LOS SERVICIOS PÚBLICOS DEL AGUA: SU PROBLEMATICA JURIDICA CON ATENCIÓN ESPECIAL AL ABASTECIMIENTO Y LA DEPURACIÓN DE LAS AGUAS RESIDUALES (*)

ANTONIO EMBID IRUJO

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN. LAS RAZONES QUE ACONSEJAN LA REALIZACIÓN DE ESTE ESTUDIO. — II. EL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO A POBLACIONES: 1. La consideración preeminente del abastecimiento a poblaciones en el ordenamiento jurídico; 2. El abastecimiento a las poblaciones desde la perspectiva de legislación de aguas; 3. El abastecimiento a poblaciones como servicio público; A) El abastecimiento a poblaciones como servicio público en la normativa local. La incidencia de alguna normativa de Comunidades Autónomas en la delimitación de las competencias municipales y autonómicas. B) La gestión del servicio a nivel municipal. Distintas organizaciones para la gestión del servicio en el nivel supramunicipal. C) La Reglamentación del servicio. El estatuto del usuario. Derechos y deberes. a) El establecimiento del servicio y la prestación efectiva del mismo. b) La prestación del servicio con las características de continuidad y regularidad. c) La problemática de la suspensión de la prestación del servicio por impago por el usuario de sus obligaciones contributivas. D) La privatización del servicio. Características del régimen concesional. a) El régimen jurídico de la prestación del servicio. b) Concesión del servicio y concesión demanial: sus relaciones. c) La responsabilidad patrimonial del concesionario. E) La tarifa del servicio. Problemática jurídica: a) Aguas públicas y precios públicos; aguas privadas y precios privados. b) El precio del agua en los abastecimientos urbanos resulta tener la naturaleza jurídica de una tasa. c) El precio del agua como precio autorizado. d) La tarifa del agua y el problema de la sujeción al IVA. F) La cuantía del precio que paga el usuario. La problemática de la repercusión de los costes reales sobre el mismo. El significado del principio de autosuficiencia. — III. EL SERVICIO PÚBLICO DEL SANEAMIENTO Y LA DEPURACIÓN DE LAS AGUAS RESIDUALES: 1. El saneamiento y depuración en la normativa local. Precisiones conceptuales. El papel del municipio y de la comunidad autónoma en la prestación del servicio; 2. La actualidad del tema. La

---

(*) Se recoge en este trabajo la conferencia pronunciada el 12 de noviembre de 1996 en el marco de un Curso sobre servicios públicos organizado por el Consejo General del Poder judicial y dirigido por la profesora Elisenda Malaret. Igualmente este trabajo ha sido desarrollado en el marco de un proyecto de investigación otorgado por el Gobierno de Navarra sobre depuración y saneamiento de aguas residuales.

fijación de plazos por normativa europea para realizar un sistema efectivo de depuración de aguas residuales. La respuesta del Derecho español; 3. El derecho del usuario a un sistema de depuración y saneamiento. Problemática jurídica; 4. El surgimiento de figuras tributarias autonómicas. Los cánones de saneamiento. Problemática jurídica; A) Es un tributo autonómico con naturaleza de impuesto, cuya recaudación tiene un destino finalista. B) Definición del hecho y de la base imponible. C) El canon de saneamiento y el IVA.

I.– INTRODUCCIÓN. LAS RAZONES QUE ACONSEJAN LA REALIZACIÓN DE ESTE ESTUDIO

El objeto de este trabajo no es el de realizar un estudio monográfico de todos los servicios públicos relacionados con el agua sino el de examinar los principales problemas jurídicos que se plantean en la actualidad en torno al abastecimiento y a la depuración de aguas residuales que son los dos servicios que afectan con generalidad a todos los ciudadanos (1). En este punto introductorio me voy a preocupar de delimitar con más profundidad el objeto de estudio y las razones que aconsejan un tratamiento como el que se va a seguir proporcionando una serie de datos normativos imprescindibles para el conjunto del estudio (2).

Decía que me iba a centrar exclusivamente en el abastecimiento y en el saneamiento y depuración de las aguas residuales bien que el título del trabajo es, en principio, mucho más amplio y cubre, evidentemente, otras muchas actividades de las que se realizan en torno al agua. Sin ir más lejos y dejando de lado la cuestión de si no es toda la actividad realizada por la Administración para proporcionar agua a los distintos usuarios (regantes, industriales etc...) algo que responde a las características de un servicio público al menos en sentido amplio, tenemos que constatar cómo dentro de la LAg., se encuentra la referencia a unas concesiones en servicio público que se tratan desde el punto de vista de

(1) No hay en nuestra monografía todavía un tratamiento suficientemente profundo de estos dos servicios públicos que tenga en cuenta, sobre todo, sus últimas novedades normativas aunque, no obstante, han aparecido últimamente algunos trabajos de mérito que se centran en ellos. Vid., sobre todo, el de A. FANLO LORAS, «Obras hidráulicas de saneamiento y depuración», en las págs. 125 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.) *Las obras hidráulicas*, ed. Civitas, Madrid, 1995, y el tratamiento que del abastecimiento y el saneamiento y depuración realiza dentro de un libro de distintas pretensiones F.J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 161 y ss.

(2) Dejo al margen consideraciones históricas sobre la evolución de estos servicios que pueden seguirse con mucho provecho en las obras reseñadas en la nota anterior.

su transmisibilidad (3) y, también, la regulación de unas concesiones de aguas para riego, *en régimen de servicio público*, a empresas o particulares que posteriormente suministran (venden, en realidad) agua a los verdaderos usuarios-regantes (4). En concordancia con el régimen del servicio público está prevista la existencia de unas tarifas con valores máximos y mínimos que aprueba la Administración (art. 60.2 LAg.) (5). Igualmente existen muestras de declaraciones específicas de servicios públicos vinculados con el agua, al margen de los que anuncio su tratamiento posterior, en alguna legislación autonómica (6).

Es obvio que el seguir un planteamiento como el que se apunta en las anteriores líneas nos llevaría, en realidad, a estudiar todo el régimen jurídico de la utilización del agua (dejando al margen la «reliquia» jurídica de las aguas en propiedad privada (7)) lo que convertiría, evidente-

(3) El art. 61 LAg. se refiere a la necesidad de autorización administrativa previa para la transmisión total o parcial de los aprovechamientos que impiquen un «servicio público», mientras que para los otros el control administrativo opera a posteriori (vid. lo relativo a la regulación de la modificación concesional en los arts. 144 y ss. RDPH). Según la legislación vigente, concesiones en servicio público serían solo las de abastecimiento de poblaciones (me remito a la exposición de la normativa que seguirá) y las de producción de electricidad (cfr. art. 1 y 2 de la LOSEN) junto a las llamadas concesiones de aguas para riego en régimen de servicio público a las que me refiero más adelante en el texto.

(4) Debe resaltarse aquí que la regulación del art. 60 LAg. excepciona el principio tradicional en nuestra legislación histórica y actual de que el concesionario del agua ha de ser titular de la tierra a que va destinada (vid. art. 59.4 LAg.).

(5) Indico esta característica de nuestra LAg. movido por la idea de proporcionar distintos enfoques de la cuestión, no porque el art. 60 LAg. haya merecido, en mi conocimiento, aplicación alguna.

(6) Estoy, así, recordando la legislación vigente en Canarias (cfr. Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas) en la que puede encontrarse el llamado «servicio público de transporte de agua» regulado en los arts. 95 y ss. de dicha ley y que responde, como la mayor parte de dicha Ley, a peculiaridades específicas del archipiélago no exportables a la Península. Sobre el tema vid. A. NIETO, «Legislación de aguas de Canarias», en las págs. 101 y ss. de A. EMBID IRUJO (ed.), *Legislación del agua en las Comunidades Autónomas*, ed. Tecnos, Madrid, 1993 y A. DOMÍNGUEZ VILA, en su contribución al libro colectivo *Precios y mercados del agua*, de A. EMBID IRUJO (ed.), ed. Civitas, Madrid, 1996.

(7) Coloco las comillas a la palabra «reliquia» porque si bien es cierto que a partir de la LAg. de 1985 no se puede adquirir más propiedad privada de aguas porque todas ellas están consideradas como de dominio público (ex. art. 2 LAg. y dejando fuera de consideración las aguas subterráneas no renovables) se mantiene la titularidad privada de las que anteriormente lo fueran —si así lo han querido sus titulares ex. disposiciones transitorias segunda y tercera— en una extensión que desconozco pero que no creo sea despreciable en modo alguno. En un sentido muy favorable a la consideración cuantitativa y cualitativa de la propiedad privada de las aguas aun partiendo, paradójicamente, de la crítica a la LAg. por su excesivo respeto a las anteriores situaciones de propiedad privada vid. últimamente J.L. MOREU BALLONGA, *Aguas públicas y aguas privadas*, ed. Bosch, Barcelona, 1996.

mente, el estudio en inútil, al menos con los objetivos y perspectivas que se plantea.

No, debemos centrar nuestra atención en el abastecimiento y en el saneamiento y depuración por, en primer lugar, la razón objetiva de dirigirse a la generalidad de los ciudadanos en cuanto consumidores (8) (al margen de las necesidades específicas que vinculadas al abastecimiento de industrias o a la depuración de las aguas residuales industriales podamos considerar más adelante) y, al mismo tiempo, por ser éste el sector en el que se desarrollan una serie importante de problemas jurídicos y en torno al cual existe una floreciente actividad económica que engendra, por esa misma actividad, nuevos problemas.

Esos problemas están, además, vinculados a la situación de sequía que se vive en nuestro país cíclicamente y cuyas últimas manifestaciones han tenido lugar en el período 1991-1995 con las importantísimas consecuencias que sobre el abastecimiento se han conocido: drásticas reducciones en muchas ciudades de nuestro país hasta llegar a límites difícilmente compatibles con situaciones de dignidad o de calidad de vida. En ese mismo plano solo el final de la sequía ha impedido hasta el momento el desarrollo de técnicas jurídicas vinculadas a nuevos planteamientos técnicos de obtención del agua para el abastecimiento como la desalación de aguas salobres y todo lo que ello podría comportar según la normativa aprobada (9).

En segundo lugar coopera a la necesidad de centrar el estudio en estos servicios la situación actual de incremento en el proceso de privatización de estos servicios que se ha vivido y se vive en los últimos tiempos en varios y significativos Municipios españoles y que plantea —al margen de cualquier tipo de debate político que queda por princi-

(8) Y ello con buena conciencia de que el consumo del agua vinculado al abastecimiento no llega al 20% del total del consumo del agua en nuestro país que está marcado en buena medida por el gran peso de los usos agrícolas (alrededor del 80%). Obviamente las cifras proporcionadas lo son para el total peninsular, variando de unos lugares a otros en función de su distinta estructura productiva y social.

(9) En los epígonos de la sequía se promulgó el RD 1327/1995, de 28 de julio, sobre las instalaciones de desalación de agua marina o salobre que, en lo que conozco, aún no ha tenido realizaciones prácticas. EL RD no vinculaba la utilización del agua obtenida por desalación al abastecimiento urbano exclusivamente, pero es presumible que los altos precios que este agua debía necesariamente tener la harían difícilmente utilizable por la agricultura, a no ser que fuera una agricultura de «punta», que exportara productos de alta calidad, tempranos y, por tanto, caros. El RD contenía un régimen jurídico de estas instalaciones basado en la técnica de la concesión previendo el pago por los usuarios al Estado, si era él quien realizaba estas instalaciones, de unas figuras tributarias semejantes a las reguladas en el art. 106 LAg. El sistema, por otra parte, era en el fondo una extensión —salvando las distancias y las peculiaridades— de lo ya conocido para la desalación de agua marina para abastecimientos que ya hace tiempo se realiza en las Islas Canarias.

pio orillado de estas páginas—, algunas cuestiones jurídicas que deben ser tratadas (10). Debe advertirse, obviamente, que la privatización de los servicios del agua —considerada dentro de la privatización más general de una parte de la actividad pública— no es una cuestión que se plantee actualmente solo en nuestro país sino en toda Europa como puede advertirse con la consulta a cualquier revista especializada (11).

Como corolario o consecuencia lógica de todo lo que antecede debe resaltarse aquí también la situación de abundante conflictividad jurídica que se mueve en torno al agua (12) lo que también es un acicate poderoso para introducirse en esta cuestión.

Una muestra de actualidad vinculada exclusivamente a la depuración de las aguas residuales la constituye la necesidad de cumplir una depuración efectiva de las aguas residuales como consecuencia de la Directiva 91/271/CEE de 21 de mayo, ya transpuesta a nuestro derecho y que supone la obligación de realizar unas determinadas actuaciones (e inversiones, obviamente) antes del año 2005. Todas las administraciones públicas con competencias para ello han iniciado diversas actuaciones en ese camino (en algunos casos las actuaciones son solo legislativas que, normalmente, son las más sencillas de afrontar), y eso abre para los próximos años una actualidad (ojalá que no excesiva conflictividad) evidente.

He hablado de realizaciones normativas en ese camino y en este plano son las CCAA, sobre todo, las que cuentan con productos en su

(10) Los medios de comunicación se han echo eco y se siguen haciendo de diversas noticias en torno a la problemática que se indica en el texto. Como resumen puede citarse al suplemento económico del diario «El País» de 16 de junio de 1996 que afirma que el 35% del negocio del agua está privatizado en España y que se piensa que crecerá sustancialmente este porcentaje en el futuro.

(11) Como muestra aporto noticia del coloquio celebrado el 19 de mayo de 1995 en Bonn por el prestigioso *Institut für das Recht der Wasser— und Entsorgungswirtschaft* que versó sobre los problemas jurídicos de la privatización en la economía del agua y de los residuos. Vid. en DVBl de 15 de noviembre de 1995 la crónica de este congreso firmada por K.D. FROHLICH bajo el título «Rechtsprobleme der Privatisierung in der Wasser— und Entsorgungswirtschaft», pág. 1228 y ss.

(12) Y no me refiero a la eterna problemática de los trasvases o de los conflictos interterritoriales sino, solamente, a la que se desarrolla en los servicios elegidos para su tratamiento en este trabajo. Sobre ello se darán pruebas en forma de sentencia posteriormente pero ahora y previamente —por la razón de estar al margen de la sistemática que luego se seguirá—, advierto que la conflictividad llega a todos los planos y, también, a las disputas profesionales. La STS 21-11-1995, Arz. 8573, conoce de un recurso del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contra un acuerdo municipal por el que se aprueba el proyecto de una Estación Depuradora redactado por el Arquitecto municipal. La Sentencia avala la actitud municipal con fundamento en la conexión del proyecto con las obras de urbanización para las que sería competente el Arquitecto.

haber, en correspondencia con el peso que en el plano competencial les corresponde. Alguna Comunidad Autónoma trata mediante Ley conjuntamente de los dos servicios, como Madrid (13) y Asturias (14), pero lo normal es que las CCAA regulen por Ley solamente la depuración (así Cataluña (15), Navarra (16), Canarias (17), Baleares (18), Galicia (19), Valencia (20) y La Rioja (21)), y en algún caso aislado el abastecimiento (22), dejando para normas reglamentarias el tratamiento del abasteci-

(13) Vid. la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua. Sobre la misma en la doctrina L. MORELL OCAÑA, «Abastecimiento y saneamiento de agua de la Comunidad de Madrid», en *Estudios sobre el derecho de la Comunidad de Madrid*, (dir. R. GÓMEZ FERRER), ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 495 y ss.

(14) Vid. la Ley asturiana 1/1994, de 21 de febrero, sobre abastecimiento y saneamiento de aguas en el Principado de Asturias. En la doctrina vid. el duro juicio de A. FANLO LORAS sobre dicha Ley, op. cit., pág. 178 y ss., dentro de una muy completa consideración de la misma.

(15) Es la legislación primeriza en este tema. Se inicia con la Ley 5/1981, de 4 de junio, de desarrollo legislativo en materia de evacuación y tratamiento de aguas residuales. Posteriormente aparecerá el Decreto Legislativo 1/1988, de 28 de enero que la refunde junto con la 17/1987, de 13 de julio, reguladora de la Administración hidráulica de Cataluña. Su título segundo dedicado al saneamiento es derogado y sustituído por la Ley 19/1991, de 7 de noviembre, de reforma de la Junta de saneamiento, ley a su vez afectada por la Ley 7/1994, de 18 de mayo. Vid. un comentario sobre esta legislación en el conjunto de la intervención normativa catalana en materia de aguas en E. ARGULLOL MURGADAS, «La legislación de aguas de Cataluña», en las págs. 120 y ss. de A. EMBID IRUJO (ed.) *Legislación del agua en las Comunidades Autónomas*, op. cit.

(16) Vid. la Ley Foral 10/1988, de 29 de diciembre, de saneamiento de las aguas residuales de Navarra. Esta Ley ha conocido un cierto desarrollo reglamentario sobre ella en la doctrina vid. B. SETUAIN MENDIA, «Un aspecto de la política del agua en Navarra: el saneamiento y depuración de aguas residuales», Revista Jurídica de Navarra, 17, 1994, pág. 81 y ss.

(17) Las prescripciones canarias sobre saneamiento están en su ley general de aguas ya citada. Vid. su art. 70 y en el desarrollo reglamentario posterior el Decreto 174/1994, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de control de vertidos para la protección del dominio público hidráulico.

(18) Tras unas normas a nivel reglamentario hay que hacer notar la Ley 9/1991, de 27 de noviembre, reguladora del canon de saneamiento de aguas con desarrollo reglamentario posterior.

(19) Vid. las normas que sobre saneamiento contiene la Ley 8/1993, de 23 de junio, reguladora de la Administración hidráulica de Galicia creadora, entre otras cuestiones, de un canon de saneamiento.

(20) Vid. la Ley 2/1992, de 26 de marzo, de saneamiento de aguas residuales y su desarrollo reglamentario posterior.

(21) Vid. la Ley 7/1994, de 19 de julio, de saneamiento y depuración de aguas.

(22) Es el supuesto de la Ley catalana 4/1990, de 9 de marzo, sobre abastecimiento de aguas y su ordenación en el área de Barcelona.

miento, usualmente mediante regulaciones de simple auxilio a las Corporaciones Locales (23).

La «rareza» reducida a dos Comunidades Autónomas del tratamiento conjunto normativo de los dos servicios es la muestra de que el estudio sistemático que debemos realizar aquí debe considerar separadamente también el abastecimiento (II) y la depuración (III) en cuanto contienen cada uno de ellos técnicas difícilmente refundibles, cosa que voy a realizar inmediatamente (24).

II.– EL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO A POBLACIONES

El servicio público de abastecimiento a poblaciones ha gozado siempre y goza de una consideración preeminente en nuestro ordenamiento jurídico (1); esa preeminencia puede contemplarse tanto desde la perspectiva de la legislación de aguas (2) como desde la local que se refiere, sustancialmente, solo a la prestación de un servicio por las entidades locales (3).

1.– La consideración preeminente del abastecimiento a poblaciones en el ordenamiento jurídico

La forma que denomino preeminente de considerar el ordenamiento jurídico al abastecimiento a poblaciones es, probablemente, la lógica consecuencia de la importancia que el agua tiene para el simple desarrollo de la vida. Cuando me refiero, además, a una consideración preeminente por parte del ordenamiento jurídico lo hago con plena conciencia de lo amplio de la expresión ordenamiento jurídico que no se resume —ni pretendo ni mucho menos en este lugar hacer tal tipo de reducción— al ordenamiento de las aguas continentales cuya consideración dejo para el siguiente apartado.

Las muestras de esta consideración son muy variadas pero en este lugar pretendo ceñirme a lo más elemental y, al mismo tiempo, muchas

(23) En este plano los ejemplos son muy variados. Recuerdo entre las últimas normas promulgadas el Decreto balear 114/1994, de 22 de noviembre, sobre cooperación con las corporaciones locales en materia de abastecimiento de poblaciones.

(24) Quizá el lugar en el que confluyen ambos servicios es en el «recibo» del agua, donde lo hacen, además, materialmente porque es usual en las leyes autonómicas notadas que se disponga que los costes de saneamiento y depuración se incorporen a la tarifa de abastecimiento en el mismo recibo pero en renglón separado.

veces olvidado por su misma evidencia. No hay, así, posibilidad de urbanización, de considerar a un suelo urbano y, por tanto, con capacidad de ser edificado (si, además, tiene la condición de solar), si ese suelo no tiene garantizado el abastecimiento de agua (25). La legislación urbanística estatal así lo indica con rotundidad (26) y ello tiene una trascendencia fácilmente comprensible porque induce a considerar ilegal cualquier actividad realizada en un terreno que no tenga ese servicio garantizado (27) pudiendo, por tanto, llegarse a la demolición de las obras e instalaciones realizadas contra tan claras prescripciones legales (28).

Desde otra perspectiva, desde la ejecución del planeamiento, lo indicado lleva a trasladar a los propietarios afectados los gastos de urbanización, entre ellos los vinculados al suministro de agua (29), pudiendo plantearse la cuestión acerca de qué tipo de obras están relacionadas o deben entenderse incluídas en el concepto de suministro o abastecimiento de aguas (30).

Igualmente, y desde otras perspectivas, las aguas para abastecimiento de población tienen unas exigencias de calidad y de garantía sanitaria que no deben poseer en la misma medida las aguas que van a ser destinadas a otras utilizaciones (31).

---

(25) Cfr. art. 10 del RDLegislativo 1/1992, de 26 de junio, aprobador del texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana (cito posteriormente como TRLS).

(26) El mismo precepto del TRLS, con coherencia, se refiere a la necesidad de que el suelo urbano se defina también por la posesión del servicio de evacuación de aguas residuales.

(27) Porque, entre otras razones, no se habría adquirido el derecho a urbanizar que regulan los arts. 23 y 24 TRLS y, por ello, no sería legítima posteriormente la prosecución en la actuación constructiva (solicitud y otorgamiento de la licencia, construcción, incorporación de la edificación al patrimonio del propietario etc...).

(28) Cfr., especialmente, los arts. 248 y ss. del TRLS.

(29) Cfr. art. 155 TRLS y arts. 58 y ss. del Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por RD 3288/1978, de 25 de agosto.

(30) A ello responde la STS 12-2-1996, Arz. 1069, que indica que en el concepto de «obras de suministro de agua» a que se refiere el artículo 122.1.A) de la Ley del Suelo (de 1976) deben entenderse incluídas necesariamente las obras de captación y suministro, es decir los pozos, aljibes, redes de distribución y elementos auxiliares, pues sin ellos no es posible hacer efectivo el suministro que se pretende...».

(31) Otra vez dentro de la legislación estatal (existe normativa autonómica variada sobre el particular) puede recordarse la existencia de una normativa específica sobre aguas potables de consumo público (el RD 1138/1990, de 14 de septiembre sería la norma más relevante) más exigente que la específica para aguas de baño, aguas de bebida envasadas o aguas aptas para el desarrollo de la vida piscícola. (Puede verse esta normativa en el libro de A. EMBID IRUJO, A, FANLO LORAS y J. DOMPER FERRANDO, *Código de las aguas*

Por fin, y extrayendo ahora el supuesto de la jurisprudencia (STS de 15 de junio de 1995, Arz. 4822), el hecho de que el recurso contencioso-administrativo de que trata la Sentencia a la que me refiero se formulara, precisamente, contra unas actuaciones de la Administración General del Estado relativas al abastecimiento de poblaciones, ha sido ocasión de que el Tribunal admitiera la suspension del acto administrativo recurrido que daba de baja un programa de ayuda económica para las obras de abastecimiento a una población. Como dice el Tribunal, si se ejecutaran las resoluciones administrativas recurridas:

> «...y, en el caso que después la resolución jurisdiccional definitiva declarara su disconformidad a derecho y consiguiente nulidad, habría de producir no sólo unos daños y perjuicios derivados de la devolución de las cantidades percibidas (...) lo que de suyo ya entrañaría daños y perjuicios, cuando menos de muy difícil reparación atendida la naturaleza de su presupuesto económico y destino; sino que por la naturaleza de las cosas, entrañaría de suyo una descapitalización presupuestaria que afectaría directamente a la propia realización del referido Programa y efectiva realización de mencionadas obras, *que por el contenido social de todo abastecimiento de aguas para poblaciones a cuya financiación son presupuestadas las cantidades que habrían de devolverse, llevará a la producción de unos daños o perjuicios de muy difícil reparación...*».

Como es fácilmente advertible el Tribunal acude —dentro de una consideración tradicional del art. 122 LJCA que en modo alguno hace referencia a los nuevos criterios de los que se ha hecho adalid incuestionable el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (32)— a la equiparación entre suspensión de una actuación relativa al abastecimiento de poblaciones con el daño de muy difícil reparación sin referencia alguna a la presunción de legalidad formal —o ilegalidad— del acto administrativo recurrido. Todo ello por si la resolución jurisdiccional definitiva «declarara su disconformidad a derecho» (33) y, naturalmente en realidad, «por el contenido social de todo abastecimiento de aguas».

---

continentales, ed. Civitas, Madrid, 1992). Mucha de esta normativa es el resultado de la transcripción de diversas directivas europeas.

(32) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en diversos trabajos posteriormente recopilados en el libro *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, ed. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1995.

(33) ¿Y si no lo declarara? El Tribunal no plantea ni por asomo un juicio, siquiera fuera provisional, sobre la legalidad del acto administrativo recurrido. Lo que funda su resolución, insisto, es el objeto material del acto recurrido, el abastecimiento de poblaciones, y la necesidad de preservarlo.

2.– El abastecimiento a las poblaciones desde la perspectiva de la legislación de aguas

La misma consideración preeminente que hemos notado, en general, en el ordenamiento jurídico tiene el abastecimiento de poblaciones dentro de la LAg. Baste con indicar, inicialmente, que dentro de la ordenación de usos a que se refiere el art. 58.3 LAg. aparece en primer lugar el abastecimiento de población y pese a que los Planes Hidrológicos de cuenca (34) pueden excepcionar esta ordenación, deben respetar en todo caso la primacía del abastecimiento (último apartado del art. 58.3 LAg.). Por cierto en este precepto aparece una definición de lo que se entiende por abastecimiento de poblaciones, que no se limita a lo que podríamos comprender como «agua de boca» sino que se extiende a pequeños usos industriales caracterizados, sobre todo, por estar conectados con la red municipal (35).

La atribución de aguas para abastecimiento de poblaciones, como para el resto de los usos, se realizará normalmente mediante concesión (36) (art. 50 LAg. (37)), sujeta a plazo (38) y que se extingue por su transcurso. En la extinción se puede advertir una nueva consideración privilegiada del abastecimiento de poblaciones (en este caso en unión del riego) puesto que si lo quiere su titular y a ello no se opone el Plan Hidrológico Nacional, el Organismo de cuenca tramitará el nuevo expediente excluyendo el trámite en competencia (art. 51.3 LAg). La supresión legal de este trámite, significativa en cuanto se aparta de lo

(34) En general sobre el significado primordial —y obsesivo— de la planificación hidrológica en la LAg. me remito a A. EMBID IRUJO, *La planificación hidrológica. Régimen jurídico*, ed. Tecnos, Madrid, 1991.

(35) El texto legal indica que se incluye en el abastecimiento de población la «dotación necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal».

(36) No entro ahora en la naturaleza jurídica de las concesiones ni en los problemas de su régimen jurídico general. Para ello me remito por todos a S. MARTÍN-RETORTILLO en *Aguas públicas y obras hidráulicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1966 y más recientemente en *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, Madrid, 1995, pág. 177 y ss.

(37) Se refiere también el precepto a la adquisición del uso privativo de las aguas mediante disposición legal. Existen algunos ejemplos de ello pero no son en modo alguno usuales.

(38) El plazo no será superior a los setenta y cinco años ex. art. 57.4 LAg. La situación de las hipotéticamente existentes concesiones perpetuas anteriores a la LAg. de 1985 se transforma en concesiones por plazo de 75 años a contar desde la entrada en vigor de la LAg. (disp. transitoria primera). Como la entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 1986, quiere decir que estarán vigentes esas concesiones hasta la misma fecha del año 2061.

usualmente existente en el derecho de aguas (39), ha perdido parte de su simbolismo cuando con posterioridad el RDPH ha suprimido también el trámite de proyectos en competencia en el otorgamiento de concesiones (40).

Una cuestión importante y no tratada de forma general en el ordenamiento jurídico de las aguas continentales es el de la dotación que puede aparecer en las concesiones (41). En pocas materias más que ésta se presta la actividad administrativa a racionalizarse y homogeneizarse conforme a parámetros objetivos (número de habitantes, actividad productiva realizada con la red municipal, etc...) (42). Probablemente por ello son los Planes Hidrológicos de cuenca los instrumentos donde debe estar prevista la asignación de recursos [ex. art. 40 d) LAg.] y para facilitar su redacción apareció una Orden con instrucciones homogeneizadoras específicas (43).

El dictado de esta Orden debe entenderse como un inicio en el camino de racionalización y, quizá, de reducción de unos volúmenes que tradicionalmente han sido juzgados como excesivos (44). Un paso adelante en este camino —sólo teórico porque, en lo que conozco, tampoco ha tenido ninguna aplicación práctica— es la modificación del art.

(39) Es muy resaltable esta característica en cuanto el trámite de proyectos en competencia es esencial en el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones tal y como puede advertirse con la consulta al art. 71.2 LAg. y a los arts. 104 y ss. del Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

(40) El art. 71.2 LAg. autorizaba esta supresión y es el art. 122 del RDPH quien ha hecho uso de la autorización legal para indicar, así, que «la tramitación de concesiones de aguas para abastecimiento de poblaciones y de urbanizaciones aisladas que no puedan ser abastecidas desde la red municipal, se regirá por el procedimiento que se indica en los artículos siguientes, *suprimido el trámite de competencia de proyectos*».

(41) Hay algunas referencias a dotaciones en los arts. 123 y 125 RDPH donde se trata, respectivamente, de los documentos que deben acompañar a la solicitud de concesión y a la actividad que, una vez formulada ésta, debe desempeñar la Administración hidráulica, pero ello se hace en términos genéricos y no concretos.

(42) Es conocido —y por ello no prefiero citar fuente alguna— que la dotación por habitante y día en nuestro país está alrededor de los 350 litros, superior a la mayor parte de los países europeos, pero muy inferior a Estados Unidos (670 litros) y dentro de él a California (750 litros).

(43) Se trata de la Orden de 24 de septiembre de 1992, por la que se aprueban las instrucciones y recomendaciones técnicas complementarias para la elaboración de los Planes Hidrológicos de cuencas intercomunitarias que contenía en su Anexo I una serie de dotaciones para abastecimientos urbanos en función del número de habitantes de las ciudades y de su actividad industrial y comercial.

(44) Al confrontar las cifras que aparecen en el Anexo se notará que están claramente por debajo de los 350 litros por habitante y día que se entiende, usualmente, que es la dotación media hoy existente.

63 LAg. pro el RDLey 6/1995, de 14 de julio, por el que se adopta medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía. El RDLey permite la revisión de las concesiones de abastecimientos urbanos (y las de regadío, pero no es el caso profundizar en ese tema en este lugar) cuando «se acredite que el objeto de la concesión pueda cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso, que contribuya a un ahorro del mismo». La aplicación de esta posibilidad exige a las Confederaciones Hidrográficas realizar «auditorías y controles de las concesiones, a fin de comprobar la eficacia de la gestión y utilización de los recursos hídricos objeto de la concesión». Según el texto legal esta revisión no daría lugar a indemnización sin perjuicio de que reglamentariamente se establecieran ayudas a favor de los concesionarios para ajustar sus instalaciones a las nuevas condiciones concesionales. El RDLey ha sido elevado a la categoría de Ley sin cambios en este punto (45).

La última cuestión que querría tratar en este apartado es la relativa a los sujetos que forman la relación personal en la concesión: el concedente y el concesionario.

En cuanto al concedente, en las cuencas intercomunitarias actuará la Administración hidráulica del Estado (las Confederaciones Hidrográficas o el Ministerio de Medio Ambiente (46)), mientras que en las aguas intercomunitarias será la Administración hidráulica de la respectiva Comunidad Autónoma quien actúe como concedente (47), todo ello

(45) Se trata de la Ley 9/1996, de 15 de enero, por la que se adoptan medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía, en la que los textos reseñados *supra* son numerados como art. 63.2 y 4 respectivamente de la LAg.. En el trámite parlamentario de elaboración de esta Ley, se ha aprovechado para modificar el dictado original del art. 63 a) de la LAg. [que ahora es art. 63.1.a)], que reza como primer supuesto que posibilita la revisión concesional «cuando *de forma comprobada* se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento». Lo resaltado tipográficamente constituye la novedad legal, orientada, claramente, en un camino garantizador de la posición jurídica del titular de la concesión. Hay que tener en cuenta, por fin, que la revisión de las concesiones de abastecimientos urbanos tiene un régimen singular en los apartados 2 y 4 del art. 63 pero que también pueden aplicárseles los supuestos genéricos de revisión especificados en el apartado primero.

(46) Cfr. el art. 22 a) LAg.

(47) Las competencias de las CCAA sobre sus cuencas intracomunitarias se extienden también a lo normativo y, por ello, es posible encontrar normas con rango de Ley que inciden directamente en la regulación del agua que puede destinarse a abastecimientos urbanos. Como ejemplos de regulación en lo relativo a la sustitución total o parcial de caudales afectados a abastecimientos o revisión de concesiones vid. el art. 7 de la Ley catalana 4/1990, de 9 de marzo, de ordenación del abastecimiento de agua en el área de Barcelona.

según lo previsto en los arts. 15 y 16 LAg. y normas concordantes cuya constitucionalidad en lo esencial ha sido apreciada por el Tribunal Constitucional (48).

En cuanto al concesionario hay que indicar que los arts. 123 y 124 RDPH tratan de tres situaciones distintas desde el punto de vista procedimental y en relación al titular de la futura concesión:

— El Municipio como concesionario único cuando las aguas, también, van a servir a una sola entidad local.

— La Mancomunidad, Consorcio o entidad semejante, cuando las aguas van a servir a más de un municipio.

— La Comunidad de Propietarios de una urbanización aislada cuando ésta no puede servirse de la red municipal.

Consiguientemente, son los representantes legales de cada uno de los futuros concesionarios quienes deben suscribir la instancia inicial del expediente y acompañar los documentos a que se refiere el art. 123 RDPH.

Puede deducirse de la anterior especificación la preferencia del ordenamiento por encontrar una entidad de carácter público que sea titular de la concesión siendo el supuesto de la urbanización aislada una excepción configurada, además, de forma bien restrictiva. Incluso aun cuando el Municipio hubiera elegido una forma de prestación indirecta del servicio (mediante concesionario), ello no obstaría a lo anteriormente indicado puesto que el titular de la concesión (de dominio, apostillemos) sería el Municipio quien a su vez otorgaría la concesión (del servicio) a quien superara el correspondiente concurso (49). Sobre algunas vinculaciones entre las dos concesiones volveremos más adelante cuando tratemos la forma de prestación indirecta del servicio.

Los textos citados anteriormente tienen una naturaleza puramente reglamentaria. En la LAg. hay, sin embargo, una referencia específica a la situación de concesión del agua a varios Municipios que aparece

(48) La cuestión del reparto competencial sobre las aguas ha sido una de la más enconadas dado lo no excesivamente claro de los principios constitucionales (art. 149.1.22 CE) y de los EEAA. Al final el criterio de la LAg. expuesto en el texto fue ratificado por el TC en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre refrendado últimamente por la STC 161/1996, de 17 de octubre en relación a la Administración hidráulica de Cataluña. En la doctrina puede verse sobre el particular a S. MARTÍN-RETORTILLO «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas», RAP 128, 1992, pág. 123 y ss. y A. EMBID IRUJO, «Las competencias constitucionales y estatutarias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica», REDC 37, 1993, pág. 37 y ss.

(49) Vid. muestras de lo que se indica en el art. 125.3 y 4 RDPH

condicionada a que se organicen en Mancomunidades, Consorcios o entidades semejantes según la legislación (local y en su desarrollo autonómica) por la que se rijan (art. 81.1 LAg.) (50) habiendo el RDPH adicionado la necesidad de aprobación por el Organismo de cuenca de las ordenanzas que elabore la Mancomunidad para la prestación del servicio lo que parece contradictorio con la legislación básica local (51).

3.– El abastecimiento a poblaciones como servicio público

Pasamos ahora al segundo bloque ordinamental que tenemos que estudiar y que desde nuestro punto de vista, dado el objeto del trabajo, aparece como el más importante: el relativo a la consideración como servicio público del abastecimiento de poblaciones. Veremos cómo este bloque está constituído fundamentalmente por la legislación de régimen local (LBRL como cabecera del ordenamiento) con la adición de algunas normas autonómicas. Los principales problemas jurídicos que allí se plantean son los referidos a la misma determinación de las competencias de locales y autonómicas, a la elección de las formas organizativas de prestación del servicio y, finalmente, al abastecimiento de la tarifa, tema anexo al de la repercusión de los costes al usuario del servicio. Vayamos por partes.

A) El abastecimiento a poblaciones como servicio público en la normativa local. La incidencia de alguna normativa de Comunidades Autónomas en la delimitación de las competencias municipales y autonómicas

El art. 25.2 l) LBRL dispone que el Municipio ejercerá competencias en los términos de la legislación del Estado y de las CCAA en materia de: «suministro de agua...». Este suministro de agua es, además, un servicio que debe prestarse indefectiblemente en cada Municipio [art.

(50) Si bien la tramitación de la solicitud puede ser realizada por los representantes de las corporaciones que, en su día, se organizarán en Mancomunidades, Consorcios etc.. Vid. el art. 123.2 RDPH.

(51) Vid. el art. 229.3 RDPH. Ello choca claramente con la capacidad de aprobar las ordenanzas definitivamente por los entes locales (ex. art. 49 LBRL). No obstante hubiera sido, creo, adecuado a las premisas de la legislación básica y, también, conveniente desde los prismas prácticos de la prestación del servicio la previsión de la emisión de un informe por parte del organismo de cuenca en el procedimiento de aprobación de las Ordenanzas. Sobre el tema vid. F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, ed. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1995, pág. 179.

26.1.a) LBRL] siendo declarado, por último, como servicio de carácter esencial reservado a las entidades locales en el art. 86.3 LBRL.

Como muy bien ha indicado FANLO LORAS, el art. 25.2.l) no es, en realidad, una norma atributiva de competencias sino «una norma... dirigida al legislador sectorial» (52) competente en cada materia según los criterios de reparto constitucionales y estatutarios. Es, por ello, el legislador competente quien en el marco de la legislación básica estatal debe actuar y fijar, realmente, cuáles son las competencias municipales con el respeto siempre al principio de autonomía traducido en el art. 2 LBRL en el derecho a la participación en los asuntos que afecten a los intereses del Municipio (53).

El legislador competente sobre la materia puede ser tanto el estatal como el autonómico dependiendo de los títulos competenciales que se actúen. El legislador estatal puede intervenir usando de los títulos constitucionales ya contemplados y relativos a la titularidad del dominio público y de la ordenación de usos y de obras hidráulicas de interés general vinculadas a la realización efectiva de esos usos (art. 149.1.22 CE). La norma que hoy refleja esa competencia es la LAg (54). Pero, igualmente, el legislador estatal puede intervenir como reflejo de otros títulos competenciales como pueden ser los atinentes al aspecto sanitario de las aguas, materia en que el Estado le corresponde la fijación de la normativa básica tal y como expresa el art. 149.1.16 CE. («bases y coordinación general de la sanidad») lo que ha dado lugar, por ejemplo, a la promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, o la competencia para fijar las bases en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 CE).

Las CCAA, por su parte, pueden intervenir a partir de la capacidad de legislar en el ámbito de las obras públicas de su interés (art. 148.1.4 CE) o de los proyectos, construcción y aprovechamientos hidráulicos de

(52) Cfr. FANLO LORAS «Obras hidráulicas...», op. cit., pág. 146. Vid. también con referencia a la LBRL el trabajo de J.F. MESTRE DELGADO, «El servicio público de distribución de agua», en las págs. 1479 y ss. del vol. II del *Tratado de Derecho municipal* (ed. de S. MUÑOZ MACHADO), ed. Civitas, Madrid, 1988.

(53) En la doctrina y además de la citada hasta ahora vid. J. TORNOS MAS, «Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos (especial referencia al suministro de agua, gas y electricidad)», en *Municipios y redes de servicios públicos*, Gerona, 1990, págs. 243 y ss. y P. MENÉNDEZ, «Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades locales (especial referencia a abastecimiento de agua y suministro de gas)», REDA 89, 1996, págs. 49 y ss.

(54) En donde, como se recordará, hay muy escasas referencias a los Municipios que solo aparecen cuando se trata de hablar del concesionario en los abastecimientos a varias poblaciones para disponer que se organicen en Mancomunidades, Consorcios u otras entidades (art. 81.2).

su interés (ex. art. 148.1.10 CE) y, por supuesto, en desarrollo de la legislación básica estatal, sea ésta de aguas, de régimen local, de sanidad o medioambiental. Igualmente no hay que olvidar que los distintos RRDD de transferencia de funciones y servicios en materia de obras hidráulicas se han referido a la capacidad de auxiliar a las entidades locales para la realización de obras hidráulicas (55).

Tenemos, entonces, un marco jurídico básico constituído por los preceptos de la LBRL transcritos (y en el resto de la legislación estatal especificada), y un marco jurídico de desarrollo posible que estará constituído en cada caso por la normativa que la Comunidad Autónoma haya podido promulgar con esta finalidad. Como se advirtió anteriormente, no todas las CCAA han promulgado normas con rango legal en este tema sino que la mayor parte de ellas se limitan a producir reglamentos reguladores de los auxilios económicos a las Corporaciones locales. Lo que puede interesarnos es, pues, el conocimiento de la normativa de las CCAA (Madrid, Cataluña, Asturias), que han intentado una labor de innovación normativa sobre la cuestión.

Pues bien, en todos los casos la actividad normativa de estas CCAA se dirige a posibilitar la intervención de la Comunidad Autónoma en un ámbito que podría pensarse a partir de las meras menciones de la LBRL que quedaba reservado a la competencia de las entidades locales. A esos efectos el «interés» de la Comunidad Autónoma y la «supramunicipalidad» evidente de muchas actuaciones necesarias para el abastecimiento de poblaciones, son los conceptos que posibilitan la entrada de la competencia de las CCAA restringiendo la intervención de los Municipios normalmente a la distribución del agua potable a los domicilios.

La Comunidad Autónoma de Madrid, así, asume el servicio de aducción (56) que comprende las labores de captación y alumbramiento, embalse, conducciones por arterias o tuberías primarias, tratamiento y depósito (art. 1.2). Por su parte a los Municipios les corresponde el servicio de distribución (art. 2). Respecto a cada uno de ellos la Ley se preocupa de atribuir las funciones concretas que siguen a la competen-

(55) Cfr., por todos, el RD 2646/1985, de 27 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de obras hidráulicas, en el Anexo I B) b).

(56) Porque es de su interés, dice el art. 2.° de su Ley. Para evitar duplicaciones innecesarias me remito a las fechas de las leyes especificadas *supra* en todos los casos.

cia (57) y de establecer las correspondientes relaciones de control o cooperación, en su caso, entre ambas (58).

La Ley asturiana de 1994 muy inspirada en la madrileña sigue sus directrices básicas en cuanto a la atribución de la aducción a la Comunidad autónoma y la distribución a los Concejos (art. 3). En todo caso la Comunidad planifica y dirige la actuación local (59).

Un poco más compleja es la Ley catalana de 1990 en cuanto la distribución tan simple de competencias entre Comunidad y Ayuntamientos antes nombrada se complica por la reserva de intervención a entes supranacionales como las comarcas o la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos. La intervención de la Comunidad Autónoma se centra, sobre todo, en la llamada red básica de abastecimiento (60) mientras que sobre las redes secundarias (61) intervienen los entes supranacionales indicados (62) siendo las redes domiciliarias municipales de competencia de los Ayuntamientos (63).

B) La gestión del servicio a nivel municipal. Distintas organizaciones para la gestión del servicio en el nivel supranacional

El servicio de abastecimiento a poblaciones se cumplirá a nivel municipal (con el contenido que en cada caso pueda darle la legislación

(57) Así sobre el servicio de aducción, la Comunidad lo regula, lo planifica, ejecuta las obras y lo financia (art. 2). Los Ayuntamientos respecto a la distribución planifican, construyen y aprueban tarifas o tasas (art. 3). La planificación y la aprobación de tarifas están de una o de otra forma sometidas a control autonómico mientras que el Municipio goza de mayor autonomía a la hora de ejecutar las obras.

(58) Sobre la Ley en su conjunto vid. últimamente FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención...*, op. cit., pág. 177 y ss. y el comentario casi contemporáneo de MORELL OCAÑA, op. cit.

(59) Comentario sobre la Ley en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención...*, pág. 191 y ss.

(60) Está constituída según el art. 2.2 de la Ley por las obras de captación, plantas de tratamiento de agua para potabilización, conducciones y depósitos y las estaciones de bombeo que sean susceptibles de aportar agua a más de una red secundaria.

(61) Según el art. 2.3 las redes secundarias están constituídas por las instalaciones que, partiendo de la red básica de abastecimiento, puedan efectuar el suministro conjunto de un ámbito territorial formado por diferentes municipios. El anexo 3 de la Ley define seis redes secundarias.

(62) Su competencia se establece en el art. 3.3 de la Ley. Los municipios que pertenecen al ámbito de la Entidad Metropolitana son los especificados en el art. 3.1.c) de la Ley 7/1987, de 4 de abril por la que se establecen y regulan actuaciones públicas especiales en la conurbación de Barcelona y en las comarcas comprendidas dentro de su zona de influencia directa.

(63) El art. 3.1 indica que el abastecimiento domiciliario de agua potable es un servicio mínimo de competencia municipal.

competente) mediante las distintas formas de gestión directa o indirecta que regula el art. 85 LBRL (64) y que no es cuestión de estudiar aquí detenidamente dado el objetivo del trabajo. Baste con indicar que el servicio de abastecimiento de agua no presenta ninguna excepción en cuanto a la posibilidad de gestión directa (por la propia entidad local, mediante organismo autónomo o sociedad mercantil con capital íntegro local) o indirecta (65) (mediante concesión, gestión interesada, concierto sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca sólo parcialmente la entidad local) (66).

Lo que conviene en este lugar es notar que cada vez es mayor la presencia de organizaciones supranacionales para propiciar la prestación del servicio como prueba de la complejidad progresivamente mayor del abastecimiento a poblaciones y de la continua aparición de elementos de supramunicipalidad en la misma. En tal sentido es muy usual la utilización por los municipios de la figura de las Mancomunidades municipales y también la del consorcio (67). Las dos, por cierto, las hemos

(64) Y en su desarrollo los arts. 88 y ss. del TRRL estando todavía vigente el Decreto de 17 de junio de 1955 que aprobó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. (Las CCAA que han ejercitado su competencia normativa en materia de régimen local tienen normativa singular por la que habría que citar sus propias referencias. En particular señalo aquí la existencia del Decreto 179/1995, de 13 de junio, de la *Generalidad de Cataluña* por el que se aprueba el Reglamento de Obras, actividades y servicios de las entidades locales).

(65) Señalo como problema jurídico a resolver, que el art. 85 LBRL refiere entre las formas indirectas de prestación del servicio al arrendamiento y las cooperativas legalmente constituídas y que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, en su art. 157 relativo a las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos solo se refiere a la concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta. El art. citado es básico por su no inclusión en la disposición final primera de la Ley, por lo que habría que pensar en que el arrendamiento y el cooperativismo ha desaparecido como forma de prestación indirecta de los servicios públicos locales.

(66) En general sobre esta cuestión remito a F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 2.ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1995 texto anterior en el tiempo, es conveniente indicarlo, a la aparición de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas.

(67) Sobre esta figura cada vez más utilizada parece conveniente nombrar aquí una organización primeriza, y modélica en su funcionamiento, como es el Consorcio de abastecimiento y saneamiento de la comarca de Bilbao y al mismo tiempo notar lo curioso de encontrarla en el ordenamiento jurídico de transferencias de recursos hidráulicos como previsión para organizar la prestación del servicio de abastecimiento a municipios e industrias. Vid, así, el consorcio de aguas para Tarragona anunciado implícitamente ya en la Ley 18/1981, de 1 de julio, sobre actuaciones en Tarragona en materia de aguas, y posteriormente organizado. (Sobre el mismo vid. el solitario trabajo de A. CARCELLER FERNÁNDEZ, «El consorcio de aguas de Tarragona» en el vol. II, págs. 1079 y ss. de *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, ed. Civitas, Madrid, 1994). Igualmente el «Consorcio de aguas de la Bahía de Palma», creado (el

contemplado ya dentro de la LAg. (art. 81) como condición organizativa que esta legislación ponía para la concesión de aguas a varias localidades. Obviamente la legislación que va a presidir la organización de las Mancomunidades y consorcios es la local (68), pudiendo encontrar unas precisiones básicas en la legislación estatal (LBRL y TRRL (69)) y normas de desarrollo en la autonómica (70).

C) La Reglamentación del servicio. El estatuto del usuario. Derechos y deberes.

Estudiada la situación jurídica del concedente y del concesionario desde la perspectiva de la legislación de aguas, y también desde la óptica de la prestación local del servicio, es llegado el momento de contemplar la posición jurídica del usuario del servicio, el ciudadano o vecino de las distintas entidades locales.

Sobre esta cuestión hay que hacer mención, en principio, a la ordenación de las fuentes jurídicas a considerar: es obvio que la legislación local básica (LBRL y TRRL) es la primera fuente a tener en cuenta y en conexión con ella deberemos adicionar las viejas normas sobre prestación de servicios locales todavía vigentes en el plano estatal (RSCL) y no sustituídas por normativa reglamentaria de desarrollo adecuada a la LBRL; a continuación operará, si existe, la legislación autonómica correspondiente en relación a la distribución competencial sobre los dis-

acuerdo de 7 de septiembre de 1994 del Gobierno Balear aprueba la redacción definitiva de sus Estatutos) a partir del Consorcio de aguas de Calviá y como consecuencia última del RDLey 9/1994, de 5 de agosto, por el que se adopta medidas urgentes para el abastecimiento a la Bahía de Palma.

(68) El consorcio no es una entidad local sino una forma de prestación de servicios públicos. La mancomunidad sí que es una entidad local ex. art. 3 LBRL.

(69) Para las mancomunidades consúltese el art. 44 LBRL, los arts. 35 y 36 del TRRL y el art. 140 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades locales aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre. Para los consorcios vid. el art. 87 LBRL, 110 del TRRL y art. 7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

(70) Las citas podrían ser muy variadas pudiendo encontrarse disposiciones relativas a la realidad que tratamos tanto dentro de leyes generales de régimen local como en disposiciones específicas para ello. Por su carácter ciertamente pionero cito la Ley aragonesa 6/1987, de 15 de abril, sobre Mancomunidades de Municipios y en la doctrina J. D'ANJOU GONZÁLEZ *El asociacionismo de las entidades locales municipales: las mancomunidades*, ed. Comunidad de Madrid, Madrid, 1993, T. QUINTANA LÓPEZ, *Las mancomunidades en nuestro Derecho Local*, ed. MAP, Madrid, 1990 y R. SALANOVA ALCALDE, *Mancomunidades de municipios y autonomía municipal*, ed. Gobierno de Aragón, 2.ª ed., Zaragoza, 1993.

tintos servicios y, por último, las normas reglamentarias relativas a la prestación de cada servicio aprobadas en los distintos Municipios (71). Con ese esquema inicial podemos notar la situación jurídica del usuario en relación a tres aspectos fundamentales: el establecimiento del servicio, su prestación y su posible suspensión.

a) El establecimiento del servicio y la prestación efectiva del mismo

En cuanto al establecimiento del servicio debemos recordar aquí el art. 18.1.g) LBRL que otorga a los vecinos el derecho a «exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio». Como es obvio que el abastecimiento constituye un servicio obligatorio (ex. art. 26.1.a) LBRL), el derecho regulado en el art. 18.1.g) puede desplegarse en toda su extensión posible pudiéndose acudir incluso a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para postular no solo el establecimiento del servicio —si no existiera—, y la recepción en particular del mismo, sino también una prestación «efectiva», con unas condiciones de calidad adecuadas (continuidad, presión (72) etc...). A ese derecho acompaña, lógicamente, el deber del usuario de pagar las cantidades correspondientes que legítimamente y mediante el procedimiento administrativo adecuado se impongan por la prestación del servicio (73).

Los Municipios, por su parte, pueden ser auxiliados por las Diputaciones Provinciales para la prestación de estos servicios (art. 36 en relación con el art. 26.3 LBRL) (74) sin que me parezca coherente que puedan ser dispensados por la Comunidad Autónoma de la prestación de un servicio del carácter tan elemental y básico como el que estamos tratando y pese a que la norma estatal básica prevea en general tal posibilidad de dispensa (75). No sería esta dispensa, creo, coherente con la línea de preeminencia en el completo ordenamiento jurídico que, vengo notando repetidamente en el trabajo, tiene este servicio público (76).

(71) Este es el esquema de fuentes que contenía en relación a los servicios locales el art. 5 LBRL declarado inconstitucional por la STC 214/1989, al ser una norma interpretativa del sistema de fuentes y suplantar, así, el papel del bloque de la constitucionalidad y, en última instancia, del propio TC según razonaba la Sentencia.

(72) Me remito sobre ello a lo que con más precisión indico al tratar de la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público.

(73) Sobre las tarifas de los servicios vid. el art. 107 TRRL. En general sobre esta cuestión remito al más completo estudio que se realiza en otro apartado de este trabajo.

(74) Este auxilio suele instrumentarse a través de la figura de los Planes Provinciales de Obras y servicios. Sobre la cuestión vid. A. NIETO, «Cooperación y asistencia», en las págs. 147 y ss. de *La Provincia en el sistema constitucional*, (ed. de R. GÓMEZ-FERRER), ed. Civitas, Madrid, 1991.

b) La prestación del servicio con las características de continuidad y regularidad

En cuanto a la prestación, ésta debe realizarse con los caracteres de continuidad y regularidad ínsitos a la misma consideración de los servicios públicos (77). Lo que se entienda en cada caso por continuidad y regularidad está muy vinculado a prescripciones de contenido técnico que pueden aparecer en las normas particulares que cada Municipio apruebe para la prestación del servicio. Desde luego es significativo notar aquí que la norma «histórica» que declaró servicio público el abastecimiento de agua (junto al gas y a la electricidad), el RDLey de 12 de abril de 1924, contenía una serie de precisas indicaciones sobre la forma de prestación del servicio (presión adecuada, singularmente) y las consecuencias que sobre la reducción de tarifas que debían percibir las empresas en compensación por su trabajo, tendría la deficiente prestación del mismo (78).

Desde la perspectiva del usuario, éste deberá recibir la prestación del servicio en condiciones de igualdad con otros usuarios. En cuanto a sus obligaciones, debe permitir la verificación del gasto que figure en su contador, mediante la cual se fijará finalmente la tarifa que debe abonar. Ahora bien, como normalmente el contador se encuentra en el interior del domicilio del usuario, la entidad suministradora (Ayuntamiento o empresa concesionaria) no tiene el derecho de entrar en su domicilio sin autorización del mismo usuario o, en todo caso, del Juez (ex. art. 18 CE). Esto puede plantear unos problemas técnicos evidentes que pueden solventarse con la reglamentación de la obligación de colo-

(75) Cfr. el art. 26.2 LBRL.

(76) En realidad lo que procedería si un Municipio no pudiera prestar el servicio de suministro de agua por sí mismo es o bien su integración en un ente superior (Mancomunidad, por ejemplo) o bien la pura y simple supresión del mismo por no poder merecer, en realidad, el carácter de tal.

(77) Para A. MARTÍNEZ MARÍN, *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 43, estas notas son las verdaderamente definitorias del régimen jurídico del servicio público.

(78) En el marco de este texto recuerdo, además, el derecho de todo abonado a que se comprobara en un lapso de tiempo cortísimo (24 horas) la presión y gasto en su instalación (art. 14 del RDLey citado). Sobre la reducción de tarifas en los supuestos indicados en el texto, vid. los arts. 16 y ss. del mismo texto.

car los contadores en el exterior de las viviendas o con el funcionamiento de presunciones de gasto por períodos temporales concretos (79), si bien esta última no es una solución que definitivamente acabe con los problemas indicados.

c) La problemática de la suspensión de la prestación del servicio por impago por el usuario de sus obligaciones contributivas

Por fin, un problema jurídico muy debatido ha sido el de la legitimidad de la posible suspensión de la prestación del servicio por impago de las cantidades que el usuario tiene obligación de abonar como contraprestación por la recepción del mismo. La discusión se ha desarrollado sobre todo por la falta de una normativa específica, en muchas ocasiones, en relación a dicha consecuencia. Desde luego esa normativa no existe en la legislación básica estatal ni tampoco, muchas veces, se encuentra en las prescripciones específicas de cada Municipio. Ante esa situación durante mucho tiempo la normativa y la jurisprudencia estuvieron conformes en la aplicación al servicio de abastecimiento de agua de las prescripciones establecidas en relación al servicio de abastecimiento de electricidad. Se aplicó, así, el Reglamento de verificaciones eléctricas de 5 de diciembre de 1933 y luego el aprobado por Decreto de 12 de marzo de 1954 cuyo art. 84 preveía su aplicación al servicio de abastecimiento de agua (80).

Como decía, la jurisprudencia consideró adecuada esta aplicación analógica (81) pero esta línea jurisprudencial cambió cuando se constató una modificación del Decreto de 1954 (por RD 1725/1984, de 18 de julio), que no preveía la aplicación de tal texto al servicio de abastecimiento de agua. Diversas sentencias del TS han negado, pues, que pueda procederse a esta aplicación analógica reclamando, al contrario, que exista una norma reglamentaria propia de este servicio (82).

No cabe duda de que esta jurisprudencia parece mucho más coherente con la importancia que tiene el servicio y su reacción contra la

(79) J. PAGES *Fiscalidad de las aguas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, propone que el Ayuntamiento obligue a las nuevas construcciones a tener contadores externos previendo medidas penalizadoras cuando no sea posible la lectura por oposición del usuario (pág. 168).

(80) En esta línea pueden citarse las OO de 15-3-1932, 12-2-1935, 27-6-1935 confirmadas por las de 28-2-1955, 15-3-1963 y 21-3-1964 haciendo referencia estas tres últimas al Decreto de 1954.

(81) Vid., así, la STS de 10-5-1978, Arz. 2002, pte. Pablo García Manzano.

(82) Cfr., así, las SS de 15-10-1988, Arz-. 10.236 Pte. D. Angel Llorente Calama y de 9-3-1989, Arz. 2209, que reproduce el razonamiento de la anterior.

burda aplicación analógica anterior es claramente compartible. Es de postular, así, la existencia de normas donde específicamente se contengan las consecuencias a deducir del impago de la tarifa correspondiente (83), normas que podrán ser aprobadas por el Ayuntamiento o, incluso, por la Comunidad Autónoma a partir de sus competencias sobre obras hidráulicas o de desarrollo de la legislación básica estatal en materia de régimen local (84).

Por último, debe hacerse constar que la posibilidad de suspensión en la utilización del dominio público hidráulico por impago de exacciones que contiene el art. 107 LAg. se refiere, obviamente, a las exacciones reguladas por la propia LAg. (canon de regulación, tarifas de agua, canon de vertidos, canon de ocupación del dominio público hidráulico) y no a las establecidas por los Ayuntamientos en relación al servicio de suministro domiciliario, por lo que cualquier aplicación analógica que se intentara del art. 107 LAg. al supuesto que nos ocupa, estaría fuera de todo lugar.

D) La privatización del servicio. Características del régimen concesional

Lo primero que debo indicar es el sentido exacto que a los efectos de este apartado del trabajo doy a la palabra «privatización». Es obvio que la encomienda del municipio a una empresa de su entera propiedad o en la que mantiene el control mayoritario de la prestación del servicio, es una privatización en cuanto que dicha empresa funcionará con arreglo al derecho mercantil y laboral y, en tal sentido, se habrá privatizado el régimen jurídico de la prestación del servicio de donde habrán desaparecido, excepto en el momento constituyente de la decisión, las

(83) Que no tienen por qué ser necesariamente las de la suspensión en la prestación del servicio. Es posible que el reglamentador considere suficiente por muy distintos motivos, prever la puesta en marcha de mecanismos de orden distinto, como la potestad de apremio.

(84) En este plano puede citarse el Decreto andaluz 120/1991, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de suministro domiciliario de agua cuya relación con las normas locales reglamentadoras del servicio es explicada así por su disp. adicional: «Los Reglamentos de Prestación del Servicio que tengan en la actualidad aprobadas las distintas Entidades suministradoras, continuarán en vigor en todo aquello que no se oponga a la presente norma reglamentaria de la que constituirán normativa supletoria».

normas de derecho público (85). Pero no es a esta situación a la que me quiero ahora referir sino a la más simple —y habitual ahora— de gestión indirecta del servicio por medio de un concesionario que es un sujeto «privado» y que gestiona su empresa con arreglo, también, al derecho privado. En torno a dicha forma de gestión voy a estudiar una serie de problemas que me parecen de interés en este momento sin pretender plasmar en este lugar una suerte de esquema o teoría general de la concesión de servicios públicos aplicada al servicio público de abastecimiento del agua (86).

a) El régimen jurídico de la prestación del servicio

Las normas que rigen hoy la concesión de servicios públicos tienen a la cabeza a la LCAP (arts. 155 y ss.) cuya aparición significa también la derogación de las posibles disposiciones contrarias que se contuvieran en la normativa de régimen local (87). En función de esa aplicación prevalente de la norma mencionada tiene lugar la aplicación de reglas de derecho público a la contratación que los concesionarios realicen en esta esfera como demuestra la consulta a la disposición transitoria 6.ª de la LCAP (88), con lo que en el ámbito que tratamos la dicotomía derecho público-derecho privado tiene muchas menos contraposiciones que en otros (89).

(85) Sobre la ambivalencia de la palabra «privatización» así como, en general, con reflexiones muy atinadas sobre este fenómeno vid. L. MARTÍN REBOLLO, «La Administración de garantías: vigencia y limitaciones», Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 13, 1992, pág. 31. Intentar, por otra parte, una síntesis bibliográfica del estado actual del debate sobre la privatización de servicios y de sus principales argumentos, sería tarea vana por lo que renuncio siquiera a intentarla.

(86) Y teniendo en cuenta, por ejemplo, que la posición jurídica del usuario del servicio —ya estudiada en este trabajo— es la misma se preste ésta de forma directa o indirecta.

(87) Pues la LCAP es aplicable, como legislación básica que es en casi todo su contenido, a todas las Administraciones Públicas. Sobre el problema últimamente vid. J. SUAY RINCÓN, «La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su proyección en el ámbito de la Administración Local», en Anuario del Gobierno Local, 1996, pág. 35 y ss.

(88) Esta disposición —fiel trasunto del derecho comunitario correspondiente— regula la entrada en vigor el 1 de enero de 1996 (fecha ya transcurrida cuando se redacta este estudio) y el 1 de enero de 1997 de obligaciones de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas para diversos contratos que realicen quienes actúen en el sector del agua, entre otros.

(89) Naturalmente que esta aplicación de reglas de derecho público tendría lugar igualmente si el servicio se prestara por una empresa de propiedad municipal puesto que lo que cuenta es la actividad en el sector del agua tal y como indica la disposición de la LCAP citada.

La regla contractual que acabo de mencionar es una característica propia del abastecimiento de agua en relación a otros servicios, pero lo normal es que no se den excepciones tan notables como la que indico sino que se sigan las pautas generales de la concesión de servicios públicos.

Así, no existe ningún tipo de regla restrictiva de la posible aplicación de la gestión indirecta mediante concesionario a la prestación del servicio de abastecimiento de aguas (90) pues ninguna norma reserva en exclusiva al Ayuntamiento la prestación de este servicio. Hoy existe una tendencia de los Ayuntamientos a prestar el servicio en gestión indirecta mediante concesión (91), pero no nos encontramos en modo alguno ante una novedad de los tiempos contemporáneos sino que hay ejemplos de notable antigüedad en esta materia (92).

En ocasiones se adjudica por la entidad local el servicio, pero en otras la adjudicación puede ser más compleja pues puede darse el caso de concesión de obra pública que en los términos de los arts. 130 y ss. LCAP lleva anejo el derecho a explotar la obra construída percibiendo un precio (93).

La jurisprudencia —a la que voy siguiendo para particularizar en el servicio de aguas algunas cuestiones generales del régimen jurídico de los servicios públicos— nos ha permitido últimamente observar también el supuesto nada frecuente de una comunidad de bienes concesionario del servicio de abastecimiento de aguas en una ciudad cuyo Ayuntamiento, y es el tema debatido en la sentencia, está intentando el rescate del servicio (STS de 20-3-1996, Arz. 2214).

b) Concesión del servicio y concesión demanial: sus relaciones

Ya he anticipado *supra* que el abastecimiento de poblaciones como servicio debe ir siempre anticipado por el otorgamiento de una concesión de aguas, demanial, al Municipio, Mancomunidad o Consorcio res-

(90) Por eso se habla, a veces, en la jurisprudencia de servicio público en sentido impropio. Servicio público porque siempre existe un interés de la colectividad, pero impropio porque lo cumple un particular. Cfr. STS de 22-9-1994, Arz. 7137.

(91) Los periódicos se han referido últimamente a la «privatización» (en el sentido mencionado) del abastecimiento de agua en Oviedo o Toledo, por ejemplo.

(92) Cfr., por no salir de la jurisprudencia, la STS de 20-3-1996, Arz. 2214 que presenta el caso de una concesión otorgada por un Municipio en 1914.

(93) Sobre el particular vid. la STS 14-2-1995, Arz. 9350, sobre el viejo art. 67 de la Ley de Contratos del Estado. La Sentencia califica el contrato producido como mixto, no como una suma de dos contratos.

ponsable de la prestación. Cuando estos entes deciden, a su vez, realizar el servicio mediante gestión indirecta con concesionario, dos concesiones sucesivas, la demanial y la de servicio, están conviviendo.

Pues bien, sobre esta situación hay algunas reglas en la legislación del agua que deben ser traídas a este lugar. Por ejemplo, que el concesionario del servicio no puede ser titular del derecho a obtener una nueva concesión demanial al término de la existente que se excluya, incluso, del trámite de proyectos en competencia (94). El derecho del art. 51.3 LAg. lo posee solamente el ente concesionario (Municipio, Mancomunidad...), con independencia de la forma de prestación del servicio que éste libremente haya elegido. El art. 125.3 RDPH indica también que en los supuestos de prestación del servicio de forma indirecta mediante concesión, el plazo por el que se otorgue la concesión demanial no podrá ser superior al de la concesión de gestión del servicio (95).

c) La responsabilidad patrimonial del concesionario

La responsabilidad patrimonial del concesionario de los servicios públicos se rige por lo previsto en los arts. 121.2 y 123 LEF. En los términos del primero:

> «En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste».

La articulación de este principio inicial de responsabilidad a cargo del concesionario y solo subsidiariamente de la Administración en el caso indicado, corre a cargo del art. 123 LEF que dispone la presentación de una reclamación dirigida a la Administración que otorgó la concesión la que resuelve tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla. Frente a esta respuesta administrativa cabe recurso contencioso-administrativo que pueden formular tanto el particular como el concesionario (96).

(94) La singularidad la dispone el art. 125.4 RDPH disponiendo para esta gestión indirecta la excepción de lo previsto de forma general en el art. 51.3 LAg.

(95) Esta última regla está presuponiendo, lógicamente, que el otorgamiento de la concesión demanial opera sobre una previa situación de gestión indirecta ya decidida y otorgada, por lo que veo difícil que la regla pueda ser aplicable excepto en los supuestos de otorgamiento de una nueva concesión por transcurso del plazo de la primera (ex. art. 51 3 LAg.). Lo normal en nuevas concesiones demaniales es que primero se otorgue ésta y luego se decida la forma de prestación del servicio.

Pues bien, este ordenamiento bien claro en sus fundamentos tuvo la conocida excepción en su aplicación de la STS 9-5-1989, Arz. 4487, Pte. Francisco González Navarro, que en un caso de daños causados por la rotura de una conducción de agua en un servicio que se prestaba de forma indirecta mediante concesionario, estableció la obligación del Ayuntamiento de responder siempre directamente frente al particular dañado con independencia de que el ente local pueda repercutir luego lo pagado sobre el concesionario. Tal Sentencia, al margen del evidente «beneficio» que aportó al dañado, choca frontalmente con el régimen jurídico existente y como tal caso aislado debe tratarse (97).

Sin pretender entrar aquí en cuestiones de régimen jurídico general de la concesión de servicios públicos, sí que creo oportuno reseñar, por la novedad de la norma, que el art. 98 LCAP —que contiene reglas sobre indemnización de daños y perjuicios en los contratos claramente aplicables al contrato de gestión de servicios públicos en función de lo indicado en el art. 156.5 también de la LCAP—, simplifica notablemente el tipo de respuesta que debe dar el órgano de contratación a una petición de responsabilidad como consecuencia de daños que se hayan producido en un servicio concedido. Según el nuevo precepto el órgano de contratación solo se pronunciará sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. Esto contrasta «cuantitativamente», aunque no en relación al fondo de la cuestión, con lo que indica el art. 123 LEF (que se refiere a la procedencia de la indemnización y a quien debe pagarla (98)) y más todavía con el art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado (procedencia, *cuantía* y parte responsable) que debe considerarse en cuanto a la mención a la cuantía derogado por aplicación de la disposición derogatoria única LCAP.

Alguna novedad aporta, igualmente, el art. 98 LCAP como la referencia a que el ejercicio de la petición de responsabilidad en el plazo de un año siguiente a la producción del hecho dañoso «interrumpe el

(96) Los preceptos del REF que desarrollaban estos artículos —133 a 138— fueron derogados por el RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia patrimonial, preceptos a su vez orientados al desarrollo de los arts. 139-143 de la LRJAP.

(97) Vid. una crítica de esta sentencia en R. BOCANEGRA SIERRA, «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros», Documentación administrativa, 237-238, 1994, pág. 239 y ss.

(98) Digo que no contrasta en el fondo puesto que aunque el art. 98 LCAP solo habla de a qué parte corresponde la responsabilidad, eso presupone la respuesta a la «procedencia» de la misma, sin la cuál no tiene sentido pronunciarse sobre el sujeto responsable.

plazo de prescripción de la acción civil», mientras que en el «viejo» art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado simplemente se disponía que formulada la petición en el mismo plazo del año, contra el acuerdo de la Administración cabía recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Recientemente F. PANTALEÓN (99), con fundamento en el art. 98 LCAP vuelve a su conocida tesis de la unidad jurisdiccional para la responsabilidad de la Administración pública centrada en la jurisdicción civil (100), afirmando que esta es la consecuencia que se deduce del citado artículo de la LCAP que habría derogado los arts. 121.2 y 123 LEF. La tesis de PANTALEÓN se fundamenta en algunas palabras especificas del art. 98.3 y 4 LCAP (101). Por ejemplo lo ya indicado en relación a que la presentación de la reclamación ante el órgano de contratación —para que éste se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños—, interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil (art. 98.3 LCAP) y porque se dispone que la reclamación de los terceros se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable en cada supuesto (art. 98.4 LCAP). Obviamente, además, la atribución de la problemática judicial de la responsabilidad de los concesionarios a la jurisdicción civil llevaría consigo, para PANTALEÓN, que estos concesionarios responderían conforme a las reglas del Código Civil (art. 1902).

La tesis de PANTALEÓN, aun sugestiva en su convincente y militante presentación, me parece incorrecta por las siguientes razones:

a) No es posible sacar las consecuencias que se pretenden de un precepto como el art. 98 LCAP que no ha sido formulado con la pretensión de innovar ni de derogar nada de lo previsto por la LRJAP ni por la LEF. Baste, inicialmente, con consultar la extensa disposición derogatoria única de la LCAP, donde expresamente se nombran las normas derogadas —de forma contraria a como suele proceder el legislador perezoso— para poder concluir en la no expresión de la voluntad derogatoria.

(99) Cfr. F. PANTALEÓN, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», REDA 91, 1996, pág. 403 y ss.

(100) Tesis que después de haber sido formulada en momentos de indefinición ordinamental sobre la cuestión (1985) tiene hoy que pelear con el fortísimo inconveniente de la unidad jurisdiccional centrada en la jurisdicción contencioso-administrativa que los arts. 142-144 LRJAP establecen.

(101) Al margen de que el autor que sigo cite determinadas sentencias del orden social y civil demostrativas de que la resistencia contra el principio de unidad jurisdiccional centrado en la jurisdicción contencioso-administrativa y que instaura la LRJAP cuenta con aliados muy importantes.

b) Pero esa derogación tampoco se produce implícitamente. La referencia a que las reclamaciones de los terceros se formularán conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable en cada supuesto no es el reconocimiento ineludible de la vía civil que, en su caso, hubiera de seguirse sino una confesión de la múltiple pluralidad procedimental hoy día existente derivada, entre otras cosas, del Estado compuesto en que estas actuaciones se desarrollan. Téngase en cuenta, así, que el art. 1.º del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial no pretende una validez universal para cualquier actuación sino que su propio apartado segundo indica que se aplicará tal Reglamento «sin perjuicio de las especialidades procedimentales que, con respeto a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a este Reglamento, establezcan las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias normativas en materia de responsabilidad patrimonial».

c) El punto más fuerte del razonamiento de PANTALEÓN se centra en la referencia a la interrupción del plazo de prescripción de la acción civil que él interpreta como, a su vez, la necesidad de concluir el procedimiento con la correspondiente demanda ante la jurisdicción civil como única competente para estos casos. Con independencia de la confusión que puede crear la referencia a una acción civil en el seno de la narración de un procedimiento administrativo (102), creo que lo único que puede deducirse de este precepto no es el señalamiento de la jurisdicción civil como la única competente para conocer del caso, sino la plasmación dentro de la LCAP del origen del plazo del año (presente también en la legislación anterior a la LCAP) en el Código Civil que así recoge la prescripción de la acción de indemnización por daños en su artículo 1968. Un plazo, además, que de siempre ha contrastado con los fugaces plazos administrativos de ejercicio de acciones (quince días, un mes etc...). No cabe duda, en todo caso, de que contra la respuesta de la Administración sobre la petición de indemnización cabrá recurso contencioso-administrativo pudiendo legítimamente la jurisdicción contencioso-administrativa resolver cuantas pretensiones se formulen sobre la correspondiente acción.

Indico todo lo anterior para, volviendo a los problemas específicos del servicio de abastecimiento de aguas, reafirmarme en la crítica a la

(102) Este hecho, así como no se siga hablando como en el viejo art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado, de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa le produce «perplejidad» a E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA en su contribución al libro dirigido por B. PENDAS GARCÍA, *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, la cita en la pág. 546

STS de 9-5-1989 y seguir postulando los criterios de imputación de responsabilidad que recoge el art. 121.2 LEF junto con la unificación de jurisdicción en la contencioso-administrativa que deriva de la LRJAP.

E) La tarifa del servicio. Problemática jurídica

Como anuncié con anterioridad, los problemas jurídicos y la conflictividad se plantean en muchas ocasiones en relación a la tarifa que los usuarios deben pagar por la prestación del servicio. Parece más que razonable que ésto sea así porque en la mayor parte de las ocasiones es la tarifa la cara visible de los distintos servicios públicos y en torno a la cual se pueden manifestar las críticas sobre la eficiencia del servicio o sobre lo, en opinión de los discrepantes o recurrentes, exagerado de la misma en relación al beneficio recibido. Vayamos viendo sucesivamente los principales problemas jurídicos que se pueden plantear, y sus soluciones, en torno a la tarifa (103).

a) Aguas públicas y precios públicos; aguas privadas y precios privados

La tarifa será en la mayor parte de las ocasiones un precio público, terminología que no uso en este momento con afanes de precisión jurídica estricta sino para diferenciar la situación de lo que en ocasiones puede suceder en la relación entre Ayuntamiento y suministrador del recurso. Es posible, así, que el suministrador proporcione a la entidad local aguas de propiedad privada (104), que no nos encontremos, por tanto, ante la situación concesional antes descrita. Eso quiere decir que el Ayuntamiento abonaría un precio privado al suministrador, lo cual no vincula ni predetermina la relación entre entidad local y usuarios (sea en gestión directa o indirecta (105)) en donde el precio establecido por el Ayuntamiento tendría, como indico, la naturaleza de público (106).

(103) Advierto que el problema del impago de la tarifa y sus consecuencias lo he tratado con ocasión del examen del estatuto del usuario y a ello me remito en este momento.

(104) Me remito a lo indicado *supra* acerca de la imposibilidad de adquirir propiedad privada sobre las aguas con posterioridad a la entrada en vigor de la LAg. pero a la posible permanencia de situaciones jurídico-privadas anteriores si así lo han querido sus titulares (disposiciones transitorias segunda y tercera de la LAg.).

(105) Sobre la retribución al concesionario en la gestión indirecta vid. el art. 129 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales y los comentarios de SOSA WAGNER, *La gestión...*, op. cit., pág. 112 y ss. Vid. reflexiones sobre el particular de J. PERDIGO I SOLA en «Organización administrativa del medio ambiente en los grandes municipios

b) El precio del agua en los abastecimientos urbanos resulta tener la naturaleza jurídica de una tasa

Una vez resaltada la posibilidad de existencia de relaciones contractuales privadas debemos pasar a lo que usualmente sucede y es que el sistema tarifario se establece en torno a una relación jurídico-pública que une al ente local (que será titular de una concesión otorgada por la Administración hidráulica competente) y a los usuarios y que supone el pago por éstos de una cantidad que ha recibido entre nosotros el nombre de tasa hasta que la aparición de una nueva normativa con la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales llevó a muchas corporaciones a utilizar la denominación —y el régimen jurídico— de precio público por creer que esa era la naturaleza que le correspondía (107) y también por las mayores facilidades de establecimiento y gestión que suponía la nueva categoría (108).

Durante un tiempo, además, la interpretación de la jurisprudencia acompañó a la actuación administrativa (109). En este sentido La STS 18-10-1994, Aa 614, decidió que la tarifa por abastecimiento de agua era un precio público. La razón fundamental para ello era que el abastecimiento no tenía carácter obligatorio para los usuarios (110). Veamos las palabras del Tribunal:

y áreas de conurbación», en *Derecho del Medio ambiente y Administración Local*, (dir. por J. ESTEVE PARDO), Madrid, 1996, págs. 381 y ss.

(106) A veces cuestiones como las que tratamos apuntan en la jurisprudencia. Así, en la STS 18-5-1995, Arz. 3861, se conoce del recurso de un abastecedor que aduce el carácter de propiedad privada del agua que él suministra, sin que estas razones sean atendidas por el Tribunal.

(107) El art. 41 de la LHL definía los precios públicos en el caso de la prestación de servicios por las notas de: a) que dichos servicios no fueran de solicitud o recepción obligatoria y b) que dichos servicios pudieran ser prestados por el sector privado. El art. 20 LHL definía a las tasas precisamente por darse las características contrarias.

(108) Y hasta por no encontrarse con el límite máximo del coste del servicio (art. 45.1 LHL). Se procedió así pese a que alguna doctrina pronto advirtió de los defectos que podían producirse en relación al principio de reserva de Ley, incumplido por los precios públicos (establecimiento o modificación por el pleno de las corporaciones locales que aún podía delegar en la Comisión de gobierno sin ningún tipo de criterio o guía legal que pudiera iluminar a estos órganos para sus decisiones). En todo caso la regulación de los precios públicos anticipada a finales de 1988 para la Administración local se extendió en 1989 para la Administración General del Estado mediante la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos (LTPP) y también muchas CCAA legislaron posteriormente en torno a esta figura.

(109) Existe también doctrina que afirmó la naturaleza de precio público por, sobre todo, la no obligatoriedad del suministro. Cfr. por todos J. PAGES, *Fiscalidad*...op. cit., pág. 139.

(110) Y, como hemos visto *supra*, la forma de definición de los precios públicos

«No existe norma alguna, como sucede con el servicio de alcantarillado, que imponga la solicitud del suministro municipal de agua potable o que impida al particular proveerse de ella por sí mismo si dispone de medios necesarios para ello, por lo que la contraprestación exigida por el suministro debe encuadrarse no en la categoría de las tasas, como ha hecho la sentencia de instancia, sino en la de los precios públicos, como sostiene la Corporación recurrente, y en consecuencia debemos estimar el presente motivo de casación (111)».

Sin embargo con posterioridad, la STC 185/1995, de 14 de diciembre, en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley estatal 8/1989 (112), ha dejado reducida a la mínima expresión la funcionalidad de la nueva categoría de los precios públicos y aunque, en realidad, no afecta formalmente a la Administración local puesto que el recurso se formula, como digo, contra una ley que se refiere solo a las tasas y precios de la Administración General del Estado, la doctrina fijada en ella se extenderá muy probablemente también en el futuro a la interpretación que se haga de la LHL (113). El principio de reserva de Ley, incumplido por el TC en la caracterización del precio público es el argumento constitucional decisivo (114) para proceder a la anulación de algunos preceptos de la LTPP. En particular, y en lo relativo a las tarifas por la prestación del servicio de abastecimiento de agua que, recordemos la Sentencia del TS citada anteriormente, parece que no se configuraba como un servicio de recepción obligatoria, el TC ha hecho una interpretación de la mención legal en el art. 24 de la LTPP que induce, sin duda, a configurar al servicio incluído dentro de la necesaria operatividad administrativa mediante tasa. Transcribo sin más comentarios que los convenientes resaltes tipográficos lo que indica respecto a esta situación el TC:

frente a las tasas ponía el acento, entre otras características, en esta falta de obligatoriedad.

(111) No obstante, la Sentencia no acaba siendo coherente pues ratifica la anulación de la tarifa producida en la Sentencia de instancia porque esta tarifa desembocaba en un superávit respecto al coste del servicio frente al principio de la autosuficiencia de las tasas (recogido, entre otros lugares, en el art. 24 de la Ley de Haciendas locales) que pone un límite máximo de recaudación. Si era un precio público es obvio que no se debían aplicar estas limitaciones.

(112) Vid. la referencia completa de esta Ley en nota *supra*.

(113) Sobre la cuestión, con referencias tanto a las exacciones sobre suministro domiciliario como a los cánones de saneamiento vid. J. PERDIGO I SOLA, «Fiscalidad y precio del agua en Cataluña. Incidencia de la STC 185/1995 en las tarifas del servicio de suministro domiciliario», en las págs. 237 y ss. de *Precios y mercados del agua*, (ed. de A. EMBID IRUJO), ed. Civitas, Madrid, 1996.

(114) El TC apela a los arts. 31.3 y 131 CE para discurrir sobre el principio de legalidad en el ámbito tributario.

«Con todo, debe precisarse que la libertad o la espontaneidad exigida en la realización del hecho imponible y en la decisión de obligarse debe ser real y efectiva. Esto significa que deberán considerarse coactivamente impuestas no sólo aquellas prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación es obligatoria, *sino también aquellas en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho con otras palabras, cuando la renuncia a estos bienes, servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social.* La dilucidación de cuándo concurren estas circunstancias deberá atender a las características de cada caso concreto sin que sea procedente añadir ahora mayores precisiones» (115).

c) El precio del agua como precio autorizado

La tarifa calificada como tasa según acabamos de ver no es de fijación libre por los Ayuntamientos sino que debe ser autorizada por los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma (116) sin que exista ninguna contradicción entre esta autorización y la naturaleza jurídica tributaria (117) y sin que, tampoco, esa intervención autonómica violente por principio la autonomía municipal proclamada en la Constitución. Esto continúa siendo así después de las recientes medidas de liberalización contenidas en el RDLey 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad

(115) En línea con la nueva situación que marca el TC ha aparecido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de mayo de 1996 que anula los precios públicos fijados para abastecimiento y saneamiento por el Ayuntamiento de Zaragoza por ser, en realidad, tasas y no precios públicos y proceder, entonces, el régimen jurídico de las tasas para su establecimiento.

(116) Vid. sobre el procedimiento de la autorización el art. 107 TRRL que instaura un sistema de silencio administrativo positivo (tres meses).

(117) Sobre este tema vid. la STS de 21 de enero de 1993, Arz. 393. La sentencia distingue en el caso que tratamos por un lado la naturaleza de precio y, por tanto, aprecia la plena compatibilidad de la misma con la normativa de precios que presupone la autorización autonómica de la misma y, por otro, la de tasa lo que lleva consigo un régimen jurídico tributario bien descrito en la legislación de haciendas locales. Antes de esta Sentencia, en la misma dirección y con amplias y útiles disquisiciones sobre el principio de autosuficiencia en las tarifas de los servicios locales, puede verse la STS 29-9-1986, Arz. 6097.

económica (118), que mantiene el agua (en su modalidad de abastecimiento a poblaciones y también el agua de regadío en las Islas Canarias) en la categoría de precio autorizado de ámbito autonómico (119), acompañándole solamente el Transporte Urbano de viajeros y las compañías ferroviarias de ámbito autonómico (120).

d) La tarifa del agua y el problema de la sujeción al IVA

Dos líneas solamente para notar cómo la tasa por suministro de agua está sujeta también al IVA según lo dispuesto en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor añadido.

El planteamiento inicial de la Ley parece ser el de la no sujeción puesto que el art. 7 señala entre las operaciones no sujetas al impuesto:

> «8.º las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos mediante contraprestación de naturaleza tributaria».

Y está bien claro como antes se ha dicho que nos encontramos ante una tasa, ante un tributo local por tanto. Sin embargo un poco más adelante el mismo precepto cambia el criterio para unas cuantas actuaciones materiales que, entonces, también estarían sujetas al IVA. Son éstas:

> «distribución de agua, gas, calor, frío, energía eléctrica y demás modalidades de energía».

Es obvio, por lo tanto, que la «distribución de agua» aun realizada por los entes públicos está sujeta al IVA porque es una excepción de lo que, a su vez, estaba constituído como excepción respecto a la sujeción al IVA (121).

(118) RDL de variado objeto pero que, entre el mismo, comprende la liberalización en materia de precios. A esos efectos se suprime la Junta Superior de Precios y los precios que quedan sometidos al principio de autorización sea a nivel nacional o autonómico son ciertamente escasos aunque, sin duda, significativos desde el punto de vista de su trascendencia general: electricidad, gas, productos postales y telegráficos básicos, tarifas telefónicas, transporte ferroviario, transporte regular de viajeros por carretera entre los nacionales. A los autonómicos se dedica la referencia del texto.

(119) El art. 16.5 indica que la aprobación de los precios autorizados de ámbito autonómico corresponde a las Comisiones Autonómicas y Provinciales de Precios. Habrá que pensar, más bien, que corresponde al órgano que la Comunidad Autónoma respectiva haya encomendado esta función.

(120) Sobre el procedimiento de aprobación de tarifas vid. J. PAGES, *Fiscalidad...*, op. cit., pág. 154 y ss. con abundante información jurisprudencial.

(121) Igual que el texto vid. J. PAGES, *Fiscalidad...*, pág. 166 y ss.

F) La cuantía del precio que paga el usuario. La problemática de la repercusión de los costes reales sobre el mismo. El significado del principio de autosuficiencia

Es lugar común en los debates que con tanta profusión se han centrado últimamente sobre el agua el hablar de los precios bajos del agua (122) como una de las causas del derroche, ineficiencia etc... que se produciría en la gestión de este recurso y que sería, para los que manejan este tipo de argumentos, una de las causas de la escasez del recurso que se vive en nuestro país.

La percepción de esos bajos precios, sin embargo, no debe ser la misma en todos los casos en los obligados a su pago puesto que en algunas ciudades las tarifas por abastecimiento y saneamiento (123) han dado lugar incluso a perturbaciones de orden público y situaciones de cierta desobediencia ciudadana que han llegado a las exposiciones de motivos de ciertas leyes modificadoras de la situación tarifaria existente (124).

En realidad y al margen de la anterior cita anecdótica el problema planteado sobre el precio del agua es ciertamente importante y trasciende de la situación específica de los abastecimientos urbanos comprendiendo cualquier tipo de situación de utilización del agua. Ello cobra un interés especial en los regadíos que son los que consumen un mayor

(122) El agua, en realidad, es un recurso gratuito en cuanto que lo que los distintos usuarios pagan a las administraciones públicas por su utilización no retribuye de forma alguna un supuesto precio del recurso en sí, sino que compensa, en todo o en parte, el esfuerzo inversor que las administraciones públicas hayan realizado para poner el agua a la disponibilidad de los usuarios. Sobre la cuestión vid. A. EMBID IRUJO, «Mito, paradoja y realidad en el ordenamiento jurídico de las aguas continentales», en Ciudad y Territorio, 105, 1995, págs. 589 y ss.

(123) Son muy variadas las tarifas que se pagan en nuestro país y oscilan desde las 204 ptas./metro cúbico de Las Palmas de Gran Canaria hasta cantidades mucho menores que se pagan en La Coruña (59) o Málaga (73). (Los datos en R. MARTÍN MATEO, «El precio del agua», en la revista «Temas para el debate», 8, 1995. En todo caso hay que llamar la atención sobre lo equívoco, en muchos supuestos, de los datos publicados pues no suele advertirse si se incluye solo el abastecimiento o, además, los gastos de saneamiento y depuración que también figuran en los recibos (cuando existe la depuración, obviamente).

(124) Estoy pensando en la situación que se ha planteado en algunos lugares de Cataluña y de la que tengo conocimiento exclusivo por las noticias de prensa. La Ley de la que hablo en el texto es la Ley catalana 13/1994, de 28 de diciembre, que establece coeficientes correctores del canon de infraestructura hidráulica para usos domésticos del agua. Modifica la regulación de la base imponible y del tipo de gravamen para favorecer los consumos bajos. Es su exposición de motivos la que refiere que se trata del primer resultado de un pacto habido el 28 de septiembre entre Administración, consumidores, Sindicatos etc...

volumen de agua y donde, por tanto, el problema del precio tiene una trascendencia económica superior y en los que, igualmente, las variaciones en el mismo podrían inducir —teóricamente— a reducciones importantes en el consumo.

La problemática, por importante y general, no puede tratarse en este lugar con la profundidad que requeriría (125) sino, únicamente, proporcionarse los datos específicos normativos del abastecimiento de poblaciones y, en torno a ellos, llevar a cabo las reflexiones pertinentes.

Pues bien, nos encontramos ante un sistema tarifario presidido, en principio, por la idea de la autosuficiencia del servicio (126) que para el art. 107.2 TRRL significa que mediante las tarifas se debe atender a la autofinanciación del servicio y que solo por excepción se pueden acordar módulos inferiores que, en todo caso, debería aprobar la Comunidad Autónoma estableciendo las compensaciones económicas pertinentes (127). Quiere ello decir que el Municipio (o entidad competente para el abastecimiento) debería trasladar al usuario los costes completos que él soporta para prestar este servicio (128).

En esta línea se sitúa también alguna normativa autonómica. Por ejemplo la Ley madrileña indica en el art. 11 que «las tarifas de abastecimiento de agua y de saneamiento comprenderán todos los gastos que origine la prestación de los servicios y se inspirarán en los principios de unidad, igualdad, progresividad y suficiencia».

Sin embargo de la misma forma que encontramos una ley estatal (el TRRL) que consagra el principio de la autosuficiencia, otra Ley estatal puede, movida por ciertos valores, llamar a la subvención del «precio» del agua en el abastecimiento urbano para evitar lo que ella considera precios desmedidos. Estoy pensando en la Ley 19/1994, de 6 de julio, por la que se modifica el régimen económico y fiscal de Canarias que dispone en su art. 11 el establecimiento por vía reglamentaria de un «sistema de compensación que garantice en las islas Canarias la moderación de los precios del agua desalinizada o reutilizada». Esto

(125) Me remito a mi trabajo «Condicionamientos jurídicos de una política de precios del agua», dentro de un libro colectivo por mí dirigido titulado *Precios y mercados del agua*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

(126) El mismo principio de la autosuficiencia del servicio figura en el art. 106 LAg. para el canon de regulación y la tarifa de agua. Sobre los problemas del mismo me remito a mi trabajo «Consideraciones jurídicas...op. cit.» y a mi libro de próxima publicación *Financiación y organización de las obras públicas*.

(127) Hablo de aprobación por la Comunidad Autónoma porque, como antes se ha indicado, nos encontramos ante un sistema de precios autorizados.

(128) Sobre el principio de autosuficiencia desde la problemática general de los servicios locales vid. F. SOSA WAGNER, *La gestión...*, op. cit. pág. 187 y ss.

quiere decir que el usuario solo debe pagar una parte del agua desalinizada corriendo el resto a cargo de la comunidad (129) siendo la razón de ser de la subvención estatal muy clara: la falta de agua en las Islas Canarias obliga a un sistema muy caro de provisión que daría lugar a unos precios que se juzgan disparatados y, por ello, se decide la subvención.

La razón esgrimida por la Ley citada es importante, poco discutible y, además, de un contenido social evidente porque los más perjudicados por la fijación de unos precios «reales» por el agua así obtenida serían, precisamente, aquellas personas o familias de menor renta económica. Combatir una Ley como ésta en función, simplemente, de una «racionalización» en los consumos para evitar el «derroche» y la «escasez» sería ciertamente arriesgado, un paso que en todo caso yo no creo conveniente dar.

Hay valores, así, que pueden apoyar la fijación de un sistema de precios «reales» y otros que se oponen a los mismos (130) o que, en todo caso, inducen a una discriminación en el precio en función de los medios económicos del consumidor cuestión que, por otra parte, no siempre es fácil de determinar con exactitud (131).

En todo caso lo que sí me parece conveniente es caminar en la vía de la mayor traslación posible de costes al usuario —con las discriminaciones y precauciones indicadas— y en esa dirección se orienta también el RDL 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, cuya disp. adic. 9.ª indica que:

> «1. Los Ayuntamientos, Mancomunidades y Empresas concesionarias, para el suministro de aguas repercutirán a los consumidores finales el importe de los cánones y tarifas derivados del artículo 106 de la Ley de Aguas, sin perjuicio de su obligación de ingreso en las Confederaciones Hidrográficas correspondientes.
>
> 2. Los cánones y tarifas que no hayan sido satisfechos por los Ayuntamientos en los plazos establecidos serán compensados como deudas a favor de la Hacienda Pública con los importes que a los Ayuntamientos deudores les correspondiera percibir del Estado en concepto de

(129) En línea con esta Ley, la OM de 27 de septiembre de 1994 regula para ese año las subvenciones a la potabilización del agua.

(130) En el trabajo citado «Consideraciones...», me refiero a las amenazas económicas que se cernirían sobre la mayor parte del regadío español si se estableciera un sistema de precios reales del agua.

(131) El art. 150.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales también autoriza la fijación de tarifas distintas en beneficio de «sectores personales económicamente débiles».

participación municipal en tributos estatales de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento General de Recaudación.

A los efectos establecidos en el apartado anterior, las retenciones que se practiquen a los Ayuntamientos deudores no podrán superar los límites que cada año se establecen en la Ley de Presupuestos Generales del Estado».

He llevado a cabo un comentario extenso de esta disposición en otro lugar y a ella me remito ahora (132) no sin antes indicar que la política de repercusión indicada se refiere en este decreto a las figuras tributarias indicadas en el art. 106 LAg., es decir al canon de regulación y a las tarifas del agua que los Ayuntamientos (o las otras entidades concesionarias del recurso indicadas en este trabajo) habrían debido pagar a la Confederación Hidrográfica que les suministrara el agua. Lo que pide este RDLey es que el producto de dichas figuras tributarias se traslade al usuario (133) lo que no quiere decir que el precepto comprenda la obligación de trasladar el conjunto de los costes del servicio sino solo y específicamente las figuras nombradas. La autonomía municipal queda preservada aquí (autonomía también del resto de las entidades competentes (134)) porque siempre resta a su disposición la capacidad de trasladar el resto de componentes del coste del servicio al usuario o, por supuesto, de configurar un sistema tarifario que trate mejor a los menores consumos que, normalmente, serán los correspondientes también a las personas con menor nivel adquisitivo.

III.– EL SERVICIO PÚBLICO DEL SANEAMIENTO Y LA DEPURACIÓN DE LAS AGUAS RESIDUALES

Cambio de orientación para pasar a la consideración de un servicio bien distinguible del de abastecimiento de poblaciones aunque, en ocasiones, la regulación y la organización sigan una misma pauta. Como en el caso anterior, más que un tratamiento exhaustivo me preocupará el examen de los problemas jurídicos principales que en él pueden observarse. Los estudiaré partiendo de la normativa local aplicable con la consideración del papel respectivo que las CCAA y los Municipios deben jugar en la prestación del servicio (1), seguiré con una breve referencia al significado de la normativa europea que ha obligado a un sistema de depuración efectivo a plazo fijo (2); los derechos del usuario a

(132) Es el trabajo «Condicionamientos jurídicos...» supra cit.

(133) Y, por supuesto, que los Ayuntamientos paguen efectivamente estas cantidades, para lo que se instaura un sistema específico de compensación de deudas.

(134) También la autonomía de las CCAA que hubieran decidido, por ejemplo, subvencionar de cualquier modo el coste del servicio.

la depuración serán el siguiente punto de reflexión (3) para concluir con el elemento jurídicamente más interesante de todo el servicio como es el canon de saneamiento (4).

1.– El saneamiento y depuración en la normativa local. Precisiones conceptuales. El papel del municipio y de la Comunidad Autónoma en la prestación del servicio

Como hice con el abastecimiento (II) es conveniente notar, en primer lugar, el tratamiento del saneamiento y la depuración en la legislación básica de régimen local. El art. 25.2 l) LBRL indica que los Municipios ejercerán competencias en los términos que señalen la legislación del Estado y la de las CCAA en «alcantarillado y tratamiento de aguas residuales». El art. 26.1 a) LBRL, por su parte, obliga a todos los Municipios a prestar el servicio de alcantarillado y, por fin, el art. 86.3 LBRL reserva a favor de las entidades locales, por ser un servicio esencial, el de «depuración de aguas».

Al margen de que la consecuencia de la atribución competencial de la LBRL que observamos en relación al abastecimiento sea el mismo que para el saneamiento y la depuración, es decir la llamada al legislador competente para concretar el tipo de intervención que los municipios deben realizar en los sectores indicados (135), aquí debe señalarse, además, que los preceptos de la LBRL citados utilizan indistintamente las palabras saneamiento y depuración refiriéndose en un precepto al saneamiento [25.2.l) LBRL], en otro a la depuración (art. 86.3 LBRL) y, al margen de esos dos, concretando el servicio mínimo el art. 26 en el alcantarillado. FANLO LORAS con la oportuna indagación histórica ha demostrado la tendencia natural de la legislación local a centrar en el «alcantarillado» la competencia municipal real y sustantiva (136) que hoy es, además y como acabo de indicar, un servicio obligatorio [art. 26 1. a)]. Es por ello realmente aquí donde debemos centrar el aspecto reservado al municipio, sabiendo que ningún legislador sectorial o territorial podría desconocer esta atribución, mientras que la depuración (o el saneamiento en sentido amplio) como sinónimo de una actividad de tratamiento de las aguas residuales que puede llegar hasta a la máxima sofisticación técnica, quedaría a la disposición del legislador competente.

(135) Remito al tratamiento doctrinal de FANLO LORAS, op. cit.

(136) De esta forma entiende también la referencia de la Ley General de Sanidad, art. 42.3, a la responsabilidad mínima de los Ayuntamientos sobre saneamiento de aguas residuales. FANLO LORAS, op. cit., pág. 149.

El legislador estatal del agua proporciona datos interesantes pero no acaba de redondear la cuestión. Contiene, así, una regulación sistemática de los vertidos de la que destaca la obligación de obtener una autorización de vertido de la administración hidráulica competente (art. 92 en relación con el 15 LAg. (137)). Esa autorización de vertido procede tanto cuando se vierta directamente a los cauces públicos como cuando el vertido se haga de manera indirecta. Esta referencia legal a lo «indirecto» podría llevar a considerar, en el límite, que cualquier vertido a una red de alcantarillado municipal debería ser autorizada por la Administración hidráulica estatal o autonómica porque nos encontraríamos inequívocamente ante un vertido indirecto a cauce público (138) obviándose, entonces, la intervención municipal. Sin embargo en ningún momento se ha pretendido llegar a esa conclusión que podría chocar, incluso, con la reserva de la legislación básica de régimen local encontrándose en la jurisprudencia abundantes muestras de reconocimiento a los Ayuntamientos de una actividad de policía administrativa en los vertidos a su propia red (139).

Norma de ínfimo rango y, además, con vocación de provisionalidad como la O.M. de 23 de diciembre de 1986 ha concretado un sistema jurídico que encarga a los organismos de cuenca el control de los vertidos a la red municipal en los municipios de menos de 20.000 habitantes cuando estos vertidos difieran en su composición de los domésticos y reconoce, por otro lado, a los Ayuntamientos plenas competencias sobre el resto entendiéndose, claro está, que es el Ayuntamiento quien debería solicitar al organismo de cuenca la autorización de vertido para cuando la red municipal desembocara, finalmente, en un cauce público (140).

Debe notarse dentro de la legislación estatal de aguas, cómo la autorización de vertido conecta directamente con la depuración de las

(137) La Administración hidráulica competente será la estatal en las cuencas intercomunitarias y la autonómica en las intracomunitarias.

(138) Y, desde luego, el art. 245.2 RDPH así califica al vertido indirecto «como el realizado en azarbes, alcantarillado, canales de desagüe y pluviales».

(139) La LAg. da intervención también a los Planes hidrológicos de cuenca en esta materia atribuyéndoles la regulación de las características basicas de calidad de las aguas y de la ordenación de los vertidos de aguas residuales [art. 40 e)]. La falta de realización efectiva de la planificación hidrológica me exime de mayores profundizaciones en esta cuestión.

(140) Simplifico en el texto una problemática jurídica algo más compleja que puede seguirse con provecho en FANLO LORAS, «Obras hidráulicas...» pág. 189 y ss. Igualmente vid. S. MARTÍN-RETORTILLO «Reflexiones sobre la calidad de las aguas», RarAP 6-7, 1995, págs. 44 y ss. Las últimas normas aparecidas sobre vertidos, las contenidas en el RD 484/1995, de 7 de abril, sobre medidas de regularización y control de vertidos, no modifican en nada la situación descrita en el texto.

aguas residuales, en cuanto que el art. 93.1 LAg. refiere en su segundo párrafo que en la autorización de vertido deberán quedar reflejadas, entre otras cosas, «las instalaciones de depuración necesarias».

De nuevo tendremos que llegar, entonces, a la legislación de las CCAA para encontrar el reparto competencial existente sobre este servicio. Las CCAA actúan en esta materia aplicando sus competencias sobre obras hidráulicas (art. 148.1.4 y 10 CE), sobre régimen jurídico de las aguas las que tengan cuencas propias (art. 149.1.22 CE) y su capacidad de desarrollo de la legislación básica estatal (ex. art. 149.1.18 y 23 CE, por ejemplo).

Pues bien, como se especificó *supra*, existe una muy profusa legislación de las CCAA en esta materia (141) en la que destaca la concesión de un amplio espacio para sí mismas basándose en el carácter supramunicipal de las actividades de depuración (142) que, por ello, serían del interés de la Comunidad y no del de los municipios (143). Ese carácter supramunicipal hace que se otorgue a la Comunidad Autónoma en esta legislación la facultad de planificar todo el saneamiento y depuración mediante figuras claramente insertas en la planificación territorial (144) que tienen efectos coordinadores y legitimadores de obras y expropiaciones que en muchas ocasiones pueden llevarse a cabo sin licencia urbanística municipal (145). Sin duda, además, el alto coste de las actividades de depuración contribuye, por pura imposibilidad de asu-

(141) Recuerdo que he proporcionado al comienzo del trabajo las referencias completas de la legislación de las CCAA sobre el particular, en particular las fechas de las distintas leyes.

(142) Poco hay que justificar sobre ese carácter de supramunicipalidad en cuanto que simple y necesariamente, la depuración de las aguas residuales de un Municipio beneficia a aquellos que están situados aguas abajo del cauce al que se viertan las aguas depuradas en mucha mayor medida que al municipio que depura.

(143) En este sentido camina la ley madrileña (vid. arts. 1, 2 y 3), la valenciana (arts. 2, 3 y 4) o la asturiana (art. 1 y 3). No hay clara delimitación de competencias en otras leyes como la catalana o la gallega.

(144) Las leyes de saneamiento y depuración de las CCAA conectan, así, con sus propias leyes de ordenación del territorio en donde suelen aparecer referencias generales a la planificación de la actividad de depuración que luego las leyes de depuración pueden concretar un poco más.

(145) Vid., por ejemplo, el Plan de Saneamiento de Cataluña configurado como Plan territorial sectorial (según la terminología de su legislación de ordenación del territorio), los planes sectoriales en la ley madrileña (art. 5), los Planes Directores o Zonales de Saneamiento y Depuración de la valenciana (art. 4) el Plan Director de Obra y el Plan de gestión en la asturiana (art. 5), el Plan Director en La Rioja (art. 2) etc...

mir los municipios tal inversión (146), a contemplar como natural, el hecho de la intervención de la Comunidad que, no obstante, suele regular figuras tributarias —que recaerán sobre todos los que produzcan aguas residuales— para cooperar con su exacción a la construcción, mantenimiento y explotación de las instalaciones de depuración y saneamiento (147).

A los municipios se les reserva, como decía, el alcantarillado indicándose, a veces, exhaustivamente las competencias que tendrían sobre esta atribución específica (148) y las de colaboración de muy distintas formas (propuestas a la Administración de la Comunidad autónoma, actuación conjunta mediante convenio, delegación de competencias etc...) en las competencias que se reservan a la Comunidad Autónoma (149).

En esa legislación suele contemplarse la aparición de una Administración hidráulica sectorial constituída por organismos autónomos, entidades de derecho público o empresas públicas, creados por las CCAA para la construcción de las instalaciones de depuración y su explotación y mantenimiento (150).

(146) Algún municipio, no obstante, ha asumido la tarea —a sus propias expensas y sin subvención estatal o autonómica alguna— de construir sus propias instalaciones de depuración y saneamiento (es el caso de la ciudad de Zaragoza). Eso, obviamente, lleva consigo como consecuencia —entre otras— la de hacer recaer sobre los vecinos de tal Municipio la tarea de construir y sostener unas instalaciones que benefician a un conjunto mucho mayor de población.

(147) Alguna legislación autonómica, como la balear o la gallega, no parece tener mayor pretensión que la de regular este canon. Los problemas jurídicos del mismo serán analizados monográficamente en el apartado 4.

(148) Se suele hablar, así, de la competencia de planificación, de construcción, de regular su utilización, de aprobar tarifas cuyo pago corresponderá a los vecinos etc.... Cfr. art. 5 de la ley catalana, 3 de la madrileña, 4 de la valenciana...

(149) Los Municipios en la legislación a que me refiero pueden redactar proyectos de instalaciones que luego aprobará la Administración autonómica, o recibir, si lo quieren, instalaciones de depuración para su gestión, informar la planificación autonómica y actuaciones de corte semejante.

(150) La legislación ofrece ejemplos de la utilización de todas las figuras indicadas en el texto. Las denominaciones son variadas (Junta de Saneamiento (Cataluña), Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales (Valencia), Instituto Balear de Saneamiento, Obras y Servicios Hidráulicos (Galicia) etc...). Sobre el particular vid. B. SETUAIN MENDIA «Las fórmulas organizativas autonómicas para el saneamiento y depuración de las aguas residuales», RArAP 8, 1996, pág. 175 y ss.

2.– La actualidad del tema. La fijación de plazos por normativa europea para realizar un sistema efectivo de dpuración de aguas residuales. La respuesta del Derecho español

El breve resumen anterior ha podido ser bien representativo de la profusión y complejidad que alcanza esta legislación autonómica y del ancho campo de actividad que tienen las CCAA en el presente y, sobre todo, del que les está reservado en el futuro. Una legislación, como se habrá podido observar por la contemplación de las fechas proporcionadas al comienzo del trabajo, que excepto en los casos «madrugadores» de Cataluña (1981) y Madrid (1984) es en los últimos años cuando se ha desarrollado sobre todo y va a continuar haciéndolo porque otras CCAA están en este momento procediendo a elaborar sus futuras Leyes (151).

La razón de que se produzca este fenómeno de intensa creación normativa (152) es muy fácil de explicar y radica, sin más, en la compulsión temporal que ocasionó en su momento la Directiva europea 91/271/CEE (153) que fijó unos plazos para que tuviera lugar en todos los países miembros de la Unión una actividad de depuración y saneamiento que condujera a que en el año 2005 todos gozaran de un sistema de depuración efectivo y adecuado de sus aguas residuales (154).

La consecuencia, entonces, de esta Directiva ha sido la intervención de las CCAA que ya han actuado su actividad legislativa, primero,

(151) El proyecto de ley aragonesa llegó a aparecer en el Boletín Oficial de sus Cortes en 1994 (BOCA, núm. 152, de 23 de noviembre de 1994), pero decayó sin aprobarse al finalizar la legislatura sin que haya sido reproducida la iniciativa en la nueva legislatura.

(152) Hablo de intensa creación normativa en el puro sentido cuantitativo, porque en lo cualitativo no suelen existir diferencias sustanciales entre las legislaciones de las distintas CCAA como se habrá podido advertir del resumen que de ellas he realizado en el apartado anterior. Esta constatación no supone, en modo alguno, una crítica puesto que tampoco hay grandes necesidades de innovar, en lo normativo, en esta materia. Otra cosa concreta será la actividad técnica de implementación de las instalaciones de depuración y saneamiento que deberá hacerse con gran conocimiento del terreno, de las distintas condiciones que se presentan en las diversas CCAA y, por ello, de la versatilidad y flexibilidad que los planificadores y constructores deben estar en todo momento dispuestos a tener.

(153) Puede verse en el libro de EMBID IRUJO, FANLO LORAS y DOMPER FERRANDO, *Código*...op.cit. pág. 441 y ss.

(154) Una pedagógica presentación de los plazos y obligaciones que fija la directiva en FANLO LORAS, op. cit., pág. 130 y ss. En el plano de la observación de la realidad parece bastante dudoso que, pese al esfuerzo evidente que en todos los países se está realizando, se consiga en esa fecha el cumplimiento de todos los compromisos especificados por la Directiva. En todo caso y sin ponernos en el papel de profetas, que no nos corresponde, el avance que se habrá producido en relación a la situación fáctica que contempló la Directiva en el año 1991 será, sin la más mínima duda, evidente.

y la construcción de sus instalaciones de saneamiento y depuración después. Por otro lado el Estado ha llevado a cabo también diversas actividades que conviene enumerar siguiendo el orden cronológico de su aparición.

Así, en primer lugar se ha aprobado el llamado Plan Nacional de Depuración de Aguas Residuales donde se esboza el camino para el cumplimiento total en España de las obligaciones de la Directiva 91/271/CEE previéndose para ello una financiación (155) estatal (156) que coopere a los recursos que otras Administraciones públicas puedan dedicar para ello junto con los ingresos que puedan provenir de la exacción del canon de saneamiento (o de la denominación específica que pueda adoptar en cada Comunidad) (157).

La importancia de este Plan es innegable pese a que no tenga en modo alguno el carácter de norma (158). Ya en el plano de lo normativo debemos referirnos a la transposición efectiva de la Directiva 91/271/CEE que se ha actuado mediante el RDL 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, luego desarrollado por el RD 509/1996, de 15 de marzo (159). La transposición ha intentado ser un fiel reflejo

(155) El gran problema, en realidad, de la aplicación de la Directiva es el inmenso esfuerzo económico que debe acompañar ese proceso. En España se calcula en alrededor de 2 billones de ptas. (son datos del Plan) la inversión necesaria para el cumplimiento de las obligaciones. Ni que decir tiene que esta inversión económica abre, por otro lado, unas posibilidades de creación de empleo y de actividad para distintas empresas muy importante.

(156) El Plan prevé que la financiación provenga del Fondo de Cohesión europeo pero si eso no es posible, el Estado financiaría con cargo a sus propios presupuestos.

(157) Hay que advertir que el Plan condiciona la suscripción de convenios entre el Estado y las CCAA a que las CCAA elaboren leyes aprobadoras del canon de saneamiento. No me parece correcta esta condición claramente contraria a la autonomía de unas CCAA que podrían decidir, ¿por qué no?, asumir sus obligaciones económicas por una vía distinta a la de la exacción de un tributo específico.

(158) El Plan Nacional se publicó en el BOE de 12 de mayo de 1995 pero no es en modo alguno una norma jurídica sino un instrumento en donde se prevé un determinado comportamiento de las distintas Administraciones públicas (un plan en el más puro sentido de la palabra) que supone el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la norma europea. Aun cuando como documento anexo al Plan se publicó también en el BOE la Directiva 91/271/CEE, ello en modo alguno suponía tampoco una transposición efectiva de ella que, como se verá en el texto, aun debió esperar un tiempo. Esta característica separa el Plan que tratamos de otros planes administrativos donde el carácter normativo es evidente (Planes de urbanismo, planes territoriales, planes hidrológicos etc...).

(159) También podríamos citar aquí la transposición de la directiva 91/676/CEE, de 12 de diciembre, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos de origen agrícola realizada por el RD 261/1996, de 16 de febrero (BOE de 11 de marzo), texto muy importante dada la importancia de la contaminación de las aguas por los residuos provenientes de la actividad agrícola.

del contenido de la Directiva bien que se haya debido llevar a cabo una lectura de la misma adecuada a las características propias del Derecho español. Ello ha obligado, entre otras cosas, a establecer una división competencial en distintas materias entre el Estado y las CCAA que tendrá, obviamente, su virtualidad en el futuro (160). Por otra parte el texto ha sido respetuoso con la normativa europea que habla en abstracto de «aglomeraciones urbanas» y no de Municipios u otro ente local, refiriendo a ese concepto las obligaciones y plazos de cumplimiento de las mismas (161). Puede pensarse que en muchas ocasiones, la aglomeración urbana coincidirá con el Municipio (162), pero en otras su exacto ámbito territorial lo deberá indicar la Comunidad Autónoma (163).

3.– El derecho del usuario a un sistema de depuración y saneamiento. Problemática juríudica

En el punto II he hablado del derecho de los usuarios en el sistema de abastecimiento de aguas y muchas de las ideas allí expresadas serían aquí aplicables también. Así, por ejemplo, el derecho al establecimiento de un servicio público [art. 18.1.g) LBRL] tendría aquí igualmente operatividad habiendo existido, incluso, una Sentencia que con apelación preferente al art. 45.2 CE (164) y no al precepto de la legislación local indicado, estableció la obligación de un Municipio de im-

(160) Por ejemplo, la Administración del Estado, previa audiencia a las CCAA y a las entidades locales afectadas declarará las zonas sensibles en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, mientras que las CCAA efectuarán dicha declaración en los restantes casos y determinarán las zonas menos sensibles en las aguas marítimas. Vid. el art. 7 del RDL citado.

(161) Hay razones objetivas de peso para que la Directiva haya acogido ese concepto. Por un lado la diversa estructura del régimen local en los distintos países de la Unión. Por otro lado, y creo que esto es más importante, que un sistema eficiente técnicamente de depuración y saneamiento, tiene que estar vinculado a las condiciones y necesidades territoriales que se presenten en esta materia y no a las divisiones políticas o jurídicas del territorio, muchas veces artificiosas a los ojos de lo aquí pretendido.

(162) En ese caso se producirá una congruencia entre las competencias municipales sobre el alcantarillado y las obligaciones que las aglomeraciones urbanas tienen en el texto del RDLey.

(163) Vid. el art.3 del RDLey que atribuye la competencia de fijar las aglomeraciones urbanas a las CCAA previa audiencia de los Ayuntamientos afectados. Igualmente las CCAA establecerán el ente público representativo de los municipios a los que corresponda, en cada caso, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el RDLey.

(164) Que indica que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

plantar efectivamente el servicio de alcantarillado. Según esta Sentencia, lo contenido en el art. 45.2 CE:

> «...no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas. De manera que ese artículo 45, como los demás del expresado capítulo, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos».

La Sentencia, valiente y compartible en su fallo al margen de los problemas que pudiera tener su ejecución (165), no parece que haya tenido continuidad en todos los casos. Existe, así, una STS más reciente, de 16-11-1994 Arz. 9182, que presenta un supuesto semejante, pues un vecino de un municipio pide que las aguas procedentes de un lavadero, que son insalubres y que pasan por delante suyo, se hagan llevar al colector. La Sentencia resuelve que el Ayuntamiento está obligado a adoptar medidas correctoras, pero no se siente con competencia para adoptar la medida que pide el particular porque, opina, podría reaccionarse contra el problema de otra manera que ella no puede señalar (166).

No se ha planteado en ningún caso todavía la exigencia vecinal a instaurar un sistema efectivo de depuración pero ello no es descartable en modo alguno en el futuro puesto que los plazos de la Directiva 91/271 CEE recepcionada en nuestro país y a los que antes me referí, se irán cumpliendo inexorablemente y ello puede ocasionar reclamaciones del tipo de las que indico si las Administraciones competentes los incumplen. A todo ello podría cooperar, además, la traslación a la jurisprudencia interna de los principios establecidos por la muy importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994, que en la reclamación formulada por una ciudadana española contra los perjuicios que le causaba una depuradora (malos olores fundamentalmente), la ha admitido constatando la violación por nuestro

(165) Problemas en su ejecución como cualquier sentencia que condena a las Administraciones públicas a obligaciones de hacer que conlleven un determinado gasto. La necesidad de disponer de autorización presupuestaria para realizar el mismo puede retrasar en muchas ocasiones el cumplimiento de fallos como el que contemplamos, sobre todo en municipios minúsculos y con pocos medios económicos. En última instancia, desde luego, aquí podría jugar el principio de cooperación de las Diputaciones provinciales al cumplimiento de los servicios mínimos locales (art. 36 LBRL) que ya estudié en el apartado II del trabajo.

(166) No se me ocurre cuál sería la manera distinta de proceder que la que pide el particular, porque las aguas residuales no pueden en modo alguno circular libremente sino que la consecuencia de que exista como servicio obligatorio [art. 26.1.a) LBRL] el alcantarillado es, precisamente, que todas las aguas residuales sean conducidas por él.

país del derecho establecido en el art. 8 de la Convención Europea de derechos humanos que consagra el derecho al respeto a una vida privada y familiar, a su domicilio y a su correspondencia llegando hasta a fijar una suma indemnizatoria por los perjuicios sufridos. Es, por tanto, una sentencia importante que puede cooperar —en la cuestión que tratamos— a la instauración de un sistema de depuración efectivo (167), facilitando el ejercicio de acciones (168) en la línea que indicaba (169).

Por lo demás, la posición jurídica más importante del usuario se desarrolla en relación a la obligación del pago de las figuras tributarias existentes (tasa por alcantarillado o canon de saneamiento en la moderna legislación), y a esa problemática dedico el siguiente apartado.

4.– El surgimiento de figuras tributarias autonómicas. Los cánones de saneamiento: Problemática jurídica

Al describir el contenido de la legislación autonómica sobre saneamiento y depuración en el apartado primero de este punto (III), ya indiqué cómo el elemento jurídicamente más resaltable de esa normativa estaba constituído por la creación de un propio tributo que, usualmente, recibía el nombre de canon de saneamiento y que se destinaba a cubrir los costes de implementación y mantenimiento del servicio (170). En el presente apartado voy a tratar de los problemas jurídicos más importantes que plantea esta figura tributaria.

A) Es un tributo autonómico con naturaleza de impuesto, cuya recaudación tiene un sentido finalista.

La potestad tributaria de las CCAA tiene una base constitucional en tanto en cuanto que el art. 156.1 CE sienta el principio de autono-

(167) Es paradójico que la instauración de un sistema de depuración, en el caso, lleve consigo los perjuicios descritos en la Sentencia.

(168) Piénsese, en la línea que se indica en el texto, que de la misma forma que se ha apreciado la violación del art. 8 de la Convención Europea por los perjuicios (olores) que causaba el mal funcionamiento de una depuradora, se podría reclamar (y quién sabe si la reclamación se aceptaría) por los perjuicios de todo tipo que causaría la inexistencia de la depuradora.

(169) Vid. un comentario favorable a esta sentencia, aunque resaltador de su escasa motivación y de las dificultades de su traslación a nuestro país teniendo en cuenta la interpretación restrictiva del TC del derecho a la intimidad del domicilio, de J.A. CARRILLO DONAIRE y R. GALAN VIOQUE, «¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?», REDA 86, 1995, pág. 271 y ss.

(170) Las leyes autonómicas instauradoras de este canon de saneamiento suelen declarar que es compatible con las tasas de alcantarillado que los Municipios tradicionalmente exaccionan para cooperar al mantenimiento de este servicio.

mía financiera de las CCAA «para el desarrollo y ejecución de sus competencias» añadiendo el art. 157.1 CE que entre los recursos de las CCAA pueden contarse «sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales». El art. 133 CE concreta que las CCAA pueden establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes y, por fin, el art. 157.3 CE remite a una ley orgánica el ejercicio de las competencias financieras que ha enumerado el apartado 1 de ese artículo, entre ellas la posibilidad de crear impuestos, tasas y contribuciones especiales. Resulta, así, que la Ley a la que apela el art. 133 CE viene a ser esta misma Ley referida por el art. 157.3 CE que la práctica ha concretado en la L.O. 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) (171).

Es en la LOFCA, entonces, donde debemos encontrar las condiciones y límites jurídicos de creación de tributos por parte de las CCAA (172). A esos efectos nos interesan, singularmente los arts. 6 y 9. Del primero destaco la imposibilidad de que los tributos autonómicos recaigan «sobre hechos imponibles gravados por el Estado» (art. 6.2 LOFCA) (173). El art. 9 se refiere específicamente dentro de los tributos a los impuestos, que es la naturaleza jurídica que corresponde al canon de saneamiento, y en él se comprenden también una serie de limitaciones para la posibilidad de crear impuestos por parte de las CCAA presididas por el respeto al principio de territorialidad o por la necesidad de impedir que los impuestos pongan obstáculos a la libre circulación de personas, mercancías, servicios, o capitales.

El canon de saneamiento no incide en ninguna de estas condiciones o limitaciones, en cuanto que su hecho imponible no supone duplicación de un hecho imponible del Estado salvando el art. 105.4 LAg. al regular el canon de vertidos las zonas de colisión que pudieran existir

(171) Ley que cuenta con algunas modificaciones posteriores a 1980 sin que debamos en este lugar proporcionar más datos sobre esa evolución normativa que no afecta a la cuestión tratada.

(172) Por otra parte, y tal y como el TC ha dicho, siempre tendrán que tener en cuenta las CCAA en el ejercicio de su potestad tributaria, el respeto al criterio constitucional de capacidad económica (vid. STC 37/1987).

(173) Conviene indicar aquí, tal y como precisó la STC 37/1987, que no cabe identificar materia imponible y hecho imponible porque siempre es posible que «en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que dan lugar a otros tantos hechos imponibles, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes». Lo que se prohibe, entonces, es duplicar estrictamente dos hechos imponibles.

(174). Tampoco se ha juzgado en ningún momento que se incidiera con el mismo en la libre circulación a que se refiere el art. 9 LOFCA (175).

El canon es, dentro de los tributos, un impuesto como ha tenido ocasión de indicar la jurisprudencia en alguna sentencia importante (176). Además se trata en en todas las legislaciones autonómicas de un impuesto de naturaleza finalista en cuanto que el producto íntegro de su recaudación se dedica a la construcción, mantenimiento y explotación de las instalaciones de depuración y saneamiento (177). La gestión del canon se suele atribuir a las entidades específicas (organismos autónomos, entidades de derecho público, empresas) creadas por las leyes (178).

B) Definición del hecho y de la base imponible

No hay uniformidad en las leyes que tratamos a la hora de definir el hecho imponible aunque, materialmente, haya una gran coincidencia en considerar como tal —simplificando— el vertido de aguas residuales que se «manifiesta» (se presume ese vertido) por el hecho de consumir

(174) El precepto de la LAg., que se elabora conociéndose las normativas madrileña y catalana sobre saneamiento, dispone una reducción del canon de vertido cuando exista tributación autonómica o local para financiar programas públicos de depuración de aguas residuales. Quien determina las reducciones en la exacción del canon de vertido que deben darse es el Consejo del agua de la cuenca.

(175) Si el futuro del canon de saneamiento es, como parece, su establecimiento en todas las CCAA, ese será un elemento más de homogeneidad con independencia de la disparidad de elementos menores (tipos, por ejemplo), que puedan darse.

(176) Estoy pensando en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 18-3-1994, donde se han tratado con arreglo a la legislación balear, aspectos del canon de saneamiento que pueden extenderse por su semejanza a otras legislaciones. En particular el cuarto de los fundamentos de derecho se refiere a esta naturaleza impositiva. El Tribunal se siente en la necesidad de afirmar la naturaleza impositiva frente a las «falsas interpretaciones» que podrían derivarse de la utilización de la palabra «canon». Sobre la misma vid. el comentario de C. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, en Crónica Tributaria, 72, 1994, pág. 137 y ss. En la misma línea vid. la STS 6-6-1996, Arz. 5296, que tiene la virtud de reafirmando la doctrina anteriormente expuesta, tener su origen en el más alto tribunal.

(177) Como digo todas las leyes de las CCAA se mueven en esa dirección. Vid., así, el art. 40 de la Ley catalana, 17 de la balear, 19 de la valenciana, 10 de la riojana etc....

(178) En el caso de utilización de formas jurídico-privadas, ello puede tener algún problema a la hora de utilizar la potestad de apremio en caso de impago. La solución puede estribar en la previsión de que actúe el organo administrativo de recaudación de la Comunidad.

agua (179). Se mezclan, así, el consumo con el vertido lo que está directamente vinculado a la forma usual de cómputo de la base imponible en la que —al margen de la posibilidad de en los vertidos industriales, normalmente, proceder a la estimación directa de la base imponible midiendo la contaminación producida— la facilidad de cálculo y recaudación hace equivaler ésta a los metros cúbicos de agua consumidos (180).

En todo caso quiero advertir aquí de la gran complejidad en la configuración jurídica de la base imponible (181) y en la necesidad que sienten las leyes de llamar al reglamento a que complete sus previsiones. Esa colaboración reglamentaria en el ámbito específico de la base imponible de los tributos en general, ha sido considerada por el TC como perfectamente admitible en un «sistema tributario moderno» caracterizado por su complejidad (182).

C) El canon de saneamiento y el IVA

Finalmente quiero hacer una breve referencia a un problema jurídico planteado y ya resuelto por los tribunales. El problema consiste en

(179) La ley catalana (art. 50) se refiere a «cualquier consumo potencial o real del agua de cualquier procedencia, por razón de la contaminación que puede producir». La ley balear al «vertido de aguas residuales manifestado a través del consumo real, potencial o estimado de cualquier procedencia» (art. 2); la ley valenciana a la «producción de aguas residuales, manifestada a través del consumo de agua de cualquier procedencia»; la ley asturiana a «cualquier consumo potencial o real del agua de toda procedencia, por razón de la contaminación que pueda producir su vertido directo o a través de las redes de alcantarillado» (art. 11) etc...

(180) Eso sucede, sobre todo, en los consumos domésticos. Las leyes suelen autorizar a fijar consumos tipo, volúmenes mínimos por períodos temporales, estimaciones objetivas de carácter singular etc...

(181) La Ley catalana 7/1994, de modificación de la Ley 19/1991, de 7 de noviembre de reforma de la Junta de Saneamiento, es la muestra de esa gran complejidad en la determinación de la Base Imponible. Vid. el nuevo art. 22 tal y como resulta de la modificación normativa.

(182) Me refiero a la STC 221/1992, de 11 de diciembre. Transcribo el párrafo que me parece significativo a los fines que persigo: «En cuanto elemento necesario para la determinación del importe de la cuota tributaria, también la base imponible es un elemento esencial del tributo y, en consecuencia, debe ser regulada por Ley. *No puede desconocerse, sin embargo, que en un sistema tributario moderno la base imponible puede estar integrada por una pluralidad de factores de muy diversa naturaleza cuya fijación requiere, en ocasiones, complejas operaciones técnicas. Ello explica que el legislador remita a normas reglamentarias la concreta determinación de algunos de los elementos configuradores de la base.* Se hace así preciso determinar cuál es el ámbito de la regulación de la base imponible que debe quedar necesariamente reservado al legislador; análisis que debe llevarse a cabo en función de las circunstancias de cada caso concreto y a partir de la naturaleza y objeto del tributo de que se trata».

juzgar acerca de la posible duplicación entre el canon de saneamiento y el IVA. La razón de tal pregunta estriba en considerar que el canon de saneamiento era, como lo sería el IVA (183), un impuesto sobre el consumo como se podría probar recordando lo indicado *supra* acerca de la forma de configurar el hecho imponible mediante 'los vertidos (o producción de aguas residuales) «manifestada por el *consumo* de agua».

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 18-3-1994, ya utilizada en este trabajo a otros efectos, ha resuelto este problema en relación al canon de saneamiento de las Islas Baleares (184) negando que el IVA sea un impuesto que recaiga sobre el consumo, sino que, por el contrario, recaería sobre la entrega de bienes, las prestaciones de servicios y la importación de bienes. Por todo ello indica el Tribunal que debería:

> «concluirse, en consecuencia, que los hechos imponibles de ambos tributos son diferentes. Como dice la representación de la Administración demandada, el tributo autonómico recae sobre el agua consumida que va a ser vertida; el IVA sobre el agua que se comercializa o transporta en cuanto bien de consumo, es decir sobre una actividad empresarial» (fdo jdo. 5.º).

(183) Vid. los arts. 1 y 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del IVA. Sobre la cuestión PERDIGO Y SOLA, *Fiscalidad...*, op. cit., pág. 269 y ss.

(184) Pero por las razones varias veces indicadas de la semejanza entre la forma de configurar las leyes de depuración y saneamiento autonómicas sus cánones de saneamiento, me parece una doctrina perfectamente extendible.