

Los servicios urbanos del agua en el Derecho Español: situación actual y perspectivas de futuro

Estanislao Arana Garcia

RESUMEN: 1. El carácter de servicio público de los servicios urbanos del agua: orígenes, regulación actual y consecuencias jurídico-económicas de esta naturaleza jurídica. – 1.1. La declaración de los servicios urbanos del agua como servicio público: antecedentes históricos y significación actual. – 1.2. Los servicios urbanos del agua: un servicio esencialmente municipal aunque con competencias legalmente reconocidas de otras entidades territoriales. – 1.3. La titularidad local del servicio genera un excesivo número de reguladores: el debate acerca de la creación de una autoridad administrativa independiente en el sector del agua. – 2. La elección de la forma de gestión de los servicios urbanos del agua: la introducción del criterio de la sostenibilidad y la eficiencia como elemento reglado en una decisión que sigue siendo discrecional. – 3. La necesidad de redefinir los papeles público y privado en la gestión de los servicios urbanos del agua. – 4. Conclusión.

1. *El carácter de servicio público de los servicios urbanos del agua: orígenes, regulación actual y consecuencias jurídico-económicas de esta naturaleza jurídica*

1.1 *La declaración de los servicios urbanos del agua como servicio público: antecedentes históricos y significación actual*

El agua es un recurso natural escaso pero tan esencial que, desde un punto de vista jurídico, su acceso ha merecido la consideración de Derecho humano¹. Además de su valor ambiental fundamental, desde otro punto de vista, el agua es un bien económico esencial para el desarrollo de cualquier actividad humana

¹ El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

y, como tal, es objeto de atención y regulación por el Derecho. Desde esta perspectiva, la primera nota que destaca de uno de los usos y servicios principales del agua, el abastecimiento y saneamiento del agua urbana, es su carácter de actividad de servicio público titularidad de la Administración pública. Se trata, por tanto, de una actividad económica excluida de la libertad de empresa ya que, de las posibles vías de intervención pública posibles, la legislación española ha optado por la más intensa o radical, esto es, su declaración como actividad de titularidad pública (*publicatio* en sentido estricto). Se podía haber optado por regular, más o menos intensamente, algunos aspectos de esta actividad para tratar de responder a los intereses públicos presentes en los servicios urbanos del agua, sin embargo, su indudable carácter de monopolio natural y la esencialidad de estos servicios para la vida en sociedad, justifican esta fundamental declaración que, desde un punto de vista jurídico y económico condiciona todo su régimen legal.

Como luego diré con más detalle, la titularidad del servicio intrínsecamente y de manera irrenunciable supone que la Administración mantiene los poderes de dirección, vigilancia y control de dicha actividad independientemente de quién la preste materialmente. Además, esta declaración como servicio público en sentido estricto, conlleva su prestación de manera regular y continua, la obligación de suministro y el derecho subjetivo a la utilización por cualquier ciudadano siempre en condiciones de igualdad y a cambio de un precio que constituye la contraprestación del servicio recibido.

Precisar, también con carácter previo, qué actividades se incluyen en la más genérica de servicios urbanos del agua y cómo se definen. Los servicios urbanos del agua incluyen el abastecimiento de agua potable y el saneamiento de las aguas residuales. A su vez, desde un punto de vista jurídico, el abastecimiento de agua a poblaciones se refiere exclusivamente a las necesidades hídricas pero domésticas de la población (bebida y preparación de alimentos, higiénicas o sanitarias, comerciales, deportivas, ornamentales, etc). Es lo que comúnmente se conoce como “agua de boca” y la de otros usos domésticos. Quedan así, por ejemplo, excluidos de este concepto el uso para regadío y los usos industriales que emplean el agua como elemento determinante de su actividad (sí se incluirían, según la redacción del artículo 60 de la Ley de Aguas, el agua necesaria para industrias de poco consumo situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal)². Respecto al saneamiento de aguas, se incluiría en la misma la fase posterior al abastecimiento centrándose en la depuración de las aguas previamente usadas.

² El abastecimiento, por su parte, incluye las tareas de aducción (captación o alumbramiento de aguas, su embalse y conducción por arterias o tuberías primarias así como su tratamiento -“agua en alta”-) y distribución (suministro de agua a los particulares o “agua en baja”). Analizando desde un punto de vista todas las fases del ciclo urbano del agua, véase D. Blanquer, *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua*, Edit. Tirant Lo Blanch, 2005. Haciendo un repaso a la evolución del régimen público español en materia del ciclo urbano del

Cualquier comunidad humana que se precie de ser organizada ha contado con el abastecimiento de agua como uno de los primeros servicios objeto de atención y reconocimiento. La arquitectura clásica, especialmente la de Roma, presta una muy especial atención al agua y a sus infraestructuras: acueductos, termas, fuentes... En la Edad Media y tras la aportación árabe del transporte del agua mediante tuberías y no mediante los canales de mampostería propios de la época romana, las ciudades mejoraron los servicios relacionados con el agua. No obstante, no será hasta la Ley de Aguas de 1866 cuando podamos hablar de un texto general que regulase el agua de una forma directa y completa. Es a lo largo de la segunda mitad del S.XIX y, fundamentalmente, de esta Ley de 1866, cuando se asiste al tránsito de un sistema de abastecimiento primitivo, caracterizado por la existencia de fuentes públicos y pozos que surtían de agua a la población, a un sistema más evolucionado en el que se instaura la técnica del suministro domiciliario (Álvarez M., 2004).

Aunque la referencia a los municipios como entes competentes en materia de "surtido de aguas" tiene ya lugar en la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 y se reafirma en el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, la declaración del abastecimiento de agua a poblaciones como actividad reservada al Poder Público, en definitiva, la declaración de servicio público de esta actividad, tiene lugar por primera vez en España en el Real Decreto Ley de 12 de abril de 1924, por el que se declararon formalmente servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de una Empresa de distribución. En este texto, literalmente se señalaba que: «las necesidades de la vida moderna y las exigencias de la industria no permiten que la Administración Pública se desentienda de los suministros de energía eléctrica, agua y gas, indispensables para la existencia de los individuos y las industrias». Por tanto, en el artículo 1, «se declaran servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de las empresas de distribución...». En el caso del servicio del agua, más importante incluso que el uso para la bebida era el mantenimiento de condiciones de higiene y salubridad mínima para la población.

En la actualidad³, la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 tras sucesivas modificaciones, se refiere a los servicios urbanos del agua en varios preceptos. Así, en primer lugar, el Art. 25.2 b) establece que el municipio tendrá competencias propias (en los términos de la legislación estatal y autonómica) en materia de

agua, véase también J.M.^a Serrano Sanz, *El Debate sobre la gestión pública o privada del servicio urbano de aguas*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, 69, 36-43.

³ Con anterioridad, el carácter de competencia municipal de este servicio público está expresa y literalmente reconocido en la legislación española histórica de régimen local. Así, por ejemplo, en la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Art. 6.2), Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (Arts. 164 y ss.), el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 (Art. 150.9), la Ley de Régimen Local aprobada por Decreto de 1955 (Art. 103 a)).

abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. Por su parte, el Art. 26.1 a) señala que todos los municipios, independientemente de su tamaño poblacional, tendrán que prestar, entre otros, el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado. Finalmente, el Art. 86.2 de este texto normativo básico y esencial declara reservado a las entidades locales, entre otras, la actividad o servicio esencial del abastecimiento domiciliario y depuración de aguas.

Evidentemente, tendremos que acudir al resto de legislación, estatal y autonómica, encargada de la regulación del agua para conocer el alcance exacto de esta competencia o reserva de actividad a favor del municipio. Sin embargo, aquí se encuentra la nota esencial y más trascendente, la declaración de actividad titularidad de la Administración municipal de los dos servicios más importantes que tienen que ver con el ciclo urbano del agua: el abastecimiento domiciliario de agua potable y el saneamiento de las aguas residuales. Al margen o, mejor, en paralelo, queda el régimen de la reutilización de las aguas residuales una vez depuradas para otros usos, actividad cuyo carácter local no es tan evidente como el del abastecimiento y el saneamiento.

Cuestión diferente, como más adelante se verá, es que este servicio público -o alguna de las diferentes fases en que se divide- de titularidad municipal pueda ser gestionado por municipios de manera individualizada o de forma asociada o mancomunada. En muchas ocasiones, lo más operativo desde un punto de vista funcional y económico es que el servicio público urbano del agua sea organizado por entidades territorialmente superiores a los municipios (especialmente en aquellos de escasa población). En este sentido, suele ser muy frecuente (e, incluso, recomendable) la prestación del servicio por parte de Mancomunidades de municipios y consorcios, sin olvidar el importante papel que también pueden desempeñar las Diputaciones provinciales, especialmente en lo que se refiere a sus competencias de asistencia y cooperación técnica, jurídica y económica a los pequeños municipios y la comarcas en aquellos lugares donde existan. Estas entidades, a su vez, podrán encomendar la prestación material y práctica del servicio a sujetos públicos o privados en función de criterios que luego serán objeto de comentario y análisis. Algunas Comunidades Autónomas han atribuido por Ley competencias en este ámbito a entidades supramunicipales, sobre todo, en el ámbito de la aducción y del saneamiento.

1.2. Los servicios urbanos del agua: un servicio esencialmente municipal aunque con competencias legalmente reconocidas de otras entidades territoriales

Aunque la legislación básica de régimen local haya reservado a los municipios la titularidad de los servicios urbanos del agua, en un Estado territorialmente tan descentralizado como el nuestro, la cuestión de la distribución de competencias no podría resolverse de una manera tan simple. En este sentido, sobre la base de diferentes títulos competenciales, el resto de instancias territoriales con capacidad normativa pueden incidir, directa o indirectamente, en los servicios urbanos del agua otorgando competencias y responsabilidades sobre los mismos a la Unión Europea, al Estado o a las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, la Unión Europea en el ejercicio de sus competencias en materia, principalmente, de medio ambiente, ha dictado una serie de normas que van a condicionar de forma muy importante esta actividad. Principalmente, la Directiva marco del Agua 2000/60/CE es una norma que aunque persiga, fundamentalmente, objetivos ambientales del agua (el logro del buen estado ecológico de las masas de agua) también incide en el servicio público del agua. Así, por ejemplo, el principio de recuperación de costes que se establece la Directiva con carácter general condiciona enormemente la concreta regulación local del servicio o, al menos, así debería serlo por ejemplo en lo que tiene que ver con la contraprestación a cobrar por los servicios urbanos del agua.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas, además de aprobar en algunos casos leyes generales sobre aguas, han ido dictando normas que afectan a los servicios urbanos del agua con incidencia, sobre todo, en el ámbito del régimen financiero, la calidad del agua para abastecimiento y de los vertidos o normas técnicas concretas para el suministro material del agua potable.

Finalmente, el Estado, a pesar de lo que pudiera parecer, cuenta con varios e importantes títulos competenciales que afectan, directa o indirectamente, a los servicios urbanos del agua. Así, en primer lugar, hemos de tener en cuenta que la materia prima básica para el desarrollo de estos servicios, el agua, tiene en nuestro sistema jurídico la naturaleza de bien de dominio público. Dado el carácter estratégico y esencial para la economía nacional del agua, la legislación española ha optado por declararlo bien de dominio público, título jurídico que le permite en régimen de exorbitancia, intervenir directamente sobre él y, entre otras potestades, planificar su distribución por cuencas entre los posibles y heterogéneos usos a que puede servir. Por tanto, la Administración competente para cada una de las cuencas del país (estatal o autonómica dependiendo del carácter inter o intracomunitario de la cuenca en cuestión), tendrá, en primer lugar, que poner a disposición de los municipios de nuestro país mediante la oportuna y necesaria concesión demanial, el agua suficiente como para poder llevar a cabo la pres-

tación de los servicios urbanos del agua. Es más, desde siempre, de entre los diferentes usos que puede tener el agua, el de abastecimiento de agua potable es el preferente. Así lo reconoce, recogiendo la tradición de la Ley de 1866, el vigente Art. 60.3 del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 que tras reconocer que el Plan Hidrológico correspondiente establecerá los usos concretos del agua de la cuenca, señala que en caso de no fijación de esa prelación, supletoriamente regirá un orden de usos en cuya primera posición se encuentra el «Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal». También en el ámbito estatal, la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) atribuye a los municipios la responsabilidad mínima en relación con el control sanitario del abastecimiento de aguas (Art. 42.3), competencia reforzada por las leyes sanitarias de las Comunidades Autónomas. Se plantea, incluso, la competencia estatal para poder dictar una norma con rango de ley de carácter básico que regulase los servicios urbanos del agua con carácter básico y para todo el territorio español. La disparidad y heterogeneidad que se está produciendo en la regulación de un servicio tan esencial e importante como éste, hace que se plantee esta posibilidad como una vía de igualación en Derechos básicos a todos los habitantes del país. Además, la falta de medios por parte de la Administración local o, también, la negligencia de ésta y de las propias Comunidades Autónomas ante el ejercicio de responsabilidades y competencias en este ámbito, provocan en muchas ocasiones sanciones muy elevadas al Estado español por parte de la Unión Europea ante incumplimientos de las obligaciones establecidas por el Derecho europeo. Esta circunstancia, igualmente, abogaría a favor de una hipotética norma básica estatal en este ámbito de los servicios urbanos del agua. Aunque personalmente entiendo que esta opción sería jurídicamente posible, creo que la situación política actual no es la más propicia para ello no obstante su necesidad y conveniencia.

1.3 *La titularidad local del servicio genera un excesivo número de reguladores: el debate acerca de la creación de una autoridad administrativa independiente en el sector del agua*

Desde un punto de vista regulatorio, el hecho de que el legislador español haya situado el núcleo duro de la competencia sobre los servicios urbanos del agua en el ámbito municipal, ha determinado dos de los principales problemas que se achacan a estos servicios en nuestro país. Efectivamente, cada municipio tiene autonomía política y, por tanto, con unos laxos márgenes que se contienen en la legislación estatal y autonómica principalmente, pueden ordenar y regu-

lar la actividad como considere. Desde la forma de gestión al precio de la contraprestación por los servicios del agua pasando por la concreta reglamentación del servicio, son cuestiones decididas discrecionalmente por los municipios de nuestro país. No sucede como en otros sectores fundamentales de la economía nacional (energía, telecomunicaciones, banca, etc.) en los que existe un único regulador; en el caso de los servicios urbanos del agua se calcula que contamos con 2.000 reguladores diferentes. España tiene 8.124 municipios pero gracias la gestión supramunicipal de algunos de ellos hace que podamos hablar de esas 2.000 unidades de gestión y, en este caso, de reguladores del servicio.

Por otra parte, otro de los problemas con que cuenta esta actividad en España es la ausencia de unidades de gestión de un tamaño razonable que permitan economías de escala que hagan la prestación del servicio más eficiente y razonable, especialmente, tratándose de unos servicios muy tecnificados y complejos en la actualidad⁴. Las sucesivas reformas de la legislación local en España, especialmente la que tuvo lugar con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad del Régimen Local, no ha sido capaz de afrontar el problema de la planta local y racionalizar tal y como se ha hecho históricamente en otros países de la Unión Europea, el número de municipios existentes en España. Ante esa imposibilidad, la legislación local está tratando, sin éxito hasta la fecha, de fomentar la fusión voluntaria de municipios y, lo que es más importante, la prestación de servicios públicos desde esferas supramunicipales. Mientras que este modelo de gestión de servicios públicos por entidades supramunicipales no se extienda (o, incluso, en algunos casos se imponga), la autonomía municipal en ámbitos como el de la gestión de los servicios urbanos del agua generará problemas de heterogeneidad en su regulación y dificultades técnicas que no favorecen la mejora en la prestación de estos servicios a los ciudadanos.

Para corregir, en parte, esta situación se alzan voces que señalan la conveniencia de crear en España una autoridad administrativa independiente que, entre otras competencias, llevara a cabo una armonización económica, de estándares de servicio y de control en los servicios urbanos del agua. Este es el modelo que, por ejemplo, han implantado países como Italia, Portugal, Chile o Reino Unido.

Entre las competencias que se podrían atribuir a este hipotético ente regulador en el sector del agua, se citan, por ejemplo, la promoción de la competencia en la contratación mediante informes vinculantes a los pliegos; a fijar indicaciones de desempeño; a establecer obligaciones y derechos de las partes y redactar los reglamentos del servicio; a homogeneizar la estructura de las tarifas a través de

⁴ Sobre esta cuestión y sobre otras muy interesantes del sector del agua urbana, véase el Informe elaborado en 2014 por PricewaterhouseCoopers S.L., *La gestión del agua en España, análisis de la situación actual del sector y retos de futuro*.

una metodología nacional para el cálculo de las tarifas que iría acompañada de un órgano de control de su aplicación y de medidas de fomento para su implantación y que frenase la actual heterogeneidad y cierta arbitrariedad en su fijación⁵; a garantizar la repercusión y recuperación de los costes en la tarifa y la estabilidad a largo plazo; al control de los cánones concesionales que deberían dedicarse a inversiones o mejoras del servicio y no a gastos generales y a garantizar la transparencia en el sector.

Desde otro punto de vista, sin embargo, puede defenderse que la “autonomía regulatoria local” sobre los servicios urbanos del agua es lo más razonable desde un punto de vista político y de respeto a la diversidad y a la descentralización política tan importante de nuestra Constitución de 1978. Las características propias de cada municipio y su autonomía política justificaría la disparidad regulatoria actual. Aunque, sin lugar a dudas, es un criterio a tener en cuenta sobre todo en un ámbito como este en el que las condiciones geográficas de cada municipio pueden condicionar enormemente la regulación, no puede compartirse de forma absoluta y radical permitiendo mantener un modelo como el actual que genera diferencias y disparidades poco razonables. En servicios públicos tan tecnificados y complejos como son actualmente los relacionados con el agua urbana, el criterio técnico y económico deben tener un peso mayor que el que han tenido hasta el momento. Por supuesto, el papel de la dirección política de la Administración local tiene que seguir siendo su esencia pero en lo que a los servicios públicos y su gobierno se refiere, sus decisiones tienen que estar mucho más justificadas y motivadas en criterios técnicos contrastados de lo que han venido siendo hasta la fecha. Así, por ejemplo, las unidades de gestión más adecuadas para los servicios urbanos del agua tendrán que ser decididas teniendo en cuenta también la sostenibilidad y eficiencia del servicio y no sólo con criterios políticos de defensa demagógica de una autonomía local utilizada en muchas ocasiones para el no beneficio de sus vecinos.

⁵ La armonización de los criterios tarifarios parece una necesidad ineludible en nuestro país. Según un estudio de FACUA (finales de 2015 en 28 ciudades españolas), en España encontramos diferencias de hasta el 349% en las tarifas de agua (ducharse en Alicante es 3 veces más caro que en Bilbao). Aunque dadas las diferencias orográficas, históricas y políticas, algunas diferencias en cuanto a los precios del agua podrían estar justificadas (situación de las redes, dificultades para la obtención del recurso, cánones autonómicos, etc.), una brecha tan amplia como esta parece poco razonable. Se trata, probablemente, de las mayores diferencias tarifarias de Europa.

2. *La elección de la forma de gestión de los servicios urbanos del agua: la introducción del criterio de la sostenibilidad y la eficiencia como elemento reglado en una decisión que sigue siendo discrecional*

Siguiendo una regla tradicional en nuestro Derecho, los servicios públicos locales, también los urbanos del agua, pueden ser gestionados de forma directa o indirecta tal y como establece el Art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local. Son formas de gestión directa: a) Gestión por la propia Entidad local; b) Organismo autónomo local; c) Entidad pública empresarial local; d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Respecto a las formas de gestión indirecta, la Ley de Bases de Régimen Local remite a lo establecido en la legislación de contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de septiembre. El Artículo 277 de esta norma establece que la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar alguna de las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura; b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato; c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

De estas formas de gestión indirecta, realmente, en el ámbito de los servicios urbanos del agua sólo se utilizan la concesión y la sociedad de economía mixta. Ni la gestión interesada ni el concierto son fórmulas habituales de gestión en este sector. Por lo que a la gestión directa se refiere, se suelen utilizar cualquiera de las formas que relaciona la Ley de Bases de Régimen Local siendo, quizás, la gestión directa por la propia Entidad Local y la sociedad mercantil, las más habituales. En el conjunto del Estado, actualmente, la gestión pública y privada del agua se divide casi al 50%⁶. Ahora bien, ¿tiene la entidad local plena discrecionalidad para elegir entre las modalidades de gestión directa o indirecta o existen elementos reglados que limitan y condicionan el ejercicio de esta potestad?

Para la Unión Europea y aunque del contenido del llamado cuarto paquete de Directivas de la contratación pública se deduzca una cierta preferencia por la colaboración público-privada, el abastecimiento de agua es uno de los Servicios

⁶ Analizando los datos actuales de reparto entre las diferentes formas de gestión de los servicios urbanos del agua en España, véase J. Sanaú, *Los aspectos sociales en la gestión pública y privada del agua en España*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, 69, 50-59.

de Interés Económico General en los que no se ha realizado una armonización de normas sobre el mercado interior dejando protagonismo y “libertad” a los Estados (aquí, entidades locales) en la organización, financiación y evaluación⁷. Son, sin embargo, numerosos los documentos de la Unión Europea que han destacado la importancia de que existan equilibrios entre lo público y privado en aras a la consecución de una mayor vertebración social y un mejor crecimiento económico⁸.

El artículo 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, antes de relacionar las diferentes formas de gestión mencionadas anteriormente, señala que «Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación». El párrafo final de este Art. 85.2 A), referido, por tanto, a las formas de gestión directa, señala que «Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) -entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local de capital 100% local- cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), -gestión por la propia Entidad local y organismo autónomo local- para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Encontramos, por tanto, en este artículo 85 algunos elementos reglados que condicionan claramente la discrecionalidad de la Administración Local para la elección de la forma de gestión de los servicios públicos. En primer lugar, es muy clara y directa la limitación respecto a la elección de las formas de gestión directa. Sólo cabe optar por una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil de capital totalmente local cuando se acredite en una memoria justificativa y tras el oportuno informe del interventor local, que dichas formas de gestión son más

⁷ Véase sobre esta cuestión, J. Perdigó i Solà, *El agua, los servicios de interés general y las concesiones*, en el volumen colectivo *Servicios de interés general, colaboración público privada y sectores específicos*, Edit. Tirant Lo Blanch, 2017, 301-336.

⁸ Puede entenderse por colaboración público-privada cualquier forma de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Son muchos y muy interesantes los documentos *soft law* aprobados por la Comisión Europea y que aclara conceptualmente todos los aspectos de la contratación pública y la colaboración público-privada. Una referencia y análisis de los mismos puede verse en el Informe *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos equilibrios y seguridad Jurídica*, Edit. Cambra de Comerç de Barcelona, 2017, elaborado por J. M.^a Gimeno Feliú, P. Sala Sánchez, P., G. Quintero Olivares.

sostenibles y eficientes que la gestión por la propia entidad local o por organismo autónomo (ésta última opción, bastante rara en el caso de los servicios urbanos del agua). Sostenibilidad, eficiencia, rentabilidad económica y recuperación de la inversión, serán los criterios a tener en cuenta a la hora de optar por formas mercantiles o cuasimerchantiles de carácter público.

No es tan claro este precepto en lo que a la elección entre gestión directa o indirecta se refiere. En este caso, como hemos visto, simplemente se dice de forma muy genérica que los servicios públicos se gestionarán de la forma más eficiente y sostenible posible. Genérica expresión que, sin embargo, puede tener un alcance muy importante y condicionar claramente la decisión administrativa. A la hora, por tanto, de elegir entre una forma de gestión directa o indirecta, la decisión de la Administración estará limitada por los principios de sostenibilidad y eficiencia. Por sostenibilidad hay que entender que la forma que se escoja tiene que responder a criterios económicos de no incremento de la deuda y a la posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado. ¿Cómo se acredita esto? Pues aunque sistemáticamente no haya que entender exigible la memoria justificativa mencionada y referida a la elección entre las diferentes fórmulas de gestión privada, qué duda cabe que algo parecido habría que exigir para la fase previa de la elección de la forma de gestión (directa o indirecta).

No se puede quedar como un mero enunciado retórico el hecho de que la opción entre formas directas o indirectas de gestión de un servicio público tenga que ser una decisión justificada por razones de eficiencia y sostenibilidad. Aquélla se tiene que fundamentar en análisis técnicos concretos que informen la decisión política final⁹. Con una decisión motivada en estos términos, además, se está cumpliendo con un principio reconocido en el Derecho de la Unión Europea y reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión: el de buena administración que se convierte en paradigma de este control de la discrecionalidad administrativa en cuanto a la elección de las formas de gestión se refiere y, también en su caso, a la hora de optar por el rescate de un determinado servicio público concesionado¹⁰.

⁹ Ya hay decisiones de Tribunales Superiores de Justicia que aunque sobre otros sectores contienen pronunciamientos en este sentido. Así por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 20 de junio de 2015, de 30 de junio de 2015, de 17 de junio de 2015 y 7 de julio de 2015 anulan la obligación impuesta por diversos municipios a empresas particulares – que producen residuos no peligrosos en sus industrias y comercios – de adherirse obligatoriamente al servicio público de recogida y tratamiento de residuos domésticos no peligrosos. La declaración de nulidad en todos los casos se debe a que se ha omitido el informe en el que había de quedar justificada la eficiencia económica y ambiental de la decisión, lo que viene requerido por la norma sectorial reguladora del servicio en cuestión.

¹⁰ Véanse en este sentido los trabajos de J. Ponce Solé, *Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones*, en *Cuadernos de derecho local*, 2016, 40, 68-108, y *La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración*, en *Revista española de derecho administrativo*, 2016, 175, 57-84.

Esta necesidad de motivación no sólo deriva de la aplicación de la legislación de régimen local. Hay principios esenciales en la Constitución Económica que también determinan esta interpretación. Así, por ejemplo, desde el propio Derecho de la competencia se debe exigir una especial motivación cuando se vaya a producir una limitación a la regla general de la libertad de empresa como la que, en definitiva, se produce cuando la Administración opta por una forma de gestión directa de un servicio público de carácter económico. En este sentido, la Autoridad Catalana de la Competencia, en un Informe emitido en relación a un proceso de municipalización de un servicio de suministro de agua (Ref. Num. OB 19/2015 de 26 de marzo de 2015), teniendo ya en cuenta lo establecido actualmente en el artículo 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, 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».

Finalmente y por lo que se refiere al ámbito de la Administración del Estado, parece que también, de alguna forma, se establece la preferencia por la gestión indirecta de los servicios públicos salvo que se acredite que la gestión directa resulta más sostenible y eficaz aplicando criterios de rentabilidad económica que la contratación pública. Así se puede deducir del Art. 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹¹.

Cabe discutir si con este tipo de pronunciamientos no se está produciendo una ruptura o alteración del principio de la libre iniciativa económica proclamada en el Art. 128 de la Constitución Española de 1978 y que vino a romper una tradición anterior que establecía el principio de subsidiariedad económica (sólo intervendrá la iniciativa pública en los supuestos en que el mercado no cubra sufi-

¹¹ Se requerirán informes técnicos serios que avalen cuál es la mejor opción para cada municipio y para cada tipo de servicio. En términos generales, por ejemplo, el Tribunal de Cuentas en su Informe nº 1010, de Fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2011, ha puesto de relieve que en el caso de municipios correspondientes al tramo entre 5001 y 20.000 habitantes, los datos han permitido concluir que resulta más cara la prestación mediante contratación pública que mediante gestión directa. Sin embargo, en otros tramos poblacionales la solución es la contraria. En cualquier caso, deberá generalizarse una dinámica de análisis serios y rigurosos que avalen la decisión discrecional tomada respecto a la concreta forma de gestión para los servicios urbanos del agua.

cientemente un determinado ámbito de actividad o servicio). Creo, personalmente, que estas medidas o tendencias no suponen un retorno a la subsidiaridad en la economía. Entiendo, sin embargo, que se trata de elementos reglados que pretenden reducir la tradicional y muy amplia discrecionalidad administrativa para elegir la forma de gestión de los servicios públicos en un ejercicio más claro de transparencia en el ejercicio de las potestades administrativas. La Administración puede seguir eligiendo entre una forma de gestión directa o indirecta pero siempre que desde un punto de vista de la eficiencia y sostenibilidad estas dos fórmulas resulten indiferentes. Si no es así, la Administración, en este caso local, verá limitada su capacidad de decisión debiendo optar por la fórmula más rentable desde el punto de vista económico y, por tanto, más ventajosa para la sociedad en su conjunto. Lo importante es, en definitiva, alcanzar la mejor prestación del servicio independientemente del carácter público o privado del ente que lo preste¹². Las dos opciones deben ser posibles en un Estado contemporáneo, el acento en la iniciativa privada o en la pública dependerá en cada momento histórico del criterio que se considere prioritario. Así, cuando se confía en el crecimiento como bálsamo social, la eficiencia se coloca en el centro de las prioridades y entonces el sector privado toma el protagonismo, mientras, cuando la igualdad es el problema, la balanza tiende a inclinarse al lado de lo público (Serrano Sanz, 2017).

3. *La necesidad de redefinir los papeles público y privado en la gestión de los servicios urbanos del agua*

Tal y como acabamos de ver, aunque se haya limitado la discrecionalidad de la Administración a la hora de elegir la forma de gestión de los servicios urbanos del agua, en caso de “neutralidad técnica” entre la gestión directa o indirecta, la decisión final tendrá carácter absolutamente discrecional. Dado este supuesto, si la Administración decide optar por una forma de gestión indirecta y, por tanto, por una modalidad de colaboración público-privada, es necesario que se produzca una redefinición, un reequilibrio, de los papeles de cada uno de estos participantes, especialmente y por la experiencia acumulada, de la parte pública. Debe de quedar claro y no me cansaré de insistir en esta idea que en cualquier caso que una gestión indirecta no significa una privatización del servicio correspondiente, muy al contrario, el Estado conserva la titularidad del mismo y sólo acude a la ini-

¹² En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 84/2015, al analizar la constitucionalidad de las formas de gestión indirecta en los servicios sanitarios públicos.

ciativa privada para conseguir sus recursos económicos e inversiones así como su conocimiento técnico e industrial¹³.

Dos son los elementos a tener en cuenta en esa necesaria redefinición de las responsabilidades, sobre todo, públicas en este ámbito. Así, en primer lugar, el poder público, la Administración, debe asegurar la estabilidad y seguridad jurídica cuando la iniciativa privada decide intervenir en un determinado sector adelantando inversiones que sólo a medio y largo plazo se pueden recuperar. Efectivamente, son varios los sectores económicos que, especialmente en España, se han visto afectados por la inseguridad jurídica que provoca la aplicación de principios como, por ejemplo, el de “riesgo regulatorio”. Especialmente conflictivo ha sido el caso del sector de las energías renovables en el que un cambio en la regulación sin una justificación suficiente alteró sustancialmente las condiciones económicas de la iniciativa privada que decidió invertir en este sector, también en el ámbito de la gestión urbana del agua se han dado fenómenos parecidos, por ejemplo, con la intención de algunos municipios del país de reinternalizar (o remunicipalizar) los servicios urbanos del agua estando, incluso, en vigor la correspondiente modalidad de colaboración público-privada creada para su gestión¹⁴. La inseguridad jurídica que pueden provocar estos movimientos tiene consecuencias muy importantes y, desde luego, puede incidir negativamente en uno de los más graves problemas que, con carácter general, tiene el sector de los servicios urbanos del agua, me refiero a la necesaria inversión en infraestructuras relacionadas con el agua.

Por tanto, el poder público, en primer lugar, debe dar seguridad jurídica y estabilidad a las fórmulas de colaboración público-privada impidiendo aventuras que, en algunos casos, rozan el carácter expropiatorio y que pueden disuadir la iniciativa privada de un sector muy necesitado de sus inversiones en un momen-

¹³ G. Marcou, *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos* en A. Ruiz Ojeda y J. Goh (Dir.), *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Edit. Civitas, 2000.

Los estudios sobre los servicios urbanos del agua acreditan que, efectivamente, en los lugares en que los servicios urbanos del agua requieren una mayor tecnificación, la presencia del sector privado es más intensa. Así, por ejemplo, la empresa privada tiene más presencia en aquellos municipios en los que es peor la calidad del agua en origen y se aplican medios físicos y químicos más intensivos para el tratamiento del agua. Igualmente, hay una mayor inclinación hacia la privatización en aquellos municipios de mayor tamaño y en los que hay una mayor densidad de conexiones a la red. Así lo pone de manifiesto, con referencia a otros estudios, J.M.^a Serrano Sanz, *El debate sobre la gestión pública o privada del servicio urbano de aguas*, cit., 41.

¹⁴ Son muchas y muy interesantes las cuestiones jurídicas que plantean las mal llamadas remunicipalizaciones o reinternalizaciones de servicios públicos y a las que aquí no podemos hacer referencia con más detalle. Para un análisis de las mismas, pueden verse, entre otros, dos números en que la Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* ha tratado el tema dedicando, además, especial atención a los servicios urbanos del agua. Se trata, concretamente, de los números 69 (2017) y 58-59 (2016). En el número de 2017 y enmarcando teóricamente todo este tema, véase J. Esteve Pardo, *El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas*, 1-8, y J. Tornos Más, *La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2016, 58-59, 32-49.

to además en el que la estabilidad presupuestaria y las limitaciones a las reglas de gasto constituyen un presupuesto constitucional que impiden el aumento desproporcionado de la deuda pública. Esta es una de las intenciones del nuevo paquete europeo de Directivas en materia de contratación pública que ha regulado expresamente la cuestión de las garantías para el cumplimiento de los plazos y condiciones pactadas en este tipo de contratos con la consecuencia de exigencia de responsabilidad patrimonial en caso contrario.

Ahora bien, en segundo lugar y como contrapunto a esta necesidad de estabilidad regulatoria y de seguridad jurídica en la colaboración público-privada, es necesario que el poder público ejerza con rigor el control y gobierno efectivo de los servicios públicos, especialmente, cuando en su prestación participa la iniciativa privada¹⁵. En efecto, gran parte del descrédito que tanto en España como en el resto del mundo ha podido sufrir la hasta no hace tanto tiempo considerada fórmula ideal de gestión colaboración público-privada, tiene su origen en la falta de control y, en definitiva, de gobierno efectivo de los servicios urbanos del agua por parte de su titular (“dueño”), la Administración pública. En muchas ocasiones la relación jurídica de colaboración público-privada no ha estado bien definida inicialmente, en el momento de diseñar la relación contractual. Pero, en segundo lugar y sobre todo, no se han establecido concretas medidas de control en la ejecución de estos contratos o, estando establecidas, aquéllas no se han hecho efectivas.

Aunque un servicio público se gestione de forma indirecta, la Administración pública titular se reserva los poderes de dirección y de control del mismo. Dispone para ello de suficientes potestades y de instrumentos técnico-jurídicos para poder establecer y ejercer, de verdad, un control efectivo de la gestión del servicio cuando éste se lleve a cabo con cualquiera de las fórmulas de colaboración público-privadas que permite el sistema. Además, hacer público y transparente el ejercicio de este control de la Administración sobre los concesionarios, legitima socialmente la participación privada en la gestión de los servicios públicos. Si se hacen públicos los planes de control y el resultado de los mismos, además de un ejercicio de transparencia democrática, se contribuirá a un mejor conocimiento de esta forma de prestación de servicios públicos y a una mayor aceptación social de la misma.

Además otro tipo de potestades que puede ejercer la Administración pública, como persona jurídico-pública que es (potestad inspectora y sancionadora, entre otras), las más importantes prerrogativas con que cuenta para conseguir el mencionado y ansiado control efectivo del servicio gestionado indirectamente tienen lugar con la posibilidad de reglamentar el servicio urbano del agua y con el

¹⁵ El papel de la Administración como controladora y supervisora de sus servicios no ha sido especialmente objeto de atención en nuestro sistema jurídico. Tratando de suplir esta carencia, véase, por ejemplo, la obra colectiva dirigida por L. Parejo Alfonso, *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Edit. Tirant Lo Blanch, 2017.

procedimiento administrativo de contratación pública que necesariamente tendrá que darse para la selección del socio privado. Así, en primer lugar, cobra un especial protagonismo la redacción de los documentos que constituyen la base de la relación contractual: los pliegos de condiciones administrativas y técnicas. En estos documentos se establecerán las condiciones esenciales de la relación contractual y las condiciones de prestación del servicio y los criterios y herramientas de control del concesionario o colaborador privado. De una adecuada preparación y redacción de estos documentos dependerá en gran medida el éxito o fracaso de este modo de gestión (Luna J., 2014).

Además de estos pliegos de condiciones administrativas y técnicas, resultan de importancia e interés otros documentos que servirán para reglamentar el servicio como el propio Reglamento de Servicios que se debería crear antes de la elección de la forma de gestión y que ya debería condicionar los documentos que se aprueben con posterioridad y que desarrollarán sus contenidos¹⁶. Este reglamento del servicio regula las relaciones entre Administración titular, concesionario y usuarios. Así, por ejemplo, en el caso de Andalucía, lo señala el Art. 30 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía que obliga a reglamentar los servicios públicos y a incluir como contenido mínimo: a) Alcance, carácter, contenido y regularidad de las prestaciones que incluya; b) Forma de financiación del servicio, especificando, cuando estén previstas aportaciones de los usuarios, si se establecen o no diferencias económicas en beneficio de las personas o los grupos sociales de menor capacidad económica o merecedoras de especial protección; c) Modalidades de gestión y sanciones que se puedan imponer al prestador; d) Estándares de calidad del servicio; e) Derechos y deberes de los usuarios; f) Régimen de inspección y de valoración de calidad de cada servicio.

El control a priori puede resultar en muchas ocasiones más efectivo que un control a posteriori, así contar previamente con el oportuno Reglamento del Servicio o el contar con un asesoramiento previo a la hora de redactar y preparar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas, puede resultar definitivo. En este sentido del control *ex ante*, del servicio, puede cumplir un importante papel que la nueva Oficina Nacional de Evaluación (prevista en la Disposición Adicional 36ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011) y que tiene como principal función la de analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obra pública y de servicios públicos. Con esta herramienta técnica que, además, se quiere potenciar en el futuro, las entidades responsables de la gestión de los servicios urbanos del agua, van a poder contar con una

¹⁶ Sobre las posibilidades y el detalle de estos instrumentos para el control de los servicios urbanos del agua, pueden verse los trabajos de J. Gaya i Fuertes, que pueden encontrarse en una página web especializada en el mundo del agua: <https://www.iagua.es/blogs/joan-gaya-fuertes>.

inestimable ayuda a la hora, por ejemplo, de preparar los pliegos contractuales que se quieran utilizar para la selección de la parte privada en esta colaboración, al menos para mí, conveniente en la gestión de los servicios urbanos del agua.

Además del reglamento de servicio y de los pliegos contractuales, en el concreto caso de los servicios urbanos del agua, encontramos otros documentos fundamentales en lo que al control de la parte privada de esta colaboración se refiere. Así, por ejemplo, el Plan Director de Abastecimiento (documento en el que se formalizarán y analizarán las infraestructuras del abastecimiento y saneamiento de un determinado municipio o conjunto de municipios) y el resto de documentos de carácter financiero y económico que sirvan para conocer la situación financiera del servicio con carácter previo a su adjudicación, las condiciones económicas por las que se regirán, las inversiones a realizar en el futuro, los costes del servicio (estudio económico financiero, plan director de las actuaciones de inversión, etc.).

De la buena redacción y elaboración de estos documentos y de su conocimiento por parte de los interesados y del público en general, dependerá el efectivo gobierno y, por tanto, el control de un servicio público gestionado con alguna de los fórmulas de colaboración público-privada existentes en nuestro sistema jurídico (concesión administrativa, sociedad de economía mixta, etc.).

El problema, en muchas ocasiones, está en la falta de capacitación técnica y de medios en muchos de los municipios de este país que, como advertíamos antes, no constituyen unidades de gestión eficientes para servicios con un componente técnico tan alto como los actuales servicios urbanos del agua. Para solucionar este problema, se pueden buscar diversas alternativas, desde el otorgamiento de la gestión a entidades supramunicipales con más capacidad técnica y económica, la búsqueda de cooperación de las Diputaciones Provinciales a, finalmente, la utilización de una herramienta aún ignota en el ámbito de los servicios públicos, el responsable del contrato.

El “responsable del contrato” es una persona ajena a la Administración titular del servicio pero contratada por ella y que dado su especial conocimiento de una determinada actividad, se encargaría de ayudar al poder público en la difícil tarea de vigilar y velar por el cumplimiento efectivo de los términos del contrato de gestión de los servicios urbanos del agua. Esta figura está regulada en el Art. 52 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011. Se trata de una institución que hasta la fecha ha sido utilizada en el ámbito de los contratos de obras pero que nada obsta, entiendo yo, a ser utilizada como herramienta propia de los contratos de gestión de servicios públicos dada la reiterada ya complejidad, por ejemplo, de algunos de ellos como los urbanos del agua. El responsable del contrato tendrá como función la de supervisar la ejecución del mismo y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada. El responsable del contrato

podrá ser una persona física o jurídica y sus funciones estarán fijadas en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas. La Administración responsable del servicio, en el caso de no contar con suficientes medios personales y técnicos en su organización y estructura, podría acudir a designar a una persona física o jurídica experta en servicios urbanos del agua que velara por la correcta ejecución del contrato y, por tanto, actuara en representación de la Administración pública en la defensa del interés público.

Pero el control del servicio urbano del agua en el caso de que se hubiera optado por alguna de las fórmulas de colaboración público-privadas no sólo o no debe centrarse exclusivamente en la parte privada de la relación. También la parte pública de esta relación tiene que ser controlada más allá de su deber de garantizar seguridad jurídica y estabilidad en el sistema tal y como he señalado anteriormente. También, normativamente, se podrían establecer medidas y obligaciones concretas que terminen con la sensación de falta de gobierno y control efectivo de los servicios urbanos del agua y que han generado la deslegitimización de las fórmulas de colaboración público-privada en este ámbito. Por ejemplo, para el caso concreto de los servicios urbanos del agua, se podrían establecer medidas normativas que acabasen con la práctica de convertir a los concesionarios de este servicio en financiadores de diversas y diferentes actividades y necesidades de la Administración local de turno. Especialmente paradigmático y grave resulta el caso de la utilización de los cánones concesionales para fines diferentes y ajenos a los servicios relacionados con el agua. Esta ha sido y es una práctica cotidiana en los Ayuntamientos de nuestro país; práctica que ha bordeado la legalidad pero que, sobre todo, ha distorsionado la gestión de un servicio con una enorme trascendencia social y que sufre algunos problemas estructurales, entre otras razones por esta.

Además de que se discute si la contraprestación por los servicios urbanos del agua es cuantitativamente la adecuada en España¹⁷, el grave problema que padecemos es la falta de inversión en las infraestructuras urbanas del agua. Además de

¹⁷ El precio del agua en España está por debajo de la media en Europa. Se sigue sin cobrar en el Sur de Europa el precio real del agua. En España, a pesar de nuestra geografía y climatología, pagamos 1/3 de lo que paga un danés por el agua. La factura del agua en España supone el 0,9% del presupuesto familiar estando muy por debajo del 3% que señala la ONU como cifra límite de asequibilidad del Derecho Humano al agua. Según un reciente estudio de F. Arbués et al., *El precio del agua en las ciudades ¿es argumento para las remunicipalizaciones?*, en *Papeles de Economía Española*, n. 153, el agua en España es significativamente más barata que en la mayor parte de países europeos. A diferencia, por ejemplo, de servicios como electricidad y gas en que las familias españolas sí tienen que hacer un mayor esfuerzo en renta para pagarlos. Haciendo un análisis detallado de qué es lo que se paga en el recibo del agua en España, véase J. Sanaú, *Los aspectos sociales en la gestión pública y privada del agua en España*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, 69, 50-59. Muy interesante el dato que resulta de este trabajo según el cual en las ciudades con gestión indirecta de los servicios urbanos del agua se adoptan tarifas que en mayor medida que en los casos de gestión directa premian el ahorro del recurso agua y, en segundo lugar, se adoptan más medidas para favorecer a las familias vulnerables económicamente hablando.

que, en muchas ocasiones, se cobra todavía un precio político por el agua incumpliendo, entre otras normas, el principio de recuperación de costes de la Directiva Marco del Agua, los ingresos que genera este servicio público (por ejemplo los cánones concesionales) no tienen afectación de destino y no se dedican a lo que debería, esencialmente a todo lo que tenga que ver con las infraestructuras urbanas del agua¹⁸. Este déficit de infraestructuras es una de las grandes amenazas de los servicios urbanos en el agua. Mientras que en Europa tienen más peso las inversiones que los gastos operativos, en nuestro país sucede lo contrario, la contraprestación que pagan los usuarios por los servicios del agua no cubre en muchas ocasiones los costes reales del servicio y, además, no hay inversión adicional en infraestructuras que garanticen un mínimo de calidad y seguridad de las infraestructuras a medio plazo¹⁹.

4. Conclusión

En el presente trabajo he pretendido describir de manera clara y sencilla, el régimen jurídico de los servicios urbanos del agua en España poniendo un especial acento en los condicionantes, problemas, oportunidades y peligros que encierran las fórmulas de gestión público-privadas en este sector.

Desde un punto de vista propositivo, entiendo que el futuro de la, bajo mi punto de vista, necesaria colaboración público-privada en el sector de los servicios urbanos del agua, tiene que partir de una redefinición de los papeles público y privado en dicha relación. Es necesario encontrar un nuevo equilibrio entre los privilegios propios del poder público y las garantías necesarias para la iniciativa

¹⁸ Esta ha sido, bajo mi punto de vista, una de las peores prácticas que ha tenido lugar con un mal entendimiento de la colaboración público-privada en nuestro país. Muchos ayuntamientos han utilizado de entidades financieras a los concesionarios de servicios públicos (especialmente los de agua), ampliando plazo de concesiones (y limitando la sana competencia por el mercado) a cambio de una financiación para, en el mejor de los casos, gastos generales del municipio. Esto debe limitarse en el futuro como un ejemplo más de esa necesaria redefinición de los papeles público y privado en la gestión de los servicios urbanos del agua.

¹⁹ No puedo entrar en este trabajo en el interminable problema de la determinación de la naturaleza jurídica de la contraprestación de los servicios del agua. En esta confusión se dan la mano medidas legales, reformas, contrarreformas e interpretaciones judiciales y administrativas que no terminan de aclarar si la naturaleza de este tipo de contraprestaciones es tributaria -tasa- o tiene un carácter de precio privado -tarifa-. Bajo mi punto de vista, 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 pedir que de forma clara y contundente se aclare legalmente esta cuestión. Como ejemplos de esta confusión que señalo, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 noviembre 2015 (recurso de casación 4091/2013) y de 28 de septiembre de 2015 (recurso de casación 2042/2013) y la Resolución de la Dirección General de Tributos firmada el 8 de abril de 2016. Sobre esta cuestión véase el reciente trabajo de F. Villar Rojas, *Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, 69, 12-21.

privada que permita volver a colocar estas fórmulas de gestión como las más convenientes para la satisfacción del interés público que hay detrás de este esencial y básico servicio que no es más que la materialización de un Derecho Humano.

Los mundos público y privado no pueden ser antagonistas y parecer que están enfrentados. Es necesario buscar fórmulas de complementariedad que permitan hacer a cada uno lo que realmente sabe evitando la confusión de papeles y de responsabilidades que distorsionan la realidad y generan prejuicios hacia las fórmulas de colaboración público-privada que, en puridad, no pretenden más que contar con lo mejor de los dos modelos: la eficiencia del sector privado y el ejercicio de prerrogativas públicas con la consecuente salvaguarda de los intereses generales por parte de los poderes públicos.

En el efectivo y real gobierno de los servicios por parte de la Administración pública y en la aportación de inversión y conocimiento técnico por parte de la iniciativa privada, se encuentra el necesario punto de equilibrio entre lo público y lo privado en la gestión de los servicios urbanos del agua.

Los servicios urbanos del agua en el Derecho Español: situación actual y perspectivas de futuro

Los servicios urbanos del agua (abastecimiento, saneamiento y depuración) son en el Derecho español, servicios públicos esencialmente de titularidad municipal. Se trata, por tanto, de servicios regulados localmente sobre las bases de la legislación estatal de régimen local. Este carácter público del servicio, determina que el gobierno efectivo y el control de los servicios urbanos del agua teóricamente están siempre residenciados en el poder público independientemente del tipo de gestión, directa o indirecta, que se utilice. Respecto a la decisión administrativa acerca de la forma de gestión del servicio, hay que afirmar su carácter discrecional; no obstante, la legislación local actual ha constreñido dicha discrecionalidad estableciendo el criterio de la eficiencia y sostenibilidad financiera como límite de dicha decisión. En el caso de que, conforme a estos criterios, finalmente, se opte por una forma de colaboración público-privada para la gestión de los servicios urbanos del agua, es imprescindible la redefinición de los papeles público y privado que permita llevar a este servicio público lo mejor de cada uno de estos ámbitos. El Ordenamiento Jurídico ha dotado a la Administración pública de potestades y herramientas jurídicas y técnicas suficientes como para permitirle ejercer un verdadero control y gobierno efectivo de los servicios urbanos del agua desde su delimitación y definición inicial hasta su ejecución y desarrollo no pudiendo el poder público hacer dejación de sus funciones.

Urban water services in Spanish Law: the current situation and future prospects

In Spanish law, urban water services (supply, sanitation and purification) are public services essentially of municipal ownership. Therefore, services are regulated locally on the basis of state legislation on local management. This public nature of the service means that effective government and the control of urban water services theoretically always reside within public power regardless of the type of management, direct or indirect, that is used. As concerns the administrative decision on the form of management of the service, we must affirm its discretionary nature; nevertheless, current local legislation has constrained this discretion, establishing the criterion of efficiency and financial sustainability as the limit of such a decision. In the event that, in accordance with these criteria, a public-private partnership is ultimately chosen for the management of urban water services, it is essential to redefine the public and private roles that allow this public service to be carried out, exploiting the best of each of these fields. The Legal Order has endowed the Public Administration with sufficient legal and technical powers and tools to enable it to exercise real control, as well as the effective governance of urban water services from its initial delimitation and definition to its execution and development, the public powers being unable to relinquish their role.

