

POLÍTICAS PÚBLICAS Y AGUA: EL MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS URBANOS DEL AGUA EN ESPAÑA

POLÍTICAS PÚBLICAS E ÁGUA: O QUADRO JURÍDICO E INSTITUCIONAL DOS SERVIÇOS DE ÁGUA URBANA NA ESPANHA

PUBLIC POLICIES AND WATER: THE LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF URBAN WATER SERVICES IN SPAIN

Prof. Dr. Asensio Navarro Ortega

Universidad de Granada (Granada, España)

E-MAIL -asenavort@ugr.es

RESUMEN: El presente texto recoge la ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Políticas públicas para América Latina celebrado en la Universidade do Vale do Itajaí (Univali), en octubre de 2019. En la misma, expuse el marco jurídico e institucional básico de los servicios urbanos del agua en España con el fin de compararlo con el régimen de los servicios urbanos del agua en el Estado de Santa Catarina y de Brasil, en su conjunto. El texto presenta los contenidos de una manera divulgativa, evitando cualquier ornamento y referencia formal, sin utilizar referencias bibliográficas ni datos técnicos que dificulten su lectura.

PALABRAS CLAVE: Servicios de Agua; Marco Jurídico; España;

RESUMO: Este texto inclui a apresentação realizada no II Congresso Internacional de Políticas Públicas para a América Latina, realizado na Universidade do Vale do Itajaí (Univali) em outubro de 2019. Nele, apresento o marco legal e institucional básico dos serviços urbanos de água na Espanha a fim de compará-lo com o regime de serviços urbanos de água do Estado de Santa Catarina e do Brasil. O texto apresenta o conteúdo de forma informativa, evitando qualquer adorno e referência formal, sem utilizar referências bibliográficas ou dados técnicos que dificultem a leitura.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços de água; Marco jurídico; Espanha;

ABSTRACT: This text is based on a presentation presented at the II International Congress on Public Policies for Latin America, held at Universidade do Vale do Itajaí (Univali) in October of 2019. In it, I explained the basic legal and institutional framework of the urban water services in Spain, in order to compare it with the urban water services in the State of Santa Catarina, and in Brazil as a whole. The text presents the contents in an informative way, avoiding

Licença CC BY:
Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



unnecessary adornment or formal reference, and without using bibliographic references or technical data that could hinder the reading.

KEYWORDS: Water Services; Legal framework; Spain;

1. El marco de gestión de los servicios urbanos del agua en España. Hipótesis de partida.

El agua es un bien básico y un Derecho Humano reconocido. Según la ONU, el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible, tanto para uso personal como doméstico.

El agua, como recurso, es escasa y está heterogéneamente distribuida. Las irregularidades en la disponibilidad del recurso han obligado a desarrollar políticas hidráulicas basadas en fuertes inversiones de obra pública capaces de gestionar las situaciones de escasez (déficit estructural) y de sequía (déficit coyuntural).

El agua en España es de titularidad pública y su uso está subordinado al interés general (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, en adelante TRLA). El abastecimiento de agua urbana ocupa el máximo orden de prelación, siendo su uso prioritario por imperativo legal, por encima de otros usos consuntivos y no consuntivos¹.

La administración de los recursos hídricos en relación a los servicios urbanos del agua, a diferencia de lo que sucede en el ámbito general de la cuenca hidrográfica, está basada en fórmulas de gestión heterogéneas. En general, no se puede afirmar que la fórmula pública o privada sea mejor, más eficiente o más consecuente con la regulación española. La elección del modelo depende de la escala de seguridad elegida y de la forma de prestación del servicio. Una gestión integral del agua nos conduce a no pensar en términos de fronteras administrativas, sino a buscar fórmulas de gestión que tengan en cuenta el espacio, el contorno físico, las obras hidráulicas, las economías de escala, donde la gente vive y trabaja, etc.

Un factor importante para optar por un modelo de gestión de los servicios urbanos del agua es el relacionado con las características técnicas y volumétricas de las que disponga el municipio o municipios a los que se debe abastecer: altitud, orografía, disponibilidad del recurso, entidades gubernativas, número de habitantes, infraestructuras técnicas, etc. Las funciones y estructuras de regulación son, de este modo, importantes para asegurar la viabilidad del modelo y garantizar el suministro. La adopción del modelo de gestión es una decisión política basada en parámetros técnicos y jurídicos.

¹ El art. 6o del TRLA establece el orden de preferencia de usos de los recursos hídricos a efectos del otorgamiento de concesiones, que puede ser alterado por el Plan hidrológico de la cuenca correspondiente. A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el que establece la normativa, respetándose, en todo caso, la supremacía del uso consignado en el abastecimiento (apto. 3). Se permite recabar mayores dotaciones de aguas procedentes de sistemas menos preferentes para cumplir con este suministro (art. 141 letra a, del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica). El orden completo de prelación es el siguiente: 1.º 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; 2.º Regadíos y usos agrarios; 3.º Usos industriales para producción de energía eléctrica; 4.º Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores; 5.º Acuicultura; 6.º Usos recreativos; 7.º Navegación y transporte acuático; 8.º Otros aprovechamientos.



2. Esquema de funcionamiento del ciclo integral urbano: definición de los servicios urbanos del agua.

La gestión del ciclo urbano del agua se desarrolla en una serie de fases dominadas por procesos tecnológicos y la construcción de infraestructuras técnicas, cada una de las cuáles se dirige a un propósito determinado:

Abastecimiento de agua (en alta y en baja): consiste en la captación y alumbramiento del agua (aducción), tratamiento para consumo humano (potabilización), transporte por arterias o tuberías principales, almacenamiento en depósitos reguladores de cabecera de los núcleos de población y la finalización en las acometidas y contadores de las viviendas. Incluye usos domésticos y urbanos. Excluye usos agrarios e industriales (excepto de escasa cuantía y conectados a una red municipal).

La fase del abastecimiento a poblaciones está garantizada por la prevalencia de este uso frente a otros (art. 6o TRLA, Planes hidrológicos de la demarcación, etc.) siendo posible usar las potestades administrativas específicas para garantizar el suministro: expropiaciones forzosas, revisión de las concesiones ya otorgadas, facultades de investigación y deslinde, etc.

Saneamiento: consiste en la recogida de las aguas residuales urbanas y pluviales de los núcleos de población urbanos a través de las redes de alcantarillado municipales hasta el punto de interceptación con los colectores generales o hasta el punto de recogida para su tratamiento. Este servicio requiere de una gran inversión y alcanza una escasa rentabilidad política debido a que los costes de construcción de las infraestructuras son costosos, poco visibles y sus resultados se manifiestan a largo plazo. En algunos casos, la falta de definición de las competencias que envuelven a este servicio ha supuesto deficiencias en los mecanismos de regulación y de financiación, lo que ha producido resultados negativos y fallas en el sistema de responsabilidad.

El saneamiento se ve complementado por dos fases de actuación:

Depuración: se realiza una vez el agua ya ha sido utilizada y es evacuada desde las zonas urbanas para ser devuelta depurada en condiciones adecuadas al medio. Comprende el proceso de interceptación y el transporte mediante los colectores generales, su tratamiento y el vertido del efluente a las masas de agua continentales o marítimas.

Reutilización/Regeneración: supone un proceso de corte tecnológico por el cual el agua se vuelve a aprovechar, una vez ya ha sido depurada, siendo destinada a otros usos (riego de jardines, baldeo de calles). Se trata, a día de hoy, de un recurso que es infrautilizado por las reticencias de la sociedad y el componente psicosocial que conlleva sus usos agregados.

La gestión de los servicios urbanos del agua debe ser puesta en relación con fenómenos y cambios globales que pueden afectar a la disponibilidad del recurso. Entre ellos, cabe citar, destacadamente, el cambio climático, en función del grado de resiliencia y la sostenibilidad ambiental que se pueda producir derivada de la modificación de las condiciones de referencia en la prestación de estos servicios y en los criterios de garantía empleados², y el cumplimiento de los principios rectores que rigen la gestión del agua: economía del agua, eficacia, unidad de gestión,

² El criterio de garantía empleado es un indicador que no pretende reflejar una situación real per se, sino analizar las posibilidades máximas de aprovechamiento en cada sistema para un conjunto dado de infraestructuras y una serie de aportaciones naturales. Los criterios de garantía no exigen alcanzar la máxima cantidad analizada, el 100 % de suministro de agua, que es posible extraer de un cauce sin interrupción a lo largo de todo el período considerado para cubrir la demanda (lo que se conoce como criterio de garantía uniforme); sino que, en función del orden de prelación de usos, se permiten unos déficits controlados en los niveles de garantía, lo que se conoce como modelización o demanda variable. Por ejemplo, para la demanda urbana, el déficit en un mes no podrá ser superior a 10% de la correspondiente demanda mensual; y, en diez años consecutivos, la suma de déficit no será superior al 8% de la demanda anual.



unidad de cuenca, respeto a los sistemas hidráulicos, sostenibilidad ambiental, restauración de la naturaleza, recuperación de costes, satisfacción de demandas, equilibrio y desarrollo regional, etcétera. La gestión de los servicios urbanos del agua está también relacionada con la consecución de los objetivos para el desarrollo sostenible y las políticas públicas nacionales y de cooperación al desarrollo. Del mismo modo, está supeditada a transformaciones tecnológicas, a grandes inversiones de capital y al desarrollo y evolución de conceptos como los de economía circular, calidad de las aguas y de transición ecológica.

El concepto de servicios urbanos del agua engloba el conjunto de servicios prestados en régimen de cuasi-monopolio y que deben ser asegurados y regulados por la Administración (art. 25.2, 26 y 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local). El artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece la no aplicación de reglas competencia en relación a la prestación de estos servicios. No obstante, considera el servicio de abastecimiento y saneamiento de aguas como un servicio económico de interés general. Se trata de un concepto funcional que no tiene en cuenta quién posee la titularidad del servicio o quién lo presta efectivamente ni su régimen jurídico formal y se utiliza para permitir una aplicación más limitada del Derecho de la competencia en relación a aquellas actividades que realmente respondan a esta noción de interés general. A atiende fundamentalmente a su correspondencia con las necesidades del interés general y su sometimiento a obligaciones y reglas que excepcionan la libre competencia y que se definen como obligaciones de servicio público o de servicio universal³.

3. Características del ciclo integral urbano del agua en España.

Los servicios urbanos del agua constituyen actividades técnicamente diferenciadas, aunque no lo suficiente desde un punto de vista físico, jurídico, contable y funcional. En España, el agua es dominio público y el regulador es la Administración Pública. No hay privatizaciones del agua; en todo caso, en algunos lugares la gestión de parte de estos servicios se hace por empresas privadas pero el agua sigue siendo pública y las más importantes responsabilidades, tanto en relación a la regulación, como la inspección y el control, corresponden a la Administración pública.

³ Hay diferencias entre ambos conceptos:

Obligaciones de servicio público: se trata de obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar determinados objetivos de interés público: creación y mantenimiento de ciertas infraestructuras, estándares de calidad del servicio, seguridad del suministro, puesta a disposición obligatoria de las redes para otros operadores, límites tarifarios, exigencias, de protección ambiental, garantías de prestación para minusválidos... Estas obligaciones pueden venir compensadas con ayudas públicas que son compatibles con la libre competencia.

Servicio universal: es un concepto más limitado y que hace referencia a ciertas prestaciones básicas o de servicio público que deben ser aseguradas en todo caso y para cualquier usuario por los operadores de los servicios de interés general, inclusive cuando se trata de servicios liberalizados que se prestan en régimen de libre competencia, y ello en condiciones específicas de calidad, a un precio asequible y con cobertura territorial completa. Es el caso de ciertos servicios de telecomunicaciones, de servicios postales o determinadas rutas de transportes que deben ser cubiertos en todas las zonas geográficas y ser asequibles a cualquier ciudadano a precios razonables. Estas obligaciones pueden ser objeto de compensaciones económicas para asegurar la prestación económica del servicio en su conjunto; también vía tarifaria o, incluso, mediante la reserva de otros derechos o servicios en exclusiva a los operadores que se hacen cargo de estos servicios universales básicos, o mediante la creación de fondos de compensación.

El modelo de regulación actual de los servicios urbanos del agua en España se sustenta sobre un régimen descentralizado, heterogéneo y variable en todo el territorio nacional. Las competencias que afectan al ciclo integral del agua urbana están fragmentadas. Por ejemplo, la asignación del recurso entre diferentes usuarios y el control de los vertidos depende de las autoridades competentes en materia de aguas, los Organismos de cuenca (Confederaciones hidrográficas y organismos autonómicos). Los servicios de abastecimiento y saneamiento de aguas son de titularidad municipal (ayuntamientos y diputaciones provinciales). La gestión de la calidad del agua depende de diversas organizaciones (Organismos de cuenca, Ministerio de Sanidad, Comunidades Autónomas, etc.). La estructura tarifaria y de precios depende los organismos municipales, si bien existen cánones en materia de depuración que fijan las Comunidades Autónomas, etc. En muchos casos es frecuente la cooperación y colaboración entre administraciones a través de la firma de Convenios y fórmulas de integración administrativa que aportan soluciones de gestión novedosas y financiación suficiente para desarrollar las costosas infraestructuras hidráulicas, etc.

La Ley de Bases del Régimen Local establece que los servicios de abastecimiento domiciliario y de saneamiento son competencia municipal. La Administración local puede establecer formas de gestión directas o indirectas (a través de empresas mixtas y de concesionarios). Estas fórmulas de gestión son variadas y heterogéneas.

En España la gestión del agua está atomizada en más de 2000 servicios independientes y otros tantos que están delegados en entidades supramunicipales. En términos generales, el 50% de la población recibe el servicio por gestión directa y el otro 50% de la población, aproximadamente, mediante fórmulas de gestión privadas. Estos porcentajes dan cuenta del equilibrio operacional existente entre ambas modalidades: gestión directa e indirecta.

La potestad de auto-organización de la administración pública española permite utilizar fórmulas discrecionales a la hora de elegir los mecanismos de gestión (directa e indirecta) que mejor se ajusten a sus características y factores naturales. No obstante, la legislación establece limitaciones que reducen el margen de discrecionalidad a la hora de decantarse por un modelo u otro. Por ejemplo, el art. 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, establece 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. En la práctica, este precepto puede suponer aplicar un principio de subsidiariedad económica (preferencia por la gestión indirecta salvo que se acredite fehacientemente que la directa es más eficaz y rentable).

En el plano local, la nueva redacción del art. 85.2 de la LBRL tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), establece que: *“los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación...”*. El precepto se decanta por la fórmula más eficiente y, también, sostenible, respondiendo a criterios económicos de no incremento de la deuda ajustando la fórmula a un presupuesto equilibrado. La elección de un modelo u otro debe ser acreditado y motivado en el expediente administrativo en el que se determine el modelo de gestión elegido: directo o indirecto.



El art. 116 ter de la LBRL establece una serie de medidas de transparencia, entre las que incluye la evaluación del coste de los servicios como parámetro de la racionalización, la obligación de determinar el coste efectivo de los servicios que prestan las entidades locales, así como la remisión al Ministerio de Hacienda para la publicación de esta información. A este respecto, la Orden Ministerial del Ministerio de Hacienda y de Administraciones pública HAP/20175/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales, establece que dicho coste efectivo (diferente al coste real de prestación de un servicio local), debe servir de fundamento para seleccionar el modelo de gestión a implantar debiendo optarse por formas de prestación unificada o supramunicipal cuando los costes resulten menores⁴.

Durante los últimos años, el objetivo de gestión en relación a la prestación de servicios públicos ha ido dirigido a eliminar duplicidades administrativas y a reducir el gasto público. La aprobación de limitaciones de las fórmulas de gestión ha planteado conflictos relacionados con la autonomía local (SSTC 41/2016, de 3 de marzo, y 111/2016, de 9 de junio). En general, las administraciones públicas no están dispuestas a asumir competencias si estas no van acompañadas de un incremento presupuestario que facilite la gestión.

En relación a las fórmulas de gestión, las diferentes concepciones ideológicas aproximan sus postulados a un modelo u otro. Los partidarios de incentivar las fórmulas de gestión privada frente a la gestión directa defienden las supuestas ventajas del modelo:

Una gestión especializada basada en el *know-how* de las empresas prestatarias puede resultar eficaz en la medida que transfiere el conocimiento de un sector líder en la economía española que está internacionalizado y que cuenta con una experiencia de gestión amplia y diversificada.

Puede suponer un incentivo para conseguir un mayor ahorro de costes en la medida en que se tiende a alcanzar unos objetivos de rentabilidad financiera predefinidos contractualmente.

Conlleva ventajas en las formas de transparencia conforme a la necesidad de cumplir con las reglas que rigen con respecto a las sociedades mercantiles.

Puede conducir a una mayor captación de capital privado para financiar nuevas infraestructuras y, con ello, aliviar la responsabilidad financiera del Estado.

Reduce la interferencia política y de los planes operativos que desarrollen planteamientos a más largo plazo, al margen de los tiempos políticos.

⁴ Cuando la Diputación acredite que el acuerdo de dos o más municipios para la gestión integrada de todos los servicios municipales que sean coincidentes conlleva un ahorro de al menos el 10% respecto al coste efectivo total en el que incurría cada municipio por separado, el coeficiente de ponderación se tendrá en cuenta para facilitar una gestión integrada de los servicios en el sentido de lo que dice el artículo 124.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. El art. 26.2 LBRL, tras la reforma operada en 2013, establece que en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la entidad supramunicipal (Diputación provincial o entidad equivalente) la que coordine la prestación de, entre otros, el servicio de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado. Cuando sea la Diputación o entidad equivalente la que asuma la prestación de estos servicios, repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso.

Amplía la capacidad de la Administración para controlar y exigir el cumplimiento contractual de las exigencias pactadas al no ocupar una posición de parte.

Entre las supuestas desventajas que aducen los detractores de la gestión privada, están:

Puede suponer una forma de afianzar un modelo de monopolio natural en el que grandes lobbies y grupos empresariales se repartan el mercado global.

Existe un riesgo de que se incrementen los recargos de cánones y medidas recaudatorias en las facturas de los ciudadanos ante la necesidad de aumentar los márgenes comerciales.

Puede conllevar una participación inferior de las pequeñas y medianas empresas en la gestión de este servicio a nivel local.

Por su parte, como críticas que se aducen en el modelo de gestión pública, están: la mala administración y la visión cortoplacista que puede suponer seguir los tiempos políticos, la decadencia de infraestructuras por falta de inversión, la falta de transparencia, la ineficacia del servicio provocada por pérdidas del suministro en redes o por defectos de facturación, la falta de especialización de los prestatarios directos...

4. La problemática actual basada en la falta de inversión en obras de renovación.

En la actualidad el sector del agua se enfrenta a dificultades financieras que exigen un impulso económico para hacer frente a la falta de inversión. Ello obliga a replantear la situación regulatoria y a incentivar las formas de colaboración públicas y privadas.

La Participación Público Privada (PPP) engloba una variedad de formas contractuales y está dirigida a desarrollar infraestructuras y servicios públicos con la participación de empresas privadas. Dicha colaboración asume funciones que van desde el diseño y construcción de la infraestructura, con o sin financiación pública o privada, a la explotación de un servicio de titularidad pública. Las características propias del ciclo urbano del agua hace que, en muchas ocasiones, no pueda ser prestado por municipios pequeños, por lo que es habitual que se unan distintas administraciones a través de diferentes fórmulas administrativas para prestar el servicio y ahorrar en costes de infraestructuras (depuradoras, desalinizadoras, colectores, etc.) ya que muchas de estas obras individualmente consideradas alcanzan un coste muy elevado.

En general, se aprecia un grave recorte de las inversiones en España si se compara con el resto de países de la zona euro. Una de las razones es la insuficiente cobertura de costes debido a que el precio del agua en España está muy por debajo de la media europea. Los informes técnicos (Pwc, 2014), asimismo, critican la dispersión de responsabilidades competenciales en el deterioro de las instalaciones y del servicio.

Algunas de las propuestas que se han realizado para superar la situación de déficit estructural van dirigidas a conseguir una reformulación de las unidades de gestión avanzando hacia una menor atomización, mediante la agregación de sistemas de integración de los servicios urbanos del agua con el fin de alcanzar economías de escala y desarrollar las capacidades técnicas y de gestión de las empresas prestatarias del servicio. Este fenómeno, como señala la doctrina, debe basarse en una paulatina "mancomunización de municipios" en relación a



las formas de prestación de estos servicios. De otro lado, se habla de la necesidad de tender hacia una armonización de los criterios tarifarios y de convergencia en los precios del agua. Las diferencias notables en las tarifas del agua, por encima del 300% al comparar unos municipios con otros, las mayores diferencias tarifarias entre regiones de Europa, suponen agravios que no solo tienen un impacto económico en los usuarios, sino también pueden afectar a la competencia, a la solidaridad entre regiones y a las normas en materia de unidad del mercado.

Una parte de la doctrina considera que se podría conseguir una mejora de estos objetivos mediante un modelo de gestión que estuviera más centralizado, atendiendo a objetivos y realizaciones concretas como son la armonización económica y de estándares de servicio y control; o la imposición de nuevas formas jurídicas y de financiación.

El sector también considera que se debe poner el acento en una serie de cuestiones que tienen una finalidad redistributiva del coste, como son:

Evitar la imposición de cánones concesionales del agua no finalistas, en el sentido de que la recaudación obtenida a través de la prestación de los servicios urbanos del agua debe ser reinvertida en mejorar estos servicios.

Renovar y optimizar las infraestructuras existentes y asegurar la construcción de obras pendientes. Principalmente, en materia de depuración y nuevas tecnologías del agua ligadas a la reutilización y el ahorro.

Una parte de la doctrina apunta a la necesidad de aprobar una Ley del Ciclo integral del agua en la que se diriman las cuestiones jurídico-técnicas y se proporcione una mayor seguridad jurídica al operador privado. El modelo actual de regulación es disperso por cuanto existen diferencias constatables en el precio del agua entre municipios basadas en la disponibilidad y en los niveles de calidad del agua, en la urbanización más o menos dispersa de su modelo residencial y de ordenación del territorio, en la estacionalidad de la población en zonas turísticas, así como otros factores intrínsecos y/o dependientes de la regulación sectorial.

Las dificultades en la captación del agua, la disparidad de cánones autonómicos, la antigüedad de las redes de abastecimiento y saneamiento, la existencia de economías de escala o la forma de financiar las instalaciones, hacen que se tengan en cuenta estos factores explicativos para optar por una forma de gestión más adecuada. El avance de las nuevas tecnologías (sistemas de sensorización, reparación de redes, *big data*, satélites, sistemas de información geográfica, depuración, desalación y reutilización de aguas, etc.) exige una cooperación institucional y el desarrollo de la colaboración pública y privada.

Las propuestas de centralización del agua en España discuten la necesidad de establecer un ente regulador unificador e independiente (modelo de regulación fuerte) o crear un modelo institucional más flexible a través de un Observatorio del Agua (*sunshine regulation*). Cualquiera de las dos opciones debe contar con el compromiso y participación de las instancias territoriales implicadas en la gestión del agua (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales); así como otras organizaciones y entes (Organización de Consumidores y Usuarios, Asociación Española de Abastecimiento y Saneamiento de aguas, Comunidades de usuarios, etc.).

Por el contrario, otro sector de la doctrina considera que no es necesaria la creación de un ente regulador independiente pues la planificación y los organismos de cuenca son instrumentos

que pueden cumplir con suficiencia las funciones asignadas a este hipotético ente regulador. Principalmente a la hora establecer condiciones homogéneas para la prestación el servicio.

Independientemente de la solución adoptada, la gestión eficiente del ciclo integral del agua exige generar estructuras y acuerdos explícitos. Así, es necesario promover la competencia en las formas de contratación a través de informes técnicos que se incorporen en los pliegos; fijar las obligaciones y derechos de las partes a través de la redacción de reglamentos del servicio que contengan la debida previsibilidad y seguridad jurídica; homogeneizar la estructura tarifaria a través del establecimiento de una metodología nacional que introduzca formas complementarias de control a través de entidades independientes frente a los intentos que se producen por reducir las polémicas que se generan en torno a esta cuestión (vid. v. gr. la STC 85/2013, mediante la cuál se anula intento de homogeneización tarifaria en el País Vasco).

Entre los factores de discusión está el de garantizar la repercusión y la recuperación de los costes en la tarifa, consiguiendo una estabilidad económico-financiera del prestador del servicio a largo plazo. Igualmente, se deben procurar mecanismos de transparencia y de control institucional en relación a dicha prestación, garantizando la publicidad de la información en el sector y la participación de los usuarios.

El debate de fondo se sitúa en un plano más complejo: el cómo establecer un mayor control del servicio. La Administración dispone de una potestad revisora como titular del servicio y debe hacer valer sus potestades en materia de inspección y control hacia los concesionarios, independientemente de que la relación jurídica se sustente en un principio de confianza legítima. Este control se puede realizar tanto en fase de regulación del servicio, como de comprobación y verificación de la prestación, a través de documentos esenciales para sustentar la relación jurídica: reglamento de servicio, pliego de condiciones administrativas, Plan Director de Abastecimiento, estudio económico financiero, políticas tarifarias, memorias anuales y auditorias, instrumentos de información y participación ciudadana, etc.

Cabe recordar que, a efectos de la regulación europea, resulta indiferente la fórmula de gestión elegida para la prestación de servicios públicos, como establece la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Pero sí se reconoce la necesidad de fomentar la colaboración público-privada para financiar las complejas infraestructuras y sistemas hidráulicos (construcción, renovación, gestión y mantenimiento); y como mecanismo, también, para incorporar los conocimientos tecnológicos y avanzar en el campo de la Investigación, el desarrollo y la innovación.

Este proceso de conversión y convergencia de la colaboración público-privada se materializa, también, en la reducción de figuras contractuales y su simplificación administrativa a los efectos de reducir los contratos de gestión indirecta a dos tipologías específicas: contratos de concesión y contratos de servicios, dependiendo de la existencia o no transferencia del riesgo de explotación o riesgo operacional, tal y como se deriva de la transposición del paquete de Directivas comunitarias en materia de contratación.

Podemos definir el riesgo operacional como aquel que escapa al control de las partes. Es decir, el riesgo que escapa a las incertidumbres propias del mercado. Consiste en un riesgo de



demanda o en un riesgo de suministro, que capitaliza el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario. Este riesgo operacional está también vinculado a los factores de competencia, de insolvencia de deudores, de insuficiencia de ingresos, o derivados de la responsabilidad ante perjuicios causados por una irregularidad en la prestación del servicio (STJUE 10 de marzo de 2011, C-274/09). La gestión del riesgo operacional que asume el concesionario incide, objetivamente, en las condiciones de prestación del servicio. La fijación de escenarios de referencia para recuperar las inversiones realizadas en condiciones normales de funcionamiento y la necesidad de cubrir los costes implica una gestión eficiente y autónoma del servicio. Pero conllevan siempre un riesgo inherente a la prestación.

De otro lado, se ha planteado si es posible rescatar una concesión para prestar el servicio de forma directa cuando venía prestándose de manera indirecta. En todo caso, el rescate de una concesión es una decisión discrecional que sólo puede adoptarse, “si existe un interés público prevalente mediando indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo le produce” (Dictamen Consejo de Estado 2918/2003). En sentido general, se ha avanzado hacia una desaparición progresiva del rescate como prerrogativa de la Administración pública. Se tiende a un sistema de responsabilidad administrativa en la nueva regulación que exige, a modo de expropiación, una indemnización económica⁵.

5. Los diferentes modelos de regulación del agua en Europa y el rol de la autoridad reguladora independiente.

A nivel europeo, existen modelos de gestión de los servicios urbanos del agua que abogan por una gestión diferenciada del agua. Estos modelos, en su mayoría, cuentan con una entidad reguladora independiente que realiza una serie de funciones encaminadas a controlar la prestación del servicio, como pueden ser: el seguimiento de una estrategia nacional para los sectores regulados; la promoción de reglas claras para garantizar la seguridad jurídica en el sector; la producción y puesta a disposición de todos los interesados de información fiable; la apuesta por la innovación tecnológica y la transparencia; la aplicación de mecanismos de fiscalización y control en relación, principalmente, con las condiciones de contratación y la relación de los entes prestatarios con los consumidores (acceso al servicio, calidad del servicio, tarifas del servicio...).

A grandes rasgos, existen dos grandes modelos: el modelo inglés y el modelo francés. En el modelo inglés, en primer lugar, se regula la prestación de los servicios urbanos del agua a través de su prestación principalmente por empresas privadas, tanto desde un punto de vista de la propiedad como del funcionamiento del sistema, por lo que se crean agencias reguladoras para controlar las tarifas aplicadas, la calidad y satisfacción de los usuarios del servicio, los mecanismos de recuperación de costes, etc. El modelo francés, en segundo lugar, se caracteriza por el establecimiento de una relación jurídica a largo plazo entre el gobierno de un territorio y

⁵ El rescate de la concesión supone una causa de resolución del contrato, no por incumplimiento contractual imputable al contratista, sino basado en una causa de interés público. Su naturaleza expropiatoria implica una obligación de indemnizar al contratista conforme a una decisión discrecional, predominantemente técnica, que es controlable por los Tribunales, exigiendo una motivación y una racionalidad económica. El rescate de las concesiones está relacionado con los movimientos de “neo-municipalización” a nivel global con más de 180 casos en el sector del agua, según el *Public Services International Research Unit* (PSIRU) de la University of Greenwich y el Transnational Institute, incluyendo a ciudades como Burdeos, Grenoble o París, en Francia, Postdam y Bielefeld, en Alemania, Budapest, en Hungría, Buenos Aires (Argentina).

un ente suministrador del servicio a través de la cuál se establece una “regulación por contrato” en el que el precio del agua es negociado y se delega la ejecución del servicio.

Analizando la situación por países, en Inglaterra y Gales, desde 1974, se suprimieron las subvenciones a las infraestructuras hídricas fomentando los mecanismos de autofinanciación, lo que se ha traducido en la imposición de tarifas más elevadas. Existen diferentes organismos, cada uno de los cuales desarrolla distintas funciones: el *Drinking Water Inspectorate – DWI* (Inspección de Agua Potable), es la encargada del control de calidad del agua; la *Office of Water Services – OFWAT* (Oficina de Servicios de Aguas), está a cargo del control económico (tarifas, inversiones y eficiencia)⁶; la *Environmental Agency – EA* (Agencia de Medio Ambiente), es la responsable del control ambiental.

En Portugal, la *Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, ERSAR*, creada por el Decreto-Ley nº 277/2009, realiza un enfoque integrado de aguas y residuos. Como entidad administrativa independiente con funciones de regulación y supervisión dispone de una amplia autonomía de gestión, administrativa, financiera y de patrimonio propio, estando adscrita al ministerio con competencias en materia de medio ambiente, pero no estando sujeta a la supervisión o vigilancia del gobierno en el ejercicio de sus funciones. Este modelo se basa en dos niveles, la regulación estructural del sector; y la regulación del comportamiento particular de las entidades gestoras.

En Italia, la *Autoridad Reguladora Italiana para la Energía Eléctrica, el Gas y el Sistema Hídrico (AEEGSI)* garantiza el fomento de la competencia y la eficiencia, al mismo tiempo que pretende promover normas de calidad de servicio. La entidad se autofinancia y realiza importantes funciones reguladoras, de vigilancia, de ejecución y de asesoramiento. En 2011, se realizó un referéndum a nivel nacional en el que se decidió acometer, entre otras cuestiones, la renovación de infraestructuras por encima de los 65.000 millones de euros (30 años).

6. Conclusiones.

En la exposición de esta ponencia se ha tratado de poner el acento en la variedad de fórmulas de gestión que afrontan los servicios urbanos de gestión del agua, haciendo referencia a las siguientes cuestiones:

Existe la necesidad enfrentar el déficit de inversión, en especial en lo relativo a la renovación de infraestructuras o activos públicos. Esta situación es especialmente urgente en materia de depuración de aguas residuales.

Es preciso establecer una correcta cobertura de costes que garantice el cumplimiento del principio de recuperación de costes que exige la Directiva marco de aguas. Es necesario establecer una contribución más proporcionada y ajustada de los usuarios el agua al principio de recuperación de costes por vía tarifaria, al estilo de lo que hacen otros países europeos, siendo preciso mejorar las metodologías empleadas en la comunicación y la concienciación social.

⁶ La OFWAT, creada por la Ley de Aguas de 1989, tras la privatización del servicio urbano del agua, tiene como función garantizar que las compañías de aguas presten a los consumidores un servicio eficiente, de buena calidad, y a un precio justo. Su cometido se dirige a establecer una revisión periódica de los precios, a proteger a los consumidores, a generar formas de transparencia y atraer inversiones, etc.



Es conveniente tender hacia un proceso de armonización de los aspectos reguladores. La figura del regulador independiente puede aportar ciertas luces a problemas relacionados con la gestión de los servicios urbanos del agua. No obstante, es preciso comprobar el encaje legal que tendría esta figura tendría el modelo de gestión español del agua; siempre respetando principios tan importantes como el de unidad de gestión y unidad de cuenca.

El sector del agua debe seguir apostando por la transparencia y por la innovación, para mantener su capacidad competitiva. Del mismo modo, es importante fomentar la colaboración pública y privada, respetando la titularidad pública del servicio por parte de la administración, estableciendo un control del servicio, pero aprovechando el *know-how* y el conocimiento que las empresas puedan proporcionar a un sector tan dinámico e importante, que está siempre en continua evolución.