

**El abastecimiento domiciliario de agua potable.
Un estudio de su régimen jurídico Hispanoamericano**

Fernando García Rubio
España

Revista Iberoamericana de Gobierno Local
Número 3, Granada, Noviembre, 2012
ISSN: 2173-8253

EL ABASTECIMIENTO DOMICILIARIO DE AGUA POTABLE. UN ESTUDIO DE SU REGIMEN JURIDICO HISPANOAMERICANO

Fernando García Rubio

Profesor titular de derecho administrativo (Universidad Rey Juan Carlos)

Resumen: Como servicio de interés general de carácter esencial para todos los ciudadanos el abastecimiento domiciliario de agua potable contiene características similares en su régimen jurídico. Realizar un análisis del mismo en el ámbito hispanoamericano es el objeto de estudio de este trabajo.

Palabras clave: Abastecimiento de agua potable régimen jurídico, servicios de interés general, ámbito hispanoamericano

Abstract: As a service of general interest and essential character for every citizen, water supply has a similar features in its legal regime. The purpose of this project is to analyse at an Hispanic-American level.

Key words: Water supply, legal regime, services of general interest, Hispanic-American Level

Sumario: I. El servicio público como fundamento del régimen del abastecimiento de agua a las poblaciones. II. Introducción el abastecimiento de agua en España, Características generales. III. El abastecimiento de agua. Régimen constitucional IV. Determinaciones legislativas e influencia española V. Conclusiones

I. El servicio público como fundamento del régimen del abastecimiento de agua a las poblaciones.

El concepto de servicio público parece en apariencia bastante claro, aunque dentro del ámbito del Derecho Administrativo hispanoamericano y en los términos de las diversas concepciones doctrinales, es objeto de una controversia y discusión permanente, pero expresamente dentro de las ideas asumidas por la población parece claro.

Así los servicios públicos son aquellas actuaciones y funciones administrativas relacionas con ámbitos prestacionales de las diversas administraciones y con carácter más genérico los derivados del denominado Estado del bienestar y así la sanidad, la educación, la energía, las comunicaciones, etc., y específicamente, como posteriormente abordaremos el suministro de agua potable a la población.

Pero dicha apariencia diáfana no es desde un punto de vista de técnica jurídica un campo claro y sin problemas, puesto que el referido concepto de servicio público no ha dejado de evolucionar, ni de matizarse desde su origen a mediados del siglo XIX, de hecho uno de los criterios dentro de los límites de la aplicación del Derecho

Administrativo que señala el Profesor García de Enterría¹ es el del servicio público, apareciendo éste como “*tertium genus*” entre los actos de autoridad y actos de gestión de las administraciones, en el cual se mezcla la gestión pública y la gestión privada. Entrando dicha distinción en crisis tras la ola de nacionalizaciones y publicación de industrias de los años 1936 y 1945, que puso la existencia de servicios públicos gestionados, no ya por administraciones sino por empresas de derecho privado, incluso ya de titularidad no pública en absoluta regresión. Este primer concepto fue elaborado por la llamada Escuela de Burdeos (Duguit, Jézé, Bonnard), y aunque en buena medida fue superado tras el citado momento histórico no puede olvidarse dado lo fundamental de la aportación de la construcción originaria del concepto.

Por lo que se refiere a las características de las actividades de servicio público, y al margen de las diversas materializaciones ideológicas-doctrinales, debemos señalar según afirma Villar Ezcurra² el hecho de que la doctrina no sea unánime a la hora de establecer o enunciar las características comunes de las actividades de servicio público no significa, empero, que exista desacuerdo total acerca de su significado.

El concepto de servicio público puede llegar a ser descrito, pero resulta inútil pretender definirlo ya que, o bien se aboca a una definición completamente vacía e inútil, o bien se corre el riesgo de “congelar” una determinada situación que ni responderá al pasado de esta institución ni podrá sobrevivir a las constantes alteraciones del ordenamiento jurídico. Por tanto y partiendo de la opinión del referido autor intentaremos consignar las principales características de las actividades de servicio público en el marco de un país de la Unión Europea a principio del siglo XIX.

Por otro lado debemos señalar que dentro de la declaración como servicio público hay que indicar el concepto del principio de tipicidad y la escala de la “*publicatio*”.

En primer lugar debemos afirmar con el señalado Villar Ezcurra que, las actividades de servicio público son fácilmente detectables, ya que tan sólo deben incluirse en esta categoría aquellas a las que el legislador otorga especialmente esta calificación. Es lo que se ha denominado como principio de tipicidad y que no deja de ser una formulación redundante pero a la vez sumamente útil. Esta intención corresponderá a la expresa declaración de un sector o actividad como “servicio público” a través de una norma de rango de ley. En función de este principio no existirá problema para delimitar el ámbito del servicio público en las actividades de contenido claramente económico. Comunicaciones, transportes y suministros (así el caso que nos ocupa del agua) serán los sectores afectados, de una forma u otra, por esta declaración expresa del legislador. No ocurrirá lo mismo con los bloques de servicios sociales y residuales, en donde la declaración como servicio público no aparece tan claramente formulada.

En el bloque de servicios económicos (el núcleo más importante del concepto de servicio público) las puntualizaciones se refieren al modo en que se ha llevado a cabo

¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. “Curso de Derecho Administrativo I” Págs. 52 y 53. Thomson- Civitas. Duodécima edición. 2006, Incluso en el siglo XX fue un elemento denominador del derecho administrativo, como sostuvo la escuela de Burdeos.

² José Luis Villar Ezcurra, “Derecho Administrativo Especial. Administración pública, actividades de los particulares”. Civitas 1999. Págs. 210 a 221.

su declaración como servicio público. Tradicionalmente, la declaración como servicio público de cada una de las actividades encuadradas en este bloque se ha vinculado a su publicación ,total o parcial, conduciendo, por ello, a una identificación de ambos conceptos (el de servicio público y el de “publicatio”).

La “publicatio” de actividades comienza a producirse como hemos descrito anteriormente en el siglo XIX a causa de la vinculación de determinadas actividades al concepto de obra pública cuya naturaleza demanial hará que se aplique a su explotación la técnica concesional (detrás de la cual subyace la reserva o “publicatio” con titularidad). Este será el caso prototípico del ferrocarril sobre el cual se edificará erróneamente, a juicio de Villar Ezcurra, la idea de servicio público explicable en la época en que se produjo dada la ausencia de una definición legal y doctrinal del concepto de servicio público.

Corresponde al concepto de servicio público que los poderes públicos, esto es el Estado en su conjunto, independientemente de la forma de organización territorial de este (federales, centralizados, competencias locales o nacionales) o sean responsables de facilitar a los ciudadanos determinados bienes o servicios por la relevancia de estos que hace su facilitación se monopolice, inicialmente al menos, tal y como describe Martín Mateo³, por las autoridades ese carácter. Aunque las propias prestaciones materiales se pueden llevar a cabo por sujetos privados bajo la tutela u dirección del Estado.

Esta es la declaración formal que se denomina “publicatio” lo que impide una privatización absoluta de estos ámbitos (lo cual tiene especial importancia en relación con el suministro de agua). No obstante dado el confuso uso de este termino que se realiza con demasiada habitualidad, nos proponemos más adelante aclarar dicha acepción, en relación con los servicios públicos.

La mayor o menor publicación y la consideración como tal de servicio público de un ámbito es una decisión que corresponde necesariamente al legislativo y, por tanto, con un carácter eminentemente político.

Martín Mateo apunta cuatro posibilidades para ser considerado como servicio público cada una de las actividades o sectores:

- 1.- Así, en primer lugar, la inviabilidad técnica de la gestión privada.
- 2.- En segundo lugar la incidencia en el dominio público.
- 3.- En tercer lugar, la eficacia.
- 4.- En cuarto lugar, la solidaridad.

³ Ramón Martín Mateo “El marco público de la economía de mercado” Thomson-Aranzadi, 2ª Edición, 2003. Pág. 98.

Para el referido Martín Mateo⁴ dentro de las funciones del poder ejecutivo, y por tanto la Administración en definitiva, esta la de prestación de servicios públicos que para él pueden versar en la facilitación de bienes o actividades en los campos cultural, social y económico.

Los primeros, los culturales, son los más antiguos y para Martín Mateo consistían históricamente en la facilitación por los soberanos o señores feudales de festejos, justas, etc., pasando al Estado moderno que asume el fomento de las bellas artes en general: museos, teatro, etc.

Los servicios públicos sociales, por su parte, también con orígenes remotos, que conectan con la garantía rudimentaria contra la opresión legítima, antecedente de la política actual de seguridad, con la admisión de beneficencias que en su momento se asumió por la Iglesia católica a través de hospitales, asilos, etc., pero con la ayuda de los magnates de la época, Reyes, no por el altruismo sino por el propósito de conseguir un premio de salvación extraterrenal.

Los servicios se laicificaron posteriormente y se impulsaron a partir del Siglo XIX desde un punto de vista público y ya a finales del Siglo XIX desde Bismark y Lord Beveridge en el ámbito claramente público.

Pero la última oleada de los servicios públicos, para Martín Mateo, son los económicos que surgen también en la segunda mitad del Siglo XIX como consecuencia de los avances científicos, si bien algunos de ellos como el correo o el telégrafo en sus versiones más rudimentarias son de épocas precedentes.

En esta línea se inscriben los servicios telefónicos, los transportes, ferrocarriles, carreteras, servicios urbanos de todo tipo como el gas, la electricidad, el alumbrado, etc. Y singularmente el agua potable, el primero (recuérdense los acueductos romanos o las albercas de Tikal) y más importante de ellos.

Ulteriores descubrimientos tecnológicos significaron, para Martín Mateo, ensanchar el ámbito de servicios públicos, incorporándose ya las telecomunicaciones, la prensa, los suministros, peligro del petróleo, finanzas, banca pública, etc.

Si en tan temprana fecha como 1981 Garrido Falla⁵ ya sostenía, partiendo de las determinaciones del texto constitucional español de 1978, que el principio de libre empresa determinado por el artículo 38 de la Constitución es aplicable a la creación por particulares de establecimiento de empresas que supongan la prestación de bienes y servicios públicos, salvo en aquellos casos que estén expresamente reservados al sector público por la Constitución o por las leyes amparadas en el ámbito constitucional, cuyo caso paradigmático a los efectos que aquí nos ocupa del servicio de suministro de agua

⁴ Ramón Martín Mateo, Op. Cit. "El marco..." Pág. 99.

⁵ Fernando Garrido Falla, "El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público" Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 29, 1981, Págs. 259 y siguientes.

a poblaciones reservado por el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

A tales efectos de prestación de servicios públicos, según Garrido, las empresas privadas no necesitan una previa concesión administrativa y se desarrollan en concurrencia con cuantas se creen ajustadas a las prescripciones legales y reglamentarias dictadas en interés público y de los usuarios y consumidores. Circunstancia ésta que no podemos compartir, máxime puesto que la legislación positiva posterior a las reflexiones de Garrido, también desarrollando los preceptos constitucionales, ha ido configurando diversos servicios públicos de carácter incluso universal que están sometidos a una plena autorización concesión administrativa como los postales, las telecomunicaciones, etc.

Sostiene, igualmente, Garrido que la iniciativa pública permite la creación de empresas como hemos dicho anteriormente, pero sometidos sus actos y actividades al régimen de igualdad con los privados en cuanto a al régimen jurídico.

Su nacimiento requiere una causa de interés público que parece implícita, a juicio del reiteradamente citado Garrido Falla, en los establecimientos esenciales pero no en los puramente económicos, y como consecuencia de ello sólo se pueden reservar como servicio público en régimen de monopolio para su gestión directa o indirecta los que tuvieran un carácter esencial para el interés público, bien por sus características inherentes o por el hecho más o menos circunstancial de que se exploten en régimen de monopolio por efecto público.

Así para Garrido la determinación del artículo 128.2 de la Constitución es que es posible la creación, lógicamente de empresas públicas siempre que el interés público que debe ser formalmente declarado lo justifique. Que el régimen de estas empresas ha de ser competencia sin privilegio alguno con el sector privado y por otra parte que sólo los servicios y recursos caracterizados como esenciales pueden reservarse al sector público con carácter de monopolio, y por tanto sólo estos servicios se pueden conceder con monopolio para su gestión por un concesionario privado.

De hecho con sus opiniones Garrido Falla adelantó lo que serán las futuras determinaciones del concepto de servicio público, esto es en aquellas actividades económicas en que sea susceptible la competencia el principio de igualdad de las actividades prestadas por el sector público con las que sean susceptibles de ser prestadas por las Administraciones a través de sus diversas personificaciones y sustancialmente por las sociedades mercantiles de titularidad o control público.

Es esa determinación constitucional en base al concepto del artículo 128.2 de la Carta Magna que reserva la capacidad de intervención y supeditación del interés particular al interés general a juicio de Garrido Falla que debe de aplicarse el concepto de servicio público restringiendo su carácter amplio tan solo a aquellos servicios que tuvieran un carácter esencial y poniendo, por consiguiente el referido autor, en duda la constitucionalidad de todos los demás monopolios desde los de carácter fiscal hasta los que se basan en un mero título condicional.

Lógicamente dicha opinión debemos de actualizarla teniendo en cuenta la incorporación de España a las Comunidades Europeas desde Enero de 1986 y, por tanto, a los conceptos de servicio público derivados de los Tratados anteriormente comentados.

Ahora bien el concepto de servicio público debemos vincularlo necesariamente, tal y como destaco el ya indicado Garrido Falla⁶, al modelo económico derivado del texto constitucional actualmente vigente y con anterioridad a las normas constitucionales aplicables al mismo concepto de modelo económico que dirige las relaciones sociales y la capacidad, mayor o menor, de intervención de la Administración en la vida económica y, por tanto, la prestación directa de servicios dentro del tráfico mercantil.

Partiendo de ese claro origen podemos, a nuestro juicio, destacar tres etapas muy diferenciadas en la evolución del concepto de servicio público desde un punto de vista jurídico-administrativo:

1º.- En primer lugar, la etapa originaria desde el último tercio del Siglo XIX hasta fundamentalmente la Segunda Guerra Mundial, que supone la construcción del concepto en el marco de un Estado liberal en el cual se prestan servicios por parte de gestores privados bajo una policía administrativa pública.

2º.- Una segunda etapa del concepto de servicio público lo deberemos englobar dentro del denominado Estado de Bienestar tras la Segunda Guerra Mundial y en el marco de una expansión del Estado en la prestación de servicios de forma directa, que supone la eclosión de la crisis de la denominación de servicio público por la expansión del ámbito prestacional de las Administraciones Públicas en relación con el concepto de servicio público originario del Derecho Administrativo del primer tercio del Siglo XX.

3º.- Y finalmente podemos hablar de una tercera etapa del servicio público en cuanto a su concepción y permanente crisis. En ese sentido hay quien ha llegado a hablar⁷ incluso de un “réquiem por los servicios públicos” a partir de los fenómenos de privatización y desregularización.⁸ Iniciados a partir de los años 80 del Siglo XX tanto en la Gran Bretaña como en otros países europeos y sacralizados en torno a los principios de libre circulación de bienes, capitales, trabajadores y servicios previstos por el Acta Única de 1987, fundacionalmente, por el subsiguiente Tratado de Maastricht en 1992 y el posterior Tratado de Amsterdam de 1997 y los de Niza de 2002 y Lisboa de 2007 esto es por la regulación comunitaria que pasa de un concepto del servicio público prestado directamente por la Administración a una libre competencia en la prestación de servicios y, por tanto, a una mera supervisión de estos desde el punto de vista administrativo, con la introducción de conceptos diferentes como servicios de interés general o servicios de interés económico de interés general, configurándose por parte las principales características de la concepción clásica del servicio público. Circunstancia

⁶ Fernando Garrido Falla, Op. Cit. “El modelo económico...” Págs. 259 y siguientes.

⁷ Santiago González-Varas Ibañez, . “¿réquiem por los servicios públicos?”. Págs. 1345 a 1362 de la obra colectiva “Nuevas perspectivas del régimen local”. Estudios en homenajes al profesor José María Boquera Oliver. Obra colectiva coordinada por José María Baño León y Juan Climent Barberá. Tirant Loblanc 2002

⁸ Acerca de este fenómeno véase José Eugenio Soriano García “Desregulación, privatización y derecho administrativo” publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1993.

esta profundizada por la directiva de servicios 123/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, o directiva Bolkestein.⁹, pudiéndose en este caso hablar de tres modelos en la antigua categoría del servicio público tal y como destaca Sorace ¹⁰ y así los servicios públicos en su dimensión original que podemos denominar a la francesa.

En segundo lugar el modelo norteamericano de “public utility regulation” y en tercer y último lugar el ya señalado modelo europeo de servicios de interés económico general.

Dicha concepción tuvo además un carácter extensivo y en la figura de Duguit y posteriormente de su discípulo Gastón Jeze, un carácter omnicomprensivo de la totalidad del derecho administrativo, siendo el derecho administrativo el derecho del servicio público, circunstancia esta criticada por la escuela Toulouse encabezada por Hauriou, pero que a los efectos que aquí nos incumben, esto es la definición de servicio público, es fundamental.

Pero es sobre todo el ya referido Duguit el que estableció las fronteras del concepto de servicio público que ha sido objeto de crisis y reformulación continuamente desde ese momento histórico.

Así, en concreto en su Tratado de Derecho Constitucional¹¹ en el cual define la noción de servicio público como toda actividad de acompañamiento jurídico y aseguración reglada y controlada por los gobiernos para el cual el acompañamiento de esta actividad es indispensable a la realización y desarrollo de la independencia social, la cual tiene como naturaleza la realización completa y por la intervención de la fuerza del gobierno.

Dicha actividad es de una importancia tal para la colectividad que no puede estar interrumpida un solo instante.

Así en el comienzo fue Hauriou quien empezó con el esbozo del concepto de servicio público al cual inició una defensa en el año 1892, aunque abandonó dicha tesis, para posteriormente defender el nuevo servicio público, aunque finalmente paso luego a poner el acento en los medios y no en el concepto general de servicio público.

No obstante, tal y como recoge Martín Rebollo¹², dicha teoría, si bien fue esbozada por Hauriou luego fue su gran objetor, siendo completada, ampliada y convertida por el referido León Duguit y posteriormente por su discípulo Gastón Jeze y concretamente por la Escuela de Burdeos.

Así visto el servicio público francés debe diferenciarse en 2 fuentes:

⁹ Sobre la directiva de servicios véase Ricardo Rivera Ortega (Director) “Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la directiva de servicios en España”. Cívitas.Thomson-Reuters 2009.

¹⁰ Domenico Sorace “Estado y servicios públicos. La perspectiva europea”, Palestra 2006, Lima, págs. 18 a 58.

¹¹ León Duguit, “Traite de droit constitutionnel” Ediciones E.Doccore, París, 1923. Volumen Tomo II, Págs. 54 a 56.

¹² Luis Martín Rebollo, “De nuevo sobre servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica” Págs. 2471 a 2542 de Revista de Administración Pública, Volumen III, núm. 102, en la edición del año 1983, y en concreto Pág. 2488.

1.- Por un lado, la fuente jurisprudencial, esto es los continuos ârrets del Consejo de Estado de dicha nación que van configurando un cuerpo doctrinal importantísimo en la conceptualización de las diferentes figuras del derecho administrativo que es propiamente traspolado a nuestro derecho hispánico en multitud de ocasiones.

2.- Y por otra parte la mera concepción doctrinal de señeros autores que elaboran las instituciones en su aspecto más abstracto y teórico.

Dentro de esta segunda figura es indispensable la figura de Duguit que es reconocido por todos como padre de la concepción originaria del servicio público¹³.

De hecho la construcción del concepto de servicio público en el derecho administrativo español ha estado condicionada, tal y como afirma Meilán Gil¹⁴, por una amplia aceptación del derecho francés, lo cual es criticado por el citado autor, añadiendo el condicionamiento que tiene el referido concepto en nuestro derecho hispánico junto a esa amplia aceptación del derecho francés el de un acuso dogmatismo y un incipiente sentir histórico.

II. Introducción el abastecimiento de agua en España, Características generales

Partiendo de la naturaleza conceptual del servicio público y de la necesaria ubicación del suministro de agua a las poblaciones en este concepto, deberemos de proseguir en su régimen jurídico español e iberoamericano.

Así el suministro de agua a las poblaciones en la legislación española y en concreto la obligación prevista en el artículo 26.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local aparece como abastecimiento domiciliario y servicio público obligatorio.

Esta es una prestación consustancial al desarrollo de la actividad humana, no sólo para la vida, que sin agua es imposible, sino para la actividad económica. En ese sentido Iberoamérica y sus numerosas repúblicas tienen un régimen jurídico relativamente similar aunque con sus peculiaridades diferenciadas, recogiendo dentro del ámbito del derecho administrativo esa específica regulación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable.

Por tanto la regulación del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones tiene un carácter de servicio público, lo cual hace necesario con carácter previo considerar una aproximación a esa doctrina y circunstancia en el ámbito actual, partiendo de la reflexión, la construcción del concepto europeo, pero dejando destacado ya de este momento que en Iberoamérica existe una fuerte influencia de la regulación que en esta materia se hace en Norteamérica bajo el concepto de las “public utilities”.

¹³ Así al respecto de dicho concepto y evolución es bastante clarificadora la aportación de Luis Martín Rebollo “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”. Revista de Administración Pública núm.100-102, 1983, Págs. 2472 a 2542.

¹⁴ José Luis Meilán Gil “La cláusula de progreso de los servicios públicos” Instituto de estudios administrativos, 1968. Pág. 8. Obra recientemente reeditada por Thomson- Civitas en 2007.

En cualquier caso el modelo español, que a su vez es tributario del modelo administrativo fundamentalmente francés, se centra en el concepto de servicio público y el concepto de dominio público, pero simplemente determinando a nivel constitucional la facultad de reserva a favor del sector público de determinados sectores de la economía por su interés general mediante ley, circunstancia esta expresamente prevista en el art. 128.2 de la Carta Magna de 1978, mientras que la propia Constitución recoge igual reserva de ley para la adscripción genérica de los bienes al concepto de dominio público, pero sin precisar a las aguas continentales como bienes integrantes del citado demanio, cuestión esta que tienen muy diferentes enfoques en Hispanoamérica, pero que con carácter general debemos destacar tiene una expresa plasmación en sus textos constitucionales como posteriormente abordaremos.

En la línea apuntada en España, dos normas legales con carácter general en el Estado y de aspectos básicos o plenos configuran la legislación estatal en la materia, sin perjuicio de la facultad muy amplia de algunas Comunidades Autónomas y parcial de todas para establecer leyes propias de desarrollo de las determinaciones básicas estatales en virtud de sus títulos competenciales estatutarios, que a su vez se ven contemplados en una ley orgánica estatal.

Así son fundamentales la Ley de aguas aprobada en su texto refundido por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que establece el carácter demanial de todas las aguas continentales superficiales o subterráneas que discurran por más de un predio y por otro lado ya apuntada Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que recoge tanto el carácter de servicio público obligatorio del suministro de agua en el art. 26 .a) que deben prestar todos los municipios o las entidades que los sustituyen y la reserva con carácter monopolístico de dicha prestación al propio municipio (sin perjuicio de las modalidades de gestión indirecta previstas en el art. 85) por el art. 86 de la LRBRL.

III. El abastecimiento de agua .Régimen constitucional

Como ya hemos anunciado el régimen de los servicios públicos y en concreto la consideración como servicio público esencial del suministro de agua en las naciones hispanoamericanas suele tener una especial relevancia constitucional no solo en las constituciones aprobadas en los últimos lustros sino incluso desde la constitucional mexicana de Querétaro, de 1917, que dentro de una amplísima concepción del dominio público y de la delimitación de las facultades dominicales de los particulares establece una regulación muy concreta de esta materia.

La determinación de servicios públicos con carácter general puede implicar una especial diferenciación a favor de los servicios públicos esenciales para el desenvolvimiento de la vida, y en este caso el servicio privado de abastecimiento privado de agua que tal y como se especifica en Colombia podemos denominar “servicios públicos domiciliarios”.¹⁵

¹⁵ Al respecto véase Carlos Alberto Atehortua Ríos . “Régimen de los servicios públicos domiciliarios en el contexto de la doctrina constitucional”. Biblioteca jurídica Dike. Medellín (Colombia) . 2008

Así los citados servicios públicos domiciliarios son definidos por la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia C-493 de 1997 de la manera siguiente: “*Los servicios públicos domiciliarios son una especie del género de los servicios públicos y se caracterizan, en líneas generales, por llegar al usuario mediante un sistema de redes físicas humanas con puntos terminales en las viviendas y sitios de trabajo, y por cumplir las finalidades específicas de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. Bajo esta categoría, la ley 142 de 1994, que se ocupa de su régimen, a upado a los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible (art. 14. 21)*”

Esa concepción determinada por la Corte Constitucional colombiana deriva lógicamente de una previa delimitación constitucional que no entra en la casuística de qué servicios públicos tienen ese carácter domiciliario, pero que si al ser una Constitución de 1991, en el caso de Colombia recoge en sus artículos 365 a 370 el régimen general de los servicios públicos, publicándolos en ese sentido en las especificaciones necesarias sobre el régimen económico de la hacienda pública, siendo el capítulo V del Título XII de la propia Constitución, en concreto dichos artículos 365 a 370 se recogen bajo la rúbrica “la finalidad social del Estado y los servicios públicos”.

Por otra parte debemos señalar tal y como indicaba ya la Corte Constitucional, que el régimen concreto de estos servicios públicos de carácter domiciliario entre los cuales forma parte esencial el abastecimiento de agua o bajo la denominación colombiana “el acueducto”, nos encontramos con una ley de desarrollo, que es la Ley 142 de 1994, en concreto y en ese sentido la Corte Constitucional en su sentencia C-736 de 2007 determinaba en relación con la citada ley lo siguiente : “*en desarrollo de este propósito constitucional de revestir de naturaleza y régimen jurídico especial la prestación de los servicios públicos, mediante la ley 14 de 1994, el Congreso estableció concretamente el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y señaló que tipo especial de sujetos podían prestarlos y bajo qué régimen jurídico debían hacerlo. A este respecto el numeral 1ª del artículo 15 de dicha ley prescribe que pueden prestar esta clase de servicios entre otras personas las empresas de servicios públicos.*”

Por tanto nos encontramos con una actividad que es necesariamente regulada por ley, pero que dicha ley no implica una publicación absoluta de la materia, puesto que la gestión puede quedar en manos privadas como en la mayor parte de los casos ocurre, hablándose de la descentralización mediante colaboración del sector privado.

Cabe en ese sentido por tanto destacar la existencia de una regulación constitucional y un desarrollo legal simplemente en la concepción general del sistema y en la regulación, puesto que la ley 142 de 1994 remite en todas aquellas materias en que no estén expresamente contenidas en esta, al derecho privado en las relaciones de los usuarios con la prestación de este servicio público.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los servicios públicos domiciliarios en el caso que nos estamos centrando de Colombia, debemos destacar que estos tienen una naturaleza y régimen jurídico especial de origen constitucional, tal y como hemos referido y recoge la sentencia C-066, de 1997, de la Corte Constitucional de dicho país que señaló:

“tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el constituyente para expedir el Estatuto General de la Contratación de la Administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la Ley 142 de 1994 no es de la Administración Pública sino de los servicios públicos domiciliarios que puedan ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc., al y como se desprende ojeando el artículo 15 de dicha ley”

“Entonces la ley 80 de 1993 no podrá cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia, y esta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la carta sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal Carta . en el legislador”

“Lo dicho anteriormente sirva para destruir el argumento que pretende la inconstitucionalidad de las normas objeto de control por violación el artículo 333 de la Constitución, pues si bien este guarda relación con el tema tratado en tanto que se refiere a la iniciativa privada, como a la libre competencia económica, un abuso de la posición dominante y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente se reitera, que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de las actuaciones deben examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros en incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta corte compete. Más cuando el artículo 333 citado no constituye un límite. en cuanto los particulares puedan hacer para que sea razonable la interpretación dada por el actor.

Igualmente la sentencia C-736/2007 ya de una forma contundente señaló :*“ahora bien, de esta reglamentación constitucional, de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que los servicios públicos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares”. La Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial. Esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que defina por la misma carta como objeto de la adecuada prestación de servicios públicos.”*

Este régimen jurídico particular de los servicios domiciliarios con carácter general se centra en esa determinación constitucional (artículos. 365 a 370 de la Constitución , en la Ley 142/1994, o aquellas que la sustituyan y procedente del derecho privado, puesto que no le es de aplicación ninguna otra norma administrativa, dado que el propio artículo 32 de la Ley 142 de 1994 señala que se somete exclusivamente a las reglas contenidas en el derecho privado y que no deben recurrir a la aplicación de las normas aplicables a las Entidades Estatales, en todas aquellas materias en las que no esté regulado en dicha ley, y lógicamente en la aplicación directa de los preceptos constitucionales por virtud del principio de jerarquía normativa.

Así, partiendo del art. 365 de la constitución, tal y como indica Arias García¹⁶ el Estado ya no es el singular prestador de los servicios públicos domiciliarios, y en general de los servicios públicos, sino que su labor se limita a asegurar que se proporcionen eficientemente, lo cual puede efectuarse a través de un suministro compartido con particulares o comunidades organizadas, y así como es apuntado por Montaña Plata¹⁷ una de las innovaciones que a su juicio es más trascendente, introducida por la constitución, en materia de libertad económica privada, es la extensión de esta a algunas actividades tradicionalmente no consideradas bajo esa connotación.

Algunos servicios públicos, sin lugar a dudas, han adquirido a partir de 1991 una connotación económica que antes no poseían y que dan lugar a múltiples consecuencias y consideraciones.

En igual sentido podemos señalar conforme al citado autor, que pese a considerar genérica de servicios públicos, contenida en el art. 365 de la constitución, no puede en modo alguno entenderse esta, como extensiva a todas aquellas actividades que han sido comprendidas bajo esta categoría tradicionalmente, en la experiencia colombiana.

Así, el ya indicado Arias García¹⁸ la razón para los particulares, es que la prestación de un servicio tradicionalmente ofrecido por el Estado, no puede ser otra que la de generar lucro a partir de esa operación, incluyendo obviamente a los servicios públicos, con carácter general y específicamente los domiciliarios, pero lógicamente entendemos que esto debe hacerse bajo el control y supervisión de la administración, en tanto en cuanto si no perderían ese carácter de servicio público. Así, es claro que la materia de servicios públicos en su marco jurídico, dio un viraje a partir de la constitución de 1991 y su consecuente desarrollo legislativo por la ya apuntada ley 142 de 1994, siendo claro hoy en día, en opinión de Arias García¹⁹, que el régimen de prestación de servicios públicos está caracterizado por la libre entrada, tal y como se recoge en el art. 365 de la constitución colombiana.

Por otro lado en México, tal y como afirma Martínez Morales²⁰, que partiendo de la importancia vital del agua, las determinaciones que en el derecho mexicano se realizan sobre los recursos acuíferos impiden su consolidación como propiedad de la federación; esto es, a nivel nacional, aunque la competencia es concurrente para los tres niveles del gobierno. Así el artículo 27 de la Constitución de los Estados Mexicanos establece:

¹⁶ Fernando Arias García. “Servicios públicos domiciliarios. Análisis de la jurisdicción coactiva bajo el marco de la libre competencia económica”. Universidad Santo Tomás de Ibáñez. 2010. Pag. 39

¹⁷ Alberto Montaña Plata. “alcances de la libertad económica privada en régimen de servicios públicos introducido por la constitución política de 1991”. Revista del derecho del estado n° 14, junio de 2003. Bogotá. Universidad del Externado de Colombia.

¹⁸ Fernando Arias García. Op. Cit. Pag. 39

¹⁹ Fernando Arias García. Op. Cit. Pag 40.

²⁰ Rafael I. Martínez Morales “Derecho Administrativo” 2ª Curso. 4ª Edición. Oxford University Press . México. 2009. Pag 239

*“La propiedad de las tierras y **aguas** comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada.*

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

*La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana..... Los núcleos de población que carezcan de tierras y **aguas** o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en explotación.*

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional.

Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales, en la extensión y términos que fije el derecho internacional; las aguas marinas interiores; la de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas, en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la

ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno; pero, cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos; pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas.....

La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.

La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en cuanto de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien Kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadores o legaciones;

II. Las asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán, en ningún caso, tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos; los que tuvieren actualmente, por sí o por interpósita persona, entrarán al dominio de la Nación, concediéndose acción popular para denunciar los bienes que se hallaren en tal caso. La prueba de presunciones será bastante para declarar fundada la denuncia. Los templos destinados al culto público son de la propiedad de la Nación, representada por el Gobierno Federal, quien determinará los que deben continuar destinados a su objeto. Los obispados, casas curales, seminarios, asilos o colegios de asociaciones religiosas, conventos, o cualquier otro edificio que hubiere sido construido o destinado a la administración, propaganda o enseñanza de un culto religioso, pasarán desde luego, de pleno derecho, al dominio directo de la Nación, para destinarse exclusivamente a los servicios públicos de la Federación o de los Estados en sus respectivas jurisdicciones. Los templos que en lo sucesivo se erigieren para el culto público serán propiedad de la Nación;

III. Las instituciones de beneficencia, pública o privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados o cualquier otro objeto lícito, no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él, pero podrán adquirir, tener y administrar capitales impuestos sobre bienes raíces, siempre que los plazos de imposición no excedan de diez años. En ningún caso las instituciones de esta índole podrán estar bajo el patronato, dirección, administración, cargo o vigilancia de corporaciones o instituciones religiosas, ni de ministros de los cultos o de sus asimilados, aunque éstos o aquéllos no estuvieren en ejercicio;

IV. Las sociedades comerciales por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas. Las sociedades de esta clase que se constituyeren para explotar cualquier industria fabril, minera, petrolera, o para algún otro fin que no sea agrícola, podrán adquirir, poseer o administrar terrenos únicamente en la extensión que sea estrictamente necesaria para los establecimientos o servicios de los objetos indicados, y que el Ejecutivo de la Unión, o de los Estados, fijarán en cada caso;

V. Los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas, de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo;

VI. Fuera de las corporaciones a que se refieren las fracciones III, IV y V, así como de los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o de los núcleos dotados, restituidos o constituidos en centro de población agrícola, ninguna otra corporación civil podrá tener en propiedad o administrar por sí bienes raíces o capitales impuestos sobre ellos, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al objeto de la institución. Los Estados y el Distrito Federal, lo mismo que los Municipios de todos la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.

Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijarán como indemnización a la cosa expropiada se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas.

El ejercicio de las acciones que corresponden a la Nación, por virtud de las disposiciones del presente artículo, se hará efectivo por el procedimiento judicial; pero dentro de este procedimiento y por orden de los tribunales correspondientes, que se dictará en el plazo máximo de un mes, las autoridades administrativas procederán desde luego a la ocupación, administración, remato o venta de las tierras o aguas de que se trate y todas sus accesiones, sin que en ningún caso pueda revocarse lo hecho por las mismas autoridades antes de que se dicte sentencia ejecutoriada;

VII. Los núcleos de población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren.

Son de jurisdicción federal todas las cuestiones que, por límites de terrenos comunales, cualquiera que sea el origen de éstos, se hallen pendientes o se susciten entre dos o más núcleos de población. El Ejecutivo Federal se abocará al conocimiento de dichas cuestiones y propondrá a los interesados la resolución definitiva de las mismas. Si estuvieren conformes, la proposición del Ejecutivo tendrá fuerza de resolución definitiva y será irrevocable; en caso contrario, la parte o partes inconformes podrán reclamarla ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin perjuicio de la ejecución inmediata de la proposición presidencial.

La ley fijará el procedimiento breve conforme el cual deberán tramitarse las mencionadas controversias;

VIII. Se declaran nulas;

a. Todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, hechas por los jefes políticos, gobernadores de los Estados, o cualquiera otra autoridad local, en contravención a lo dispuesto en la ley de 25 de junio de 1856 y demás leyes y disposiciones relativas;

b. Todas las concesiones, composiciones o ventas de tierras, aguas y montes hechas por las Secretarías de Fomento, Hacienda o cualquiera otra autoridad federal, desde el día 1o. de diciembre de 1876 hasta la fecha, con las cuales se hayan invadido y ocupado ilegalmente los ejidos, terrenos de común repartimiento, o cualquiera otra clase

pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades y núcleos de población;

c. Todas las diligencias de apeo o deslinde, transacciones, enajenaciones o remates practicados durante el período de tiempo a que se refiere la fracción anterior por compañías, jueces u otras autoridades de los Estados o de la Federación, con los cuales se hayan invadido u ocupado ilegalmente tierras, aguas y montes de los ejidos, terrenos de común repartimiento, o de cualquiera otra clase, pertenecientes a núcleos de población.

Quedan exceptuados de la nulidad anterior únicamente las tierras que hubieren sido tituladas en los repartimientos hechos con apego a la ley de 25 de junio de 1856 y poseídas, en nombre propio a título de dominio por más de diez años, cuando su superficie no exceda de cincuenta hectáreas;

IX. La división o reparto que se hubiere hecho con apariencia de legítima entre los vecinos de algún núcleo de población y en la que haya habido error o vicio, podrá ser nulificada cuando así lo soliciten las tres cuartas partes de los vecinos que estén en posesión de una cuarta parte de los terrenos materia de la división, o una cuarta parte de los mismos vecinos cuando estén en posesión de las tres cuartas partes de los terrenos;

X. Los núcleos de población que carezcan de ejidos o que no puedan lograr su restitución por falta de títulos, por imposibilidad de identificarlos, o porque legalmente hubieren sido enajenados, serán dotados con tierras y aguas suficientes para constituirlos, conforme a las necesidades de su población, sin que en ningún caso deje de concedérseles la extensión que necesiten, y al efecto se expropiará, por cuenta del gobierno Federal, el terreno que baste a ese fin, tomándolo del que se encuentre inmediato a los pueblos interesados.

La superficie o unidad individual de dotación no deberá ser en lo sucesivo menor de diez hectáreas de terrenos de riego o humedad, o a falta de ellos, de sus equivalentes en otras clases de tierras, en los términos del párrafo tercero de la fracción XV de este artículo;

XI. Para los efectos de las disposiciones contenidas en este artículo, y de las leyes reglamentarias que se expidan, se crean:

a. Una dependencia directa del Ejecutivo Federal encargada de la aplicación de las leyes agrarias y de su ejecución;

b. Un cuerpo consultivo compuesto de cinco personas, que serán designadas por el Presidente de la República, y que tendrá las funciones que las leyes orgánicas reglamentarias le fijen;

c. Una comisión mixta compuesta de representantes iguales de la Federación, de los gobiernos locales y de un representante de los campesinos, cuya designación se hará en los términos que prevenga la ley reglamentaria respectiva, que funcionará en cada

Estado y en el Distrito Federal, con las atribuciones que las mismas leyes orgánicas y reglamentarias determinen;

d. Comités particulares ejecutivos para cada uno de los núcleos de población que tramiten expedientes agrarios;

e. Comisariados ejidales para cada uno de los núcleos de población que posean ejidos;

XII. Las solicitudes de restitución o dotación de tierras o aguas se presentarán en los Estados directamente ante los gobernadores.

Los gobernadores turnarán las solicitudes a las comisiones mixtas, las que sustanciarán los expedientes en plazo perentorio y emitirán dictamen; los gobernadores de los Estados aprobarán o modificarán el dictamen de las comisiones mixtas y ordenarán que se dé posesión inmediata de las superficies que, en su concepto, procedan. Los expedientes pasarán entonces al Ejecutivo Federal para su resolución.

Cuando los gobernadores o cumplan con lo ordenado en el párrafo anterior, dentro del plazo perentorio que fije la ley, se considerará desaprobado el dictamen de las comisiones mixtas y se turnará el expediente inmediatamente al Ejecutivo Federal.

Inversamente, cuando las comisiones mixtas no formulen dictamen en plazo perentorio, los gobernadores tendrán facultad para conceder posesiones en la extensión que juzguen procedente;

XIII. La dependencia del Ejecutivo y el cuerpo consultivo agrario

dictaminarán sobre la aprobación, rectificación o modificación de los dictámenes formulados por las comisiones mixtas, y con las modificaciones que hayan introducido los gobiernos locales, se informará al ciudadano Presidente de la República, para que éste dicte resolución como suprema autoridad agraria;

XIV. Los propietarios afectados con resoluciones dotatorias o restitutorias de ejidos o aguas que se hubiesen dictado en favor de los pueblos, o que en lo futuro se dictaren, no tendrán ningún derecho, ni recurso legal ordinario, ni podrán promover el juicio de amparo.

Los afectados con dotación, tendrán solamente el derecho de acudir al Gobierno Federal para que les sea pagada la indemnización correspondiente. Este derecho deberán ejercitarlo los interesados dentro del plazo de un año, a contar desde la fecha en que se publique la resolución respectiva en el Diario Oficial de la Federación. Fenecido ese término, ninguna reclamación será admitida.

Los dueños o poseedores de predios agrícolas o ganaderos, en explotación, a los que se haya expedido, o en lo futuro se expida, certificado de inafectabilidad, podrán promover el juicio de amparo contra la privación o afectación agraria ilegales de sus tierras o aguas;

(...)

XVIII. Se declaran revisables todos los contratos y concesiones hechos por los gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la Nación por una sola persona o sociedad, y se faculta al Ejecutivo de la Unión para declararlos nulos cuando impliquen perjuicios graves para el interés público; (...).”

Como puede deducirse de la extensión y naturaleza del precepto parcialmente transcrito y de la amplitud y prolijidad del sometimiento al derecho público de los bienes hidrológicos en México, la Constitución establece un detallado sistema de reserva a favor de la Nación y igualmente preciso, sin perjuicio del desarrollo a través de las correspondientes leyes federales y estatales, del aprovechamiento de las aguas y contemplando la posibilidad de concesión.

En ese sentido debemos destacar la existencia de un régimen de gestión del agua con importante presencia pública pero no exento de la participación de las empresas privadas en la gestión concreta de este servicio.

Por otro lado en Costa Rica el artículo 50 de la Constitución de dicho País recoge una necesidad de la protección ambiental, lo cual ha sido refrendado por la Corte Constitucional de ese país que es una sala de la Corte Suprema de Justicia, y así al respecto la resolución 2002-0701, de las 9 horas con un minuto del 19 de julio de 2002, puesto que el derecho a un ambiente sano y a una ecología equilibrada previsto en el artículo 50 de la Constitución se logra tal y como afirma la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense en su resolución 2004- 01923 de las 14 horas con 55 minutos de 25 de febrero de 2004 se logra entre otros factores a través de la protección y conservación de la calidad y cantidad del agua para el consumo humano y para mantener el equilibrio ecológico, los hábitats de la flora y fauna, por ejemplo los humedales y en general de la biosfera.

Pero esa aplicación ambiental de la protección de las aguas que se deriva de Costa Rica, no es único de ese país, puesto que en el Perú, el artículo 2.20 de la Constitución política de dicha nación recoge un derecho fundamental de toda persona a “*gozar de una ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida*” derecho que tiene un carácter de derecho fundamental tal y como destaca Valencia Martín ²¹, siendo considerado como derecho fundamental y no un principio rector de la política social y económica como ocurre con el artículo 45 de la Constitución española de 1978.

En la Constitución proclamada por la Asamblea Nacional de 26 de enero de 2010 de la República Dominicana, se recogen diversos preceptos relacionados con el agua tanto en su consideración como riqueza nacional, como en la organización municipal, como igualmente desde el punto de vista de la protección de los recursos naturales.

²¹ Germán Valencia Martín “Reflexiones sobre la nueva ley general del ambiente peruana”. Pags. 721 a 750, y en concreto pag. 726 de la obra colectiva “Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo”. Palestra editores. Lima 2007. Actas del II Congreso de Derecho Administrativo celebrado en Lima los días 27,28 y 29 de abril de 2006.

Recogiéndose dada la proximidad temporal de la última versión de la Carta Magna toda una serie de derechos colectivos de carácter ambiental.

El nivel de protección constitucional de este tipo de derechos colectivos ambientales entre los cuales se encuentra el agua, se recoge igualmente en la República Dominicana, en la cual la Constitución política de la República Dominicana de forma expresa establece como derechos colectivos difusos en su artículo 66 que :

“El Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos, los cuales se ejercen en las condiciones y limitaciones establecidas en la Ley, en consecuencia protege:

- 1) La conservación del equilibrio ecológico de la fauna y la flora.*
- 2) La protección del medio ambiente;*
- 3) La preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico.”*

En concreto el artículo 67 de la Carta Magna Dominicana recoge una protección del medio ambiente de forma específica donde se reseña:

“Constituyen deberes del Estado

prevenir la contaminación, proteger y mantener el medio ambiente en provecho de las presentes y futuras generaciones. En consecuencia:

- 1) Toda persona tiene derecho, tanto de modo individual como colectivo, al uso y goce sostenible de los recursos naturales; a habitar en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo y preservación de las distintas formas de vida, del paisaje y de la naturaleza;*
- 2) Se prohíbe la introducción, desarrollo, producción, tenencia, comercialización, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares y de agroquímicos vedados internacionalmente, además de residuos nucleares, desechos tóxicos y peligrosos;*
- 3) El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías y energías alternativas no contaminantes;*
- 4) En los contratos que el Estado celebre o en los permisos que se otorguen que involucren el uso y explotación de los recursos naturales, se considerará incluida la obligación de conservar el equilibrio ecológico, el acceso a la tecnología y su transferencia, así como de restablecer el ambiente a su estado natural, si éste resulta alterado;*
- 5) Los poderes públicos prevendrán y controlarán los factores de deterioro ambiental, impondrán las sanciones legales, la responsabilidad objetiva por daños causados al medio ambiente y a los recursos naturales y exigirán su reparación. Asimismo, cooperarán con otras naciones en la protección de los ecosistemas a lo largo de la frontera marítima y terrestre.”*

Así en ese sentido bajo la finalidad de los servicios públicos, el artículo 147 de la Constitución Dominicana recoge:

“Los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo. Serán declarados por ley. En consecuencia:

- 1) El Estado garantiza el acceso a servicios públicos de calidad, directamente o por delegación, mediante concesión, autorización, asociación en participación,*

transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual, de conformidad con esta Constitución y la ley;

2) Los servicios públicos prestados por el Estado o por los particulares, en las modalidades legales o contractuales, deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria;

3) La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado. La ley podrá establecer que la regulación de estos servicios y de otras actividades económicas se encuentre a cargo de organismos creados para tales fines.

Así por último y desde un punto de vista constitucional el art 199 de la Carta Magna regula la Administración local, existiendo con carácter anterior la Ley 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios que, en tanto en cuanto, no sea derogada , regula de forma expresa las actuaciones municipales, aunque existe la Ley de Organización Municipal nº 3455 , de 21 de diciembre de 1952, con sus diversas modificaciones.

Por tanto existen conforme al artículo 196 de la Carta Magna las regiones, y conforme al artículo 197 las provincias, sin perjuicio de las Autoridades Nacionales, que compartirán esa competencia de suministro en relación con la coordinación de agua potable a la población.

Por lo que se refiere a la Republica Argentina tan sólo la reforma de la Constitución de 1994 incorporó, tal y como destaca Del Castillo²² disposiciones referidas a los recursos naturales y al ambiente, aplicables según la citada autora y como es lógico al agua y a su gestión.

No obstante en la República Argentina el artículo 124 recoge que :

“corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”

Que tal y como afirma Cassagne²³ que dicha regulación proviene del derecho minero tal y como se encarga de destacar Prieto ²⁴

Por tanto esta consideración del artículo 124 de la Constitución Argentina, debemos destacar que en palabras de Cassagne²⁵ la Condición jurídica del agua no es unívoca, pudiendo pertenecer al dominio publico o privado del Estado o constituir residualmente, de forma obvia, un derecho privado .A su vez los aprovechamientos de aguas que integran el dominio público pueden ser comunes de acuerdo su naturaleza y afectación, o bien especiales otorgados por permiso o concesión.

²² Lilian del Castillo “La gestión del agua en Argentina”.Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. Madrid 2007. Pag 42

²³ Juan Carlos Cassagne “ El agua y el dominio originario de los recursos naturales”. Pag 673 a 684 de Op Cit “ Nuevo derecho de aguas” y en concreto Pag. 671

²⁴ Hugo N. Prieto “ El dominio de los recursos naturales : la titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos” L. Sup. Const. Pag 11 citado por el citado Cassagne, Op Cit. Pag. 677.

²⁵ Juan Carlos Casagne . Op. Cit. Pag 684

Así en cuanto al uso doméstico del agua este comprende, tal y como afirma Del Castillo²⁶, el agua distribuida a través de redes municipales a hogares, comercios e industrias y a los servicios propios de los municipios para ser utilizada en diferentes actividades cotidianas.

En el plano federal debemos recordar que la propia Constitución Nacional en el artículo 41 establece la utilización y preservación del ambiente y los recursos naturales, atribuyéndose a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Por tanto la regulación del derecho demanial en relación con las aguas corresponde tan solo al Congreso Nacional pero su gestión es para las provincias integradas en la República Argentina.

Las aguas tienen un carácter de dominio público conforme a la determinación del artículo 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional. Así la Constitución no tiene la función de atribuir dominio sino la de distribuir potestades jurisdiccionales, distinguiendo la condición de dominio originario a la Nación

Por su parte en el vecino Chile, debemos destacar tal y como se ocupa de desarrollar Rojas Calderón²⁷, que los elementos del estatuto jurídico de las aguas chilenas, se configuran en el dominio público hídrico, la titularidad privada del derecho de aprovechamiento de aguas, la libertad de transacción y la gestión económica de dichos recursos. Así el art. 5 del código de aguas, recoge dicho dominio público hidráulico, partiendo lógicamente de una rehabilitación constitucional del art. 19 de la carta magna chilena en sus apartados 23 y 24²⁸, que al clasificar dicha constitución de bienes, estos se dividen entre bienes comunes a todos los hombres o apropiables, o públicos, siendo las aguas como bienes nacionales de uso público, o bienes públicos con las consecuencias que ello tiene.

Esta circunstancia hay que casarla con la titularidad del derecho de aprovechamiento de aguas que tiene igualmente un reflejo constitucional en el art. 19 n° 24, en relación con el 20 de la citada Constitución Chilena, y como garantía del derecho de aprovechamiento de aguas como bien incorporal, lo que Vergara Blanco²⁹ califica con especial reconocimiento de tutela jurídica a través de un recurso de protección al amparo general y en la legislación de aguas propiamente, tal y como las demás acciones previstas en el sistema general de la tutela efectiva de los derechos y finalmente el tercer ámbito que es el de la libertad de transacción o el libre transferencia del derecho de aprovechamiento de agua y de volumen de agua.

²⁶ Lilian del Castillo. Op Cit. Pag. 70

²⁷ Christian Rojas Calderón. "Las organizaciones de usuarios de aguas en España y Chile". Pag. 685 a 713 de la obra colectiva. Op. Cit. "Nuevo derecho de aguas", y en concreto pag. 701.

²⁸ Al respecto véase Alejandro Vergara Blanco. "La summa divisio de bienes y recursos naturales en la constitución de 1980". En Ius publicum Universidad de Santo Tomás n° 12. 2004.

²⁹ Alejandro Vergara Blanco. "Derecho de aguas". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1998

Por tanto y sin ánimo de ser exhaustivos, debemos destacar, que en el aspecto comparado de carácter constitucional las naciones iberoamericanas tienen una más precisa y extensa regulación del dominio público hidrológico y de los derechos de sus ciudadanos al suministro de agua potable, circunstancia y derechos que en España se dejan a normas de mera configuración legal, no generando derecho constitucional alguno.

IV. Determinaciones legislativas e influencia española

En general podemos hablar de una notable influencia de la legislación y la doctrina española en relación con el derecho de aguas iberoamericano, puesto y que tal y como destaca Milagros Sánchez³⁰, en el caso de la legislación costarricense, la norma básica en estas materias es la ley de aguas nº 276, de 27 de agosto de 1942, que se trata de una legislación inspirada en la Ley de aguas española de 1879, siendo por tanto una legislación poco acorde con el momento actual, aunque como ya es evidente y ocurrió en el caso español desde 1879 a 1985, las legislaciones de aguas son de las más perdurables y estables que existen en nuestros ordenamientos jurídicos comparados.

Ahora bien debemos destacar que el caso costarricense es peculiar, en tanto en cuanto, tal y como señala Gatgens y Arias³¹, el 75% de la población costarricense en cuanto al abastecimiento de agua potable a la población, es de carácter subterráneo.

Así en la regulación de las aguas en Costa Rica se realiza como un sistema constitucional, no solo en la protección ambiental del artículo 50 anteriormente señalado como derecho fundamental al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sino en el propio artículo 21 del derecho a la vida, puesto que sin agua es imposible vivir y en el artículo 33 de la Carta Magna costarricense y 11 del protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos, en tanto en cuanto, aseguran el derecho prioritario de cada individuo a un bienestar y calidad de vida dignos, obligándose por tanto a las Administraciones a la protección y explotación de las reservas de agua subterránea que es una obligación estratégica para preservar la vida y la salud de los humanos tal y como señaló la Corte Constitucional en la ya indicada sentencia 2004-01923.

Así en Costa Rica no solo tiene el carácter demanial las aguas continentales sino también lo tienen los cursos contiguos a fondos de agua potable y de zonas de protección acuífera y así el artículo 31 de la ya indicada Ley de aguas nº 276, de 27 de agosto de 1942 señala que :

“Como reservas de dominio a favor de la nación :

- a) Las tierras que circundan los sitios de cautación o tomas surtidoras de agua potable en un perímetro no menor de 200 m. de radio*

³⁰ Aldo Milano Sánchez “ Tratamiento constitucional de las aguas subterráneas en el derecho costarricense”. Pags. 657 a 672 de la obra colectiva “ Nuevo derecho de aguas” coordinado por Santiago González – Varas Ibáñez. Thomsom –Civitas. Ente público de agua de la Región de Murcia 2007 y en concreto Pag 657

³¹ Astorga Gatgens Allan y Mario Arias .“Mapa de geoaptitud hidrogeológica de Costa Rica: implicaciones respecto a la gestión ambiental de desarrollo” citado por Aldo Milagro Sánchez. Pag 659.

- b) *La zona forestal que protege o debe de proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables, así como los que den asiento a cuencas hidrográficas y márgenes de deposito, fuentes surtidoras o curso permanente de las mismas aguas”*

Igualmente por el artículo 7º de la Ley Tierras y colonización nº 2825, de 14 de octubre de 1961 que dispone:

“Se considerarán inalienables y no susceptibles de adquirir por denuncia o posesión, salvo los que estuvieran bajo el demonio privado, con título legítimo, los siguientes:

(...)c) Todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tengan sus orígenes o cabeceras cualesquiera cursos de agua de los cuales se surta alguna población, o que convengan reservar con igual fin”.

Son por tanto terrenos que han sido calificados como bienes de dominio público por lo que su carácter es lógicamente el de la imprescriptibilidad, inalienabilidad e indisponibilidad, tal como afirma la Procuraduría General de la Republica costarricense en su dictamen C295-2001, de 25 de octubre de 2001.

Por lo tanto como ha señalado la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su resolución 2004-1993, de las 14 horas con 55 minutos de 28 de febrero de 2004 *“a partir de tal afectación expresa, el Estado puede ejercer las acciones reivindicatorias y posesorias para garantizar la indemnidad de esas aguas y sustraerlas de todo tipo de contaminación sometiéndolas a un fuerte régimen de control de uso del suelo”*

Esta Capacidad general demanializadora extensiva en relación con esa protección de las aguas, tiene su límite como es evidente y hemos señalado en el anteriormente citado artículo 7º de la Ley tierras y colonización aquellas tierras que estuviesen bajo el dominio privado con título legítimo, puesto que el artículo 45 de la Constitución de la República de Costa Rica, garantiza el derecho de propiedad , por lo que esta se mantendrá siempre y cuando, entendemos nosotros, pueda afectar al eficaz suministro que tenga esa cauce de agua hacia la población.

El indicado Milano Sánchez³² señala que en el caso de que una zona de protección de una toma de agua potable con un radio de 200 m. a la redonda que se encontrase en propiedad privada, los privilegios de la Administración que derivan de dicha demanialidad, desaparecen o al menos quedan en suspenso.

Así la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y por todas la resolución 3145-96, de las 9 horas 27 minutos del 28 de junio de 1996, la 6999-96, de las 12 horas 24 minutos del 20 de diciembre de 1996, la 1998-1542 de las 11 horas 18 minutos del 6 de marzo de 1998, la 1998-2081 de las 16 horas del 25 de marzo de 1998 y finalmente la 2002-2081, de las 14 horas 37 minutos del 15 de junio de 2002, señalan que *“el privilegio que protege a la demanialidad, puede y debe ser utilizado por la Administración cuando no existe ninguna duda sobre el carácter público del bien involucrado”* existiendo duda cuando existe una inscripción el Registro de la propiedad del bien a favor de un particular. Así el artículo 5º.e) de la Ley de

³² Aldo Milano Sánchez. Op. Cit. “Tratamiento constitucional...” Pag 668

Declaración del Instituto Costarricense de acueductos y alcantarillados declara que *“se declaran de utilidad pública y de interés social, y podrán ser expropiadas, los terrenos necesarios para la conservación y protección de los recursos de agua, así como para las construcciones que se hagan necesarias en la captación”*

Por otro lado La ley forestal n° 7575, del 13 de febrero de 1996, en su artículo 33 apartados a) y d) dispone que son áreas de protección las que bordeen nacientes permanentes, definidas en un radio de 100 m. medidos de modo horizontal y por otro lado *“las áreas de recarga y los acuíferos de los manantiales, cuyos límites sean determinados por los órganos competentes establecidos en el reglamento.....”*. Obviamente no tienen la misma naturaleza estas zonas de protección que las previstas en el artículo 31 de la Ley de aguas anteriormente relatado.

Por otro lado en el Perú, debemos destacar que el artículo 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades n° 27972, de 27 de mayo de 2003, establece en su artículo 80 competencias para las municipalidades en materia de saneamiento, salubridad y salud, donde se le atribuye a las municipalidades provinciales la regulación y control del proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertidos industriales en el ámbito provincial y en el de la municipalidad, y a dichas municipalidades igualmente en el punto 2.1 de dicho artículo 80 en: *“administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando por economía de escala resulte eficiente centralizar provincialmente el servicio.”*

Por otra parte el artículo 80.4 otorga funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales en el *“administrar y reglamentar, directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos cuando esté en capacidad de hacerlo”*, por lo tanto el suministro y reglamentación de agua potable a las poblaciones es de la competencia municipal, que queda en el ámbito de la municipalidad provincial (lo que sería nuestras diputaciones Provinciales) sólo cuando las municipalidades distritales (lo que serían nuestros Ayuntamientos) no pueden acometerlo.

En el caso de Guatemala, tal y como indica Castillo González³³, la tendencia ya consolidada en el 2009 es trasladar la prestación el servicio publico a las municipalidades y a los particularidades con la calidad de concesionarios. El estado se excluye de la prestación, hasta donde sea posible todo ello de conformidad con la ley , basándose en la clasificación del servicio publico en la prioridad de su prestación y consecuentemente se clasifican de acuerdo con las necesidades de la población, ubicándose la necesidad del suministro de agua (siguiendo el autor la clasificación que hace Montaña³⁴) como una necesidad básica dentro del primer grupo de necesidades,

³³ Jorge Mario Castillo González “Derecho Administrativo. Teoría general y procesal”. Guatemala C.A. Editorial impresiones gráficas 2011. Pag. 267

³⁴ Agustín Montaña “Manual de Administración publica. Editorial Litográfica Travera, S. A. México D.F 1987

atribuyéndose lógicamente a los municipios pero recogiendo que normalmente la satisfacción de estas excede de los recursos municipales debiendo el Estado apoyarlo.

En Guatemala igualmente, tal y como destaca por otro lado Haroldo Calderón M.³⁵, el suministro de agua es la primera de las obligaciones de servicio público como medio que la Administración municipal dispone para lograr su finalidad de gestionar el bien común, y está destinado a cumplir la necesidad de carácter general de sus habitantes, que pueden realizarse como en todos los países que hemos venido abordando hasta ahora por el ente municipal de forma directa o indirecta a través de la correspondiente concesión. En ese sentido conforme se recoge en el Decreto 12-2002 del Congreso de la República de entre las competencias de la organización municipal, tiene como carácter de competencia propia que debe realizarse por el municipio, por dos o más municipios bajo convenio, o por mancomunidades de municipios: *“el abastecimiento domiciliario de agua potable debidamente clorada; el alcantarillado.....”* siendo por tanto la primera función clara de las entidades locales guatemaltecas al menos en su enumeración legal.

Así el artículo 58.1) del Código Municipal, aprobado por Decreto 12-2002 del Congreso de la República, se atribuye al Alcalde de cada municipio *“el velar por la conservación, protección y desarrollo de los recursos naturales de su circunscripción territorial”*

Así el artículo 72 del citado Código recoge la obligación del municipio de regular y prestar los servicios públicos municipales de su circunscripción territorial y por lo tanto la competencia para establecerlos, mantenerlos, ampliarlos y mejorarlos en los términos de dicho Código, señalándose la posibilidad de que se presten dichos servicios por la propia municipalidad e incluso con empresas públicas, por otro lado mediante una mancomunidad de municipios o en tercer lugar mediante concesiones otorgadas conforme a las normas de dicho Código y con la Ley de Contrataciones del Estado, regulándose en el artículo 74 la concesión de servicio público municipal, que no podrá ser superior a los 25 años, pero pudiendo ser prorrogable, aunque el concesionario debe aceptar las Ordenanzas y Reglamentos municipales que regulan el funcionamiento del servicio.

Así en cuanto a la condición de servicio público de suministro domiciliario de agua potable debemos destacar en el caso de Nicaragua, tal y como afirma Flavio Escorcía³⁶, este tiene un carácter de servicio público necesario o esencial, puesto que es de entre aquellos que no pueden faltar en el Estado, debido a que ellos justifican su propia existencia, son servicios públicos obligatorios cuyo uso se impone a los particulares debido a sus propios motivos de interés social, como son los servicios sociales obligatorios del alcantarillado, la instrucción primaria, el alumbrado público, etc., por tanto el suministro de agua potable tiene un carácter de servicio público esencial tal y como afirma el citado Flavio Escorcía³⁷, mientras que el alcantarillado tan solo es un servicio público de carácter obligatorio.

³⁵ Hugo Haroldo Calderón M. “Derecho Administrativo. Parte especial”. 5ª edición. Litografía Orión. Guatemala 2005. Pag 186

³⁶ Jorge Flavio Escorcía “Derecho administrativo: Primera parte”. Editorial jurídica. Nicaragua. Managua 2009. Pag 341.

³⁷ Jorge Flavio Escorcía. Op. Cit. Pag. 342

En la república dominicana y partiendo del artículo 19 de la Ley de Organización Municipal n° 3455, de 21 de diciembre de 1952 no cobra el auge como competencia propia del Ayuntamiento, por tanto las de carácter exclusivo en ningún caso el suministro de agua potable, aunque así dentro de ese artículo 19 párrafo I, esto es, el que señala que podrá ejercer como competencias compartidas o coordinadas, todas aquellas que corresponden a la función de la Administración pública, salvo cualquiera que tenga carácter exclusivo del gobierno central, garantizándoles como competencias mínimas el derecho a estar debidamente informado, el derecho a haber tomado en cuenta, el derecho a participar en la coordinación y en la suficiencia financiera para su adecuada participación en específico en los temas correspondientes a :

“e) Coordinación de la provisión de los servicios de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales”

Por tanto no existe una competencia directa en materia de suministro de agua, lo cual tiene su correlato en la existencia del artículo 20 sobre servicios municipales mínimos que nos recoge dicha función.

Así en Argentina desde siempre participaron los sectores público o privado en los servicios de saneamiento, puesto que el ámbito público se ocupaba desde la ciudad de Buenos Aires a partir del 1871 tanto del suministro como del saneamiento, procediéndose a la concesión de prestación de los servicios públicos de agua potable, saneamiento y cloacas de la ciudad de Buenos Aires mediante operador privado, aunque como debemos recordar este solo recibe la tenencia de los bienes y no puede enajenarlos ni utilizarlos para fines distintos a la prestación de servicios.

En Argentina la provisión de los servicios de agua potable, saneamiento y cloacas, se organizó en forma centralizada a través de una empresa de carácter público o comunidad prestadora en toda la nación desde 1912, la denominada “Obras sanitarias de la Nación”, regulada por Ley orgánica de 1949. A partir de 1980 el gobierno nacional descentralizó gran parte de las funciones que ejercía desde la educación hasta la salud y los servicios públicos que fueron transferidos al gobierno de cada provincia, tal y como destaca Del Castillo³⁸, produciéndose en la década de 1990 junto a la provincialización de dicho demanio público la descentralización generalizada.

En ese sentido la Ley n° 23696 de reforma del Estado y la Ley n° 23697 de Emergencia económica, ambas de 17 de agosto de 1989. Así en la ciudad de Buenos Aires y en general en su área metropolitana se produjo la licitación para la privatización mediante el contrato o concesión de la empresa Obras Sanitarias de la Nación en 1992.

La renovación por tanto se produce mediante la Ley n° 23696, anexo I, y el Decreto n° 999, del 16 de agosto de 1992, anexo I, sobre el marco regulatorio de la concesión, en los artículos 59 a 64 sobre el régimen de bienes.

³⁸ Lilian del Castillo . Op. Cit “ La gestión del...”. Pag 201

No obstante la seguridad jurídica no es el fuerte de la República Argentina en los últimos tiempos, y en este caso en materia de agua debemos destacar que en marzo de 2006 se produjo mediante Decreto n° 303, de 21 de marzo de 2006, la rescisión del contrato de concesión entre el Estado argentino y la empresa Aguas de Argentina, S. A., comunicando a la Comisión bicameral de reforma del Estado y seguimiento de las privatizaciones creada por el artículo 14 de la Ley n° 23696, constituyéndose una nueva empresa de Aguas y saneamientos argentinos, S. A. con un 90% de capital pertenecía al Estado Nacional y un 10% restante a los trabajadores conforme a un programa de propiedad participada previsto en el Anexo I del Decreto n° 1944/1994.³⁹

Existe un marco regulador que se atribuye al ente regulador de agua y saneamiento (ERAS) establecido por la Ley 26291, existiendo una comisión asesora, una sindicatura de usuarios y el defensor del usuario.

En cualquier caso en la generalidad de las provincias existen concesiones de aguas, puesto que las entidades públicas no pueden afrontar las importantísimas inversiones para el mantenimiento y actualización de las redes, tanto de suministro como de saneamiento, circunstancia esta que recoge Del Castillo⁴⁰.

Por tanto en Argentina debemos la existencia de unas determinaciones constitucionales, unas competencias del gobierno nacional y unas competencias de regulaciones legales de cada provincia que responden en el ámbito del régimen municipal con carácter exclusivo mediante leyes orgánicas para cada una de ellas.

Así en cuanto al régimen de propiedad, el agua es considerada un bien inmueble conforme al artículo 2319 del Código Civil argentino, circunstancia ésta confirmada por la jurisprudencia⁴¹recogiéndose, tal y como afirma Del Castillo⁴², que el agua puede pertenecer tanto al dominio público como al dominio privado, aunque el dominio público prevalece en la mayor parte de los cuerpos de agua.

Así tras la reforma del Código Civil introducida por la Ley n° 17711, de 22 de abril de 1978 permanecen en el dominio privado los lagos no navegables cuyo uso y gozo corresponde a los ribereños tal y como se define en el artículo 2349 del Código civil, las aguas pluviales que caigan o entren en inmuebles de particulares (artículo 2635), las aguas que surjan de un predio mientras no corran por cauces naturales (artículo 2637) y las vertientes que nacen y mueren dentro de la misma heredad (artículo 2350), teniendo por tanto el resto de dominio público.

³⁹ Sobre la financiación y demás aspectos económicos del servicio de aguas en Argentina, véase Mauricio Pinto. “Régimen económico-financiero del agua en Argentina”. Pags 235 a 274 de la obra colectiva dirigida por Antonio Embid Irujo “Régimen económico-financiero del agua. Los precios del Agua” Civitas Thomson Reuters 2009.

⁴⁰ Lilian del Castillo. Op Cit. Pag. 216

⁴¹ Así Boudecindo Rivera Araoce .116 “ La Ley 212-218” con nota de Alberto G. Spota. “Dominio y usucapión sobre aguas de fuentes”

⁴² Lilian del Castillo. Op. Cit. Pag 265

En cuanto a las aguas subterráneas recogidas en el artículo 2518 del Código Civil que mantienen una naturaleza privada de éstas, que fue modificada por la ley n° 17.711 de 1968, integrándolas en el dominio público.

La administración pública del agua en Argentina es evidentemente compleja, puesto que concurren las organizaciones nacionales y las provinciales y locales. Así a nivel nacional tenemos organismos como el instituto nacional del agua, el ente nacional de obras hídricas de saneamiento, el organismo regulador de la seguridad de presas, el Consejo Federal de Medio ambiente, el ente tripartito de servicios sanitarios y la agencia de planificación, todos ellos regulados por sus respectivas leyes, junto a los cuales debemos destacar el ya anteriormente citado, ente regulador de agua y saneamiento que es el que más nos ocupa en el aspecto que tratamos, así el ente regulador debe realizar “el control del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la concesionaria del servicio público de provisión de agua potable y colección de desagües cloacales”, previsto en la ley n° 26.221, anexo II, capítulo 5°, posee naturaleza jurídica de un ente autárquico con capacidad de derecho público y privado conforme al art. 40.3.3., por una institución muy parecida a nuestras Entidades Públicas Empresariales, previstas en la LOFAGE y en la LRBRL, incluyendo por tanto, tanto el control de la prestación del servicio, como cuestiones de contaminación hídricas y la protección desde la comunidad sobre el tema.

El ERAS se financia con un porcentaje de la facturación, que la ley no establece así como con los derechos de inspección que se percibirán subsidios de otros fondos que se establezcan, tal y como se determina en el art. 50 de la citada ley 26.221.

Junto a la articulación nacional, tenemos la legislación provincial, tras la reforma constitucional de 1994 y la atribución del art. 124 de la constitución federal de competencias sobre dominio público a las provincias, debemos destacar una regulación específica de estas que como señala Del Castillo⁴³, tiene antecedentes ya durante el siglo XIX y comienzos del XX, en los códigos rurales de la policía de Buenos Aires en 1865, de Catamarca de 1896, de Córdoba de 1885, etc.

Por otro lado junto a estos antecedentes en códigos rurales, existía ya una legislación específica sobre el agua como la ley especial de agua de La Rioja n° 550, de 7 de octubre de 1936, de Mendoza, Ley general del aguas de 24 de noviembre de 1888 y sus modificaciones, recogida en la Sección VI de la constitución de dicha provincia, sancionada el 11 de febrero de 1916 en sus artículos 186 a 196, de San Juan con su ley de aguas n° 312 de 1928 y de Tucumán con la ley de aguas de 1897 y la de 1907. Posteriormente la aprobación de los códigos de aguas de Salta y Jujuy en la década de 1940, incorporó en un régimen general, todos los usos del agua con una perspectiva que favorecía, dada la naturaleza exportadora de la República Argentina, el uso agrícola y que en consecuencia otorgaba al riego un interés predominante.

En la década de 1970, se sancionan los códigos de agua de Santiago., San Luis, La Rioja y la Pampa, que recogen junto a las determinaciones hidrológicas anteriormente relatadas, ya que circunstancias de naturaleza hídricas que contemplan la regulación del

⁴³ Lilian del Castillo. Op. Cit. Pag 303

agua como recurso natural, ambiental y económico, aunque las leyes aprobadas a partir de la década de 1970, sistematizaban la legislación de aguas como un servicio con carácter integral algunas provincias tienen un código de aguas⁴⁴, es decir un conjunto ordenado y sistemático de disposiciones que regulan todos los aspectos de la materia y entre ellos, como es lógico, se encuentra el código de aguas de la provincia de Buenos Aires que es de 1999, aprobado por Ley n° 12.257 de 9 de diciembre de 1998 en la provincia de Buenos Aires, promulgada con observaciones por el Decreto n° 95 de 26 de enero de 1999 (Boletín Oficial de 9 de febrero de 1999).

En cualquier caso y en cuanto a lo que a nosotros aquí nos incumbe debemos indicar que el uso doméstico es prioritario frente a otros usos y todos los habitantes deben tener acceso al agua necesaria para cubrir sus necesidades básicas.

En algunas provincias el principio general del uso de agua está incorporado con rango constitucional en sus respectivas normas fundamentales provinciales y así en las de Chaco (art. 50), y Formosa (art. 56), que conservan el principio de uso integral racional de los recursos hídricos.

El código de aguas de la provincia de Buenos Aires, establece en el capítulo sobre uso y aprovechamiento de agua y de los cauces públicos en su art. 25 que: *“toda persona podrá usar el agua pública a título gratuito y conforme a los reglamentos generales, para satisfacer necesidades domésticas de vida e higiene. No deberá contaminar el medio ambiente, ni perjudicar igual derechos de terceros”*.

El régimen local en Argentina está interiorizado en las provincias y el tercer ámbito competencial que nos ocupa, se regula por las leyes orgánicas municipales de cada una de las provincias, así por ejemplo la de Buenos Aires, la ley n° 6769/58, ley orgánica municipal de la provincia de Buenos Aires de 30 de abril de 1958 y sus modificaciones, que reconoce a los concejos municipales la facultad de reglamentar las tareas de control de la contaminación ambiental, el uso de los cursos del agua y la conservación de los recursos naturales, así como la provisión de los servicios de agua potable y saneamiento, lo cual se refleja en el Decreto Ley n° 6769/58 que establece en su art. 52 “corresponde al concejo disponer la prestación de los servicios públicos de barrido, riego, limpieza, alumbrado, provisión de agua, obras sanitarias y desagües públicas”.

Por su parte y como último ejemplo, dada la multitud de provincias integrantes de la nación Argentina, la ley de corporaciones municipales de la provincia de Chubut, n° 3098 de 27 de julio de 1988, asigna asimismo a los concejos la facultad de fijar las condiciones para la instalación de pozos de agua, art. 33.19 y de redes de provisión de agua potable y saneamiento, art. 51.

⁴⁴ Así tal y como destaca Miguel Mathus Escorihuela. “El derecho al agua en el derecho argentino”. Pags. 221 a 249 de la obra colectiva dirigida por Antonio Embid Irujo “El derecho al Agua” Thomson Aranzadi 2006, incluso se ha llegado a la firma de tratados interprovinciales para la entrega de agua potable para uso humano y así en 1992 el convenio entre las provincias de Mendoza, la Pampa y la República a dicho efecto, aprobado por Ley de la provincia de Mendoza 5825/92 y en concreto pag. 241.

En Chile y partiendo de las determinaciones constitucionales anteriormente destacadas es reseñable la sublimación de la posibilidad de comercio y apropiación de las aguas, con fundamento en la libertad constitucional de comercio.

Este tercer elemento esencial de libertad de traslación o libre transferibilidad del derecho de aprovechamiento de aguas y de volúmenes de agua⁴⁵, que incorpora un sistema implantado en España por la ley 46/1999⁴⁶, pero que es muy novedoso con carácter general, pero no especialmente en contraposición a la posibilidad de estatalización Argentina. Este sistema se encuentra configurado en el derecho que en la legislación de aguas se ha desligado de la propiedad de la tierra y la propiedad de los derechos de agua, por una parte; y por otra se ha liberalizado el uso de las aguas desvinculándola de un fin particular; se ha establecido la gratuidad en la obtención de los derechos en tanto se cumplan unas condiciones legales para ello, y finalmente limitando seguramente el papel del Estado a este respecto, así el art. 7º del Decreto Ley 2.603 de 1979, el art. 6º del Código de aguas, y el art. 19. nº 24 de la constitución política de la república garantizan el citado derecho a la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas.

En general toda esta materia en virtud de la facultad de uso y de aprovechamiento mediante la extracción de agua de una fuente natural hacia otras obras artificiales de canalización y embalsamiento, permite al titular contar con un volumen de agua de esa naturaleza, que representa una realidad material y jurídica distinta del derecho de aprovechamiento en cuanto tal.

Así respecto de las aguas se produciría una situación similar a la de los minerales que son extraídos por el titular, en virtud de una concesión minera de explotación y en virtud de dicha concesión, el concesionario se hace dueño de los minerales que son extraídos de la mina.

En este esquema las aguas que son encauzadas por el titular de un derecho de aprovechamiento como consecuencia del ejercicio de su derecho, en cuanto a su goce pasan a ser de dominio de quien es titular del derecho de aprovechamiento, materializándose en volúmenes de agua, aunque los cauces sigan siendo de titularidad pública, por tanto su captación e ingreso en el canal o cauce artificial u obra de acumulación, nunca jurídicamente el término del ejercicio del respectivo derecho de aprovechamiento.

Esas determinaciones se recogen en el código de aguas aprobado por DFL nº 1.122 de 21 de octubre de 1981, ampliamente reformado por la Ley nº 20.017 de 16 de junio de 2005. Ahora bien el hecho de que exista una capacidad de comercio de las aguas y establecido una regulación de organizaciones de usuarios de agua y una actuación

⁴⁵ Al respecto véase Rodríguez Rojas Olivares. “La libre transferencia de agua del sistema paloma”. Tesis de grado de la pontífice universidad católica de Chile. Santiago 2000. Pag. 16 a 31

⁴⁶ Así al respecto puede verse Antonio Embid Irujo (Director) “*La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*”, Civitas-Confederación Hidrográfica del Ebro-Seminario del Derecho del agua, Universidad de Zaragoza, 2000.

administrativa mediante juntas de vigilancia que garantizan ese aprovechamiento adecuado de las aguas.

Igualmente en Chile, debemos destacar la regulación específica en relación con la evacuación y drenaje de las aguas, procedentes de lluvias en aras a evitar catástrofes naturales, que tiene previsiones tanto en la ley general de urbanismo y construcciones aprobada por Decreto Supremo nº 458 de 1976, que en su art. 105 recoge que el diseño de las obras de urbanización y edificación, deberá cumplir con los estándares que establezca la ordenanza general⁴⁷ debiendo recogerse en estos diseños zonas ideales para el desarrollo de soluciones para las aguas de lluvia “in situ”.

Igualmente en dicha ordenanza se recogen tal y como destaca Vergara Blanco⁴⁸ diversas normas en relación con las ejecuciones de las obras (art. 3.2.2) para las lluvias, para las obras de urbanización en su art. 6.3.1 que recoge como urbanización mínima para viviendas sociales emplazadas en el área urbana y de expansión urbana, el agua potable, el alcantarillado y el alcantarillado específico de agua de lluvias.

Debemos destacar igualmente la existencia de la Ley nº 19.525 (publicada en el Diario Oficial de Chile el 10 de noviembre de 1997) que regula el sistema de evacuación y drenaje del agua de lluvia.

V. Conclusiones

A la vista de las someramente realizadas determinaciones constitucionales, legales y jurisprudenciales de algunos de los países integrantes de Iberoamérica sobre el régimen jurídico del abastecimiento de agua a las poblaciones, podemos sin lógicamente pretender ser muy ambiciosos dado lo limitado del espacio así como la enorme prolijidad de las normativas de tan distintos países integrantes de la comunidad Iberoamericana de naciones y de las peculiaridades de los regímenes jurídico-administrativo de esta y otras materias en cada una de las naciones, esbozar una serie de conclusiones que puedan servir de carácter iniciarlo para una posterior prospección singular en el tema, o en la legislación privativa de cada república.

Así en primer lugar debemos destacar que el suministro de agua a las poblaciones es considerado como un servicio básico esencial dotado de la máxima protección jurídica en la mayor parte de los casos, una protección con relevancia constitucional tal y como hemos podido comprobar en buena parte de los países ibero americanos.

Por otro lado partiendo del carácter de bien de dominio público del agua que tiene desde una máxima estatificación y carácter público en el caso de México a una posibilidad de comercio con ella en virtud del principio de libre empresa en el caso de Chile.

⁴⁷ La citada ordenanza general aprobada por Decreto Supremo nº 47 de 16 de abril de 1992,

⁴⁸ Alejandro Vergara Blanco. “Las inundaciones ante el derecho Chileno. Agua y urbanismo.” Pags 355 a 371 y en concreto 361-362 del libro colectivo “Agua y urbanismo” Instituto Euromediterráneo del agua. Murcia 2005

En cualquier caso las competencias y funciones concretas para el abastecimiento de las poblaciones quedan dentro del ámbito municipal, integrado en la organización del régimen local de cada Nación y con las modalidades organizativas de prestación que las diversas normas de cada República articulan, puesto que conviven fórmulas mancomunadas, ayudas nacionales, organizaciones diferenciadas con personalidad jurídica propia dependientes de cada municipio, etc.

Dada la articulación jurídica del sistema de abastecimiento de agua a las poblaciones en Hispanoamérica, no podemos destacar especiales diferenciaciones con el sistema basado en el régimen administrativo imperante en España, tan sólo matices y una gran presencia de los operadores privados concesionales en la gestión concreta del servicio.

No obstante esos matices pueden tener en algunos casos importantes diferencias y dar lugar a modelos tan distintos (de entre los estudiados que excluye expresamente a la Republica Bolivariana de Venezuela), como los de México y Chile.