

“LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL AGUA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”

Antonio Maniatis

Ex docente de Derecho de la Universidad de
Castilla-La Mancha
Docente de Derecho de la Universidad de Nicosia

RESUMEN:

El derecho hidráulico ha ganado un interés especial por la comunidad académica. El derecho al agua ha sido reconocido por las Naciones Unidas pero ninguna convención lo ha explícitamente consagrado como un derecho humano universal. En varios ordenamientos nacionales ha recientemente adquirido una consagración constitucional, mediante la jurisprudencia (en Grecia) y habitualmente la revisión de la Constitución. La directiva 2000/60/CE ha regulado la gestión del agua de una manera integrada de acuerdo con el principio de sostenibilidad. Además, los países de la Unión europea deberían haberse abstenido de adoptar la exclusión del sector del agua del campo de la transposición de la directiva 2014/23/UE sobre la concesión dado que no estaban obligados a adoptar la exclusión. De todos modos, el agua sigue siendo una temática especial en materia de la contratación pública, dado que está sujeta a la Directiva separada



2014/25/UE. El derecho al agua debe consagrarse de manera explícita y simple, exenta de prejuicios y distorsiones.

PALABRAS CLAVE

contratación pública; derecho hidráulico; derecho al agua;

ABSTRACT

Hydraulic law has gained a special interest by the academic community. The right to water has been recognized by United Nations but no convention has explicitly consecrated it as a universal human right, yet. In various national legal orders, it has recently acquired a constitutional consecration, through the jurisprudence (in Greece) or usually the revision of the Constitution. Directive 2000/60/EC has regulated the water management in an integrated way according to the principle of environmental sustainability. Member states of the European Union should have abstained from adopting the exclusion of the water sector from the field of transposition of Directive 2014/23/UE on concession, given that they were not obliged to adopt such an exclusion. Anyway, water still remains a special issue in terms of public contracting, as it is submitted to separate Directive 2014/25/UE. The right to water should be consecrated in an explicit and simple manner, exempted from prejudices and distortions.

KEYWORDS

public contracting; hydraulic law; right to water;

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO HIDRÁULICO.
- II. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.
- III. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO COMPARADO.
- IV. EL DERECHO AL AGUA SEGÚN LA DIRECTIVA 2000/60/CE.
- V. EL DERECHO AL AGUA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SEGÚN LAS DIRECTIVAS DE 2014.
- VI. CONCLUSIÓN: EL DERECHO AL AGUA EN VÍA DE RECONOCIMIENTO.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO HIDRÁULICO.

Según el gran aviador Antonio de Saint-Exupéry, el agua no es meramente necesaria para la vida, es la vida⁹¹. El agua se ha utilizado no solamente para fines prácticos de la vida cotidiana sino también para la cultura, desde la antigüedad. Por ejemplo, en Grecia antigua el instrumento musical "ὕδραυλις" (palabra que significa "hidráulica") hacía uso del agua para su funcionamiento. Los expertos pudieron recomponer el llamado "instrumento del agua" en la década de 1990 en Grecia, gracias a un descubrimiento arqueológico. Poco antes, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas 29/1985 de 2 de agosto en el ordenamiento español y de la adhesión de España a la Comunidad Europea tuvo lugar la eclosión de un interés inusitado

⁹¹ GAZZANIGA, J.-L., LARROUY-CASTÉRA, X., MARC PH., OURLIAC J.-P., *Le droit de l'eau*, LexisNexis Litec, 2011, pág. 6.



por el derecho hidráulico, antes desconocido en el marco de la ciencia jurídica española⁹².

El derecho hidráulico, que ha ganado un interés especial por la comunidad académica internacional, está vinculado a otras ramas, como el derecho de medio ambiente y el derecho energético. De sobra, las tecnologías han recientemente cambiado el modo de explotación de la energía. Por ejemplo, la energía hidráulica se obtiene a partir de la energía potencial y cinética de las masas de agua que transportan los ríos y puede convertirse en energía eléctrica. Hoy día, existe una transición desde el modelo tradicional de la concentración de la producción de la energía eléctrica en los lugares en aquellos están disponibles los recursos energéticos (carbón y ríos grandes) hacia el modelo de las unidades de producción dispersa (por ejemplo, sistemas fotovoltaicos). Con la ayuda de las nuevas tecnologías, los clientes, industriales o domésticos, pueden ser consumidores y también productores, jugando así un papel conocido con el neologismo "prosumer".

En todo caso, el derecho hidráulico sigue siendo de mayor importancia. Pues, sería interesante intentar una aproximación a la garantía constitucional del agua, particularmente en combinación con el fenómeno jurídico y administrativo de la contratación pública.

⁹² LÓPEZ MENUJO, F., «Las aguas», *RAP*, 200, 2016, pág. 258.

II. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

En el derecho internacional de medio ambiente, el agua como bien está examinada a través de la gestión de los recursos hídricos internacionales, con punto principal de referencia la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación⁹³. Esta convención marco de 1997, sobre exclusivamente los recursos físicos del agua dulce, entró en vigor en 2014.

El derecho al agua podría clasificarse en el marco de la tercera generación en la historia de los derechos fundamentales. Se trata de la generación de los derechos de solidaridad o de los pueblos, estrictamente relacionada al derecho internacional y sobre todo a la actividad de las Naciones Unidas. En principio, los derechos de solidaridad parten de problemáticas globales que necesitan de un enfoque transnacional para su concreción (como son los casos de los derechos a un medio ambiente sano, al agua, a la paz, al desarrollo, entre otros)⁹⁴.

Poco antes de la época de los derechos de tercera generación, la comunidad internacional plasmó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en 1966, en sus artículos 11.1 y

⁹³ TZATZAKI, V. - M., *El agua en el derecho internacional público*, Nomiki Vivliothiki, 2012, pág. 61 (en griego).

⁹⁴ PACHOT ZAMBRANA, K. L., «El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado», *Cuestiones Constitucionales*, 35, 1, 2016, págs. 133-134.



12 la obligación de los Estados a garantizar un nivel de vida digno a todo individuo⁹⁵. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, organismo supervisor del PIDESC, ha delimitado con claridad el contenido esencial o núcleo fundamental de algunos derechos económicos, sociales y culturales (que constituyen los derechos de segunda generación, después de la época de los derechos civiles y políticos), a través de sus Observaciones Generales, como en materia del derecho al agua⁹⁶. Así, la Observación general número 15, denominada "El derecho al agua", interpreta los artículos 11 y 12 del PIDESC⁹⁷. Existe, según el Comité, no sólo un derecho sino una obligación por parte de los Estados, al agua, y deben aplicarse las directrices siguientes:

- a) Disponibilidad,
- b) Calidad,
- c) Accesibilidad física,
- d) Asequibilidad o accesibilidad económica,
- e) No discriminación.

Además, la resolución 64/292, denominada "El derecho humano al agua y el saneamiento", aprobada el 28 de

⁹⁵ RAFAEL AGUILAR OBREGÓN, E. A., «Genealogía del derecho al agua en México», *Impluvium*, 4, 2015.

⁹⁶ MEZA FLORES, J. H., «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema iberoamericano de protección a los derechos humanos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 132, 2011, pág. 1141.

⁹⁷ Vid. LOHSE, O., *Das Recht auf Wasser als Verpflichtung für Staaten und nichtsstaatliche Akteure*, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Kovac, 2005.

julio de 2010 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconoce que "*el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*".

En conclusión, en el derecho internacional, el derecho al agua tiene un carácter fragmentado o híbrido, haciendo parte de los derechos a la vida, a un nivel suficiente de vida y a la salud⁹⁸. No existe todavía un derecho al agua, dotado con las tres características requeridas de autonomía, universalidad y coerción legal.

III. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO COMPARADO.

Aproximadamente veinte países han incorporado explícitamente el derecho humano al agua en sus Constituciones, particularmente en América. La adopción de la resolución precitada 64/292 era decisiva en la formulación del derecho humano al agua y saneamiento en México⁹⁹. El caso mexicano es muy importante en esta materia, ya que antes de la inclusión explícita del derecho de toda persona al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico, en el artículo 4º, en febrero de 2012, surgió la interpretación que el derecho

⁹⁸ PETERSMANN, M. - C., *Les sources du droit à l'eau en droit international*, Editions Johanet 2013, págs. 105-106, 109, 111.

⁹⁹ JACOBO – MARÍN, D., «El derecho humano al agua y saneamiento en México. Una lectura comparada de su formulación constitucional», *Impluvium* 4, 2015.



al agua ya estaba expresado en la Constitución¹⁰⁰. Dicho derecho se encontraba –para algunos– disperso en los artículos 2º, 4º y 27º que –de alguna manera– obligaban a las autoridades a emprender acciones para asegurar la disponibilidad y el acceso al agua. Si bien el artículo 27º ha sido reformado en varias ocasiones, en la redacción original de 1917 el párrafo tercero tenía un fraseo que establecía el derecho al agua:

“Los núcleos de población que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en explotación”.

En todo caso, dado que la disposición añadida en el artículo 4º en 2012 hace mención del Estado como garantizador del derecho humano al agua, una consecuencia importante de esta inclusión fue que el Estado debe asumirse como el responsable de proveer y gestionar el recurso siempre y cuando siga las directrices precitadas, planteadas por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

El agua ha provocado intensas preocupaciones y evoluciones políticas y administrativas en varios países europeos, como es el caso de Italia con el importante referéndum de 2011 sobre el agua pública¹⁰¹. Es

¹⁰⁰ RAFAEL AGUILAR OBREGÓN, E. A., «Genealogía del derecho al agua en México», *Impluvium*, 4, 2015.

¹⁰¹ Vid. P., L., «Introduzione», ALGOSTINO, A., CIOTTI, L., MONTANARI T., PEPINO, L., *Modifiche costituzionali e Italicum Io dico No*, págs.7-9, Edizioni Gruppo Abele 2016.

notable que la capital de este país hizo frente a un problema serio de escasez hídrica, en 2017¹⁰². La primavera de aquel año era la segunda más caliente por los últimos 60 años y la más seca.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, la colaboración entre el sector público y aquel privado era muy usada sin un apoyo jurídico (por ejemplo, el programa del Ministerio de Medio Ambiente, de 2004 «A.g.u.a» Actuaciones para la Gestión y Utilización del Agua), por los últimos años antes de adoptar un marco institucional¹⁰³.

La legislación, estatal y autonómica, del derecho del agua ha generado litigación ante el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en la línea de los conflictos suscitados por la última oleada de reforma de los estatutos de autonomía en materia de competencias sobre cuencas hidrográficas, la Comunidad Autónoma de La Rioja impugnó en 2007 los artículos 19 y 72, así como la disposición adicional, del nuevo texto del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado mediante la Ley Orgánica 5.2007, de 20 de abril. En concreto, el Gobierno de la Rioja discute entre otros la constitucionalidad del artículo 19 del Estatuto de Autonomía de Aragón, que reconoce a los ciudadanos aragoneses el *«derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras»* (apartado 1). En cuanto al derecho

¹⁰² HOROWITZ, J., «City of Ancient Aqueducts May Face Water Rationing», *The New York Times*, Friday, July 28 2017, pág. A4.

¹⁰³ MORENO MOLINA, J. A., PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley Madrid 2008, pág. 913.



reconocido, el Tribunal Constitucional, en la STC 110/2011, de 22 de junio, se remite a la doctrina desarrollada en las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio, para afirmar de nuevo, por una parte, la posibilidad de que los estatutos contengan declaraciones de derechos y, por otra, que, en cualquier caso, esos derechos solo vincularían a los poderes públicos autonómicos. Es también notable que el Tribunal Constitucional, en la STC 159/2011, de 28 de septiembre, no ha declarado inconstitucional la introducción en la legislación estatal de aguas del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, con la Ley 46/1999. Se trata de una figura que pretendía flexibilizar el régimen concesional del agua para potenciar la eficiencia en el uso de este bien¹⁰⁴.

Además, en los últimos años las políticas de estabilidad presupuestaria y financiera han virado la tradicional política de gestión de la oferta de España, afectada por un gran desequilibrio hídrico, y han convertido en una prioridad para los agentes y poderes públicos la gestión de la demanda, aumentando la percepción social de los problemas ambientales, incidiendo en el comportamiento de los consumidores finales y de las gestoras del agua para alcanzar la eficiencia en su uso y distribución y de mercado para contener la demanda, fomentando el ahorro y superando el estancamiento en que pro su rigidez se encontraban los tradicionales instrumentos de gestión¹⁰⁵.

¹⁰⁴ DE LA VARGA PASTOR, A., JARIA I MANZANO, J., "Jurisprudencia general: derecho administrativo y constitucional", *RCDA*, 2, 2011, págs. 1-7.

¹⁰⁵ NAVARRO, T. M., «Políticas del agua, investigación y gestión de recursos hídricos», *agua Magazine*, pág. 94.

Finalmente, la misma crisis económica llevó a Grecia a la privatización del capital público de la compañía de abastecimiento de agua y alcantarillado de la capital. Sin embargo, ese proyecto ha sido bloqueado por el Consejo de Estado mediante su sentencia 1906/2014, con la cual el derecho humano al agua ha adquirido una consagración constitucional, basada en las disposiciones de los artículos 5 par. 5 y 21 par. 1 de la Constitución, relativas al derecho a la salud.

IV. EL DERECHO AL AGUA SEGÚN LA DIRECTIVA 2000/60/CE.

La Unión europea ha adoptado un texto especializado sobre el agua, la directiva 2000/60/CE "por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas"¹⁰⁶. Según el considerando 1, "*El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal*". Basada en esta declaración, una parte de la doctrina sostiene el concepto que el agua constituye simultáneamente un recurso vital y un valor económico y que su doble

¹⁰⁶ MANIATIS, A., *La contratación pública y la colaboración público-privada en Grecia tras las directivas de 2014 Parte II. La contratación pública en Grecia tras las directivas de 2014*, Ponencia en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla - La Mancha, Curso de verano sobre «La nueva Ley de Contratos del Sector Público», Cuenca, 28 y 29 de junio de 2017, Disponible en: <https://eclass.gunet.gr/courses/LAWGU223/>. Fecha de acceso: 2 octubre 2017.



naturaleza debe ser respetada y entendida de manera global¹⁰⁷.

La directiva institucionaliza la gestión integrada del agua, promoviendo el principio de sostenibilidad ambiental. De sobra, los artículos 16 y 17 prevén estrategias para combatir la contaminación de aguas y para prevenir y controlar la contaminación de las aguas subterráneas, respectivamente. La directiva constituye en la evolución del Derecho de aguas de la Unión, incorporando al acervo comunitario instituciones jurídicas arraigadas entre los españoles (los conceptos de cuenca hidrográfica, organismos de cuenca, planes hidrográficos) y otras novedosas de marcado carácter medioambiental (buen estado del agua, control combinado de la contaminación, principio de recuperación de costes)¹⁰⁸.

Si el legislador de la directiva evita de hacer uso del término «derecho al agua», el legislador griego ha preferido un sustituto. En el párrafo 1 del artículo 11 de la ley 3199/2003, adoptada para la transposición de la directiva, cita que «*Cada persona jurídica o natural puede utilizar agua o ejecutar obras de valorización de los recursos hídricos para la satisfacción de sus reales necesidades*» pero ciertas actividades están sujetas a un régimen de autorización. Por lo que se refiere al ordenamiento español, no cabe el triunfalismo, pues existen objetivos de esta directiva aún no satisfechos debidamente (principio de recuperación de costes,

¹⁰⁷ BORDONNEAU, M.- A., *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, Éditions Johanet 2009, pág. 105.

¹⁰⁸ FANLO LORAS, A., *La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros*, Universidad de la Rioja, Logrono, 2001, pág. 10.

mayor participación ciudadana en la elaboración de los planes...) y subsisten las dificultades para implantar un patrón, con grado de rigidez que ha de tenerse como inevitable, a una realidad absolutamente heterogénea, cosa esta que es predicable de todos los Estados de la Unión¹⁰⁹.

V. EL DERECHO AL AGUA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SEGÚN LAS DIRECTIVAS DE 2014.

Tiene un valor simbólico el hecho de que la convención precitada de las Naciones Unidas, sobre exclusivamente los recursos físicos de agua dulce, entró en vigor en el año de la adopción de las nuevas directivas de la Unión europea sobre la contratación pública. Según el considerando 40 del preámbulo de la directiva 2014/23/UE sobre las concesiones, *«En el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión»*.

Por un lado, la legislación de la Unión reconoce no meramente el carácter público del bien acuático sino también su valor fundamental para los ciudadanos europeos, los cuales consecuentemente tienen el derecho al disfrute del agua. Por otro lado, sería importante hacer una referencia explícita al «derecho al agua» mientras el término «derecho» sigue siendo evitado.

¹⁰⁹ LÓPEZ MENUDO, F., «Las aguas», *RAP*, 200, 2016, pág. 276.



Según el precitado considerando 40 de la directiva relativa a las concesiones, «*Las características especiales de dichos mecanismos justifican exclusiones en el sector del agua ámbito de aplicación de la presente Directiva*». La ley griega 4413/2016 adopta plenamente la especificación de la previsión del artículo 12 de la directiva, citando que ella no se aplica en los contratos de concesión que adjudicadas a:

- a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable;
- b) el suministro de agua potable a dichas redes.

La ley tampoco se aplica a los contratos de concesión que se refieran a uno de los objetos siguientes o a ambos que estén relacionadas con una de las actividades apenas contempladas:

- a. proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20% del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje o
- b. eliminación o tratamiento de aguas residuales.

Consecuentemente, se pone de manifiesto la esencia central del contenido del derecho al agua, la cual consiste en el agua potable y no principalmente en otros aspectos del uso del agua, como es la irrigación. Es obvio que los recursos acuáticos son tan importantes que los países miembros de la Unión europea no están de acuerdo para someterlos a un régimen europeo común sobre los contratos de concesión, provocando

crítica de parte de la doctrina¹¹⁰. En todo caso, el agua sigue situándose en un campo excepcional por lo que se refiere no solamente a la concesión sino a la contratación pública en sentido estricto, dado que existe la directiva 2014/25/UE sobre este caso del ex «sector excluido», regulado como tal por la directiva 2004/17/CE mientras la contratación pública de la gran mayoría de los otros sectores está reglada por la directiva 2014/24/UE.

VI. CONCLUSIÓN: EL DERECHO AL AGUA EN VÍA DE RECONOCIMIENTO.

En el ámbito del derecho internacional no existe todavía ninguna convención general sobre el derecho universal al agua pese al hecho de que se trata de un derecho genuino y autónomo. De sobra, la gran mayoría de las constituciones formales es ajena a una consagración explícita de tal derecho mientras la garantía constitucional del agua cuenta con un siglo de disposiciones, como es el caso del ordenamiento mexicano. El derecho al agua no debería considerarse como una mera componente de otros derechos constitucionales, como los relativos a la salud y sobre todo al medio ambiente.

Además, el derecho de contratación pública tiene muchas particularidades, como el caso de la concesión, que constituye un tipo privilegiado de contratación. Este tipo ha sido tradicionalmente destinado a la

¹¹⁰ BRACONNIER, S., «La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives», *AJDA*, 15, 2014, pág. 840.



contratación en el campo delicado del agua. Es obvio que la Unión europea ha hecho algunos pasos de progreso con la adopción de una normatividad sobre la contratación del agua, pero debería proceder a una convergencia de las normas comunes sobre la contratación pública y de las relativas al sector del agua.

En conclusión, el derecho humano al agua debe consagrarse de manera explícita y simple, exenta de prejuicios y distorsiones.

El período corriente de la cuarta generación de los derechos fundamentales se delinea por el reconocimiento internacional del derecho a contener el cambio climático, fenómeno que amenaza varios otros derechos como el derecho al agua, mientras la revolución hidráulica, que comenzó en el siglo XIX en Europa, debe tener éxito a nivel mundial¹¹¹...

¹¹¹ Vid. LACOSTE, Y., *El agua en el mundo*, Castalia, 2007 (traducción en griego), pág. 112.