



Algunas cuestiones polémicas en torno a los servicios urbanos del agua: precio de la contraprestación, la mal llamada "remunicipalización" y la conveniencia de una autoridad reguladora independiente para el sector

Estanislao Arana García

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

España

**Revista Iberoamericana de Gobierno Local
Número 10, Granada, Mayo, 2016
ISSN: 2173-8254**

www.revista.cigob.net



Secretaría General
Iberoamericana

Secretaria-Geral
Ibero-Americana





I. INTRODUCCIÓN.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966) no reconoce expresa y directamente un Derecho Humano al Agua. No obstante, este Derecho se ha construido sobre la base que proporciona su Art. 11.1 que literalmente señala que "*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...*".

La Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 64/292 de 28 julio 2010 reconoce que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. En consecuencia, exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que intensifiquen los esfuerzos para proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.

Otros instrumentos internacionales, anteriores o posteriores han redundado en esta idea de considerar el Derecho al agua como un Derecho Humano. Evidentemente, en función del grado de desarrollo de cada país, este Derecho Humano tendrá un alcance u otro. Lo que sí parece claro es que para los Estados que cuentan con un mínimo nivel de desarrollo, este Derecho Humano se concreta, principalmente, en los tradicionales servicios urbanos del agua (abastecimiento domiciliario de agua potable y saneamiento de las aguas urbanas).

Estos tradicionales servicios públicos están siendo en la actualidad objeto de revisión o replanteamiento de algunos de sus clásicos postulados. En las siguientes páginas me voy a referir a tres cuestiones que responden, en algún caso, a problemas propios de la situación española y, en otros, a conflictos que se están planteando a nivel europeo o incluso mundial. En todos ellos, directa o indirectamente, se cuestionan las





bases de la tradicional prestación de los servicios urbanos del agua siendo, por tanto, de enorme trascendencia tanto teórica como, sobre todo, práctica.

II. LOS SERVICIOS URBANOS DE ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DEL AGUA COMO SERVICIO PÚBLICO LOCAL: EL DEBATE SOBRE LA MAL LLAMADA "REMUNICIPALIZACIÓN".

En el ámbito de la Unión Europea, se reconoce indirectamente el Derecho al servicio urbano del agua tanto por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como por diversas normas de Derecho derivado (especialmente la Directiva Marco de Aguas del año 2000). Por lo que respecta a la forma concreta de prestación, se parte del principio de subsidiariedad para que sean los propios Estados miembros los que decidan cómo se deben prestar estos servicios de interés general relacionados con el agua.

En el caso español, el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 (norma de cabecera del que podríamos denominar sistema normativo de las aguas en España) califica al agua como un bien de dominio público y, consecuentemente, considera a los poderes públicos (legislativo y ejecutivo) sus principales "reguladores". Por su parte, dentro del bloque de la constitucionalidad, desde las primeras leyes locales, los que podríamos denominar genéricamente como servicios urbanos del agua, han sido concebidos como servicios públicos básicos prestados en régimen de cuasi-monopolio y que, por tanto, deben ser asegurados y regulados por la Administración (en la actualidad, los artículos 25.2, 26 y 86.2 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985).

Por tanto, en cualquier caso, debe quedar claro que en España el agua es pública y el regulador es la Administración Pública con los límites y condiciones que le impone el poder legislativo. Frente a lo que en muchas ocasiones se dice de forma recurrente y demagógica, no hay privatizaciones del agua, en todo caso, en algunos lugares, la gestión de algunos de estos servicios se hace por empresas privadas pero el agua sigue





siendo pública y las más importantes responsabilidades tanto de regulación como de inspección y control corresponde a la Administración pública.

Los servicios urbanos del agua o, más modernamente, la gestión del ciclo integral del agua abarca las siguientes actividades: a) Abastecimiento: captación del agua (aducción), su tratamiento de esta para el consumo humano y la finalización en las acometidas y contadores de las viviendas; b) Saneamiento: el agua ya ha sido usada y hay que evacuarla desde las zonas urbanas para devolverla depurada en óptimas condiciones al medio ambiente; c) Reutilización: aprovechar el agua depurada para otros usos (riego de jardines, baldeo de calles).

¿Cómo se gestiona estos servicios públicos locales? La Ley de Bases de Régimen Local considera los servicios de abastecimiento domiciliario y saneamiento como competencia municipal y servicios públicos obligatorios y, por tanto, conforme al principio de autoorganización goza de discrecionalidad a la hora de decidir si lo que procede es la gestión directa o indirecta de los mismos. En la actualidad, en términos generales, podemos decir que el 50% de la población española recibe el servicio por gestión directa y el otro 50% mediante gestión indirecta (empresas privadas y mixtas). En 2014, el 40% de la población se abasteció por empresas públicas, el 35% por privadas, el 15% por mixtas y el 10% por la propia administración local sin crear ningún ente instrumental para su prestación.

A pesar de la tradicional discrecionalidad para elegir la fórmula de gestión, pública o privada, más adecuada, en la actualidad y tras las últimas reformas operadas en el régimen local, podemos señalar que existen nuevas y sutiles limitaciones al ejercicio de esa discrecionalidad.

Así, en primer lugar, la nueva redacción dada al Art. 85.2 por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, señala que "*Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación...*". Esta referencia a la fórmula más



eficiente y, también, sostenible significa que hay que buscar la fórmula que responda a criterios económicos de no incremento de la deuda y a la posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado. Estas circunstancias, lógicamente, tendrán que acreditarse en el concreto expediente administrativo por el que se opte por fórmula directa o indirecta.

En el ámbito de la legislación estatal, el Art. 86.2 de la nueva Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, señala que sólo se podrá optar por la gestión directa si es una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. Es decir, se reconoce expresamente una especie de principio de subsidiariedad económica que supondría la preferencia por la gestión indirecta salvo que se acredite fehaciente y concretamente que la directa es más eficaz y rentable

En esta misma línea de pensamiento, recientemente, la Autoridad Catalana de la Competencia, en un Informe emitido en relación a un proceso de municipalización del servicio de suministro de agua (Referencia Número OB 19/2015 de 26 de marzo de 2015), teniendo ya en cuenta lo establecido en el artículo 85,2 de la LBRL, ha insistido en la necesidad de justificar la opción por la gestión directa y sus ventajas respecto de la gestión indirecta. Afirma la preferencia por la competencia en el mercado y por el mercado, frente al monopolio de titularidad y también frente a la gestión directa. Concretamente afirma que: “atendiendo a los efectos restrictivos de la competencia –de la opción por la gestión directa mediante medio propio- resulta necesario justificar tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo, es decir, debería valorarse en qué medida el mercado presta o puede prestar el servicio objeto del encargo y en qué condiciones (básicamente precio y calidad) lo puede hacer, teniendo que descartar el acudir a la figura del medio propio siempre que sea potencialmente posible obtener el servicio en términos de relación calidad/precio más favorables que las que ofrece el medio propio”.

La discusión acerca de las bondades de una forma de gestión frente a la otra es muy larga y, si me apuran, casi estéril. Contamos con estudios que justifican los



beneficios para la sociedad de una gestión privada frente a una pública y otros que, precisamente, señalan lo contrario. Tradicionalmente, se señala que las ventajas de la gestión privada de estos servicios urbanos del agua se podrían sistematizar en: a) mejor gestión y más servicios, b) existencia de incentivos para el ahorro de costes, c) especialización y transparencia (conforme a las reglas que rigen a las sociedades mercantiles), d) Atracción del capital privado para financiar nuevas infraestructuras y, con ello, aliviar la responsabilidad financiera del Estado, e) Limitación de la interferencia política y suelen tener planteamientos a más largo plazo que lo público, f) final y paradójicamente, al menos desde un punto de vista teórico, las Administraciones Públicas pueden exigir el cumplimiento contractual de una manera más clara que si se trata de empresas públicas.

En el lado de las críticas a este modelo, se señala que se trata de un monopolio natural del que se aprovechan grandes lobbies a nivel mundial, que los cánones se recargan en las facturas de los ciudadanos, que existen importantes márgenes comerciales y que se da muy escasa participación a las pequeñas y medianas empresas locales.

Por su parte, las tradicionales debilidades que se achacan a la gestión pública, se podrían sistematizar en: a) la mala administración y en la obtención de ganancias a corto plazo (el plazo propio de los tiempos políticos), en la decadencia de infraestructuras por falta de inversión, en la ausencia de transparencia, en la ineficacia (pérdidas en las redes, defectos de facturación...) y en la falta de especialización.

Se trata, por tanto, fundamentalmente, de una cuestión ideológica en la que cada uno creará en los informes y estudios que tengan mayor coincidencia con sus posiciones ideológicas. En lo que parece haber consenso actualmente es en afirmar que los problemas que tiene el sector no tienen tanto que ver con la forma de gestión de los servicios urbanos del agua sino, más bien, con los defectos o problemas que tiene su marco regulatorio e institucional. Para los economistas que se han ocupado de esta materia, desde el punto de vista de la eficiencia, la propiedad (pública o privada) del





operador es irrelevante, es la regulación y el marco institucional el factor determinante para la eficiencia. Volveré sobre esta cuestión.

Pues bien, estando así las cosas, desde hace unos años se viene hablando de la necesidad de "remunicipalizar" los servicios urbanos del agua. Debemos hacer notar, en primer lugar, lo confuso y errático del término. Como hemos dicho antes, el agua es pública y, además, es una competencia pública (fundamentalmente municipal). No se trata, por tanto, de remunicipalizar un servicio que ya es municipal, en todo caso, de lo que se debería hablar tal y como acertadamente ha señalado el Profesor Tornos Mas, es de república. Esto es, que los servicios que han sido y siguen siendo públicos, no sean gestionados de manera indirecta o con participación privada sino de forma totalmente pública.

A nivel mundial se están creando grupos a favor de esta república de la gestión señalándose que hasta el momento 189 ciudades en 35 países han recuperado la gestión pública. La base de este movimiento es la consideración de "mito" la mayor eficacia de lo privado. Para los defensores de este movimiento, la gestión pública es más eficaz y, además, con ella, se da un mayor cumplimiento a principios como los de sostenibilidad, acceso universal y equidad que chocan con los propios de la actividad empresarial. Se suelen poner los ejemplos de ciudades tan importantes como París, Buenos Aires y Dar es Salaam (algunos de los trabajos que dan soporte a esta idea son el Informe PSIRU de la Universidad de Greenwich, *Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización*, de 16 de mayo de 2012, y el Informe de Pigeon- Mc Donald, Haedemon y Kishimoto *Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas*", publicado por el Transnational Institute de Amsterdam, en marzo de 2015).

Sin embargo, un análisis con cierta profundidad de algunos de estos casos que se señalan con ejemplos de "república", demuestra que este fenómeno no es tal cual se ha querido describir. En el paradigmático caso de París, por ejemplo, podemos señalar que en el periodo que va desde 1985 a 2010, es decir 25 años, el servicio de





agua de la ciudad de París fue dividido en dos partes. Por un lado, la producción del agua potable fue responsabilidad de una compañía pública, SAGEP, que vendía el agua a dos operadores privados que estaban a cargo, por otro lado, de la distribución en la ciudad. Estos dos operadores privados eran Compagnie des Eaux de París, una filial de Veolia, para el margen norte del Sena, y la Société Parisienne des Eaux, para la margen sur del Sena. Los dos contratos llegaron a su fin natural en diciembre de 2009. Desde enero de 2010, el servicio fue reestructurado en una única entidad pública, “Eau de París”, de gestión pública. La población abastecida por la ciudad de París, algo más de dos millones, es una quinta parte de la población del Gran París, que supera la cifra de diez millones de habitantes. En los suburbios el servicio del agua es administrado por diferentes autoridades públicas. La mayoría utiliza operadores privados mediante contratos PPP. La autoridad responsable más grande es el Syndicat des Eaux d’Ile de France (SEDIF), que agrupa 142 municipios. El SEDIF eligió un operador privado para administrar los servicios de agua para su población, de más de cuatro millones de habitantes. Y en 2010, el SEDIF renovó su confianza en la gestión privada; decidió firmar un nuevo contrato de participación público-privada por 12 años, iniciado el 1 de enero de 2011. La fuerte competencia por este contrato, y las mejoras en eficiencia que generó el anterior, posibilitaron una reducción del 18% en el precio promedio del servicio de agua para los cuatro millones de personas abastecidas por el SEDIF. En definitiva, realmente, lo que se ha dado en París y en su Area Metropolitana es una colaboración público-privada en el ámbito del abastecimiento y saneamiento del agua potable.

En España, alentados por esta atmósfera internacional favorable a esta idea de retornar a manos públicas la gestión de un servicio que durante los últimos años, en algunas ocasiones y en determinados lugares, ha sido prestado con herramientas de colaboración público-privada (sociedades mixtas, concesionarios, etc), el debate está planteado aunque, bajo mi punto de vista, sin tener en cuenta todas las consecuencias y derivaciones que podría generar esta "vuelta al pasado".





La principal cuestión a tener en cuenta y a la que, brevemente, me voy a referir es a la de los costes que necesariamente y en un Estado de Derecho que se precie de serlo, generará este fenómeno de vuelta a la gestión pública. Evidentemente, no se está hablando de recuperar la gestión directa por un incumplimiento del contratista o socio privado en una sociedad mixta. De lo que estamos hablando es de la recuperación de la gestión sin que haya finalizado el plazo contractualmente establecido de prestación de un determinado servicio por parte de un particular y no por cuestiones de legalidad sino de oportunidad. Si esto es así, en primer lugar, habrá que plantearse si esto es posible, es decir, ¿sin haberse dado un incumplimiento contractual cabe recuperar un servicio que se estaba prestando de forma indirecta? Desde el Derecho comunitario es más que probable que se prohíba esta posibilidad de recuperar "por razones de oportunidad", que no de legalidad, un servicio prestado de forma indirecta.

Pero, finalmente, en el caso de que esta recuperación por razones de oportunidad fuese posible, lógicamente, el contratista tendrá que ser indemnizado adecuadamente. Y en un momento como en el que vivimos de absoluta necesidad de contención del gasto público y de imposibilidad de aumentar la deuda pública, no sé hasta qué punto esto será posible. Puede que en los países del norte de Europa, las Administraciones Públicas tengan, además, posibilidades de obtener créditos o financiación para la recuperación de la gestión del agua. Sin embargo, en los países del sur, la posibilidad de obtención de créditos y financiación por parte de los Poderes Públicos es, prácticamente, nula.

Y es que, finalmente, la decisión de remunicipalizar, deberá ser compatible con las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 1 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) que, de otra forma, no son más que trasunto de una de las reglas básicas y esenciales de la Unión Europea que como Estado miembro debemos cumplir firmemente. Hablar de "remunicipalizaciones" sin tener en cuenta sus consecuencias económicas y financieras para el entorno europeo es tratar el tema sin rigor jurídico y de una forma demagógica.





III. PRECIO DE LA CONTRAPRESTACIÓN POR LOS SERVICIOS DEL AGUA: TASA O TARIFA.

La naturaleza de la contraprestación económica que pagan los usuarios de los servicios públicos, ha sido una cuestión muy debatida y discutida, al menos, en nuestro país. Especialmente grave y compleja se presenta esta cuestión cuando hablamos de los servicios urbanos del agua. Determinaciones legales, reformas normativas, interpretaciones judiciales y reinterpretaciones por parte de la Administración tributaria, se dan juego en la actualidad en una suerte de confusión que no hace, bajo mi punto de vista, que poner encima de la mesa y sobre un ejemplo concreto, la confusión de poderes que actualmente vivimos.

Partiendo de que el agua, en sí misma considerada, es gratis en la medida en que se trata de un bien de dominio público, la duda se plantea acerca de la naturaleza jurídica de la contraprestación que pagamos por los servicios que conlleva su distribución domiciliaria y su posterior saneamiento y reutilización. El conflicto jurídico se plantea a la hora de definir esta contraprestación como un tributo o tasa o como un precio privado, fijado por la Corporación municipal ejercitando su potestad tarifaria y sometido a la aprobación ulterior de la Comunidad Autónoma en aplicación de la política de control de precios. Inicialmente, la solución a este conflicto interpretativo se solucionaba entendiendo que si el servicio era gestionado de forma indirecta por un concesionario o un arrendatario, incluso una empresa participada mayoritariamente por el municipio, estaríamos ante un precio privado o tarifa. Por el contrario, si el servicio se prestaba directamente, la retribución satisfecha por los usuarios constituía una tasa.

Esta interpretación fue mantenida por el Tribunal Supremo hasta el 1 de enero de 1999, fecha a partir de la cual y en virtud de la disposición transitoria segunda, apartado 1, de la Ley 25/1998, debería siempre considerarse una tasa, como consecuencia de las reformas introducidas a resultas de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, cuya doctrina ratificaron las sentencias 102/2005, de 20 de abril (RTC 2005, 102), y 121/2005, de 10 de mayo (RTC 2005, 121). La reforma





operada por la Ley 25/1998, se vio reforzada bajo la vigencia de la Ley General Tributaria de 2003 (art. 2.2 .) y del Texto Refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, aprobado en 2004 [art. 20.1.B)], conforme a la cual, los usuarios han de sufragarlo a través de una tasa que pasa a engrosar la partida de ingresos del presupuesto local, con independencia de la forma en que se gestione, ya que siempre se trata de servicios municipales de recepción obligatoria (art. 25.2.1) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local).

Posteriormente, tuvo lugar la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, por la Ley de Economía Sostenible de 2011. El segundo párrafo de la letra a) del artículo 2.2 de la Ley General Tributaria, vino a establecer que la forma de prestación del servicio era irrelevante para poder diferenciar tasa y tarifa, de modo que toda remuneración de servicio público debía configurarse como una tasa. El legislador amplió de este modo el ámbito material de las tasas, y negó la opción del ente titular del servicio para optar entre tasa y tarifa cuando la prestación se llevaba a cabo por empresa privada o por concesionario.

Como su propia Exposición de Motivos aclara, la reforma llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible de 2011 tiene como objetivo, recuperar la figura de la tarifa cuando el servicio no se prestara en régimen de derecho público, esto es, cuando lo prestara una empresa privada municipal o un concesionario.

Pues bien, en esta situación que parecía estar clara, al menos desde el punto de vista legal y en la medida en que se dicta una ley, expresa y directamente, para permitir considerar la prestación como precio privado o tarifa si el servicio público está prestado por un ente privado, de manera absolutamente sorprendente, la Sentencia de 23 noviembre 2015, recurso de casación 4091/2013, ha venido a generar nueva confusión y polémica. Polémica en el propio Tribunal Supremo y en la medida en que este pronunciamiento cuenta con dos votos particulares que discrepan del parecer mayoritario de la Sala.





En este caso, el conflicto versaba, directamente, sobre la naturaleza de la contraprestación económica que los usuarios debían abonar por recibir el servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable, servicio prestado por una entidad privada adjudicataria de la concesión. Como no podría ser de otra forma, la Sentencia analiza las diferentes regulaciones que han tenido lugar a lo largo de nuestra historia más reciente sobre esta cuestión llegando a la Disposición Adicional 58 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, de la que se desprende con claridad que la voluntad del legislador, al modificar el artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, era clarificar que las contraprestaciones por las actividades prestacionales de servicios públicos que llevan a cabo las entidades u organismos públicos que actúan en régimen de derecho privado y los concesionarios no deben tener necesariamente la condición de tasa.

Pues bien, a pesar de ese reconocimiento, sorprendentemente, el Tribunal Supremo construye una nueva interpretación que supone, directamente, inaplicar la reforma legislativa de 2011. El Tribunal, desconociendo la última reforma de la Ley General Tributaria, vuelve a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, anterior a dicha reforma, para justificar su interpretación. De manera, bajo mi punto de vista, realmente sorprendente para un Estado de Derecho que tiene en la división de poderes una de sus señales de identidad, el poder judicial decide, conscientemente, desobedecer al poder legislativo creando una interpretación que no se sostiene a la vista del tenor literal de la Ley. Puede que, incluso, nos pareciera que esa interpretación es más acertada o adecuada pero, en ningún caso, un Tribunal puede crear Derecho en un ámbito en el que el legislador, claramente, se ha pronunciado (acertada o erróneamente) a favor de una concreta solución. Si el Tribunal Supremo, considerase, por ejemplo, que la nueva redacción de la Ley General Tributaria dada por la Ley de Economía Sostenible contradice algún postulado o principio constitucional, lo que debería hacer es plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad pero no forzar interpretaciones que, claramente, contradicen la Ley.





Pero es que, además, esta Sentencia contradice otra del mismo Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4216) (rec. de cas. 2042/2013) que también tiene que aplicar la reforma de la Ley General Tributaria llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible y que expresa y claramente establece lo contrario de la Sentencia de noviembre.

Por otra parte, como acertadamente señala el profesor Tornos Mas ("Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015" publicado en La Administración al Día, newsletter del Instituto Nacional de Administración Pública – INAP- 17 de marzo de 2016) el artículo 31.3 de la Constitución, al crear la figura de las prestaciones patrimoniales de carácter público, exigió que las mismas se sometieran al principio de reserva de ley. Pero el propio Tribunal Constitucional reconoce que las prestaciones patrimoniales de carácter público pueden ser de diversa naturaleza, y no identifica estas prestaciones con tributos y multas. Por tanto, la tarifa puede reconocerse como prestación patrimonial de carácter público. Siendo ello así, lo que procede es exigir que su determinación cumpla con el principio de reserva legal. la determinación de las tarifas cumple con el principio de reserva legal si su fijación se lleva a cabo en una Ordenanza Municipal. De este modo, el titular del servicio, cuando el mismo se presta por empresa municipal privada o por concesionario, debe poder optar entre el régimen tributario de la tasa o el privado de la tarifa. El recurso a la tarifa no supone una merma de garantías formales.

Más recientemente todavía, la Dirección General de Tributos ha respondido a una consulta sobre esta cuestión por parte de la Asociación Española de Abastecimiento de agua y Saneamiento (AEAS) sobre esta cuestión (Resolución firmada el 8 de abril de 2016). Pues bien, este órgano administrativo, con la limitación que su interpretación tiene, mantiene que el municipio en cuestión tiene la posibilidad de elegir. Si opta por que los servicios públicos de abastecimiento de agua y alcantarillado sean gestionados directamente por un ente local, sin ningún tipo de delegación, la contraprestación satisfecha por los usuarios debe tener la naturaleza jurídica de tasa. Por el contrario si





dichos servicios son gestionados por una sociedad privada municipal o por una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión del servicio, las prestaciones no podían ser calificadas como ingresos de Derecho público, sino como ingresos de Derecho privado. En definitiva, en opinión de la Dirección General de Tributos, subsiste la posibilidad de que en el caso de que la prestación del servicio público se realice por una empresa, ya sea pública, privada o mixta, la Administración Pública titular del citado servicio pueda optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas.

La confusión de poderes es ya total, el judicial corrige al legislativo creando directamente una norma y el ejecutivo corrige al judicial estableciendo una interpretación contraria a la que acaba de realizar en un caso el Tribunal Supremo. La cuestión es grave y no cabe más que aclarar definitivamente la doctrina correcta que, bajo mi punto de vista, es la que hace la Dirección General de Tributos.

IV. OPORTUNIDAD O NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE REGULADORA DEL AGUA.

Los servicios urbanos del agua viven en la actualidad, al menos en el caso español, un auténtico estancamiento fruto principalmente de la falta de inversión que está generando un claro deterioro de las instalaciones y del servicio. ¿Cuál es la razón de esta situación? Desde el sector de la economía y de las finanzas públicas, se apunta a que la razón principal de esta situación es el marco regulatorio con el que contamos. Más allá de considerar que lo que condiciona el desarrollo del sector es la forma público o privada de gestión, lo que se pone de manifiesto es que el principal condicionante para llegar a esta situación es la existencia de un modelo regulatorio muy complicado por descentralizado, heterogéneo y variable a lo largo de todo el territorio nacional.





La primera de las razones que explican el por qué de un modelo regulatorio tan complicado es que las competencias que afectan al ciclo del agua urbana están muy fragmentadas. Así, en primer lugar, la asignación del recurso entre los diferentes usuarios y el control de vertidos es competencia de las autoridades de cuenca (Confederaciones hidrográficas o entes autonómicos correspondientes para las cuencas intracomunitarias). El abastecimiento y el saneamiento como actividad de servicio público que son están en manos de la Administración Local (Ayuntamientos principalmente y Diputaciones Provinciales y otros entes supramunicipales en algunos casos). La calidad del agua es una competencia Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (Sistema de Nacional de Aguas de Consumo). La depuración también es competencia local aunque es usual la creación de organismos por parte de las Comunidades Autónomas. Finalmente, la estructura tarifaria y precios es competencia de los ayuntamientos (excepto los cánones de depuración que son de competencia autonómica).

Realmente, podemos afirmar que, en la actualidad, en España, la gestión del agua está atomizada en más de 2000 servicios independientes que actúan con bastante autonomía e independencia y, por tanto, generando bastante heterogeneidad. El resto de servicios encargados de la gestión urbana del agua hasta llegar a la cifra de 8114 municipios con los que cuenta el país, están delegados en entidades supramunicipales.

Una de las razones que, claramente, explican el estancamiento del sector y la falta de inversión que vivimos tanto en España como algunos países del Sur de Europa, a diferencia de otros países de Europa que cuentan con más peso en inversiones que en gastos de operación, es el marco regulatorio tan heterogéneo con que contamos y que genera situaciones tan paradójicas como que en nuestro país intrínsecamente deficitario en recursos hídricos, el precio del agua esté por debajo de la media de Europa. En el sur de Europa se sigue sin cobrar por el agua lo que realmente vale su gestión y, por tanto, se incumple uno de los principios esenciales de la Directiva Marco de Aguas, la recuperación de los costes del agua. En España, a pesar de nuestra geografía y climatología, pagamos 1/3 de lo que paga un danés por el agua.





Ante esta situación, una de las propuestas que están encima de la mesa por parte de diferentes colectivos es el de la necesaria búsqueda de unidades eficientes de gestión para afrontar la gestión del servicio. Hay que fomentar las economías de escala y alcance fomentando estructuras con un tamaño mínimo de población y la integración de servicios. El problema de la planta local en España es algo realmente grave que no se ha querido tocar con la última e importante reforma del régimen local. El fomento, voluntario, de la fusión de municipios, realmente, no ha tenido ningún efecto y, por tanto, la deseable mancomunización de municipios para la más adecuada gestión de servicios públicos no deja de ser algo que parece bastante lejano aunque en algún momento habrá que abordarlo.

La segunda de las propuestas que se manejan es la de la necesaria armonización de los criterios tarifarios. Un estudio de 2016 elaborado por FACUA sobre tarifas del agua en España, pone de manifiesto que en nuestro país existen diferencias de hasta el 349% . No hay unidad de mercado en este ámbito y esas diferencias tan enormes no se explican sólo con la mayor o menor disponibilidad del recurso en función del lugar de España en el que nos encontremos.

Aunque es cierto que es muy complicada la unificación u homologación tarifaria dado, por ejemplo, las variaciones en la adquisición del agua en la naturaleza, el establecimiento de cánones autonómicos, la antigüedad redes de abastecimiento y saneamiento o modo en que se hayan financiado las instalaciones, lo cierto es que unas diferencias tan grandes no se justifican totalmente en estas razones. La utilización del agua por parte de los entes locales para financiar otro tipo de servicios y actividades, bajo mi punto de vista, es una de las razones más importantes para explicar el porqué de las diferencias tarifarias comentadas. Es más que habitual la utilización de cánones concesionales del agua con carácter no finalista. Estos cánones concesionales del agua que normalmente responde a la idea de anticipación de capital asociado a la adjudicación concesional de un servicio, deben ser finalistas, es decir, se deben reinvertir en los servicios del agua. Se debe combatir la tentación de que el agua sea





objeto de impuestos no finalistas y financie actividades que no están relacionadas con estos servicios.

Pues bien, para conseguir una deseable mayor homogeneidad en cuanto a las cuestiones más importantes que afectan a los servicios urbanos del agua, entre otras, la relativa al precio de la contraprestación a pagar por estos servicios, se está discutiendo acerca de la oportunidad y conveniencia de que la regulación de este sector se atribuya, al menos en algunas cuestiones esenciales, a una autoridad administrativa de carácter independiente. La armonización económica y la armonización de los estándares de servicio y de control son dos de los objetivos que se persiguen con esta propuesta y que en España se está comenzando a plantear aunque en países como Italia esta medida se ha llevado a cabo aunque, por ahora y hasta donde sé, con un éxito relativo.

En este país, tan similar al nuestro en cuanto a geografía y estructura socio-política, desde 2012 se han asignado funciones reguladoras del servicio hídrico a la autoridad administrativa independiente de carácter nacional: “Autoridad para la energía eléctrica, el gas y el servicio hídrico”. Esta Autoridad Administrativa Independiente ha iniciado su acción regulatoria con las tarifas (método tarifario común aunque provisional ya que es una cuestión muy conflictiva e, incluso, sometida a referéndum). La reforma de los servicios urbanos del agua en Italia también ha venido de la mano de la creación, por las regiones, de divisiones territoriales más óptimas para la gestión del servicio buscando, como antes mencionaba, economías de escala.

No existe, por el momento, consenso en España acerca de la conveniencia de esta figura. De hecho, se argumenta que en nuestro sistema jurídico de aguas no sería necesario este instrumento en la medida en que contamos con la planificación hidrológica y los organismos de cuenca como instrumentos que ya existen y que podrían servir a las necesidades de homogeneización pretendidas con la autoridad administrativa independiente.





V. CONCLUSIONES

Estamos, en definitiva, ante tres cuestiones que están generando muchas dudas y confusión en torno a unos servicios tan esenciales como son los urbanos del agua. Los servicios urbanos del agua han llegado a un grado de tecnificación y especialización que los aproxima a otros servicios prestados en red como las telecomunicaciones o la energía. Evidentemente, las características de la prestación no los hace equiparables pero sí que podríamos aprender de lo que ha pasado en estos sectores para corregir y mejorar la prestación de un servicio tan esencial como el agua. Aunque la energía o las comunicaciones no sean un Derecho Humano como el agua, qué duda cabe de su trascendencia para la vida actual. Estos sectores dejaron de concebirse como reservados y titularidad en su conjunto de los poderes públicos, son sectores regulados, con una fuerte intervención pública pero que no son monopolios de los poderes públicos y de los que no se discute la conveniencia de su retorno a manos públicas. La complejidad de estos servicios y el grado de razonable desarrollo con el que se prestan hace que casi nadie se acuerde de cuando, no hace tanto, eran propiedad pública y, además, prestados en muchas ocasiones de manera directa.

Los servicios urbanos del agua, en su mayoría, son servicios públicos de titularidad municipal que, en ocasiones, son gestionados y prestados de forma indirecta. En este caso, a diferencia de los anteriores y, quizás, por estar en manos de los entes locales, el modelo está siendo objeto de un nuevo debate. El debate, simplemente, se está planteando en torno a la conveniencia de volver a un sistema en el que el protagonismo en la gestión y prestación del servicio tenga carácter público. Existen estudios de todo tipo en los que se pone el acento en la mayor o menor conveniencia (por su eficiencia y rentabilidad económica y social) de la gestión pública o privada. No voy a entrar en esa cuestión, no es lo relevante. La existencia de una autoridad administrativa independiente que interviniese en el sector del agua dotándolo de una mayor homogeneidad y transparencia, sobre todo, en los aspectos económicos, puede ser una solución. Aunque el Derecho de aguas español contamos con instrumentos, en





cierta manera, "uniformadores" como la planificación y las autoridades de cuenca, éstos, hasta el momento, no han resultado útiles a estos efectos.

En cualquier caso, mientras se discute suficientemente este tema, bajo mi punto de vista, sí hay cuestiones a mejorar de manera casi inmediata. La solución a los problemas de inversión en infraestructuras no va a llegar con la mal llamada remunicipalización. Muy al contrario, este debate no puede más que aumentar los problemas por la incertidumbre que genera en el sector. El modelo de colaboración público-privado es un modelo que ha aportado más ventajas y beneficios que inconvenientes y es, por tanto, el que debe de mantenerse. Evidentemente, el sistema es mejorable y se han cometido abusos por parte de algunos de los prestadores privados de estos servicios. Sin embargo, estas distorsiones se han producido con la connivencia cuando no con el aliento de los propios entes locales titulares del servicio que han encontrado en los servicios urbanos del agua un mecanismo de financiación general de la entidad cuando no una herramienta de generación de empleo para los allegados al partido en el gobierno municipal.

La solución inmediata y que está en manos de los diferentes Ayuntamientos de nuestro país pasa por esto, por hacer uso de las potestades y competencias que, como titular del servicio, le pertenecen por derecho. El control real y técnico de los concesionarios es una asignatura pendiente en nuestro sistema. Su ausencia, en muchas ocasiones, se debe a falta de voluntad política, en otros casos, simplemente a falta de conocimientos técnicos sobre la materia.

