen la condición de Organismos Autónomos algunos de los que antes se clasificaban como Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial o financiero. Los Organismos autónomos están sometidos a un control de eficacia, que tiene por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados. Se les reconoce capacidad jurídica plena, y así lo expresó ya el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de julio de 1964 al considerar que son órganos con “la plena personalidad jurídica”, *vid.* JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J. *Los organismos autónomos en el Derecho público español. Tipología y régimen jurídico*. Madrid. 1987. *in totum*.

¹¹² Anteriormente identificadas con las Fundaciones públicas de servicio público, como señaló la Sentencia del Tribunal supremo de 14 de marzo de 1988. *Vid.* MORELL OCAÑA, L. “La organización y las formas...” cit. Págs. 396 y 397.

¹¹³ Sobre la polémica de si los organismos autónomos locales poseen o no personalidad jurídica, ante la falta de declaración expresa en tal sentido en la LRBRL, se deduce la misma de la clasificación que el TRRL hace entre organización especializada y organización no especializada, y de la propia diferenciación de art.85.2.A) LRBRL entre gestión por la propia entidad, por organismo autónomo y por entidad pública empresarial... DEL GUAYO CASTIELLA deduce el rasgo de la personalidad jurídica de los

bajo total vinculación al Derecho público. Esta vinculación al Derecho público supone que en sus relaciones con la entidad matriz, con el Ayuntamiento que las crea, se consideren convenios de colaboración no sujetos a las prescripciones de contratación¹¹⁴, pero no así cuando dichos organismos autónomos celebran contratos con terceros, que están sometidos plenamente a la legislación de contratos públicos correspondiente¹¹⁵; aun así la flexibilidad viene aportada bajo esta modalidad por la circunstancia de que poseen *patrimonio*¹¹⁶ y *tesorería propios*, así como *autonomía de gestión*, excluyéndose la rígida aplicación del Derecho general¹¹⁷.

En la celebración de contratos de estos órganos con terceros, además de someterse a las normas generales de la contratación de las administraciones públicas, se requiere como especialidad del ámbito local la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar determinados contratos en función de su cuantía. Al respecto señala la doctrina el error de la reforma de la Ley 57/2003 pues según el también reformado art.21.1.ñ) LRBRL corresponde al Alcalde: “Las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto ni, en cualquier caso, los seis millones de euros incluidas las de carácter plurianual, cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada”, y de acuerdo con el art.221.n), al Pleno le corresponde aprobar “Las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto y, en cualquier caso, los seis millones de euros, así como los contratos y concesiones plurianuales cuando su duración sea superior a cuatro años y los plurianuales de menor duración cuando el importe acumulado de todas sus anualidades supere el porcentaje

organismos autónomos a falta de mención expresa por la LRBRL y de que la remisión de la norma no remite al art.42 de la LOFAGE, en el que se atribuye de manera expresa tal personalidad jurídica a los organismos públicos estatales, en la circunstancia de que el art.85 RSCL sí se la atribuye a las fundaciones públicas del servicio antecedente del actual organismo autónomo local, *vid.* “La gestión de servicios...” cit. Pág. 105. Aun así sostiene la tesis negatoria DÍAZ CAPMANY en “Los organismos autónomos de la Administración Local” en *REDA*. Núm. 88. 1995. Pág. 510.

¹¹⁴ De acuerdo con el art.3.1.c) TRLCAP

¹¹⁵ De acuerdo con el art.1.3) TRLCAP. Y según las especialidades que establece la Disposición Adicional 9ª TRLCAP.

¹¹⁶ Las redes de alcantarillado, por ejemplo.

¹¹⁷ *Vid.* MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de...* Vol. I. Op.cit.Pág.1458.

indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio y, en todo caso, cuando sea superior a la cuantía señalada en esta letra”¹¹⁸.

II.1.3.El caso de las Entidades públicas empresariales para el saneamiento

II.1.3.1.Su previa existencia en el ámbito autonómico

La existencia de entidades públicas empresariales como una forma de gestionar el servicio de saneamiento de las aguas residuales ha sido especialmente utilizado por las Comunidades Autónomas, pues debido al carácter supramunicipal del saneamiento en su fase en alta, y los elevados costes de la depuración las Comunidades asumen un parte importante de competencias. Para la gestión y ejecución de las mismas se optó en algunas de ellas por una figura de talante público, pero que permitía una mayor flexibilidad en al actuación, como es el caso de las entidades públicas empresariales.

Su objeto es precisamente las tareas de gestión, explotación de instalaciones y servicios y la ejecución de obras de tratamiento y depuración de aguas residuales, y, en su caso, la reutilización de las aguas depuradas, así como la gestión recaudatoria del canon de saneamiento, y para ello podrá realizar las obras y servicios que sean convenientes para la mejor explotación de aquellos, ampliar, renovar o mejorar las instalaciones y los medios de explotación, llevar a cabo cuantas actividades comerciales e industriales estime convenientes y sean base, desarrollo o consecuencia de la explotación de las instalaciones o servicios a su cargo, y realizar, para el cumplimiento de sus fines y de conformidad con las normas aplicables, toda clase de actos de gestión y disposición.

II.1.3.2.La incorporación al ámbito local y en la prestación del saneamiento de las aguas.

Por otra parte, se constata en el ámbito local la posibilidad de estas figuras tras la modificación de la LRBRL. En efecto, el apartado c) del art.85.2.A) incluye también entre la gestión directa, como novedad desde 2003, a las Entidades Públicas empresariales (EPP), que han venido a sustituir a los anteriores organismos autónomos

¹¹⁸ Vid. BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa privada...* Op. cit. Pág. 501; MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. “Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre...” cit. Págs. 118 y 119.

de carácter comercial. No obstante, debido a la reciente reforma los ejemplos de estas entidades públicas empresariales los encontramos en gran medida en el ámbito autonómico, como hemos tenido ocasión de adelantar en relación con las leyes de saneamiento, donde las Comunidades Autónomas con competencias genéricas para regular sobre las aguas y sobre el saneamiento de las aguas han canalizado el ejercicio de estas competencias a través de estos organismos, si bien también es cierto que también se recurre a la creación de empresas públicas.

La introducción de esta figura en el municipio no es baladí para nuestra investigación. Pues si bien el saneamiento de las aguas no puede considerarse como un servicio industrial, o de dación de bienes al mercado, sino como una necesidad de interés general, está claro que posee un valor económico, y que por tanto la prestación de dicho servicio va a generar un coste para el Ayuntamiento. Si nos remitimos al objeto que la LOFAGE¹¹⁹ señala como propio de las EPP, el art.53 dice así “se (les) encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”. De ahí que nos parece claro que el desarrollo de estas formas de gestión sea quizás una de las potenciales formas de organización de este servicio, pues el cobro por la realización del mismo es una realidad y un hecho al que no puede renunciar ninguna Corporación. En todo caso la creación, modificación, refundición y supresión de las entidades públicas empresariales corresponde al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Puesto que son una forma de gestión directa, y aunque con personalidad jurídica propia,

¹¹⁹ En segundo lugar, y en la categoría de organismos públicos, la LOFAGE incluyen las Entidades públicas empresariales. La LOFAGE se ocupa de ellos, en concreto, en los arts. 53 a 60. Estos son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (téngase en cuenta que de acuerdo con la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas Fiscales, administrativas y del orden social (BOE 30/12/00), “excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza”), regidas, como regla, por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LOFAGE, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria (art.53). Ello significa que aunque se les considera Administración se rigen, como hemos visto, por el Derecho Privado, aunque la Ley puede atribuirles el ejercicio de funciones y potestades administrativas y entonces, deben someterse al sistema de garantías propio del Derecho Administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el art.2.2 de la Ley 30/1992 y el propio art. 53.3, así como las previsiones especiales previstas en las disposiciones adicionales 6ª a 11ª de la Ley 6/1999. Las potestades administrativas atribuidas a las entidades públicas empresariales sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de éstas a los que en los estatutos les asigne expresamente esta facultad, sin embargo los órganos de las entidades públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración General del Estado, salvo las excepciones que, a determinados efectos se fijen, en cada caso, en sus estatutos (art.54).

quedan adscritos dentro de la organización municipal a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, si bien las Entidades Públicas empresariales podrán también estarlo a un organismo autónomo local. Excepcionalmente, podrán existir Entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.

En las Entidades públicas empresariales locales deberá existir un Consejo de administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos. El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.

El régimen jurídico de las EPP aun siendo un organismo público es, por norma, el derecho privado, salvo en lo que se refiere a la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en aquellos aspectos a los que se refiere la LOFAGE. Así, en el caso de que un servicio como el saneamiento, que se declara como servicio público local, pase a ser prestado por una EPP, ello significa que se somete parcialmente al Derecho privado. Esto va afectar al régimen de contratación del ente público empresarial, pues según matiza la LOFAGE, en relación y de manera diferenciadora con los organismos autónomos, las EPE *se regirán por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las administraciones públicas* (art. 57.1). Nuevamente hemos de diferenciar un doble plano en la aplicación del TRLCAP. En efecto, a nivel interno, la creación por el Ente Local de un EPP para prestar el saneamiento se considera, como hemos visto para los organismos autónomos locales, como una forma de organización interna no sometida al Texto sobre contratos, en base a los razonamientos de la llamada cláusula *in house providing*. Esto, sin embargo, no es válido cuando dicha EPP quiera contratar con terceros, ya que entonces la aplicación de la legislación sobre contratación pública varía según el objeto de la EPP, de acuerdo con los criterios del TRLCAP¹²⁰. Si la Entidad ha

¹²⁰ Ya que como dice J.M. GIMENO FELIU “En todo caso, y admitida la posibilidad de que una empresa pueda realizar encargos directos por parte de la Administración matriz, sin que estos se sometan, por tanto, a las reglas de contratación pública (que, entiendo deberían sustanciarse mediante protocolos y no mediante convenios, pues la naturaleza de estos parece exigir libertad de decisión de ambas partes, lo que no sucede, como hemos visto, en los encargos a medios propios) debe llamarse la atención que el ente encargado deberá aplicar las normas de contratación pública al concurrir en él las notas que permiten calificarlo como poder adjudicador. Es decir, la utilización de los servicios *in house providing* no pueden servir como mecanismo de escape de las reglas de contratación pública pues se concibe como una especialidad organizativa pensada exclusivamente para obtener una mayor eficacia” en “Las Directivas de contratos públicos y la jurisprudencia...” cit. En el mismo sentido M.A. BERNAL BLAY recuerda que “la exclusión de las reglas de contratación se aplica a las relaciones entre el poder adjudicador y el ente

sido creada para “satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, el régimen del TRLCAP se entiende aplicable a todos los efectos, pero si de acuerdo con el art.2.1 TRLCAP ha sido creada para “satisfacer específicamente necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil” sólo se someterán a las prescripciones de la Ley de contratos relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios y cuando se cumplan los umbrales citados en el precepto, y en todo caso entiende MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS que la cláusula residual de la Disposición Adicional Sexta debería ser también de aplicación a las EPE de carácter industrial, en el intento una vez más de controlar cualquier “huida” del Derecho¹²¹. El criterio determinante es pues aclarar si el saneamiento de las aguas residuales que es una necesidad de interés general con carácter industrial o no¹²², ya que el hecho de recibir a cambio una contraprestación no es suficiente, pues la LOFAGE también permite para los organismos autónomos, por ejemplo, a obtener *ingresos propios* (Art.45.2 LOFAGE).

La duda surge porque existen actividades con una clara finalidad empresarial, y otras que no lo son tanto, es pues una interpretación indeterminada que en la mayoría de casos con el fin de aplicar el derecho privado tiende, de manera exagerada, a interpretaciones amplias y que se vinculan a la idea de huida del derecho administrativo¹²³ y que exigen de la labor interpretativa, caso por caso, de los Tribunales. Al respecto puesto que se trata de un requisito exigido por el Derecho comunitario, es necesario como se señaló el TJCE en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, contra España, asunto SIEPSA, que dicha interpretación deba “buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la

instrumental..., pero no opera en las relaciones que entable dicho ente instrumental con terceros”, *vid.* “Las encomiendas de gestión excluidas ...” cit. Pág. 85.

¹²¹ L. MELLADO considera esta Disposición Adicional Sexta como una cláusula de cierre del sistema de la contratación de los entes públicos instrumentales de Derecho privado, a fin de su sometimiento mínimo a los principios ineludibles de publicidad y concurrencia en su actividad contractual, *vid.* “El sistema jurídico de la contratación pública...” cit. Pág. 410.

¹²² Se entiende que una empresa tiene carácter mercantil si se dedica al desarrollo y ejercicio profesional de una actividad económica organizada con finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios. *Vid.* URÍA, R. *Derecho mercantil*. Marcial Pons. Madrid. 1987. Pág. 34. También esta cuestión, citando a Betancor, y al hecho de que es el mercado el encargado de prestar una actividad de carácter industrial se refiere MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS en “Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre...” cit. Pág.128.

¹²³ *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho administrativo. Parte General*. Op. cit. Pág. 407.

normativa de que se trate”. El servicio de saneamiento consideramos que viene así contemplado tanto en la Directiva 91/271/CEE, aprobada para “proteger el medio ambiente de los efectos negativos de los vertidos de las aguas residuales”(art.1.2), como el Real Decreto-Ley 11/1995, en cuyo preámbulo alude a la “adecuada protección de la calidad de las aguas... con el fin último de garantizar la protección del medio ambiente”, como en la LRBRL cuando al señalar las competencias de los Entes locales incluye el alcantarillado y el tratamiento de las aguas para “satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”, como un servicio esencial, necesario para la protección del medio ambiente y en general de la calidad de vida, de lo que se excluye un carácter netamente industrial, y por ello se entiende que si se opta por esta forma de organización, ésta quedaría dentro de las entidades públicas empresariales que se someten en mayor grado al Derecho de contratos públicos.

Cuando estas entidades quieran contratar, además de someterse conforme hemos indicado a la normativa estatal, será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquella. Asimismo el régimen privado se extiende también a su personal sometido al Derecho laboral.

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia, que serán, en todo caso, conformes con la legislación sobre las Haciendas Locales y con lo dispuesto en el capítulo III del título X de la LRBRL.

II.1.4.El recurso a las llamadas “privatizaciones de la organización” en el ámbito local. Las Empresas municipales para el saneamiento de las aguas residuales

La modalidad que aquí presentamos como privatización de la organización configura junto con la gestión indirecta -en concreto, la concesión que trataremos en las próximas páginas- la categoría de “privatizaciones formales” o “falsa privatización”. Se trata de una utilización instrumental del Derecho privado mediante la creación de formas societarias de derecho privado, y que requieren de una alusión inevitable al fenómeno conocido como “huida del Derecho administrativo” y a una inacabada

discusión al respecto entre la Doctrina¹²⁴. Los interrogantes surgen porque la Administración opta por preferir el Derecho privado como régimen aplicable¹²⁵ no ya para desarrollar actividades industriales o comerciales, sino funciones típicamente públicas¹²⁶. Para ello actúan bajo una forma jurídica privada, ya sea una Sociedad Anónima o una Sociedad de responsabilidad limitada u otra similar¹²⁷, sociedades que se rigen *ad extra* por el ordenamiento jurídico privado, si bien *ad intra*, es decir en cuanto a la creación y controles, se rigen por el Derecho Administrativo¹²⁸, en tanto que son un instrumento de la Administración, como sentencia el Tribunal Supremo, en el pronunciamiento de 24 de junio de 2003:

“La realidad es que las sociedades mercantiles constituidas por la Administración como socio único, se hallan más cerca de la fundación de un servicio público que de una figura asociativa (art.1665 del Código Civil, art.116 del Código de Comercio)... Es cierto que externamente estas sociedades mercantiles se relacionan con los usuarios bajo formas jurídicas propias del Derecho privado, pero en cambio

¹²⁴ En este sentido S.GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ en *Los mercados de interés general...* Op.cit. Pág. 26.

¹²⁵ Sobre los orígenes en la aplicación del Derecho privado por las Administraciones Públicas, *vid.* GARRIDO FALLA, F., “Sobre el Derecho Administrativo...” cit. Págs. 34 y 35; DEL SAZ “Desarrollo y crisis...” Op.cit. Pág. 141.

¹²⁶ Como fue el caso paradigmático de la Agencia Estatal Tributaria. *Vid.* DE LA SERNA BILBAO, M.N. *La privatización...* Op.cit. Pág. 77. Nota 103; SORIANO GARCÍA, J.E. *Desregulación, privatización...* Op.cit. Págs. 5 y ss; TRONCOSO REIGADA, A. *Privatización, Empresa...* Op.cit. Págs.141 y ss. Y la bibliografía allí citada.

Actualmente si bien el denominado sector público empresarial destinado a la realización de actividades de carácter industrial ha quedado reducido y sustituido por empresas privadas, desde el año 1996, asistimos –siguiendo a M. SÁNCHEZ MORÓN- a la aparición de formas societarias para la realización de funciones de interés general como son las “sociedades urbanísticas” que crean los Ayuntamientos para realizar tareas de gestión de la urbanización de terrenos públicos y la explotación de las obras resultantes, para la contratación de obras con terceros, caso conocido de GISA, creada para la realización de las obras de las Olimpiadas de Barcelona de 1992 (*vid.* MALARET GARCÍA, E. *Público y Privado en los Juegos Olímpicos ...Op. cit*), así como en el ámbito del Derecho de aguas, asistimos a la aparición, desde 1996 hoy perfectamente integradas en el ordenamiento jurídico tanto de aguas, como general, de las Sociedades estatales del agua, *vid.* *Derecho administrativo. Parte General.* Tecnos. Madrid. 2005. Pág. 421.

¹²⁷ Conocidas como *Sociedades estatales mercantiles*, que son aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que según la LGP integran el sector público estatal, sea superior al 50%, y que se rigen por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que le sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de contratación y de patrimonio. Una característica con importantes repercusiones en cuanto a su actividad es que estas sociedades no pueden ejercer funciones de “autoridad pública”. Esta figura se regula por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que deroga el anterior régimen del Texto Refundido de la LGP, en relación con la disposición adicional 12ª de la LOFAGE, y por la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

¹²⁸ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/T-R.FERNÁNDEZ en *Curso...* Vol.I.2004. Op.cit. Págs.423 y 424.

internamente actúan casi como un órgano del ente público. En especial, desde el punto de vista de su régimen económico-financiero, forman parte del Sector Público....”

Analicemos en concreto el desarrollo de estas *privatizaciones* aplicado al sector del saneamiento.

II.1.4.1.El sometimiento al Derecho de contratación

En España son cada vez más numerosos los ejemplos de creación de Empresas Públicas municipales que tienen por objeto el tratamiento y saneamiento de las aguas residuales así como la construcción de las obras hidráulicas necesarias para realizar estas tareas, dotándose, de este modo, a las Entidades Locales de un instrumento altamente cualificado y ágil que complementa con su apoyo técnico y económico. Estas Empresas resultan, de hecho, una cualificada consultora cuyo fin último es apoyar y complementar técnicamente a las Mancomunidades; paralelamente constituye también una línea de financiación extramunicipal. La colaboración entre ambas entidades, las Mancomunidades y las Empresas públicas, favorece además la construcción de estaciones depuradoras.

En la gestión del saneamiento de las aguas residuales el municipio puede, pues, optar por realizar la prestación él mismo, pero bajo un régimen bastante más flexible, pues estas empresas se someten en *principio* al Derecho Privado, de manera más evidente que las anteriores Entidades Públicas Empresariales y también al Derecho de la competencia, pero su pertenencia al sector público determina la aplicación del derecho público en algunos aspectos. En este sentido el art.85.2.A.d) LRBRL se refiere a la creación de una “Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma¹²⁹”. En el caso de que sea a través de

¹²⁹ Pero esta situación no siempre fue así. Existió un cierto desfase o contradicción entre la regulación de la LRBRL de 1985 y la Ley de contratación de 1995. Pues mientras que en la anterior Ley de contratos de 1995 (art.155.2) se consideraban como públicas -y por tanto una de las modalidades de gestión directa- a las empresas con participación mayoritaria de la Administración con la consiguiente no aplicación de las normas del contrato de gestión de servicios públicos, en la LRBRL desde 1985 (art.85.3.c)- sólo se incluía dentro de la gestión directa, por considerarse como públicas, las Empresas con capital íntegramente público, bien perteneciente a la entidad local o a un ente público de la misma, y, como forma de gestión indirecta prevista en el artículo 85.4.c) las que estuvieran participadas por capital público y privado. Esta situación se vio solventada, y aunada así la clasificación entre ambas normas, tras la reforma por la Ley 53/1999 del anterior artículo 155.2) LCAP, pues se pasó a considerar solamente como forma de gestión directa -manteniéndose la exclusión que hemos visto- las sociedades mercantiles si su capital era exclusivamente público, tal y como se recoge en el actual artículo 154.2 TRLCAP de 2000. Ésta fue en parte la cuestión dirigida por la Diputación Provincial de Valencia a la Junta Consultiva

esta modalidad, la creación de una empresa pública municipal encargada del saneamiento, la opción elegida habrá que tener en cuenta el régimen jurídico aplicable. Pues surgen dudas en relación a si son aplicables las Directivas comunitarias, o en su defecto el Derecho comunitario primario, en el caso de que una Administración local decida prestar el servicio de saneamiento mediante una empresa municipal pública.

Entran nuevamente en juego las disposiciones sobre contratación. Esto es, por remisión de la propia LRBRL, hemos de volver a examinar el Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000, que como ha sido señalado ha debido, especialmente en relación a estas tipología de sujetos, adaptarse mediante diversas modificaciones, las más significativas la de 2003 y la reciente y célere de 2005, al Derecho comunitario tras varias denuncias y condenas por parte de la Unión Europea¹³⁰.

La respuesta a las anteriores reflexiones debe, pues, permitirnos aclarar cómo una empresa pública cuya misión es la de realizar el servicio de saneamiento de las aguas queda sometida a las exigencias que sobre contratación exige la Unión Europea y que el Estado debe trasponer al ámbito nacional. En este caso además del criterio de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” que ya hemos anticipado, debe tenerse en cuenta cuándo estamos, según el Derecho europeo, ante una empresa pública¹³¹.

Bien, del artículo 1 en el que se define, en primer lugar, el ámbito subjetivo de la Ley no puede deducirse la aplicación de las normas del TRLCAP a las empresas públicas locales creadas para prestar el saneamiento de las aguas, por cuanto se refiere a “organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia...”, y las sociedades públicas, estatales, autonómicas o municipales, son personas de derecho privado. Por ello el siguiente paso es, sin perjuicio de que el anterior precepto no acoge la descripción funcional que de “organismo públicos” defiende la Unión Europea, basado no en la forma jurídica, sino

de Contratación Administración en relación con el cambio de régimen jurídico aplicable de la empresa EGEVASA relativa a la Gestión del Ciclo integral del Agua, cuyo 49% del capital social pertenecía a un socio privado, y que fue objeto de Informe 24/00, de 30 de octubre de 2000 “Relaciones entre la Diputación Provincial de Valencia y sociedades de Derecho privado en cuyo capital es mayoritaria la participación de la Diputación”.

¹³⁰ Un resumen y análisis de las reformas del TRLCAP y de cuales han sido los cambios más significativos en el Derecho de contratos español, así como una propuesta para la modificación del actual Texto ofrece A. HUERGO LORA en “El derecho español de contratos...” cit, *in totum*.

¹³¹ *Vid.* Nota 52 en la Segunda Parte.

en el cumplimiento de los tres requisitos ya comentados, dirigirnos al actual artículo 2.1 TRLCAP donde somete, parcialmente, al ámbito subjetivo de aplicación¹³² a las entidades de derecho público con finalidades empresariales (que sería algunos supuestos de entidades públicas empresariales¹³³), a determinadas sociedades mercantiles en referencia a Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas¹³⁴ y otras sociedades mercantiles creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y las fundaciones del sector público¹³⁵ en la celebración de los contratos de obras, de suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior con exclusión del IVA, a 5.278.227 euros si se trata de contratos de obras, o a 211.129 euros¹³⁶ si se trata de cualquier otro contrato, sometiendo tales sujetos a las prescripciones de capacidad de las empresas, de publicidad y de procedimiento de licitación y formas de adjudicación.

En una primera aproximación desde el punto de vista subjetivo y en cuanto a sus relaciones con terceros podríamos decir que siempre y cuando una empresa pública local realice mediante algunos de dichos contratos, en concreto el de obras nos parece el más idóneo, y cumpliendo dichos umbrales el servicio de saneamiento debe someterse a la Ley de contratos en la medida indicada.

Aun así, la Disposición adicional Sexta completa la transposición del Derecho europeo¹³⁷ estableciendo que cuando se trate de algún contrato que no sea alguno de los

¹³² Sobre la denominación del artículo 2 como “Adjudicación de determinados contratos de derecho privado” y la congruencia con su contenido, nos adherimos a la crítica que M.A. BERNAL realiza de la nomenclatura y sistemática utilizada por el legislador español, pues en el mencionado artículo 2 lo que se está a la par determinando es el ámbito subjetivo de la Ley, *vid.* “Acerca de la trasposición...” cit. Pág. 173.

¹³³ Advierte HUERGO LORA que estos entes públicos en tanto en cuanto tiene una finalidad mercantil aclaramos, no cumplen los requisitos enumerados por el TJCE para los “poderes adjudicadores”, por lo que en principio la norma española se ha sobrepasado de las exigencias europeas, pues no es obligado desde aquella instancia someterlos a las Directivas de contratación, opinión que compartimos plenamente, *vid.* “El Derecho español de contratos...”, cit. Pág. 229.

¹³⁴ Que con referencia a la LPAP, serían aquellas en cuyo capital social participe el sector público en más del 50%, o sociedades controladas directa o indirectamente por el mismo.

¹³⁵ A las reguladas por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de los arts. 44 y ss, y en el art.3.3 LGP.

¹³⁶ Cifras de acuerdo a la Orden EHA/4110/2005, de 29 de diciembre.

¹³⁷ SALA ARQUER ofrece una visión crítica sobre la efectividad de esta Disposición Adicional Sexta, pues entiende que únicamente se introduce como una forma de “guardar las apariencias” de cara al cumplimiento del Derecho europeo, *vid.* “Huida al Derecho...” cit. Pág.411. El TSJCE ha señalado confirmando el carácter residual de ésta cláusula que solo será de aplicación cuando “los sujetos privados

enumerados en el art.2.1 TRLCAP, las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público del art.2.1 TRLCAP, así como el resto de sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho publico ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, respondiendo así al criterio funcional que sigue el Derecho comunitario en la calificación de un sujeto como ente adjudicador y se basan en tres requisitos¹³⁸ ya mencionados, pero que conviene recordar, que el ente haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil¹³⁹, que esté dotado de personalidad jurídica y que su actividad sea mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sea nombrados por el Estado, los entes u otros organismos de derecho publico¹⁴⁰, esto es se opta por una interpretación funcional de “organismo público”, como han señalado la doctrina y también la jurisprudencia, como la Sentencia de Tribuna de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002. Caso 470/99,

que no cumplan alguno de los requisitos para tener la consideración de poder adjudicador“ (STJCE de 15 de mayo de 2003).

¹³⁸ Al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagebau Austria AG* y otros contra *Strobal Rotationsdruck GesmbH*. Caso C-44/96.

¹³⁹ A partir de esta Sentencia el TJCE considera que el indeterminado concepto jurídico “necesidad de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil”, clave entre otros para definir un organismo de público en el sentido comunitario, no excluye las necesidades que también puedan ser satisfechas por empresas privadas, no siendo suficiente el hecho de que haya competencia para excluir la posibilidad de que un organismo financiado controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho públicos se gué por consideraciones que no tengan carácter económico. Además de la STJCE *Agorà*, de 10 de mayo de 2001 (Caso C.223/99 y 260/99), se interpreta a *sensu contrario* que un organismo que realice beneficios no debe ser considerado necesariamente como un organismo que satisface necesidades meramente mercantiles. Finalmente ha sido en la sentencia *Truley*, de 27 de febrero de 2003 (Caso C-373/00) cuando el TJCE ha entrado a aclarar algunos aspectos de este concepto indeterminado. Se plantea así el conflicto entre los partidarios de que sea cada Estado miembro el que designe tal realidad, frente a las tesis comunitarias que consideran que el Derecho comunitario acota una “esfera máxima de extensión” dentro de cual los Estados miembros pueden establecer su propio concepto, por lo que éste puede variar; sin embargo solventada esta cuestión a favor de las instituciones comunitarias, no se abordó el tema sustancial de definir esta noción, *vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. “La nueva regulación...” cit. Págs. 294 y ss; Según DÍAZ LEMA la satisfacción de necesidades general, que se definen negativamente como la inexistencia de carácter industrial o mercantil, aun bajo una forma jurídica privada supone la aplicación de la normativa sobre contratos públicos, *vid.* “Contratos públicos y Derecho español...” cit. Pág. 850.

¹⁴⁰ De acuerdo a lo que dispone el art.1.9 de la nueva regulación contenida en la Directiva 2004/18/CE.

*Universale-Bau AG y otros v. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*¹⁴¹ y por un mayor sometimiento a los postulados comunitarios de modalidades de gestión de servicios públicos que en principio pudieran aparecer excluidos de tales exigencias, pues como dice D.BLANQUER “la huida del Derecho privado puede tener algunas ventajas (la mayor flexibilidad en la gestión), pero entraña también alguna carga (el respeto de la libertad de mercado y en especial de las reglas que garantizan la competencia en condiciones de igualdad)¹⁴²”.

Sin embargo la anterior afirmación *a priori*, será a continuación matizada desde el punto de vista del objeto, e interno -de sus relaciones con la Administración matriz- en relación con los contratos y negocios excluidos en el art.3 por el propio TRLCAP, pues es necesario en este caso hacernos eco la teoría de los contratos *in house providing* del apartado l) del art.3 TRLCAP.

Lo que se ha denominado como contratos *in house Providing*, o también “excepción *in house*”, son supuestos observados de manera restrictiva por el TJCE¹⁴³. Tales situaciones surgen cuando a las empresas públicas no se les aplica las normas de contratación porque no existe un contrato, ya que el ente territorial que las crea ejerce sobre la persona de que se trata un *control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios y dicha persona realiza la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, sin que exista una auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, tal y como expuso la sentencia, en el punto 50, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de noviembre de 1999, caso *Teckal (C-107/98)*¹⁴⁴. Este

¹⁴¹ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. “La nueva regulación de la contratación pública...” cit. Pág. 293; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ “Los retos de la contratación pública” en *RarAp*. Núm.22.2003. Pág.31.

¹⁴² Vid. BLANQUER, D. *La iniciativa privada...* Op. cit. Pág.517.

¹⁴³ Vid. FATOME, E/ MENEMENIS, A. “Concurrence et liberté d’organisation...” cit. Pág.71.

¹⁴⁴ En el pronunciamiento señalado se exige la concurrencia de dos requisitos que son analizados por M.A BERNAL BLAY con las siguientes conclusiones: por una parte reflexiona el autor acerca del concepto de “control análogo”, que, a pesar de las apariencias, no se vincula el porcentaje de capital social que el poder adjudicador pueda suscribir en una sociedad de derecho privado, sino que control análogo significa que el ente instrumental carece de autonomía desde el punto de vista decisorio con respecto al poder adjudicador, no existiendo, por tanto, verdadera autonomía contractual, de forma que aunque materialmente se trate de sujetos distintos, no lo son formalmente. En la Sentencia *Stadt Halle*, de 11 de enero de 2005, C-26/03, el TJCE deniega el carácter *in house* alegado a las relaciones entre un poder adjudicador y una sociedad de derecho privado en la que el poder adjudicador es accionista al lado de inversores privados en el capital de una sociedad. De la misma manera el TJCE en la Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03 razona, sobre el caso de una concesión de servicios, que una sociedad, aun intervenida integralmente por un poder adjudicador, no puede ser considerada como una relación *in house*, a no existir un control análogo al que ejerce sobre sus propios medios desde el momento en que sus estatutos prevén que su capital puede abrirse a inversores privados y que por tanto

pronunciamiento que se ha aplicado en la Sentencia TJCE de 13 de enero de 2005 de manera extensiva también a los convenios interadministrativos, dando lugar a la modificación del art.3.1.c) TRLCAP y a la introducción como negocios y contratos excluidos, en el apartado l), a “las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública”, es el que tenemos que entender aplicable para el caso de una empresa íntegramente pública sea la encargada del saneamiento de las aguas residuales a través de una encomienda de gestión, pues no se produce en estos casos contrato administrativo alguno, sino que el poder adjudicador acude a sus propios medios para realizar el servicio que desea¹⁴⁵.

II.1.4.2. Régimen jurídico de las empresas públicas encargadas de la gestión del saneamiento

Una vez hemos visto las dificultades en la sujeción al Derecho comunitario de estas empresas, nos interesa analizar las características de las mismas.

El municipio al crear una sociedad mercantil local para gestionar el saneamiento de las aguas residuales, una vez realizado el procedimiento oportuno que requiere de la tramitación del expediente de oportunidad y conveniencia regulado en el art.97 TRRL¹⁴⁶ y del acuerdo del Pleno¹⁴⁷, como se ha visto anteriormente al tratar la

podrá desarrollar otras actividades además de las que ejerza por mandato del poder adjudicador, pues también se somete a los deseos de otras personas, por lo que debe someterse a concurrencia tal concesión. Este razonamiento fue el que llevó a la Corte a condenar a la República de Austria por un contrato relativo a la eliminación de residuos que se celebró sin formalidades por un municipio y una sociedad participada íntegramente por el mismo en la fecha de la firma del contrato, pero de la que una parte del capital (49%) es poco después cedida a un inversor privado (Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas v. República de Austria. C-29/04). El segundo requisito de los “contratos *in house*” es que la entidad proveedora debe necesariamente, realizar la parte esencial de su actividad para el ente que la controla, *vid.* “Las encomiendas de gestión excluidas...” cit. Págs. 82 y ss.

¹⁴⁵ Sobre la reforma del apartado c) y l) del art.3 TRLCAP existen opiniones diversas. Así mientras que para HUERGO deberían haber formado parte de único apartado, para GIMENO FELIU cada apartado se refiere a un supuesto diferente y por ello debe mantenerse tal diferenciación “ya que, como se constata, convenios y servicios *in house* son técnicas distintas y su separación aporta claridad. Si hay un servicio con medios propios no puede instrumentarse mediante convenio ya que su fundamento dogmático son evidentemente, distintos”, *vid.* “Las Directivas de contratos públicos y la jurisprudencia...” cit.

¹⁴⁶ En dicho expediente deberá constar el servicio o actividad que se presta mediante sociedad mercantil local, los estatutos, así como las tarifas y el régimen económico financiero.

¹⁴⁷ Recuérdese que para algunos autores, la finalidad de su intervención es determinar la forma de prestación de la actividad o servicio, no la de considerar la oportunidad y conveniencia de dicha

iniciativa pública local y la reserva de servicios esenciales¹⁴⁸, somete esta tarea, a tenor del art.85.ter.1) LRBRL, cualquiera que sea su forma jurídica, al ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

La primera cuestión que surge es relativa a la forma jurídica, puesto que parece existir cierta libertad. Libertad que no es plena, ya que se exige que la responsabilidad del Ente Local sea siempre limitada (arts.103 TRRL y art.89 RSCL); por ello, puede optar bien por una forma de sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada¹⁴⁹ contribuyendo para dicha constitución tanto con aportaciones dinerarias, como bienes¹⁵⁰ o derechos reales¹⁵¹. En cuanto al régimen de gestión del servicio que tengan por objeto, el saneamiento, no son aplicables a estas sociedades las normas que el TRLCAP contiene en el Título II relativas al contrato de gestión de servicios públicos, como señala expresamente el art.154.2 TRLCAP. Estas Sociedades en cuanto son organismos públicos, de acuerdo con el criterio señalado, y más aun en el caso del saneamiento de las aguas pues está claro que aunque existe un cierto valor mercantil en la prestación de este servicio, como en todo servicio público, prima el valor de ser una “necesidad de interés general” se someten a ambos regímenes jurídicos en aplicación de la citada teoría de los actos separables, o *Zweistufentheorie*¹⁵². Es decir, por una parte se somete a

prestación, *vid.* ARANA GARCÍA, E. “El procedimiento administrativo necesario...” cit.Pág.79. *Vid. supra*, Nota 105, en la Tercera Parte.

¹⁴⁸ Nos remitimos al epígrafe C.2). *La especificidad del régimen local*, de la Segunda Parte.

¹⁴⁹ Sobre la evidente inexactitud del art.103 TRRL cuando señala las formas que estas sociedades deben adoptar no debemos pasar por alto el comentario que J.F.MESTRE DELGADO realiza; pues la redacción del precepto conduce en principio a confusión ya que en relación con las formas que debe adoptar la sociedad mercantil de capital público declara que “habrá de adoptarse una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada”, literalidad que ha sido sin embargo interpretada por la doctrina en el sentido de que alude a “una de las formas de responsabilidad limitada”, ampliándose las posibilidades de actuación del municipio, *vid.* “Las formas de prestación...” en *Tratado...* cit. Pág. 1462.

¹⁵⁰ Que no pueden ser aquellos calificados de bienes de dominio público, por cuanto son bienes inalienables, pero sí se pueden aportar derechos de uso sobre esos bienes.

¹⁵¹ En cuanto a las aportaciones en el momento de constitución, a pesar del tenor literal del art.85.ter.2)LRBRL, y acuerdo con la trasposición del art.12 LSA del Derecho comunitario el capital deberá ser suscrito íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma, pero es bastante con que se realice sólo un desembolso de la cuarta parte.

¹⁵² Recordemos que esta técnica supone que los actos necesarios de creación y dirección de los entes de la Administración, aunque externamente presenten una forma privada, con su correspondiente régimen jurídico privado, son, siempre, actos administrativos y justamente este carácter público es irrenunciable y propio de los mismos, por ello están inequívocamente sometidos al Derecho Administrativo y, como bien expresa su enunciación, dichos actos se consideran perfectamente “separables” de la forma mercantil que revisten dichas instituciones. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R

las garantías propias del Derecho público la oportunidad de crear tal empresa, controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa, y el posterior funcionamiento puede someterse bien al derecho público, bien al derecho privado, éste último cuando se opta por la creación de una sociedad local¹⁵³. También como técnica correctora del abuso de los entes instrumentales de la Administración se aplica la llamada “doctrina del levantamiento del velo”¹⁵⁴ a través de la cual se consigue desenmascarar las posibles evasiones del ordenamiento jurídico en general llevando a la aplicación del régimen correspondiente. Sin embargo también denuncia la doctrina los titubeos y la falta de contundencia en relación con el “levantamiento del velo de la personalidad jurídica” tras la Sentencia de 6 de noviembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la que se declara la incompetencia para conocer de un caso de una Fundación, bajo personalidad jurídico-privada, pero que realiza funciones de fomento y está financiada por las Administraciones Públicas¹⁵⁵.

Además como hemos venido reiterando el control de derecho, aunque cuando una Administración Pública opte por la forma jurídica privada, se basa en que también el derecho privado es derecho, y por ello, las ventajas que supone esta rama del ordenamiento jurídico, comporta por el contrario el sometimiento a las reglas de la libre competencia y del mercado, bajo el principio de mercado libre de la Unión Europea. Todo ello sin olvidar que en todo caso las Administraciones públicas como tales, no dejan de perder su esencialidad y por ello se someten siempre a los principios constitucionales y al respeto de los Derechos fundamentales, en aplicación de un estatuto similar al *Verwaltungsprivatrecht*, que combate esa posible huída del Derecho Administrativo, que tanto se recela¹⁵⁶. Además, recientemente la acomodación de

FERNÁNDEZ, en *Curso...* Vol.I. Op. cit. 2004. Pág. 411. Más ampliamente, *vid.* Nota 92, *supra*. Segunda Parte.

¹⁵³ *Vid.* BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. *Manual...* Op.cit.Pág.862.

¹⁵⁴ Que permite descubrir al verdadero titular de una actividad o empresa “cubierto” por una determinada personalidad jurídica que, de forma abusiva, intenta evadir la Ley y perjudicar posiciones de terceros, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/T-R.FERNÁNDEZ, *Curso...* Vol.I. 2004. Op.cit. Pág. 411. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de septiembre de 1988 declara, con carácter general, “cuando los derechos de tercero puedan verse afectados los Tribunales de Justicia pueden alzar el velo de la personalidad para evitar así la posible consolidación de situaciones antijurídicas en el fondo aunque tal vez legales en la forma”.

¹⁵⁵ *Vid.* ARIÑO ORTIZ, G, *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica.* Comares. Granada. 2004. Págs.79 y ss.

¹⁵⁶ *Vid.* BURGI, M., *Die Dienstleistungskonzession...* Op. cit. Pág. 17; STOBER “Möglichkeiten und Grenzen einer Privatisierung der kommunale Abwasserentsorgung” en *Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnership auf dem Gebiet des Entsorgung.* Dokumentation der Fachtagung des Instituts für

nuestra Ley de contratos tras la reforma por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, consecuencia de la Sentencia condenatoria de 15 de mayo de 2003, ha determinado que las empresas públicas se sometan también a los principios de contratación pública que exige la Unión Europea en sus Directivas y a nuestro vigente Texto Refundido.

Ejemplo de estas las empresas que en el ámbito municipal que se encargan de realizar la gestión, en la mayoría de los casos integral, de los servicios del agua, son EMASESA creada en 1974 por el Ayuntamiento de Sevilla como una empresa municipal privada, bajo la forma de Sociedad Anónima, EMALCSA, constituida por el ayuntamiento de A Coruña en 1978, EMMASA creada por el Ayuntamiento de Tenerife desde 1942, pero desde 1981 como sociedad anónima, que incorpora la prestación del servicios de alcantarillado y la estación depuradora de aguas residuales, así como también en Córdoba, Huelva...

II.2. La gestión indirecta municipal en el saneamiento¹⁵⁷

Como ha expresado MOLINA GIMÉNEZ, “la entrada de empresas privadas en los suministros urbanos no es plenamente libre en ningún ordenamiento jurídico comparado. Algunos, como el británico, sujetan la incorporación de operadores a una *autorización operativa*. Otros, como el americano, acuden a la técnica de contrato, y los de tradición continental utilizan las técnicas tradicionales del servicio público, también de naturaleza contractual. La actividad requiere en definitiva de alguna suerte de regulación pública, que se articulará de manera más o menos intensa según el sistema¹⁵⁸”.

Berg- und Energierecht, am 3. Mai 1994 in Dusseldorf, Stuttgart, München. 1994.Pág. 29. Tettinger (Hrsg).1994.Pág.29.

¹⁵⁷ La posibilidad de gestión indirecta es equiparable con el concepto alemán ampliamente usado de *funktionale Privatisierung*. La “funktionale Privatisierung” se basa entre la doctrina alemana en el razonamiento de que no toda función estatal debe ser necesariamente ejecutada a través del poder estatal en un planteamiento muy similar al de la gestión indirecta en España, pues en aquel país con esta categoría se traspasa sólo la gestión y no la titularidad, manteniéndose la responsabilidad de los poderes públicos en la ejecución de las tareas; eso sí, como señala I.EWALD, la responsabilidad del Estado varía en intensidad según la modalidad adoptada dentro de este cajón de sastre que son las *funktionale Privatisierung*, vid. *Privatisierung staatlicher Aufgaben*. Brühl. Rheinland. 2005. Pág.19. Originariamente las privatizaciones funcionales abarcaban los supuestos de entrega de la gestión al sector privado, los típicos casos en aquel país de *Betreibermodell* y *Betriebsführungsmodell*, reteniendo el poder público la titularidad del servicio o actividad, y también la responsabilidad del servicio.

¹⁵⁸ Vid. *El servicio público de abastecimiento...* Op. cit. Pág. 295.

En el caso español la intervención privada, de momento, se articula como vamos a ver a través de lo que se conoce como gestión indirecta o “contrato de gestión de servicios públicos”, como las titula el TRLCAP, al que remite la LRBRL. En concreto la LRBRL se refiere al art.156 TRLCAP, y no al resto de preceptos del Título II del TRLCAP, como ha señalado DEL GUAYO CASTIELLA, por lo que seguirán vigentes las eventuales especialidades de la legislación local en vigor¹⁵⁹, básicamente por lo que dispone el art.112 TRRL¹⁶⁰.

El contrato de gestión de servicios públicos implica la prestación por particulares, bajo la supervisión del poder público¹⁶¹ y además su escape *a priori* de la exhaustividad de normas comunitarias, salvo las excepciones ya vistas de sometimiento al resto de cláusulas del Tratado, que recoge nuestro art.11 TRLCAP (principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación), de modo que no se trata a nuestro entender, a pesar de las opiniones de algún sector de la doctrina, de una privatización¹⁶².

¹⁵⁹ Vid. “La gestión de servicios...” cit. Pág. 125.

¹⁶⁰ “Los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos a cargo de las Entidades locales, así como la prestación de suministros a las mismas, tienen el carácter de administrativos, y su preparación, adjudicación efectos y extinción se regirán por la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias, así como por la restante legislación del Estado y, supletoriamente, por las demás normas del Derecho Administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas del Derecho privado”.

¹⁶¹ Vid. VILLAR PALASÍ, J.L. “Concesiones administrativas” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. T.IV. 1952. Pág. 687.

¹⁶² Se asume con ello las posiciones de aquellos que señalan que los modos de gestión indirecta, entre ellos el tradicional uso de la concesión, no significan una privatización, ni traspaso alguno de titularidad, porque no hay *despublificación*, por lo tanto usar en estos casos el vocablo “privatización” puede tacharse de excesivo y abusivo, entre ellos A. JIMÉNEZ BLANCO en “La gestión indirecta de servicios municipales” en la Conferencia que pronunció en el Instituto de Empresas, en febrero de 1994. Y G.ARIÑO ORTIZ en *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons. Madrid. 1993. Pág. 243. También la jurisprudencia se decanta por la diferenciación entre concesión y privatización, dado que con la primera únicamente se traslada a un particular una esfera de actuación, en principio administrativa, pero manteniéndose la titularidad en manos de la Administración, en resumen de lo expresado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1956 y de 21 de febrero de 1969; Con una opinión contraria D. MORGAN y R. ENGLAND sí consideran como una posible privatización el uso de las fórmulas concesionales, vid. “Las dos caras de la privatización” en *Privatización, evaluaciones teóricas recientes*. Núm.2. Vol.6. Caracas. 1989. Pág. 82.

II.2.1.La concesión en el servicio público local de saneamiento de las aguas residuales

La figura de las concesiones es ya una tradición en nuestro país surgida como respuesta en el contexto del Estado liberal a la necesidad de hacer frente a servicios de contenido económico, susceptibles de explotación comercial¹⁶³. En esta categoría de servicios con un fuerte componente industrial, pero no único rasgo del servicio, se sitúa el servicio de recogida de las aguas residuales, su conducción y posterior tratamiento, de forma que mediante esta forma de gestión la titularidad permanece en la esfera pública, pero la gestión se traspassa a privados, generalmente empresas.

Merece la pena una vez más acudir a la precisión terminológica para no incurrir en confusiones teóricas. Las concesiones que implican la entrada de terceros, privados, en el ámbito de lo público presentan unos rasgos claros que establece su paralelismo, pero también su diferencia, con el fenómeno de las privatizaciones en sentido estricto, no en vano algunas veces consideran las concesiones como una forma de privatización¹⁶⁴. A ello debemos añadir con visos aclaratorios que en la definición que hemos dado se opta por una descripción amplia de la institución en la que se incluyen tanto la concesión de obras, como la de servicio (art.114.2 RSCL), sin embargo nuestro ámbito de investigación se refiere en este caso a la concesión de la gestión del servicio, a la que se refiere el art.156.a) TRLCAP, sin perjuicio de que se contemple brevemente al hilo las *líneas maestras* de la concesión de obras hidráulicas de obvia presencia en el servicio de saneamiento¹⁶⁵, aunque como hemos visto las obras hidráulicas pueden también realizarse por las Confederaciones Hidrográficas y a través de las Sociedades

¹⁶³ Vid. GARRIDO FALLA, F, “Privatización y reprivatización” en *RAP*. Núm.126.1996. Pág.14.

¹⁶⁴ Así se puede entender si como señala I.SANZ RUBIALES se entiende el concepto privatización en un sentido amplio, esto es que se identifica con la mayor presencia de “lo privado” frente a “lo público” en muy diversos campos: titularidad de actividades, formas de gestión, régimen de propiedad, régimen jurídico, etc. Vid. *Poder de autoridad y concesión...* Op. cit. Págs.9 y 47.

¹⁶⁵ Destaca GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ como el régimen de concesión, según el cual el concesionario lleva a cabo la explotación a su riesgo y ventura, se ha aplicado fundamentalmente a obras hidráulicas... Que es la opción que se introdujo de manera perfeccionada con la Ley 13/1996, donde se incluía como modalidad específica de la concesión, la concesión de construcción, conservación y explotación de obras e infraestructuras hidráulicas. Vid. “Privatización de infraestructuras” en *Derecho privado y Constitución*. Núm.15.2001. Págs.227 y ss.

Estatales del agua. Finalmente también es posible que se origine una concesión mixta en la que se disfrute de una concesión de obra y además de servicio¹⁶⁶.

II.2.1.1.El significado de las concesiones de servicio. Sus rasgos distintivos

La concesión es una forma clásica de gestión indirecta¹⁶⁷ en la que, por razones de interés público, un tercero privado ejerce a su riesgo y ventura una actividad o presta un servicio público por un tiempo, regulándose las condiciones de esta gestión a través de un contrato con la Administración Pública¹⁶⁸. Puesto que el saneamiento es un servicio propio del entorno local, es en este caso el Ayuntamiento el encargado de decidir si presta o no mediante concesión el saneamiento de las aguas residuales.

Si efectivamente la Administración Local opta por su prestación mediante concesión se está reservando un control externo y también interno sobre esta actividad económica y ambiental. Externo porque establece él mismo previamente las condiciones del ejercicio de los servicios¹⁶⁹ e interno porque puede posteriormente modular dicho

¹⁶⁶ En este caso según dispone el art.148.2 TRLCAP y el art.183 del Reglamento la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y de las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización, siendo aplicables los preceptos establecidos en esta ley para la concesión de obras públicas.

¹⁶⁷ Que según A. KONNINCKX FRASQUET puede configurarse, a partir de la opinión mayoritaria de la Doctrina, como uno de los ejemplos paradigmáticos de las llamadas “relaciones especiales de sujeción”, *vid.* “Artículo 85” en *Comentarios a la Ley...* Op. cit. Pág.1539. Sobre las mencionadas “relaciones especiales de sujeción” señalaba recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de febrero de 2005 (Ar.2005\26) en el FJ 4º que “no son un ámbito entre nosotros en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en que la Administración pueda dictar norma sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto a ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa relación”. Y continua señalando en el FJ 5º que “imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales... son la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución la ley de acuerdo con la constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos”. Sobre este tema en general, *vid.* COTINO HUESO, L. “Las relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España” en *RPJ*. 1999.Núm.55. Págs. 291 a 324; JIMÉNEZ LECHUGA, F.J. “Relaciones de especial sujeción y límites constitucionales: especial referencia al caso de los militares, los funcionarios y los enfermos hospitalarios” en *RarAp*. Núm.17. 2000. Págs. 417 a 458; LASAGABASTER HERRARTE I., *La relaciones de especial sujeción*. Civitas. Madrid. 1994, en especial, págs. 182 a 188.

¹⁶⁸ El dictamen del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 1950, Expte. núm. 6683, la define como “la cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa... lo característico y común es que en todo caso, y por hipótesis, esta transferencia es parcial y comprenda una tasa limitada de facultades...”

¹⁶⁹ Sobre la idea de “control externo”, *vid.* J.L.SÁNCHEZ DÍAZ “Los servicios locales...” cit. Págs. 1048 y 1049.

ejercicio¹⁷⁰. En este sentido, se habla del carácter contractual de la concesión, naturaleza que, aunque discutida, otorga a esta figura un perfil cada vez más ambivalente, pues existe por una parte un conjunto de elementos establecidos y reglamentados por la Administración, y por otra unas soluciones paccionadas entre los poderes públicos y los concesionarios sobre el ejercicio de la actividad o los precios, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1989, que destaca el carácter bilateral entre la oferta de la Administración y la propuesta del aspirante a concesionario¹⁷¹.

Esta definición debe completarse con la necesaria evocación de la asunción del riesgo económico por parte de la persona, física o jurídica, a la que se le concede la actividad¹⁷²; y con el régimen de exclusividad frente al resto de operadores en el mercado que supone esta forma de gestión. De forma que a través de este instrumento no se produce competencia alguna en el sector, pues lo normal es que exista un monopolio local y que éste sea ejercido a través de un único concesionario¹⁷³, situación que crítica SÁNCHEZ DÍAZ por entender que esta forma de gestión atenta contra el principio de libre competencia europeo¹⁷⁴, y cuyo análisis interesante dejaremos para posteriores epígrafes en lo que se propone la reformulación de la concesión a las exigencias comunitarias.

En todo caso, continuado con lo marcado por el Reglamento de 1955, se establece qué contenido debe tener el contrato de concesión. Así, las cláusulas de otorgamiento deben como mínimo referirse al servicio objeto de concesión y a las características del mismo, también si es necesario o no realizar algún tipo de obra o instalación, y señalar aquellas que quedan sometidas a reversión y por tanto una vez

¹⁷⁰ En cuanto al control interno éste se refiere a las distintas técnicas que el Municipio posee para controlar en todo momento la actividad del concesionario, *vid.* MOLINA GIMÉNEZ, A. *El servicio público...* Op. cit. Pág. 330.

¹⁷¹ En este sentido R. ENTRENA CUESTA dice: “nosotros nos sumamos a quienes estiman que, en el supuesto de la concesión demanial como en la de un servicio público, nos encontramos con un contrato”, *vid.* “El dominio público de los hidrocarburos” en *RAP*. Núm.29. 1959. Pág. 355. Esta posición viene hoy corroborada por el hecho de que la concesión, como bien advierte MOLINA GIMÉNEZ, se sitúa bajo la rúbrica en el *TRLCAP* de “contratos de gestión de servicios públicos”, *vid.* *El servicio público...* Op. cit. Pág. 329 y por la numerosa jurisprudencia que en tal sentido ha aceptado esta naturaleza como el citado pronunciamiento y también la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1995. (Ar.7791) y se ha confirmado en ocasiones posteriores como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid 95/2000, de 2 de febrero, o la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2003 (Ar.7855).

¹⁷² *Vid.* SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op. cit. 2004. Pág.185.

¹⁷³ Así lo entiende BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa privada...* Op. cit. Pág.475.

¹⁷⁴ *Vid.* “Los servicios públicos locales...” cit. Pág.1049.

finalice el contrato pasan a manos públicas, como se puede comprobar en el art.115.2 RSCL. Asimismo puede ocurrir que la Corporación entregue para realizar la concesión unas obras e instalaciones, de las que debe dejarse también constancia. Por supuesto se fija el plazo de duración de la concesión, establecido en cincuenta años máximo, término que posteriormente matizaremos, pues el plazo varía, con tendencia a disminuir según las preferencias europeas e incluso a desaparecer si nos fijamos en los nuevos servicios liberalizados, y además como reflexiona SOSA WAGNER es un elemento “que está perdiendo incluso su importancia económica porque, a la vista de las nuevas circunstancias, lo interesante es la posibilidad que debe reservarse la Administración, no de vigilar el término extintivo con maneras de *dómine importuno*, sino de ejercer el *ius variandi*, ahora con un amplitud mayor y más moderna¹⁷⁵ para acomodar mejor todo tipo de servicios a los beneficios que ha de implicar el manejo de la cláusula de progreso técnico o de la ciencia¹⁷⁶”. También debe constar en el contrato de concesión las tarifas que en contraprestación recibe el particular encargado del servicio de los usuarios, y como contrapartida del concesionario que disfruta de este contrato el canon o participación que debe satisfacer a la Corporación. Si existiese subvención debe preverse la forma, la cuantía y el modo de entrega. Por supuesto, debe quedar claro en el contrato el deber del concesionario de mantenimiento del buen estado de las instalaciones, las obligaciones y derechos recíprocos entre el concesionario y la Corporación, así como las relaciones con los usuarios. Para el caso de incumplimiento deben fijarse también las sanciones. Ya para finalizar, con el contrato debe existir previsto y regulado un periodo de transición y por último se enumerarán los supuesto de resolución y caducidad (art. 115 RS).

La iniciativa privada en el caso de la conexión en el ámbito local viene asegurada especialmente de acuerdo con el Reglamento que estamos tratando, pues si bien lo normal sería que la convocatoria de un contrato de concesión fuera por parte de la Administración, el particular también está legitimado para solicitar una concesión del

¹⁷⁵ Sobre todo la amplitud de este poder de los poderes públicos de imponer determinadas conductas se identifica ahora con el establecimiento de las llamadas “obligaciones de servicio público” que permite que a una persona privada que actúa en un determinado sector privado se le puedan imponer en el título habilitante que le da paso al mismo; determinadas obligaciones que él no asumiría o no lo haría en la misma medida condiciones, si considerase exclusivamente su interés comunitario, *vid.* SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op. cit. Págs. 75.

¹⁷⁶ *Vid. La gestión de...* Op. cit. Pág. 241.

servicio presentando una memoria en la que se establezca y justifique la conveniencia de prestarlo en régimen de monopolio (art.117.1 RS).

-La primera nota es, al tratarse de una gestión indirecta, que la Administración mantiene la titularidad bien sea del servicio, bien sea de la obra objeto de concesión, aunque en relación a lo que hemos venido exponiendo, nos permitiríamos sustituir tal titularidad por la idea de que se mantiene el poder de dirección de la Administración¹⁷⁷.

-Otro rasgo característico en nuestro derecho, y sobre todo en el ámbito local, es la existencia de un monopolio *de iure*, de una previa *publicatio* que atribuye dicha titularidad, de modo que la concesión supone la posibilidad jurídica de actuación privada¹⁷⁸. Sobre este aspecto hemos ya ofrecido las diferentes interpretaciones que actualmente sobre este concepto existen, sin embargo cuando analizamos la oportunidad de la concesión como medio de gestión del servicio de saneamiento debe partirse de una noción estricta de servicio público, o subjetiva, pues los poderes públicos, el municipio, es el titular del mismo decidiendo la exclusión de la iniciativa privada, y permitiendo la participación mediante la concesión, pues de otro modo debería aplicarse la técnica autorizatoria¹⁷⁹, que de momento para el saneamiento no es posible¹⁸⁰. Pero si se aplicase supondría que de manera flexible la *publicatio* se entiende, de acuerdo con los nuevos vientos liberalizadores y de renovación, no tanto quizás como una titularidad, en el sentido de propiedad pública, sino como una especial potestad de pilotaje, de intervención pública que asegura por tanto esa tarea garantizadora de las Administraciones públicas.

-Con la concesión la Administración conserva potestades de vigilancia, control y supervisión, y también, de modificación de las condiciones iniciales, eso sí bajo derecho de indemnización por el tercero.

¹⁷⁷ Vid. BLANQUER, D. *La iniciativa...* Op.cit. Pág.546.

¹⁷⁸ Vid. MORELL OCAÑA, L. "La organización y las formas de gestión..." cit. Pág. 397.

¹⁷⁹ Así, es esencial en un contrato de concesión de servicios que los servicios objeto del mismo sean competencia de los poderes públicos y que puedan existir, en terminología europea, derechos exclusivos o especiales, de modo que ello permita la exclusión de la iniciativa privada. Para ello es necesario entre nosotros que se haya reservado el servicio, como prevé el art.86.3 LRBRL, Vid. GIMENO FELIU, J.M. *La nueva contratación pública europea...* Op.cit.Pág.156; SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte General*. Op.cit. Pág.607.

¹⁸⁰ Ya que la limitación de acceso de los privados en el ejercicio de esta tarea es necesaria debido a sus características. Pero no ha impedido que para otros servicios públicos, de carácter económico, se sustituya la técnica concesional por la autorizatoria en la que se garantiza y asegura su finalidad mediante las obligaciones de servicio público, vid. MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y mercado...* Op. cit. Págs. 309 y ss.

-El encargado de realizar ese servicio u obra, el concesionario, es por general un tercero privado, aunque también es posible, si bien poco frecuente, que sea una persona jurídico pública.

-La concesión se formaliza a través de un contrato administrativo, que debe establecer las condiciones esenciales y mínimas que aseguren el éxito del objeto del contrato.

-Las concesiones son de carácter temporal, finalizando bien por que vence el plazo del contrato, bien porque se produce el incumplimiento por el concesionario, quiebra o imposibilidad de cumplir con el objeto de la concesión.

-Finalmente la concesión presenta un aspecto económico relevante, pues es en principio el elemento que atrae a los particulares a dicha empresa. Retribución que se concretan en tarifas satisfechas por los usuarios o también en parte por la Administración.

Este instrumento es, por tanto, una de las técnicas adecuadas para la prestación del servicio de saneamiento –y hasta ahora la más practicada en las modalidades de gestión indirecta-, en la que se refleja la separación entre titular del servicio y explotación -dejando a un lado en este caso la existencia de una infraestructura previa y necesaria sobre la que se asienta el servicio, que en su caso será objeto de una concesión de obras, como veremos-, pero es a la par una figura que encontramos en cierta medida desfasada y que necesita incluir aires renovadores, pues en el caso de servicios reservados en monopolio al municipio, como lo es el saneamiento, aunque existe la presencia privada, tanto en el momento de concurso¹⁸¹ de los aspirantes a obtener la concesión –momento en el que se podría vislumbrar cierta competencia entre los candidatos-, como en la posterior gestión una vez se ha adjudicado la concesión de servicio, la realidad es que dicho servicio se sigue ofreciendo de manera unitaria y concentrada por el poder público, a ello ha de sumarse que de momento estas formas de contratación no se sujetan de manera igualitaria que el resto de contratos a los postulados comunitarios, aunque en cuanto a la selección del concesionario deben

¹⁸¹ El concurso es, según establece el art.159.1 TRLCAP, la forma ordinaria para la adjudicación no sólo de la concesión, sino de los contratos de gestión de servicios públicos. El procedimiento negociado se aplicará de manera excepcional entre otras razones, en razón de la cuantía -cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 30.050.61 euros- y el plazo de duración sean inferior a 5 años... (art.159.2 TRLCAP). *Vid.* También el art.118 TRRL sobre las formas de contratación de los Entes Locales que también señala el concurso como procedimiento de adjudicación ordinario para el contrato de gestión de servicios.

inspirarse en los principios del Tratado (igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad y publicidad), de acuerdo con la interpretación de la Comunicación de la Comisión de 2000¹⁸².

Asimismo, la descarga del Estado es relativa, por dos razones: una, que el Estado mantiene su responsabilidad y un poder de intervención tan directo que la autonomía propia del privado queda en gran medida condicionada. Sin embargo entendemos positivo ese mantenimiento de la responsabilidad pública, pues el saneamiento es una tarea esencial que no debe quedar desamparada y que el Estado debe en todo caso por sí mismo, siempre garantizar. De todas formas las reformas más recientes de este instrumento lleva a hablar de un carácter mixto de la concesión esto es cada vez más con un carácter contractual y también reglamentario. Y, dos, que el principio de “riesgo y ventura” distintivo de esta figura ha quedado, en épocas anteriores, tan desvirtuado consecuencia de la evolución hacia el Estado Social que queda de alguna manera encubierto y disfrazado, pues el que realmente soporta el riesgo y ventura es la Administración concedente y no el tercer concesionario¹⁸³.

En el caso del saneamiento de las aguas la concesión del servicio implica una triple diferenciación de intervención: en primer lugar, la titularidad pública del servicio, de forma que la presencia de la Administración como garantizadora de este servicio es siempre visible, en segundo lugar, el titular de la gestión del servicio, que será en este caso un tercero, y, en tercer lugar, no ya el titular de la infraestructura que en España es también de carácter público, sino el encargado de realizarla, aunque, por otra parte, también es posible que la concesión de servicio público de saneamiento lleve pareja una serie de obras menores que no entrarían dentro de la categoría anterior, como señala ÁLVAREZ FERNÁNDEZ en su referencia al Informe 24/1996, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa¹⁸⁴ y más recientemente la Comisión Europea en su Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho Comunitario del año 2000¹⁸⁵.

¹⁸² Vid. GIMENO FELIU, J. M. *La nueva contratación pública europea...* Op.cit. Pág.156.

¹⁸³ Vid. BLANQUER CRIADO D. *La iniciativa...* Op. cit. Pág.576; también las citas bibliográficas que allí se remiten, destacando entre ellas el artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo” en *RAP*. Núm.2. 1950. Pág.99.

¹⁸⁴ Vid. *El abastecimiento de agua...* Op cit. Pág. 582 y ss.

¹⁸⁵ DOCE C 121, de 29 de abril de 2000. Págs.0005 y ss.

II.2.1.2. Objeto

A través de este contrato de concesión de servicio se responsabiliza a un tercero de la prestación del servicio de saneamiento que generalmente supone la aportación de su personal y de *know how* en las tareas de captación, la conducción y el vertido hasta la estación depuradora y, ya en la instalación correspondiente, la aplicación de los tratamientos necesarios, según exigen las Directivas comunitarias, antes de su vertido. No es pues requisito imprescindible la realización de obras, red que ya existe y aporta generalmente el Ente Local¹⁸⁶, pues en ese caso estaríamos en la otra modalidad, que se aborda a continuación, pero ello no impide que sea necesario en algún momento realizar obras de carácter accesorio que permitan la gestión del servicio por parte del concesionario, y frente a las que deberá responder.

En cuanto al efectivo –o inefectivo- traspaso de la responsabilidad, que caracteriza esta figura y que es una de las finalidades de la concesión, junto con la prestación del servicio hemos de reflexionar sobre su puridad. Pues se ha criticado, y en este sentido la reforma de las concesiones de obra de 2003, que la responsabilidad del tercero al que se le otorga la concesión había quedado tan desvirtuado que quien verdaderamente soportaba el riesgo era la Administración. El principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero es una de estas manifestaciones, si se hace abuso de esta cláusula¹⁸⁷. Por ello es necesario desgranar la responsabilidad del concesionario, donde ha de diferenciarse entre la responsabilidad contractual derivada del propio contrato en relación con la Administración, donde el imputado es el concesionario, y sometida a la Jurisdicción contencioso-administrativa y la

¹⁸⁶ Señala BLANQUER que en la realización de los servicios locales de agua, y concretando nosotros en el saneamiento, es posible que la infraestructura pertenezca al ayuntamiento y que este tenga derecho a percibir por su ocupación una tasa por la ocupación especial de dominio público local (art. 24 LHL), si bien toda concesión de servicio público lleva pareja la automática concesión demanial, debido a la estrecha relación que en este caso existe entre las aguas y el servicio de saneamiento, *vid. La iniciativa...* Op. cit. Págs .547 y 557.

¹⁸⁷ Pues como señaló la Sentencia del Tribunal Supremos de 1 de julio de 1992 (Ar. 6099) el respeto a la “equitativa equivalencia” de las prestaciones durante la vida de la concesión no puede entenderse al amparo de la “teoría del riesgo” como una obligación de los entes locales de paliar o subsanar todas las situaciones de crisis en las que puedan encontrarse todas las empresas concesionarias, sino que, como concreta la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1998 (Ar. 1401), es la búsqueda de igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. A esto hay que añadir que de la esencia misma de la concesión se desprende que este aseguramiento de equilibrio financiero no supone que se garanticen unas ganancias mínimas, de forma similar a la gestión interesada por ejemplo, ni un tampoco un límite a posibles pérdidas.

extracontractual en la relación con los usuarios, en la que puede imputarse tanto a la Administración, como al concesionario, sometiéndose en el primer caso a la jurisdicción contencioso-administrativa, o a la jurisdicción civil cuando el daño originado a un tercero no derive de la conducta de la Administración.

II.2.1.3.Duración

La duración del contrato dependerá de si se otorga la concesión del servicio, de la obra, o ambas. La legislación general de contratos establece como límite el plazo de 25 años cuando la concesión tenga por objeto el servicio y en caso de que se ejecute la obra y se explote el servicio el plazo se ampliaría hasta 50 años¹⁸⁸.

Al respecto la naturaleza del servicio de saneamiento hace que debamos investigar el contenido de legislación sectorial, en el que de primeras se establece que la concesión deberá realizarse sin perjuicio de tercero (art.61.1 TRLAg). El Texto Refundido de la Ley de Aguas contiene especialidades en relación con las concesiones de dominio público hidráulico¹⁸⁹; en el caso de concesiones administrativas para prestar el servicio de saneamiento se parte de que el saneamiento es un uso privativo de las

¹⁸⁸ Art.157 TRLCAP. Sobre estos plazos SOSA WAGNER critica la falta de efectividad y la carencia de sentido de someter a plazos a los concesionarios en la actualidad. Señala las dos siguientes justificaciones: “La idea de los plazos tiene un carácter político originario; en el Antiguo Régimen, los particulares se podían apropiarse de funciones públicas por el transcurso de los cien años, entonces lo que la ley establecía era un plazo máximo de 99 años para que el particular no se pudiera apropiarse. Esto en el régimen liberal ya no tiene ningún sentido, porque por la técnica de la imprescriptibilidad de bienes de dominio público, un particular no puede hacer privado suyo algo que es de dominio público. Por tanto el fundamento político que en su momento tuvo el establecimiento de unos plazos ha desaparecido. Queda solamente el fundamento económico, y, desde esa dimensión puramente económica, a mi juicio, tampoco tiene sentido mantener el plazo. La idea del plazo es ventilar el sector, que en un momento dado, se rompa el contrato de prestación de un servicio con una empresa, y buscar a otro contratista, para que airee la gestión. Esto provoca unas disfunciones enormes desde el punto de vista de la gestión económica; el concesionario se desentiende en buena medida de la gestión del servicio cuando se encuentra en la recta final de su plazo, pero sobre todo no tiene sentido económico alguno porque la ley en ningún sitio dice que el antiguo concesionario no pueda ser otra vez el concesionario que accede al servicio. *Vid.* SOSA WAGNER, F. “Privatización...” cit. Pág.106.

¹⁸⁹ Capítulo III. Sección 1ª, del Título IV del Texto Refundido, destinado a regular el régimen de autorizaciones y concesiones. El procedimiento para otorgar concesiones y autorizaciones se contempla en el art.79 TRLAg. Se diferencia un procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones que se ajustará a los principios de publicidad y tramitación en competencia, prefiriéndose, en igualdad de condiciones, aquellos que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno. El principio de competencia podrá eliminarse cuando se trate de abastecimiento de agua a poblaciones. Y un procedimiento simplificado de otorgamiento de concesiones cuando el valor de éstas sea de escasa importancia. Y, finalmente, en el caso de concesiones y autorizaciones en materia de regadíos u otros usos agrarios, será preceptivo un informe de la correspondiente Comunidad Autónoma y del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en relación con las materias propias de su competencia, y en especial, respecto a su posible afección a los planes de actuación existentes.

aguas, en el sentido del art.59.1 TRLAg, cuya duración es más amplia que la fijada en el régimen general pues el art. 59.4 dice que: *Toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años. Su otorgamiento será discrecional, pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público. Las concesiones serán susceptibles de revisión con arreglo a lo establecido en el artículo 65 de esta Ley.*

También se contempla la posibilidad de que dichas concesiones se otorguen a particulares cuando las aguas se destinen para riego, en régimen de servicio público, según regula el art.62 TRLAg¹⁹⁰. Además, las concesiones otorgadas pueden ser cedidas a terceros, previa autorización administrativa (art.63 TRLAg). Por su parte, en cuanto a las autorizaciones son requeridas para los supuestos de transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público o la constitución de gravámenes sobre los mismos, así como para cualquier modificación de las características de una concesión. En todo caso, destacar, que existe un régimen de revisión de las concesiones, y también unas causas de caducidad¹⁹¹.

Otras autorizaciones y concesiones se exigen para la utilización o aprovechamiento por los particulares de los cauces o de los bienes situados en ellos; así como para la navegación recreativa en embalses¹⁹². En todo caso, las concesiones deberán ser inscritas en un Registro de Aguas, llevado por el correspondiente Organismo de Cuenca¹⁹³.

II.2.1.4.En especial las potestades de la Administración concedente

Las potestades del poder local son amplias y definidas en el art.127 RSCL. Entre ellas destaca ante todo la gran capacidad de intervención de la Corporación, el conocido

¹⁹⁰ Se exige que si el peticionario no ostenta la titularidad de las tierras eventualmente beneficiarias del riego, que acredite previamente que cuenta con la conformidad de los titulares que reunieran la mitad de la superficie de dichas tierras. La concesión se otorga bajo las condiciones de la Administración que aprobará los valores máximos y mínimos de las tarifas de riego, que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras.

¹⁹¹ *Vid.* Art. 65 TRLAg en cuanto a la revisión de las concesiones, y el art.66 TRLAg para la caducidad de las concesiones.

¹⁹² Un ejemplo de ello, son las autorizaciones para investigación de aguas subterráneas (art.74 TRLAg), la previa concesión o autorización administrativa para la utilización o aprovechamiento por los particulares de los cauces o de los bienes situados en ellos, (art.77.1 TRLAg) o la necesaria autorización para la navegación recreativa en embalses (art.78 TRLAg).

¹⁹³ Art.80 TRLAg.

ius variandi (art.163 TRLCAP, art.126.2.a) y 128.1.1 RSCL), pues se habla de la potestad de ordenar discrecionalmente, como si gestionase directamente, en aras al interés general, el servicio concedido. En especial este poder discrecional se dirige a la posibilidad de modificar de manera unilateral y directa las características del objeto contractual en cuanto a la calidad, cantidad, tiempo y lugar del servicio, y la cuantía de las tarifas de los usuarios, así como la retribución que debe satisfacerle el concesionario. El fin último de esta potestad, que choca frontalmente por otra parte con los derechos del concesionario, es garantizar la efectiva prestación del servicio de saneamiento de la manera que exige el ciudadano y también de forma adecuada a las exigencias de la realidad, tanto social, jurídica, como económica. Pues si surgen nuevas necesidades en cuanto a la modificación o adecuación de la red de alcantarillado, o la necesidad de aplicar nuevos tratamientos de depuración, la Administración posee este poder para obligar al concesionario, bajo el fin general de satisfacer el interés general, que exige la Constitución en el art.103¹⁹⁴.

Sin embargo el poder discrecional de variar las condiciones del contrato de concesión no supone un poder absoluto de los poderes públicos. Se debe así compensar al concesionario de los perjuicios que ello le suponga, y además éstos deben aceptar únicamente aquellos cambios que sean de obligado acatamiento, no todos, de forma que existen de acuerdo con la terminología de GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ límites materiales al *ius variandi*, pues llegado el caso de que las variaciones de la Administración concedente alteren la cuantía del objeto por encima de unos niveles determinados, la quinta parte del presupuesto de la contrata o suponga una “alteración sustancial” del objeto, el concesionario puede bien aceptarla o desvincularse¹⁹⁵.

Además la Administración goza de importantes posibilidades de fiscalización y control, de manera que si considera que el servicio no se presta adecuadamente puede asumir, de manera temporal, la ejecución directa del mismo¹⁹⁶, o de bien establecer una sanción definitiva en la que se declare la caducidad de la concesión¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Vid. MESTRE DELGADO, J.F. “Las formas de prestación...” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol. II. Op. cit. Pág.1484.

¹⁹⁵ Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...* Op. cit. Vol. I. 2004.Pág. 775.

¹⁹⁶ Es lo que se denomina “secuestro” de la concesión que, de carácter temporal máximo de dos años (art.135 RSCL), se produce por desobediencia sistemática del concesionario a las ordenes de la Corporación sobre conservación de obras e instalaciones o de mala fe en la ejecución de las mismas (art.131.2.2. RSCL); también cuando el concesionario pone en peligro la buena prestación del servicio

II.2.1.5.El estatuto del concesionario¹⁹⁸

El estatuto del concesionario está marcado por la especial relación, mucho más intensa que la de cualquier administrado, con la Administración concedente¹⁹⁹. De ello deriva la primera y principal obligación, la de prestar la actividad, bien sea una obra bien sea un servicio, de modo regular y continuo²⁰⁰ y además según el modo impuesto por la Administración –en referencia al *ius variandi* del que disfruta la Administración en la relación concesional y que le permite ordenar discrecionalmente, siempre que lo aconsejare el interés general, en conexión con la denominada “cláusula de progreso”-. Así, en el caso de la figura de la concesión las características de regularidad y continuidad en la prestación se vinculan directamente con la noción de servicio público, como se ha visto y más en los servicios cuyo objeto son las aguas, por las graves consecuencias que la interrupción del servicio, para la salud, la higiene, el medio

público con su actuación, incluida la desobediencia a las ordenes de modificación de la Administración (art.133 RSCL); cuando por fuerza mayor o caso fortuito, la explotación concesional se perturbe de tal manera que el concesionario no disponga de medios para superar la situación. En estos casos la Administración, con el fin de asegurar la prestación adecuada del servicio, se hará cargo con el mismo personal y materiales que el concesionario, pero designando a un interventor técnico que se hará cargo de las funciones directivas, si bien la explotación se hará por cuenta y riesgo del concesionario (art.134 RSCL).

¹⁹⁷ Otras circunstancias son las que llevan a la caducidad que se producirá cuando se den las circunstancias enumeradas en el pliego (art.136.1 RSCL), y siempre cuando si se levanta el secuestro el concesionario vuelve a incurrir en incumplimiento o se incurre en infracciones gravísimas, siendo en este caso necesario previo aviso en el que se señalen las deficiencias a subsanar, de manera que se procederá a declarar la caducidad cuando transcurrido el plazo no se hubieran seguido las indicaciones. La caducidad determina el cese en la gestión del concesionario, la incautación de los elementos de la empresa afectos al servicio y la convocatoria de una nueva licitación (art.137 RSCL).

¹⁹⁸ Presentamos el estatuto del concesionario de acuerdo con el orden seguido en el art.128 del Reglamento de Servicios, completado con la lectura de los artículos 160 y 161 TRLCAP, y seguiremos de la misma manera a SOSA WAGNER (*vid. La gestión...* Op. cit. Pág. 204) en la enumeración de obligaciones del concesionario.

¹⁹⁹ *Vid. ORTIZ VAAMONDE, S. El levantamiento del velo...* Op. cit. Págs.460 y 461. De tal intensidad es la relación que el autor señala que el concesionario, en cuanto a la gestión del servicio, se convierte en un *alter ego* de la Administración concedente, pues aquel debe asegurar la prestación del servicio como si se tratase de la misma Administración. Pág.162; MESTRE DELGADO, J.F. “Las formas de prestación ...” en *Tratado de ...* Tomo II. Op. cit. Pág. 1476.

²⁰⁰ Incluso subsiste la obligación de prestar el servicio como señala el RS “en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y son más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial”. Aunque es posible la interrupción del contrato con la consecuente sanción para el contratista, salvo causa de fuerza mayor, lo que supone el secuestro, art. 134 RSCL, o la declaración de caducidad, según el art.136.1 RSCL. Los casos de suspensión de pagos y quiebra de las empresas concesionarias no justifican la interrupción, pues el legislador toma las medidas necesarias para evitarlo. Tampoco por incumplimiento de la Administración puede quebrantarse el principio de continuidad, salvo que dicho incumplimiento haga imposible la realización del contrato.

ambiente... conllevaría. Respecto a la continuidad debemos aclarar su significado, pues no supone que el servicio de saneamiento esté funcionado de manera ininterrumpida, sino que cuando sea necesario, cuando el usuario solicite su prestación la actividad de saneamiento se preste de manera efectiva por el concesionario²⁰¹.

En segundo lugar se obliga al concesionario, de acuerdo con el art.2 RSCL que exige que las actividades de las Corporaciones Locales se ajusten al principio de igualdad ante la ley, a admitir en el goce del servicio a todos aquellos que cumplan con las condiciones exigidas en aplicación de principio de igualdad constitucional del art.14 CE, a lo que debe sumarse en virtud del Derecho comunitario el respeto a la no discriminación por razón de nacionalidad, introducido en el art.161.d) y en la Disposición Transitoria 5ª del TRLCAP²⁰².

De acuerdo con el art.128.1.3 RSCL el concesionario debe asimismo indemnizar en el caso de que se produzcan daños a terceros derivados de la realización del servicio, y siempre que dichos daños no se hayan producido en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible. Varias posiciones se han mantenido respecto a esta responsabilidad del concesionario a la vista de lo que regula la Ley de Expropiación Forzosa de 1954²⁰³ (en adelante LEF) en su art.121, pues el mencionado precepto establece, literalmente, un régimen de responsabilidad objetivo ante la lesión producida por el funcionamiento normal o anormal del servicio público.

Por una parte GARCÍA DE ENTERRÍA consideró que se trataba de un régimen excesivamente estricto que aplicaba a particulares, regidos por el Derecho privado, no la típica responsabilidad extracontractual del art.1902 CC, sino un régimen objetivo propio de la Administración, frente a lo que mostraba posiciones totalmente contrarias. Por ello entendía que el régimen de la LEF sólo era aplicable cuando el concesionario ejercitase verdaderos poderes públicos en nombre de la Administración concedente²⁰⁴. De otro

²⁰¹ Vid. SALA ARQUER J.M. *El principio de continuidad de los servicios públicos. Sus orígenes en el Derecho español*. INAP. Madrid. 1977.in totum.

²⁰² Fruto del Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994, ratificado por España el 30 de diciembre del mismo año.

²⁰³ De sorprendente tilda L.MARTÍN REBOLLO la circunstancia de que en la Ley 30/1992, y a diferencia de lo que sucedía en la LEF, no exista referencia alguna a la responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración, vid. "La responsabilidad patrimonial de la Administración Local" en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I.Op.cit. Pág. 838 y ss. Y la bibliografía a la que allí se remite.

²⁰⁴ Vid. *Los principios de la nueva Ley de Expropiaciones Forzosas*. Civitas. Madrid. 1956. Pág.203.

lado, para SOSA WAGNER, y basándose en la interpretación del art.97 y del art.161.a) TRLCAP, el concesionario como particular que es, y no Administración, debe responder por sí mismo de los daños causados con arreglo al Derecho privado, e incumbiendo tal obligación a la Administración cuando la lesión provenga de la actuación derivada de sus órdenes²⁰⁵. De esta manera se configura a favor de la Administración un deber general de supervisión del cumplimiento, pero no un deber concreto de seguimiento total de la actividad del concesionario y con ello se reduce notablemente la esfera de imputación de la Administración contratante²⁰⁶.

En resumen, se mantienen en cuanto al deber de resarcir a los particulares de los daños causados por concesionarios dos posiciones: mientras que para unos la Administración en el caso de una reclamación directa del afectado debe resolver y decidir a quien corresponde el pago de la indemnización, sin perjuicio de ejercer la acción de regreso²⁰⁷, quedando excluida de esta obligación si su actuación ha sido en todo caso diligente, para otros la pauta a seguir sería la de que el concesionario sea quien indemnice al lesionado, en justificación a que lo contrario sería una desvirtuación de la esencia misma de la concesión y del principio de riesgo que debe soportar el concesionario²⁰⁸. Se plantea con ello el tema tan amplio, en absoluto objeto de esta trabajo, de la responsabilidad administrativa, por ello nos remitimos a la extensa bibliografía que sobre el tema hay²⁰⁹.

En conclusión, a pesar de la literalidad de las normas que parecen establecer para el concesionario una responsabilidad objetiva, los recientes pronunciamientos jurisprudenciales y del régimen legal vigente nos permiten aceptar que se trata de una responsabilidad subjetiva, pero objetivizada; así de la obligación general del contratista

²⁰⁵ Vid. *La gestión de los servicios...* Op. cit. Pág. 210 y ss.

²⁰⁶ Vid. SORO MATEO, B. *La responsabilidad...* Op.cit. Págs. 142 y ss.

²⁰⁷ Vid. MARTÍN REBOLLO, L. “La responsabilidad patrimonial ...” cit. Págs. 842 y 843.

²⁰⁸ Vid. SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op.cit.Pág.214 y ss.

²⁰⁹ Acerca del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración derivado de la LRJAP (arts. 139 y sss) de un carácter marcadamente objetivo, que sólo excluye la responsabilidad cuando concurre fuerza mayor, la bibliografía es amplia por ello nos remitimos a las monografías dedicadas a su estudio, entre ellas, LEGUINA VILLA, J. *La responsabilidad civil de la Administración públicas*. Tecnos. Madrid. 1970; MUÑOZ MACHADO, S. *La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid. 1998; MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas. Madrid. 2002, éste autor considera, sin embargo, que el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas debería replantearse y basarse ya no en aspectos objetivos, sin cada vez más en aspectos subjetivos o de culpa; DE AHUMADA RAMOS, F.J. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Aranzadi. Elcano. 2004; LÓPEZ MENUDO, F. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Lex Nova. 2005.

derivada del art.97 TRLCAP éste “debe indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”. Aunque cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes, esto es la responsabilidad de la Administración es excepcional²¹⁰. Pero todo ello y con la actual Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la unificación del fuero jurisdiccional en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas, tras la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, si se demanda sólo al concesionario se puede realizar a través de la acción civil a la que alude el art.97.3 TRLCAP²¹¹, pero si la demanda se dirige también a la Administración se debe acudir a la vía contencioso-administrativa.

La razón de ser de la tercera obligación enumerada en el art.128 RSCL es la de no gravar ni enajenar bienes, y ello debido a que dichos bienes están sujetos a reversión una vez finalice el contrato. El aspecto principal de esta obligación es saber exactamente de qué bienes se está hablando, para poder aplicar en ellos dicha obligación. Bienes que deberán ser fijados oportunamente en el contrato de concesión entre ambas partes.

Además sólo si la Administración, la Corporación en este caso y en el caso de que se cumplan las circunstancias del art.52.2 del Reglamento de contratación de las Corporaciones locales²¹², lo autoriza se puede ceder o traspasar la concesión, lo que implica que es un contrato personal, *intuitu personae*, como señaló el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de junio de 1977 y posteriormente ratificó en la Sentencia de 7 de

²¹⁰ Vid. SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op. cit. Pág.215; GÓMEZ PUENTE, M “Medio ambiente y responsabilidad administrativa” en *@dministración, La Ciberevista de Derecho Administrativo*. Núm.11. 1999. Pág.9.

²¹¹ Artículo que dice así: “Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción”.

²¹² El citado artículo requiere que se haya realizado una porción de la obra, servicio o suministro no inferior al 10% del presupuesto, que el nuevo contratista reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al adjudicatario y que la Corporación autorice la transferencia, mediante escritura pública si se hubiere otorgado en el primitivo contrato, y en los demás casos por comparecencia ante el Presidente de la Corporación interesada, de la que dará fe el Secretario.

Sin embargo el actual TRLCAP en el art.114.2.b) exige que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.

mayo de 1981. Es pues como dispone el art.128.1.5 RSCL una obligación, la concesión, que debe ejercer por sí. Por ello el nuevo adjudicatario además de ser adecuado, técnicamente o personalmente, para la concesión, debe prestar las mismas garantías que el original concesionario, pues queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que le corresponden al cedente.

Parece a simple vista una sumisión del concesionario, pero por el contrario la concesión supone una relación sinalagmática en la que la ley regula las obligaciones de la Corporación que se traducen en derechos del concesionario. El primero de ellos tal como otorgar las facultades necesarias para prestar el servicio (art.128.2 RSCL), así como la protección adecuada para prestar el servicio adecuadamente (art. 127.2.1 RSCL), pues la explotación del servicio es tanto una obligación, como un derecho mientras dure el plazo previsto en el contrato. Así ligada a la protección que debe ofrecer la Administración concedente entra en juego la cláusula de progreso, en línea con los avances tecnológicos y la mutabilidad de la vida actual, que confiere al concesionario la facultad de proponer cambios y modificaciones que le permitan una mejor prestación del saneamiento, para lo cual necesita no obstante siempre previa autorización de la Administración concedente (art.108 *in fine* TRRL), reforzando así la potestad total de la Administración, de manera que el concesionario no puede por sí mismo decidir introducir innovaciones, ni novedades en el objeto de la concesión, sin la previa autorización a la que nos referimos²¹³. Entendemos que por extensión de esta protección debemos citar a continuación el derecho de utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio (art.128.3.3 RSCL), pues ello sería uno de los obstáculos necesarios que deben ser removidos para permitir el ejercicio de la concesión. Más aun cuando la vinculación entre servicios públicos y dominio público es tan estrecha²¹⁴ como señala el propio Reglamento de Bienes en el art.74.2, donde establece que “el uso de los bienes de servicio público se regirá, ante todo, por las normas del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales y supletoriamente por las del presente” concretando a continuación en el art.74.3 que “las normas del Reglamento

²¹³ Vid. MESTRE DELGADO, J.F. “Las formas de prestación...”cit., en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol. II. Pág.1497.

²¹⁴ Que T-R. FERNÁNDEZ señaló en su día con estas palabras “la concesión comienza siendo de dominio público, y se monta paralelamente sobre la idea de obra pública... Dominio público y obra pública son, de este modo, conceptos que se apoyan y prestan mutua colaboración, al propio tiempo que permiten un primer desenvolvimiento de una idea nueva, la de servicio público, que sólo tardíamente y de forma fatigosa se irá abriendo paso y ganando autonomía...”, *vid.* “Las obras públicas” en *RAP*. Núm.100-102. Vol. III. 1983. Págs. 2427 y ss.

de Servicios será asimismo de preferente aplicación cuando la utilización de bienes de uso público fuera sólo la base necesaria para la prestación de un servicios público municipal o provincial”; posteriormente el Texto Refundido refrendado estas declaraciones define los bienes de dominio público como “los destinados al cumplimiento de los fines públicos de responsabilidad de las Entidades Locales...” (art.74.2). Ello nos lleva a concluir que en el caso de servicios relacionados con el agua, recurso natural declarado como bien de dominio público, la concesión del servicio lleva pareja su utilización necesaria (art.128.3.3 RSCL), sin embargo la *vis* expansiva del servicio público, como acabamos de ver, hace que quede afectado el régimen propio de las concesiones de dominio público en cuanto al plazo, el procedimiento, o en las limitaciones para transmitir concesiones, ya que consecuentemente el régimen general previsto en el Reglamento de Bienes se ve modulado adaptado para permitir al concesionario al prestación del servicio.

El carácter económico de la concesión es quizás uno de los rasgos más distintivos y originario²¹⁵, desde el momento en que a través de esta forma de gestión lo que se pretende es atraer capitales privados, movidos por el lucro, para la satisfacción de un interés general, de ahí que sea necesario una contrapartida económica que despierte el interés empresarial. Por ello si bien no ha sido tratado en primer lugar, a efectos sistemáticos, el art.128.3 lo cita como el primero de los derechos del concesionario: percibir la retribución económica por la prestación del servicio, en forma de tarifa (art.128.1.3 RSCL). Derecho que se acompaña del principio de mantenimiento de equilibrio financiero de la concesión ante modificaciones de las condiciones del servicio o mediante la revisión de las tarifas o del canon por razones sobrevenidas²¹⁶. Así la contraprestación económica del concesionario no se limita únicamente a la recepción de tarifas, sino que éstas van acompañadas en muchas ocasiones de contribuciones especiales o subvenciones a cargo de la Administración concedente

²¹⁵ Como señala JEANNEAU en *Droit des services publics et des entreprises nationales*. Dalloz. Paris. 1984.Pág. 582, citado por MESTRE DELGADO, J.F. en “Las formas de prestación...” cit. Pág.1503.Nota. 143.

²¹⁶ Se consagra así como señaló el célebre *Arrêt* “gas de Burdeos”, de 30 de marzo de 1916, la cláusula de mutabilidad del servicio o de necesaria adaptación según la cual es necesario que junto con “el riesgo y ventura” que para el concesionario representa la concesión, se tenga asimismo en consideración posibles variaciones imprevistas en las condiciones económicas del contrato. El concepto de “circunstancias sobrevenidas” es uno de los tantos conceptos calificados como indeterminados, por lo que el Tribunal Supremo ha optado por una interpretación restrictiva del mismo que pasa por exigir siempre prueba completa por quien esgrime tales circunstancias. STS de 28 de mayo de 1999.

(art.126.2.2 y 129 RSCL, art.162 y 163 TRLCAP)²¹⁷. Tiene asimismo el concesionario el derecho a una indemnización por daños y perjuicios en dos casos: cuando el poder público asume la gestión directa en interés del público y las circunstancias no fueran culpa suya, y cuando se realice el rescate o supresión del servicio.

II.2.2.Las líneas maestras de la concesión de obra pública en el saneamiento, como indicio de cambios en la Administración ambiental

II.2.2.1).La obra hidráulica

En el servicio de saneamiento podemos diferenciar por una parte el servicio y por otra la infraestructura necesaria, que es algo inherente al mismo, para su satisfacción. Apreciación que requiere una consideración sobre las obras que exigen esta tarea. Así las obras hidráulicas²¹⁸ de saneamiento son necesarias para realizar, efectivamente, el servicio público que se analiza. Además la construcción de estas obras se ha articulado a través de régimen general del TRLCAP y del régimen especial fijado por el TRLAg (arts.133 y ss).

Es, por otra parte, un campo en el que se han producido visos de renovación y de participación privada de los que ya se hizo eco el Libro Blanco del Agua de 1998, que califica la incorporación de la participación privada en la financiación de obras públicas como de “presupuesto básico para la salud técnica, económica y financiera de las inversiones, especialmente en aquellos casos en que existen beneficiarios particularizados e individualizados de las mismas”.

Como en todo estudio hemos de acotar el objeto a tratar y con ello qué se entiende por “obra hidráulica”. Para esto nada mejor que remitirnos a la normativa

²¹⁷ Vid. SOSA WAGNER, F. *La gestión...*Op. cit. Pág. 223.

²¹⁸ Sobre la noción de obras hidráulicas, en general, *vid. Las obras hidráulicas*. Embid Irujo, A (dir). Civitas. Madrid. 1995. A.EMBID IRUJO destaca la especialidad conceptual dentro de las obras hidráulicas de las obras de *saneamiento, depuración y tratamiento* de las aguas, aunque más bien la excepción se refiere a las obras de *tratamiento*, que se desprende entre otras referencias normativas, del vigente Reglamento de la Ley de Contratos (2001) en la diferenciación que el art.25, sobre “clasificación de empresas contratistas de obras”, realiza entre: Hidráulicas, Grupo E), donde se incluyen las de abastecimiento y saneamientos, y Especiales, Grupo K), donde se enumera a las “estaciones de tratamiento de aguas”, *vid.* en concreto, págs.60 y 70; Con el fin de resolver las dificultades surgidas de situaciones heterogéneas, como la señalada, proponía EMBID IRUJO el uso de un concepto amplio de obra hidráulica, como se ha recogido en el art.122 TRLAg; *vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “Régimen jurídico de las obras hidráulicas: su incorporación por la Ley 46/1999 a la Ley de Aguas” en *La Reforma de la Ley de Aguas*. Embid rujo, A (dir). Civitas. Madrid. 2000. Págs. 39 y 40.

correspondiente, el artículo 122 del Texto Refundido que define este concepto en el que incluye:

“...la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada al... saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aprovechadas y las que tengan como objeto la recarga artificial de acuíferos,... 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.”

De la definición se deriva que las obras hidráulicas son el sustento material de una actividad, de un servicio cuyo objeto son las aguas que, como tal, requiere de una infraestructura. A primera vista, esta larga enumeración recoge una variedad amplia de lo que es obra hidráulica, a la par que sectorializada, que implica tener en cuenta no sólo este texto sino también, en virtud de la atribución de competencias y en este caso, la legislación autonómica²¹⁹ y local²²⁰ así como otras normas básicas, entre ellas la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las previsiones en materia de urbanismo. Perfectamente ajustada a esta realidad es la declaración del Tribunal Constitucional en su Sentencia 149/1991, de 4 de julio, que señalaba como la titularidad de un bien no prejuzga los títulos competenciales que sobre él puedan caer, de forma que varias

²¹⁹ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Régimen jurídico de las obras hidráulicas: su incorporación por la Ley 46/1999 a la Ley de Aguas”. *La reforma de la Ley de Aguas*. Embid Irujo, A. (dir). Civitas Monografías. Madrid. 2000. Pág. 36; también A. MOLINA GIMÉNEZ destaca que el sistema de fuentes de la obra hidráulica no se agota en lo establecido en la Ley, haciendo especial hincapié en la necesaria consulta de la normativa autonómica. Vid. *El servicio público de abastecimiento...* Op. cit. Pág.118.

²²⁰ Tradicionalmente las competencias en materia de saneamiento, en tanto en cuanto se trata de un servicio mínimo obligatorio de los Ayuntamientos, recaían en el ámbito local. Esta atribución clásica se ha visto, sin embargo, afectada tras la Constitución y la aparición de las distintas autonomías, ya que se va a producir una superposición de competencias, condicionando de manera importante las obras hidráulicas de saneamiento y depuración. Ya que las Comunidades Autónomas son las competentes en temas de planificación y aprobación definitiva de las mismas.

Administraciones pueden ejercer títulos competenciales sobre bienes cuyo titular es sólo una Administración²²¹.

En el caso de la tarea de saneamiento, las obras se concretan en la realización de unos necesarios conductos que evacuen y transporten las aguas contaminadas, alcantarillado y sistemas colectores, y en la construcción de estaciones depuradoras cuya financiación exigen inversiones elevadas, y que son ya ejemplos de la posibilidad de la práctica privada en este ámbito, además de enmarcarse según el art.88 del TRLRBRL en el ámbito de las obras locales. Esas infraestructuras se someten, sin embargo, a diferente legislación pues el propio Texto Refundido diferencia entre obras locales de urbanización, sometidas por tanto a la normativa urbanística²²², y obras ordinarias (art.89 TRLRBRL).

También sobre las obras hidráulicas de saneamiento se pronunciaban la propia Ley de Aguas de 1985²²³ y el Plan Nacional de Saneamiento de 1995 que se refieren a las *instalaciones de depuración necesarias y adecuadas* y asimismo, según terminología

²²¹ Con precedentes en las Sentencias 77/1984, FJ 3º, 227/88, FJ 14 y 103/89, FJ.6.a), esta Sentencia dice así: *...la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese aspecto corresponden a otros entes público que no ostentan esa titularidad...*

²²² Si nos referimos en concreto a la previsión y planificación en la realización de obras hidráulicas destinadas a la ejecución del saneamiento de las aguas residuales, dada la sectorialización de la política hidráulica, debemos también considerar su colisión con otras actividades que también requieren de planificación como el turismo, el urbanismo, la ordenación del territorio, carreteras, medio ambiente, etc.

Con una incidencia notable, que reconoce la propia legislación local, es interesante destacar las conexiones existen entre las obras de saneamiento y las normas de Derecho urbanístico. Entre éstas últimas podemos olvidar que la legislación urbanística autonómica, en consonancia con los criterios del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (afectado por la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril), y en lo no declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, impone al planeamiento general, para el suelo urbano, que determine las características y trazado de las galerías y redes de alcantarillado, mientras que en el suelo urbanizable, dicha determinación la deberán efectuar los instrumentos de desarrollo del Plan General previstos en dicha legislación. En todo caso, para que los terrenos puedan ser clasificados como suelo urbano se exige que éstos cuenten con evacuación de aguas (art.8 LRSV). Por otra parte, sin perjuicio de lo que disponga la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma, el Reglamento de Planeamiento (aprobado por el Decreto 2159/1978, de 23 de junio, BOE nº 221 y 222, de 15 y 16 de septiembre de 1978) concreta que en la red de abastecimiento de aguas se indicarán las fuentes de la misma, el caudal disponible y, en su caso, el área de protección de aquéllas.

²²³ La práctica totalidad de normas relativas a las obras hidráulicas anterior a 1999, cuando se incluyó las obras hidráulicas con un régimen jurídico propio en la Ley de Aguas, estaban dedicadas precisamente en la legislación referente al abastecimiento y saneamiento de las poblaciones. A esta regulación hemos de añadir, actualmente, la Directiva 91/271/CEE, la Declaración de Río de 1992, las directrices del Plan Nacional de Depuración de Aguas Residuales de 1995, y lo dispuesto de forma general en la DMA.

europea, a la implementación de las *mejores tecnologías disponibles* en las tareas destinadas a obtener una mayor y mejor calidad de las aguas, pudiendo ser la titularidad de las obras, según del régimen jurídico del art.123 TRLAg, de titularidad pública o privada; aunque ciertas de ellas se declaran ya por la Ley como 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” a las que hay que añadir, si bien, más desde una perspectiva de distribución de competencias, aquellas que sean declaradas, según el art.46 TRLAg, de “interés general”. Sobre ello, hemos de señalar que la doctrina mayoritaria -encabezada por S.MARTÍN-RETORTILLO- entiende y deduce de la demanialidad de las aguas la misma consideración para las obras hidráulicas, pero, desde nuestras posiciones, debemos sostener y defender otra postura, pues el contenido del artículo parece claro, siendo perfectamente viable la afirmación de que las obras pueden o no ser públicas, con la limitación anteriormente señalada. Estas obras hidráulicas privadas son, por lo general, las construidas por los particulares con el fin de garantizar el adecuado vertido directo de las aguas residuales a cauce público o las realizadas con carácter previo a su vertido indirecto mediante la red municipal de alcantarillado, esto es los supuestos típicos de urbanizaciones privadas²²⁴. La Ley dedica sus artículos, sin embargo, a desarrollar las obras hidráulicas de carácter público, dejando, en nuestra opinión, desamparadas a las privadas, a las que obliga en todo caso a someterse al régimen jurídico aplicable de los aprovechamientos a los que sirven.

II.2.2.2). Objeto de la concesión de obra

El objeto normal de la concesión de obra hidráulica es, como se deduce claramente, la realización de la obra, esto es puede ser utilizado este instrumento, a tenor de los artículos 122 y 133 de TRLAg, “para la construcción, conservación y explotación de las obras e infraestructuras vinculadas a la regulación de los recursos

²²⁴ Este tipo de obras las enmarca JIMÉNEZ DE CISNEROS CID en una categoría más amplia que denomina como “obras de servicio privado abiertas al uso público” que se caracterizan porque son instalaciones públicas, pero de gestión privada pero también de titularidad privada. *Vid.* más ampliamente “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/ obra pública desligado del dominio público y del servicio público” en *Privatización y liberalización de servicios*. Ariño Ortiz, G (coord.). *AFDUAM*, 3 1999. Págs. 199 y 200.

hidráulicos, su conducción, potabilización, desalinización, y al saneamiento y depuración de las aguas residuales”. Sin embargo, advierte parte de la doctrina, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ entre ellos, que “lo más importante no es tanto la construcción en sí misma de la obra, sino, más bien, su explotación por el propio concesionario por tiempo limitado y mediante la remuneración a través de tarifas que la Administración concedente le autoriza a percibir de los usuarios”²²⁵. Por ello lo habitual es en este tipo de contratos es que además de la aportación de financiación privada que supone la construcción por la empresa concesionaria de la infraestructura objeto del contrato, que ejecute, una vez finalizada la obra, su posterior conservación, mantenimiento y explotación por el tiempo necesario para amortizar su inversión y conseguir así un beneficio, mediante tarifas, a cargo de los usuarios de la obra.

II.2.2.3). Régimen jurídico

En cuanto al tratamiento específico y el desarrollo de su régimen jurídico y a pesar de contar con una Ley de Aguas desde 1985, éste lo encontramos por primera vez en una norma no hídrica: la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Esta norma introdujo novedades pioneras en relación con la gestión de estas obras²²⁶, abriendo el camino a la intervención privada, que es además, en este caso, más frecuente y el camino que se sigue en estos momentos²²⁷.

El régimen de 1996 estableció por una parte un sistema para la construcción y explotación de determinadas obras públicas en las que se trataba de unir, en el ámbito hidráulico, la colaboración entre las Administraciones públicas y la iniciativa privada. Aparte de la construcción de las obras hidráulicas mediante la creación de las estudiadas Sociedades estatales, con un fin claramente instrumental, inaugurándose una nueva forma de gestión que permitía un amplio margen de actuación a la Sociedad, cuya

²²⁵ Vid. “Las obras públicas” cit. Pág.2462. El criterio de la explotación continúa, pues, siendo la característica esencial en esta modalidad de concesión, *vid.* GIMENO FELIU, J.M. “La normativa reguladora de los contratos de concesión de obra pública (reflexiones críticas tras la reforma de 2003)” en *RArAp*. Núm. 26. 2005. Pág. 57.

²²⁶ Frente a estas novedades destaca la posición crítica de J.L. MARTÍNEZ MUÑIZ en “¿Sociedades públicas...” cit. Págs. 45 y ss.

²²⁷ Siendo especialmente relevantes los procesos que a favor de la privatización en la gestión del agua se ha llevado a cabo sobre todo en los países de América del Sur, como Chile o Argentina.

gestión permanece bajo el control de la Administración²²⁸, se creó el denominado “contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas”²²⁹ cuyo fin era atraer a la inversión privada para realizar la financiación de esas obras²³⁰. Intervención particular que surge ante la falta evidente de recursos frente a lo que la única solución viable es, siempre y cuando una obra no sea calificada de interés general²³¹, que terceros, ajenos a la Administración, intervengan en la realización de esas obras, a través de la técnica, en este caso, concesional.

Finalmente el régimen jurídico de las obras hidráulicas, como categoría con entidad propia, fue incorporado en la Ley de Aguas de 1985 tras la reforma de 1999²³² con el fin de suplir, de este modo, la laguna anterior en cuanto a obras hidráulicas, cuyo régimen se caracterizaba por la sectorialización de su regulación. Con esta novedad las obras hidráulicas pasan a configurar un título propio en la Ley de Agua y a considerarse una modalidad singular y específica de la obra pública, cumpliéndose así el objetivo de que se equiparen éstas con otras obras que gozaban ya de una ordenación específica como eran las carreteras, puertos o ferrocarriles, aunque como advierte S.MARTÍN

²²⁸ Art.158.5 de la Ley de 13/1996, de 30 de diciembre. Estas Sociedades Mercantiles, autorizadas previamente por el Consejo de Ministros se crearon en cada Confederación Hidrográfica con el fin de facilitar y promover la ejecución y explotación de las obras hidráulicas. Sobre la nota de instrumentalidad insistía S.MARTÍN-RETORTILLO, de tal modo que éstas deben respetar las atribuciones de las Confederaciones y atender el Plan de actuaciones que aprueben sus Juntas de Gobierno, y en ningún caso desarrollarán ejercicio de autoridad ni competencias públicas, *vid.* “Régimen jurídico...” cit. Págs. 49 y 50.

El artículo citado fue derogado por la Disposición derogatoria 5ª del TRLAg. Sobre estas Sociedades, *vid.* en la Cuarta Parte, en el Capítulo Quinto, el epígrafe: II.1.2.2.La creación de las Sociedades Estatales de Agua.

²²⁹ En el art. 173 y 174 de la Ley. Esta regulación modificó también el art.21 de la anterior Ley de Aguas. Estos preceptos fueron también derogados con la entrada en vigor del TRLAg. *Vid.* Disp. derog.5.

²³⁰ Esta línea de fomentar la financiación privada no es sin embargo nueva, sino que hay constancia de la misma desde el S.XVI para la construcción del Canal Imperial de Aragón. Más ampliamente sobre los antecedentes históricos de financiación privada. ARIÑO ORTIZ, G. y SASTRE BECEIRO, M. “La concesión de obra y servicio para la realización de obras hidráulicas” en *El nuevo Derecho...* Op. cit. Págs.146 a 149.

²³¹ Esta declaración, regulada en los arts. 46 y 131 TRLAg, legitima la intervención de los poderes públicos y sirve también como criterio para la distribución de competencias, siendo su carácter más deseado el aspecto económico, ya que de la misma se deduce la financiación procedente de los fondos estatales, lo que provoca simpatías por parte de las Comunidades Autónomas. Sobre el significado de “interés general”, *vid.* EMBID IRUJO, A., “Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales” en *Las obras hidráulicas*. Civitas. Madrid. 1995. Págs. 82 y ss.

²³² Siendo el anterior precedente la Ley de 7 de julio de 1911, de Obras Hidráulicas, que trata de los más diversos aspectos en relación con las obras hidráulicas: desde los límites económicos de las ayudas y subvenciones, como criterios para establecer el precio de las obras, sin olvidar el gran tema de la propiedad de las obras. Algunas de estas regulaciones se mantienen todavía hoy vigentes, ante la falta de derogación por ninguna de las Leyes de Aguas de la Ley de 1911.

RETORTILLO el intento se ha quedado quizás un poco corto en cuanto a su alcance²³³. Las disposiciones anteriores, derogadas tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Aguas, se recogen actualmente en el Título VIII del nuevo Texto de 2001, de manera que se sigue la línea inaugurada en la década de los noventa de fomentar la intervención privada en la realización de las obras a través del contrato de concesión de obras hidráulicas como una forma más de financiarlas: transfiriendo los riesgos del sector público al privado, pero también mejorando la eficiencia en el gasto público²³⁴, siempre bajo los mismos principios de transparencia y publicidad de la misma forma que se exige desde las instancias europeas y en la normativa sobre contratación.

El Texto Refundido, de manera potestativa²³⁵, y este dato es importante, atribuye la gestión directa para la ejecución, gestión y explotación de las obras hidráulicas públicas al Ministerio de Medio Ambiente a través de las Confederaciones Hidrográficas y en su caso, a las Comunidades Autónomas en virtud de convenio específico o encomienda de gestión, y también a las Entidades locales previo convenio para la realización y financiación conjunta de obras hidráulicas de su competencia. Aunque, la práctica habitual es que sean las Comunidades de Usuarios, en virtud del art.125 TRLAg, las que por encomienda de gestión exploten y realicen el mantenimiento de las obras hidráulicas que les afecten. Éstas son las premisas básicas cuando se opta por una gestión pública de las obras hidráulicas.

Por otra parte se prevé, dentro del régimen específico de la Ley de Aguas, la posibilidad anunciada de dar cabida a la intervención de los particulares, mediante el “contrato de concesión en el caso de obras hidráulicas”²³⁶ que remite, de forma supletoria, si bien general, a las normas que sobre las concesiones recoge el Título V del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Consiguiéndose, al menos con ello normalizar la situación con relación al contrato de concesión, sobre todo tras la reforma introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que considera como norma de regulación del mismo al Texto Refundido de la Ley de Contratos, sin perjuicio de las peculiaridades propias

²³³ Vid. “Régimen jurídico...” en *La reforma de la Ley de Aguas...* cit. Pág.36.

²³⁴ Vid. BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa...* Op.cit.Pág. 391.

²³⁵ Ya que en el articulado se dice que “La gestión de estas obras podrá realizarse...” y no de manera imperativa “se realizará” (art. 124.1 TRLAg).

²³⁶ Regulado en el Capítulo III del Título VIII del TRLAg.

que se establecen, en la propia Ley de Aguas, para el caso de que el objeto de concesión sean las obras hidráulicas.

Todas estas consideraciones destacan, una vez más, el nuevo papel de los poderes públicos, en el que las Entidades Locales en este caso, no pueden soportar tales cargas económicas y por ello deben trasladar estas tareas al sector privado²³⁷. Las líneas breves que hemos destinados a recordar esta forma de creación y explotación de la obra hidráulica que se somete en gran parte al régimen general del TRLCAP, remite a su posterior tratamiento más detallado, si bien dejamos adelantado el incentivo que supuso la regulación de las diversas de fuentes de financiación privada (bien hipotecando la concesión como derecho real, bien mediante créditos participativos o emitiendo obligaciones o bonos, derechos de crédito que pueden incorporar a títulos negociables) necesarias e imprescindibles para sufragar las obras y de las que, desde entonces, goza el concesionario.

²³⁷ Conscientemente sin entrar en valoraciones sobre la idoneidad o no de realizar trasvases -que corresponde más bien tratar en relación con el abastecimiento de las poblaciones- el desarrollo de ideas sobre las obras hidráulicas en general requiere, al menos, aludir a la Planificación Hidrológica y al Plan Hidrológico Nacional, claves en el desarrollo de *Política hidráulica* de este país; pues, en el Plan se determinan las infraestructuras básicas que la gestión de los recursos hídricos requiere, además de una previsión de las obras hidráulicas necesarias en cada cuenca hidrográfica. De la propia Ley de Aguas podemos extraer la estrecha vinculación de ambas, la planificación y la realización de obras hidráulicas. Esta conexión se observa en la atribución de competencias, ya que se entiende que las infraestructuras hidrológicas forman parte de la planificación estatal, art.17.a) TRLAg y también las infraestructuras hidráulicas aparecen como uno de los elementos que forman parte del contenido de los Planes de Cuenca en el art.42.1.g.o') TRLAg.

Recordemos que el PHN fue derogado parcialmente en 2004, demostrando una vez más que este tema es una cuestión polémica y candente en un país, como el nuestro, claramente dividido en una España húmeda y en una España seca, donde además la mala distribución del recurso no acompaña en la resolución de problemas, sino que más bien pone trabas a ello. La literatura en torno a la planificación hidrológica es desde hace unos años bastante numerosa, y además su ámbito no se centra sólo en el ámbito o perspectiva jurídica, sino también surgen desde círculos económicos, sociales, políticos... Una selección de estas referencias son: EMBID IRUJO, A. *La planificación hidrológica: régimen jurídico*. A. Tecnos. Madrid. 1991; GÓMEZ FERRER, R. "La planificación hidráulica aspectos jurídicos" en *Ley de Aguas: análisis de la jurisprudencia constitucional*. INAP. Madrid. 1990; FANLO LORAS, A. *La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros*. Universidad de La Rioja. 2001; MARTÍN MATEO, R. *Tratado...* Vol. I I. Op. cit. Págs. 39 y ss; LUCENA RODRÍGUEZ, J. "Informe sobre el Plan Hidrológico Nacional: algunos comentarios desde el punto de vista ambiental" en *El Plan Hidrológico Nacional a debate*. ARROJO AGUDO, P. (coord.). Fundación Nueva Cultura del Agua. Bilbao. 2001.

Es en este instrumento donde se contiene las principales directrices que van a determinar la creación y ordenación de las obras hidráulicas, no en vano, una de sus múltiples definiciones señala que la planificación hidrológica es una mera ordenación de obras y actuaciones a realizar, si bien existen otras muchas formas de entender la planificación hidrológica, bien como una competencia atribuida al Estado, según DE MIGUEL PERALES, C., *Vid. Derecho Español del Medio Ambiente*. Civitas. Madrid. 2000. Pág.149; como instrumento de protección de la calidad de las aguas. *Vid. MARTÍN RETORTILLO, S. Derecho de Aguas*. Op.cit. Pág. 334; como técnica preventiva de protección de la calidad, *vid. EMBID IRUJO, A. Calidad de las aguas*. Monografías Civitas. Madrid. 1994. Pág.36; o como una forma de tutela ambiental. *Vid. DELGADO PIQUERAS, F., Lecciones del Derecho del Medio Ambiente*. ORTEGA ÁLVAREZ, L.(dir). Lex Nova. Valladolid. 2000. Pág. 160.

III.2.3. Otras formas de gestión indirecta del servicio de saneamiento de las aguas

Existen asimismo otras formas de gestión de los servicios públicos, incluidas en la categoría de gestión indirecta.

III.2.3.1. La gestión interesada

Una de las posibilidades, diferentes de la figura de la concesión²³⁸, en el espectro de la gestión indirecta es la gestión interesada contemplada en el art.156.b) TRLCAP. Cuando nos referimos a la gestión interesada la Administración y el empresario participan en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato²³⁹, pero, como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de mayo de 2005 (Ar.2005\306), con un amplio margen de gestión al Ayuntamiento en cuanto a las condiciones y a la adopción de criterios que considere más adecuados para la gestión del servicio. En el ámbito local, tras la reforma de 2003, ha desaparecido la referencia expresa a esta modalidad de gestión indirecta que con anterioridad recogía el art.85.4.b)²⁴⁰, pero sigue siendo válida esta opción en base a la remisión que el nuevo art.85.2.B) hace a la normativa estatal de contratos²⁴¹. Generalmente la Administración colabora aportando las instalaciones necesarias para su desarrollo y una mínima remuneración, que se ve ampliada si de la gestión surgen

²³⁸ Se recurre a estas fórmulas cuando el mantenimiento del beneficio empresarial, definitorio de la concesión, se hace imposible para el concesionario y es necesario usar otras fórmulas en las que la participación privada es importante, pero donde se comparten los riesgos de una manera más distributiva que en la concesión. La inversión inicial normalmente la realiza el municipio, así como los gastos derivados de la explotación, mientras que el gestor privado gestiona el servicio a cambio de una remuneración que no recibe de los particulares, sino de la Administración, *vid.* MORELL OCAÑA, L. “La organización...” cit. Págs. 404 y 405.

²³⁹ De manera pionera y más ampliamente *vid.* NIEVES BORREGO, J. “La gestión interesada en el derecho administrativo español” en *RAP*. Núm. 26. 1958. Págs. 51 y ss.

²⁴⁰ Señala J.F. MESTRE DELGADO que esta forma de gestión indirecta no surgió en rigor en nuestro Derecho hasta la entrada en vigor de la LRBR en 1985, inspirada indudablemente en la *régie intéressée* francesa. La *régie intéressée* es en el Derecho francés una forma de gestión indirecta en el que el municipio confía la explotación y mantenimiento de un servicio a una persona de derecho privado, que asume la gestión por cuenta del municipio mediante una remuneración que no está asegurada por los usuarios, como en las concesiones, sino a través de una prima fijada en porcentaje en funciones del número de *affaires*, que se completa con determinadas productividades, *vid.* MESTRE DELGADO, J. F. “Las formas de prestación...” en *Tratado ...* Vol. II. Op. cit. Págs.1463 y ss.

²⁴¹ Aun así, continua siendo una fórmula desconocida para el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, como señala LÓPEZ PELLICER en *Lecciones de Derecho...* Op. cit. Pág.190.

mayores beneficios, que parcialmente se asignan al gestor interesado, incentivando de este modo el buen funcionamiento del servicio. Esta modalidad se diferencia de la concesión en la falta total de riesgo por parte del tercero que realiza la gestión, puesto que siempre se le garantiza la retribución de sus inversiones. Es pues una forma bastante complicada de catalogar por presentar rasgos propios tanto de la gestión directa como de la concesión, y por tanto indirecta, y que por ello está cayendo en desuso²⁴², pues es frecuente que encontremos cláusulas de interesamiento en el resto de modalidades de contratación.

III.2.3.2.El concierto para la prestación del saneamiento de las aguas residuales

La otra modalidad de gestión indirecta que enumera el LRBRL es el concierto. Este convenio supone que la Administración decide contar con una persona natural o jurídica, pública o privada, que ya con anterioridad viene realizando prestaciones similares, para que realice el servicio público de que se trate, a cambio del pago a una “tanto alzado”; fórmulas que en todo caso no son objeto de un amplio tratamiento por la escasez de su aplicación práctica²⁴³, acompañada tradicionalmente a los servicios de beneficencia, unidos directamente a las necesidades personales, por lo que en cuanto al saneamiento y sus características no presenta el marco idóneo de aplicabilidad.

Esta figura no supone el nacimiento de una nueva persona jurídica (art.143 RSCL), siendo su duración máxima de diez años (art.144 RSCL), si bien el TRLCAP en su art.147 fija la duración máxima en 25 años, primando esta última normativa. Pero si la Corporación decide crear y prestar un servicio de manera análoga, el Concierto queda automáticamente sin efecto. El pago de los servicios que se presta de esta manera se fija a tanto alzado inalterable y de carácter conjunto para la totalidad del servicio para un tiempo determinado o por unidades a precio fijo.

²⁴² L. MARTÍN-RETORTILLO “De la gestión interesada a las “cláusulas de interesamiento” en *RAP*, Núm. 36.1961. Págs. 67. No obstante aun utilizada como es el caso de la Plaza de Toros de las Ventas tal como en su día apuntó el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 21 de junio de 2004 (Ar. 2004\609): “... por lo que otorga autonomía del gestor desde el punto de vista financiero, pero interesando a la Administración regional en los aspectos artísticos y organizativos en los ingresos que se originen”.

²⁴³ *Vid.* SOSA WAGNER, F. *La gestión...* Op. cit. 2004. Págs. 255 y ss.

En todo caso es un tipo legal que ha sido poco desarrollado por la normativa y la doctrina, convirtiéndose “más en un sistema de atribución de subvenciones públicas que como prestación de servicio público”²⁴⁴.

III.2.3.3. Sociedad de economía mixta local. Remisión

Como un “modo de gestión en forma de sociedad mercantil, en cuyos capitales y dirección cooperan la Administración y los particulares para realizar finalidades económicas de la Administración” definía F.ALBI a las empresas mixtas²⁴⁵.

La sociedad mixta local es, así, otra de las técnicas de gran interés de colaboración entre sujetos públicos y privados, con una amplia tradición en nuestra práctica local²⁴⁶, aplicable al saneamiento de las aguas residuales, donde los beneficios de la colaboración se concretan en la aportación por el socio privado de ayuda financiera, experiencia industrial y eficacia gerencial en un servicio público, sin que la Administración pierda por ello su presencia en la gestión del mismo²⁴⁷, con una idea mucho más próxima a la concesión que a la de sociedad municipal²⁴⁸ y como prueba de ello la existencia de una empresa mixta local se limita a cincuenta años (art.111.1 RSCL), plazo que curiosamente coincide con el de la concesión de obra pública, a lo que ha de sumarse que tras la extinción de la empresa mixta el activo y pasivo y todas las instalaciones de uso, bienes y material integrante del servicio revierte a la entidad local (art.111.2 y 3 RSCL).

De nuevo la remisión del artículo 85.2.B) LRBRL al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la que nos lleva a tratar esta

²⁴⁴ Vid. MALARET GARCÍA, E. “Servicios público, actividad económica...” cit. Págs. 585 y 586.

²⁴⁵ Vid. *Tratados de los modos de gestión de las Corporaciones locales*. Aguilar. Madrid.1960. Pág.398.

²⁴⁶ Así lo mantiene R. RIVERO ORTEGA en *Administraciones públicas...* Op. cit. Pág. 156; SOSA WAGNER, F. *Manual de Derecho Local*. Aranzadi. 2004. Pág. 242.

²⁴⁷ Clarificadora resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1982: “En las relaciones entre Corporación Municipal y empresa mixta, aquélla ejerce sobre ésta, más que un control externo, propio de las relaciones de tutela, uno de carácter interno, en cuanto partícipe en el proceso de formación de la voluntad de la empresa mixta como correlativo de su participación en la creación del capital social; lo cual significa que la voluntad de la Administración ejerce su fuerza, pero integrada en la voluntad total del órgano gestor de la empresa mixta”.

²⁴⁸ Vid. SALA ARQUER, J.M. “La empresa mixta como modelo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” en *REDA*. Núm. 90.1996. Págs. 237 y 238.

modalidad de gestión a la que el art.156.d) TRLCAP se refiere como la “sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”. Sociedad que como señala LÓPEZ PELLICER es mixta en dos sentidos, en cuanto a la concurrencia de capitales, público y privado, y en cuanto a la dirección y gestión de la empresa, que se realiza también en colaboración²⁴⁹, o más bien, siguiendo a SALA ARQUER se trata de la combinación de control público y dirección privada, clave en el buen funcionamiento de toda empresa mixta²⁵⁰.

Como señalaba ALBI en las sociedades mercantiles locales mixtas la participación del municipio no es íntegra, y si bien no se exige un volumen determinado de participación pública en la empresa, lo normal es que ésta sea, no obstante, en un porcentaje del 51% y el resto sea de participación privada²⁵¹, adoptándose bien la forma de sociedad mercantil (anónima o de responsabilidad limitada), laboral²⁵², y cooperativas²⁵³. Siendo en todo caso la responsabilidad pública limitada a la aportación realizada (art. 100 RSCL).

La principal característica es de nuevo el recurso que este instrumento permite del Derecho privado, pues no estamos ante una institución con personalidad jurídico-pública, ya que aunque la participación del Ente Local sea en la mayoría de las ocasiones del 51%, la participación mayoritaria no implica, como razona S.ORTIZ VAAMONTE, el control de la sociedad, ni que sea un ente instrumental –un *alter ego*- de

²⁴⁹ Vid. *Lecciones...* Op. cit. Pág.191. Sobre este carácter mixto BLANQUER dice “no resuelta conveniente ni inoportuno precisar que el carácter mixto se refiere a la composición del capital social, porque desde la perspectiva de la naturaleza de la persona jurídica no hay en rigor una combinación de rasgos típicos del Derecho Administrativo y otros del Derecho privado –no es un híbrido a medio camino-. La sociedad mixta no está investida de las potestades o prerrogativas exorbitantes que caracterizan al Derecho Administrativo”, vid. *La iniciativa...* Op. cit. Pág.539.

²⁵⁰ Vid. “La empresa mixta como modelo de gestión...” cit. Pág. 238.

²⁵¹ Debemos señalar que anteriormente surgía la discusión, en base a la derogada Ley de contratos de 1995, si se les aplicaba o no las reglas del contrato de gestión de servicios y con ello los principios exigidos por la Unión de concurrencia, publicidad y no discriminación. Con la nueva Ley de Contratos y la LRBRL la selección del socio privado se realiza con respeto a los principios de publicidad, concurrencia e igualdad garantizando la aplicación del procedimiento establecido en el TRLCAP, vid. SOSA WAGNER. F. *La gestión...* Op. cit. 2004. Pág. 269.

²⁵² Según el art.5.3 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, la participación pública debe ser inferior al 50 por cien del capital social. Las Sociedades laborales son sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social es de propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma de personal y directa, cuya relación lo sea por tiempo indefinido, y cuando se cumplan los criterios fijados en la Ley.

²⁵³ Ley 27/1999, de 16 de julio de 1999.

la Administración, porque en tal caso no sería una empresa mixta, sino una empresa pública²⁵⁴, en el sentido de poder adjudicador y por tanto sometida a las Directivas comunitarias y al TRLCAP. Aun así, tras la reforma de la legislación sobre contratación se someten a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por el Texto Refundido de la Ley de contratos y, en todo caso, siempre sometidos a los de igualdad y no discriminación en cuanto a su constitución²⁵⁵, esto es las normas sobre el contrato de gestión de servicios se aplican a la selección del socio privado que va acceder a la gestión del servicio de saneamiento mediante su participación en el capital de una sociedad mixta.

En el caso de que la Entidad Local opte por esta fórmula para la ejecución de la tarea de saneamiento nos situaríamos entre las dos posibles variedades de actuación en el mercado y de gestión de servicios públicos²⁵⁶, si bien más cerca del espectro de éstos últimos, pues aun bajo esta forma privada y con la importante presencia particular en la empresa, la Administración mantiene en todo caso la titularidad de la gestión y los poderes de control y dirección sobre la gestión del servicio, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1986.

Ejemplos de este recurso por parte de los Entes locales para realizar el saneamiento de las aguas residuales es el de EMUASA en el caso de Murcia, empresa mixta participada en un 51% por el Ayuntamiento y el 49% por AQUAGEST, empresa del Grupo Agbar, encargada de la gestión integral del agua²⁵⁷. También en la ciudad de Tarragona la empresa de carácter mixto EMTASA se encarga de la gestión de servicios básicos dirigidos a los ciudadanos. También con experiencias muy positivas destaca la empresa mixta de aguas municipalizadas de la ciudad de Alicante AMAEM, participada por el Ayuntamiento y el grupo AGBAR²⁵⁸.

²⁵⁴ Vid. *El levantamiento del velo...* Pág. 508 y 510.

²⁵⁵ Vid. GONZÁLEZ PUEYO, J., "Gestión de servicios.." cit. Pág.16.

²⁵⁶ Vid. SOSA WAGNER, F. *Los servicios...* 2004. Op. cit. Pág.268.

²⁵⁷ Vid. MÉNDEZ ESPINO, J. "Participación del sector privado en el servicios de abastecimiento de agua y saneamiento: experiencia de Murcia" en *Conferencias y reseñas del Seminario sobre abastecimiento de agua*, celebrado en Alicante, del 14 al 1 de junio de 1993. Págs. 69 y ss.

²⁵⁸ Sobre la transformación de una empresa municipal de capital íntegramente pública encargada de la gestión del servicio de abastecimiento y evacuación de agua en Las Palmas de Gran Canarias, a una sociedad mixta encargada con la misma misión, vid. VILLAR ROJAS F. J. "La privatización de empresas suministradoras de agua" en *REDETI*. 2001.Núm.10.cit. Págs. 143 y ss. Plantea VILLAR el siempre polémico problema, ante la discrecionalidad para realizar la venta de una empresa pública, de la valoración de la misma, pues en el caso de los servicios de agua, no estamos ante una dación de bienes al

CAPÍTULO SEXTO

OTRAS ALTERNATIVAS A CONSIDERAR EN LA EXTENSIÓN DE NUEVOS MODELOS DE GESTIÓN DEL SERVICIO DE SANEAMIENTO

I.SANEAMIENTO DE AGUAS Y MERCADO

I.1.Sobre las privatizaciones materiales y el servicio de saneamiento

Iniciaremos el epígrafe ampliando el enunciado que lo preside. En consecuencia corresponde recordar brevemente que se entiende por privatizaciones materiales²⁵⁹. Las privatizaciones materiales implican, efectivamente, un traspaso y desentendimiento de funciones y de contenidos materiales por parte de los poderes públicos y suponen, a nuestro entender, una privatización en sentido estricto o sustantivo²⁶⁰ -de “radical” las califica EMBID IRUJO-, mientras que, por el contrario, las denominadas las privatizaciones formales suponen la utilización *instrumental* del ordenamiento jurídico privado²⁶¹. El rasgo principal es que bajo la primera modalidad los poderes públicos quedan excluidos no sólo de la ejecución, sino también de la responsabilidad, y de la propia tarea²⁶².

mercado, sino ante la prestación de un servicio público, y habrá que atenerse a las reglas que regulan los mismos.

²⁵⁹ Más ampliamente, *vid.* I.4.2.Modalidades de privatizaciones, en la Primera Parte.

²⁶⁰ Entiende PAREJO ALFONSO que sólo puede hablarse de “verdadera privatización” o privatización material cuando se cumplan dos requisitos: 1).la desaparición del Estado (en sentido lato, aclara) en la realización de las tareas que se le asignan, con la siguiente reubicación de esa tarea en el ámbito del Derecho privado, y, 2).la inexistencia de responsabilidad del Estado respecto a la actuación de los sujetos de Derecho privado en la ejecución (privada) de esa tarea. No obstante se reconocen las dificultades de alcanzar esta modalidad absoluta de privatización que, por lo general, dan lugar a otros supuestos: como son la imposición de realización de determinadas tareas a los privados, o la transferencia de la ejecución de tareas privados bien mediante la conocida encomienda a privados (que en sentido estricto tampoco es una autentica privatización), bien mediante la organización de la tarea según criterios de mercado y competencia, que tampoco llega a ser normalmente total, pues el Estado siempre mantiene un halo de responsabilidad en cuanto a las condiciones que deben darse en el sector o ámbito privatizado, y que nos lleva necesariamente a reconducir estos supuestos las figuras de las “obligaciones de servicio publico”. *Vid.* “Estado Social y Administración prestacional” cit. Págs.41 y ss.

²⁶¹ *Vid.* GARRIDO FALLA, F. “Privatización y reprivatización” cit. Págs.7 y ss.; GÓMEZ ACEBO Y POMBO ABOGADOS. *Teoría y Práctica ...* Op.cit. Pág.17; DE LA SERNA BILBAO, M.N. *La Privatización...* Op.cit. Pág.68; MARTÍN-RETORTILLO, S. “Las privatizaciones...” cit. Pág.7.

²⁶² Al respecto señala C. BRÜNING que la tarea traspasada no pierde de manera necesaria su carácter de *öffentliche Aufgabe*, con una visión pues menos traumática que la desaparición entre nosotros de un servicio público. Pues una tarea pública (*öffentliche Aufgabe*) es aquella en la que la comunidad tiene interés, interés que no se pierde cuando tales tareas son privatizadas, pues el carácter de asunto de interés público no se remite al reparto de tareas entre la Administración y los privados. Otra cosa es que nos refiramos, como en el saneamiento, a una *staatliche o kommunale Aufgabe*, pues entonces nos

El debate de si tal modalidad es aplicable al caso de la tarea de saneamiento de las aguas puede adivinarse tras la exposición que hemos venido ofreciendo en estas páginas. De acuerdo con la tendencia europea y las particularidades propias de nuestro Derecho la privatización material total de un servicio público esencial y reservado como es éste plantea numerosas dificultades. Así, sería necesaria, en primer lugar, la *despublicatio* de la actividad, o al menos un concepto de reserva no vinculado a la idea de titularidad pública, sino a la de potestad de intervención. Sin embargo, y en segundo lugar, ello no le restaría carácter esencial, pues el saneamiento es un servicio básico en cualquier centro urbano. De este modo, debido a la necesidad vital de este servicio el poder público siempre debe estar presente en el sentido de al menos regular una serie de mínimos, el de su continuidad, su universalidad, adaptabilidad... es decir se formularía como un “servicio universal”, sometido “obligaciones de servicio público”. No obstante, aun cuando personas privadas se encargan de ese servicio siempre quedaría un resquicio de responsabilidad pública que impide que podamos hablar en nuestro contexto de una posible privatización material²⁶³.

adentramos en el espinoso ámbito de competencias soberanas otorgadas al Estado o al Municipio, *vid. Der Private bei der Erledigung ...Op. cit. Pág.79*.

²⁶³ Estos procesos de privatizaciones materiales, que caracterizaron la vida política y económica de nuestro país en la década de los noventa, se vieron *controlados* con la aprobación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas. Esta norma de acuerdo con la Disposición adicional segunda es trasladable al sector público de las entidades locales, pues las competencias atribuidas por la Ley a los órganos de la Administración general del Estado pueden ser ejercidas por los órganos correspondientes de las entidades locales.

La Ley conocida erróneamente como “Ley de privatizaciones” pretendía vigilar que el interés público vinculado a determinadas empresas permaneciera intacto y garantizado, incluso si se llevaba a cabo una posible privatización de las mismas, durante un periodo de tiempo. Por una parte se preserva el interés general de la Comunidad, pero, por otra se permitía también que ese interés fuera prestado y satisfecho mediante Empresas privadas cuya gestión presumiblemente era más eficaz, desarrollando así la Administración ese nuevo papel del que venimos hablando, el de controlador, regulador, una función de dirección que se articuló en dicha ley a través de las polémicas “acciones de oro”, régimen actualmente derogado a la espera de la aprobación de una norma que sustituya la de 1995, como lo anunció el Gobierno de Partido Socialista. Fuente: Libertaddigital, www.libertaddigital.com, de 21 de diciembre de 2005. Existe un proyecto de Ley 121/000064 publicado en el Boletín Oficial de las Cortes General de 2 de diciembre de 2005, con entrada en el Senado de 12 de abril de 2006.

El procedimiento de las “acciones de oro” establecido en el artículo 3 de la Ley establecía un régimen de aprobación previo de determinados actos y acuerdos adoptados para estas entidades que dejaban de ser públicas, método que planteó denuncias por parte de la Unión Europea ante la restricción desproporcional que éstas suponen para la libre circulación de capitales dentro de la UE, y la consiguiente condena (en mayo de 2003) del Tribunal de Justicia de la UE a nuestro país, junto con Gran Bretaña, por regular precisamente las llamadas “acciones de oro”. El Tribunal entendió en el caso español que las normas que amparaban la denegación de la autorización administrativa no estaban lo suficientemente detalladas como para poder considerarse “proporcionadas”, opinión que chocaba con la defensa de algunos autores que entendían que el juego del principio de proporcionalidad -parte del de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que recoge nuestra Constitución en el art.9.3- se considera como legitimación bastante de esta intervención estatal. Así, se cuestionó la circunstancia, regulada por nuestra

De forma equiparable en Alemania donde no se conoce el término de servicio público, ni la idea de *publicatio*, pero que tampoco ha introducido un sistema de autorizaciones similares al de los países anglosajones, se incluye bajo el concepto de *Daseinsvorsorge* diferentes campos de actuación entre los que se encuentran, particularmente de manera consensuada, los servicios relacionados con el agua y sus infraestructuras y por tanto la tarea de saneamiento de las aguas residuales²⁶⁴. Aun así su calificación como *Daseinsvorsorge* no es el límite a una posible privatización, sino la circunstancia de que este servicio se regula en todos los *Länder* como “*kommunale Pflichtaufgabe*”²⁶⁵, de lo que se impone que al abordar este servicio en aquel país se use también el término “privatizar” con cautela²⁶⁶, o como algunos confirman, es impensable la práctica también de una privatización material²⁶⁷, pues la formulación del art.18.a) WHG sólo permite la posibilidad de intervención privada de manera tutelada,

Ley, de que la Administración disponga de una facultad discrecional, muy amplia, cuyo ejercicio no quedaba supeditado a requisito alguno; así como el hecho de que los inversores no conociesen las circunstancias específicas y objetivas en las que eran concedidas o denegadas la autorización previa; tratándose de un régimen de autorización previa, DE LA SERNA BILBAO, *vid. La privatización...* Op.cit. Págs. 208 y ss; VILLAR ROJAS, F. J. “La privatización de empresas...” cit. Pág.154.

²⁶⁴ *Vid.* WIMMER, N. “Daseinsvorsorge durch die Kommunen unter dem Einfluss des EG-Rechts” en *Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht*. Schröder/Weber (Hrsg). Wien. 2004. Pág. 64.

²⁶⁵ *Vid.* BODANOWITZ, J. *Organisationsformen für die kommunale Abwasserbeseitigung*. Deutscher Gemeindeverlag. Verlag W. Kohlhammer. Münster. 1993. Pág.24 y BURGI, *Die Dienstleistungskonzession ...*Op.cit. Págs.18 y 37.

²⁶⁶ En el entorno alemán la tarea de saneamiento supone una tarea parte del *Daseinsvorsorge*, es decir de la procura existencia del Estado, *vid.* SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE. *Umweltrecht*. Op.cit. Pág.504; SANDMANN, T. “Kommunale Unternehmen...” Op. cit. Pág.54 y 60. Añaden CZYCHOWSKI /REINHARDT que la naturaleza jurídica de esta tarea es la de una tarea de competencia pública (*öffentliche Aufgabe*). *Vid.* *Wasserhaushaltskommentar*. Op.cit. Pág.575. Concretando su calificación jurídica la eliminación de aguas residuales se configura como una tarea obligatoria de los municipios (*Pflichtaufgabe*). *Vid.* BREUER. *Öffentliches und privates ...*Op.cit. Pág.371 y 372. En particular la nota 1225 enumera cada uno de los artículos de las diferentes *Wassergesetze* de los *Länder* donde se recoge tal declaración, esto es “die Gemeinde als Träger des Abwasserbeseitigung”; también en este sentido LASKOWSKI, S. “Die deutsche Wasserwirtschaft im Kontext von Privatisierung und Liberalisierung” en *ZUR*. Núm.1 2003. Pág.3; y KLUGE, T., en *Netzgebundene Infrastrukturen...* Op. cit. Pág. A3; DIERKES, M. “Die Abwasserkonzession” cit. Pág.209. Incluso algunos autores, como SCHULZ, P.M., consideran que se trata de una “schlicht-hoheitlichen Kompetenz” es decir de una competencia soberana simple, *vid.* “Privatisierung der kommunalen Abwasserbeseitigung durch Beleihung?” en *ZfW*. Núm.38. 1998. Pág.280; también DIERKES, M. “Die Abwasserkonzession”, cit. Pág.214. Este autor destaca sin embargo como el concepto de “Hoheitsaufgabe” no es un concepto claramente definido, ni con una interpretación clara. Así mientras para algunos significa que las remuneraciones privadas recibidas por la prestación de servicio de eliminación de aguas residuales sólo pueden ser exigidas a través de los municipios y no mediante empresas privadas, como defiende T. PENCERECI en “Privatisierung öffentlichen Aufgabe ...” cit.. Pág.227, considera DIERKES que el contenido de tal afirmación es discutido.

²⁶⁷ *Vid.* BURGI. *Die Dienstleistungskonzession...* Op. cit. Págs. 18 y 19. En el mismo sentido BRÜNING, *vid. Der Private bei der Erledigung...* Op. cit. Pág.81 y CZYCHOWSKI/ REINHARDT. *Wasserhaushaltsgesetz...* Op. cit. Pág.585.

similar a formas de gestión indirecta, y en todo caso el traspaso temporal y bajo una serie de condiciones a un privado.

Los límites a una privatización material en el caso del saneamiento que de un modo u otro se revela como una tarea esencial propia de los municipios y clave para la procura existencial de los ciudadanos es la cláusula del Estado de Derecho pues un ente público no puede renunciar a una competencia, con efectos tan evidentes sobre los ciudadanos, por lo que es necesario una base jurídica que respalde y legitime tal decisión²⁶⁸.

I.2.Sobre la liberalización del servicio de saneamiento, basada en su infraestructura en red

A la vista de la experiencia de otros sectores esenciales prestados en red se plantea la posibilidad de que el sector del agua se introduzca en el juego de la competencia del mercado (*Wettbewerb im Markt*). En concreto se señalan desde la doctrina alemana especializada en el tema dos modalidades aplicables al sector de las aguas de manera general, pero que entendemos perfectamente ajustables al caso del saneamiento: bien mediante la construcción de redes paralelas destinadas al saneamiento de las aguas, bien mediante el uso común de las redes ya existente por diferentes operadores privados, de manera similar al derecho de paso (*Durchleitung*) en el sector del gas, o de la energía²⁶⁹. Veamos qué viabilidad tienen dichas propuestas.

I.2.1.Introducción sobre los servicios en red

Las proposiciones anteriores están vinculadas estrechamente con un elemento del servicio de saneamiento que no es otro que el de los canales que lo posibilitan y que forman una red. Por eso entendemos necesario partir de algunas precisiones sobre este concepto de manera general²⁷⁰.

La importancia de la infraestructura de red es tal que se convierte en el soporte ineludible de actividades económicas esenciales de las que no puede prescindir la

²⁶⁸ Vid. BRÜNING, C. *Der Private bei der Erledigung* ...Op. cit. págs. 81 y ss.

²⁶⁹ Vid. BESCHE, B. *Wasser und Wettbewerb*. Op.cit. Pág.148.

²⁷⁰ Sobre este concepto el aclarador artículo de J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ "Sobre las infraestructuras en red" en *REDETI*. 1998.Núm.1.Págs.1 y ss.

sociedad²⁷¹, precisamente la mayoría de servicios englobados bajo la categoría de “servicios de interés económico general” se prestan en red²⁷², como la propia Unión Europea reconoce en su *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, de 2003. Por ello en los casos en que se han producido liberalizaciones, éstas han sido acompañadas de paralelas regulaciones de los sectores afectados, pues la consideración de las redes como factor determinante en la configuración jurídico-pública del régimen de actividades de dimensión colectiva, como decíamos, es también el principal obstáculo a salvar para que los servicios que necesitan de ella puedan prestarse en régimen de competencia. En efecto, surge el primer rasgo de estas infraestructuras, el carácter unitario de las mismas, que hacen que se conviertan en verdaderos monopolios naturales²⁷³ inaccesibles para aquellos que no sean titulares²⁷⁴, pues la consecuencia de la existencia de un monopolio natural es la falta de eficiencia de su duplicidad. En este sentido existe una única red, con capacidad limitada, destinada a la prestación de un servicio de interés de la comunidad. Así, las tendencias liberalizadoras exigen una fuerte regulación que ordene el acceso de los gestores y la competencia de acuerdo con el Derecho comunitario, pero también la continua y satisfactoria prestación del servicio regulado. En todo caso la apertura de estos sectores, como señala SORIANO GARCÍA, no debe ser el paso de un monopolio público a otro privado -quizás con peores consecuencias- sino la de permitir la correcta competencia a favor de los ciudadanos²⁷⁵.

Otra nota de estos servicios es que los hasta ahora titulares públicos de las infraestructuras poseían el poder de determinar quien hacía uso de ellas, preferiblemente a través del uso de las concesiones, por lo que la competencia era más bien nula y el uso

²⁷¹ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, M^aY. “Reflexiones sobre la noción de red (su relevancia en la regulación de los servicios esenciales económicos en red)” en *REDETI*. 2003. Núm.18.Pág.12.

²⁷² Vid. CABALLERO SÁNCHEZ, R, *Infraestructuras en red ...Op.cit.* Pág.99.

²⁷³ Según M.A.LASHERAS “El monopolio natural es uno de esos casos en que el mercado no puede conseguir asignaciones eficientes... es cuando una determinada tecnología impone una función de costes según la cual resulta más caro producir la cantidad demandada de un determinado bien o servicio por dos o más empresas que por una sola”, vid. *La regulación económica de los servicios públicos..* Ariel Economía. Barcelona. 1999.Pág. 32. vid. ALBI. *Público y privado. Un acuerdo necesario.* Ariel. Barcelona. 2000. Págs. 109 y ss.

²⁷⁴ R. CABALLERO SÁNCHEZ propone, dada la importancia que están adquiriendo las infraestructuras físicas en sectores clave como las comunicaciones, los transportes o el gas, la creación de un *Derecho de redes*, relativo al régimen de explotación de las redes en régimen de competencia. El autor cita como ejemplo de este desarrollo el caso de Internet y de los canales de información y la denominación por Manuel Castells de una *sociedad-red*, vid. “El papel central...” cit. Pág.4 y las citas bibliográficas, a las que nos remitimos.

²⁷⁵ Vid. *Derecho público de la competencia.* Edelco-Marcial Pons. Madrid. 1998. Pág.113.

de las mismas se limitaba, en la mayoría de las veces, a un solo concesionario. Con la liberalización y regulación del servicio el titular de las infraestructuras pasa a ser un organismo independiente, inspirado en el modelo de agencias norteamericano, que regula el acceso de terceros, más precisamente de todos aquellos posibles ofertantes en condiciones de igualdad, transparencia y objetividad y mediante un sistema de autorizaciones o licencias. Por ello se ha derivado hacia la separación de infraestructura y de servicio, o como al inicio de estas páginas referíamos entre titularidad y gestión. Aclara CABALLERO que en esta separación de actividades la infraestructura, base y esencial para la prestación del servicio, puede organizarse a la vista de dos alternativas, bien mantenerse bajo el control público, si se trata de redes esenciales -como lo es en el caso del saneamiento-, bien por pasar a control privado gravando en este caso dicha transferencia de titularidad mediante una serie de obligaciones como la garantía de terceros al acceso de la redes y las obligaciones propias de los servicios universales²⁷⁶.

I.2.2.Las dificultades de aplicar el modelo liberalizador de los servicios en red al servicio de saneamiento

Una vez conocidos los aspectos generales de los servicios en red, surge la cuestión de su extensión al caso del saneamiento. Un primer documento nos adelanta ya las dificultades patentes de este sector. Así, la Comunicación sobre *Los servicios de interés general en Europa*, de 20 de septiembre de 2000, observaba que a determinados sectores se les reconocía su “dimensión y estructura en red que les confiere una dimensión europea natural” por lo que era necesario adoptar medidas a escala europea, y en ello se ha justificado gran parte de las Directivas liberalizadoras de muchos servicios públicos. Realmente opinamos que no se estaba pensando en el sector del agua, pues no ha sido objeto de tal regulación liberalizadora como ha sucedido con la nueva ordenación de los sectores del gas, electricidad o telefonía..., sino que la más reciente de las normas hídricas la Directiva Marco del Agua de 2000 más que liberalizar lo que ha pretendido es homogeneizar y simplificar el ordenamiento jurídico hídrico. Además, al respecto ha tenido ocasión de pronunciarse el Parlamento Europeo que

²⁷⁶ Vid. *Infraestructuras de red...* Op. cit. Págs.111 y 112.

rechazó²⁷⁷, en la votación sobre el Informe de las Prioridades Estratégicas del Mercado Interno de la Comisión Europea 2003-2006, la propuesta de la liberalización del agua que presentó el Comisionado del Mercado Interno, produciéndose una cierta situación de contradicción en el mismo seno de la Unión pues mientras el Parlamento mantiene posiciones contrarias a esta posibilidad de liberalización, la Comisión pretende la liberalización del sector del agua²⁷⁸.

El saneamiento comporta un conjunto de canalizaciones organizado para satisfacer un fin concreto, la descontaminación de las aguas y en última instancia la satisfacción del interés general²⁷⁹. En este compuesto de desagües el Real Decreto-Ley 11/1995 diferencia entre alcantarillado y sistemas colectores y, además, requiere de otras infraestructuras como son las instalaciones de depuración y de tratamiento. Bien. Si a efectos de distribución de competencias y asignación de obligaciones la diferencia entre alcantarillado y sistemas colectores tenía ciertas repercusiones, es obligado si queremos experimentar con procesos liberalizadores hacer uso de un concepto unitario que es el que además recoge la Directiva 91/271, que como sabemos define los sistemas colectores como “un sistema de conductos que recoja y conduzca las aguas residuales urbanas”.

La existencia de una red, no es cuestión baladí. Como señalara GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ “las redes sirven... para los servicios públicos existentes... Incluso puede decirse que la justificación de la propia existencia de los servicios públicos reside, en gran medida, en el hecho de su vinculación a una red²⁸⁰”. La constatación pues de estas dos realidades, la infraestructura y el servicio, ya aplicada en otros sectores liberalizados podría predicarse también en el caso del servicio de saneamiento

²⁷⁷ La situación contraria a la liberalización de agua ya la había expresado el Parlamento en la discusión sobre el Informe Langen (A5- 361/2001, www2.europarl.eu.int) sobre servicios de interés general en Europa, en octubre de 2001.

²⁷⁸ Estas opiniones se recogen en www.epsu.org y www.fsap.ccoo.es. En todo caso ciertas líneas liberalizadoras ha conseguido imponer la Comisión tras la introducción del sector del agua en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) bajo el cual se incluyen los productos y energías de libre comercio.

²⁷⁹ Esta es una definición adaptada a nuestro interés a partir del concepto general que GONZÁLEZ SANFIEL ofrece de “infraestructuras de red” como conjunto de elementos y bienes que se encuentran organizados para la satisfacción de un o fines concretos. *Vid. Un nuevo régimen....* Op. cit. Pág. 247.

²⁸⁰ *Vid. Derecho administrativo...* Op. cit. Pág.444.

diferenciando en la misma línea entre infraestructura y servicio, o entre propiedad y gestión²⁸¹.

Precisamente en el caso del saneamiento la necesidad de contar con una red, y la inexorable declaración tradicional de este servicio como un monopolio natural, consecuencia de que la instalación de las canalizaciones requiere de inversiones muy amplias, de costes fijos y de inversiones amortizadas a largo plazo²⁸² son el primer obstáculo para poder aplicar un sistema de autorizaciones, como el que se aplica en otros sectores, pues no se crean las condiciones necesarias para la inversión privada más que en la fase de saneamiento en alta²⁸³. Por ello dado que la duplicidad de conducciones es imposible²⁸⁴, se seguiría manteniendo una única red bajo la supervisión de una entidad independiente y especializada, que permitiría con ello la libre concurrencia entre agentes, públicos y privados, en su prestación²⁸⁵, circunstancia que de alguna manera limita los intentos liberalizadores-privatizadores²⁸⁶. Se podría entonces plantear la separación entre la infraestructura y la gestión, de modo que la infraestructura quedaría a salvo de la iniciativa privada y de la competencia, bajo la

²⁸¹ Al modo de las *essential facilities* anglosajonas, donde no se conoce un régimen jurídico como el de dominio público que permita delimitar ciertas propiedades en aras al interés de la comunidad. Más ampliamente GARCÍA DE COCA, J.A., “Notas sobre el régimen jurídico de las redes transeuropeas” en *REDETI*. Núm.12. 2001. Pág.790.

²⁸² El dato de contar con una buena red que permita rentabilizar y modernizar los métodos de gestión privados es fundamental y que ésta quede en mano pública, no impide la participación de capital privado atraído por la presencia pública, pues la figura de la concesión obras hidráulicas abre dicha posibilidad, introduciendo medidas liberalizadoras, con vistas a cumplir los objetivos de la Unión, en el sector del agua, *vid.* en la sección II, del Capítulo Quinto, en la Cuarta Parte, el epígrafe: II.2.2.Las líneas maestras de la concesión de obra pública en el saneamiento, como indicio de cambios en la Administración ambiental.

²⁸³ En el mismo sentido para el caso alemán B. BESCHE, pero sobre el abastecimiento a poblaciones (*Trinkwasserversorgung*), advierte de cómo el monopolio en el sector del agua supondría que la construcción de redes paralelas de conducción supondría un mayor número de oferentes de estructuras que llevaría, por las especiales condiciones de los monopolios naturales, al aumento inevitable de costes, *vid. Wasser und Wettbewerb*. Op. cit Pág.1 49.

²⁸⁴ *Vid.* BRÜNING C. *Der Private bei der Erledigung ...* Op. cit. Págs.144 y 145; STRACKE, D. “Regulierung eines natürlichen Monopols” en *Privatisierung...* Nisipeanu (Hrsg). Op cit. Pág.197.

²⁸⁵ En este sentido ARIÑO ORTIZ, G/ LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. *vid. La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*. Comares. Granada.2003.Pág.31. También en el derecho francés se constata la inoperabilidad de duplicar redes, al respecto B.TEISSONNIER-MUCCHIELLI dice “l’avantage qui résulterait de l’introduction de la concurrence sur le transport serai, en effet, très inférieur à l’inconvénient consécutif à une duplication du réseau... il est plus économique d’avoir tout le monde raccordé à un même système” en *L’impact du droit...*Op. cit. Pág.37.

²⁸⁶ *Vid.* SALAS HERNÁNDEZ, J. “Servicio público y competencia a la luz del Tratado de la comunidad Económica Europea” en *El desenvolupament del dret administratiu europeu*. Barcelona. 1993. Pág.207.

mano pública²⁸⁷, y la explotación quedaría afectada en este caso sí por la libre competencia, pues se abriría a las empresas que de modo más eficiente y cumpliendo las “obligaciones de servicio público” impuestas por la agencia existente entraría a prestar el servicio. Con ello se pretende conseguir aquello que advierte Santiago MUÑOZ MACHADO que “constituir un mercado en el antiguo dominio de los monopolios públicos consiste en evitar que no sean sustituidos por monopolios privados²⁸⁸”. Consecuentemente sería necesario, según apuntan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO, crear un “estatuto jurídico de las redes” para controlara los aspectos básicos, como los precios, y la posibilidad ejercer el derecho de acceso -reconocido por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Sacchi* de 30 de abril de 1974 (caso 155/73) donde afirmó que “el gestor de una red, titular de derechos exclusivos o especiales no puede, en principio, rechazar el acceso a las empresas exteriores sin desconocer las exigencias de competencias y de libre circulación que fundan el mercado único”²⁸⁹- y fomentar la supresión de los monopolios naturales a través de la supresión de derechos exclusivos de producción y distribución.

Además, en el caso del saneamiento el carácter demanial del agua va a ser clave en el régimen de las infraestructuras, de la red, pues de acuerdo con el Código civil, art.339, “los bienes afectos al servicio público son de dominio público”. GONZÁLEZ RÍOS señala que dos notas caracterizan el tendido de redes para la prestación del servicio de saneamiento de aguas: en primer lugar que todos los niveles administrativos se ven vinculados ante la necesaria ocupación de sus bienes, sobre todo los de dominio público, por este tipo de redes, y segundo, que dichas redes son declaradas de utilidad pública, otorgando así un derecho a favor de los operadores del servicio para ocupar los bienes por donde deben discurrir las redes²⁹⁰. La nueva ordenación que se propondría - posible configuración del saneamiento como un sector regulado- no altera sin embargo,

²⁸⁷ Debido a la esencialidad para la prestación de los servicios objeto de liberalización, que en momentos iniciales impuso respecto a los otros casos que la infraestructura se configurase como de uso común y sobre estas redes se desarrollan libremente los servicios, *vid.* ARIÑO ORTIZ, G/ LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. *La competencia en sectores regulados...* Op. cit. Pág.27.

²⁸⁸ *Vid. Servicios...* Vol. I. Op. cit. Pág.227.

²⁸⁹ Este derecho de acceso ha sido posteriormente confirmado por la Sentencia de 20 de marzo de 1985, caso *La Republica Italiana v. Comisión* (caso 41/83) y por la Sentencia de 18 de junio de 1991, caso C-260/89. Pero también es posible que este derecho de acceso de terceros se vea limitado según el propio Tribunal de Justicia por un motivo de “interés general”, pudiendo en ese supuesto ejercerse una actividad en red de manera monopolística como estableció la Sentencia de 19 de mayo de 1993, *Procurador de Roi v. Paul Corbeau*. Caso C-320-91.

²⁹⁰ *Vid. El dominio público municipal...* Op. cit. Págs. 132 y 133.

a nuestro parecer, ni el régimen del Código Civil, ni tampoco el art.132 CE, pues lo que varía es la consideración del servicio de saneamiento como un servicio público, no ya en el sentido tradicional claramente superado, sino como un nuevo servicio universal, restando intacto el carácter del agua que continua, a todos los efectos, siendo demanial²⁹¹.

Frente a estas reflexiones las opiniones que destacan las dificultades de aplicar procesos similares a los que ya se han experimentado en los ferrocarriles, la electricidad... al caso de servicios relacionados con el agua, nos hace pensar que todavía queda mucho para llegar a donde se ha llegado en otros ámbitos²⁹². Desde estas posiciones CABALLERO SÁNCHEZ considera el hecho de que las redes, en sentido genérico, tienen un valor estratégico por estar ramificadas por todo el territorio y tener un carácter unitario al estar entrelazadas, distinguiéndose un nivel de red principal o general y otro secundario o local, de manera que en el primer nivel más amplio, la titularidad corresponde la mayoría de veces a una sola empresa, siendo probable el monopolio, y en el segundo caso el nivel regional, ya más delimitado y con necesidades más concreta. En ambos supuestos sería el poder público el propietario y el encargado de regular y de autorizar las instalaciones necesarias. En el caso de las canalizaciones destinadas al alcantarillado de las aguas residuales urbanas el autor entiende que en sentido estricto éstas no pueden incluirse en el concepto de red que se está aplicando en los ámbitos que hemos citado como liberalizados, debido a la declaración de demanialidad que sobre los recursos hídricos recae, y que impide que el agua sea objeto de propiedad ni tampoco pueda crearse un mercado donde se de la competencia, además las conducciones del saneamiento tienen un marcado carácter municipal/ local, y no se produce por ello la señalada interconexión general, no hay un auténtico sistema vertebrado que es lo que permitirá la existencia de un verdadero mercado regulado²⁹³. A estas razones incluimos también la circunstancia de que el agua, o las aguas contaminadas, son bienes de una naturaleza y con unas características heterogéneas, que

²⁹¹ Vid. GONZÁLEZ SANFIEL, A.M. *Un nuevo régimen...* Op. cit. Pág.244.

²⁹² De manera contraria a la regulación del agua por mecanismos de mercado E. ORTEGA DE MIGUEL argumenta como razones, aparte de los tradicionales respecto a la concepción del agua como un monopolio natural, las imperfecciones de los mercados, la presencia de externalidades y la concepción de agua como necesidad, a lo que añade la complejidad del ciclo del agua y la importancia de sus aspectos sociales y medioambientales, *vid.* "La privatización de agua" cit. Pág.198.

²⁹³ Vid. "El papel central..." cit. Págs.21 y 22; en el mismo sentido destaca el carácter local y restringido de las instalaciones del saneamiento BODANOWITZ en *Organisationsformen für die kommunale...* Op.cit. Pág.104.

no permiten el uso simultáneo de las redes, y que en el caso de aguas residuales los contaminante más o menos peligrosos también condicionarían el uso de la red y los posibles peligros derivados del uso indebido de las canalizaciones²⁹⁴.

I.2.3. *Wasser um den Markt*

Las importantes dificultades y limitaciones que surgen en cuanto a la introducción de competencia y liberalización en la prestación del servicio de saneamiento, no deben sin embargo ser el argumento para mantener este servicio en una situación estática en cuanto a su régimen jurídico; en este sentido en Alemania se habla de que si es no factible la llamada competencia *en el* mercado “*Wettbewerb im Markt*”²⁹⁵, sí que puede considerarse que existe “*Wettbewerb um den Markt*”, es decir, que aun existiendo, en este caso debido al carácter de monopolio natural del servicio, un *monopolio de iure y de ipso*, los poderes públicos crean una posibilidad jurídica de actuación en el mismo, es como crear una competencia *para ese* “mercado”, más bien en ese ámbito del mercado. La idea que esta expresión pretende es que se haga uso para la prestación del servicio de saneamiento de instrumentos contractuales y/o de cooperación que se encuentran determinados por las reglas comunitarias, y por tanto en cierta medida cumplen con aspectos fundamentales de la política comunitaria sobre libre mercado²⁹⁶. La cuestión que surge es que no todas las formas contractuales se

²⁹⁴ Vid. BESCHE, B. *Wasser und Wettbewerb*. Op. cit. Pág. 153 y ss; EGERER, M. “Deutsche Trinkwasserversorgung: Mehr Effizienz”. Disponible en: www.ifo.de/home; ORTEGA, E/ SANZ, A. “Marco de los procesos de privatización de servicios públicos con especial énfasis en la gestión del agua”. 2004. Disponible en: www.unizar.es/fnca/docu.

²⁹⁵ Vid. STRACKE, D. “Regulierung eines natürlichen Monopols” en *Privatisierung....* Nisipeanu (Hrsg). Op cit. Pág.197.

La competencia en el mercado “im Markt”, como hemos visto *supra*, sería solo posible mediante la construcción de obras y redes paralelas o mediante el uso común de las redes ya existentes. Una liberalización en tal sentido en el sector de los recursos hídricos requiere de la supresión de todos las barreras que impiden la entrada en el mercado (*Marktzutrittschranken*), pudiendo entrar en competencia todos los posibles concursante tanto públicos, como privados. Así a diferencia de una privatización se situarían en el mercado las empresas privadas no en lugar de los municipios, sino al lado de éstos. B. BESCHE, *Wasser und Wettbewerb...* Op. cit. Págs. 148 y ss.

²⁹⁶ Una muestra de la flexibilización del tradicional régimen concesional se viene experimentando en Francia, donde, desde 1995 se han recogiendo los envites comunitarios de modernización de conceptos y formas de actuar pública en relación con los servicios públicos y bajo la categoría amplia de *délégation de service public*. Aunque tal técnica fue ya consagrada en la *Loi du 29 de janvier 1993 sur la prévention de la corruption (Loi Sapin)*, la definición de tal concepto se extrae del art.3 de la *Loi n° 2001-1168 du 11 décembre portant mesures urgentes de reformes à caractère économique et financier* (Loi MURCEF, JO 12 décembre 2001.P. 19703). La *Loi MURCEF* que dice así “... es un contrato por el que una persona moral de derecho público confía la gestión de un servicio público del que es responsable a un delegatario público o privado cuya remuneración está sustancialmente

encuentran sometidas con la misma intensidad a estas reglas, fundamentalmente las concesiones de servicios, que son el instrumento utilizado de manera más frecuente en los servicios urbanos²⁹⁷.

Esta forma de introducir *competencia* no tiene, por tanto, repercusiones directas en los usuarios, por eso la competencia no se produce *en el mercado*, sino que se refiere a la asunción de las tareas de eliminación de aguas bien por el ente local que puede decidir sobre su modo de prestación mediante un régimen contractual o bien mediante formas cooperativas. En concreto se refiere a la transferencia y privatización en sentido impropio, pues realmente se refiere a formas de gestión indirecta, que se están viendo superadas por una cada vez más extendida cooperación público-privada, del servicio de saneamiento, de manera que las fases del servicio que sean rentables y atractivas para los privados se transfieren a empresas privadas. La posibilidad real de que algunas fases no sean asumidas por los privados, por no resultar rentables, pero que también son fundamentales en la efectiva prestación del servicio, hace resurgir la cláusula del Estado

ligada a los resultados de la explotación del servicio. Al delegatario le puede ser encargado construir obras o adquirir los bienes necesarios para el servicio”, más ampliamente J-D. DREYFUS. “La définition légale des délégations de service public” en *ADJA*. Núm. 1. 2002. Págs. 39 a 41.

Sobre este concepto y con carácter previo y en base a la definición que adelantaba el proyecto de *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* L.RAPP señaló que en ocasiones más vale una ausencia de definición, que una mala definición. Pues critica que en la definición que hemos reproducido se pasa del criterio tradicional establecido por la Jurisprudencia de “remuneración-explotación”, caracterizador de la *délégation de service public*, al criterio de “remuneración sustancial”. De este modo la *délégation de service public* se distingue del *marché public* (contrato público) en que la remuneración de la delegación está sustancialmente asegurada por los ingresos de la explotación del servicio. Cuando el hecho real, continua este autor, es que la *délégation* no se distingue únicamente del *marché* por la naturaleza de la actividad delegada o el vínculo que une explotación del servicio y remuneración del delegatario, pues aquella implica una transferencia de riesgos de la explotación, en la que reside el mismo fundamento del criterio de la “remuneración sustancial”, *vid.* “Faut-il vraiment définir l’ensemble des délégations de service public?” en *ADJA*. Núm. 12. 2001. Págs. 1011 y 1012.

Bajo la categoría de “délégation de service public” se incluyen las técnicas autorizatorias, la gerencia, *affermage* (en este caso el municipio encarga el servicio a un tercero, bajo su riesgo y ventura, que satisface una suma por el derecho de explotar el servicio, y que a cambio recibe una retribución, que fija la Corporación, por los usuarios del mismo. A cargo de la Corporación corren los gastos iniciales de las instalaciones y del material necesario para el servicio, puesto que el objeto característico es el servicio en sí, *vid.* MESTRE DELGADO, J. F. “Las formas de prestación...” en *Tratado de...* Tomo II. Op. cit. Págs. 1470 y 1471), la gestión interesada, entre otras.

²⁹⁷ El *Informe sobre la Coyuntura Económica del Sector Ambiental* señaló en base a los datos de AEAS de 2000 que los Ayuntamientos gestionan el 21% de las redes de saneamiento, y un 7%, de las instalaciones de depuración, el resto de las instalaciones se gestiona por empresas públicas o privadas, bajo distintas formas de gestión. Disponible en www.mma.es. Por su parte estas concesiones están controladas mayormente en España por dos grandes empresas AGBAR que controla el 50% del negocio privado del agua, bien de forma directa, bien mediante la participación en más de 25 empresas del sector, y FCC que posee el 35% del negocio privado del agua, conocida sector bajo el nombre de AQUALIA. Fuente: “Marco de los procesos de privatización...” cit.

social y democrático de Derecho. Pues, el estado asume esa función de garante y de cobertura (*der Staat als Hüter des Gemeinwesens*), de manera que o bien entendemos que debe asumir esas fases que no son del interés privado, o debe obligar a las empresas que se benefician de los contratos para la explotación de servicios rentables a ofrecer dichos servicios no tan atractivos, mediante ventajas y mediante la flexibilización de las estrictas reglas de la competencia, en sentido similar a como se entendió en la Sentencia *Corbeau*.

Esto es, la posible entrada del saneamiento *en el mercado* debe entenderse en todo caso en sentido impropio, pues la Administración, la Corporación Local en el caso del saneamiento, establece quiénes pueden acceder a la prestación del servicio, al uso de las infraestructuras, de manera estricta a través de instrumentos que le permiten ejercer su función de garante. Los instrumentos son variados y difieren según los sistemas jurídicos como veremos, pero la preferencia por el sistema concesional, adaptado a las exigencias europeas y con unos contornos a caballo entre el concepto clásico y el de autorizaciones, presenta de manera atractiva este instrumento a la intervención privada cuyo interés no proviene ya en este caso del mercado, sino en el creciente beneficio empresarial que supone entra a prestar un servicio público, de manera exclusiva²⁹⁸.

Sometido pues a estas limitaciones, pero también a la continua exigencia de competencia que hemos analizado parece oportuno plantear reflexiones sobre una posible forma de articulación en nuestro entorno del servicio de saneamiento basada en la posibilidad de que éste se preste mediante un sistema de concesiones reinterpretado, entendido, como señala GARCÍA LLOVET, como un instrumento público de regulación²⁹⁹, más próximo al sistema de autorizaciones reglamentadas u operativas, sobre el que de manera evidente la Unión Europea expresa sus simpatías. Pues señalado ha sido que la evolución de la concesión ha llegado a tales extremos que más que una forma de gestión indirecta, donde el concesionario sigue las instrucciones de la Administración, se llega a una *association entre concédant et concessionnaire privé*³⁰⁰; y también en el caso de las

²⁹⁸ Como observa MOLINA GIMÉNEZ “en el caso del agua potable las empresas de abastecimiento, más que verse perjudicadas por la regulación, se ven extraordinariamente beneficiadas por aquélla. Estas empresas cuentan con un servicio de alta rentabilidad económica, sin competidores actuales o futuros, una clientela segura, y un conjunto de mecanismos de garantía económica de los que acrecen ordinariamente el resto de actividades industriales”, de ahí el interés por sectores donde la competencia sea limitada o no exista, *vid. El servicio público...* Op. cit. Pág.217.

²⁹⁹ *Vid. El régimen jurídico de la radiodifusión*. Marcial Pons. Madrid. 1991. Págs. 316 y 317.

³⁰⁰ *Vid. RIVERO, J/ WALINE, J. Droit administratif*. Op.cit. Pág. 324.

autorizaciones se extiende el uso de las mencionadas “autorizaciones operativas”, en las que la Administración aparece no como simple controladora, sino como efectiva reguladora en el mercado³⁰¹. Sin embargo, tras las reflexiones que sobre el servicio público de saneamiento de las aguas y sobre la posibilidad de introducir novedades, creemos que éstas se limitan en el caso del saneamiento entendido como servicio público a que la Unión Europea dicte las pautas, como ya ha hecho, para que este instrumento se ajuste cada vez más en los diferentes Estados miembros y la contratación sea transparente, pública y no discriminatoria. En cuanto a las autorizaciones operativas sólo podrían utilizarse en el saneamiento, cuando éste tenga carácter privado. Y dicho carácter lo encontramos en el Derecho urbanístico. En concreto en la construcción de urbanizaciones privadas. Pues, en estos casos, el municipio no se ha reservado el servicio, ni tampoco las redes e infraestructuras necesarias que ocupan dominio público, sino privados que, además, financian esas infraestructuras de manera privada. En tales circunstancias, al Ayuntamiento también le interesa un control efectivo sobre estas redes *privadas*, porque de ello depende la protección última del medio ambiente de los vecinos. Así se podría otorgar no una concesión, pues no se reúnen los requisitos necesarios, pero sí la citada autorización operativa, que permite un control permanente de carácter público.

Por ello debemos concluir que en el caso de monopolios naturales, considerados como una situación excepcional, es también con ese carácter de excepcionalidad la forma quizás más adecuada el recurso al régimen concesional³⁰², pues ha quedado plasmado como la gran cuestión todavía sin visos de resolverse en el Derecho de aguas, y menos en el saneamiento, es garantizar la prestación en las mismas condiciones que cuando se consideraban servicios públicos locales. De ahí que la línea trazada desde la Unión no impida que por razones excepcionales de interés público se permita en determinadas situaciones el monopolio económico y su gestión mediante concesiones, pues dicha exclusividad no se basa ya en la tradicional idea de municipalización, sino en las especiales características del sector sometido a tal régimen³⁰³. Así se constata como

³⁰¹ Las autorizaciones operativas no se conciben como meros instrumentos declarativos de derechos preexistentes, sino que constituyen situaciones jurídicas, regulando el mercado, de manera que la presencia pública y las posibilidades de modulación por parte de los poderes públicos son mucho más efectivas que en su acepción tradicional, y se hace evidente en este sentido la aproximación de regímenes jurídicos, *vid.* CASADO CASADO, L. *Los vertidos...* Op. cit. Pág. 367.

³⁰² *Vid.* SÁNCHEZ DÍAZ, J.L. “Los servicios locales...” cit. Pág.1053.

³⁰³ J.L. SÁNCHEZ DÍAZ. “Los servicios locales...” cit. Pág.1051.

la posición europea en relación con los servicios cuyo objeto es el tratamiento de los recursos hídricos se decanta, frente a la liberalización de otros servicios³⁰⁴, por una ausencia de medidas similares³⁰⁵, justificada en el carácter de monopolio natural que exigen para su adecuada prestación de una utilización privativa del dominio público, mediante la instalación, por ejemplo, de las redes canalizadoras. Posiciones que bajo la idea de *Wettbewerb um den Markt* se acompañan de todas formas con la introducción de otros instrumentos que respetando las nociones de “servicio público”, y afectando sobre todo el ámbito de los servicios urbanos de abastecimiento de poblaciones y de la eliminación de residuos, se consideran bajo el fenómeno global de las *Public Private Partnership* y con el concepto de Estado garantizador (*Gewährleistungsstaats*). Así de acuerdo con la noción de *Wettbewerb um den Markt* y con respecto a estas actividades de procura existencial el Estado no debe presentarse como productor, sino como garantizador de que determinadas tareas son atendidas y ejecutadas satisfactoriamente por privados. El Estado adopta una posición de regulación mucho más eficiente que la hasta ahora ineficiente de productor de servicios³⁰⁶.

II. DESARROLLO DEL *NEW PUBLIC MANAGEMENT*

II. 1. Panorama general. Desarrollo del *New Public Management*

Como hemos venido considerando el derecho ambiental, e incluso podemos afirmar el sector de las aguas residuales, como señaló también BAUER, son ámbitos para iniciar nuevas experiencias de lo que se puede englobar bajo la expresión “intentos de privatización a través de la ejecución privada de tareas, bajo la garantía pública”³⁰⁷. El modelo conocido como *New Public Management (NPM)* o “nuevo modelo de gestión pública” es una de las claves de la reforma de la Administración³⁰⁸, en la dialéctica

³⁰⁴ Caso de la aprobación de la Directiva 90/387/CE, de 28 de junio y 97/51/CE, en materia de Telecomunicaciones, que se materializó en nuestro ordenamiento tras la Ley 11/1998, de 24 de abril, de Telecomunicaciones que califica estos servicios no ya como servicios públicos, sino como “servicios de interés general prestado en régimen de competencia”.

³⁰⁵ Vid. RICHER, L. “Droit d'accès et service public” en *AJDA*. Núm.2. 2006.Pág.73.

³⁰⁶ Vid. BUDÄUS, D. “Public Private Partnership- Kooperationsbedarfe, Grundkategorien und Entwicklungsperspektiven” en *Kooperationsformen ...* Op. cit. Págs.13 y 14.

³⁰⁷ En este sentido, BAUER, lo expresa como “aktuellen Privatisierungsbestrebungen private Aufgabenerfüllung unter staatlicher Gewährleistung gefordert”, vid. “Privatisierungsimpulse...” cit. Págs. 562 y 563.

³⁰⁸ Vid. JANN, W. “Neues Steuerungsmodell” en *Handbuch zur Verwaltungsreform...*Op. cit. Pág.82.

sobre la modernización, con una posición central en el debate actual en Alemania (donde se traduce como *Neues Steuerungsmodell*³⁰⁹), entorno en el que ha encontrado las mejores condiciones para su aplicación y extensión en el ámbito local, introduciendo, no obstante, en el sector público de forma general una nueva perspectiva en los servicios públicos que supone la economización y la introducción de criterios empresariales en la gestión de la Administración. Como veníamos diciendo la función vertebradora que se asigna al Derecho Administrativo introduce ésta como una de las nuevas formas de actuación que se rigen por una mayor colaboración entre la Administración y los particulares³¹⁰, pero ello no significa, ni mucho menos, y de ahí esta mención, que el Derecho deje de hacer uso de su autoridad, ya que se trata ésta de una facultad irrenunciable e indisponible.

II.2 Previo análisis de experiencias públicas también validos en el saneamiento

II.2.1.La Colaboración entre municipios. Mancomunidades

Ya tradicionales en el desarrollo del Derecho local, y sobre todo en relación con los servicios urbanos del agua, esto es tanto en el suministro de agua potable, como en el saneamiento de las aguas residuales³¹¹, es el recurso a las Mancomunidades de Municipios³¹², cuyo análogo alemán son las *Kommunalverband* (también *Zweckverbände*) y que responden a la formulación del principio general de cooperación que impone a todas las Administraciones Públicas un deber de auxilio mutuo y recíproco, conectado con el concepto de lealtad federal de origen alemán³¹³. En conexión estrecha con nuestro trabajo J.I. MORILLO-VELARDE las define “como Administraciones públicas de carácter instrumental para la gestión de obras y servicios

³⁰⁹ Vid. DÖHLER, M. “Das Modell der unabhängigen Regulierungsbehörde” en *Die Verwaltung*. Núm.34. 2001.Pág. 61.

³¹⁰ Vid. SCHRÖDER, W. “Wozu noch Zweckverbände?” en *Die Verwaltung*. Núm.34. 2001. Pág.207.

³¹¹ Vid. MARTÍN MATEO, R. *Entes Locales complejos*. Trivium. Madrid. 1987. Pág. 63.

³¹² Un Registro sobre todas las Mancomunidades inscritas en nuestro país se encuentra en la página web del Ministerio de las Administraciones Públicas: <http://www.dgal.map.es/cgi-bin/webapb/webdriver?MIval=mancprov>.

³¹³ Así lo interpreta A. GRIFO BENEDICTO en “Colaboración interadministrativa en turismo: mancomunidades, consorcios, conferencias sectoriales y convenios de colaboración” en el I Congreso Universitario de Turismo. *Organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial*. BLANQUER D.(dir). Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. Pág. 130.

públicos de competencia municipal constituidas por la asociación de dos o más municipios de la misma o distinta provincia dentro del ámbito de una Comunidad Autónoma”³¹⁴.

Esta fórmula de actuación surge como una posibilidad, reconocida en el art.44 LRBRL, para dentro del sector público realizar servicios de competencia municipal³¹⁵ de una forma conjunta, y voluntaria, fuertemente desarrollada y extendida en España³¹⁶, que han visto reforzado su papel tras la reforma de la LRBRL de 2003³¹⁷ y se presentan, por ello, como una alternativa frente a la oleada de privatizaciones del ámbito municipal, pues responden también a una mayor eficiencia³¹⁸, y en respuesta a la

³¹⁴ Vid. “Mancomunidades y asociaciones de entidades locales” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I. Op.cit. Pág.1125.

³¹⁵ La Ley 5/1991, de 27 de febrero, de mancomunidades de municipios de las Islas Baleares señala la especial idoneidad de esta fórmula en “una mejora en el grado de establecimiento y prestación de los servicios públicos locales, singularmente los de mayor incidencia en la población por el carácter esencial y básico que tienen”.

³¹⁶ Datos acerca de los porcentajes de crecimiento de las mismas ofrece L. MORELL OCAÑA en “La organización y las formas...” cit. Pág. 389; RAMÍREZ CHASCO, F.A. “Mancomunidades de servicios: una forma de gestión” en *Revista del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*. Núm.50.Vol. I. 2000. Pág. 33; SOSA WAGNER considera que la creación de más de 700 mancomunidades y la continuidad del proceso es la respuesta a la problemática derivada del tamaño y la debilidad de los municipios que en otros países como Alemania se ha solucionado con una reforma profunda del mapa municipal, y que aquí se resuelve mediante estas formas organizativas, vid. “Mancomunidades y otras formas asociativas” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I. Op.cit. Pág.1209.

En todo caso, señala J.I.MORILLO-VELARDE, que en la actualidad este fenómeno se circunscribe a aquellas mancomunidades integradas por municipios (incluso pertenecientes a distintas Comunidades Autónomas, siempre que lo permitan las normativas respectivas, según el art.44.5 LRBRL), pues “las mancomunidades provinciales y las mancomunidades de municipios y provincias no son, en estos momentos de la evolución de nuestro Derecho, más que recuerdos sin viabilidad práctica alguna... Bien porque carecen de cabida en unas estructuras público-administrativas en que las Comunidades Autónomas han cerrado el paso a agrupaciones de provincias que pueden aparecer como sospechosas de robar el legítimo protagonismo de aquéllas, bien porque se han decantado nueva tendencias de asociacionismo de las entidades locales que dan satisfacción de una manera más precisa a las exigencias de apoyo, colaboración y cooperación que demandan los problemas supramunicipales...”, vid. “Mancomunidades...” en *Tratado de Derecho Municipal*, Vol.I. Op.cit.Pág.1123. Fórmula que SOSA WAGNER considera demasiado estricta y que debería posibilitar, al menos, la participación de las provincias, para así facilitar la ejecución en común de obras y servicios, vid. “Mancomunidades...” cit. Págs.1209 y 1210.

³¹⁷ R. MARTÍN MATEO se refiere a la regulación anterior a la Ley de 1985 y al cambio que ésta supuso en el régimen de las Mancomunidades, vid. *Entes Locales...* Op. cit. Págs. 40 y ss.

³¹⁸ En este sentido J. BODANOWITZ señala como ventaja el ahorro que estas formas de organización pueden suponer por ejemplo en cuanto a los costes de la construcción de las instalaciones necesarias para desempeñar el servicio, pues los costes se reparten entre todos los municipios que conforman la Mancomunidad. En el análisis se incide especialmente en que las ventajas deben ser valoradas caso por caso, pero aun así destaca como esta forma de organización del saneamiento es especialmente indicada para aquellos casos donde no cuentan con una red lo suficientemente desarrollada y con las condiciones que exige un servicio de tal importancia, en referencia a los Estados federados que provenían del este de Alemania, vid. *Organisationsformen für die kommunale...* Op. cit. Pág.104.

inadecuación de las estructuras municipales para la prestación de este servicio³¹⁹, como se refiere el Preámbulo de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid: “la efectiva implantación de esas asociaciones de municipios que puede desempeñar un papel relevante en la gestión de obras y servicios municipales” o como se señala desde la Ley 1/2003, de 3 de marzo de la Administración Local de la Rioja “En el marco del referido plano organizativo, la Ley no ignora la debilidad constitutiva de la mayoría de nuestros municipios y para contrarrestar la apuesta decidida por el asociacionismo municipal, mediante la fórmula de las mancomunidades de municipios, que ha demostrado con creces su finalidad por su carácter voluntario y su flexibilidad para ajustarse a nivel territorial que requiera la ejecución de las obras o servicios locales”³²⁰.

La capacidad de actuar de las mancomunidades viene regida, como es sabido, por el principio de especialidad, esto es, en función de los fines que el Estatuto de la misma fija como de su competencia, que será, puesto que es un órgano representativo compuesto por los miembros de los Municipios integrantes, algunas del conjunto de materias que recoge el art. 25.2 LRBRL³²¹, entre las que se incluye expresamente las competencias sobre alcantarillado y tratamiento de aguas residuales³²². Esta forma de

³¹⁹ Denuncia esta situación de deficiencias de los municipios, D. BLANQUER en “Iniciativa privada...Op. cit. Pág. 528.

En el plano municipal alemán se ofrecen frente a las numerosas privatizaciones, sobre todo formales, de tareas públicas algunos aspectos positivos de la colaboración entre municipios. Así, en el caso de que se opte por una forma típica del Derecho privado el municipio puede sufrir problemas cuando en el Consejo de administración en la toma de decisiones se cuestiona el derecho de decisión del municipio, además solo las mancomunidades tienen capacidad de coacción soberana, las mancomunidades gozan también de privilegios financieros, y gozan de diferentes ventajas desde el punto de vista procesal y material, como por ejemplo plazos de prescripción más beneficiosos (art.395 Código Civil), *vid.* SCHRÖDER, W. “Wozu noch Zweckverbände?” cit. Pág.208 y ss.

³²⁰ Sin embargo no faltan voces que califican esta modalidad como una figura antigua que se ha visto sustituida en los últimos años por otras formas de cooperación, especialmente por el desarrollo de los consorcios, *vid.* MORILLO VELARDE, J.I., voz “Mancomunidades” en *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo II. S. Muñoz Machado (dir). Iustel. Madrid. 2005.Pág.1532.

³²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2000 anuló la constitución de la Mancomunidad de Municipios Euskaldunes cuyo fin era el desarrollo de la lengua vasca, por considerar que dicho objeto no es de competencia municipal.

Además otros pronunciamientos esta vez del Tribunal Constitucional señalan también limitaciones en cuanto al objeto de las mancomunidades, por ejemplo las sentencias 49/1993, de 11 de febrero, 51/1993, de 11 de febrero, 52/1993, de 11 de febrero y 81/1993, de 8 de marzo, en relación a la creación de mancomunidades cuyo objeto era la creación de cuerpos de policía de ámbito supranacional, *vid.* BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A, *Manual ... Op.cit.* Pág.157.

³²² Recordemos que el tema de la atribución de competencias a estas Mancomunidades, más bien, la amplitud de las mismas, es un tema discutido por la doctrina. Ya que si bien no aparecen citadas en el art.4.1 LRBRL como Entes locales territoriales, quedando tal consideración bajo la discreción de las

actuación íntegramente pública tiene un especial significado y trascendencia para los casos de municipios pequeños que no pueden prestar los servicios de saneamiento de manera eficaz ellos mismos. Por ello, en ejercicio de la libertad de organización de los municipios, éstos deciden que para la prestación del saneamiento es la mejor opción³²³.

Como vemos de su definición son parte, indiscutiblemente, de la Administración³²⁴, a los que el art.44 LRBRL les reconoce personalidad jurídica pública, con la característica de que en lugar de representar el interés propio de un sólo Municipio, representa el de varios. Se trata así de una forma de colaboración, no en este caso entre ciudadanos y poder público, sino de los poderes públicos entre sí, que pretende obtener una mayor eficacia en la gestión de los intereses públicos.

Dos son, pues, los principios en los que se basan las Mancomunidades, el de autonomía local, que responde a la potestad de los Entes Locales para gestionar los intereses propios dentro del marco de la Ley, y el principio de eficacia de toda Administración Pública que impone nuestro art. 103 C.E. De manera que esta forma de organización responde a una adecuada y eficaz prestación y gestión de los servicios públicos. Desde el punto de vista de la organización y optimización de costes y de desarrollo tecnológico así como del medio rural, esta organización supramunicipal constituye un posible planteamiento de una modernización necesaria en una sociedad de fin de siglo que reclama nuevas formas de actuación de los poderes públicos; con todo, el notable aumento de competencias que ellas asumen contrasta con la pérdida del poder de decisión de los municipios a los que engloban y en consecuencia se constata una pérdida de contenido político de su propio sistema electoral de representación que avocaría a una reforma necesaria del mismo, que adapte esta realidad cada vez más fortalecida, de una realidad supramunicipal, a los poderes de decisión que esta tiene atribuidos en representación de Entes menores³²⁵.

Comunidades Autónomas, la simple calificación de Entes Locales ya supone un reconocimiento a las mismas del régimen propio de las Entidades Locales de carácter territorial. *Vid.* C. LOZANO SERRANO en “Financiación de las Mancomunidades” en la obra colectiva *Las Mancomunidades en la Comunidad Valenciana. Aproximación teórica y práctica*. Valencia. 1987. Págs. 40 y ss.

³²³ *Vid.* También sobre la importancia de este modelo en Alemania STEINHEUER, W. “Privatisierung der kommunalen Abwasserentsorgung- Ja oder Nein?” BMU. 1991. Bonn. Pág. 26.

³²⁴ El art.3.3 LRBRL las considera Entes Locales.

³²⁵ Así lo entiende DE ASÍS RAMÍREZ CHASCO F., *vid.* “Mancomunidades de servicios: una forma de gestión” en la *Revista de Colegio e Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*. Nº.50. 2000. *La Gestión del agua*. Vol. I. Disponible en : http://hispagua.cedex.es/Grupo1/Revistas/op/50/op50_5.htm/.

Es un ejemplo de cómo esta mayor eficacia, que se alza como causa de toda privatización, puede también obtenerse acudiendo al propio sector público. La referencia en cuanto al ámbito objetivo de estas agrupaciones nos permite guiar nuestro estudio hacia las Mancomunidades que tiene por objeto el saneamiento de las aguas residuales.

En efecto, el triunfo de esta forma de organización demuestra la reformulación, en las últimas décadas, de los modelos de desarrollo local y al mismo tiempo la revalorización del principio democrático en esta fórmula de gestión directa, que responde a un modelo descentralizador en la gestión del recurso con experiencias ya positivas en Francia a través de los “contratos de río” y por el impulso que desde la Directiva Marco del agua se propugnan sobre la presencia de los Ayuntamientos y Mancomunidades en los órganos de participación, que es uno de los principales propósitos de la Directiva europea.

La Mancomunidad de la Comarca de Pamplona que entre otros es el titular para la realización de los servicios públicos relacionados con la gestión integral del agua: abastecimiento, saneamiento y depuración de las aguas residuales. Esta Mancomunidad para la realización de los servicios citados ha optado por la gestión directa mediante la creación de una Sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a la Mancomunidad³²⁶. También la Mancomunidad Costa del Sol Occidental gestiona directamente mediante al empresa pública ACOSOL S.A, propiedad de la Mancomunidad, el servicios de abastecimiento y saneamiento para prestar servicios a todos los residentes de la Costa de Sol Occidental³²⁷

Otro ejemplo de asociación supramunicipal, que no se encuadra en la categoría de Mancomunidades es la de Cataluña que ha creado las *Entidades Locales del Agua básicas* (ELA)³²⁸, que están formadas por el ente local o agrupación de entes locales con personalidad jurídica propia y capacidad para gestionar unos o más sistemas públicos de saneamiento de aguas residuales y el sistema o sistemas de abastecimiento de agua en alta y de suministro de agua en baja de los municipios que lo componen; la ELA se

³²⁶ www.mcp.es

³²⁷ www.manocunidad.org.

³²⁸ Art.14 a 17 del Decreto legislativo 3/2003, de 4 de noviembre. *Vid.* FANLO LORAS, A. “El saneamiento de aguas residuales en la cuenca...” cit. Págs. 83 y ss, también SANJUÁN, M. *Gestió...* Op.cit. Págs. 63 y ss.

considera cualificada para la gestión integral del agua en una cuenca o porción de cuenca fluvial, cuyos ámbitos están definidos por la planificación hidrológica, lo que tampoco indica, por otra parte, que en este caso la ELA debe realizar todos los servicios comprendidos en la gestión integrada del agua³²⁹.

Finalmente también los Consorcios pueden incluirse en esta macrocategoría de colaboración entre municipios, como el Consorcio para el saneamiento de las Aguas de La Rioja³³⁰. El régimen jurídico de esta figura lo encontramos fundamentalmente en el Reglamento de Servicios en los arts.37 a 40³³¹. Como se desprende de la lectura de los preceptos se trata de un ente, con personalidad jurídica, de carácter instrumental creado de manera voluntaria por las Corporaciones Locales “con otras Administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones públicas³³²” para realizar unos servicios determinados, que son los que determinan su ámbito objetivo de actuación, los cuales gestionará de acuerdo con las formas previstas en la legislación aplicable. Como dice MORELL OCAÑA con la creación del Consorcio se coordina o sustituye a los miembros integrantes en las actividades que quedan bajo el objeto del consorcio, por ello no surgen nuevos fines, sino que la unión responde a que así se facilita su consecución. Por eso los diferentes municipios siguen realizando la tarea de saneamiento, pero de manera coordinada, o bien parte de esta tarea, normalmente labores accesorias, es asumida por el Consorcio³³³. La constitución por lo que respecta a la Corporación Local deberá seguir el procedimiento de municipalización o provincialización de servicios si se tratase de alguno de los que la asunción y gestión directa por la Corporación requiera y no hubiera sido ya aprobada. Si no requiere dicho trámite, o ya se hubiere seguido, la Corporación podrá convenir la institución de consorcio libremente (art. 38 RSCL). Cada Consorcio posee un estatuto en el que se

³²⁹ Estas definiciones son las que recoge el Decreto legislativo 3/2003, en el art.2.9 y 2.10.

³³⁰ Creado por el Decreto 4/1998, de 23 de enero. *Vid.* FANLO LORAS, A. “El saneamiento de aguas residuales en la cuenca ...” cit. Págs. 98 y ss.

³³¹ El art.57 LRBRL también reconoce este instrumento como adecuado para realizar la cooperación técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común. Asimismo, el art.6.5 Ley 30/1992 contempla la creación de consorcios cuando sea necesario para la gestión del convenio de colaboración celebrado entre la Administración General y los Organismos públicos vinculados o dependientes de la misma con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias

³³² Art.87.1 LRBRL.

³³³ *Vid.* “La organización y las formas...” cit. Págs. 385 y 386.

determinan las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero (art. 39 RS). Estos Consorcios puedan usar, según el art.41 RS, cualquiera de las formas de gestión de servicios públicos, entendemos pues con ello directas o indirectas sustituyendo así a los entes consorciados.

II.2.2. Las Comunidades de vertidos. Un ejemplo de autogestión

Como señala SETUÁIN uno de los objetivos que persigue el sistema de control previo y preventivo de vertidos a cauce público es la realización efectiva, del modo más conveniente, de aquellas evacuaciones³³⁴. Partiendo de esta afirmación, podemos destacar una interesante alternativa introducida -aplaudida y así valorada por la doctrina más autorizada³³⁵ - por la Ley de Aguas de 1985, en su artículo 82, actualmente regulada en el art.90³³⁶ del Texto Refundido, como es la posibilidad de que entidades públicas, corporaciones o particulares puedan crear Comunidades de usuarios que lleven a cabo así de manera colectiva la gestión, eliminación y el tratamiento de los vertidos, adscritas al Organismo de cuenca, respondiéndose a la realidad de tener que afrontar de forma colectiva y no singularmente este tema. Todo ello sin perjuicio de que estas actuaciones puedan ser también llevadas a cabo, con carácter privado, por empresas especializadas tal y como señalan los artículos 108 del Texto Refundido y 267 del RDPH, que se refieren a las llamadas las Empresas de vertidos³³⁷, como veremos.

Las tareas a realizar por las Comunidades de Vertidos³³⁸ son pues las propias del servicio de saneamiento, en sentido amplio, pero no se trata en este caso de una sustitución de la mano pública por la privada, de una privatización, pues la obligación

³³⁴ Vid. *El saneamiento...* Op. cit. Pág.587.

³³⁵ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S. *Derecho de...* Op. cit. Pág. 360.

³³⁶ Vid. En relación con el actual art. 230 del RDPH: “Las Entidades Públicas, Corporaciones o particulares que tengan necesidad de verter agua o productos residuales podrán constituirse en comunidad para llevar a cabo el estudio, construcción explotación y mejora de colectores, estaciones depuradoras y elementos comunes que les permitan efectuar el vertido en el lugar más idóneo y en las mejores condiciones técnicas y económicas, considerando la necesaria protección del entorno natural. El Organismo de cuenca podrá imponer justificadamente la constitución de esta clase de comunidades de usuarios”.

³³⁷ De forma similar a la dualidad recogida en el texto de la Ley de Aguas, también en la Comunidad de Canarias se establece esta doble posibilidad, siendo extensible a ésta y otras Comunidades como Galicia, el régimen general estatal regulado en los artículos del Texto Refundido señalados.

³³⁸ C.GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ entiende que es más adecuado referirse a estas Comunidades de usuarios como “comunidades de vertederos” o “comunidades de titulares de vertidos”, vid. *El uso del agua por las Administraciones Locales*. Cedecs. Barcelona. 2000. Pág.178.

de eliminación de aguas es un deber que impone la normativa para los titulares de vertidos, es pues por ello un caso más de cooperación que exige el derecho ambiental o de *autorregulación*. Un caso, como el que explica S. MARTÍN-RETORTILLO para las Comunidades de Regantes, en el que se expone la idea de la Administración como supervisora; en este supuesto los regantes se entienden como la manera idónea, aun siendo particulares, para explotar y gestionar los sistemas hidráulicos de los que forman parte, siguiendo de manera indiscutida las directrices y criterios de la Administración que realizaría tareas de vigilancia, pero no directamente actividades concretas, sin que ello implique, aclara, una privatización, sino de una gestión más operativa y eficaz de salvaguarda el interés general³³⁹.

Ya se advirtió desde la Doctrina que esta clase de Comunidad de Usuarios, la de Vertidos, planteaba el riesgo de que fueran consideradas como las sustitutas de las Comunidades de Regantes³⁴⁰ que son, sin duda, las más características y numerosas de las Comunidades de Usuarios. Hemos de recordar que ya con anterioridad la aplicación de estas fórmulas a dichas Comunidades venía rechazándose, pues ello obligaba a acudir a otros tipos de instituciones, básicamente a consorcios o asociaciones, con una forma atípica, que permitieran, de esta forma, tratar el tema de los vertidos de forma colectiva, bien conjuntamente con el del abastecimiento, bien de forma autónoma e independiente. Hoy como una de las modalidades de las Comunidades de Usuarios hemos de entender, siguiendo la calificación realizada legalmente en el art.82.1 TRLAg, que las Comunidades de Vertidos son corporaciones de derecho público, con cierta autonomía en su actuación, adscritas al Organismos de Cuenca, que actuará por tanto de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Aguas, así como por lo previsto en la Ley 30/1992.

Actualmente esa situación atípica de la que hablamos, se ha visto formalizada a través de las Comunidades de Usuarios³⁴¹ que, recogiendo los principios inspiradores de

³³⁹ Vid. “Las Comunidades de Regantes en el tiempo presente” en *El Derecho Administrativo en el umbral...* Tomo I. Op. cit. Pág. 907.

³⁴⁰ Por todos, MARTÍN-RETORTILLO, S., “Las Comunidades de regantes...” en *Derecho administrativo en el umbral...* Tomo I. Op. cit. Págs. 883 y ss.

³⁴¹ Las Comunidades de Usuarios se vieron afectadas, de forma notable, con la reforma efectuada por la Ley 46/1999 que potenció y apoyó estos organismos, con el fin de fomentar la participación y responsabilidad de los diferentes protagonistas en la gestión del agua. Así por ejemplo, a partir de la reforma citada, se le atribuye la “ejecución en el ámbito de sus competencias de las funciones que le sean atribuidas por las leyes o que puedan asumir en virtud de los Convenios que suscriban con los Organismos de cuenca”.

la Ley de Aguas, sobre todo el de unidad del ciclo hidrológico, no permite plantear de forma individualizada asuntos de tal trascendencia. Así, el art.91 del TRLAg confirma la extensión del régimen general de las Comunidades de usuarios conforme al cual, en un intento de introducir cierta racionalidad en estas cuestiones donde existe una pluralidad de afectados, sean beneficiarios o sean afectados, es conveniente organizar y ordenar colectivamente, para resolver de forma conjunta, los conflictos entre intereses que, a la postre, son en estas Comunidades comunes.

Expresamente el artículo 90 TRLAg señala cuáles son las finalidades de las Comunidades de vertidos: el estudio, construcción, explotación y mejora de colectores, estaciones depuradoras y elementos comunes, de forma que estas actuaciones les permita efectuar el vertido en el lugar más idóneo y en las mejores condiciones técnicas y económicas, teniendo en cuenta la conservación del entorno natural. Estas Comunidades, según se desprende del precepto citado, pueden bien constituirse de acuerdo a las disposiciones generales aplicables a las Comunidades de usuarios por hacer uso del agua o dominio público hidráulico de una misma toma, o también puede el Organismo de cuenca, si lo justifica, imponer la constitución de las mismas, supuesto que ha sido previsto tras la modificación de 2003 del RDPH, donde se especifica en el art.253.3 que “cuando no exista un único titular de la actividad causante del vertido, el Organismo de cuenca podrá requerir a los titulares de los establecimientos industriales de cualquier otra naturaleza que tengan necesidad de verter aguas o productos residuales y se encuentre situadas en una misma zona o polígono industrial, así como a los titulares de las urbanizaciones u otros complejos residenciales, a los efectos de la autorización de vertidos de naturaleza doméstica, para que se constituyan en una comunidad de vertidos en el plazo de seis meses”. Vemos pues, claramente, como el Estado adopta de nuevo un papel de regulador y garantizador de que al tratarse el agua, agua contaminada, de un bien público se realice por parte de los particulares una determinada conducta en este caso en conexión con el saneamiento de las aguas, como es la de agruparse en la realización de vertidos, pues en la protección medioambiental está probado que la actuación conjunta de los ciudadanos es más efectiva, que la particular. Así la Administración, de mano de los Organismos de cuenca, previene y evita su tarea de saneamiento que le supone una carga material de personal especializado, de instalaciones y de recursos económicos, exigiendo e interviniendo como órgano regulador en la Sociedad.

Considerándolas como hemos adelantado como una categoría dentro de las genéricas Comunidades de Usuarios³⁴² el régimen de funcionamiento y organización las mismas es de aplicación análoga, lo cual ha planteado no pocos problemas, ya que con la nueva ordenación del agua lo que se ha conseguido es generalizar una fórmula, la de las Comunidades de Usuarios de las aguas, que se refiere actualmente, con carácter global, a todos los posibles aprovechamientos colectivos del dominio público con independencia del uso que se dé a las aguas, cabiendo en este aspecto la crítica realizada por S. MARTÍN RETORTILLO³⁴³ acerca de la conveniencia, o no, de traspasar de forma indiscriminada este tipo de organización y funcionamiento a las antiguas Comunidades de Regantes y por supuesto a otras más concretas, como las que nos ocupa que requerirán de una serie de matizaciones de adaptación a sus peculiares características. Igualmente PÉREZ PÉREZ indica que la complejidad de esta figura aconseja la aprobación de normas complementarias a la Ley de Aguas y a sus Reglamentos dirigidas a regular tanto un régimen general como otros más específicos de aquellos supuestos de mayor interés, facilitándose de esta forma, la constitución de estas nuevas Comunidades de usuarios del agua³⁴⁴.

La aplicación de este régimen propio, supone pues, que estamos ante unos entes de autoadministración, regidos por unos estatutos redactados y aprobados por ellos mismos y sometidos previamente a la autorización del Organismo de Cuenca correspondiente, que es, además, el órgano encargado de velar por que estos estatutos sean respetados. Como toda Comunidad estará integrada por una Junta o Asamblea General, formada por todos los usuarios y uno o varios jurados que conocen de las cuestiones de hecho que surjan entre los miembros en el ámbito de los estatutos y que tienen también facultades sancionadoras, así como la potestad de imponer indemnizaciones a favor de los perjudicados por las infracciones.

Esta Junta General elegirá la Junta de Gobierno, que tiene asignadas funciones ejecutivas de las ordenanzas y acuerdos adoptados por la Junta General³⁴⁵.

³⁴² Nos estamos refiriendo al régimen establecido en el Capítulo IV del Título IV, y en especial a los arts. 198 a 231 del RDPH, que lo desarrollan.

³⁴³ *Vid. Derecho de...* Op. cit. Págs. 360 y 506.

³⁴⁴ *Vid.* “La naturaleza de las Comunidades de Usuarios del Aguas y esquema de su régimen jurídico” en *REDA*. Núm. 81. 1994. Págs. 80 y ss.

³⁴⁵ Además pueden tener asignadas otras funciones atribuidas por la Ley de Aguas. *Vid.* art.84.3 y 4 del Texto Refundido.

II.3. Lacrecente colaboración de privados en la tarea de saneamiento de las aguas residuales

La libertad de elección de forma de la Administración permite, además de gestionar mediante medios públicos un servicio, que aquélla pueda servirse para la ejecución de sus funciones de personas privadas. Esto es válido de forma amplia en aquellos campos de actuación que puedan ser de acuerdo con el ordenamiento jurídico cumplidos privadamente, esto es actividades de carácter industrial, comercial o económico. No obstante la colaboración entre el sector público y privado en otros supuestos, que son los que nos interesan, la prestación de servicios públicos no es pacífica, ni mucho menos. Se plantean en el entorno español numerosas dificultades en la convivencia de estas asociaciones mixtas que se presentan como una solución ante problemas que la Administración por ella misma no pueden resolver o considera, en otro sentido, que esta unión le reporta un mayor beneficio³⁴⁶. En los últimos tiempos han sido desarrolladas bajo la premisa decisiva de la responsabilidad compartida en el ámbito de las políticas medioambientales diferentes modelos como contratos-tipo y formas de financiación, con una destacable implantación en el ámbito local³⁴⁷. Estas asociaciones desempeñan su actividad muchas de las veces en el ámbito de la *Daseinsvorsorge*, es decir, forman parte de ese núcleo esencial e irreducible de la procura existencial que corresponde proteger y proporcionar a los poderes públicos, siendo uno de los ámbitos de experiencia el de la gestión de las aguas residuales³⁴⁸.

Así lo reconoció la propia Comisión en su *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, de 2004, en el que se expresaba con las siguientes palabras “Si el suministro de los servicios de interés general puede organizarse en cooperación con el

³⁴⁶ Acerca de esta forma de asociación y de actuar conjunto, *vid.* las reflexiones de R.GOMÀ y Q.BRUGUÉ en “Nous models de gestió...” cit. Pág. 208.

³⁴⁷ Así lo expone el punto 1.1.7 del *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, de 30 de abril de 2004. COM (2004) 327 final.

³⁴⁸ Junto con otros, como la distribución del agua, la salud pública, el transporte... Es una opción que ha sido aplicada precisamente con intervención de una empresa privada alemana en la creación de una empresa de tratamiento de aguas residuales en México. Además también se ha recurrido a esta figura para articular la cooperación para el desarrollo, como parte de la política exterior de la República Federal Alemana. www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm. También ZEISS, C. “Public Private Partnerships und gemischtwirtschaftliche Gesellschaften am Ende?” en *DÖV*. Núm.19.2005.Pág. 819, en este caso se refiere a las empresas mixtas como una de las modalidades de PPP que fueron objeto de análisis en la Sentencia del TJCE de 11 de enero de 2005.

sector privado o confiarse a empresas privadas o públicas, la definición de las obligaciones y la misión de los servicios públicos, en cambio, sigue incumbiendo a los poderes públicos al nivel apropiado. Los poderes públicos interesados se encargan también de controlar los mercados y de velar por que los operadores realicen las misiones de servicio público que se les confía”.

II.3.1.El reparto de responsabilidades

Como se ha mencionado en los inicios de la investigación al tratar sobre el principio de desarrollo sostenible y su relación con los movimientos privatizadores, reguladores y liberalizadores la idea de responsabilidad compartida aparecía expresamente formulada en el sector ambiental en el V PACMA en el que alude a una “acción concertada por parte de todos los actores implicados, que deberán cooperar entre sí...”. Es el momento de ampliar esta importante formulación que tan claramente resume las ideas que se presentan en aplicación al servicio de saneamiento de las aguas.

En efecto, la línea que inspira estos nuevos modos de actuar es ante todo la idea general de cooperación, pero por ello no debemos excluir *a priori* experiencias de cooperación pública o de autogestión, como hemos visto, si bien es verdad que parece enfocada preferentemente hacia una cooperación entre los particulares y los poderes públicos en la consecución de un mercado único y de la competencia que impone Europa, aun en el caso de servicios públicos, como es el caso de los modelos de PPP³⁴⁹, cuya esencia no supone que éstas, en aras a la consecución de objetivos públicos, renuncien a sus objetivos empresariales, sino únicamente requieren que adapten su cooperación a esta finalidad³⁵⁰. Todo ello no puede conseguirse sin una reforma del Estado y de la Administración que se identifica con la idea de “responsabilidad compartida”³⁵¹, que afecta ya no sólo a los debates sobre privatizaciones materiales o

³⁴⁹ Que ZIEKOW los considera desde el punto de vista del Estado como un instrumento de distribución de responsabilidades, *vid.* “Public Private Partnership und Verwaltungsverfahrenrecht” en *Perspektiven der Verwaltungsforschung*. Sommermann /Ziekow (Hrsg). Duncker&Humblot. Berlin. 2002. Pág. 271.

³⁵⁰ ENGELS, B. “D+C Desarrollo y Cooperación (No. 4, Julio/ Agosto 2000, Págs.11 a 13): PPP: ¿Una idea con futuro?.El nuevo papel del sector privado en el desarrollo”. 2000. Publicado en www.inwent.org.

³⁵¹ Es la idea que entre la doctrina alemana se conoce como *Verantwortungsteilung*, *vid.* BLANKE, B. “Verantwortungsstufung und Aktivierung im Sozialstaat-Steuerungsfragen der Modernisierung” en *Politische Steuerung in Theorie und Praxis*. Burth/Görlitz (Hrsg). Nomos-Verlag. Baden-Baden. 2001. Pág. 147. HOFFMANN-RIEM, W. “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff...” en

formales (o de la organización), sino que la discusión se traslada al campo de la gestión indirecta (o *funktionalen Privatisierung*), pues la comprensión del nuevo papel de la Administración está vinculada con el concepto de una “responsabilidad garantizadora pública” (*staatliche Gewährleistungsverantwortung*³⁵²). El aspecto fundamental, en todo caso, es determinar aquellos ámbitos en los que el Estado puede efectivamente compartir, y además en qué grado, esa responsabilidad hasta entonces plenamente pública, y en los que por ende el Estado asume esa función de garante, que debe someterse a unas condiciones determinadas y a un procedimiento, para que con ello no se vacíe de contenido el significado de los poderes públicos y de su misión.

Estos diferentes grados de responsabilidad nos remiten a las aportaciones de la Doctrina alemana presentadas por W.HOFFMANN-RIEM³⁵³, bajo el hecho probado de que el Estado en su evolución y desarrollo ha asumido más tareas y servicios de los que puede prestar de manera satisfactoria. Quizás esta primera identificación con la doctrina del reparto de responsabilidades podría excluir al saneamiento si, como hemos señalado, partimos de que es una tarea tradicional asumida por los municipios. Nada más lejos de la realidad. En efecto, no se cuestiona en este caso que el saneamiento deba ser garantizado por los poderes públicos, lo que se plantea a raíz de la “*Verantwortungsteilung*” es cómo deben afrontarse los nuevos requerimientos que en el ámbito del saneamiento de las aguas residuales se exigen por el ordenamiento jurídico, que van, como se puede ya adivinar, desde que éste sea un servicio accesible a todos, en condiciones de igualdad, a que cumpla con unas mínimas condiciones técnicas, que aseguren la calidad de las aguas saneadas.

Pues bien el desarrollo y dimensión de este reparto lo estructura HOFFMANN-RIEM en tres escalones o grados³⁵⁴: en un primer grado se situaría la denominada “*Erfüllungsverantwortung*”, (responsabilidad de cumplimiento), que se refiere a las

Staaten und Steuern... cit. Págs. 47 a 65; SANDEN, J. “Die Privatisierungsprüfpflicht als Einsteig in die Verwaltungsprivatisierung” en *Die Verwaltung*. Band. 38. Heft 3. 2005. Pág. 369; SCHUPPERT, G-F. “Jenseits von Privatisierung...” cit. Pág.72; VOßKUHL, A. “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung” en *VVDStRL*. Num.61. 2002. Pág. 266.

³⁵² Vid. LASKOWSKI, S. “Öffentliche Aufgabe” en *Handwörterbuch zur Verwaltungsreform*. Voigt, R/ Walkenhaus, R (Hrsg). VS Verlag. 2006. Pág.12.

³⁵³ Una exposición amplia sobre la gradación de la responsabilidad se expone en “*Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit*” en *Staaten und Steuern...* Op.cit. Págs. 53 y ss.

³⁵⁴ Si bien la casuística sobre la gradación es amplia, al respecto, vid. SCHUPPERT, G.F. “Jenseits von Privatisierung...” en *Privatisierung von Staatsaufgaben...* cit.Págs. 78 y ss; JOHN-KOCH, M. *Organisationsrechtliche...* Op. cit.Págs. 116 y ss.

situaciones en las que los poderes públicos se responsabilizan, con el recurso a los propios medios públicos, de la realización de determinadas funciones y servicios (*Kernaufgaben*) sin delegación alguna a terceros, es el caso de la policía o de la justicia. El grado intermedio lo presenta la “*Gewährleistungsverantwortung*” mediante la cual los poderes públicos, a pesar de que ha habido una *retirada*, garantizan que la actuación de los privados asegura el funcionamiento de los servicios traspasados, pero no sólo eso, sino que además se realizan de acuerdo con unos estándares sociales y jurídicos, ya que no se debe olvidarse que la consecución del bien común legitima en dichos casos la tarea de dirección de tareas que siguen siendo de interés público. Finalmente, en el polo opuesto respecto a la primera modalidad, se habla de una “*Auffangverantwortung*”, que supone que el Estado permanece en un segundo plano, en tanto la prestación de un servicio o el ejercicio de una tarea sea satisfactorio, pues en caso contrario –en situaciones de peligro o de abastecimiento deficitario- es cuando surge efecto dicha responsabilidad de cobertura, y la Administración actúa corrigiendo esos déficits y substituyendo la actividad privada³⁵⁵.

Esta es la parte teórica expuesta, pero SCHUPPERT lo que se plantea, y en todos los Estados se cuestiona de manera similar, es el cómo se podría y debería realizar esta cooperación de la que hablamos³⁵⁶ y que define “el nuevo estilo administrativo entre la Administración y los ciudadanos que se extiende dentro y fuera del campo de la Administración prestacional, como es el caso del Derecho ambiental -que nos ocupa- y conduce a una división de responsabilidades cuyas particularidades se hallan en discusión³⁵⁷. La cuestión sería llegado este punto determinar qué grado de responsabilidad debe establecerse entre los poderes públicos y la sociedad en el caso del saneamiento, que, de acuerdo con la exposición presentada, lo situamos en la “*Gewährleistungsverantwortung*”.

³⁵⁵ Más ampliamente, SCHMIDT-ASSMANN en *Das allgemeine...* Op.cit. Págs. 170 y ss. En el mismo sentido KÄMMERER utiliza la terminología de *Kompensationsverantwortung*, que se refiere a la obligación que el Estado tiene, aun cuando ceda su poder, de vigilar, controlar, observar, a través de una estricta reglamentación esos ámbitos que ha traspasado al sector privado, asumiendo así una posición de garante, *vid.* “Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftlicher Sicht” en *Juristenzeitung (JZ)*. 1996. Pág.1048.

³⁵⁶ *Vid.* “Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung von Gemeinwohlvorsorge” en *Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung*. Von Armin/Sommermann (Hrsg). Duncker&Humbolt. Berlin. 2004. Pág.293.

³⁵⁷ *Vid.* BULLINGER, M. “El *service public* francés...” cit. Pág.43.

III.3. Los modelos de *Public-Private Partnership*

III.3.1. Concepto, ventajas e inconvenientes

En base al principio de cooperación que junto con el principio de prevención, y el de quien contamina, paga, rigen el Derecho ambiental, no sólo el Estado, entendido como poder público, es el encargado de la protección del medio ambiente, sino también la sociedad debe implicarse en esta tarea. Así, en la línea creciente de promoción de la cooperación entre el sector privado y público, en el marco del principio de no discriminación, transparencia y concurrencia que recrea el Tratado de la Comunidad Europea -ante la ausencia todavía de una normativa que regule este tipo de contratos en los sectores generales, ni en los sectores especiales, salvo la excepción del contrato de concesiones de obras³⁵⁸ - surgen propuestas variadas para denominar estos fenómenos que si bien en un principio tenían como objeto atraer capital privado, hoy esta finalidad se ve ampliada y lo que interesa es además la implementación del conocimiento experto en la resolución de cuestiones cada vez más complejas que se presentan ante la Administración³⁵⁹. Bajo el debate del *New Public Management* y de la reforma de las Administraciones Públicas surge el concepto *Public Private Partnership*³⁶⁰ o *Öffentliche Private Partnership* (ÖPP, en terminología alemana) o *Asociaciones público-privadas* que define ZIEKOW como una constelación de fenómenos³⁶¹, que supone un cambio de paradigma en las relaciones entre los poderes públicos y los particulares, en el que el sustrato es la consideración de que en el marco de modernización el ciudadano no es sólo cliente de los servicios prestados por la Administración, sino que es también responsable de esos servicios, basado por tanto en

³⁵⁸ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. “La nueva regulación...” cit. Págs. 306 y 307.

³⁵⁹ Vid. KOCH-JOHN, M. *Organisationsrechtliche Aspekte...* Op. cit. Pág.90.

³⁶⁰ Vid. ENGELS, B. “D+C Desarrollo y Cooperación PPP...” cit. Págs. 11 a 13.

³⁶¹ Vid. *Public Private Partnership...* Op. cit. Pág.28. Por ejemplo ZAMPONI señala esa multitud de variantes, entre ellas el *Konzessionsmodell*, el *Betreibermodell...* vid. *Public Private Partnership.Grundlagen, Modelle und Bezüge zum Vergaberecht*. Dissertation an der Universität Innsbruck. 2002. Bajo esta denominación engloba R. WAHL en la República Federal alemana diferentes modelos de actuación como el *Betriebsführungsmodell*, *Betreibermodell*, *Betriebsmodell*, *Managermodell*, y *Kooperationsmodelle*, etc., vid. “Privatisierung im Umweltrecht” en *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien, Grenzen, Folgen*. Gusy (Hrs). Nomos-Verlg. Baden-Baden.1998. Pág. 266 Más recientemente señalaba A.REUTER que bajo el múltiple concepto de *Public Privates Partnership* se daba cabida a una legión de modelos: el *Betreibermodell*, *Betriebsführungsmodell*, *Leasingmodell*, *Contractingmodell*, *Konzessionsmodell*, *Gesellschaftsmodelle...* vid. “PPP-Refinanzierung unter Haushalts-, Gebühren-, Preis- und Beihilferecht: Zielkonflikte und Lösungsansätze” en *NVwZ*. Núm.11. 2005. Págs. 1246 y ss.

la idea de *Verantwortungsteilung* y no en la idea de una retirada (*Rückzug*) de los poderes públicos en la ejecución de tareas públicas, sino más bien una “forma en constante cambio de ejercicio del poder público” que se caracteriza por la combinación de la autorregulación social y de la conducción política. Es por ello, que al Derecho se le asigna como tarea construir la estructura para la realización de ese modelo. Así desde una perspectiva jurídica puede definirse las *Public Private Partnerships* como un elemento de *management* político³⁶². Con palabras más sencillas bajo esta noción se da a entender que el poder público y el socio privado definen de manera conjunta un fin, para cuya consecución trabajan unidos, esto es, siguiendo a ACERETE GIL, “son un medio de utilización de financiación y técnicas privadas para la ejecución de proyectos tradicionalmente realizados por el sector público. Estos incluyen proyectos intensivos en el uso de capital tales como colegios, hospitales, carreteras y equipamientos de agua. En lugar de que sea una entidad pública quien desarrolle activos fijos y posteriormente detente su propiedad, los gestione y regule, las PPPs generalmente implican que el sector privado sea su responsable y los gestione y la Administración Pública “adquiera” el servicio al contratista durante un período de tiempo determinado³⁶³”. La diferencia con los procesos privatizadores es que en estos últimos se traslada de manera efectiva, bien total o parcial, la responsabilidad en la realización de una tarea pública, mientras que en la PPP la Administración conserva un importante papel en cuanto a la gestión y regulación de los servicios objeto de la PPP³⁶⁴. El socio privado no está predeterminado por las tareas públicas, sino que determina, en cuanto al contenido, el fin a conseguir. El rasgo fundamental de una PPP es por ello que el agente privado actúa como complemento en la ejecución de tareas públicas a través de una participación racional privada, bajo la premisa de una responsabilidad continuada de la Administración. La utilización de estas formas de actuación abarca los más distintos ámbitos de aplicación³⁶⁵; ante tal desarrollo la cuestión que surge es la de determinar

³⁶² Vid. KIRSCH, D. *Public Private Partnership*. Müller Verlag, Köln.1996. Pág. 29.

³⁶³ Vid. *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 2004. Págs. 21 y 22. Téngase también en cuenta el actual proyecto de Ley de contratos del sector público y las previsiones que en él se contienen sobre contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, *vid.* Nota 74 en la Primera Parte.

³⁶⁴ Vid. ZIEKOW en “Public Private Partnership..” en *Perspektiven ...*Op. cit. Pág. 272; ACERETE GIL J.B. *Financiación y gestión privada de infraestructuras...* Op. cit. Pág. 23.

³⁶⁵ Entre ellos el de los museos, tráfico público, escuelas, aeropuertos, investigación, como demuestra la amplia bibliografía al respecto citada por ZIEKOW en *Public Private Partnership...* Op. cit. Pág.31. Nota 20.

por parte del Derecho Administrativo qué funciones y tareas debe realizar la Administración. La definición de esta nueva forma de colaboración podría confundirse con algunas de las categorías aludidas. Sin embargo no se trata de una privatización formal, porque no existe una relación de actuación racional, ni tampoco una privatización financiera. No obstante sí que se enmarcan, en ocasiones, bajo este amplio concepto el fenómeno de las privatizaciones funcionales en Alemania, que de manera amplia incluye las figuras de los auxiliares y de lo que entre nosotros denominamos gestión indirecta³⁶⁶.

Las principales ventajas para la Administración en la adopción de este modelo son que no debe cargar con la financiación del servicio, que, generalmente, queda en manos privadas, además supone una optimización en la prestación de la tarea pues el privado aporta su *know-how*, descarga de la organización y realización del servicio y dota al servicio de una mayor flexibilidad, a lo que se suma que en teoría las tareas realizadas a través de trabajos cooperativos tienen una mayor aceptación entre la sociedad. Por el contrario, de manera negativa, pueden surgir asimetrías en el contenido de la relación de cooperación, asimismo pueden surgir asimetrías informativas, particularmente cuando la Administración dispone de datos sobre el *know how* técnicos y económico de la empresa privada, y por último surge el riesgo, quizás el más importante desde nuestra perspectiva, de en todo caso asegurar la esencia de los servicios públicos, de que con la maximización de beneficios económicos que persigue toda empresa privada también se garantice el óptimo nivel del servicio, ello debido a otra desventaja del modelo y es la pérdida de la capacidad de dirección de la Administración sobre el servicio que se presta bajo la forma de una PPP, y la desaparición del control democrático y de los mecanismos de legitimación pues estas forma de actuar se sitúa en un plano intermedio entre el sector público y privado³⁶⁷.

En el otro lado de esta relación se sitúa la empresa privada que también obtiene ventajas, pero sufre a la vez desventajas en esta relación. En primer lugar, y de manera positiva, a través de la cooperación con el sector público amplía su campo de actuación.

³⁶⁶ Al respecto se dice que “Entscheiden für ÖPP ist nicht der Aspekt der Privatisierung, sondern das Teilen von Aufgaben und Risiken mit dem privaten Sektor” en la *Propuesta* del SPD y BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sobre “Öffentliche Partnerschaften” BT-Drs 1571400, de 4 de julio de 2003.; STRÜNCK/HEINZE “Public Private Partnership” en *Handbuch zur Verwaltungsreform...* Op. cit. Pág. 128.

³⁶⁷ Así los cita desde la perspectiva de la Administración ZIEKOW en “Public Private...” en *Perspektiven...* Op. cit. Pág.275. Un cuadro sistematizado donde se pueden comparar las ventajas y riesgos desde las dos perspectivas en la pág. 278.

A cambio de colaborar con el sector público recibe una remuneración que puede ser bien mediante el pago realizado por la Administración, mediante la participación en las ganancias o en la realización de la cesión de ganancias. Además puede aprovecharse de determinadas posibilidades de actuación de la Administración y de las fuentes de información y organización de la Administración en la resolución de problemas. El privado posee siempre una capacidad de intervención y de influencia en la realización del servicio. Mejora las condiciones marco de su propio negocio, y ofrece una imagen positiva al mercado y a los ciudadanos. Como aspecto más negativo de esta relación es que además de su propio interés privado de carácter lucrativo, debe tenerse en cuenta la satisfacción de otros elementos como es el interés general, además su campo de autonomía de actuación se ve limitado, y se produce una inferioridad informativa e inseguridad en relación con la continuidad de la cooperación³⁶⁸.

En cuanto a la responsabilidad, al reparto de responsabilidad entre el Estado y los privados, interesa la llamada “responsabilidad de salvaguarda” que se concreta en la aprobación de normas marco, de control, y normas de funcionamiento. Los acuerdos que se toman entre el privado y el público no entran en la categoría de contratos públicos en el sentido del art.54 y siguientes de la *VwVfG*, sino que se sitúan en un campo intermedio entre tráfico jurídico publico y privado, por lo que corresponderá al caso concreto determinar bajo que ordenamiento jurídico se ordena cada supuesto de PPP, si el derecho público o el derecho civil.

III.3.2.2. Clasificación en la cooperación público-privada en el saneamiento.

Ante el “cajón de sastre” que supone esta categoría, siguiendo las recomendaciones del *Libro Verde de la Comisión* (2004), presentamos esta forma de actuar en materia de servicios públicos bajo una doble distinción. En primer lugar se abordaran las operaciones de tipo contractual y seguidamente las operaciones de tipo institucionalizado, aunque como ha reconocido la reciente *Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions*, de 15 de noviembre de 2005³⁶⁹ el debate se centra

³⁶⁸ Desde la perspectiva privada, *vid.* ZIEKOW “Public Private...” en *Perspektiven...* Op. cit. Págs.277 y 278.

³⁶⁹ COM (2005) 569 final.

en la atribución de concesiones y en la creación de empresas conjuntas entre un socio público y uno privado cuyo fin es prestar servicios públicos.

III.3.2.2.1).Colaboración contractual

Hemos notado al establecer las modalidades de colaboración público-privada en el saneamiento de las aguas y las modalidades que propone la Comisión en el Libro Verde que aun existiendo unos rasgos comunes, éstos no se dan con la misma intensidad en todos los supuestos. Así el mismo Libro Verde de 2004 entiende que son rasgos de la “colaboración público-privada” la duración relativamente larga de la relación, la financiación garantizada en parte por el sector privado, el papel destacado del operador económico en las diferentes etapas del proyecto y el reparto de riesgos entre el socio público y privado. Precisamente en el caso de la categoría de colaboración contractual éste último rasgo es el que nos lleva a diferenciar en su seno entre fórmulas que incentivan la participación privada, o que externalizan la función del saneamiento, y las concesiones de servicios, que suponen quizás el grado máximo de repartimiento de responsabilidades.

A). Mediante contratos públicos

En la realización del saneamiento mediante cooperación entre los entes locales y del sector privado, dos figuras aparecen previstas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas que en sus relaciones con los poderes públicos deben hacer uso de instrumentos contractuales. Nos referimos a las llamadas empresa colaboradoras, que se encargan de realizar cuestiones de tipo técnico y a las empresas de vertidos, que pretenden incentivar la presencia del sector privado en este ámbito.

A.1.Las empresas colaboradoras en el saneamiento de las aguas

Una nueva forma de colaboración entre lo público y lo privado suponen las entidades colaboradoras concebidas en su desarrollo actual como un reto para la eficacia y la participación del administrado en las tareas tradicionalmente propias de los poderes públicos³⁷⁰.

³⁷⁰ Vid.PADRÓS REIG, C. *Actividad administrativa...* Págs. 16 y 17.

En el Derecho de Aguas español estas *entidades colaboradoras* se regulan de modo general en el art.101.3 TRLAg y en los arts. 255 y ss del RDPH³⁷¹ -preceptos que han sido desarrollados por la Orden MAM/985/2006, de 23 de marzo³⁷²-, si bien su aplicabilidad en relación con la prestación del saneamiento es evidente, en tanto se les atribuye dos categorías de funciones: de un lado la de certificar la adecuación de las instalaciones y el cumplimiento de los objetivos de calidad de los vertidos, y, de otro, la Orden habla de *actividades de apoyo*. La diferencia es importante pues para las primeras se exige la previa homologación, de acuerdo con el procedimiento establecido³⁷³, mientras que cuando se traten de actividades relativas a determinados aspectos de la gestión del dominio público hidráulico (realización del programa de control de vertido, comprobación de las actuaciones y medidas ejecutadas en los casos de emergencia que estuviesen previstos en las autorizaciones de vertido, verificación del cumplimiento de los objetivos y normas de calidad ambiental, realización de programas de seguimiento relativos al estado de las aguas, y realización de otras funciones afines encomendadas por la administración hidráulica) la posesión de título de entidad colaboradora, es decir homologada, primará para adjudicar tales actividades³⁷⁴, pues se prevé también que la Administración puede encargar las actividades de apoyo relacionadas a entidades con competencia técnica en los campos de la investigación, aplicación y desarrollo de nuevas metodologías siempre que demuestren dicha capacidad técnica para realizar las actividades que soliciten³⁷⁵.

³⁷¹ Reguladas, anteriormente, en el art.9 del RD.484/1995, de 7 de abril, sobre medidas de regularización y control de los vertidos (BOE nº 95, de 12 de abril de 1995 (c.e.) BOE, de 13 de mayo de 1995), y por la Orden de 16 de julio de 1987 (BOE, de 4 de agosto de 1987), normas que fueron derogadas tras la aprobación del RD 606/2003.

³⁷² Orden por la que se desarrolla el régimen jurídico de las entidades colaboradoras de la administración hidráulica en materia de control y vigilancia de calidad de las aguas y de gestión de los vertidos al dominio público hidráulico. (BOE, de 5 de abril de 2006). La finalidad de la Orden señalada es amplia ya que con ella se pretende tanto dar cumplimiento al art.20 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, como establecer las condiciones necesarias para la obtención del título que habilita a la entidad colaboradora, desarrollando así las previsiones del TRLAg, y de la Disposición transitoria tercera del RD.606/2003, de 23 de mayo, que modifica el RDPH de 1986.

³⁷³ Para ello deben seguir el procedimiento establecido en la Orden que regula los requisitos para la obtención del título de entidad colaboradora (art.5) y el procedimiento para su obtención (art.6), así como las circunstancias de su mantenimiento o modificación del título (art.8) y las causas de revocación y extinción del título (art.9).

³⁷⁴ Art.3, de la Orden MAM/985/2006, de 23 de marzo.

³⁷⁵ Disposición Adicional Única, de la Orden MAM/985/2006, de 23 de marzo.

Su ámbito de actuación es, pues, un caso de ejercicio privado de funciones públicas en la realización, según CASADO CASADO, de una actividad técnica³⁷⁶, aunque también es cierto que la Orden, al definir tales entidades, incluye no sólo a las entidades privadas, sino que también las públicas pueden, si poseen el título correspondientes, colaborar con la administración³⁷⁷.

En concreto las actividades de certificación, que entendemos son a partir de la regulación examinada objeto de liberalización, tienen por objeto el examen de la adecuación de las instalaciones de depuración y de los elementos de control de su funcionamiento a las normas y objetivos de calidad de las aguas, así como el cumplimiento de las características cualitativas y cuantitativas de los vertidos, esto es, en qué condiciones vierte el solicitante de una autorización de vertido. En el caso de actividades de apoyo la Orden concreta que el régimen seguido será el general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con sometimiento a las reglas sobre libre competencia que exige la Unión en las condiciones que traspone nuestro Texto Refundido.

Estas entidades realizan claramente actividades de mercado pues la propia Orden (art.15) y el Texto Refundido contemplan la percepción de una contraprestación económica por los servicios prestados que deberán abonar los titulares de las autorizaciones de vertido que requieren de su intervención, aunque estos precios son controlados por el Ministerio de Medio Ambiente que podrá establecer los precios máximos de los servicios, con el fin de garantizar la adecuación entre la actividad realizada y el coste de la misma. Sobre esta previsión deducimos más aspectos sobre el sometimiento del régimen aplicable. Pues cuando se presten servicios a particulares el régimen es el privado, pero cuando se presten servicios a la Administración Pública se aplica el régimen de contratación y por tanto es ésta la que debe satisfacer los servicios prestados.

³⁷⁶ Sobre la novedad que supuso la introducción de estas entidades colaboradoras de la Administración, *vid.* CASADO CASADO, L. “Novedades en la regulación de vertidos en aguas continentales” en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*. Año 2. Núm.14. 2000. Pág.34.

El tema de auxilio de la Administración en los aspectos técnicos mediante al idea de colaboración fue ya tratado por OJEDA MARTÍN, A., en “Entidades privadas colaboradoras de la Administración en el ámbito técnico” en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*. IEAL. Madrid. 1982. Págs. 609 y ss.

³⁷⁷ Art.2, de la Orden MAM/985/2006, de 23 de marzo.

La relación, estrecha, de estas entidades de colaboración con el servicio de saneamiento surge principalmente en las acciones que realizan por tanto de control, por ejemplo, de que las aguas vertidas a los cauces públicos, tanto las urbanas como las industriales, reúnan las condiciones, parámetros y requisitos exigidos por la normativa sobre calidad de las aguas, y en función de ello que las “aglomeraciones urbanas” cuenten con los sistemas colectores y apliquen los tratamientos exigidos por la Directiva 91/271/CEE. Se trata, como se desprende de la enumeración de los textos reseñados, de tareas sustantivas de control y también de apoyo a la Administración hidráulica³⁷⁸. En concreto, estas entidades suelen ser laboratorios autorizados que realizan los análisis de aguas de vertidos, realizando así una función auxiliar de la Administración, debiendo estar inscritas en un Registro especial de Empresas Colaboradoras, previsto en el art.10 de la Orden, adscrito a la Dirección General del Agua³⁷⁹.

El tema de las entidades colaboradoras ya fue tratado en la nueva concepción del Derecho Administrativo como “ciencia de dirección”³⁸⁰ y también su notable aplicación en el sector ambiental. Así, recientemente en el ámbito autonómico, como el Decreto 220/2004, de 15 de octubre, del *Consell* de la *Generalitat Valenciana* por el que se establecen las funciones de las entidades colaboradoras en materia de calidad ambiental y se crea y regula su Registro, fundamenta el recurso a estas formas de colaboración debido a la diversidad de las tareas de control y vigilancia en el campo de la calidad ambiental que supone un alto grado de especialización técnica y un elevado número de actuaciones, que requieren el auxilio al órgano correspondiente. Su aplicación, no obstante, en el campo del saneamiento de las aguas residuales y en la protección de la calidad de las aguas es, si cabe, aun más necesaria dado que se requiere una actividad extra de la Administración, a la que ésta en muchas ocasiones no puede enfrentarse, al exigir un alto grado de especialización. En este caso, a los poderes públicos les corresponde establecer un régimen jurídico marco, es decir los límites bajo los que deben situarse esas aguas y el grado de calidad que debe alcanzar tras su saneamiento,

³⁷⁸ Obsérvese de nuevo la distinción de la que se parte, como anunciara PADRÓS REIG, entre inspección y control, *vid. Actividad administrativa...* Op. cit. Pág. 29 y ss.

³⁷⁹ El ámbito de aplicación de la Orden se circunscribe a las cuencas hidrográficas cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, esto es, las de carácter intercomunitario, de modo que en dichos casos el órgano competente para otorgar el título de entidad colaboradora es el Ministerio de Medio Ambiente (art.4 de la Orden).

³⁸⁰ *Vid.*, en la Primera Parte, el epígrafe, I.2. Porqué nos remitimos al derecho ambiental especial como impulsor de la renovación del derecho administrativo general: El Derecho ambiental, ámbito de referencia.

siendo otros, los colaboradores, los que con mejores medios y mayor tecnología realicen esas tareas. La norma aprobada en la Comunidad Valenciana incluye entre las tareas de las entidades colaboradoras las de “control de vertidos de calidad de las aguas” que, sin carácter específico, suponen la toma de muestras, análisis, verificación y otras operaciones dirigidas a identificar y caracterizar los vertidos, así como las aguas... y la inspección de los vertidos de actividades contaminantes de las aguas. También más tempranamente la Ley 1/1995, de 8 de marzo, de protección del Medio Ambiente en la Región de Murcia adjudica a las Entidades colaboradoras el papel de comparación y vigilancia de los programas de vigilancia ambiental³⁸¹.

La cuestión es de nuevo si esta colaboración significa que la Administración rehuye de sus tareas que entre otras son velar, en término último, por la calidad de vida de los ciudadanos, reconocida constitucionalmente como derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico vinculado, como hemos visto en capítulos precedentes, al derecho al medio ambiente, y en consecuencia con la tarea de saneamiento. A estas alturas de la investigación podemos afirmar sin temor a causar ninguna perplejidad, que la Administración no huye, pero esta negación la realizamos a sabiendas de que es necesario en estos supuestos, siempre complicados de solucionar, articular con la más exquisita de las técnicas un sistema transparente, independiente e imparcial que regule estas colaboraciones³⁸². Es por ello que en la tarea de prevenir la contaminación, paso importantísimo en la tarea de saneamiento de las aguas residuales, estas figuras pueden ofrecer un servicio inestimable para la Administración en la realización de ese control previo a la propia contaminación, lo que evitarían quizás una mayor contaminación de las aguas, y por tanto un menor coste económico en las tareas de recuperación de su calidad. Además de estas clásicas funciones preventivas, los colaboradores podrían, con

³⁸¹ Desarrolladas por el Decreto 27/1998, 14 de mayo, sobre entidades colaboradoras en materia de calidad ambiental (BORM, 23/05/09).

³⁸² Así, J.L. LASO MARTÍNEZ en relación con las entidades colaboradores pero en el ámbito urbanístico realiza una propuesta de regulación de su régimen jurídico -que entiende necesario para asegurar la obtención de los fines legítimos que con su creación se persiguen- y que nos permitimos sintetizar en los siguientes puntos que son aplicables al caso que nos ocupa: la capacidad jurídica restringida al objeto para el que se constituyen; la necesidad de una regulación de su patrimonio; la extensión de la facultad de calificación con motivo de la inscripción en el Registro de las Comunidades Autónomas; la clarificación de que no todos los actos de las Entidades están sujetos al control de la acción pública porque en ellas hay cuestiones sujetas al Derecho Civil o Administrativo ajenas a la aplicación genuina de la acción pública como incluso ocurre con su participación en la celebración de contratos que no se convierten necesariamente en contratos administrativos; también debe ser objeto de regulación específica lo concerniente a su disolución, si cesan las causas por las que se crearon, *vid.* “Las entidades urbanísticas colaboradoras: estructura y funciones” en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Núm. 225. 2006. Págs. 248 y ss.

mejores técnicas como antes hemos destacado, construir instalaciones más modernas y sostenibles en el objetivo del tratamiento y saneamiento de las aguas contaminadas.

A estas figuras no se les permite el empleo de instrumentos públicos, como por ejemplo la ejecución de la liquidación de tributos o la disposición de normas. El tercero establece los derechos privados que en caso de conflicto judicial pueden hacerse valer. En su caso, el reducto público de las tareas de saneamiento de las aguas residuales, hace que la Administración al otorgar las autorizaciones para la emisión de certificaciones de vertidos mantenga una mínima responsabilidad garantizadora. Como tales y la responsabilidad por la ejecución de estas tareas corresponden al Municipio. El municipio es el que dirige las aguas residuales y por eso es el encargado de resolver las autorizaciones de vertidos y las resoluciones sobre los impuestos/ cánones de saneamiento. Requisito imprescindible de este modelo “auxiliar/delegación en la ejecución” es, sin embargo, que el municipio permanezca como “empresario” de dicho proceso, es decir que mantenga una determinada influencia sobre la tarea de eliminación de las aguas residuales, en particular conserva los poderes materiales sobre las depuradoras. Esto se produce, mayormente, en el caso de sociedades mixtas en las que el municipio posee la mayoría. No obstante, también puede darse el caso de una delegación de funciones a un tercero independiente si los elementos contractuales alcanzados prevén el derecho de intervención y de dirección del municipio.

De esta forma, destacado por PADRÓS REIG, no es posible, según nuestras normas, la traslación de poder, sino que únicamente se delega y traslada al ámbito privado la gestión técnica de una función pública, quedando en manos de la Administración cruciales potestades de dirección y control³⁸³. S. GONZÁLEZ-VARAS por su parte define al “colaborador” como un sujeto, generalmente con ánimo de lucro que, de forma organizada, realiza en conjunción con los poderes públicos una función propia de éstos. Son de este modo un apoyo para la Administración que la descargan de funciones auxiliares, y logran así una realización más eficaz y/o más barata de una función de los poderes públicos³⁸⁴.

³⁸³ Vid. PADRÓS REIG, C., *Las entidades...* Op. cit. Pág. 37.

³⁸⁴ Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S., “El desarrollo de una idea de colaboración...” cit. Pág. 216.

A.2). La contratación del saneamiento con las empresas de vertidos

Como alternativa a las comunidades de usuarios de vertidos –del art.90 TRLAg y que se presentan como órganos públicos, de carácter autónomo, un talante instrumental, en la que los propios usuarios-productores gestionaban sus aguas residuales y se ocupan de la conducción y tratamiento antes del vertido-, existe otra categoría de organismos prevista en el Texto Refundido de la Ley de Aguas a la que con una perspectiva e inspiración empresarial se le permite asumir tareas relacionadas con el saneamiento de las aguas. Estas organizaciones se agrupan bajo la noción de empresas de vertidos³⁸⁵. Las características que de esta figura podemos extraer y también en cuanto a su régimen jurídico según su regulación en el Texto Refundido de la Ley de Aguas y del Reglamento de Dominio Público Hidráulico son más bien escasas, si bien por sus características se pueden considerar como un supuesto de *contracting out* en el Derecho de Aguas.

Las empresas de vertidos, como señala el art.108 TRLAg y el art.267 RDPH, se crean para realizar las tareas a las que terceros están obligados, en concreto se cita la conducción, el tratamiento y el vertido de aguas residuales de terceros. Ante la falta de concreción de quién son esos terceros podríamos entender que incluye tanto a la Administración, en este caso los municipios, pues son ellos los obligados a tales tareas, o también a aquellas empresas o industrias que debido a la generación de aguas residuales estarían obligadas a ejecutar previamente a la realización del vertido, la conducción, tratamiento y el vertido, que se localizan básicamente en el sector industrial. Creemos que en concreto se refiere a ambas categorías de sujetos, interpretación que nos permitiría vislumbrar en este caso la existencia de una alternativa de cooperación entre ambos sectores, público-privado, y que ante la inexistencia de mayor regulación en el RDPH debería concretarse con un contrato entre la Administración y la empresa privada de vertidos -mientras que si la empresa de vertidos presta sus servicios a los usuarios, privados, entonces se surge una relación contractual sometida al Derecho privado-. Contrato que al no revestir la forma de concesión, sería un contrato público de servicios y sometido, por tanto, a las normas comunitarias, traspuestas en nuestro Texto Refundido de la Ley de contratos. El Libro Verde de

³⁸⁵ Estas empresas se contemplan en el art.108 TRLAg y se desarrollan en los arts.267 a 271 del RDPH. En Canarias se ha regulado asimismo estas empresas en el Decreto 174/1994, de 29 de julio.

Cooperación señala como procedimientos normales el procedimiento abierto o restringido en la selección de estas empresas³⁸⁶. Si bien se ha introducido, en el art.29, como modalidad en la Directiva 2004/18/CE la aplicación, dotada de una gran flexibilidad, del llamado “diálogo competitivo” que permite que en la adjudicación de contratos particularmente complejos se entable, entre el órgano adjudicador y los candidatos, un diálogo para encontrar las soluciones más adecuadas para la consecución del fin, en este caso sería en relación con el saneamiento de las aguas, una adecuada realización del vertido, decidiendo posteriormente el organismo el candidato que cumple con las exigencias convenidas³⁸⁷.

El legislador, el poder público, ha actuado en la ordenación de las empresas de vertidos adoptando un papel claramente regulador, pues de manera previa a la posibilidad de actuar de estas empresas -si bien no directamente mediante una certificación como el caso anterior- se asegura que, además de cumplir con los requisitos generales para la obtención de la necesaria autorización de vertidos, se incluyan tres parámetros extra en las autorizaciones de vertidos: la determinación sobre la *admisibilidad de los vertidos que van a ser tratados, las tarifas máximas y el procedimiento de su actualización periódica*, entrando de lleno en un elemento básico de los servicios públicos como es el precio, unido a la accesibilidad y de universalidad de los mismos, y, finalmente se regula en garantía del efectivo cumplimiento de la tarea un elemento central como es el de *la obligación de constituir una fianza para responder de la continuidad y eficacia de los tratamientos*³⁸⁸. La prestación de la fianza asegura la continuidad y eficacia de los tratamientos, y pretende, además de cumplir con una finalidad garantizadora, facilitar la participación de los particulares en el ámbito público, ámbito que requiere de altas exigencias técnicas, de la misma forma que se realiza en otros sectores, principalmente de carácter industrial.

³⁸⁶ Y únicamente de modo excepcional el procedimiento negociado.

³⁸⁷ Acerca de la novedad que este procedimiento de adjudicación significa, *vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y. “La nueva regulación...” cit. Págs. 311 y ss; GIMENO FELIU, J.M^a. *La nueva contratación pública...* Op.cit. Págs. 219 y ss.

³⁸⁸ Fianza que, según el artículo 270 RDPH, será equivalente al triple del importe del canon de control de vertidos que se fije en la autorización otorgada a la empresa de vertido. Declarándose responsables subsidiarios a los causantes del vertido. Es decir se produce aun más un reparto de responsabilidades entre el que encarga la misión y quien la ejecuta.

Estas empresas deben inscribirse en el Registro³⁸⁹ supervisado por los Organismos de cuenca o en su caso, por la Administración Autonómica, inscripción sin la cual no se otorga la autorización requerida para poder desempeñar sus funciones, de ahí su carácter preceptivo y constitutivo³⁹⁰.

Existen pues, vistos estos rasgos, una diferencia evidente entre las Empresas de Vertido y las Comunidades de usuarios de vertido, pues la primera se rige principalmente por el Derecho privado en tanto es una persona jurídico privada. Si bien se somete también parcialmente a las normas públicas de adjudicación de contratos en cuanto realicen contratos con las Corporaciones Locales para realizar las tareas de saneamiento, además la labor de control o de acreditación la realiza en este caso de alguna manera el Organismo de Cuenca correspondiente a través de la autorización de vertidos que ésta otorga y que es indispensable para el desarrollo de sus tareas. Por otra parte las comunidades de usuarios integradas por las personas que producen y realizan el vertido, vienen sometidas, por su naturaleza de Corporaciones de Derecho Público, adscritas al organismo de cuenca (art.82 TRLAg), por el derecho público y las ordenanzas propias dictadas para efectuar el estudio, la construcción y explotación de los elementos y estaciones que forman parte de la autorización de vertido³⁹¹.

B). Las concesiones en las políticas europeas: la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario y su actualización en 2004.

El tratamiento de nuevo de las concesiones ya al final de este trabajo surge debido a la expansión que esta modalidad de cooperación público-privada, una de las más conocidas, que ha obligado a la Unión Europea a pronunciarse sobre estos instrumentos, no sometidos a la regulación más detallada de Derecho derivado que establecen las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, si bien la aplicación de éstas se supedita al cumplimiento de

³⁸⁹ Los requisitos para la inscripción se establecerán, de acuerdo con el art.268 RDPH, por el Ministerio de Medio Ambiente.

³⁹⁰ Vid. CASADO CASADO, L. *Los vertidos...* Op. cit. Pág. 215.

³⁹¹ Vid. al respecto ARRIETA ÁLVAREZ, C., en *Comentarios a la Ley de Aguas*. GONZÁLEZ PÉREZ, J. TOLEDO JÁUDENES, J. y ARRIETA ÁLVAREZ, C. Madrid. Civitas. 1987. Pág.608.

determinadas condiciones (los umbrales allí fijados, por ejemplo) y a la etapa de adjudicación de los contratos.

Con fecha de 24 de febrero de 1999 la Comisión de la Unión Europea adoptó un Proyecto de Comunicación cuyo fruto fue en 2000 la “Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho Comunitario³⁹²”, documento que resulta interesante para examinar las condiciones que también en este campo introdujo la Unión pues como se ha ido adelantando la tendencia comunitaria en materia de concesiones es la reducción o extinción de los plazos y encontrar el mayor equilibrio entre los intereses contrapuestos que convergen en la concesión, los públicos y privados, todo ello con la meta de conseguir una mejor forma de prestación del servicio.

Una de las causas de esta Comunicación fue precisamente concretar qué significaba el concepto de concesión en el entorno europeo, puesto que la intensidad de su utilización e importancia es una realidad, pero difiere en los diferentes Estados miembros³⁹³. En todo caso que no se contemplara en las anteriores Directivas sobre contratos públicos de los años noventa³⁹⁴, no implica la ausencia de aplicación de las normas del Tratado y en especial de los arts. 43 a 55³⁹⁵, adoptándose en dicha Comunicación un concepto propio europeo de concesiones -con independencia de las diversas denominaciones nacionales- que de manera amplia incluye bajo la expresión concesión: “...aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un tercero –ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero- la gestión total o parcial de servicios –interpretados como prestación de actividades económicas- que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación, excluyendo así los casos de autorizaciones o habilitaciones concedidas por los Estados para la realización de una determinada actividad y aquellos actos cuyo objeto sean actividades de carácter no

³⁹² Publicada en el DOCE Serie C121, de 29 de abril de 2000.

³⁹³ Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El contrato administrativo*. Civitas. Madrid. 2003. Págs. 185 y ss.

³⁹⁴ Sobre la voluntad inicial de incluir los contratos de concesiones en el ámbito de aplicación de las Directivas de contratos, vid. GIMENO FELIU, J.M. “La normativa reguladora de los contratos...” cit. Pág. 54. Nota.3.

³⁹⁵ En particular el art.43 en el que se prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, y el art.49 que prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación, vid. “La concesión de servicio público local. Contratos “in house” en *Contratación Administrativa*. Núm. 50. 2006. Pág.27 y 28.

económico”. De esta definición el elemento clave que caracteriza desde la perspectiva europea esta modalidad de contratación es el de la “asunción del riesgo de explotación”, tal y como sentó la Sentencia del TJCE *BFI Holding*, de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96³⁹⁶ y más tarde confirmó la Sentencia del TJCE *Teleaustria*, de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98³⁹⁷.

Se reconoce pues con esta Comunicación el valor de las concesiones en el ámbito nacional y también comunitario, sobre todo de las destinadas a la construcción de la infraestructura necesaria para la realización de servicios públicos³⁹⁸. Y se definen como una vía necesaria frente a la falta de recursos, económicos en su gran parte, de los Estados y debido a los beneficios que la iniciativa privada, con mayor experiencia y métodos, ofrece. Como se ha puesto de manifiesto la Comunicación anterior supone un cambio en la tradicional concepción de la concesión, pues desaparece la tan estrecha dependencia del concesionario y del poder público, de modo que no es identificable con los nuevos regímenes establecidos para nuevos servicios públicos³⁹⁹. En la Comunicación se diferenciaba como a continuación se realiza entre concesiones de obras y concesiones de servicios.

B.1.La concesión de obras

La definición de “concesión de obra” aparecía -a diferencia de la concesión de servicios no definida en la Directiva 92/50- en la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de

³⁹⁶ En este pronunciamiento el TJCE negó el alegado carácter concesional de los contratos celebrados entre municipios holandeses y sus empresas destinadas a la recogida de residuos domésticos e industriales, con el fin de eludir la aplicación de la Directiva de contratos de servicios, porque consideró que no existe un derecho de explotación ni un riesgo por parte de las empresas, sino que únicamente existe una retribución, mediante el pago de un precio, más ampliamente sobre esta Sentencia, *vid.* FUERTES LÓPEZ, M. “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del tribunal de justicia de la Comunidad Europea” en *REALA*. Núm. 279.1999. Págs. 31 y ss. ORTIZ VAAMONDE, S. *El levantamiento de velo...* Op. cit. Págs.299 a 310.

³⁹⁷ En la decisión del Tribunal y reconociéndose la existencia de un derecho de explotación por parte de la empresa privada que había contratado con una empresa pública sí que se reconoció la existencia de una concesión de servicio, y además se especificó que aunque no entraban en el ámbito de la Directiva 93/38 las entidades contratantes debían respetar las normas fundamentales del Tratado, en especial el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, *vid.* GIMENO FELIU, J.M. *La nueva contratación pública...* Op.cit. Pág.154.

³⁹⁸ SOSA WAGNER hace notar la contradicción inicial de esta Comunicación cuando tras afirmar que los Estados miembros, por consideraciones de interés público, pueden sustraer de la competencia algunos servicios, señala que las formas de organización y ejercicio de un monopolio de este modo no deben afectar a lo dispuesto en el Tratado. *Vid. Los servicios...* Op. cit. 2004. Págs. 188 y 189.

³⁹⁹ Al respecto las reflexiones de S.MUÑOZ MACHADO en *Servicio público y mercado...* Op. cit. Págs. 312 y ss.

14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en las que se establece un régimen particular para las concesiones de obras, a las que define como un “contrato que presenta los caracteres contemplados en la letra a)⁴⁰⁰, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho de explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”; de este modo, la principal diferencia entre los contratos públicos de obras y la concesión de obras es que se otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de los mismos, a veces junto con un precio, y, un segundo elemento diferencial deducido de la propia Directiva, es la existencia de un riesgo para el concesionario⁴⁰¹. Quedaba así sometida esta modalidad al Derecho comunitario en determinados aspectos como los de publicidad en los procesos de adjudicación en el ámbito de la Comunidad y de acuerdo con los umbrales fijados. Además como la propia Comunicación señala las concesiones no quedan fuera de las normas y principios del Tratado, razón por la cual considera BERNAL BLAY que debería aplicarse de manera amplia el régimen general de contratación también a las concesiones de obras, pues su objeto coincide con el del simple contrato de obras y por tanto estaríamos ante un mismo objeto con diferentes regímenes de aplicación, más o menos rigurosos, y además así lo podríamos deducir de la Declaración del Consejo⁴⁰² acerca de los procedimientos que han de seguirse en materia de concesión de obras, en la que se consideran aplicables las normas de publicidad relativas al contrato público de obras⁴⁰³. La sujeción por otra parte en el caso de que estuviéramos ante una concesión de servicio sería no ya a normas concretas correspondientes a un modelo de contrato de los objetos de las Directivas, sino a las generales del Tratado como expuso la Sentencia *Teleaustria*.

⁴⁰⁰ La letra a) citada del art.1) dice así sobre los contratos públicos de obras: “son contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II o de una obra (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador”.

⁴⁰¹ Recuérdese que la Ley de 2003 sobre el contrato de concesión, que modificó el TRLCAP, introdujo precisamente modificaciones importantes en cuanto al elemento del riesgo, pues se había reducido de tal manera que éste dejaba de ser un elemento propio de la concesión en España. Sobre esto la Directiva señala que si los poderes públicos asumen contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará, evidentemente, el riesgo y por ello pasa a clasificar el contrato no ya de concesión, sino de contrato público, con el consecuente y estricto sometimiento a las normas que sobre contratación aprueba la Unión Europea.

⁴⁰² DO C 082, de 16 de septiembre de 1971, Págs.0013-0014.

⁴⁰³ Vid. M.Y. FERNÁNDEZ GARCÍA “La nueva regulación...” cit. Pág.304.

Notas propias de estas figuras que reconoce la Comisión y que se identifican perfectamente en nuestro Derecho nacional son, además del derecho de explotación o gestión por un tiempo, la existencia, en la mayoría de casos, de un precio y la transferencia de responsabilidad de la explotación en cuanto a los aspectos técnicos, financieros y de gestión.

La cuestión se complicaba en la fijación de un criterio para distinguir aquellos supuestos de concesiones de obra de los que no lo fueran, siendo para ello necesario el examen del contenido del contrato y la aplicación de una serie de criterios establecidos por la propia Comunicación. El criterio fundamental es “*ratione materiae*”, según el cual lo importante para clasificar un contrato como de concesión de obra es que el objeto principal del contrato sea la construcción de una obra, y no trabajos accesorios, por ejemplo, a la gestión de un servicio. No obstante además del criterio material, existe también el criterio económico, pues la Directiva sólo se aplica si el objeto no cumple el umbral fijado de 5.000.000 euros⁴⁰⁴.

B.2.La concesión de servicios

La Comunicación junto con el tratamiento de la concesión de obras se refiere también a la concesión de servicios iniciándose con la advertencia acerca de la inexistencia de una definición por parte de la entonces vigente Directiva 92/50/CEE, relativa a los contratos públicos de servicios, que únicamente definía a los “contratos públicos de servicios”. No obstante y por analogía a las anteriores concesiones de obra la Comisión concluye unas características similares de las concesiones de servicios donde el rasgo distinguidor es la existencia de una explotación del servicio, asumiendo el riesgo del servicio en cuestión. Así se expresó el TJCE en la citada Sentencia *Teleaustria* que afirma: “1). Está contemplado en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por una

⁴⁰⁴ La diversidad de criterios aplicables ha llevado a EMBID IRUJO y COLOM PIAZUELO a establecer tres categorías de contratos según la Comunicación mencionada: el contrato de concesión de obra pública, aplicándose en este caso la Directiva 93/37/CE, hoy sustituida por la Directiva 2004/18/CE sobre obras siempre que se sitúe en los umbrales por ella establecidos. Contrato de concesión de servicios con obras accesorias y contrato de concesión de obras y servicios, *vid.* EMBID IRUJO y COLOM PIAZUELO. *Comentarios a la Ley...* Op. cit. Pág. 70.

parte, una empresa a la que la legislación de un Estado miembro ha confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones y cuyo capital social pertenece en su totalidad a los poderes públicos de dicho Estado miembro y, por otra parte, una empresa privada, cuando mediante dicho contrato la primera empresa encarga a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados al teléfono, impresos y en formato electrónico (guías telefónicas), con vistas a su distribución pública; pese a estar contemplado en la Directiva 93/38, un contrato de esta naturaleza resulta excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de esta última, principalmente debido a que la contraprestación que la primera empresa ofrece a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución”.

A pesar de esta ausencia notable y criticable en el Derecho derivado, las concesiones no quedan excluidas del sometimiento al Derecho Europeo, pues de cualquier modo los principios de la Unión, de igualdad de trato y el de no discriminación, deben inspirar el desarrollo de estas figuras, pues efectivamente las actividades que se prestan en régimen de concesión tienen un contenido económico que las incluyen en las políticas comunitarias. La posición central que ocupa el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora asegure que dicho principio es respetado.

Esto es, estamos ante tales supuestos desde la óptica europea cuando el operador asume el riesgo del servicio cobrando una tarifa al usuario del mismo, siendo el precio el elemento que permite graduar el riesgo asumido por la explotación, además de ser determinante el traslado de la responsabilidad al concesionario-explotador, de acuerdo al pronunciamiento de la Sentencia TJCE de 10 de noviembre de 1998, asunto *BFI HOLDING*. Otro rasgo de las concesiones, que se acomoda al uso que de las mismas se hace en el caso de la concesión del servicio público del saneamiento en nuestro entorno jurídico, es la posible existencia, no necesaria eso sí, de derechos exclusivos o especiales debido a la naturaleza, objeto, y normas propias del servicio, como señaló el abogado general en el asunto C- 360/96 *Arnhem*; de manera que se permite que en dichas circunstancias los contratos queden excluidos de las reglas de competencia, siendo una vez más el criterio adoptado por la Unión Europea, no uno basado en aspectos subjetivos, sino objetivos, esto es el tipo de función que se desempeña a través

de dicho contratos, al que le acompaña como se ha destacado en todo momento tal transferencia de responsabilidad, pues si no estamos ante un contrato público de servicios. En nuestro entorno la existencia de derechos especiales se conecta con la idea de reserva, pues es la que permite a los poderes públicos, en este caso a las entidades locales, determinar si presta el servicio en régimen de libre competencia o de monopolio siempre que, como apuntó la Sentencia de 18 de junio de 1991, *Elliniki Radiophonia*, asunto C-260/89, éste no afecte a lo dispuesto en el Tratado sobre libre circulación de mercancías y servicios ni a las normas de la competencia. Y en caso de que sea en monopolio como ha sido defendido a lo largo de este trabajo puede atribuirse la gestión mediante concesión de servicio.

El criterio material que antes explicábamos para identificar un contrato de concesión de obras sirve de la misma manera para el contrato de concesión de servicio, que por tanto puede llevar anexas determinadas obras, pero que por su carácter accesorio se incluyen bajo la naturaleza y el régimen de las concesiones de servicios.

La reciente Directiva 2004/18/CE, “sobre contratos públicos de obras, suministros y servicios” por su parte define, aun excluyéndolas de su ámbito, a las concesiones de servicios como los contratos que presentan las mismas características que un contrato público de servicios, excepto que la contrapartida de la prestación del servicio consiste sólo en el derecho de explotar ese servicio, o en dicho derecho acompañado de un precio, pero en todo caso no se sujetan a ninguna norma detallada de la Directiva, pero como venimos reiterando los principios y normas del Tratado con su carácter vinculante son de plena aplicación en todo caso a estas concesiones. Aun cuando la Directiva sólo ofrece una escueta definición, la validez de la misma es de gran valor, pues va a ser el concepto para fundamentar la colaboración público-privada a través de este modelo, con independencia de cual sea la denominación que dichos contratos tengan en los derechos nacionales, y permite aplicar un régimen específico, que veremos, a diferencia de lo que ocurre con la técnica de los contratos “in house”.

B.3.Régimen aplicable a las concesiones de servicio

Desde un primer momento hemos destacado que el hecho de que las concesiones de servicio no hubieran sido objeto amplio de las Directivas comunitarias no daba lugar, en modo alguno, a su exclusión de las normas del Derecho comunitario como en

repetidas ocasiones ha establecido en Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁰⁵; de ello surge la cuestión de cuáles son esos principios, que a continuación examinaremos.

En primer lugar, bajo el respeto del Derecho comunitario, se sitúa la premisa de libertad de los Estados para recurrir al uso de concesiones. Esas normas de Derecho comunitario a las que nos referimos no aluden expresamente ni a las concesiones, ni a los contratos públicos, sino sólo que la opción escogida sea compatible con el ordenamiento comunitario⁴⁰⁶.

En segundo lugar, el principio inspirador es el de transparencia que pasa por la ineludible publicidad de las ofertas públicas a los privados para desarrollar una determinada función. Se exige por ello un mínimo de conocimiento por parte de los terceros, como son las informaciones relativas al objeto de la concesión, la naturaleza y el alcance de las prestaciones esperadas por el concesionario. De ello se desprende que los Estados miembros deben mantener una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos previa licitación⁴⁰⁷, pues como señaló la Sentencia TJCE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen GMBH*, ciertos principios poseen una *vis expansiva* que someten incluso a los contratos públicos excluidos.

Como consecuencia necesaria del anterior se aplica el principio de igualdad de trato, o la no discriminación de acuerdo con lo establecido en el art.12.1 TCEE (versión consolidada), y del cual se desprende la obligación de tratar de forma similar, situaciones similares, siempre y cuando no existan situaciones que justifiquen tal discriminación. Las implicaciones de este postulado, como la Comunicación aclara en el punto 3.1.1, es que todas las que compiten por la adjudicación de una concesión deben conocer en la misma medida las condiciones de las misma, y además, deben aplicarse y

⁴⁰⁵ La STJCE de 18 de noviembre de 1999 (*Unitron Scandinavia*) ha afirmado que “El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 debe interpretarse del siguiente modo: Dicha disposición impone a un poder adjudicador que otorga derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad distinta de tales poderes adjudicadores que exija a ésta que respete el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad al adjudicar contratos públicos de suministro a terceros en el marco de esa actividad”. Otras Sentencias en el mismo sentido son la de 4 de abril de 1974, asunto C-167/73, de 30 de abril de 1986, asuntos acumulados 209/84 y 213/84, de 17 de mayo de 1994, asunto C-18/96 y de 1 de octubre de 1998, asunto C-38/97.

⁴⁰⁶ Al respecto GIMENO FELIU, J.M. *La nueva contratación pública...* Op. cit. Pág. 159.

⁴⁰⁷ *Vid.* “La concesión de servicio público local...” cit.Pág. 28.

garantizarse del mismo modo a todos⁴⁰⁸. El procedimiento a seguir para la adjudicación es de libre elección por parte del adjudicador, eso sí en base a criterios objetivos y de acuerdo con el establecimiento previo de un procedimiento.

Además se exige la adecuación y necesidad de la concesión al fin perseguido, esto es, se hace valer el principio de proporcionalidad, que de alguna manera limita la amplia discrecional que los Estados miembros tienen para organizar libremente sus actividades económicas, en la medida en que perturben lo menos posible el ejercicio de la actividad económica en cuestión. La principal repercusión de este principio en el ámbito de las concesiones se contempla en la fijación de la duración del contrato, pues no se puede establecer un período tan largo que limite por un amplio lapso de tiempo la libre competencia.

La otra regla que rige en esta interpretación de las concesiones por la Comisión es la del “reconocimiento mutuo”. Ello puede de alguna manera afectar a las tan proclamadas libertades del Tratado, pues supone que la aceptación de productos y mercancías prestados por los operadores económicos de un país distinto, en base a los principios de libre circulación de mercancías, personas y servicios, rige si esos productos y servicios son equiparables a los objetivos legítimos que persigue el Estado miembro destinatario de los mismos⁴⁰⁹.

Por todo lo anterior otra máxima que debe estar presente es la protección de los derechos de los particulares, como se desprende de la Convención de derechos Humanos y de las normas nacionales al respecto, debiendo motivarse cualquier decisión que los Estados tomen y que sean de denegación o de rechazo.

Junto a las reglas anteriores existen, sin embargo, también excepciones como las enumeradas en los arts. 30, 45, 46 y 55. En el caso de las concesiones de obra se recuerda asimismo las especiales reglas sobre publicidad a las que se someten estos procedimientos.

⁴⁰⁸ Sentencia TJCE *Raulin*, de 26 de febrero de 1992, asunto C-357/89, y, Sentencia TJCE “Parlamento/ Consejo”, de 7 de julio de 1992, asunto C-295/90.

⁴⁰⁹ Al respecto las Sentencias *Vlassapoulou*, de 7 de mayo de 1991, asunto C-340/89 y *Dennmeyer*, de 25 de julio de 1991, asunto C-76/90.

B.4.Procedimiento de adjudicación

La Comunicación de 2000 diferencia al hablar del proceso una fase preliminar y una fase posterior.

En la *fase preliminar* se abordan cuestiones relativas a la publicidad; se establece para las concesiones de obra su publicidad previa mediante un anuncio en el DOCE, sin distinguir, como se había planteado, si la concesión se realizaba entre personas públicas o con un tercero. La Comunicación señala que normalmente el proceso elegido para la adjudicación, de libre elección, es el de procedimiento negociado⁴¹⁰, sin embargo nuestro régimen general del art.159.1 TRLCAP señala que la selección del contratista se realiza, *ordinariamente*, a través del concurso, mediante procedimiento abierto o restringido, en los que existe también cierto grado de apreciación por parte de los adjudicatarios, que no cabe confundir en ningún caso con indicios de discrecionalidad⁴¹¹. En efecto, el concurso permite que en servicios públicos de especial importancia, caso del servicio de saneamiento, se tengan en cuenta, además de aspectos económicos, otros criterios que aseguren que la gestión privada del servicio público va a ser realizada de manera adecuada y correcta a las características del mismo⁴¹². Así de acuerdo con los requisitos que fija el art.159.2 TRLCAP el recurso, en

⁴¹⁰ El procedimiento negociado supone que los poderes adjudicatorios, en el sentido definido por la Directiva 2004/18/CE, consultan con los operadores económicos de su elección y negocian con ellos las condiciones del contrato, excluyendo prácticamente, o reduciéndolos al mínimo, los principios de publicidad y concurrencia.

La aplicación incorrecta desde el punto de vista comunitario del procedimiento negociado por nuestro TRLCAP ha sido denunciado por el TJCE y en parte enmendado con el Real Decreto-Ley 5/2005 que ha modificado los arts.141.a), sobre contratos de obras, y art.182.a), sobre contrato de suministros, y 210.a), sobre el contrato de servicios, quedando pendiente la modificación del art.182.g) TRLCAP que recoge el supuesto de centralización de las compras públicas, de manera inadecuada a lo dispuesto en el art. 183 g) y l) donde se regulan los acuerdos-marco en la nueva Directiva 2004/18/CE.

Las otras dos modalidades son el procedimiento abierto según el cual cualquier operador puede presentar una oferta, y, el procedimiento restringido en el que cualquier operador económico podrá presentar una oferta, pero sólo pueden participar aquellos que sean invitados.

⁴¹¹ De manera que el procedimiento negociado sólo podrá tener lugar, previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del órgano de contratación y se cumplan los requisitos fijados en la Ley, según el art.159.2 TRLCAP. *Vid.* LAVILLA RUBIRA, J.J. “El contrato de gestión de servicios públicos” en *Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez-Ferrer Morant, R. (dir). Civitas. Madrid. 1995. Pág.776.

⁴¹² *Vid.* VILLAR ROJAS “La privatización de empresas...” cit. Págs.148 y ss. El autor realiza un breve, pero claro, repaso sobre las distintas formas de adjudicación de servicios del agua, aunque en relación con el suministro de agua. Así considera que frente a la subasta, que es una opción adecuada cuando el objetivo es obtener recursos económicos, y frente a la adjudicación directa, que requiere de la concurrencia de una serie de causas, el concurso es en el caso del suministro de aguas la mejor modalidad

nuestro entorno, al procedimiento negociado es más bien excepcional, pues debe cumplirse una serie de condiciones tipificados por la ley⁴¹³.

Ya en la que se denomina *fase posterior* se articulan normas para los contratos celebrados por el concesionario. Si éste es a la vez un órgano de contratación los contratos celebrados deberán someterse a lo que dispone la Directiva sobre contratos públicos de obra, norma también aplicable para el caso de que nos refiramos a concesiones de servicios. Si el concesionario no es órgano de contratación la Directiva 93/37/CEE requiere el respeto de algunas normas de publicidad, que no se aplicarán si el concesionario celebra contratos con empresas vinculadas a él, según lo dispuesto en el art.3.4 de la Directiva. Finalmente se denuncia la práctica de los Estados miembros que sitúan a una sociedad interpuesta, vinculada a ellos, para adjudicar sin licitación de contratos de obras a terceras empresas.

Todo proceso de adjudicación posee como garantía un sistema de recursos eficaz y diligente, según el art.1 de la Directiva 89/665/CEE, cuando se infrinjan las normas comunitarias sobre contratos públicos o las normas nacionales de trasposición.

El Libro Verde de 2004 en el caso de que la colaboración se concrete mediante una concesión, renueva la vigencia de los arts. 43 y 49, y resume una serie de disposiciones que en su opinión deben presidir la adjudicación de concesiones: la fijación de normas aplicables a la selección del socio privado, publicidad adecuada en cuanto a la intención de otorgar la concesión y a las normas que rigen la selección, convocatoria real de los operadores potencialmente interesados y respeto al principio de igualdad de trato en todo el procedimiento, y con el objeto de que exista cierta competencia bajo esta modalidad se destaca la obligación formal de que exista un número mínimo de candidatos a participar en los procedimientos regulados, aunque en nuestra opinión la suficiencia de esta regla dependerá no tanto de ese requisito formal, como de si realmente el sector concreto es ya de por sí competitivo, cosa que para el agua no es así.

para equilibrar la captación de recursos económicos, junto con otros objetivos. También sobre la idoneidad del concurso en la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos, *vid.* MOLINA GIMÉNEZ, A. *El servicio público...* Op. cit. Pág.298.

⁴¹³ Tales como *grosso modo*: servicios en los que no sea posible promover concurrencia en la oferta, por necesidades de imperiosa urgencia, servicios declarados secretos o reservados, los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento sea inferior a 30.050'61 euros y de un plazo menor a 5 años, los anunciados a concurso que no se adjudiquen por falta de licitadores o se hayan declarado no admisibles, y los relativos a prestaciones sanitarias concertadas con medio ajenos (art.159.2 TRLCAP)

B.5. Sectores especiales

En los inicios del trabajo se ha aludido, como era menester, a los denominados contratos en los sectores especiales, siendo evidente que en relación con el saneamiento la aplicabilidad de la Ley 48/1998 era más bien parcial en razón de su ámbito subjetivo y objetivo⁴¹⁴. En principio la gestión mediante concesión quedaba fuera de la ratio de las Directivas sobre contratación y de la Ley 48/1998, pero la evolución en materia de contratos y la necesidad de instalar una mayor seguridad jurídica en estos sectores *especiales*, así como el uso creciente y frecuente de la concesión también para esas actividades las ha incluido en las reflexiones de la Comisión.

En efecto, la Comunicación expuesta, aun consciente de que en la entonces vigente Directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, no se incluían normas sobre concesiones, enumera los diferentes supuestos que pueden plantearse y las soluciones en la aplicabilidad de las normas comunitarias:

Así, en primer lugar puede suceder que el poder público adjudicatario que no opera de manera específica en dichos sectores excluidos otorgue una concesión de una actividad económica en uno de esos sectores, caso en el que será de aplicación las prescripciones del Tratado y de la Directivas sobre obras, en el caso de que lo sean.

Si se trata de una entidad pública que opera en concreto en uno de los sectores descrito y decide adjudicar una concesión, las normas de aplicación son asimismo las del Tratado, por tratarse de un organismo público, y aunque sea una concesión de obras por tratarse de un sector excluidos, sólo se aplica esas normas.

El último supuesto que trata la Comunicación es cuando el concedentes sea una entidad privada, que no se someterá ni a las normas ni a los principios del Tratado ya citados, siempre y cuando no goce de derechos especiales o exclusivos para las actividades que caen en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, pues entonces sí que deben aplicarse las normas respecto a contratos públicos.

⁴¹⁴ Vid. II.1.2.2.La contratación española en los sectores excluidos, en la Segunda Parte.

III.3.2.2.2).Institucionalizada: Empresas mixtas. Ampliación de la remisión anterior

Ya como su nombre indica y como se ha señalado con anterioridad las sociedades mixtas locales creadas para la prestación del servicio de saneamiento de las aguas son un ejemplo de la estrecha colaboración pública-privada de hoy en día⁴¹⁵ que se dice “institucionalizada”, porque suponen la creación de una entidad *ad hoc* en la que de manera conjunta participan el sector público y privado. Un recurso usado en particular, como reconoce el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada*, para la gestión de servicios públicos a escala local⁴¹⁶ como, por ejemplo, para el saneamiento de las aguas, si bien la tendencia es la creación de empresas mixtas cuyo objeto no es sólo la prestación del saneamiento, sino la gestión del ciclo integral del agua⁴¹⁷.

En la definición de este tipo de empresas se entiende que toda empresa en la que coexistan una Administración pública y particulares tiene el carácter de empresa mixta y, como señala BLANQUER, el rasgo primordial del carácter mixto “se refiere a la composición de capital social, porque desde la perspectiva de la naturaleza jurídica no hay en rigor una combinación de rasgos típicos del Derecho Administrativo⁴¹⁸”; Así, la

⁴¹⁵ Como ya se manifestó a mediados de los años noventa cuando L.F. PRIETO GONZÁLEZ decía: “En este contexto, las Sociedades de economía mixta local, o Empresas mixtas locales, tradicionalmente relegadas a un segundo plano frente a otras modalidades gestoras como la concesión, se ha convertido en los últimos años en uno de los instrumentos de gestión preferidos por los responsables de las medianas y grandes Corporaciones”. Conviene asimismo al hilo de esta primera reflexión reproducir por su expresividad las causas que PRIETO GONZÁLEZ destaca en el desarrollo de estas empresas: a).El repliegue generalizado del sector público... en un nuevo escenario económico caracterizado por la progresiva permeabilidad de las fronteras económicas, la competitividad, el desmantelamiento de no pocos monopolios públicos y la privatización –total o parcial- de numerosos servicios y empresas públicas,b).La superación de la tradicional independencia en que se movían las relaciones entre Estado y Sociedad; es decir una nueva dinámica de relaciones intersectoriales en las que la colaboración entre el capital público y privado, la participación y la corresponsabilidad de todos los agentes es fundamental,c).El recurso cada vez más frecuente, al Derecho privado y a la técnica empresarial como instrumento de gestión de los servicios y prestaciones públicas a la búsqueda no sólo de mayor rentabilidad económica, sino, sobre todo, de una mayor transparencia y eficacia que se traduce en un mejor servicio de los intereses generales”, *vid. Las empresas mixtas locales*. Montecorvo. Madrid. 1996. Págs.35 y ss.

⁴¹⁶ Libro Verde (2004), Pág. 19.

⁴¹⁷ Caso de “Aguas de Albacete”, “EMATSA” en Tarragona, “EMARASA”, en la ciudad de Alicante.

⁴¹⁸ *Vid. La iniciativa privada...* Op. cit. Pág. 539. Afirmación que corrobora el art. 107 RSCL cuando al definir las empresas mixtas se refiere a las aportaciones mixtas de capital de las Corporaciones Locales y de los particulares.

Así, el Tribunal Supremo ha señalado en su Sentencia de 14 de octubre de 2002 (Ar.177) “... no se puede compartir que el porcentaje de participación en una empresa sea el criterio decisivo para calificar a una sociedad como privada o pública, como tampoco se puede sostener que un porcentaje

participación económica de la Administración, como específica para el caso de las empresas mixtas locales el art.104 RSCL, será “en proporción suficiente para compartir la gestión social”. Además, el artículo 156.d) TRLCAP define simplemente la sociedad de economía mixta como aquella en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas. No obstante, en los criterios adoptados para definir a las empresas mixtas locales, y desde la perspectiva de la colaboración público-privada presentada por la Unión Europea, entendemos que el elemento económico no es el único a considerar sino también la funcionalidad de la misma, es pues una unión de patrimonios y de voluntades. En efecto, el rasgo característico de este modelo de cooperación es que su constitución no se basa únicamente en el aspecto económico, o en el aporte de *know-how* del socio privado, sino que se fija como una misión común de la entidad el éxito del objetivo a cumplir: la realización y la satisfacción del servicio de saneamiento, para lo cual debe tenerse en cuenta obviamente la opción más ventajosa económicamente, pero en función de las prestaciones a realizar, de acuerdo a unos criterios claros y objetivos que permitan un procedimiento transparente y sin discriminaciones⁴¹⁹.

minoritario, incluso reducido, pueda excluir el control de una empresa por otros cauces. Importa la concesión de la empresa con una Administración pública, pudiendo esta última realizar su control sobre aquella bien por cauces jurídicos-públicos, bien por cauces jurídicos-privados”.

⁴¹⁹ El Libro Verde en cuanto a la creación de una entidad de capital mixto señala que “conviene garantizar el respeto de los principios y normas que se derivan de dicho Derecho (los principios generales de Tratado o, en determinados casos, a las disposiciones de la Directivas) cuando una operación de este tipo va acompañada de una atribución de misiones a través de un acto que puede calificarse de contrato público o incluso de concesión”. Pág.20.

En cuanto a la selección del socio privado el documento de la Comisión de 2004 señala que “tal decisión no puede basarse sólo en la calidad de su aporte material o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar”. Por otra parte, en nuestro ordenamiento, para la elección del socio privado si se trata de la transformación de una sociedad mercantil local, de capital íntegramente público, a una sociedad de economía mixta local que gestiona un servicio público, la elección del privado se puede hacer por subasta (de acuerdo con el art.80 TRRL), pero también puede admitirse el concurso, pues la finalidad de la enajenación no es la obtención de un precio, sino la satisfacción de un interés público, es decir el paso a la modalidad de gestión indirecta a través de una sociedad de economía mixta, como lo corroboran la STSJ de Valencia de 1 de enero de 2003, la STSJ de Andalucía, de 25 de febrero de 2002 y la STS de 4 de julio de 2003; ésta última señala expresamente que la opción del concurso en lugar de al subasta se fundamenta en que “un sistema de concurso como procedimiento de selección de contratista tiene como finalidad la elección entre varios licitadores, no del mejor postor desde el punto de vista económico, sino que teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, ofrezca la proposición más favorable, ostentando a esos efectos la Administración, evitando el automatismo de la subasta, un conjunto de facultades discrecionales para la selección, que expresamente ha reconocido este Tribunal (así, en sentencia de 18 de mayo de 1982 (Ar.3976), por lo que esta discrecionalidad ha de ser apreciada teniendo en cuenta el concepto de interés público y la elección entre varias soluciones...”

En relación con esta forma de actuación los problemas surgen porque el ente local adopta una doble posición en relación con el saneamiento de las aguas: como poder público titular de la competencia y por tanto garante de unos intereses generales, y por otra parte es uno de los socios en la Empresa, sometido en consecuencia a la disciplina mercantil, privada⁴²⁰.

La consecuencia de la clasificación es, a efectos de esta investigación, que la empresa mixta al no ser una persona pública⁴²¹ se somete a un régimen jurídico más flexible en materia de contratación. Si las relaciones las establece con terceros el sometimiento al derecho privado es pleno, si se establecen relaciones contractuales con las Administraciones Públicas –y como estas sociedades son parcialmente públicas, no se consideran Administración, no es posible adjudicarles directamente la gestión de un servicio público⁴²²- son aplicables las normas referentes a la adjudicación del contrato o de la concesión; en especial, de acuerdo con el artículo 11 TRLCAP, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones previstas en la Ley, y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación. Sólo cuando la empresa sea “aparentemente” mixta de acuerdo con la doctrina de las “relaciones *in house*” señalada (STJCE *Teckal*) se permite al poder adjudicador que no aplique las normas habituales en cuanto a selección y adjudicación, por entenderse que se trata de una encomienda de gestión. También en el caso de que el poder adjudicador sea la propia entidad mixta debe respetar el Derecho comunitario cuando asigne al tercero privado con el que contrata tareas que no hayan sido sacadas a concurso por parte del poder adjudicador con anterioridad a la constitución de la entidad mixta, pues ello llevaría a un abuso y un privilegio por parte del socio privado que podría reservarse determinadas tareas sin convocatoria previa de concurso.

El reconocimiento de su existencia desde la Unión Europea se contrapone con el hecho de que esta forma de gestión de servicios públicos, a la vista del estado actual del Derecho comunitario, no se contempla en una regulación estricta de las mismas,

⁴²⁰ Vid. PRIETO GONZÁLEZ, J.L. *Las empresas mixtas...* Op.cit.Pág. 37.

⁴²¹ Sobre esta cuestión PRIETO GONZÁLEZ considera que la cuestión de la naturaleza jurídica de las empresas mixtas locales debe relativizarse, pues si claramente suponen el nacimiento de una nueva personalidad jurídica regida principalmente por el Derecho privado, no puede por ello dejar de aplicarse las normas de Derecho administrativo cuando su objeto sea la realización de un servicio público pues en todo caso la titularidad de la competencia sigue en manos del Ayuntamiento, *vid. Las empresas mixtas...* Op.cit.Pág. 60.

⁴²² Vid. SOSA WAGNER, F. *La gestión ...* Op. cit. 2004. Pág.176.

circunstancia que no impide, de acuerdo con las interpretaciones realizadas por la Comisión en cuanto a las concesiones, que aquellas queden exentas del respeto al derecho comunitario, al menos a primario. De modo que si se atribuye a estas empresas mixtas una misión materializada a través de un contrato público, entonces se someterá a las Directivas ya conocidas sobre contratación, cuando se den los requisitos allí enumerados, y si la atribución es mediante concesión se aplicarán los principios generales derivados del Tratado.

En el caso de su desarrollo en el ordenamiento local español la situación varía. Es en el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (1986) y en el Reglamento de Servicios (1955) donde se encuentra la regulación más amplia de estas sociedades –y también en la legislación estatal sobre contratación pública, donde se observa, a su vez, una remisión genérica al Derecho privado-. En primer lugar estas sociedades pueden crearse, siendo necesaria la escritura pública, mediante la adquisición de acciones o participaciones de una empresa ya existente, mediante la creación de una nueva personalidad jurídica con participación de capital privado, y por convenio con una empresa única ya existente (art.104 RSCL⁴²³). Además, el artículo 104 TRRL en cuanto a las formas a adoptar por estas sociedades especifica que podrá ser cualquiera de las formas de sociedad mercantil o cooperativa; por su parte el artículo 103 RSCL enumera como posibles formas la de sociedad comanditaria⁴²⁴, anónima o responsabilidad limitada⁴²⁵. Determinación que se completa con el artículo 105 TRRL que limita la responsabilidad de la Entidad local en la actuación de la Sociedad mixta “a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que, en ningún caso, sea inferior al valor de los bienes o derechos

⁴²³ El art.104 RSCL en su apartado primero prevé como forma de creación de la empresa mixta “La adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas en proporción suficiente para compartir la gestión social”, además en el apartado tercero incluye entre las formas de institución de empresas mixtas el “Convenio con Empresa única ya existente, en el que se fijarán el Estatuto por el que hubiere de regirse de lo sucesivo”, modalidades que no parece previstas ni en la LRBRL, ni en el TRRL.

⁴²⁴ En esta Sociedad existen dos tipos de socios los colectivos que responden con todos sus bienes de los resultados de las operaciones sociales y los comanditarios que responden sólo hasta el montante de su aportación al capital. Vista esta breve descripción de los socios está claro que se podrá adoptar esta forma por el ente municipal siempre y cuando éste participe en calidad de socio comanditarios, es decir con responsabilidad limitada, acorde a lo dispuesto en el art.105 TRRL. En contra de esta forma de sociedad se manifestó F. ALBI en *Tratado de los modos...* Op. cit. Pág. 430.

⁴²⁵ Más ampliamente sobre las diferentes formas que puede o no adoptar una sociedad mixta local F. SOSA WAGNER en *La gestión de los servicios...* Op. cit. 2004. Págs. 273 a 278.

aportados por aquélla”⁴²⁶. El Libro Verde señala que la entidad mixta también puede llevarse a cabo mediante la alteración del accionariado de una empresa íntegramente pública que con la participación de la entidad mixta pasa a adquirir tal carácter. Es ésta una decisión de tipo político, pero que también ha levantado una gran polémica debido a la aprobación por los Estados miembros de normas, como la Ley 5/1995 y su sistema de “acciones de oro”⁴²⁷, que pretendían el control de esos procesos, cuando se tratasen de empresas con especiales misiones de interés público, y la defensa por la Unión Europea de la libertad de competencia, ya que en particular continua vigente la exigencia de que como mínimo, cuando los poderes públicos permiten a un privado ejercer determinada influencia sobre una empresa, cuya misión entra en el ámbito material del Derecho de la contratación pública, se garantice el acceso de cualquier posible operador en condiciones de igualdad y sobre todo que mediante esta intervención no se estén adjudicando contratos públicos o concesiones escapando del control comunitario

Asimismo, en cuanto al régimen interno de estas sociedades mixtas se pueden establecer especialidades tanto de estructura, como funcionales, en el acuerdo constitutivo, que permitan ejecutar la aplicación de la legislación sectorial aplicable, es decir de derecho privado⁴²⁸, incluyendo así una forma nada desdeñable de libertad a favor de la Entidad local para modular de acuerdo a sus intereses el uso también del derecho privado. La entidad local puede materializar su participación en la sociedad mixta de diversas maneras: bien mediante la aportación de una concesión, que haya sido previamente valorada a efectos de responsabilidad económica, o puede también aportar otros derechos, así como instalaciones, equipamientos o numerario, siempre que se trate de bienes patrimoniales locales.

En cuanto a la actuación de las empresas mixtas el artículo 182 del Reglamento General de la Ley de Contratos dice que en los contratos de gestión de servicios públicos figurará como parte contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos. Esta

⁴²⁶ Art.110 RSCL.

⁴²⁷ *Vid.* Nota 263, *supra*, en la Cuarta Parte.

⁴²⁸ Deberá en todo caso señalarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la particular en la futura Sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la Entidad Local en la dirección de la Sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particularidades que figuren en la convocatoria.

disposición tiene repercusiones, e importantes, a efectos de establecer la responsabilidad de la Sociedad como personalidad diferenciada del Ente Local, y del Ayuntamiento, cuando ha contratado con la empresa mixta la prestación del servicio de saneamiento. Así el régimen general de la sociedad mixta es el de responsabilidad civil (art.1902 CC y ss), pero la Administración en cuanto que no pierde la titularidad de su servicio será también responsable de toda lesión que cause su funcionamiento normal o anormal. En el caso de que los servicios gestionados por empresas mixtas lo sean en régimen de monopolio, dichos servicios no podrán ser transformados en el de libre concurrencia sin consentimiento del capital privado de la empresa, pero en ningún caso, obviamente, poseen potestades o prerrogativas de autoridad⁴²⁹.

⁴²⁹ Prácticas que han sido también seguidas en el Derecho Comparado como es el caso, en el *Land* de Berlín, de la empresa *Berliner Wasser Betriebe*, empresa pública que realizó el primer gran contrato de externalización en el sector del agua en Alemania, al permitir la intervención en la gestión del agua y tratamiento de aguas residuales al consorcio *Veolia Water-RWE*. Empresa nacida de la unión entre *Générale des Eaux* y *US Filter*, es la empresa nº 1 mundial en el sector del agua. Una información detallada sobre su creación, objetivos, funciones y miembros, puede consultarse en: <http://www.veoliaenvironnement.com>.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El servicio de saneamiento es una referencia en el actual debate sobre las transformaciones a las que el Derecho Administrativo se enfrenta en los albores del S.XXI al presentar aspectos claves que se plantean en estas reformas. De una parte, confirma el desarrollo del Derecho ambiental y la fuerte conciencia ecológica de la sociedad actual que afecta a los más variados ámbitos de la vida: económico, social y jurídico. Además es un servicio en el que los aspectos técnicos, sanitarios y de contribución al bienestar de la comunidad lo sitúan con una especial urgencia entre los servicios públicos que deben adecuarse a nuevas formas de ejecución en el medio del Estado social de bienestar. Surge así su consideración como un servicio público esencial con importantes intereses económicos que lo convierten en atractivo desde la perspectiva de la integración europea y del sometimiento al mercado común, desarrollado en el ámbito peculiar local.

SEGUNDA. Las dificultades que presenta este servicio y su adecuación a las normas comunitarias no son, pues, pocas. Por un lado, la vertiente ambiental obliga al cumplimiento de las Directivas que se han aprobado en este sentido, destacando la Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo. Por otro, la naturaleza de servicio público y el carácter económico de la explotación de esta tarea hace que los principios de concurrencia y libertad deban ser también tenidos en cuenta. Además, se cuestiona con ello las posibilidades de participación privada en esta tarea como un reflejo de la tan reclamada colaboración publico-privada. Con todo, la presencia de los poderes públicos, aun en el ámbito del mercado, debe ser una condición en la protección del medio ambiente de acuerdo con lo dispuesto en el art.45 CE. El papel imprescindible del Estado lleva a destacar el papel garantizador del mismo que responde a la máxima de que en los procesos de mutación del Derecho público no cambian los fines, sino los medios o las formas del Estado Social de Derecho, de modo que los poderes públicos desempeñan sus funciones –entre ellas, la protección ambiental- en el nuevo marco de la competencia cuando ello sea posible, sin renunciar a los objetivos que fija la Constitución. Se trata, con ello, de ubicar en

el proceso de reforma del Derecho la función estatal ambiental a la que se vincula estrechamente la tarea de saneamiento de las aguas residuales, pues la protección del medio ambiente no puede dejarse únicamente a la autorregulación social, sino que el Estado debe actuar como un garante del bienestar y de los derechos de los individuos propiciando la adopción de las medidas más adecuadas para esa protección. Con ello surgen también los planteamientos sobre el “reparto de responsabilidades” en la provisión de servicios públicos ambientales entre el Estado, la sociedad y el Mercado, y a la vista de estas reflexiones la defensa de la declarada posición de garante: el papel de *Gewährleistungsstaat*, pues el saneamiento no es una función pública, sí la protección del medio ambiente, sino una actividad técnica, por lo que no encontramos problemas en el traspaso de su ejecución a manos privadas.

TERCERA. En la revisión del servicio de saneamiento ha de tenerse presente, como se ha visto, su naturaleza como servicio ambiental y como servicio público local. Por ello son de importancia no sólo las normas que realzan los aspectos económicos y de gestión o explotación vinculadas con la segunda faceta que hemos citado, sino también los principios de gestión de los recursos naturales, esto es la consecución de la eficiencia ambiental, para así alcanzar los objetivos ambientales de la mejor manera posible; pues se ha de ser consciente de que si al mantener férreas posiciones en cuanto a concepciones clásicas de “servicio público” –noción que está en continua evolución en la vorágine de cambios del Derecho Administrativo- no se consiguen los objetivos ambientales determinantes para el desarrollo sostenible, el Derecho ambiental deja de tener sentido al quedar supeditado a otros factores, cuando éste debe de inspirar el desarrollo del resto del ordenamiento jurídico. Así, fundamentales se muestran los principios de cautela y de acción preventiva, el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, el principio “quien contamina paga” y también el de “unidad de ciclo hidrológico y tratamiento integral de los recursos hídricos”. Debe partirse, pues, de la base que ofrecen los principios anteriores para proponer un nuevo modelo consistente en establecer unos objetivos concretos que deben conseguirse y satisfacerse a través de instrumentos flexibles bien mediante el uso de Derecho

privado en la gestión directa de la Administración, bien mediante una gestión indirecta con una mayor implicación privada en el sentido de responsabilidad compartida entre todos los sujetos que intervienen en el saneamiento de las aguas, para que efectivamente los cambios sean reales y no aparentes.

CUARTA. El régimen jurídico del saneamiento es desde sus orígenes disperso y heterogéneo lo que requiere una ardua tarea de coordinación entre la legislación estatal, autonómica, local y ya desde hace unas décadas también comunitaria. Las principales normas son la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local y el Real Decreto-Ley 11/1995, de transposición de la Directiva 91/271/CEE, así como esa misma Directiva, normas a las que ha de sumarse desde la Unión Europea las disposiciones sobre concurrencia y neutralidad de la Unión, en especial la aplicación del art.86.2 TCE que excepciona a los “servicios de interés económico general” de la regla general de la competencia en la medida en que la aplicación de dicha norma impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellos confiada. Lamentablemente en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, y a pesar de señalar como principio en la gestión de los recursos hídricos el “tratamiento integral y la unidad de ciclo hidrológico”, la ausencia de previsiones sobre saneamiento es una laguna importante que debería integrarse en el Texto regulador de los recursos hídricos. Con todo, paradójicamente y aunque no de forma directa encontramos a nivel estatal una normativa de constante aplicación para el servicio de saneamiento el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (2000) y en ocasiones la Ley 48/1998 -ambas normas, pendientes de acomodación de las Directivas que sobre contratos que entraron en vigor el 31 de enero de 2006-. Del examen de las anteriores podemos afirmar la marginación de la Ley de sectores *excluidos*, por las especiales connotaciones españolas de excluir, por ejemplo, de su ámbito a las Administraciones públicas y organismos autónomos, a favor de una mayor sujeción de éstas a las normas generales sobre contratación pública, y por la necesidad de cumplir con los umbrales allí señalados. También en todo caso la ausencia de una norma concreta que desde la Comunidad Europea ordene el instrumento de las concesiones limita en gran medida los intentos de introducir

competencia en el saneamiento de las aguas, pues el uso de este instrumento, derivado de la situación de monopolio natural del servicio que tratamos, deviene una de las opciones hacia las que se están inclinando las prácticas de gestión en todos los países europeos.

QUINTA. Aun así las primeras consecuencias de las políticas comunitarias para la implantación de un mercado común fueron la extensión del fenómeno privatizador como respuesta a sus exigencias de libre competencia, lo que planteó numerosos debates en el seno del Derecho Administrativo y la preferencia descontrolada por el ordenamiento jurídico privado. La situación ha cambiado: se reconoce de un lado que existen misiones específicas que deben ser excusadas del régimen de mercado y en relación a éstas el servicio público en el sentido tradicional subjetivo es una técnica, como lo es asimismo la opción por actividades reguladas que no obstante vienen ahora sometidas a un estándar que es el de cumplir con determinadas obligaciones de servicio público. Con ello los poderes públicos son de nuevo un elemento de referencia en el desarrollo del Derecho, deben valorarse y asignárseles funciones adecuadas y adaptadas a la nueva globalización. Así, la Unión Europea y los Estados miembros se han encargado de establecer un marco institucional que permita recuperar lo público e introducir racionalidad en dicho ámbito, de los servicios públicos. La aparición de las conocidas categorías de “servicio universal”, “servicios de interés económico general” y “obligaciones de servicios público” y la adaptación de una política comunitaria sobre contratación no son más que la confirmación de estas reflexiones. Existía una confusión en cuanto a los fines y métodos. Hoy en día queda claro como el aspecto terminológico es superficial y hay que adentrarse en el contenido de los instrumentos adoptados.

SEXTA. El término “privatización” es todo y nada y su implantación debe situarse en el contexto de cada Estado miembro. El abuso asimismo de las mismas y la percepción extendida de que la Unión Europea no obliga a privatizar, sino a liberalizar y además a regular han propiciado el surgimiento de nuevas expresiones, nuevas reflexiones, que son las que se consideran en

relación con el saneamiento. El concepto de “Nueva Gestión Pública” (*New Public Management*) engloba esa tendencia en la que la utilización del derecho público y privado se concretiza bajo la expresión de “Colaboración público-privada” (*Public Private Partnership*). La solución de aplicar un Derecho administrativo privado cuando los poderes públicos en su *administrar* hacen uso del Derecho privado se enmarca en ese ámbito. La justificación es clara: la Administración tiene un núcleo, una esencia, de la que no puede desprenderse en el caso de prestación de servicios públicos, por ello determinadas normas públicas son en todo caso aplicables. Por otra parte el afianzamiento de la Constitución como Norma fundamental, de la protección de los derechos fundamentales, del ciudadano, y el desarrollo del Derecho de la competencia ha impedido esa “huida del Derecho” en general, que estaba sustituyendo las prácticas de “huida del Derecho administrativo”. Del análisis de las diferentes modalidades de privatizaciones y tras aclarar y concretar conceptos se certifica que esta denominación no es la más adecuada para tratar la situación de evolución en la actuación de la Administración. Siendo otras opciones, como la de “desestatalización”, más certeras en el objetivo perseguido, pues bajo esa categoría se incluyen los más variados instrumentos: privatizaciones, autorregulaciones...

SÉPTIMA. En efecto, el uso de formas jurídicas privadas por parte de las Administraciones públicas no puede ya entenderse sin más como una “huída del Derecho Administrativo” y ello basándose en dos razonamientos: por la extensión de criterios funcionales en el entendimiento de qué es organismo público y el consecuente sometimiento a las normas públicas, y por el límite que supone la configuración de la Administración como una persona de Derecho público, ya que ello le obliga a buscar en su actuación la satisfacción del interés general y el respeto de los *derechos fundamentales* y a los *principios propios de un administrar propio de un Estado de Derecho y democrático*. En segundo lugar, al hablar de esta “huída” bien hay que señalar que más que una huida del Derecho Administrativo o hacia el Derecho privado, lo que se consigue, y es lo criticable, es una huida en general del Derecho, afirmación que corrobora cómo cada vez es más necesaria la correlación y cooperación entre ámbitos, en un

contexto social, económico y cultural globalizado y de manera contradictoria también con particularidades propias y comunes. Por ello la llamada responsabilidad compartida (*Verantwortungsteilung*) que se propugna actualmente en sede del derecho alemán, presupone una posición de garante de los poderes públicos, con la responsabilidad de garantizar un mínimo a la que en ningún caso puede renunciar la Administración.

OCTAVA. La vigencia del principio de subsidiaridad es otro elemento central en el desarrollo del servicio de saneamiento que nos sirve para respaldar nuestras tesis. En primer lugar porque dicha subsidiariedad sitúa a los Entes Locales en una situación preferente en cuanto a la actuación de los poderes públicos y los problemas de la comunidad; como uno de los centros de poder adecuado para implementar innovaciones y ocuparse directamente de la gestión de servicios ambientales, del saneamiento, como de hecho se reconoce en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y en base al reconocimiento de su autonomía local. Ello no impide, sin embargo, y en segundo lugar, la actuación de niveles superiores cuando no se consigan efectivamente los objetivos deseados en los niveles más cercanos a los ciudadanos y por el hecho de que para que funcione un servicio desde el plano de aplicación más cercano es necesario contar con una cierta planificación y para qué engañarnos de un soporte de tipo económico y estructural; en este sentido debemos destacar la tarea que en relación con el saneamiento desempeñan las Comunidades Autónomas quienes han regulado en su mayoría a través de leyes de saneamiento aspectos determinantes de esta tarea, pero siempre reconociendo el protagonismo municipal, fruto de la descentralización territorial de los poderes públicos.

NOVENA. Desde la perspectiva de la presencia de la Administración en la ordenación de la vida económica quizás la vigencia del principio de subsidiaridad pudiera llevar inicialmente a conclusiones contradictorias, debido al entendimiento tradicional de que subsidiaridad era más bien Estado mínimo. Hoy la Comunidad Europea impone neutralidad entre el sector público y

privado, de ahí que la formulación de nuestra Constitución económica, quebrantando el principio de subsidiariedad, se adapte a los postulados europeos, pues la neutralidad y la libertad de empresa no implican que desaparezca la actividad económica pública, sino que ésta se realice en las mismas condiciones que la iniciativa privada. Se pasa así de una situación de crisis de servicio público, porque se entendía éste únicamente en sentido estricto, a una noción más amplia y objetiva que permite hoy en día referirnos al “servicio público” como un elemento, si bien no configurador del Derecho Administrativo, sí fundamental. Además, en el caso del servicio de saneamiento no nos situamos exclusivamente en el ámbito económico, sino en el del interés general; de ahí que la cláusula de subsidiariedad estatal deba interpretarse de manera flexible, pues los poderes públicos, los entes locales, no van a ceñirse a una misión vigilante en el caso del saneamiento, como se potencia para otros servicios, sino que continua estando legitimado para prestarlo de manera exclusiva siempre y cuando se cumplan, y se cumplen, las excepciones del Tratado, lo cual excluye una competencia real y efectiva en el sector que ha ocupado esta investigación.

DÉCIMA. Así, el art.86.2 TCE permite que perviva el régimen de los “servicios públicos” tradicionales, de manera excepcional, pero cuando no se cumplan las especificidades allí establecidas se obliga también a que los “servicios de interés económico general” liberalizados pasen a ser actividades reguladas que incorporen los elementos necesarios para asegurar su cumplimiento de manera regular y continua. Asistimos a una nueva actitud respecto al servicio público. La evolución de esta noción a nivel nacional, pero sobre todo a nivel comunitario, nos lleva a concluir que dicha categoría continua siendo una noción fundamental de Derecho Administrativo, pero no una condición exclusiva bastante del mismo. Europa mantiene así una formulación objetiva, donde lo determinante es la misión del servicio y no quien lo preste. Esta evolución de la noción requiere en nuestro entorno la reinterpretación del término *publicatio* en el sentido de que ésta supone la calificación de una actividad como de servicio público y con ello la existencia de un poder de intervención que se puede articular únicamente como regulador y controlador o

como prestador. La cuestión que se nos plantea es en qué medida puede aplicarse una u otra alternativa en relación con el servicio de saneamiento, desde la perspectiva de su naturaleza como servicio público local esencial.

UNDÉCIMA. Todas estas tendencias hacia la armonización y homogeneización de los ordenamientos jurídicos suponen que hay que transformar mentalidades y estructuras hasta hoy consideradas como válidas, pero que se está demostrando requieren ahora de un nuevo enfoque más amplio y global, tanto desde los Estados miembros que deben adecuar su idea de servicio público, o las actividades prestacionales, al ordenamiento comunitario, sobre todo desde el ámbito estatal y en la interpretación del art.128.2 CE, afectando esta realidad posiblemente al saneamiento en tanto la noción de servicio público local unido no a la titularidad, sino a la competencia permite su prestación en libre competencia. Asimismo también el Derecho comunitario debe pulirse en relación con los ordenamientos nacionales, y así lo ha hecho ya pues su régimen de libre mercado se ha visto modulado por el juego precisamente de la excepción citada, (art.86.2 TCE), para cuya aplicación no existe una regla general, pero sí al menos unos criterios mínimos: que exista una atribución formal de la misión de interés económico general, como en el saneamiento se desprende de la *publicatio* del servicio en el art.26 y 86.3 LRBRL, y que se valoren de insuperables las dificultades que sufriría el servicio si su gestión se viese sometida a las reglas de libre competencia; en este caso la configuración de las redes de saneamiento como un monopolio natural, que ocupa un espacio, el suelo, que es limitado y la ineficacia de duplicidad de redes, así como las heterogéneas características del agua evidencian tales dificultades y justifican el mantenimiento en los servicios de gestión del agua de un “servicio público en sentido subjetivo” de situaciones de monopolio público y el uso de la gestión indirecta.

DUODÉCIMA. La noción de servicio público estatal y la de servicio público local no pueden equipararse desde el momento en que de manera tradicional la primera se identifica con la idea de titularidad y la segunda con la

de competencia. Ello supone que el régimen local ofrece una regulación más acorde a las exigencias europeas sobre neutralidad y también sobre nuevas formulaciones del “servicio público”, pues acoge en su seno una noción objetiva, basada en la finalidad, que posibilita que los servicios públicos locales sean prestados por privados y otros, los enumerados en el apartado 3º del art.86 LRBRL, puedan ser reservados y una vez reservados excluidos de la competencia.

DECIMOTERCERA. Las insuficiencias que se cuestionan en el plano teórico del Derecho Administrativo general, se presentan como cuestiones prácticas en el Derecho Ambiental, o sea en la Parte especial. En el servicio público de saneamiento se observa la falta de recursos jurídicos, materiales, personales y económicos de la Administración, factores que impiden una respuesta satisfactoria al planteamiento de este servicio tal y como es formulado desde la Unión Europea y desde las legislaciones nacionales. En primer lugar la Directiva 91/271 es un instrumento determinante pues considera el saneamiento de las aguas como un servicio integral y necesario para la protección del medio ambiente, de ahí la exigencia de implantar de la manera más extendida posible su prestación. La Directiva para el tratamiento de las aguas residuales establece obligaciones de gran calado que confirman el carácter esencial de este servicio en tanto que en los plazos que se imponen, la existencia de sistemas colectores y la aplicación de tratamientos adecuados a las aguas aseguran el vertido de aguas residuales en óptimas condiciones para el medio ambiente. Las obligaciones comunitarias, traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico de 1995, no han sido sencillas. El Real Decreto-Ley 11/1995 no parece haber recogido adecuadamente el espíritu comunitario, en cuanto identifica sistemas colectores de manera estricta, dejando, de manera inicial, fuera de la aplicación de la norma a las Entidades Locales, que no obstante están de hecho afectadas de manera importante por la norma, pues siempre y cuando éstas coincidan con las “aglomeraciones urbanas” estarán obligadas no ya sólo a la prestación del alcantarillado, declarado como servicio mínimo en el art.26 LRBRL, sino también a la instalación de sistemas colectores y a la aplicación de los tratamientos descritos, actividad la de depuración que aparece únicamente como

servicio cuya reserva es posible al municipio según dispone el art.86.3 LRBRL, si bien ambas tareas se citan en el art.25 LRBRL como de competencia municipal, de acuerdo con la legislación estatal y autonómica.

DECIMOCUARTA. En cuanto al saneamiento y el ámbito local tampoco la LRBRL ofrece un panorama del todo satisfactorio. En efecto, la diferenciación terminológica de los preceptos en los que se recoge el saneamiento complica la determinación de qué se incluye en este servicio público local, además de contravenir a nuestro juicio los principios de gestión de los recursos hídricos que exigen planteamiento integrales y globales que desde luego no se deducen del art.26 y 86.3 LRBRL. En todo caso se concluye tras el análisis de las especialidades del ámbito local que el saneamiento, en sentido amplio, es un servicio público local con la circunstancia de que en este ámbito la *publicatio* se deduce del art.26 y del art.86 LRBRL y de que el concepto de “servicio público” se vincula no a la titularidad sino a la competencia. La cuestión clave es la de determinar el sentido de la reserva y ver como ello se conjuga con la libertad de concurrencia y las excepciones del Tratado de la Comunidad Europea. La reserva municipal junto con el concepto de servicio público local del art.85 LRBRL implican, pues, que el municipio puede reservarse el servicio de saneamiento y puede, no está obligado, por ello excluir mediante el monopolio la concurrencia privada, en base a la misión de interés general del saneamiento, pero no impide la participación privada derivada como se verá en las reflexiones sobre la gestión indirecta y sobre las nuevas formas de cooperación. Con todo, no se aboga únicamente en pro de métodos privados, como única vía de intervención de los particulares en aspectos públicos esenciales, sino que en ocasiones es necesaria una concreción de la necesaria imbricación social de la Administración mediante técnicas de colaboración y/o cooperación, o, incluso en otras es deseable la única intervención pública.

DECIMOQUINTA. En el desarrollo del servicio de saneamiento influyen además otras cuestiones claves en relación con los municipios. El reconocimiento de la autonomía de los entes locales les permite intervenir en

cuantos asuntos les afecten de tal modo y de tal manera que tengan siempre un ámbito de actuación política suficiente, siendo claro en consecuencia que el servicio de saneamiento entra dentro de este ámbito. En el núcleo de esta autonomía local se sitúa la potestad de autoorganización y de libertad en cuanto a las formas. Estas declaraciones iniciales están no obstante condicionadas, pues por definición no existen en la Administración potestades ilimitadas y además la finalidad de esta libertad es instrumental, es decir se verá condicionada por el objetivo a conseguir. En el saneamiento esto se traduce en que las legislaciones autonómicas sobre todo -pues a nivel estatal sólo se ha aprobado el Real Decreto-Ley 11/1995 y su reglamento de desarrollo- han legislado de manera importante sobre esta materia atribuyéndose competencias en la fase en alta del saneamiento y circunscribiendo al municipio en relación con el alcantarillado. Por otra parte en esa libertad de elección de formas los Entes Locales, y puesto que no estamos ante actividades que suponen ejercicio de autoridad, pueden escogerse las modalidades que estimen oportunas, pero de acuerdo al fin perseguido: un efectivo saneamiento de las aguas. Todo ello con respeto a los principios de proporcionalidad e idoneidad que en el ámbito local suponen por ejemplo para el ejercicio de la libre concurrencia de la “aprobación definitiva del Pleno que determinará la forma concreta de gestión” (art.86.2 LRBRL).

DECIMOSEXTA. El Derecho de contratos es una vez más clave para el desarrollo de los servicios públicos aunque sean locales, pues es el marco de referencia de la normativa local. En el caso del saneamiento las formas de gestión del mismo, directas e indirectas, están conectadas con las normas sobre contratación pública, de ahí las continuas referencias, más aun cuando en los *Considerandos* de Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE se incluye el objetivo ambiental como uno de los fines a conseguir a través de la contratación pública, de forma que los poderes adjudicadores con una política correcta de contratación en la prestación del saneamiento contribuyen a la conexión de dichos objetivos.

DECIMOSÉPTIMA. Sobre la gestión directa de servicios públicos municipales la conclusión es que los instrumentos de los Entes locales para

prestar el saneamiento basados en el uso de sus propios medios se ha visto desbordado por el desarrollo tecnológico y las altas exigencias de la normativa actual. Todo esto supone que en la gestión directa se opte por crear entes especializados, la denominada Administración institucional, que se ha visto especialmente apoyada en el ámbito local con la reforma de 2003 de la Ley 7/1985. Las opciones son varias. Las entidades locales pueden organizar los servicios públicos locales mediante organismo autónomo local, mediante la creación de Entidades Públicas Empresariales (EPP) y también a través de Sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente a la Entidad Local y se dedique al saneamiento. Así es que nuestra percepción es que si bien las formas de gestión directa tradicionales son todavía importantes en la gestión de los servicios relacionados con el agua, hemos de confirmar que las formas de prestación se han ampliado, a la par que la evolución del Derecho de contratación las someten a mayores controles e impiden lo que se ha conocido como “huida del Derecho”.

DECIMOCTAVA. En la gestión directa la introducción de las Entidades Públicas Empresariales, que tienen por objeto la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, se revelan de gran importancia en este sentido, ya que aun siendo públicas se rigen por el Derecho privado –salvo cuando la Ley señale lo contrario–, si bien el carácter público de las entidades obliga a introducir excepciones en lo que se refiere a su sujeción al Derecho privado. En materia de contratación la cuestión determinante es establecer la naturaleza del servicio de saneamiento de las aguas ya que de esto depende la mayor o menor sujeción a las normas europeas. Entendemos que el saneamiento de las aguas no es una actividad estrictamente mercantil, aunque la vertiente económica es indudablemente importante y por ello se recibe contraprestación por el servicio; así la EPP establecida con esta finalidad debe sujetarse en toda su amplitud al TRLCAP, por ser uno de los supuestos del art.1.3 TRLCAP. De todas formas si se considerase que su objeto es mercantil o industrial (de acuerdo con el art.2.1 TRLCAP) la norma general según la cual en materia de contratos se rigen por el Derecho privado, se debería interpretar junto con las exigencias

de Derecho comunitario por lo que respecta a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación cuando el objeto es alguno de los contratos típicos regulados por la Directiva 2004/18/CE y siempre a partir de un determinado umbral económico. De esta manera el legislador español en cuanto a las EPP y a su actividad contractual las somete a un régimen más estricto que el comunitario. Así, las entidades públicas empresariales suponen una aplicación más correcta de Derecho público para la prestación de saneamiento respecto a las sociedades mercantiles locales, pues aquéllas se tratan de personas jurídicas públicas, con naturaleza de Administración Pública, que pueden por tanto disponer de potestades administrativas e integrar en sus patrimonios bienes públicos.

DÉCIMONOVENA. En el caso de que se utilice una forma jurídica privada, esto es que se cree una *empresa municipal de saneamiento*, el régimen público es mucho menos intenso que en las EPP, pues sus relaciones internas con la Administración local matriz que las crea se consideran un caso de contratos “in house”, aunque en sus relaciones externas se somete *plenamente* a la Ley de contratos según lo dispuesto en el art.2.1 y la Disposición Adicional Sexta. Como ha señalado la doctrina la aplicación del art.2.1 supone la mínima adaptación al derecho comunitario en cuanto a las empresas públicas, pero desde aquí se reclama la reforma del art.1.3 TRLCAP y la adopción de un criterio funcional que defina los organismos públicos también en el Derecho español. El criterio funcional excluiría a la vez del ámbito del art.2.1 TRLCAP a las entidades públicas empresariales que tengan carácter industrial o mercantil que según el Derecho comunitario no son “poderes adjudicadores”. La experiencia en el uso del Derecho privado por los poderes públicos para prestar servicios como el saneamiento demuestra que si es posible introducir una mayor flexibilidad en la prestación de servicios y en concreto del saneamiento, la presencia más o menos intensa de la Administración, al menos como reguladora, es indispensable. Más aun cuando no se ha producido hasta el momento *despublicatio* alguna del servicio, por lo que éste continua tanto desde la perspectiva europea, como nacional, como un servicio público local cuya titularidad, en el sentido de poder de intervención, recae sobre la Administración

pública que debe velar y garantizar porque se ejecuta de la manera más adecuada y eficiente posible.

VIGÉSIMA. De todas formas los cambios más espectaculares se sitúan de mano de lo que se ha llamado gestión indirecta, cambios que están facilitando realmente una mayor conexión entre el sector público y privado y la descarga tan reclamada de la Administración, sin que por ello se pierda la razón de ser del Estado: garantizar y procurar el interés general. Por eso nos unimos a las corrientes favorables a la intervención de terceros, particulares, en el desempeño de tareas públicas vitales y esenciales como el saneamiento de las aguas residuales, pero siempre bajo el control y la supervisión de los poderes públicos, cuya misión se destina a la proteger el interés general y a evitar que se produzcan situaciones de desigualdad y de lucro, en un tema de tal calado como son las aguas y su calidad. Además de cambio en el contenido también lo hay en cuanto a la forma. Es más acertado no hablar tanto de gestión indirecta sino de colaboración público-privada cuyo objeto será la creación o gestión de infraestructura o la prestación de un servicio.

VIGÉSIMO PRIMERA. De entre todas las variedades de gestión indirecta en el caso de que se opte por una colaboración contractual el régimen de concesiones (del servicio de saneamiento), especialmente desarrollado en los países de tradición francesa, comienza a ser objeto no de interés, que ya lo era – por ejemplo la Directiva 93/37/CEE sobre los contratos públicos de obras, previó un régimen específico para la concesión de obras-, sino de una cierta regulación por parte del Unión Europea. La situación en estos momentos, como declara la Comunicación interpretativa de la Comisión de 2000, es que estos instrumentos se sujetan a las normas y principios del Tratado de la Comunidad Europea, esto es igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad y reconocimiento mutuo (arts.33 a 49 TCE), y, por su parte la Directiva 2004/18/CE define, al menos, ambos tipos de concesiones destacando como elemento clave el derecho de explotar bien la obra o el servicio y la asunción por el concesionario del riesgo de la explotación y estableciendo asimismo para las

concesiones de obra, recogiendo la línea de la anterior Directiva, algunas previsiones sobre publicidad, convocatoria.... (arts. 56 a 59). Se constata pues una cierta *pereza* por parte de la Unión Europea, como habíamos comentado. Ello en base a que si bien parece claro que la Administración está cambiando, asistimos cada vez más a una Administración donde el rasgo fundamental es la colaboración público-privada y en concreto en el ámbito del Derecho ambiental ésta es una realidad que exige el propio devenir del sector.

VIGÉSIMO SEGUNDA. En otro orden de reflexiones, puede resultar sorprendente que exista una evidente laguna en el Derecho comunitario respecto a un instrumento tan importante, sobre todo en nuestro entorno, como es el de las concesiones, cuando éste es, además, un instrumento frecuentemente usado por los entes locales para gestionar el servicio de saneamiento. Bien se han dado algunos pasos, eso es indudable. Lo muestran las reformas más recientes de nuestro TRLCAP que incluyen y someten a ciertos principios, dependiendo de qué tipo de entidad se trate a los principios básicos de concurrencia y publicidad. Contamos a nivel nacional además con un régimen propio para las concesiones de obra, que debe ser por ello objeto de congratulación, pero no podía ser de otra manera en una tradición como la nuestra. Ahora falta el impulso a nivel superior de un procedimiento coordinado y que otorgue una mayor seguridad jurídica a los Estados desde la Unión Europea no sólo de las concesiones, sino también de otros modelos de colaboración público-privada que refuercen ese papel garante de los poderes públicos, pero de la forma más eficiente posible. Se habla de un *Estado más delgado, pero también activo*, pues no es válido que la organización administrativa adelgace a través de la creación de numerosos e infinitos organismos de carácter autónomo, o de entidades empresariales que lo que hacen es flexibilizar el régimen jurídico aplicable, pero que siguen lastrando a los poderes públicos. El problema es que esta descentralización resulta inadecuada para resolver los problemas actuales de la actuación pública y la satisfacción del interés general. En la colaboración vía contractual existen, sin embargo, otras modalidades que se aplican con éxito en países vecinos: es el caso del *Betreibermodell*¹, o de la gestión interesada en las que el pago por la prestación

1

del servicio no proviene directamente de los usuarios, sino del ente público y además aunque el grado de riesgo es mucho menor que en el anterior modelo concesional, es verdad que la remuneración, en consecuencia, depende del resultado de la gestión por parte del privado. También la contratación denominada típica es otra opción y la que más garantías ofrece en tanto regula en normas detalladas de Derecho derivado, sobre todo las posibilidades de engranar los intereses públicos y privados que provienen de la introducción en las nuevas Directivas clásicas de lo que se ha llamado “diálogo competitivo”. Ello permitirá que cuando se trate de contratos complejos el organismo adjudicador tras un debate con los candidatos tratan de encontrar las soluciones más adecuadas para celebrar el objeto del contrato.

VIGÉSIMO TERCERA. Las empresas mixtas, dentro de la tendencia del *New Public Management*, es la otra opción presentada por la Comisión bajo la idea de Colaboración Público Privada. Un mecanismo de colaboración innovador en aquel y otros ámbitos del contexto europeo que adolece de importantes lagunas sobre su régimen jurídico. En nuestro caso, como se ha visto, la figura ya era conocida y aplicada en el saneamiento de las aguas como expresión de las transformaciones políticas sociales y económicas en el sector público y en las relaciones entre la iniciativa privada y el Estado. Sin embargo, su existencia e implantación no impiden críticas referentes a un régimen poco desarrollado y obsoleto que tampoco la reforma de la LRBRL de 2003 ha actualizado. Con todo, su flexibilidad y el reparto de responsabilidades que surgen en su seno las posiciona como una alternativa adecuada en la satisfactoria prestación del saneamiento y en la satisfacción, por tanto, de los usuarios. Esta simbiosis público-privada unifica objetivos, esto es permite una gestión por medios privados, bajo un importante control público, una vez más reiterando la posición garantizadora el Ente Local en los servicios que se someten a esta forma de gestión y sobre los cuales no pierde su titularidad, pero con la ventaja de suponer una fuente de ingresos para las arcas municipales a lo que se suma la incorporación de la experiencia profesional y técnica empresarial.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*. Ecoiuris-Fundación Instituto Euromediterráneo de Hidrotécnia. Madrid. 2003.
- AA.VV. *Bericht der Arbeitsgruppe für die Wirtschaftsministerkonferenz* de 12 y 13 de diciembre de 2002.
- AA.VV. *Cincuentenario el Estatuto Municipal. Estudios conmemorativos*. IEAL. Madrid. 1975.
- AA.VV. *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. E, Jiménez Aparicio (coord.). Aranzadi. Elcano. 2002
- AA.VV. *Derecho de la contratación pública y regulada*, Ruiz Ojeda, A (dir). Civitas. Madrid. 2004.
- AA.VV. *III Congreso Nacional de Derecho Ambiental*. Fundación Biodiversidad-Ministerio Medio Ambiente.2000.
- AA.VV. *Estudios sobre la Directiva 2004/35 de responsabilidad por daños ambientales y su incidencia en el ordenamiento español*. AA.VV. Aranzadi. 2005.
- AA.VV. *Histoire et service public*. Guglielmi, G.J. (dir). PUF. 2004. Paris.
- AA.VV. “La concesión de servicio público local. Contratos “in house” en *Contratación Administrativa*. Núm. 50. 2006.
- AA.VV. “Le service public et la construction communautaire”. *Revue française de droit administratif*. Núm.2. 1995.
- AA.VV. “Regulierte Selbstregulation als Steuerungskonzept des Gewährleistungstaates”. *Die Verwaltung*. Núm.4 del año 2001
- ABELLÁN, C. *Tratado Práctico de la Administración Local Española*. IEAL. Madrid. 1971.
- ACERETE GIL, J.B. *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- AENOR. *Manual de Normativa Ambiental para Empresas*. Aranzadi. Elcano. 2000.

- AGUILAR, S, FONT, N., SUBIRATS, J. *Política ambiental en España. Subsidiariedad y desarrollo sostenible*. Valencia. 1999.
- ALBI IBÁÑEZ, E., *Público y privado un acuerdo necesario*. Ariel. Barcelona. 2000.
- ALBI, F. *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*. Aguilar. Madrid.1960.
- ALCOBERRO, R. “Vorsorgeprinzip. El significado del principio de precaución”.
Disponible en: www.alcoberro.info/V1/tecnoetica3.htm
- ALENZA GARCÍA, J.F. *Manual de Derecho Ambiental*. Universidad Pública de Navarra. DL. Pamplona. 2001.
- “Medio Ambiente” en *Administración pública y economía. Balance del papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de liberalización*. INAP. Madrid. 2001.
- ALLENDE ÁLVAREZ, M. “La política ambiental, en materia de aguas, de la Unión Europea” en *Gestión y Medio Ambiente*. EMBID IRUJO, A (dir). Civitas. Madrid.1997.
- ALLI ARANGUREN, J.C, “Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actuar localmente” en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*. Núm. 226. 2006.
- Derecho Administrativo y Globalización*. Civitas. Madrid. 2004.
- ALONSO GARCÍA, E., Voz “Derecho de la competencia y medio ambiente” en *Diccionario de Derecho Ambiental*. E.Alonso García y B.Lozano Cutanda (dir). Iustel. Madrid. 2006.
- El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. El contenido sustantivo de la legislación comunitaria de medio ambiente*. Vol. II. Civitas. Madrid. 1993.
- La interpretación de la Constitución*. CEC. Madrid. 1984.
- ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Ceura. Madrid. 1994.
- ALONSO MAS, M^a.J. “Artículo 2” en *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*. M.J.Domingo Zaballos (coord). Civitas. 2005.

- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A. *La propiedad en la formación del Derecho Administrativo*. Pamplona. 1983.
- ÁLVAREZ CARREÑO, S.M, *El régimen jurídico de la depuración de aguas residuales urbanas*. Montercorvo. Madrid. 2002.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., *El abastecimiento de agua en España*. Civitas. Madrid. 2004.
- ÁLVAREZ E. Y CALLEJA, A., “Privatizaciones y el sistema de la acción especial (“Golden share”)”. *Revista Economistas*. Colegio de Madrid. Núm.63. 1995.
- ALLENDE ÁLVAREZ, M. “La política ambiental, en materia de aguas, de la Unión Europea” en *Gestión y Medio Ambiente*. EMBID IRUJO, A (dir). Civitas. Madrid.1997.
- ANDERSON, T. L. *Ecología de mercado*. Leal. Madrid. 1993.
- ANDRADE SÁNCHEZ, E., “Derecho ecológico” en *Umweltrecht in Deutschland und México/Derecho ecológico en México y Alemania*. Prokisch R. (Hrsg) Schriften der Deutsch-Mexikanischen Juristenvereinigung. Heft 1. Low&Vorderwülbecke Verlag. Baden-Baden.1994.
- APPEL, I. *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*. Mohr Siebeck. Tübingen. 2005.
- ARANA GARCÍA, E: “El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local” *REAL*. Núm. 291. 2003.
- ARIÑO ORTIZ, G., “Responsabilidades del Estado en materia de servicios públicos” en *Revista Española del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras (REDETI)*. Núm.23. 2005.
- Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)*. Ariño Ortiz (dir). Tomo I. Comares.2004.
- Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Comares. Granada. 2004.
- Privatización y liberalización de los servicios*. Ariño Ortiz (coord.).Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Núm. 3. 1999.

- “Significado actual de la noción de servicio público” en *El nuevo Servicio Público*. Marcial Pons. UAM. Madrid. 1997.
- Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons. Madrid. 1993.
- ARIÑO, G., DE LA CUÉTARA, J.M, MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L. *El nuevo Servicio Público*. Marcial Pons. UAM. Madrid. 1997.
- ARIÑO ORTIZ, G/ LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*. Comares. Granada.2003.
- ARIÑO ORTIZ, G. y SASTRE BECEIRO, M. *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España. (Los mercados regulados del agua)*. Comares. Granada. 1999.
- “La concesión de obra y servicio para la realización de obras hidráulicas”. *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. Embid Irujo, A (coord.). Civitas. Madrid. 1998.
- ARNIM, H.H VON. “Zur “Wesentlichkeitstheorie” des Bundesverfassungsgericht. Einige Anmerkungen zum Parlamentvorbehalts”. *DVBl*. Núm.24. 1987.
- ARRIETA ÁLVAREZ, C. GONZÁLEZ PÉREZ, J. TOLEDO JÁUDENES, J. *Comentarios a la Ley de Aguas*. Madrid. Civitas. 1987.
- ARTOLA GONZÁLEZ, M. “Análisis de la Directiva 96/61 y de su transposición al Ordenamiento español”. Págs. 271 a 281 en el *III Congreso Nacional de Derecho Ambiental*. Fundación Biodiversidad-Ministerio Medio Ambiente. 2000.
- AUBY, J-B. “Globalización y descentralización” en *RAP*. Núm. 156. Septiembre-diciembre 2001.
- “Le mouvement de banalisation du Droit des personnes publiques et ses limites” en *Etudes ofertes à Jean Marie Auby*. Dalloz. 1992.
- AUFDERHEIDE, D (Hrsg.), *Deregulierung und Privatisierung*. Symposium Oeconomicum Münster. Kohlhammer. Stuttgart .1990.
- ÁVILA ORIVE, J.L. *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid. 2002.

- BACIGALUPO SAGGESE, M., “Reducción y laboralización de la Función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos de los años noventa (en particular, la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las telecomunicaciones)” en *Documentación Administrativa*. Núm.243.1995.
- BAENA AGUILAR, A., “Nuevos impuestos ambientales” en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*. Núm 241. 1996.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M. “Privatizaciones y misiones de servicio público” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Sosa Wagner F (Coord).Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.
- BALLBÉ, M. “Las reservas dominiales” *RAP*. Núm. 4.1951.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., -*Manual de Administración Local*. La Ley. Madrid. 2006.
- “Los servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal” en *REAL*. Núm.291. 2003.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. *El principio de subsidiariedad y la Administración Local*. Marcial Pons. Barcelona. 1999.
- BÁRCENA, I. “El principio de precaución ambiental en la Unión Europea: aspectos jurídicos-políticos” en *Revista de Derecho Ambiental*. Núm.19. 1997.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la información y del Conocimiento” en *RAnAP*. Núm. 40. 2000.
- “Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución” en *Anuario del Gobierno Local 1997*. T.Font i Llovet (dir). Marcial Pons. Madrid.
- “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978” en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*. Tecnos. Madrid. 1996.

-“Introducción a la doctrina alemana del derecho privado administrativo” en *Administración Institucional. Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*. Vol.I. A. Pérez Moreno (coord.). Civitas. Madrid. 1994.

-“El principio de subsidiariedad y las regiones europeas: Las comunidades europeas” en *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*. Barnés Vázquez, J. (coord.). Civitas. Madrid. 1993.

BARRAGÁN MUÑOZ, J.M. *Aguas de Jerez*. Ayuntamiento de Jerez. 1994.

BARTOLOMÉ NAVARRO y GARCÉS SANAGUSTÍN, “Consideraciones en torno a algunos aspectos relacionados con la gestión institucional del agua” en *RArAp*. Núm.9. 1996.

BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*. Tecnos. Madrid. 1998.

-“Servicio público y Empresa pública: reflexiones sobre las llamadas Sociedades estatales”. *RAP*. Núm 84. 1977.

BAUCELLS I LLADOS, J./VERNET I LLOBET, J (coord.). *La prevención y el control integrados de la contaminación*. Marcial Pons. Madrid. 2004.

BAUER, H. “Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts-Statement” en *Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat*. Schuppert, G. (Hrsg). 1 Aufl. Nomos Verl.-Ges. Baden-Baden. 1999.

-“Privatisierungsimpulse und Privatisierungspraxis in der Abwasserentsorgung” en *Verwaltungsarchivs*. Núm.90.1999.

-“Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership” en *DÖV*. Núm.51. 1998.

BELLOUBET-FRIER, N. “Service public et droit communautaire” en *L’Actualité juridique-Droit administratif*. Núm.4.1994.

BENKEN, H. “Privatisierung und Vergaberecht” en *Aktuelle Probleme der Vergaberecht*. Speyerer Arbeitsheft. Núm.161. 2004.

BERMEO CHAPARRO, N., “Participación ciudadana en el diseño y desarrollo de una política para el manejo integral del agua”. Ponencia presentada para la 6ª

Conferencia Internacional del Seminario Permanente Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua. Hacia una mejor gestión de los recursos hídricos. Colombia. 2000.

BERMEJO VERA, J, “Los modos tradicionales de actuación de las Administraciones Públicas. Introducción” en *Derecho Administrativo. Parte especial.* Bermejo Vera (dir). Civitas. Madrid. 2005.

-“Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”. *RarAP.* Núm. 20. 2002.

BERNAL BLAY, M.A. “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) TRLCAP” en *REDA.* Núm. 129. 2006.

-“Acerca de la trasposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública” en *RAP.* Núm.168. 2005.

BESCHE, B. *Wasser und Wettbewerb.* Peter Lang. Frankfurt. 2004.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones de Derecho ambiental.* La Ley. Madrid. 2001

BEYERLIN, U. “Rio-Konferenz 1992: Beginn einer neuen globalen Umweltrechtsordnung” en *ZaöRV.* Núm. 54. 1994.

BLANQUER CRIADO, D. *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua.* Tirant Monografías. Valencia. 2005.

BLANKE, B. “Verantwortungstufung und Aktivierung im Sozialstaat-Steuerungsfragen der Modernisierung” en *Politische Steuerung in Theorie und Praxis.* Burth/Görlitz (Hrsg). Nomos-Verlag. Baden-Baden. 2001.

BLASCO DÍAZ, J.L, *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral.* Tirant Monografías. Valencia. 1999.

BOCANEGRA SIERRA, R., ALONSO IBÁÑEZ. M. R, y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. *Lecciones de Dominio Público.* Colex. Madrid. 1999.

BODANOWITZ, J. *Organisationsformen für die kommunale Abwasserbeseitigung.* Band 21. Deutscher Gemeindeverlag. Verlag W. Kohlhammer. Münster.1993.

BOHNE, E.(Hrsg), *Perspektiven für ein Umweltgesetzbuch.* Duncker & Humblot. Berlin. 2002.

- BON, M. “Expérience d’un manager de service public” en *L’idée de service public est-elle encore soutenable?*. Chevalier, Ekeland, Frison-Roche (dir). Puf. Paris. 1999.
- BONILLA PRIEGO, M.L. y JORDÁ CAPITÁN, E. “Consideraciones en torno a algunos de los problemas existentes para la efectiva implantación del principio de prevención” en *Gestión Ambiental*, Núm.11.1999.
- BORCHARDT, J.A/ GRAHAM, W. “Calidad del agua” en *Control de calidad y tratamiento del agua*. AA.VV. Madrid.1975.
- BORRAJO INIESTA, I, “El intento de huir del Derecho administrativo”. *REDA*. Núm. 78.1993.
- BÖHN B. *Öffentlich-private Partnerschaften in der kommunalen Stadtentwicklung*. Peter Lang. Frankfurt. 1999.
- BUDÄUS, D. “Public Private Partnership-Kooperationsbedarfe, Grundkategorien und Entwicklungsperspektiven” en *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt*. D. Budäus (Hrsg). Nomos. Baden-Baden. 2006.
- BRAIBANT, G y STIRN, B, *Le droit administratif français*. AMPHI-Dalloz. Paris.2005.
- BREUER, R., -“Umweltschutzrecht” en *Besonderes Verwaltungsrecht*. E.Schmidt-Assmann (Hrsg). De Gruyter Recht. Berlin. 2005.
- Öffentliches und privates Wasserrecht*. Verlag C.H.Beck. München. 2004.
- “Deutsche und europäische Anforderungen an die Behandlung von kommunalem Abwasser” en *Saat, Selbstverwaltungs und Private in der Wasser- und Entsorgungswirtschaft*. Carl Heymanns Verlag. 1997.
- BRÜNING, C. *Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben*. Dunker&Humblot. Berlin. 1997.
- BULLINGER, M. “El service public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania”. *RAP*. Núm. 166. 2005.
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrg). “Privatisierung in der Wasserwirtschaft”. Fraunhofer-Institut für Systemtechnik und Innovationsforschung. 2 Auflage. 2003.

- BURGI, M., “Die Vergabe von Dienstleistungskonzession: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz” en *NZBau*. Núm.11. 2005.
- Die Dienstleistungskonzession ersten Grades*. Nomos Verlag. Baden-Baden. 2004.
- “Vertikale Kompetenzabgrenzung in der EU und materielle rechtliche Kompetenzausübungsschranken nationaler Daseinsvorsorge” en *Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Ländern, Bund und Europäischer Union*. Henneke, H.G (Hrsg). Boorberg. Stuttgart. 2001.
- “Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung” en *NVwZ*. Núm. 6. 2001.
- BURMEISTER *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunale Selbstverwaltungsgarantie*. München. 1977.
- BUSCHOR, E. “New Public Management-Reformbedarf auf Bundesstufe” en *Vom service public zum Service au Public*. Blindenbacher, Hablützel, Letsch (Hrsg). NZZ Verlag. Zürich. 2000.
- BYOK, J. y OTT, T. “Aktuelle Rechtsfragen zu der Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft” en *NVwZ*. Núm.7. 2005.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R. *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. INAP. Madrid. 2003.
- “El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de servicios públicos económicos” en www.iustel.com, en *Revista General de Derecho Administrativo (RGDA)*. Núm.1. 2002.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, “La reparación de los daños al medio ambiente” en Congreso Nacional de Derecho Ambiental de Sevilla. Abril. 1995.
- CABELLO FERNÁNDEZ, M^a.D. *El conflicto en defensa de la autonomía local*. Civitas. Madrid. 2003.
- CANALS I AMETLLER, D, “Entidades colaboradoras de la Administración Pública en el ámbito de la protección del medio ambiente. Las entidades ambientales de control” en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*. J. Esteve Pardo (coord.). Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona. 2006.

-El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación. Comares. Granada. 2003.

CANO SOLER, D. *Políticas de privatización. Aproximación teórica.* CES. Madrid.1998.

CANOSA USERA, R., *Constitución y medio ambiente.* Dykinson. Madrid. 2000.

-“Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Núm. 94. 1996.

CARRETERO GARCÍA, A. *Los principios de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea.* Dip. Provincial de Toledo-Universidad Castilla la Mancha. Toledo.1998.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica” en *Estudios de Derecho Público Económico- Libro Homenaje al profesor Dr.D. Sebastián-Martín Retortillo.* Civitas.Madrid. 2003.

-“La cláusula general de competencia municipal” en *Anuario del Gobierno Local 1999/2000.* T.Font i Llovet (dir). Marcial Pons. Madrid.

-“El debate sobre la autonomía local” en el *Derecho administrativo en el umbral del S.XXI.* Tirant lo Blanch. 2000.

-“Sobre la potestad autonómica de autoorganización”. *REDA.* Núm.71. 1991.

CARRO MARTÍNEZ,A. “La Unión Europea y el principio de subsidiariedad”. *RAP.* Núm.126. 1991.

CASADO CASADO, L. *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativas.* Comares. Granada. 2004.

-“Novedades en la regulación de vertidos en aguas continentales” en *Revista Mensual de Gestión Ambiental.* Año 2. Núm.14. 2000.

CASSAGNE, J.C., “Tendencias actuales y proyección futura del derecho Administrativo argentino” en *DA.* Núm.269-270. 2004.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *La propiedad y sus problemas actuales.* Madrid. 1953.

CASTILLO DAUDÍ, M y JUSTE RUIZ, J. “La actualización de las políticas de medio ambiente por el Tratado de Ámsterdam” en *Noticias de la Unión Europea.* Núm.186. 2000.

- CAVERO LATAILLADE, I. “El principio de subsidiariedad en el marco de la Unión europea en Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Monografías. 1994.
- CEEP. *Europe, concurrence et service public*. Masson. Paris. 1995.
- CHICHARRO LÁZARO, A. *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*. Aranzadi. Navarra. 2001.
- CLAVERO ARÉVALO, M.F. “Personalidad Jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas” en *Documentación Administrativa*. Núm.58. 1962.
- COLMENAR, E, “Las Confederaciones Hidrográficas cumplen 75 años-Bodas de platino”. *Revista Ambienta*. Septiembre 2001.
- CONSTANTINESCO, V. “Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l’Union Européenne?” *Europe et le Droit*. Mélanges en hommage à Jean Boulois. Dalloz. Paris. 1991.
- “La subsidiarité comme principe constitutionnel de l’intégration européenne. *Aussenwirtschaft: Schweizerische Zeitschrift für internationale Wirtschaftsbeziehungen*. Oktober. 1991.
- COSCULLUELA MONTANER, J.L., *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas. Madrid. 2005.
- COTINO HUESO, L. “Las relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España” en *Revista del Poder Judicial*. Núm.55. 1999.
- CRISTÓBAL SÁNCHEZ, F.“Costes y servicios de financiación de los sistemas de saneamiento. Caso práctico: Planes de Saneamiento Integral de la ciudad de Madrid” en *Jornadas Internacionales sobre uso racional del agua en ciudades*, celebradas en Alcobendas (Madrid) el 16 y 17 de diciembre de 1999.Madrid.2000.
- CRUZ VILLALÓN, P. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”. REDC. Núm. 25. 1989.
- CZYCHOWSKI/REINHARDT. *Wasserhaushaltsgesetz. Kommentar*. Verlag C.H. Beck. München. 2003.

DALLHAMMER, W-D. “Ziele und Rechtsfragen der Sächsischen “Privatisierungsverordnung” en *Daseinsvorsorge durch Privatisierung-Wettbewerb oder staatlicher Gewährleistung*. Oldiges (Hrsg). Nomos-Verlag. Baden-Baden. 2001.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. “Autorregulación regulada y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoria ambiental “ en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*. J. Esteve Pardo (coord.). Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona. 2006.

-*Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Marcial Pons. 2005.

-Recensión de *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*. REDA. Núm.110. 2001.

-*Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*. Cedecs. Barcelona. 2000.

DE ASÍS RAMÍREZ CHASCO F., Mancomunidades de servicios: una forma de gestión” en la *Revista de Colegio e Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*. Nº.50. 2000.
La Gestión del agua. Vol. I
http://hispagua.cedex.es/Grupo1/Revistas/op/50/op50_5.htm/

DE AHUMADA RAMOS, F.J. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Aranzadi. Elcano. 2005.

DE CORAIL, J.L., *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*. Libraire General de Droit et de Jurisprudence. Paris.1954.

DE DIOS TRILLO MONTSORÍU, J., “El saneamiento. Historia reciente, estado actual y perspectivas de futuro”. Disponible en:
http://hispagua.cedex.es/documentacion/revistas/op/31/op31_1.htm.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. “Sobre las infraestructuras en red” en *REDETI*. Núm.1. 1998.

-“Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa” en *El nuevo servicio público*. AA. VV. Marcial Pons-UAM. Madrid. 1997.

-“Tres postulados para el nuevo servicio público” en *El nuevo Servicio Público*. AA.VV. Marcial Pons-UAM. Madrid. 1997.

-“Aproximación a la regulación de servicio público” en *El nuevo Servicio Público*. AA. VV. Marcial Pons-UAM. Madrid. 1997.

-*La actividad de la Administración*. Tecnos. Madrid. 1983.

DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. IEE. Madrid. 2002.

DE LA QUADRA SALCEDO, T. “Liberalización y regulación de la contratación por organismos públicos, empresas públicas y empresas de cualquier naturaleza en Directiva 93/38, en los llamados sectores excluidos” en *Derecho Europeo de la Competencia*. Calvo Caravaca, A.L./Blanco-Morales Limones, P (coord.). Colex. Madrid. 2000.

-*Corporaciones locales y actividad económica*. Marcial Pons. Barcelona. 1999.

-“Artículo 128” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. O.Alzaga Villaamil (dir). Tomo X. EDERSA. Madrid. 1996.

DE LA SERNA BILBAO, M^a N., *La Privatización en España*. Aranzadi. Elcano. 1995.

DE LOS MOZOS TOUYA, I.M. “La gestión indirecta de los servicios públicos locales” en *REAL*. Núm. 291. 2003.

DELALOY.G. “Faut-il supprimer le principe d’ inaliénabilité du domaine public?” en *Revue du Droit Public*. Núm.3. 2006.

DE MIGUEL PERALES, C. *Derecho Español del Medio Ambiente*. Civitas. Madrid. 2000.

DELGADO PIQUERAS, F., “La gestión de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas: el Convenio de Albufeira de 1998 en *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo II. Civitas Monografías. Embid Irujo, A. (dir). Madrid. 2002.

-*Lecciones del Derecho del Medio Ambiente*. Ortega Álvarez, L.(dir). Lex Nova. Valladolid. 2000.

-“Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente” en *Revista española de Derecho Constitucional*. Núm. 38. 1993.

-*Derecho de Aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales.* Madrid. Tecnos.1992.

-*Derecho de aguas y medio ambiente.* Tecnos. Madrid. 1992.

DEL GUAYO CASTIELLA, I. “La regulación económica como alternativa” en *REDA*.
Núm. 130. 2006.

-“La gestión de servicios públicos locales” en *RAP*. Núm.165. 2004.

-*El servicio público del gas: producción, transporte y suministro.* Marcial Pons.
Madrid. 1992.

DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones.
plausos y críticas” en *RAP*.Núm.133. 1994.

-“Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en
Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios. Chinchilla, C.,
Lozano, B. y Del Saz, S. Civitas. Madrid. 1992.

-*Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo Derecho de Aguas.* Marcial
Pons. Madrid.1990.

DE PAZ VICIANA, M., “Perspectivas de la gestión del agua en Europa a la vista de la
nueva Directiva Marco”.
www.us.es/ciberico/archivos_acroat/porto2monidepaz.pdf.

DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo:
privatización, huida de la regulación pública y Administraciones
independientes.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

DEVOLVÉ, P. “La privatisation du service de l’État” en *Revista Pouvoirs*. Núm.117.
2006.

DI FABIO U., “Privatisierung und Staatsvorbehalt. Zum dogmatischen Schlüssbegriff der
öffentliche Aufgabe” en *Juristen Zeitung*. 1999.

DÍAZ CAPMANY, F. “Los organismos autónomos de la Administración Local” en *REDA*.
Núm. 88. 1995.

DÍAZ LEMA, J.M. “Bases para la construcción de un Derecho de Aguas Europeo” en
RAP. Núm. 169. 2006.

“Contratos públicos y Derecho español. Comentario urgente a la STJCE 15 mayo 2003” en *Actualidad Administrativa*. Núm.35. Doctrina XL. 2003.

-“Influencia del derecho europeo sobre la actividad de las entidades locales” en *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al profesor José M^a Boquera*. AA. VV. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.

-*Los monopolios locales*. Montecorvo. Madrid. 1994.

DIEDRICH, K-T. *Führungsorganisation im Neuen Steuerungsmodell: Modernes Management in der Kommune*. Kaluke&Runte GbR. Iserlohn. 2003

DIERKES, M. “Die Abwasserkonzession” en *ZfW*. Núm.4. 2004.

DÍEZ MORENO, F. “Principios jurídicos de la contratación pública: los considerandos de las directivas sobre sectores excluidos” en *La contratación pública en los sectores excluidos. Agua, energía, transportes, telecomunicaciones*. AA. VV. Civitas. Madrid.1997.

“Los sectores excluidos: agua, energía, transportes y telecomunicaciones” en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez-Ferrer Morant, R (dir). Civitas. Madrid. 1996.

“Las dificultades de la incorporación al ordenamiento español de las Directivas comunitarias sobre contratación en los sectores excluidos” en *Noticias CEE*. Núm.71. 1990.

DÍEZ PICAZO, L.M, “La idea de servicios de interés económico general” en *REDE*. Núm.2. 2002.

-“La transposición de las directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas” en las X Jornadas de Dret Català “El futur del Dret Patrimonial de Catalunya” celebrado en Tossa de Mar, 17 a 19 de septiembre de 1998. <http://civil.udg.es/tossa/1998/Textos/Diez-Picazo.htm>

DÍEZ-PICAZO, L y PONCE DE LEÓN. Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución” en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II. Madrid. 1991.

DOHMANN, M. “Ziele und Tendenzen in der Abwasserreinigung- Eine Internationale Betrachtung” en *Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven, Handlungsfelder*,

- Strategien -6.Internationales Sommerakademie St.Marienthal.* 2001. Rasch. Bramsche.
- DÖHLER, M. “Das Modell der unabhängigen Regulierungsbehörde” en *Die Verwaltung*. Núm.34. 2001.
- DREHER, M. “Die Privatisierung der Daseinsvorsorge- Vergabe- und gemeindewirtschaftsrechtliche Grenzen” en *Daseinsvorsorge durch Privatisierung- Wettbewerb oder staatlicher Gewährleistung*. Oldiges (Hrsg). Nomos-Verlag. Baden-Baden. 2001.
- DREYFUS, J-D. “La définition légale des délégations de service public” en *ADJA*. Núm. 1. 2002.
- DUGUIT, L. *Traité de Droit Constituional*. Vol.I. F.Boccard, Ed. Paris.1927.
- Las transformaciones del derecho público*. Traducción de la 2ª edición de Adolfo Posada y Ramón Jaén. Madrid. Librería Española y Extranjera.1926.
- EGERER, M. “Deutsche Trinkwasserversorgung: Mehr Effizienz”. Disponible en: www.ifo.de/home.
- EHLERS, D, “Die verfassungsrechtliche Garantie des kommunalen Selbstverwaltung” en *Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts*. Ehlers,D./ Krebs,W (Hrsg). De Gruyter. Berlin. 2000.
- “Rechtstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts”. DVBl. Núm 98.1983.
- EHLERS, J.P. *Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?*. Peter Lang. Frankfurt. 2003.
- ELSENHANS, H, KULKE, R Y ROSCHMANN, C. “Verwaltungsreform in Deutschland: das neue System des Managements als Anwendung der New-Public-Management-Theorie und die Krise des Wohlfahrtsstaats” en *Die Verwaltung*. Vol.38. Heft. 3. 2005.
- EMBID IRUJO, A., “La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 en relación a las cuencas internas de las Comunidades autónomas Valenciana y de Castilla-la Mancha desde la perspectiva de su ejecución y cumplimiento” en *RAP*. Núm. 169. 2006.

“Evolución del Derecho y de la política del agua en España” en *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo I. Civitas Monografías. Embid Irujo (dir). Madrid. 2002.

-*La reforma de la Ley de Aguas. (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*. EMBID IRUJO, A. (dir). Civitas Monografías. Madrid. 2000.

-“El papel del Estado en el medio ambiente ¿Vigilante o gestor?” en *El Derecho Administrativo en el umbral del S.XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo III. Sosa Wagner (coord.). Tirant lo Blanch. 2000.

-“El mercado de las aguas. Consideraciones en torno al Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas” en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*. Núm. 7. 1999.

-“Competencias de las Administraciones Públicas en materia de agua” en *Jornadas sobre Derecho de Aguas*. Aranzadi. Navarra.1999.

-*El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. Civitas. Madrid. 1998.

-“Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas” en *RAP*. Núm.143. 1997.

-“Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales” en *Revista Aragonesa de Derecho Administrativo*. Núm. 9.1997.

-“Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales” en *Las obras hidráulicas*. Civitas. Madrid. 1995.

-*Calidad de las aguas*. Monografías Civitas. Madrid.1994.

-“Las competencias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica” en *Legislación de Agua en las Comunidades Autónomas*. Embid Irujo, A. (dir). Tecnos. Madrid. 1992.

-*La planificación hidrológica: régimen jurídico*. Tecnos. Madrid. 1991.

-*Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. CEC. Madrid. 1990.

EMBID IRUJO A y COLOM PIAZULEO, E: *Comentarios a la ley Reguladora de Concesión de Obras Públicas*. Aranzadi. Navarra. 2004.

ENGELS, B. “D+C Desarrollo y Cooperación PPP: ¿una idea con futuro?.El nuevo papel del sector privado en el desarrollo”. Nº. 4. Julio/Agosto 2000. Publicado en www.inwent.org.

ENTRENA CUESTA, R. “El dominio público de los hidrocarburos” en *RAP*. Núm.29.1959.

EPINEY, A. *Umweltrecht in der Europäischen Union*. Carl Heymanns. Köln. 2005.

ERBGUTH, W y SCHLAKE, S. *Umweltrecht*. Nomos.Baden-Baden. 2005.

ESTELLA DE NORIEGA, A. “La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B(2) del Tratado de la Comunidad Europea” en *REDA*. Núm.101. 1999.

ESTEVE PARDO, J.*Derecho al medio ambiente*. Marcial Pons. Barcelona. 2005.

-*Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico ambiental*. Ariel Derecho. Barcelona. 1999

ESTEVE PARDO,J/PERDIGÓ SOLÀ, “Fórmulas organizativas y de participación municipal en la protección del medio ambiente” en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*. J. Esteve Pardo (coord.). Esteve Pardo, J. (coord.). Civitas. Madrid. 1996.

ETXEZARRETA VILLALUENGA, J.C. *La privatización en la Administración Local*. Bayer Hnos.S.A. Barcelona. 1995.

EWALD, I. *Privatisierung staatlicher Aufgaben*. Brühl. Rheinland. 2005.

EZQUERRA HUERVA, A, “Obras hidráulicas” en *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo II. Muñoz Machado, S (dir). Iustel. Madrid. 2005.

FANLO LORAS, A, “El saneamiento de aguas residuales en la cuenca del Ebro. Modelos organizativos. Los casos de Aragón, Cataluña, La Rioja y Navarra” en *RarAP*. Núm. 27. 2005.

-*La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros*. Universidad de La Rioja. 2001.

-“La evolución del Derecho comunitario europeo sobre el agua” en *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. Embid Irujo, A (coord.). Civitas. Madrid. 1998.

-*Las Confederaciones hidrográficas y otras administraciones hidráulicas*. Civitas. Monografías. Madrid.1996.

-“Obras hidráulicas de saneamiento y depuración” en *Las obras hidráulicas*. Embid Irujo, A (dir.). Civitas. Madrid. 1995.

-“Dominio público hidráulico y saneamiento de las aguas residuales” en *Derecho del Medio ambiente y Administración Local*. Esteve Pardo, J. (coord.). Civitas. Madrid. 1995.

FATÔME,E/ MENEMENIS, A. “Concurrence et liberté d’organisation des personnes publiques: éléments d’analyse” en *AJDA*. Núm.2. 2006.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M^a. *Contratación Administrativa*. Bosch. Barcelona. 2003.

FERNÁNDEZ CASADO, C. *Ingeniería hidráulica romana*. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Madrid.1983.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”. *Justicia Administrativa*. Núm. 18. 2003.

-“Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración Económica” en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo*. Civitas. Madrid. 2003.

-“La potestad local de autoorganización: contenido y límites” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I. Muñoz Machado, S. (dir). Civitas.Madrid. 2003.

-“Libertad de empresa y nacionalizaciones (breve nota introductoria a un seminario sobre “Aspectos jurídicos de las nacionalizaciones”) en *Cuadernos Aragoneses de Economía*. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Zaragoza. 1979.

FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y. “La nueva regulación de la contratación pública en el derecho comunitario europeo” en *RAP*. Núm. 166. 2005.

-“Reflexiones sobre la noción de red (su relevancia en la regulación de los servicios esenciales económicos en red)” en *REDETI*. Núm.18. 2003.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., en *Lecciones de Dominio Público*. BOCANEGRA SIERRA, R., ALONSO IBÁÑEZ. M. R, y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. Colex. Madrid. 1999.

-*La intervención del Municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Civitas. Madrid. 1995.

- FERNÁNDEZ MONTALVO, R. “Régimen de contratación de la administración instrumental” en *La administración instrumental. VIII Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. IAAP. 2005.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, D. *Gestión del Agua Urbana*. Colegio de Ingenieros de Caminos-Canales y Puertos-AEAS. 1995.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Las competencias municipales de protección ambiental ante el derecho comunitario” en *Revista de Derecho Ambiental*. Núm.22. 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.-R., “Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones” en *Revista Andaluza de Administración Pública*. Núm. 39. 2000.
- “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy” en *RAP*. Núm.150. 1999.
- “Reflexión sobre la empresa pública española” en *La empresa pública española*. Madrid. 1989.
- “Las obras públicas” en *RAP*. Núm.100-102. Vol.III. 1983.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN S. y SORO MATEO, B. *La articulación del ordenamiento jurídico ambiental en el Estado Autonómico*. Atelier. Barcelona. 2001.
- FISCHEDICK. *Die Wahl der benutzungsform kommunaler Einrichtungen*. Dt. Gemeindeverl. Münster. 1986.
- FISCHER, M/ZWETKOW,K. “Privatisierungsoptionen für den deutschen Wasserversorgungsmarkt im internationalen Vergleich”. *ZfW*. Núm. 3. 2003.
- FORTES MARTÍN, A. *Vertidos y calidad ambiental de las aguas. Regulación jurídico-administrativa*. Atelier.Barcelona. 2005.
- FORSTHOFF, E. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 10. Aufl.1973.
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*. Kohlhammer. Stuttgart. 1959.
- Verfassungsprobleme des Sozialstaats*. Münster West. 1954.
- Die Verwaltung als Leistungsträger*. Kohlhammer. Stuttgart.1938.
- FRÖHLICH, K-D. “Rechtsprobleme der Privatisierung in der Wasser- und Entsorgungswirtschaft”. Bericht über die 18. Vortragsveranstaltungen des

Institut für das Recht Wasser- und Entsorgungswirtschaft am 19.Mai 1995 in Bonn. *DVBl*, Núm.12. 1995.

FUENTES BODELÓN, F. “Incentivos medioambientales en la CEE” en *Revista de Derecho Ambiental*. Núm. 6. 1990.

-“La protección del medio ambiente en la CEE: incidencia en la legislación española” en *Noticias CEE*. Núm. 14. 1986.

FUERTES LÓPEZ, M. “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del tribunal de justicia de la Comunidad Europea” en *REALA*, Núm. 279.1999.

FURRER, J. *Möglichkeiten und ökonomische Zweckmässigkeit einer Privatisierung und Regulierung der Trinkwasserverorgung*. Difo-Drick GmbH. Bamberg. 2004.

GALLEGO ANABITARTE, A. “El concepto de dominio público en el Derecho español en concreto la Ley de Aguas de 1985” en *La gestión de los recursos hídricos en vísperas del Siglo XXI*. AA.VV. Generalitat Valenciana. Valencia. 1991.

GALLEGO ANABITARTE, A y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. “La nueva regulación del mercado del gas natural”. *RAP*. Núm. 148. 1999.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Derecho administrativo en la contratación entre privados*. Marcial Pons. Madrid. 2005.

GARCÍA DE COCA, J.A. “Regulación comunitaria sustantiva sobre los contratos celebrados en los sectores especiales y su repercusión sobre los contratos entre empresas de titularidad privada” en *RVAP*. Núm.59.2002.

-“El servicio público local de abastecimiento de agua potable, saneamiento y depuración. Nuevas tendencias, en especial su gestión indirecta” en *El Derecho Administrativo en el umbral del S.XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo I. Sosa Wagner (coord.). Tirant lo Blanch. 2000.

-“Notas sobre el régimen jurídico de las redes transeuropeas” en *REDETI*. Núm.12. 2001.

-“Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos (o servicios de interés económico general). Versión de 14 de febrero de 1994” en *RAP*. Núm.136. 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas” en *REDA*. Núm. 120. 2003.

-“El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. (Sentencia Comisión c. España de 15 de mayo de 2003, As. C-214/00)” en *REDA*. Núm.119. 2003.

-“Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado” en *REDA*. Núm.89. 1996.

-*La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*. Alianza. Madrid. 1995.

-*Revolución francesa y Administración contemporánea*. Civitas. Madrid. 1994.

-“La Constitución como norma jurídica” en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid. 1981. Reimpresión de 1991.

-“Principio y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa” en *Libro Homenaje a profesor José Luis Villar Palasí*. Civitas. Madrid. 1989.

-*Los principios de la nueva Ley de Expropiaciones Forzosas*. Civitas. Madrid. 1956.

-“La actividad industrial y mercantil de los municipios” en *RAP*. Núm.17.1955.

-“Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo” en *RAP*. Núm.2. 1950.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Curso de Derecho Administrativo*, I.11ª ed. Civitas. Madrid. 2004.

-*Curso de Derecho Administrativo*, II. 9ª ed. Civitas. Madrid. 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Civitas. Madrid. 1981.

- GARCÍA GIL, F.J, *Prontuario de protección municipal del medio ambiente urbano*. DAPP. Pamplona. 2004.
- GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la radiodifusión*. Marcial Pons. Madrid. 1991.
- GARCÍA MACHO, R.,(dir) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Blasco Díaz, J.L.(coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.
- “El principio rector medio ambiente y la protección del ciudadano frente a los ruidos” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Tomo III. Sosa Wagner, F. (coord.). Tirant lo Blanch. Valencia.2000.
- Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Ariel. Madrid. 1988.
- “La autonomía local y su protección en la Ley de Bases del Régimen Local” en *RAP*. Núm.109. 1986.
- Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1982.
- GARCÍA URETA, A y ARROSPIDE ERKOREKA I. “Sobre la transposición de tres normas ambientales comunitarias en el Derecho estatal: Directivas 90/313 (acceso a la información), 92/43 (hábitats y especies de flora y fauna) y 271/91 (tratamiento de aguas residuales urbanas)” en *RVAP*. Núm.46.1996.
- GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza. Madrid. 1994.
- GARCÍA VICENTE Y BENEITO, J.M^a, *Teoría y Práctica de las Privatizaciones*. Gómez Acebo & Pombo. Mc Graw Hill. Madrid.1997.
- GARCÍA TREVIJANO, E. “Sinopsis del art.103 CE”. Disponible en www.congreso.es/constitucion
- GARRIDO FALLA, F., “¿Crisis de la noción de servicio público?” en *Estudios de Derecho económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*. Civitas. Madrid.2003.
- “Privatización y Reprivatización”. *RAP*. Núm.126.1996.
- “Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas” en *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Vol.I. Civitas. Madrid. 1994.

- “Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales”.
REDA. Núm. 79. 1993.
- “El artículo 53 de la Constitución” en *REDA*. Núm. 21. 1979.
- Las transformaciones del régimen administrativo*. Estudios de Administración.
Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1954.
- GAY DE MONTELLA Y MASSO ESCOFET, C., *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*. Tomo I. Bosch. Barcelona. 1956.
- GEILER, N. “Umweltauswirkungen der “Wasserprivatisierung” en *Umweltaspekte einer Privatisierung der Wasserwirtschaft in Deutschland*. Holzwarth/Krämer (Hrsg).
Ecologic. 2001. Berlin.
- GERN, A, *Privatisierung in der Kommunalverwaltung*. Hrsg. von der Juristenfakultät
der Universität Leipzig. Leipziger Univ-Verl. 1997.
- GERSTELBERGER, W: “Public-Private Partnership als Teil der Verwaltungsreform” en
AG für wirtschaftliche Verwaltung – Informationen. 2/1999.
- GERSTLBERGER, W/SCHMITTEL, W. *Public Private Partnership als neuartiges
Regelungsmuster zwischen öffentlicher Hand und Unternehmen*. Hans-Böckler-
Stiftung. Düsseldorf. 2004.
- GIMENO FELIU, J.M. *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la
legislación española*. Civitas. Madrid. 2006.
- “Las Directivas de contratos públicos y la jurisprudencia: ámbito de aplicación.
El problema de los entes institucionales, ámbito objetivo, los procedimientos de
selección y los criterios de adjudicación”, en las Jornadas de la *Escola
d’Administració Pública de Catalunya*, celebradas el 30 de noviembre de 2005.
Disponible en www.eapc.es.
- “La normativa reguladora de los contratos de concesión de obra pública
(reflexiones críticas tras la reforma de 2003)” en *RArAP*. Núm.26. 2005.
- “Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea” en *RarAP*.
Núm.5 1994.
- GOMÀ/BRUGUÉ “Nous models de gestió i d’organització pública” en *Revista
Autonomies*. Barcelona. Núm. 18. 1998.

- GÓMEZ-FERRER, R. “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a García de Enterría*. Tomo V. Civitas. Madrid. 1991.
- “La planificación hidráulica aspectos jurídicos” en la *Ley de Aguas: análisis de la jurisprudencia constitucional*. INAP. Madrid. 1990.
- GÓMEZ PORRÚA, J.M. *El control público de las empresas privatizadas*. Nueva Imprenta. Madrid. 2003.
- GÓMEZ PUENTE, M., “Medio ambiente y responsabilidad administrativa” en *@dministración, La Ciberevista de Derecho Administrativo*. Núm.11. 1999.
- GÓMEZ PUERTO, A.B. “Disposiciones normativas de la Unión Europea, Estado español y Comunidad Autónoma andaluza sobre gestión ambiental de las aguas residuales urbanas” en *Actualidad Administrativa*. Núm.10. 1998.
- GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, C. “Los retos del Derecho de Agua”. *El Derecho Administrativo en el umbral del S.XXI. Homenaje al Profesor Dr.D.Ramón Martín Mateo*. Tomo III. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.
- El uso del agua por las Administraciones Locales*. Cedecs. Barcelona. 2000.
- “Marco legal para la implantación e incentivación de la gestión de la demanda del agua en España y en la Unión Europa” en *Jornadas Internacionales sobre uso racional del agua en ciudades*, celebradas en Alcobendas (Madrid) el 16 y 17 de diciembre de 1999. Madrid. 2000.
- “El régimen jurídico de la desalación en España tras las últimas reformas legislativas” en *Revista Mensual de Derecho Ambiental*. Núm.24. 2000.
- Los servicios públicos locales del Agua. Régimen Jurídico de su Gestión Integrada*. Universidad de León. León. 1997.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. “Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho Administrativo: presupuestos de una relación”. *RAP*. Núm. 164. 2004.
- GONZÁLEZ MORAS, J.M. *Los servicios públicos en la Unión europea y el principio de subsidiariedad*. Ad.Hoc. Buenos Aires. 2000.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Organismos autónomos y la Ley General Presupuestaria” en *Hacienda Pública Española*. Núm. 54. 1978.

GONZÁLEZ PUEYO, J., “Gestión de servicios público locales. Sociedad mercantil local”
2004. Disponible en: www.famp.es/famp/publicaciones/ficheros/2004grupo9.pdf

GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal. Régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*. Comares. Granada. 2005.

GONZÁLEZ SANFIEL, A.M. *Un nuevo régimen jurídico para las infraestructuras de dominio público*. Montecorvo. Madrid. 2000.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “El principio de precaución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿un principio de buen gobierno?” en *Estudios sobre Consumo*. Núm.68. 2004.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas” en *REDA*. Núm.123. 2004.

-*El contrato administrativo*. Civitas. Madrid. 2003.

-“Los retos de la contratación pública” en *RarAp*. Núm. 22. 2003.

-“Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de contratos de las Administraciones Públicas”. Disponible en <http://www.fundacionmgimenezabad.es/Documentos/sociedades%20mercantiles.pdf>

-“Die Auffassung der *öffentlichen Dienstleistungen* oder Daseinsvorsorge im spanischen Recht (servicios públicos)” en *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*. Nomos-Verlag. Baden-Baden. 2002.

-*Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos de transportes (privatización, liberalización, regulación económica y derecho de la competencia)*. Comares. Granada. 2001.

-“Privatización de infraestructuras” en *Derecho privado y Constitución*. Núm.15.2001.

-“El derecho comunitario y la actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos)” en *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 183. 2000.

-“El desarrollo de una idea de colaboración en el derecho Administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros” en *REDA*. Núm. 94. 1997.

-*El Derecho Administrativo Privado*. Montecorvo. Madrid.1996.

GRAMM, C. *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*. Duncker&Humblot. Berlin. 2001.

GRIFO BENEDICTO, A., “Colaboración interadministrativa en turismo: mancomunidades, consorcios, conferencias sectoriales y convenios de colaboración” en el *I Congreso Universitario de Turismo. Organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial*. Blanquer D.(dir). Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

GROSS, T., “Die Beziehung zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht” en *Die Verwaltung*. Beiheft 2. Belin. 1999.

GRZESZICK,B. “Vergaberecht zwsichen Markt und Gemeinwohl”. *DÖV*. Núm.16.2003.

HANJÜRGENS, B. “Das Verursacherprinzip als Effizienzregel” en *Effizienz im Umweltrecht*. E.Gawels (Hrsg). Nomos Verlags. Baden-Baden. 2001.

HAURIOU, *Précis de droit adminisitratif*. 9ªed. Paris. Libraires Larose et Tenin. 1919.

HEIMBURG, S., *Verwaltungsaufgabe und Private: Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts*. Duncker&Humblot. Berlin. 1982.

HEINEMANN, A. *Grenzen staatlicher Monopol im EG-Vertrag*. Beck. München. 1996.

HEINTZEN, M. “Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeninschaft”. *JZ*. Núm. 7. 1991.

HELLERMANN, J. “Privatisierung und kommunale Selbstverwaltung” en *Daseinsvorsorge durch Privatisierung- Wettbewerb oder staatlicher Gewährleistung*. Oldiges (Hrsg). Nomos-Verlag. Baden-Baden. 2001.

HERNÁNDEZ CASTILLA N. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *Privatizaciones, liberalización y Bienestar*. Cuadernos de Regulación y Políticas Públicas. Núm.1. Comares. Granada. 2000.

HERNÁNDEZ GIL, A., “La propiedad privada y su función social en la Constitución” en *Poder Judicial*. Núm. 14. 1989.

- HERRERO POMBO, C. “La Ley de Saneamiento de las aguas residuales de la Comunidad Valenciana y su incidencia en las competencias municipales” en *El Consultor de los Ayuntamientos*. Núm.20.1993.
- HEY/VOLKERY/ZERLEY., “Neue umweltpolitische Steuerungskonzepte in der Europäischen Union” en *ZfU*. Núm.1.2005.
- HOFMANN, R., *Privatisierung kommunaler Verwaltungsaufgaben*, Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (VBIBW). Núm. 15 .1994.
- HOFFMANN-RIEM, W., “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit” en *Staaten und Steuern. Festschrift für K.Vogel zum 70. Geburtstag*. Kirchof/Lehner/Raupach/Rodi (Hrsg.).Müller Verlag. Heidelberg. 2000.
- “Verfahrensprivatisierung als Modernisierung”. *DVBI*. 1996.
- “La reforma del derecho administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho Ambiental”. *DA*. Núm.234.1993.
- HOFFMANN-RIEM, W/ SCHMIDT-ASSMANN, E (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*. Band 3. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 1996.
- HOFFMANN-RIEM, W/ SCHNEIDER, P (Hrsg.). *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*. Nomos. Baden-Baden.1996.
- HOLZWARTH, F., “Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven, Handlungsfelder, Strategien” en *Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven, Handlungsfelder, Strategien - 6.Internationales Sommerakademie St.Marienthal*. Rasch. Bramsche. 2001.
- HÖPPNER, R.R: “PPP in der Entwicklungszusammenarbeit” en *AG für wirtschaftliche Verwaltung – Informationen*. Núm. 4 y 5 /1999.
- HUERGO LORA, A. “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario” *REDA*. Núm.126.2005.
- FISCHEDICK,H.J. *Die Wahl der Benutzungsform kommunaler Einrichtungen: Kriterien für die Entscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Benutzungsform*. Deutscher Gemeindeverlag; Kohlhammer. Köln. 1986.
- IPSEN, J., *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: private Finanzierung kommunaler Investitionen*. Symposium des Instituts für Kommunalrecht der Universität

Osnabrück am 15. September 1993/4. Bad Iburger Gespräche. Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann. 1994.

ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario general*. Ariel. Barcelona. 2000.

IRANZO, J.E., “El mercado del agua” Disponible en:
www.cepis.org.pe/bvsarg/s/fulltext/iarnazo/iranzo.pdf

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. *Derecho ambiental. La Gobernanza de las Aguas*. Dykinson. Madrid. 2005.

-*Derecho Ambiental*. Dykinson. Madrid. 2004.

JANN, W. “Neues Steuerungsmodell” en *Handbuch zur Verwaltungsreform*. Blanke, Von Bandemer, Nullmeier, Wewer (Hrsg). Leske-Budrich. Opladen. 2001.

-“Verwaltungswissenschaft und Managementlehre” en *Handbuch zur Verwaltungsreform*. Blanke, Von Bandemer, Nullmeier, Wewer (Hrsg). Leske-Budrich. Opladen. 2001.

JÈZE, G. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Vol. II. Traducción de C.García Oviedo. Ed.Reus. Madrid.1928.

JIMÉNEZ BLANCO, A. “La ordenación de la economía” en *Manual de Derecho Administrativo*. Parejo Alfonso, L. (coord.).Vol.II. Ariel. Madrid. 1998.

-“La gestión indirecta de servicios municipales”. Instituto de Empresas. 1994.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.“Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público” en *Privatización y liberalización de servicios*. Ariño Ortiz, G (coord.).AFDUAM. Núm.3.1999.

-*Los organismos autónomos en el Derecho público español. Tipología y régimen jurídico*. Madrid. INAP.1987.

JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P., “La Constitución Ecológica Europea: la “constitucionalización” del medio ambiente y de la Política ambiental en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” en *Instituciones de Derecho Ambiental*. Betancor Rodríguez, A (dir). La Ley. 2001.

JIMÉNEZ LECHUGA, F.J. “Relaciones de especial sujeción y límites constitucionales: especial referencia al caso de los militares, los funcionarios y los enfermos hospitalarios” en *RarAp*. Núm.17. 2000.

- JIMÉNEZ SHAW, C. *Régimen Jurídico de la desalación de agua marina*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.
- JOHN-KOCH, M. *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Saat*. Duncker&Humblot. Berlin. 2005.
- JORDÁ CAPITÁN, E., *El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Aranzadi. Elcano. 2001.
- JORDANA DE POZAS, L. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo” en *Revista de Estudios Políticos*. XXVIII (48). 1949.
- JORDANO FRAGA, J. “Responsabilidad por daños al medio ambiente” en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*. J. Esteve Pardo (coord.). Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona. 2006.
- La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Bosch. Ed. Barcelona. 1995.
- KÄMMERER, J.A., *Privatisierung: Typologie, Determinaten, Rechtspraxis, Folgen*. Mohr Siebeck. Band 73. Tübingen. 2001.
- “Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftlicher Sicht” en *Juristenzeitung (JZ)*. 1996.
- KIEPE, F., “Regionalisierung des Schienenpersonenverkehrs aus der Sicht der Städte”. *Verkehrswegrecht im Wandel*. Blümel (Hrsg). 1994.
- KIRSCH, D. “Public Private Partnership”. Müller Verlag. Köln. 1996.
- KLUGE, T, “Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck- Sektoranalyse Wasser” en *netWORKS-Papers*. Núm.2. Berlin. 2003.
- KLOEPFER, M., *Umweltrecht*. Beck. München. 2004.
- “Die deutsche Umweltgesetzgebung im Allgemeinen”. *Umweltrecht in Deutschland und México/ Derecho ecológico en México y Alemania*. Prokisch R. (Hrsg) Schriften der Deutsch-Mexikanischen Juristenvereinigung. Heft 1. Low&Vorderwülbecke Verlag. Baden-Baden. 1994.
- Umweltsaat als Zukunft*. Klöpfer (Hrsg). Economica Verl. Bonn. 1994.

- KOCH, R/CONRAD, P. “Einleitung-oder: Auf dem Weg einem New Public Service?” en *New Public Service. öffentlicher Dienst als Motor der Staats- und Verwaltungsmodernisierung*. Koch, R/Conrad, P (Hrsg.). Gabler. Wiesbaden. 2003.
- KONNINCKX FRASQUET, A. “Artículo 85”, en *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*. M.J.Domingo Zaballos (coord). Civitas. 2005.
- “Artículo 86” en *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*. M.J. Domingo Zaballos (coord). Civitas. 2005.
- KÖNIG, K. (Hrsg.), *Modernisierung von Staat und Verwaltung: Zum neuen Öffentlichen Management*. Baden-Baden. Nomos Verl.-Ges. Band 87. 1997.
- “Desarrollo de la privatización en la República Federal de Alemania: problemas, situación actual, perspectivas”. *Documentación Administrativa*. Núm. 218-219. 1989.
- KREUZER, K., SCHEUING, D., y SIEBER, U., *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*. Nomos-Verl-Ges. Baden-Baden 1997.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil III. Posesión y Propiedad*. Vol.I. Dykinson. Madrid. 1990.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., “Nuevo Marco jurídico de las actividades liberalizadas”. *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Prof. José M^a Boquera Oliver*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.
- LANDEL/VOGG/WÜTERICH. *Bundes-Bodenschutzgesetz.Kommentar*. Kohlhammer. Stuttgart. 2000.
- LANDSBERG, G., “Rechtsprobleme der Privatisierung im Bereich der Abfallentsorgung”, en *Staat, Selbverwaltung und Private in der Wasser- und Entsorgungswirtschaft*. Referate und Diskussionen der 18. Vortragsveranstaltung des Instituts für das Recht der Wasser- und Entsorgungswirtschaft an der Universität Bonn am 18. Mai 1995 und weitere Abhandlungen. Institut für das Recht der Wasser- und Entsorgungswirtschaft Bonn. Carl Heymanns Verlag KG. Köln, Berlin, Bonn, München. 1997.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. *Derecho Ambiental*. IVAP. Oñati. 2001.

-*La relaciones de especial sujeción*. Civitas. Madrid. 1994

LASAGABASTER HERRARTE, I, GARCÍA URETA, A, LAZCANO BROTONS, I. *Derecho Ambiental*. Parte General. IVAP. Oñati. 2004.

LASAGABASTER HERRARTE, I, GARCÍA URETA, A, LAZCANO BROTONS, I. *Derecho Ambiental*. Parte Especial. IVAP. Oñati. 2004.

LASHERAS, M.A., *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel. Barcelona. Octubre. 1999.

LASO MARTÍNEZ, J.L. “Las entidades urbanísticas colaboradoras: estructura y funciones” en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Núm. 225. 2006.

LAVILLA RUBIRA, J.J. Voz: Eficacia en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas.1995.

-“El contrato de gestión de servicios públicos” en *Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez-Ferrer Morant, R. (dir). Civitas. Madrid. 1995.

LASKOWSKI, S. “Öffentliche Aufgabe” en *Handwörterbuch zur Verwaltungsreform*. Voigt,R/ Walkenhaus,R (Hrsg). VS Verlag. 2006.

-“Die deutsche Wasserwirtschaft im Kontext von Privatisierung und Liberalisierung” en *ZUR*. Núm. 1. 2003.

LEGUINA VILLA, J. *La responsabilidad civil de la Administración públicas*. Tecnos. Madrid. 1970.

-*Libro Blanco del agua*. Ministerio de Medio Ambiente. 2000.
http://hispagua.cedex.es/Grupo1/Documentos/l_b/indice.htm

LINDE PANIAGUA, E. “La retirada de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos” en *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Núm.7. 2004.

LOPERENA ROTA, D., “El servicio público ambiental”. *RAP*. Núm.57. 2000.

-*El derecho a un medio ambiente adecuado*. Civitas. Madrid. 1996.

LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J.F: *La configuración jurídica del principio de autoridad*. Civitas. Madrid. 1993.

- LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. “Presentación” en *La contratación pública en los sectores excluidos. Agua, energía, transporte, telecomunicaciones*. AA. VV Civitas. Madrid.1997.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, V., y GIMENO FELIÚ, J.M., “Los denominados sectores excluidos: agua, transporte, energía y telecomunicaciones. Disposición Undécima LCAP” en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez-Ferrer Moran R. (dir).Civitas. Madrid. 2004.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, B., “Agencias administrativas” en *Administración pública y economía. Balance del papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de liberalización*. INAP. Madrid. 2001.
- LÓPEZ GOLDARACENA, O. *Los derechos humanos al agua y saneamiento*. Prisma. Montevideo. 2004.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. “Ejecución de obras y servicios por Administración, mediante sociedades mercantiles” en *La Administración instrumental. VIII Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. IAAP. 2005.
- LÓPEZ MENUDO, F. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Lex Nova. 2005.
- “La tipología de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales” en *Administración institucional*. CGPJ. Madrid. 2004.
- “Los órganos de cuenca en la nueva Ley de Aguas” en *REDA*. Núm.49. 1986.
- LÓPEZ MILLA, J. “Regulación y competencia en la industria del agua en Inglaterra y Gales” en *El agua en la Historia de España*. Alicante. 2000.
- LÓPEZ PELLICER, J.A., *Lecciones de Derecho Administrativo II (1)*. DM. Murcia. 2004.
- LÓPEZ RAMÓN, F., “El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales” en *La protección jurídica del Medio Ambiente*. Valle Muñoz (coord.). Aranzadi. Pamplona. 1997.
- “Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente” en *REDA*. Núm.95. 1997.

- LORENZO DE MEMBIELA, J.B. “Eficacia y organización en la estructura burocrática de la Administración Pública” en *Revista internauta de Práctica Jurídica*. Núm.10. 2002. www.rij.com.
- LOZANO SERRANO,C. “Financiación de las Mancomunidades” en la obra colectiva *Las Mancomunidades en la Comunidad Valenciana. Aproximación teórica y práctica*. Valencia. 1987.
- LOZANO CUTANDA, B. Voz “Autorización ambiental integrada” en *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel. Madrid. 2006.
- Derecho Ambiental Administrativo*. Dykinson. Madrid. 2005.
- LUDWIG, F. *Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz*. Duncker&Humblot. Schriften zum Umweltrecht. Band 82. Berlín.1997.
- LUCENA RODRÍGUEZ, J. ”Informe sobre el Plan Hidrológico Nacional: algunos comentarios desde el punto de vista ambiental” en *El Plan Hidrológico Nacional a debate*. ARROJO AGUDO, P.(coord.). Fundación Nueva Cultura del Agua. Bilbao. 2001.
- LLAMAS, R. y SASTRE, M. “La vigente planificación hidrológica.1)¿Es aplicable?;2)¿Es deseable?” en *La aplicación de la Directiva Marco del agua en España: retos y oportunidades*. Instituto internacional de Derecho y Medio Ambiente. Madrid-Barcelona. 2000.
- MACERA, B-F. *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público*. Marcial Pons. Madrid.1998.
- MACIÁ, V. “Mesa de trabajo: La transposición de la Directiva IPPC” en *III Congreso Nacional de Derecho Ambiental*. Fundación Biodiversidad-Ministerio Medio Ambiente. 2000.
- MAGIDE HERRERO, M, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. INAP. Madrid. 2000.
- MALARET GARCÍA, E., “Servicio público, actividad económica y competencia ¿Presenta especificidades en la esfera local?”. *REAL*. Núm.291. 2003.
- “Servicios públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto”. *RAP*. Núm. 145. 1998.

-“Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas” en *El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. Embid Irujo (dir). Civitas. Madrid. 1998.

-*Público y Privado en los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Madrid. Civitas. 1993.

MALARET I GARCÍA, E., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., PADRÓS I CASTILLÓN, X., SÁNCHEZ MORÓN, M., Y ORTEGA MARTÍN, E. *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*. Institut d'Estudis Autonòmics. Marcial Pons. 1999.

MALGRAT BREGOLAT, P., “Implicaciones de la Directiva Marco del Agua en el Saneamiento”. XXV Jornadas de la Asociación Española de Abastecimiento de Agua y Saneamiento. Palma de Mallorca, 25, 26 y 27 de mayo de 2005. Actas pendientes de publicación.

MANGAS MARTÍN, A. “El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general”. Gaceta Jurídica de la CEE y competencia (GJ) D-17. 1992.

MANIN, P., “Mondialisation et structures étatiques: l'expérience européenne” en *Mondialisation des échanges et pouvoir de l'État*. Bruylant. Bruselas. 1997.

MAP. *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OCDE*. Traducción de Rodríguez Álvarez, J.M. Madrid. 1997.

MARTÍN MATEO, R., *El marco público de la economía de mercado*. Aranzadi. Elcano 2003.

-*Manual de Derecho Ambiental*. Trivium. Madrid. 1995.

-*Tratado de Derecho ambiental*. Vol. I y II. Trivium. Madrid. 1992.

-*La liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*. Trivium. Madrid. 1988.

-*Entes Locales complejos*. Trivium. Madrid. 1987.

-“La sustantividad del Derecho Administrativo”. *RAP*. Núm.53. 1967.

MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes administrativas*. Aranzadi. Elcano. 2005.

-“Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)” en *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Civitas. Madrid. 2003.

-“La responsabilidad patrimonial de la Administración Local” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I. Muñoz Machado, S (dir). Civitas.Madrid. 2003.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “Régimen jurídico de las obras hidráulicas” en *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*.Civitas. Madrid. 2000.

-“Las Comunidades de regantes en el tiempo presente” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo I. Sosa Wagner, F.(dir).Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

-“Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública” en *RanAP*. Núm. 39. 2000.

-“Acotaciones sobre el nuevo derecho de aguas” en *REDA*. Núm 101. 1999.

-“De la simplificación de la Administración Pública” en *RAP*. Núm.147. 1998.

-*Derecho de Aguas*. Civitas. Madrid.1997.

-“Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas” en *Gestión del Agua y Medio Ambiente*. Embid Irujo, A., (dir). Civitas. Madrid.1997.

-“Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo”. *RAP*. Núm. 149.1996.

-*El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*. Civitas. Madrid.1996.

-“Las empresas públicas: reflexiones del momento presente”. *RAP*. Núm. 126.1991.

-*Derecho administrativo económico*. Vol.I. La Ley. Madrid. 1988.

-*La Ley de aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*. Centro de Estudios Hidrográficos. Madrid. 1963.

-“La elaboración de la Ley de Aguas de 1866” en *RAP*. Núm.32. 1960.

-“Trayectoria y significación de las Confederaciones Hidrográficas” en *RAP*, Núm. 25. 1958.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L, “Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las Sentencias”. *REDA*. Núm.125. 2005.

-“Administración Local y Medio Ambiente” en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. Esteve Pardo, J. (coord.). Civitas. Madrid.1995.

-“Problemas jurídicos de la tutela del paisaje”. *RAP*. Núm. 71. 1973.

“La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de “Daseinsvorsorge”. *RAP*. Núm. 38. 1962.

-Recensión de *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*. FORSTHOFF. Stuttgart. 1959, en *RAP*. Núm. 37.1962.

-“De la gestión interesada a las “cláusulas de interesamiento”. *RAP*. Núm. 36. 1961.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S., *L'ordinamento giuridico*. Sansoni. Firenze.1951. La traducción al español ha sido publicada por el Instituto de Estudios Políticos. *El ordenamiento jurídico*. 1962.

MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, C. “Las Confederaciones Hidrográficas” en *Revista de Derecho Público*. 1936.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. “La Administración institucional en la legislación autonómica y municipal” en *Administración institucional*. CGPJ. Madrid. 2004.

-“Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local” en *Anuario del Gobierno Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local. 2003.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L/ YSA FIGUERAS, T. *Las personificaciones instrumentales locales en Cataluña*. INAP. Madrid .2003.

MARTÍNEZ MARÍN, A. “Las necesidades de cambio de la Administración Pública”. *I Seminario Nacional de Gestión Pública “Nuevos retos en el horizonte de las Administraciones Públicas”*. Universidad de Murcia. Facultad de Derecho. Murcia. 2003.

MARTÍNEZ NIETO, A. *Código de Aguas*. Ecoiuris. Madrid. 2004.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. “La garantía constitucional del Derecho Administrativo” en *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*. Balado, M/García Regueiro, J.A (dirs.). Bosch. Barcelona. 2003.

-“Servicio público, servicio universal y “obligaciones de servicio público” en la perspectiva del Derecho Comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos” en *RanAP*. Núm.39. 2000.

-“La regulación económica en España” en *El nuevo servicio público*. ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M, MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. Marcial Pons. Madrid. 1997.

-“¿Sociedades públicas para construir y contratar obra pública?” en *Defensa de la libertad. Homenaje a V. Mendoza Oliván*. Vol. I. AA.VV. IEE. Madrid. 1997.

MATÉS BARCO, J. M., *La conquista del agua*. Universidad de Jaén.1999

-*Cambio institucional y servicios municipales. Una historia del servicio público de abastecimiento de agua*. Comares. Granada. 1998.

-“El servicio público de aguas potables en España: un sector entre la confluencia de los intereses públicos y privados”
www.unizar.es/fnca/congresos/congreso1/docum/comunica/118.pdf.

MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Verlag C.B. Beck. München. 2004.

MAYER, O. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Vol. II. Duncker & Humblot. München/Leipzig. 1924.

MELGAREJO MORENO, J., *El agua en la Historia de España*. Alicante. 2000.

MELLADO RUIZ, L. “El sistema jurídico de la contratación pública en España: novedades del régimen de los contratos realizados por entes públicos de gestión de sujetos al Derecho privado”. *REDA*. Núm.127.2005.

MÉNDEZ ESPINO, J. “Participación del sector privado en el servicios de abastecimiento de agua y saneamiento: experiencia de Murcia” en *Conferencias y reseñas del Seminario sobre abastecimiento de agua*, celebrado en Alicante, del 14 al 1 de junio de 1993.

MENÉNDEZ GARCÍA, P. “Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales a favor de las Entidades Locales (especial referencia al abastecimiento de aguas y suministro de gas” en *REDA*. Núm. 89. 1996.

- MENÉNDEZ REXACH, A., “Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas” en *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer milenio*. Embid Irujo, A., (dir). Tomo I. Civitas. Madrid. 2002.
- “Principios reformadores de la nueva Ley de Aguas” en *La gestión de los recursos hídricos en vísperas del Siglo XXI*. AA.VV. Generalitat Valenciana. Conselleria d’Obres Públiques. Valencia. 1991.
- MERINO GABEIRAS, C. “El efecto directo vertical de las Directivas Comunitarias” en http://injef.com/revista/ue/dc_00.htm
- MESTRE DELGADO, J.F. “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.II. MUÑOZ MACHADO, S. (dir).Civitas. Madrid. 2003.
- MIGUEZ MACHO, L., *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Barcelona. 1999.
- MIR PUIGPELAT, O.*Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Civitas. Madrid. 2004.
- La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas. Madrid. 2002.
- MODERNE, F. “Los entes administrativos instrumentales en Francia” en *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Vol.II. Civitas. Madrid.1994.
- MOLINA GIMÉNEZ, A., *El servicio público de abastecimiento de aguas en poblaciones. El contexto liberalizador*. Tirant Monografías. Valencia. 2001.
- MONTORO CHINER, M^a. J. “Instituciones y técnicas de Derecho Administrativo afectadas por la jurisprudencia europea”. *IX Semanario Conjunto*. “Problemas de actualidad del Derecho público en el proceso de europeización”. Speyer. 2005.
- “El Estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo III. Sosa Wagner, F.(dir).Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

MONTOYA MARTÍN, E. *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*. Marcial Pons. Madrid. 1996.

-“Reflexiones en torno a la empresa pública sometida al Derecho privado”.
RarAP. Núm.9. 1996.

MORELL OCAÑA, L, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. El Derecho Administrativo y sus fuentes. La organización administrativa y sus medios*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2002.

-“La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”. *RAP*. Núm. 150. 1999.

-“Abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid” en *Estudios sobre el derecho de la Comunidad de Madrid*. FERRER MORAN, R. (coord.).Civitas. Madrid. 1987.

MORENO MOLINA, M.A. *Derecho comunitario del medio ambiente*. Marcial Pons. Madrid. 2006.

MOREU BALLONGA, J.L., “La oscura reducción del mercado del agua por la Ley 46/1999” *RArAp*. Núm.116. 2000.

MOREU CARBONELL, E., “Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos”. *RAP*. Núm.161. 2003.

MORGAN, D. y ENGLAND, R., “Las dos caras de la privatización” en *Privatización, evaluaciones teóricas recientes*. Núm.2. Vol.6. Caracas. 1989.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. Voz “Mancomunidades” en *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo II. S. Muñoz Machado (dir). Iustel. Madrid. 2005.

“Mancomunidades y asociaciones de entidades locales” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I. Muñoz Machado, S (dir). Civitas.Madrid. 2003.

-“La huida del derecho Administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas y el principio de eficacia. Reflexiones” en *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Vol.II. Civitas. Madrid. 1994.

-*Dominio Público*. Trivium. Madrid.1992.

- MUÑIZ FERNÁNDEZ, P. “Directiva de aguas residuales urbanas y su aplicación de España” en *Boletín Asturiano de la Unión Europea*. Núm.70-71. 1997.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Vol.I. Iustel. 2006.
- “Empresa pública” en *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo II. S.Muñoz Machado (dir). Iustel. Madrid. 2005.
- “Los límites constitucionales a la libertad de prensa” en *Estudios de Derecho Público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr.D. Sebastián Martín-Retortillo*. Civitas. Madrid. 2003.
- Servicio público y mercado. Los fundamentos*. Vol. I. Civitas. Madrid. 1998.
- La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid. 1998
- MUSIL, A. *Wettbewerb in der staatliche Verwaltung*. Mohr Siebeck. Jus Publicum 134. Tübingen. 2005.
- MÜHLENKAMP, H. “Public Private Partnership aus der Sicht der Transaktionskostenökonomik un der Neuen Politischen Ökonomie” en *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt*. D. Budäus (Hrsg). Nomos. Baden-Baden. 2006.
- NAVAJAS REBOLLAR, M. *La nueva Administración instrumental*. Colex. Madrid. 2000.
- NICKEL.T. / KOPF.H. “Abwasserbeseitigung in privater Hand?” en *ZUR*. Núm. 6. 2003.
- NIETO, A. “Globalización y Administración Pública” en *La globalización más allá de la empresa*. AA. VV. Universitat Jaume I. FCJIE. Castellón. 2003.
- “La Administración sirve con objetividad los intereses generales” en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. III. S. Martín-Retortillo (coord.). Madrid. Civitas. 1991.
- NIEVES BORREGO, J. “La gestión interesada en el derecho administrativo español” en *RAP*. Núm. 26. 1958.
- NISIPEANU, P. *Kosten der Abwasserbeseitigung*. Parey Buchverlag. Berlin. 1999.

-Privatisierung der Abwasserbeseitigung: Optimierung der kommunalen Abwasserbeseitigung durch Umorganisation und Neukonzeptionierung. Parey Bucherverlag. Berlin. 1998.

-Abwasserrecht. Beck Verlag. München. 1991.

NOGUERA DE LA MUELA, B., “El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social” en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública.* J.M. Gimeno Feliu (dir). Atelier. Barcelona. 2004.

- Las Directivas comunitarias de “sectores excluidos” y la Ley 48/1998, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación” en *Noticias de la Unión Europea.* Núm. 205. 2002.

-El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las administraciones públicas. Atelier. Barcelona. 2000.

NOLTE, N. *Deregulierung von Monopolen und Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse.* Peter Lang Verlag. Frankfurt. 2004.

NUFFEL, P, VAN.M “Le traité de Nice: un commenataire” en *Revue du Droit de l’Union Européene.* Núm.2. 2001.

OJEDA MARTÍN, A., “Entidades privadas colaboradoras de la Administración en el ámbito técnico” en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos.* Colegio Universitario de Estudios Financieros/ Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid. 1982.

OLAIZOLA, I., ÁLVAREZ DE EULATE, N., “Participación en materia ambiental” en *Medio Ambiente y Participación. Una perspectiva desde la psicología ambiental del derecho.* Universidad del País Vasco. Guipúzcoa. 2003.

OLDIGES, M., “Daseinsvorsorge durch Privatisierung- Wettbewerb oder staatlicher Gewährleistung” en *Daseinsvorsorge durch Privatisierung- Wettbewerb oder staatlicher Gewährleistung.* Oldiges (Hrsg). Nomos-Verlag. Baden-Baden. 2001.

- OLMER, B. *Wasser Historisch*. Peter Lang. Frankfurt. 1998.
- ONU. Water Development Report “Water for people, water for life”. UNESCO.Paris. 2003.
- OPPEN, M/ SACK,D. “Wettbewerb und Kooperation-Zur Einführung” en *Abschied von der Binnenmodernisierung?* Oppen, Sack, Wegener (Hrsg). Sigma. Berlin. 2005.
- ORTEGA, L. “El concepto de medio ambiente” en *Lecciones de Derecho del Medio ambiente*. AA.VV Lex Nova. Valladolid. 2000.
- “La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español”. *REALA*. Núm. 259. 1993.
- ORTEGA BERNARDO, J. “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)” en *RAP*. Núm. 169. 2006.
- ORTEGA DE MIGUEL, E. “La privatización de agua” en *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Núm.7. 2004.
- ORTEGA, E/ SANZ, A. “Marco de los procesos de privatización de servicios públicos con especial énfasis en la gestión del agua”. 2004. Disponible en: www.unizar.es/fnca/docu.
- ORTIZ MALLOL, J. “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de las Administración pública: algunas notas”. *RAP*. Núm. 163. 2004.
- ORTIZ VAAMONDE, S. *El levantamiento de velo en el Derecho Administrativo*. La Ley. Madrid. 2004.
- OSSENBÜHL, F. Informe sobre la República Federal de Alemania. La Administración en la forma jurídica privada y a través de entidades privadas”. *Revista Autonomies*. Núm.15. 1992.
- “Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private” en *VVDStRL* 29 (1971)
- PADRÓS REIG, C., *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*. Tecnos. Madrid. 2001.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R, *Derecho Administrativo. Organización y Empleo Público*. Vol II. Marcial Pons. Madrid. 2005.

-*Derecho Administrativo. Parte general*. Vol I. Marcial Pons. Madrid. 2004.

-*Las Administraciones independientes*. Civitas. Madrid. 1994

PAREJO ALFONSO, L/ JIMÉNEZ-BLANCO, A./ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*. Vol.1. Ariel. Barcelona.1998.

PAREJO ALFONSO L, “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros” en *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Núm.7.2004.

-“La autonomía local en la Constitución” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vo.I. Muñoz Machado,S (dir). Civitas. Madrid. 2003.

-*Crisis y renovación en el Derecho Público*. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires-Madrid.2003.

-*Derecho Administrativo*. Ariel. Barcelona. 2003.

-“Estado Social y Administración prestacional” en *RVAP*. Núm.57. 2000.

-“El medio ambiente” en *Manual de Derecho Administrativo*. Vol.II.Parejo Alfonso, L (coord.). Ariel. Barcelona. 1998.

-*Eficacia y Administración. Tres estudios*. INAP-BOE. Madrid.1995.

-*Crisis y renovación en el Derecho Público*. Cuadernos y Debates. Núm. 30. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

-“La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública” en *DA*. Núm 218-219. 1989.

-*Derecho básico de la Administración Local*. Ariel. Barcelona.1988.

-“La autonomía local y la determinación de su contenido competencial” en *Comunidades Autónomas y Gobiernos Locales*. Diputación de Barcelona. 1987.

-“La autonomía local” en *REALA*. Num.229. 1986.

-“Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general” en *RAP*. Núm. 100-102. Vol. III.1983.

-*Garantía institucional y autonomías locales*. IEAL. Madrid. 1981.

PENCERECI, T. “Privatisierung öffentlichen Aufgabe und Kommunaleabgabenrecht” en *NordÖR*. (Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland). 1998.

PEINE, F-J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Müller. Heidelberg. 2006.

PÉREZ PARRA, J. y VALVERDÚ RABOS, A., “Depuración y reutilización del agua” en *Encuentro Medioambiental almeriense*, 7 y 8 de marzo 1998.
www.gem.es/MATERIALES/DOCUMNET/INDEX.HTM.

PÉREZ PÉREZ, E., *Legislación de Aguas*. Tecnos. Madrid. 2005.

-“La gestión integrada de las aguas superficiales y subterráneas” en *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*. AA.VV. Ecoiuris- IEH. Madrid. 2003.

-*La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*. Bosch. Barcelona. 1998.

-“La naturaleza de las Comunidades de Usuarios del Aguas y esquema de su régimen jurídico” en *REDA*. Núm. 81. 1994.

-*Estudios jurídicos sobre propiedad, aprovechamiento y gestión del agua*. MOPT. Madrid.1993.

PÉREZ ZABALETA, A. “Las Sociedades de agua en España: un instrumento para la construcción de obras públicas”, ponencia presentada en el *II Congreso Ibérico sobre el planteamiento y la gestión de agua*, celebrado en Oporto (Portugal) del 9 al 12 de noviembre de 2000. Disponible en:
www.us.es/cibericos/archivos_acrobat/porto3perezabalet.pdf

PETRELLA, “El agua: un derecho de todos. La privatización del agua y de los servicios de saneamiento en África”. Plan de Acción 2003. AEFJN. Disponible en:
www.ofm-jpic.org/ecology/aefjuwater/aefjuagua.pdf

PFALLER, *El concepto de la economía social del mercado y la nueva "de-civilización" del capitalismo en Europa* [Electronic ed.]-Bonn, [1997].
<http://library.fes.de/fulltext/stabsabteilung/00071.htm>.

PIELOW, J-C. “Frankreich-Service Public” en *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*. Nomos-Verlag.Baden-Baden. 2002.

-*Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*. Mohr Siebeck. Band. 48. 2001.

PIGRAU SOLÉ, A. *Generalidad y particularismo en el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales*. Ed.José Mª Bosch. S.A. Barcelona. 1994.

PIÑAR MAÑAS, J.L, “El derecho comunitario como marco de referencia del derecho español de contratos públicos” en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez-Ferrer Moran R. (dir). Civitas. 2004.

-“El Derecho Comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley” en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Gómez- Ferrer, R. (dir). Civitas. Madrid. 1996.

PIÑAR MAÑAS, J.L/ MORENO MOLINA J.A. “La Ley 48/1998 y el derecho comunitario” en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. GARCÍA MACHO, R. (dir). Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.

PONT CASTEJÓN, I. “Medio ambiente y Constitución Española de 1978” en *La empresa en la Constitución Española*. Aranzadi. Elcano. 1989.

PORTO, F. *Informe sobre la situación actual de los Ayuntamientos: carencias económicas y problemas de gestión* .2005. www.cartalocal.es

PRIETO GONZÁLEZ, L. F. *Las empresas mixtas locales*. Montecorvo. Madrid. 1996.

PRIEUR, M. *Droit de l' environnement*. Dalloz. Paris.2001.

PUCHALT RUIZ, M. “La evacuación y depuración de las aguas residuales urbanas: una visión de conjunto desde la normativa medioambiental y urbanística” en *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*. Núm. 219. 2005.

PURPS, T. *Umweltpolitik und Verursacheprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Heymann. Köln. 1991.

PÜTTNER, G. “Informe sobre las entidades instrumentales administrativas en Alemania” en *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Vol.II.Civitas. Madrid. 1994.

PLUGE,W. “Vor- und Nachteile Brüsseler Vorschläge. Die Wettbewerbssituation aus Sicht der deutschen Wasserversorgungs- und Abwasserunternehmen” en *Wasserwirtschaftlichen Jahrestagung*. Berlín. 13. Oktober. 2003.

QUINTANA LÓPEZ, T. “Aproximación a la regulación sobre saneamiento de las aguas residuales” en *La Ley*. Núm.5. 1997.

-*El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*. Civitas. Madrid.1987.

- QUINTANA PETRUS, J.M. *Derecho de Aguas*. Bosch. Barcelona. 1989.
- RALLO A, *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*. Tecnos. Madrid. 2000.
- RAMÍREZ CHASCO, F.A. “Mancomunidades de servicios: una forma de gestión” en *Revista del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*. Núm.50.Vol.I. 2000.
- RAMOS GOROSTIZA, J.L. “Mercados de agua: principales obstáculos y claves de viabilidad”. Disponible en www.agua.rediris.es/conferencia_iberdrola_2000/conferencia/ramos.htm
- RAPP, L. “Faut-il vraiment définir l’ensemble des délégations de service public?” en *ADJA*. Nº 12. Diciembre 2001.
- RENGELING H-W.(Hrsg). *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*. Besonderes Umweltrecht.Vol.II.2.Carl Heymanns. Köln. 2003.
- “Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht” en *DÖV*. 1989.
- REHBINDER, E. *Privatisierung und Vergabenrecht in der Wasserwirtschaft*. Networks. Núm.11. 2005.
- REUTER, A. “PPP-Refinanzierung unter Haushalts-, Gebühren-, Preis- und Beihilferecht: Zielkonflikte und Lösungsansätze” en *NVwZ*. Núm.11. 2005.
- REVERTE NAVARRO, A. *Legislación de Aguas*. Tecnos. Pérez, Pérez, E. Madrid. 2005.
- REY MARTÍNEZ, F, *La propiedad privada en la Constitución Española*. BOE. Centro de Estudios. Madrid. 1994.
- RICCI, J-C. *Droit administratif général*. HU Droit. 2005.
- RICHER, L. “Droit d’accès et service public” en *L’Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*. Núm.2. 2006.
- RITTER, “*Der kooperativer Staat*” en *AöR*. 1979.
- RIVERO, J/ WALINE, J. *Droit administratif*. Dalloz.Paris. 2004.
- RIVERO ORTEGA, R. “Las transformaciones del papel económico de los municipios y la necesidad de cambios en la regulación de la intervención económica local” en *REAL*. Núm. 291. 2003.

-Administraciones públicas y Derecho privado. Marcial Pons. Madrid. 1998.

RIVERO YSERN, J.L. “En torno a la expropiación de uso de la tierra por cumplimiento de su función social” en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del S.XX. Homenaje al profesor Garrido Falla.* Vol. III. Universidad Complutense Madrid. 1992.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M., “La Carta Europea de la Autonomía Local. Su trascendental posición y significación en el ordenamiento jurídico español” en *Actualidad Administrativa.* LVII.Núm, 42. 1997.

RODRÍGUEZ ARANA, J., *Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo.* Comares. Granada. 1999.

-La privatización de la empresa pública. Montecorvo. Madrid. 1991.

RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. “La creación de mercados regulados: consecuencias para el estado social de derecho” en www.iustel.com, *Revista General de Derecho Administrativo.* Núm.8. 2005.

RODRÍGUEZ CHIRILLO, E. J., *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España.* Instituto de Estudios Económicos. Colección Estudios. Madrid. 1993.

RODRÍGUEZ DE SANCHO, M. J “La prevención y el control integrados de la contaminación” en *La Aplicación de la Directiva Marco del agua en España: retos y oportunidades.* Instituto Internacional de Derecho y Medio Ambiente. Madrid-Barcelona.2000.

RODRÍGUEZ RAMOS, “La protección penal del ambiente” en Ponencias del *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental.* Sevilla. 1995.

ROJAS AMANDI, V. M. en “El Derecho Internacional Público Ambiental al inicio del s. XXI” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional.* Vol. II. 2002.

ROJO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada en la constitución española” en *Revista de Derecho Mercantil.* Núm. 169/170. 1983.

RONELLENFITSCH, “Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff” en *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstags von Prof. Dr.Dr. h. C. Ernst Forsthoff.* Blümer (Hrsg). Berlin. 2003.

- ROSEMBUJ, T. *Los tributos y la protección del medio ambiente*. Madrid. Marcial Pons. 1995.
- ROSENBERG, H /GERMINAL,R/ORDIGUER,A./GAVLADÀ,M. *Agua, ¿mercancía o bien común?*. Alikornio. Barcelona. 2003.
- ROWE, G.C., “Das Verursacheprinzip als Aufteilungsgrundsatz im Umweltrecht” en *Effizienz im Umweltrecht*. E.Gawels (Hrsg). Nomos Verlags. Baden-Baden. 2001.
- RUDOLPH, K-U. “Die Privatisierung von Abwasserbeseitigungsanlagen” en *Staat, Selbstverwaltung und Private in der Wasser- und Entsorgungswirtschaft*. Carl Heymanns. 1997.
- RUGE, R. *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State*. Duncker&Humblot. Berlin. 2004.
- RUÍZ DE APODACA ESPINOSA, M.A. *Derecho ambiental integrado: la regulación de los lodos de depuradora y de sus destinos*. Civitas. Madrid. 2001.
- RUIZ VIEYTEZ, E.J. *El derecho al ambiente como derecho de participación*. Ararteko. Guipúzcoa. 1990.
- RUZA, J. *La privatización y la reforma del sector público*. Madrid. 1994.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA, A., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Eurolex. Madrid. 1999.
- SÁINZ MORENO, F. “Competencias en materia de abastecimiento de agua y saneamiento” en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo II. Sosa Wagner, F.(dir).Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.
- “Bienes de las entidades locales” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.II. Muñoz Machado, S. (dir). Civitas. Madrid.1984.
- “Ejercicio privado de funciones públicas” en *RAP*. Núm.100-102. 1983.
- SALA ARQUER, J.M. “La empresa mixta como modelo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. *REDA*. Núm. 90.1996.

-*La Liberalización del Monopolio de Petróleos en España*. Marcial Pons. Madrid. 1995.

-“Huida al Derecho Privado y huida del Derecho”. *REDA*. Núm. 75. 1992.

-“Comunidades Autónomas y dominio público” en *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*. Vol. IV. Dirección General de lo Contencioso del Estado. IEE.1981.

-*El principio de continuidad de los servicios públicos. Sus orígenes en el Derecho español*. INAP. Madrid. 1977.

SALAS HERNÁNDEZ, J. “Servicio público y competencia a la luz del Tratado de la Comunidad Económica Europea” en *El desenvolupament del dret administratiu europeu*. Barcelona. 1993.

-“Régimen jurídico de los servicios públicos locales esenciales”. *RAnAP*. Núm.11. 1992.

SAMANIEGO BORDIU, G. “La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones”. *REDA*. Núm. 71.1991.

SÁNCHEZ BLANCO, A. Voz “Descentralización” en *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo I. S. Muñoz Machado (dir). Iustel. Madrid. 2005.

SÁNCHEZ DÍAZ, J.L. “Los servicios locales de naturaleza económica-Municipalización, concesión y autorización”. *REAL*. Núm.291. 2003.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos. Madrid. 2005.

-“Participación, neocorporativismo y Administración económica” en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo V. Madrid. 1991.

-*La participación del ciudadano en la Administración Pública*. CEC. Madrid. 1980.

-“El principio de participación en la Constitución española”. *RAP*. Núm.89. 1979.

SANCHO MARCO, T.A., “La nueva configuración de las Confederaciones Hidrográficas” en *Gestión del agua y Medio Ambiente*. Embid Irujo A. Civitas. Madrid. 1997.

- SANDEN, J. “Die Privatisierungsprüfungspflicht als Einsteig in die Verwaltungsprivatisierung” en *Die Verwaltung*. Band. 38. Heft 3. 2005.
- SANDMANN, T. *Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbsrecht*. Peter Lang. Frankfurt. 2005.
- SANJUÁN, M. *Gestió local de l'aigua*. Fundació Carles Pi i Sunyer. Barcelona. 2005.
- SANTAFÉ MARTÍNEZ, J.M. “La gestión del agua en otros países occidentales de características similares a España. Tendencias en la Unión Europea” en *Revista del Colegio de Ingenieros de caminos, canales, y puertos*. Núm. 50. Vol. I. Año. 2000.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Principios el Derecho Administrativo*. Volumen I (2002) y II. (2002). Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Colecc. Ceura. Madrid.
- Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*. Instituto García Oviedo. Sevilla. 1973.
- SANZ SALLA, C. *La gestión de los residuos en la industria cerámica*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.
- SANZ RUBIALES, I. *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*. Universidad de Valladolid. Valladolid. 2004.
- SCHACHTSCHNEIDER, K.A. *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*. Dunker&Humblot. Berlin. 2005.
- SCHAFFLER K., “Economía de mercado con responsabilidad social. La experiencia alemana” en <http://www.cka.iteso.mx/ConferenciaKlausShaffler.doc>.
- SCHERHORN, G. “Markt und Wettbewerb unter dem Nachhaltigkeitsziel” en *ZfU*. Núm.2. 2005.
- SCHERZBERG, A. “Innovative Verwaltung im erfolgsorientierten Rechtsstaat” en *Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts*. Ehlers,D./ Krebs,W (Hrsg). De Gruyter. Berlin. 2000.
- SCHINDLER, D. *Schweizerisches Zentralblattfür Staats und Verwaltungsrechts*. Band.93. Numm.5. Mai. 1992.
- SCHINK, A. “Kommunale Daseinsvorsorge in Europe” en *DVBl*. Heft. 14. 15. Juli. 2005.

SCHULZ, P.M, “Privatisierung der kommunalen Abwasserbeseitigung durch Beleihung?” en *ZfW*. Núm.38. 1998.

SCHMIDT-ASSMANN, E., “Kommunalrecht” en *Besonderes Verwaltungsrecht*. De Gruyter. Berlin. 2005.

-*La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Marcial Pons e INAP. Madrid. 2003.

-“Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht” en *Die Verwaltung*. Beiheft 2. Berlin. 1999.

-*Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. Springer Verlag. Berlin-Heidelberg. 2004.

-“Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns” en *DVBl*.1989.

SCHMIDT-ASSMANN/ HOFFMANN-RIEM(Hrsg). *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechseltige Auffangordnungen*. Nomos Verlag. Baden-Baden.1996.

SCHMIDT-ASSMANN/ RÖHL “Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (art.87.e.GG)” en *DÖV*. 1994.

SCHMIDT-PREUSS, M. “Duales Entsorgungs-Systeme als Spiegelbild dualer Verantwortung: Von der Verpackungsverordnung zum Kreislaufwirtschaftsgesetz” en *Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat*. Schuppert, G. (Hrsg). 1 Aufl. Nomos Verl.-Ges. Baden-Baden. 1999.

SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. Ducker-Humboldt. Berlin. 1965.

-*Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Dunker&Humboldt. Berlin. 1985.

SCHOCH, F. “En relación a la situación de la autonomía local tras la Sentencia Rastede” en *DA*, Núm.234.1995.

-“Privatisierung von Verwaltungsaufgaben” en *DVBl*. 1994.

-“Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft” en *Die Verwaltung*. Beiheft 2. Berlin. 1999.

SCHRÖDER, W. “Wozu noch Zweckverbände?” en *Die Verwaltung*. Núm.34. 2001.

- SCHUPPERT G., “Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung von Gemeinwohlvorsorge” en *Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung*. Von Armin/Sommermann (Hrsg). Duncker&Humbolt. Berlin. 2004.
- Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat*. SCHUPPERT, F. G. (Hrsg). Nomos Verl.-Ges. Baden-Baden. 1999
- “Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatslastung durch Verantwortungsteilung” en *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien, Grenzen, Folgen*. Gusy (Hrs). Nomos-Verlg. Baden-Baden.1998.
- “*Lokale Agenda 21 und die Kooperation der Akteure*” en la Stellungnahme zum Fragenkatalog der öffentliche Anhörung, de 5 de noviembre de 1998. www.parlament-berlin.de.
- SCHWARTZ, P y GONZÁLEZ, M.J. *Una historia del Instituto Nacional de Industria (1941-1976)*. Tecnos. Madrid. 1978.
- SCHWARZE, J. *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1996.
- “Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand” en *Revue du Marché común et de l’Union Européene*. Núm. 370. 1995.
- SEBASTIÁN ROMERO, M. “La Sentencia “Artegodan” del Tribunal de Primera Instancia: el principio de precaución de nuevo en cuestión” en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea* (GJCUE). Enero-Febrero 2003. Núm. 223.
- SEGURA RODA, I. “Principio de precaución: ¿es necesario una (nueva) Comunicación interpretativa de la Comisión?” en *GJCUE*. Enero-Febrero 2004.
- SEIDEL A., *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*. Verlag. C.H.Beck. München. 2000.
- SENDÍN GARCÍA, M.A. *Regulación y servicios públicos*. Comares. Granada. 2003.
- Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada. Comares. 2003.
- SERRANO TRIANA, A. *Fundamentos del Servicio Público*. (II). Madrid.1990.

SETUÁIN MENDÍA, B., *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento jurídico español. Régimen Jurídico*. Lex Nova. Colección Derecho Público. Valladolid. 2002.

-“La Directiva-Marco sobre el agua: el fin del proceso decisorio y el inicio del aplicativo”. *Justicia Administrativa*. Núm.11.2001.

-“Las fórmulas organizativas autonómicas para el saneamiento y depuración de las aguas residuales”. *RarAp*. Núm. 8. 1996.

SFEZ, L. “Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français”. Libraire Général de Droit et de la Jurisprudence (LGDJ) Paris. 1966.

SHIRVANI, F. *Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht*. Duncker&Humblot.Berlin. 2005.

SIEBERT, W. “Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung” en *Festschrift für Niedermeyer zum 70. Geburtstag*. Schwartz Verlag. Göttingen. 1953.

SIEDENTOPF, H. *Die Rastende Entscheidung des Bundesverfassungsgesichts. Ihre Bedeutung für die niedersächsischen Gemeinden*. Schwartz. Göttingen. 1990.

SOLANES, M y GONZÁLEZ-VILLARREAL, F., “Los principios de Dublín reflejados en una evolución comparativa de ordenamientos institucionales y legales para una gestión integrada del agua”. *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo II. Civitas Monografías. Embid Irujo (dir). Madrid. 2002.

SOMMERMANN, K.P. *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*. Mangoldt, Klein, Starck (Hrsg). Band 2: Artikel 20 bis 78. 4 Aufl. Verlag Franz Vahlen.München. 2000.

-*Staatsziele und Staatszielbestimmungen*. Mohr Siebeck. Tübingen. 1997.

SORIANO GARCÍA, J.E. *Derecho público de la competencia*. Edelco-Marcial Pons. Madrid. 1998

-*Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Studia Albornotiana, nº LX. Bolonia.1993.

SORO RAMOS, B. *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*. MAM. Madrid. 2005.

- SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*. Civitas Monografías. Madrid. 2004.
- “Servicio público y papel de la nueva Administración y sus entes reguladores” en *Revista Europea de Derecho Europeo*. Núm.7.2004.
 - “Los servicios públicos en Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Núm.6. 2004.
 - “Los principios del régimen local” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I. Muñoz Machado, S (dir). Civitas. Madrid.2003.
 - “Mancomunidades y otras formas asociativas” en *Tratado de Derecho Municipal*. Vol.I. Muñoz Machado, S (dir). Civitas. Madrid.2003.
 - “Privatización de los servicios municipales” en *Problemas actuales de la Administración Local*. VV. AA. Colex. Madrid. 2002.
 - “Gestión de servicios públicos: algunos problemas” en *Jornadas sobre Derecho de Aguas*. Aranzadi. Navarra.1999.
 - “La autonomía local” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*. Vol.IV. 1991.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M^a y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. “La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos jurídicos” en *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)*. ARIÑO ORTIZ, G (dir).Tomo I. Comares.2004.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M^a, *La actividad de la Administración y el servicio público*. Comares. Granada. 1998.
- SPARWASSER/ENGEL/VOBKUHLE. *Umweltrecht*. C.F.Müller. Heidelberg. 2003.
- SPELTHAHN/STEGER. *Privatisierung der Abwasserbeseitigung. In internationaler Vergleich*. Gabler. 1992.
- STEFFEN, F. “Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven, Handlungsfelder, Strategien” en *Wasser im 21. Jahrhundert- Perspektiven, Handlungsfelder, Strategien - 6.Internationales Sommerakademie St.Marienthal*. Rasch. Bramsche 2001.
- STEINHEUER, W., “Privatisierung der kommunalen Abwasserentsorgung- Ja oder Nein?” BMU. Bonn.1991.

- STEINER,U.“Der «beleihene Unternehmer»” en *Juristische Schulung*. 1969.
- STERN, K. *Derecho de Estado de la República Federal alemana*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987.
- Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Vol.II. München. C.H.Beck. 1980.
- STOBER, R.“Möglichkeiten und Grenzen einer Privatisierung der kommunale Abwasserentsorgung” en *Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnership auf dem Gebiet des Entsorgung*. Dokumentation der Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht, am 3.Mai 1994 in Dusseldorf, Stuttgart, München. Tettinger (Hrsg).1994.
- STRACKE, D. “Regulierung eines natürlichen Monopols” en *Privatisierung der Abwasserbeseitigung: Optimierung der kommunalen Abwasserbeseitigung durch Umorganisation und Neukonzeptionierung*. Parey Bucherverlag. Berlin. 1998.
- STRÜNCK/HEINZE “Public Private Partnership” en *Handbuch zur Verwaltungsreform*. Blanke, Von Bandemer, Nullmeier, Wewer (Hrsg). Leske-Budrich. Opladen. 2001.
- SYDOW,G. *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*. Mohr Siebeck. Tübingen. 2004.
- TAJADURA, J. (dir). *Los principios rectores de la política social y económica*. Madrid. 2004.
- TARRÉS VIVES, M. “Las mejores tecnologías disponibles en materia ambiental: fórmulas para su determinación” en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*. J. Esteve Pardo (coord.). Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona. 2006.
- TEISSONNIER-MUCCHIELLI, B. *L’impact du droit communautaire sur la distribution et l’assainissement de l’eau en France*. CERIC. Paris.2003.
- TETTINGER, “Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership”, en *Public Private Partnership*. Budäus/Eichhorn (Hrsg). Baden-Baden.1997.

- TOLEDO JÁUDENES, J., “*El principio quien contamina, paga y el canon del vertido*” en *RAP*. Núm. 112.1987.
- TOMÁS VILLARROYA, J. *Breve historia del constitucionalismo español*. CEC. Madrid. 1994.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., “El Gobierno de la monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII” en *Historia de España*. MENÉNDEZ PIDAL, R. Vol. XXV. Madrid.1982.
- TORNOS I MAS, J. “Significació i conseqüències jurídiques de la consideració dels serveis socials com a servei públic” en *Quaderns de Dret Local (QDL)*. Núm.6. 2004.
- “La actividad de regulación” en *El Derecho Administrativo en el umbral del S.XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Sosa Wagner F. (Coord).Tomo I. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.
- “Ordenació sectorial, autoritzacions reglamentades i servei públic en el Reglament d’obres, activitats i serveis” en *Dret Local. Ordenances, activitats i serveis públics*. FONT I LLOVET (coord.). Barcelona. 1997.
- “Comercio interior y exterior” en *Derecho Administrativo Económico*. Vol.II. Martín-Retortillo Baquer, S (dir). La Ley. Madrid. 1991.
- “Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos (especial referencia a suministro de agua, gas y electricidad)” en *REALA*. Núm.245. 1990.
- “Competencias de la Comunidad Europea y de las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente” en *La integración de España en las Comunidades Europeas y las competencias de las Comunidades Autónomas*. Generalitat de Catalunya. Barcelona. 1983.
- TORRES PRADAS, L./PINA MARTÍNEZ, V. “Un estudio empírico sobre las actuaciones de los tribunales de cuentas de la Unión Europea en los procesos de privatización” en *Privatización de empresa y descentralización de servicios públicos*. AECA. Madrid. 1998.
- TRONCOSO REIGADA, A. *Privatización, empresa pública y Constitución*. Marcial Pons.1997.

- URÍA, R. *Derecho mercantil*. Marcial Pons. Madrid. 1987.
- VÁZQUEZ ORGAN, J. “La eficacia directa de las directivas comunitarias”
www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0157.htm
- VELASCO CABALLERO, F. “El Medio Ambiente en la Constitución:¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?” en *Administración en Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*. Núm.19.1994.
- VILLAR ESCURRA, J.L. *Derecho administrativo especial: administración pública y actividad de los particulares*. Civitas. Madrid.1999.
- VILLAR PALASÍ, J.“Prestaciones sanitarias. Catálogos, problemas de su configuración normativa” en *La gestión de los servicios sanitarios. Modelos alternativos*. Actas del II Congreso “Derecho y Salud” de la Asociación de Juristas de la Salud. Pamplona. Diciembre de 1994, publicadas por el Gobierno de Navarra. Pamplona. 1995.
- “Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas”, *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Vol.I.Civitas. Madrid. 1994.
- “Concesiones administrativas” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Tomo IV.1952.
- “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”. *RAP*. Núm.3.1950.
- VILLAR ROJAS, F. J. *Privatización de servicios públicos*. Tecnos. Colección de Ciencias Sociales. Serie de Derecho. 1993.
- “Los servicios esenciales reservados a las Entidades Locales”. *Introducción a los servicios públicos locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*. VV.AA. MAP. Madrid. 1991.
- VOIGT, R/ WALKENHAUS, R., “Verwaltungsreformen-Einführung in das Problemfeld” en *Handwörterbuch zur Verwaltungsreform*. VOGIT, R/ WALKENHAUS, R (Hrsg). VS Verlag für Sozialwissenschaften. Wiesbaden .2006.
- VON DIETER, H.S. “Europäisierung des Verwaltungsrechts” en *Die Verwaltung*. Núm. 40. 2001.

- VON WEDEMEYER, G, *Kooperation statt Vollzug im Umweltrecht*. Shaker Verlag. Aachen. 1995.
- WAHL, R., “Privatisierung im Umweltrecht” en *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien, Grenzen, Folgen*. Gusy (Hrs). Nomos-Verlg. Baden-Baden.1998.
- WALZ, R. “Umweltauswirkungen einer Privatisierung der Wasserver- und Abwasserentsorgung in Deutschland” en *Umweltaspekte einer Privatisierung der Wasserwirtschaft in Deutschland*. Holzwarth/Krämer (Hrsg). Ecologic. Berlin. 2001.
- WEBER, “La protección de la propiedad en el Derecho comparado” en *REDA*. Núm. 72. 1994.
- WEISS, W. *Privatisierung und Staatsaufgaben*. Mohr Siebeck.Tübingen. 2002.
- WERLE, H. “Zwischen Gemeinwohl und Profitinteresse. Erfahrungen bei der Teilprivatisierung der Wasserwirtschaft in Berlin” en *Hintergrund-Materialien*. Núm.13. Brot für die Welt (Hrsg). Stuttgart. 2005. Disponible en: www.menschen-recht-wasser.de.
- WIMMER, N. “Daseinsvorsorge durch die Kommunen unter dem Einfluss des EG-Rechts” en *Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht*. Schröder/Weber (Hrsg). Wien. 2004.
- WINCKLER, A. “Quelques réflexions a propos de la réforme des services publics” en *L’idée de service public est-elle encore soutenable?*. Chevalier, Ekeland, Frison-Roche (dir). Puf. Paris. 1999.
- WOLF,D. “La réforme des services publics en Allemagne” en *L’idée de service public est-elle encore soutenable?*. Chevalier, Ekeland, Frison-Roche (dir). Puf. Paris. 1999.
- WOLF, J. *Umweltrecht*. Verlag C.H.Beck.München.2002.
- WOLF, M, “Reichsverfassung und Eigentum” en *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum*. Mohr V.Tübingen. 1923.
- WOLFF/BACHOF/STOBER. *Verwaltungsrecht.I*. Band 1.11. Aufl. Band 1.Verlag CH Beck. München. 1999.
- WON-WOO LEE. *Privatisierung als Rechtsproblem*. Heymann. Köln.1997.

VOBKUHLE, A. "Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung" en *VVDStRL*. Num.61. 2002.

ZAMPONI. *Public Private Partnership. Grundlagen, Modelle und Bezüge zum Vergaberecht*. Dissertation an der Universität Innsbruck. 2002.

ZEISS, C. "Public Private Partnerships und gemischtwirtschaftliche Gesellschaften am Ende?" en *DÖV*. Núm.19.2005.

ZIEKOW, J., *Public Private Partnership. Projekte, Probleme, Perspektiven*. FÖV. Speyer.2003.

-"Public Private Partnership und Verwaltungsverfahrenrecht" en *Perspektiven der Verwaltungsforschung*. Sommermann/Ziekow (Hrsg). Duncker&Humblot. Berlin. 2002.