

EL DESARROLLO ACTUAL EN LA ECONOMÍA DEL AGUA SEGÚN EL DERECHO EUROPEO Y ALEMÁN*

DENTRO DEL CONFLICTO ENTRE PREVENCIÓN
PARA LA VIDA Y COMPETENCIA ECONÓMICA

Johan Christian PIELOW**

SUMARIO: I. *El desarrollo global.* II. *La situación europea.*
III. *La situación legal alemana.* IV. *Reflexión final.*

El agua es un recurso elemental de la naturaleza, irrenunciable y fundamental para la vida de los hombres. La escasez de este recurso natural tiene que ser afrontada persistentemente. La importancia del elemento agua ha sido subrayado por la acción de la oficina del agua de las Naciones Unidas, *L'eau source de vie*.¹ Bajo este punto de vista, 65% de los asiáticos y 27% de los africanos no tienen acceso a agua limpia. Por eso, hoy más que nunca es urgente escuchar los llamados del secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, para intensificar los esfuerzos en los próximos diez años. El reto será poner a la disposición de cada vez más habitantes agua potable de mejor calidad.

En este trabajo serán expuestos, en un vistazo panorámico, el desarrollo mundial, tomando como ejemplo Europa y con especial atención Alemania, con respecto a las posibilidades de desarrollo y los riesgos que acompaña la apertura de la economía del agua.

* Traducción del doctor Guillermo José Mañón Garibay.

** Ruhr-Universität Bochum.

¹ Informe de la oficina del agua de las Naciones Unidas: http://www.un.org/waterforlifedecade/waterforlife_fr.pdf.

I. EL DESARROLLO GLOBAL

El desarrollo de la situación actual de la economía mundial del agua se pondrá de manifiesto a través de la consideración del número de países que cuentan con economía privada del agua. Si en el año 1990 aproximadamente 12 Estados habían privatizado su economía del agua, en el año 2002 pasaron a ser 56 Estados. De tal forma, que si en 1990, 51 millones de personas eran abastecidos por empresas privadas, en 2002 eran ya 300 millones de personas, número que permanentemente aumenta.

El futuro camino que seguirá el desarrollo parece estar consecuentemente ya predeterminado, incluso cuando los intentos de la WTO y la GATS de dirigir los procesos de privatización no han resultado siempre exitosos. Constancia de esto ha dejado el fracaso de la Conferencia de Estados en Cancún (México), en septiembre de 2003.

Las dificultades respecto del agua se refieren a la forma de considerarla simplemente como un bien de consumo más dentro de la economía de mercado. El caso de Canadá puede tomarse como ejemplo para mostrar estas dificultades al considerar el agua tanto como recurso irremplazable, además de un bien de consumo en la economía de mercado. Con el fin de satisfacer la enorme necesidad de agua potable y utilizable de los Estados Unidos de América, tienen que ser transportadas enormes cantidades de agua desde Canadá hasta los estados más sureños de la unión americana con ayuda de los ductos de gas y petróleo. No obstante, el gobierno canadiense destruyó las oportunidades de las firmas privadas canadienses de proveer a este mercado en 2004, a través de una prohibición transitoria de venta, ya que consideró que el agua es un bien inegociable.

Además de la cuestión fundamental sobre la manera de calificar al agua, se encuentran los problemas insoslayables de la economía del agua sobre la enorme inversión para construir y mantener la infraestructura, así como los problemas que de esto se derivan respecto a la no rentabilidad de las redes secundarias. Tanto el suministro de agua potable como la eliminación de aguas residuales se encuentran sometidas a las presiones de los costos de la competencia, así como a las exigencias de conservar la salud y el medio ambiente. Primeramente, he de referirme a la situación de Europa.

II. LA SITUACIÓN EUROPEA

En el punto central de los esfuerzos de la Unión Europea² se encuentra la creación de un mercado interno compartido, según el artículo 2o., párrafo 3, parágrafo 1, de la Constitución de la Comunidad Europea. La competencia tendrá la función de motor que impulse a los participantes de cada uno de los “mercados”, de los países miembros de la Unión, a brindar un servicio en beneficio del consumidor.

Mientras que en otros continentes no está garantizado (parcial o absolutamente) el suministro de una buena calidad del agua potable, dentro de la Unión Europea es considerado tanto el simple suministro de agua potable como la eliminación de las aguas residuales dentro del ámbito de la así llamadas *medidas preventivas para la vida*.³

Con estas medidas preventivas para la vida se engloba en forma general todas aquellas tareas del Estado que tengan que ver con la creación de los bienes y servicios necesarios para una vida digna. La responsabilidad del Estado en la creación de los fundamentos de una existencia digna humana se pone de manifiesto a partir de la idea de que en las sociedades altamente industrializadas las condiciones materiales y espirituales mínimas de vida no pueden ser creadas por cada cual con su propia fuerza o con la ayuda de algunos pocos. Sin embargo, tampoco hay acuerdo sobre el punto en que esta tarea pueda ser cumplida por el Estado a través de delegar la responsabilidad en la iniciativa privada, pero bajo su supervisión, o bajo la única responsabilidad de la iniciativa privada sin la supervisión del Estado.

Entre los Estados miembros de la Unión Europea, se ha tomado la organización de los servicios del agua en diferentes formas. Aquí se presentaran las diferencias entre Inglaterra y Francia como casos ejemplares.

² Obedeciendo al uso cotidiano de la lengua, se empleará en lo siguiente, y a pesar de la diferencia jurídica respecto a “Comunidad Europea”, la voz “Unión Europea” (UE).

³ En el original: “*Daseinsvorsorge*” (nota del traductor).

1. Francia como ejemplo de un mercado parcialmente “liberado”⁴

En Francia existen aproximadamente diez mil compañías dedicadas al suministro de agua. El mercado de agua en Francia puede ser llamado, al menos en parte, “mercado liberado”, porque el está abierto a inversionistas privados que incluso compiten con la oferta pública. Mientras que en el ámbito agrícola el suministro de agua corre preponderantemente por cuenta del Estado, en las ciudades el suministro de agua está cubierto por la iniciativa privada en su mayoría.

Esto se aclara, en parte, por los altos costos de inversión y la mínima ganancia por parte de las zonas agrícolas escasamente pobladas y que, por eso, representan poco atractivo para la inversión privada. De esta manera, se llevan la mejor tajada en las regiones económicamente atractivas, lo que tiene como consecuencia el que solamente ahí exista una auténtica competencia.

Un modelo extensamente practicado en Francia es el modelo de concesión. Según este modelo, tendrá el derecho al suministro y eliminación de agua en una determinada región aquél que ofrezca el mejor precio y se atenga a la calidad de servicio exigida. Las dificultades de ese modelo residen, por un lado, en la incapacidad misma del Estado para aplicar y controlar de una manera eficiente el contenido del contrato. Por otro lado, existe una dificultad peculiar respecto a la afirmación anterior sobre el contrato, debido a los problemas no previstos que pueden surgir al brindar el servicio, ya que no es previsible la forma en que se desarrollarán a largo plazo los costos y la demanda. Críticas a este modelo han sido hechas por el tribunal administrativo, ante todo porque la corrupción y la concertación facciosa no son excepciones.⁵

Como se dijo, el mercado francés no es netamente liberal. Al lado de este modelo de concesión, prevalece la opción, menos utilizada, el de privatización según el cual hay distintas formas en que la iniciativa

⁴ El ejemplo está orientado en la dirección de la conferencia de Scheele en el marco del seminario 33 sobre ciencia del transporte que llevó el título: “suministro local en competencia: oportunidades, riesgos, estrategias”, celebrado en octubre del 2000 en la universidad Freiburg. Liga: http://www.uni-oldenburg.de/wipol/download/Diskussionspapier_214.pdf.

⁵ Fischer und Zwetkow, Privatisierungsoptionen für den deutschen Wasserversorgungsmarkt, ZfW 2003, s. 129 (135).

privada puede invertir. Gracias a este modelo, existen diferentes posibilidades de privatización, como la de delegar únicamente la administración de lo que fue alguna vez tarea pública y que pasa a la disposición de las manos privadas de un tercero. La característica distintiva de la *privatización formal* frente a una *privatización material*, reside en que en la *formal* permanece una gran responsabilidad en el Estado, porque se trata de una responsabilidad estatal y la iniciativa privada, por así decirlo, sólo se presenta como instrumento de la mano pública.

Pero para hacer más clara la diferencia entre *privatización formal* y *privatización material*, se expondrá el ejemplo del desarrollo inglés.

2. Inglaterra como ejemplo de un mercado privado

El mercado del agua en Inglaterra se desarrolló en dos etapas. En los años setenta existía una concentración de 3,500 empresas dedicadas al suministro del agua, y sólo 10 que funcionaban en manos gubernamentales. A finales de los años ochenta fueron vendidas las autorizaciones regionales del agua (*Regional Water Authorities*), junto con la infraestructura existente, durante el gobierno de la primera ministra M. Thatcher.

Para garantizar la competencia entre este extenso pero calculable grupo de competidores, se decidió en principio por determinar un límite máximo al precio del servicio. El valor aceptado como límite máximo del precio fue determinado a través de los costos existentes entre los “mejores del ramo” (*Yardstick Competition*). El ritmo al que se determinaba nuevamente el precio era de cada 5 años. El gran problema con este método lo constituyó la definición de criterios idóneos que permitieran una comparación de precios entre las ofertas minoritarias, además del hecho de haberles permitido a las empresas prestadoras de servicio un aumento anual de 5%.

Este aumento constante, que ciertamente estaba en contra del acuerdo de un precio máximo, derivó, por el lado de las empresas, a obtener ganancias exorbitantes, y por el lado del consumidor a un constante encarecimiento del servicio. Por eso, debido a la presión social, fue necesario detener este proceso de encarecimiento mediante la intervención del Estado durante la administración del primer ministro Blair y reducir el precio del agua en un 14%.

Comenzó a haber una “auténtica” competencia cuando en 1998 con el *competition act se enunciaron las condiciones fundamentales (network access codes)* a las que deberían de someterse todas las empresas del ramo y según las cuales sería posible la utilización conjunta de una misma tubería. De igual manera, se estableció en el mismo *codes*, la normatividad para las tuberías o la responsabilidad de la administración de la red de tubería sobre la calidad del agua. Con el fin de seguir impulsando la competencia se concedieron licencias a los grandes clientes (aquellos que utilizaban más de 250 mil m³ de agua) para el suministro y eliminación de agua. Con esto se intentó romper los monopolios regionales. Sin embargo, estas medidas para aumentar la competencia tuvieron un mediano efecto, o incluso uno muy débil, por el pingüe número de grandes clientes, así como por la ausencia de conexión a la red de agua potable.⁶

Más allá de esto, hay lo que se llama “quebradores de agua”, los cuales querían obtener un mejor precio para el consumidor a través de una demanda del servicio en paquete. Con estas medidas introducidas se beneficiaba principalmente a los grandes clientes.

Para concluir, es digno de consideración el hecho de que el mercado de agua inglés se encuentra en manos privadas (de manera material) gracias a la “no-liberalización”, necesariamente en razón de la ausencia de competencia que lo ha llevado a encontrarse nuevamente cautivo.

3. *El desarrollo del derecho en la Unión Europea*

Con el fin de unificar las diferencias de los ejemplos aquí esbozados, o mejor dicho, con el propósito de disponer a miembros de la Unión Europea a una competencia igualitaria en los mercados del agua, existen diferentes posibilidades propuestas por la Unión.

A. Regulaciones en el orden constitucional

Ciertamente está prevista una regulación de todos los servicios en la Unión Europea en el artículo III 6⁷ de la Constitución europea, corres-

⁶ Richtlinie 200/60/EG, Abl L 327/1 vom 22.12.2000.

pondiendo al interés por la previsión de vida; sin embargo, esta regulación no ha entrado aún en vigor. Tampoco se ha previsto cuándo y cuáles modificaciones de la Constitución europea entrarán en vigor para todos los miembros de la Unión Europea.

B. Otras posibilidades de regulación

La normatividad de la Unión Europea es pertinente sólo en los casos en que los Estados miembros han otorgado competencia a la Unión Europea. Ésta no posee ningún tipo de poder normativo independiente a aquel legitimado por los Estados miembros. La competencia concedida a la Unión Europea es muy grande, de tal forma que puede influir en muchas formas sobre los Estados miembros de la Unión.

- a. La determinación de la competencia jurídica para establecer una normatividad según el artículo 86, párrafo 3, de la Constitución de la Comunidad Europea

A disposición de la Unión Europea se encuentra particularmente, junto con otros actos judiciales, la forma de legislar. Ésta es responsable de que únicamente se determine la visión de una meta en forma de un marco general dentro del cual cada Estado miembro de la Unión Europea aplique la norma según su competencia jurídica nacional.

Dentro del marco jurídico para la normatividad sobre el agua del 23 de octubre de 2000,⁸ el agua fue descrita como “ninguna mercancía como para el comercio sino como un bien hereditario que debe ser protegido y defendido, y de esta manera correspondientemente tratado”. Dentro de esa normatividad no fue considerada ninguna regla sobre la composición jurídica de la administración económica del agua, sino simplemente fueron establecidos patrones de calidad del agua y de su respectivo control. Sin embargo, se reconoce la aparición de una tendencia en la comisión europea para conformar, contra lo arriba mencionado, un marco normativo sobre el agua dentro del ámbito de la economía del agua mediante la publicación, en el año 2003, del llamado *Libro verde*, con el

⁸ Normatividad 2000/60/Comunidad Europea, párrafo 1 L 327/1 del 22 de diciembre de 2000.

título *Prevención para la vida, en el cual se considera el agua obviamente como un bien comercial.*

Esos libros, verde o blanco según el caso, publicados por la Comisión Europea, tienen el propósito de poner sobre la mesa un debate a escala europea sobre metas y políticas fundamentales en cada ámbito, a la vez de contener las consideraciones propias, aún sin establecer obligaciones, respecto de cada tema aludido, además de preguntas a los distintos grupos de interesados. Paralelamente a esta indicación, la Comisión europea persigue una estrategia que le permita influir en los Estados miembros con los instrumentos ya existentes, que le permiten respetar los tratados del mercado interno de la Comunidad Europea.

b. Los instrumentos de control para la supervisión de la competencia

Estos instrumentos de control son en especial aquellas normas para el cumplimiento de las condiciones de la competencia según los artículos 81-89 de la Constitución de la Comunidad Europea. Junto a la estricta prohibición a los subsidios, *i. e.* la prohibición a la intervención del Estado que es especialmente adecuada para menoscabar la competencia, se encuentran concretamente las medidas contra la discriminación y repartición de mercados, además de la posibilidad del abuso de los controles.

Digno de atenderse en ese contexto es primeramente el artículo 86, párrafo 2 de la Constitución de la Comunidad Europea. Según éste, las reglas para la competencia, contenidas en la Constitución de la Comunidad Europea, no podrán ser aplicadas contra empresas que presten servicios de “interés económico general” cuando las reglas de la competencia impidan su cumplimiento de hecho o de derecho. Dentro de esos servicios de interés económico general se encuentran, según el sentido común, los intereses referentes a la previsión para la vida.

También la nueva jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea será ampliada a este respecto, ya que al momento no se encuentra comprendida dentro de las reglas de competencia y porque en el tema que tratamos el problema no es de “impedimento” sino de “poner

en peligro” el cumplimiento de la tarea.⁹ La aplicación de las reglas de competencia se encuentran, o con esto caen dentro, de la solución a la pregunta sobre si hay o no un impedimento o puesta en peligro en la salvaguarda de las tareas a cumplir. Esto tiene como finalidad la aplicación de un criterio estricto para hacer cumplir la tarea de interés económico general.

Dado que en otros sectores que se encuentran en competencia abierta, también se respetan los criterios de calidad, debido a que una falla contra esos criterios tendría consecuencias perjudiciales en el mercado libre, tanto para la administración de las empresas como para el comportamiento del consumidor responsable, entonces se piensa, que en el caso de la economía del agua, que se podría establecer un estricto control que ni siquiera permitiera presumir el poner en peligro el cumplimiento de las tareas vinculadas con ella.

Una aplicación de las normas de competencia no se encuentra enfrentada al artículo 86, parágrafo 2, de la Constitución de la Comunidad Europea. Dentro de los preceptos de libre competencia tienen que ser esclarecidas especialmente el artículo 82 y 86, parágrafo 1, de la Constitución de la Comunidad Europea. Una infracción contra el artículo 82 y el artículo 86, parágrafo 1 y 2, de la misma Constitución, se presentaría cuando un Estado miembro a través de su legislación o medidas administrativas creara una situación en la que empresas privadas o estatales obtienen un dominio del mercado para después abusar de él. Y se constata un abuso cuando la empresa que domina el mercado exige un precio por el servicio ofrecido que no está en relación con el valor del servicio prestado.

Para concretizar esto, puede uno remitirse al ejemplo anteriormente citado sobre Francia. Allá operaba el suministro de agua en algunas determinadas regiones por la concesión del Estado a la iniciativa privada. Si en este caso, que ha sido ampliamente descrito en párrafos anteriores, no se justifica el precio del servicio prestado por la empresa privada con base en sus características, claramente reconocibles y destacadas frente al servicio prestado por las empresas públicas, entonces sí existirá en este caso una infracción según el artículo 86 de la Constitución de la Comunidad Europea.

⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Rs. C-159/94-Comisión/Francia-Slg. 1997, I-5815 Rn. 59.

Un proceso judicial por incumplimiento del contrato en un caso especial como el mencionado, no ha sido iniciado hasta ahora en ninguno de los Estados miembros de la Comunidad.

C. Conclusiones preliminares

Los órganos europeos cuentan con diferentes tipos de mecanismos para controlar y dirigir los distintos órdenes dentro de la economía del agua en cada uno de los Estados miembros. De estos mecanismos no se ha hecho uso absolutamente, o sólo de una manera muy reservada.

Después de haber expuesto esta panorámica europea, es ahora el turno de hablar sobre Alemania.

III. LA SITUACIÓN LEGAL ALEMANA

En el mercado alemán existen algo así como 7,000 empresas dedicadas al suministro de agua,¹⁰ la mayoría de ellas municipales, aunque también las hay regionales. Estas empresas suministran agua según el derecho vigente y de manera típica, *i. e.* como tarea de administración autónoma,¹¹ principalmente dentro de un territorio monopolizado. También se ha extendido la formación de asociaciones comunales de interés limitado en el ámbito del suministro de agua potable y eliminación de aguas residuales. Se encuentran grandes partes de la economía municipal del agua formalmente privatizadas en forma de sociedades de responsabilidad limitada (GmbH), o también en forma de sociedades anónima (AG).

Sólo 2% del mercado se encuentra privatizado de manera *material*, esto es, en manos de empresas privadas sin influencia pública.¹² La tendencia creciente en los gustos ve con beneplácito —como consecuencia de los déficit en las finanzas municipales— la conformación de *Private pu-*

¹⁰ Daiber, *Empresa de suministro de agua, ¿un ramo en competencia?*, GewArch, 2004, pp. 107 y 108.

¹¹ Masing, *Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung*, VerwArch, 2004, pp. 151-153.

¹² Laskowski, *Die deutsche Wasserwirtschaft im Kontext von Privatisierung und Liberalisierung*, ZUR, 2003, pp. 1 y 2.

blic partnership”, lo que significa cooperación empresarial entre el sector público (mayoritariamente comunal) y el sector privado. Como ejemplo representativo puede tomarse el suministro de agua en la capital alemana, Berlín. La capital fue administrada desde 1999 por un consorcio de “economía mixta”. De manera especial, para darle legalidad, se eligió a una “institución del derecho público” (AöR), en la cual la ciudad de Berlín está representada con 50.1% y la empresa privada de agua con el resto. Ésta a su vez se encuentra constituida por el consorcio de energía (RWE) y la empresa internacional de agua *Veolia* (antes: *Vivendi*), cada cual con 24.95%.¹³

Esta semi-privatización se encuentra protegida legalmente por “cláusulas abiertas” dentro de la Constitución de la Federación alemana, las cuales aún describen el suministro de agua potable, así como la eliminación de aguas residuales, como una obligación fundamental del monopolio de servicios del municipio (aunque hay algo más que influye aquí, a saber: la autorización tanto para proponer una conexión como para emplear obligatoriamente todas las instituciones cuyas funciones sean servir a la salud del pueblo según las disposiciones de la Federación para los municipios). Sin embargo, la tarea del suministro de agua podría “ser ocasionalmente concesionada a terceros de forma definitiva”¹⁴ (se habla en este caso de “concesión para la prestación de un servicio”). En relación con la eliminación de agua se presenta esa cláusula la mayoría de las veces de manera restrictiva: la provincia de Nordheim Westfalen autoriza al municipio, primer responsable, a servirse de terceros para realizar esa tarea, pero no a cederla de manera completa o parcial (como sería el caso de una concesión).

La formación de semejantes *Public Private Partnership* trae consigo muchos problemas (de carácter jurídico, administrativo, económico), los cuales afectan la dirección que toman los intereses de las empresas que

¹³ Véase los veredictos del tribunal constitucional de Berlín de acuerdo con las exigencias conforme al derecho constitucional y, especialmente, a las exigencias de los estados democráticos que atienden la necesidad de comunicación entre los dirigentes de las empresas, sus decisiones, y la voluntad del cuerpo de representantes (Senado) de la ciudad de Berlín.

¹⁴ De esta manera, por ejemplo, véase el párrafo 47a, párrafo 1 de la Ley Estatal sobre el Agua de Nordheim-Westfalen; para la eliminación del agua véase el párrafo 18a, párrafo 2 de la Ley para el Uso Doméstico del Agua.

sirven al municipio.¹⁵ En relación con esto, aparecen cuestionamientos respecto a los derechos sobre las tarifas en los casos de participación de empresas privadas; la razón es que siempre existirá la obligación de respetar el “principio de equivalencia” en cada alza de cuotas administrativas por parte del municipio. Esto quiere decir que la medida elegida para ser aplicada, debe orientarse fundamentalmente a los costos reales de los servicios administrativos. Por eso mismo, habrá problemas en la manera de incluir en estos cálculos las ganancias de las empresas privadas, en las cuales están naturalmente interesadas.¹⁶

Ahora será presentada, de manera sucinta, una “variante” más dentro de las formas que hay de privatización en el campo del suministro de agua: ésta corresponde a la venta de las redes de ductos para el suministro de agua junto con las instalaciones de purificación (y toda la infraestructura correspondiente) a inversionistas extranjeros (por ejemplo, a los norteamericanos en razón de los beneficios fiscales), al mismo tiempo que tiene lugar el arrendamiento financiero a los municipios alemanes afectados (*Sale-and-lease-back* o *Cross-Boarder-Leasing*).

No obstante que el mercado del agua alemán en razón de lo descrito se encuentra privatizado (parcialmente), tanto de manera formal como material, dando lugar a una enorme concentración de empresas, toma cada día más fuerza el clamor por un mayor aumento en la eficiencia, sobre todo porque se ha visto cuán grandes son los costos en comparación con otros países europeos.

Después de haber tenido lugar muchos peritajes por parte del Estado para conocer las consecuencias de políticas económicas (tanto de salud pública como de medio ambiente) por haber abierto el mercado a la iniciativa privada, el ministerio federal de economía constató la “necesidad imperiosa de interés público... para disolver los monopolios del Estado”.¹⁷

¹⁵ Véase con relación a esto: Pielow, “Zwischen Flexibilität und demokratischer Legitimität: Neue Rechtsformen für kommunale Unternehmen”, *Festschrift für K. Pisen*, 2000, pp. 373 y ss.

¹⁶ Sobre esto el estudio detallado de Wiesenmann, *Auswirkungen von Privatisierung auf kommunale Benutzungsgebühren*, NVwZ, 2005, pp. 391 y ss.

¹⁷ Peritaje del consejo científico para BMWi del 12 de febrero de 2002. Número de documentación 503. “Prevención para la vida” en el mercado interior europeo, p. 20, cifra 5.

1. *Directrices jurídicas*

Como observación previa, valga decir que Alemania está constituida por estados federados que obliga a diferenciar entre la Federación y cada una de los estados federados. Esto se muestra, por ejemplo, en la forma en que se reparten las competencias jurídicas siguiendo lo establecido por la Constitución. De esta manera, posee la Federación, en determinados ámbitos, la exclusividad o el marco de competencia jurídica, mientras que otros pertenecen originalmente a los estados. En el caso de la economía del agua, la Federación posee la competencia jurídica.

A. *Competencia legislativa para una reestructuración de la economía del agua*

En la estructura federal anteriormente descrita, posee la Federación de acuerdo al artículo 75, parágrafo 1, número 4 de la Constitución fundamental, el marco de competencia en el ámbito del derecho de administración del agua. Y, como el nombre lo dice, le faculta para trazar en ese ámbito de la legislación de leyes federales un simplemente marco, que deberá ser completado efectivamente por la legislación estatal. Esto tiene como consecuencia, el que la amplia concepción sobre la liberalización de la economía del agua no sea realizable sin la influencia de los estados.¹⁸

B. *Normatividad legítima constitucional*

Junto con la necesaria cooperación entre la Federación y cada uno de los estados alemanes, se presenta en Alemania la cuestión sobre si es ante todo permisible una privatización y liberalización de gran envergadura de la economía del agua según la legítima normatividad constitucional. La razón de la pregunta reside en que tanto la liberalización como privatización se encuentran contra el artículo 28, parágrafo 2 de la Constitución fundamental alemana.

En el artículo mencionado se afirma: “Para cada uno de los municipios debe existir la garantía constitucional para legislar sobre todas aque-

¹⁸ Burgi, en: Hendler *et al.*, *Umweltschutz, Wirtschaft und kommunale Selbstverwaltung*, 16. Thrier Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht 2000, UTR 55, 2001.

llas cosas de incumbencia regional para el municipio dentro del marco de las leyes”. Esto trae aparejado el deseo de una descentralización en el seno mismo de la estructura del Estado, que a su vez propicia la idea fundamental de una democracia “de abajo hacia arriba”.

Gracias a esa sólida posición del municipio, no es posible que se erija ninguna estructura tripartida del Estado,¹⁹ porque el municipio se compone en su aspecto organizacional según las disposiciones legales de los estados a los que pertenece. No obstante, existe un fundamento para garantizar su autonomía administrativa dentro de los límites de su jurisdicción regional. Por esto, resulta cuestionable si el suministro de agua cae dentro de la competencia del municipio.

a. El suministro de agua fundamentado en el artículo 28, párrafo 2, de la Ley Fundamental alemana

Después del veredicto del Tribunal Constitucional de Justicia, son consideradas bajo el artículo 28, párrafo 2, de la Ley Fundamental alemana, “aquellas necesidades e intereses peculiares de la región municipal que afecta la vida y convivencia del conjunto de los hombres o que tienen con ella una relación especial a la vez que con los habitantes la integran”.²⁰

El amplio círculo de tareas se encuentra dividido por la jurisprudencia, de tal manera que es posible distinguir un núcleo inviolable y un ámbito periférico que puede ser modificado bajo ciertas condiciones.

Los municipios y los estados son de la opinión de que una privatización material en la economía del agua no es posible porque viola el derecho constitucional. La razón que esgrimen es doble: o bien el suministro de agua pertenece al núcleo inviolable²¹ mencionado, o si se prefiere ordenarla en el ámbito periférico, el hecho de despojar al municipio de esa tarea no justifica la intervención en su autonomía administrativa. Ninguna de las dos opciones convence. Dentro del núcleo inviolable se encuentran sólo las tareas que conforman el contenido esencial de la autonomía

¹⁹ Sachs und Niedehaus, *Constitución fundamental*, párrafo 28, Rn. 31.

²⁰ Veredicto de *Rastede* del tribunal federal superior de justicia 79, pp. 127 y 151.

²¹ De esta manera el ministerio para medio ambiente y comunicación de Baden-Württemberg, “Sustentabilidad a futuro en el suministro de agua”, diciembre 2000, p. 9.

administrativa, esto es; el contenido de tareas que al ser abandonadas afectarían a la comunidad en su tipo o estructura.

La privatización o liberalización de la economía del agua no representaría un riesgo para la conservación del municipio, incluso el abandono del suministro de agua no afectaría el núcleo de la autonomía administrativa y, por lo tanto, no se contrapondría al artículo 28, párrafo 2, de la Ley Fundamental. Una infracción a dicho artículo sucedería cuando al retirarle la tarea del suministro de agua a la comunidad, no se justificara la intervención en el ámbito periférico de sus competencias administrativas. Sin embargo, puede ordenarse la economía del agua en este ámbito cuando se presentaran dos razones: la necesidad de extraer agua de fuentes cercanas a la región municipal, y, además, que exista el interés de los ciudadanos del municipio por disponer de un suministro y eliminación del agua cualitativa y cuantitativamente adecuados.

Entonces, una intervención en el ámbito periférico es posible cuando el bienestar del municipio se sobrepone al principio derecho constitucional en la repartición de tareas como se encuentra en el artículo 28, párrafo 2, de la Ley Fundamental. Esta condición se cumple cuando la tarea de suministro de agua en manos del municipio conduce a un aumento desproporcional de los costos en relación con el servicio, lo cual tendría por consecuencia que la comunidad municipal no pudiera garantizar de forma óptima el servicio. Si bien hoy día no contamos con las pruebas suficientes al respecto, no obstante, indicios como una modesta estructura y altos costos (en relación con el resto de Europa), anuncian ya un abandono en la tarea del suministro de agua.²² Además que en el artículo 28, párrafo 2, de la Ley Fundamental, respecto al suministro municipal de agua, no se ofrece ninguna protección para no despojar al municipio de esa tarea.

Por otro lado, se encuentra la referencia, dentro de las garantías para la autonomía administrativa de los municipios, en la posibilidad de hacer uso de los distintos tipos de privatización existentes dentro “del marco de la ley”.²³

²² Según Lanzdorf poseen los Países Bajos y el Reino Unido precios más bajos en relación con la misma calidad del agua. Citado en Daiber, “Wasserversorgung-Branche in Wettbewerb?”, *GewArch* 2004, pp. 107-111.

²³ Véase a este respecto la Constitución federal alemana, NVwZ; además Wiese-
mann, NVwZ 2005, pp. 391-393.

b. Obligaciones para la protección por parte del Estado que emana de los artículos 20 y 20a de la Ley Fundamental alemana

Del artículo 20a de la Ley Fundamental se desprende una dificultad más en el proceso de privatización y liberalización. En ese artículo se lee: “El Estado protege... los fundamentos naturales para la vida... dentro del marco del orden constitucional... y conforme a la ley y al derecho...”. Ciertamente, a partir de esto no se desprende ninguna obligación directa para proteger y sostener un monopolio estatal respecto a los servicios en el sector del agua, sino, en el mejor de los casos, decretar y disponer de las medidas para asegurar la calidad del agua.

Un programa de privatización y liberalización de la economía del agua debería obviamente hacerse responsable por la salud y la protección del medio ambiente. Y es claro que semejante intención no se opone en principio con el artículo 20a de la Ley Fundamental. Permítaseme tan sólo hacer referencia a la “garantía de responsabilidad” por parte del Estado tomado del principio fundamental del Estado social de la Ley Fundamental (artículo 20, párrafo 1). Esta garantía tiene como finalidad cuidar del suministro de agua tanto respecto a la cantidad de su demanda como al valor adecuado de su cualidad. En ningún caso esto implica, desde el punto de vista legal-constitucional, que el Estado exclusivamente deba “cumplir con esa responsabilidad”, o que el Estado se reserve esa tarea en el sentido de retener un “monopolio administrativo” o un monopolio estatal.

C. Conclusiones provisionales

Una amplia privatización y liberalización de la economía del agua es en principio posible, dentro del marco constitucional de derecho y del espíritu de la Ley Fundamental, siempre y cuando se pueda asegurar un margen determinado de calidad.

2. Normatividad según el derecho de la Comunidad Europea

Junto con la normatividad derivada del derecho constitucional, será aclarada finalmente la influencia del derecho de concesión según el derecho municipal respecto a la “prevención para la vida”.

El derecho municipal prescribe que los contratos públicos (contratos con terceros y que rebasan un valor establecido) deben ser adscritos previo concurso público. Esto hay que considerarlo frente a la valoración de las necesidades de inversión de alrededor de 200 millones de euros, simplemente para la creación y conservación de la infraestructura del suministro de agua en los próximos 15 años.²⁴

De esta manera, se ven obligadas las empresas públicas de la comunidad (entendidas como las principales contratistas públicas y concesionarias de servicios para la prevención de vida), por medio del reglamento de concesión, a poner estos servicios a concurso público, siempre y cuando rebasen el valor límite superior.²⁵ Con esto, lo que se quiere lograr es que sean empleados los recursos públicos de la mejor manera posible.

Por último, ha sido ampliado el campo de maniobra en el ejercicio de las concesiones, mediante una resolución del Tribunal Superior de la Comunidad Europea del 11 de enero de 2005. El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea tuvo la obligación de aclarar la cuestión sobre si era posible convocar a concurso, en la concesión de contratos públicos, a empresas mixtas, esto es, empresas en las que participa la inversión pública (las así llamadas: “*nhouse-Geschäfte*”). El veredicto fue positivo, y, con esto, caen también bajo la ley de concesiones los contratos a empresas en las cuales existe una pequeña parte en inversión privada.

3. *Iniciativa propia en las empresas públicas comunales*

No obstante que los estados y municipios protestan contra la apertura del mercado del agua, no debe ser silenciado en este punto el esfuerzo de las empresas municipales por ocuparse cuando menos de la transparencia. Esto es posible a través de la comparación de los índices (llamados Benchmarking) entre las distintas empresas en competencia.

²⁴ Frank, Deutsche Bank Research, 2000, “Wasserwirtschaft im Zeichen der Liberalisierung und Privatisierung”, citado en Fischer y Zwetkow, *Systematisierung der derzeitigen Privatisierungsmöglichkeiten auf dem deutschen Wassermarkt-Trennung von Netz und Betrieb als zusätzliche Option?*, NVwZ 2003, 281, Fn. 6.

²⁵ Schrapf, *Der Einfluss des Europarechts auf die Daseinsvorsorge*, EuZW 2005, pp. 295-297.

Esta medida comparativa ha sido hasta el día de ahora opcional, y su conocimiento ha dependido en gran medida de las dificultades que supone indagar índices comparativamente similares. Por eso, aparece como extremadamente cuestionable si esta medida es suficiente para el legislador europeo como sustituto de la “libre competencia”.

4. *Conclusiones provisionales*

No hay en principio ningún obstáculo por parte del derecho constitucional alemán para la privatización y liberalización del mercado de agua. La resistencia política, por parte principalmente de los estados y municipios, tendrá éxito si no se lleva a cabo una regulación municipal en relación con el tema de la prevención para la vida.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Finalmente, queda claro que Europa se encuentra ante la urgente reforma de la estructura organizativa de la economía del agua. Únicamente queda por resolver la envergadura que habrá de tener esa reforma. Determinante para resolver esta cuestión serán las medidas que adopte la Comisión europea del agua en el futuro próximo.

Con fundamento en el marco formativo que rige los asuntos sobre el agua, se ha creado una base cualitativa uniforme según la cual es posible medir la calidad del servicio prestado independientemente de su forma organizacional.

Sin tomar en consideración la oposición política en Alemania, tiene que adaptarse la estructura de la economía del agua a la dimensión de los cambios en Europa.