

RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGUA Y SANEAMIENTO EN URUGUAY

Mariano R. BRITO*

SUMARIO: I. *Cuestiones preliminares*. II. *Principios fundamentales del régimen jurídico del agua y saneamiento*. III. *Conclusiones*.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. *Dificultades terminológicas*

El régimen jurídico del agua y saneamiento lleva aneja una referencia constante a las cuestiones del desarrollo y medio ambiente, las competencias estatales en la materia, los reclamos desde las libertades operativas del comercio y la industria, los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios de los servicios, y frecuentes presencias y compromisos del dominio público y privado, también en juego.

Se advierte que “agua, suelo y aire son el contenido mínimo del medio ambiente”,¹ por lo cual está en juego su noción y los atributos fundamentales que definen su perfil.

La noción del medio ambiente, que se consagra en pluralidad de ordenamientos, se halla presente en el ámbito constitucional, legal y reglamentario

* Rector de la Universidad de Montevideo, catedrático de Derecho administrativo, presidente fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, director fundador del *Anuario de Derecho Administrativo*.

¹ Martínez Vera, José, *Derecho administrativo, parte especial*, 5a. ed., Montevideo, AMF, 2001, p. 749.

en Uruguay. También allí podría afirmarse que: “La cuestión dista de ser pacífica, ya que la propia expresión ‘medio ambiente’ ha sido negativamente criticada, toda vez que se ha considerado redundante (Martín Mateo)”.² Agregase a esto que la evaluación de impacto ambiental (EIA) “tiene el alcance y el contenido que determina específicamente cada legislación, pero también que obsta a un concepto general o mayoritariamente aceptado de lo que es una EIA, “ni posiblemente llegará nunca a haberlo”, señala Cashman.³ Recientemente, Delpiazzo define la evaluación de impacto ambiental diciendo que: “...puede ser caracterizada como un procedimiento administrativo tendiente a determinar los efectos (impactos) que una determinada actividad u obra puede tener sobre el medio ambiente, con el objetivo de decidir acerca de la conveniencia o mejor forma de llevar adelante una actividad u obra”.⁴

Cousillas establece que “La EIA puede ser definida en forma simple, como un conjunto de análisis sobre los efectos (impactos) que tiene una determinada actividad sobre el ambiente (natural y construido o aun cultural), que se realiza con el objetivo de tener un elemento más, a la hora de decidir acerca de la conveniencia o de la mejor forma de llevar a cabo la actividad”.⁵

En sentido afirmativo de la inclusión mencionada, en el régimen jurídico uruguayo, se halla la regla legal que considera impacto ambiental negativo o nocivo a toda alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente perjudiquen o dañen: “La salud, seguridad o calidad de vida de la población... La configuración, calidad y diversidad de los recursos naturales”.⁶

Pero antes, y sobre la regla legal citada, debe destacarse la supremacía del texto constitucional que dispone las bases de la política nacional de agua y saneamiento, consignando con razón de necesidad: “a) el ordena-

² *Ibidem.*

³ Cousillas, Marcelo J., *Evaluación del impacto ambiental, análisis de la Ley 16.466, del 19 de enero de 1994*, Montevideo, Publicaciones del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, 1994, p. 22.

⁴ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho administrativo especial*, Montevideo, AMF, 2006, p. 385.

⁵ Cousillas, Marcelo J., *op. cit.*, nota 3, p. 22.

⁶ Ley 16.666, del 19 de enero de 1994, artículo 2o.

miento del territorio, conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza; b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, en los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general...”.⁷

No tiene resonancia menor la confrontación de intereses y derechos tutelados constitucionalmente en los ámbitos nacional e internacional con sus reclamos consecuentes de armonización o aun la advertencia de prioridades según exigencias de racionalidad.

Se reconoce también (cuando del medio ambiente se trata, y en él, agua y saneamiento), el compromiso de los servicios públicos —servicios para el público— con su reclamo de definición de políticas de Estado.

Con éstas, tampoco puede descuidarse la incidencia en el desarrollo económico, porque las transformaciones que se reclaman orientadas a aquel fin deben:

- i) asegurar mejoras permanentes de la cantidad y calidad de los servicios ofrecidos;
- ii) promover reducciones significativas en las tarifas;
- iii) fijar objetivos distributivos explícitos sobre las condiciones de acceso universal a cada uno de los servicios (dejando en claro quiénes se benefician y quiénes pagan), y
- iv) promover la inversión.

Para todo lo cual “es necesario partir de una política de Estado que cuente con el más amplio respaldo posible, definiendo secuencialmente los fines primordiales, la mejor organización posible para la provisión de los servicios y la participación concreta del Estado en la misma”.⁸

Con marcada intensidad se procura la distinción entre prestadores de los servicios y órganos reguladores, atribuyendo para los últimos su precisa definición y operación con “plena autonomía funcional y con responsabilidad política directa”.⁹ Pero unos y otros con potestades normativas reglamentarias con objeto propio y fines diversos.

⁷ Constitución, reforma de 2004, artículo 47, numeral 1, literales a y b.

⁸ Bergara, Mario, Bracco, Fernando *et al.*, *Servicios públicos: aportes hacia una política de Estado*, Montevideo, Trille-CIIP,UPAZ-PNUD-CEE/1815, 2001, p. 31.

⁹ *Ibidem*, p. 32.

En suma —sin pretensión de agotamiento— un cúmulo de circunstancias y condiciones que originan dificultades terminológicas frecuentes.

A todo esto se agrega cuanto resulta de un concepto de medio ambiente que incluye no sólo el medio natural, sino también el entorno en general, abarcando tanto la protección urbanística como los bienes históricos y artísticos, en cuyo caso

dan muestra ciertas técnicas de protección de bienes culturales y ecológicos surgidas a causa de las obligaciones comunitarias, como la evaluación del impacto ambiental, que supone una valoración de los efectos previsibles directos e indirectos del proyecto sobre la población, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, los factores climáticos y el paisaje y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico-artístico y el arqueológico.¹⁰

Se ve aquí cuánto concurre el derecho —ciencia práctica— al encuentro de la praxis. En ésta, y por ésta, se halla una ineludible movilidad y un apego a la política, que se hacen presentes para provocar dificultades a la hora de interpretación de las normas jurídicas.¹¹ Las imprecisiones terminológicas consecuentes no son la menor de las causas de las dificultades mencionadas, con reclamos de permanente puesta al día, que ha de ser paralela al avance científico y tecnológico.

2. Dificultades emergentes de la pluralidad de fuentes normativas y distribución de competencias

El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo dictan normas en la materia, ambos con la concurrencia constitucional en materias de la ley, y el segundo también en desarrollo de su potestad reglamentaria.¹²

También corresponde tomar en cuenta las normas legislativas emanadas de los gobiernos departamentales, en materia de su competencia.¹³

Integran el orden jurídico de la materia las reglas de derecho internacional público.

¹⁰ Martínez Vera, *op. cit.*, nota 1, p. 749.

¹¹ Meilán Gil, José Luis, *El proceso de la definición del derecho administrativo*, Madrid, 1967, pp. 41 y ss.

¹² Constitución, artículos 85, 3o. y 168 ordinal 4o.

¹³ Se mencionan en el párrafo correspondiente, *infra*.

Sumariamente señalo:

A. Competencia del Poder Ejecutivo en materia de aguas

El Poder Ejecutivo es la autoridad nacional en materia de aguas. En tal carácter, le compete especialmente:

Formular la política nacional de aguas y concretarla en programas correlacionados o integrados con la programación general del país y con los programas para regiones y sectores.

Decretar reservas sobre aguas de dominio público o privado, por periodos no mayores de ocho años, prorrogables por resolución fundada, que impidan ciertos usos o la constitución de determinados derechos. Si se tratare de aguas fiscales, la reserva podrá decretarse por periodos mayores, o sin fijación de término.

Establecer prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o parte de ellas, asignándose la primera prioridad al abastecimiento de agua potable a poblaciones.¹⁴

La normativa legal citada halla desarrollo reglamentario.¹⁵

B. Competencia de la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA)¹⁶

Ella “refiere de manera principal a la regulación y control de los servicios públicos de suministro de agua potable y saneamiento”. En ese ámbito, compete a URSEA:

...f) dictar reglas generales e instrucciones particulares que aseguren el funcionamiento de los servicios comprendidos en su competencia en los sectores de agua potable y saneamiento con arreglo a los objetivos legales, entre los que se encuentran la seguridad del suministro, la adecuada protección de los derechos de usuarios y consumidores, la prestación igualita-

¹⁴ Código de Aguas, Decreto Ley número 14.859, del 15 de diciembre de 1978, artículo 3o., numerales 1 a 3.

¹⁵ Decreto 335/004, del 21 de septiembre de 2004, artículo 1o.

¹⁶ Por Ley número 17.598 del 13 de diciembre de 2002, se crea como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, estableciéndose su organización y competencia.

ria, con regularidad, continuidad y calidad de los servicios y la aplicación de tarifas que reflejan los costos económicos en cuanto correspondiere;¹⁷

g) dictar normas técnicas con relación a dichos servicios;¹⁸

h) controlar el cumplimiento de las normas técnicas y jurídicas aplicables por parte de los operadores públicos y privados prestadores de servicios comprendidos en su competencia en los sectores de agua potable y saneamiento, pudiendo requerir la información necesaria para el cumplimiento de sus cometidos (artículo 14, literal G de la Ley número 17.598).¹⁹

C. *Competencia del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTOP)*

La competencia del MTOP en materia de aguas “se ejerce fundamentalmente con la intervención de su Dirección Nacional de Hidrografía y se refiere de manera principal al uso y administración de los recursos hídricos”.²⁰

D. *Competencia del Ministerio de Salud Pública (MSP)*

La competencia del MSP en materia de aguas refiere de manera principal al establecimiento de normas de control de salud ambiental (Decreto número 348/997 del 19 de septiembre de 1997), y se ejerce fundamentalmente a través de su División de Salud Ambiental.²¹

E. *Competencia del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca (MGAP)*

...se ejerce fundamentalmente con intervención de su Dirección de Recursos Naturales Renovables y refiere de manera principal a las atribuciones para prevenir y controlar la erosión y degradación de los suelos, la conser-

¹⁷ Decreto 335/004, *op. cit.*, nota 15, artículo 2o.

¹⁸ *Ibidem*. Debe tenerse presente la incidencia del artículo 47 de la Constitución, según texto resultante de la reforma del 31 de octubre de 2004, por el cual: “El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusivamente y directamente por personas jurídicas estatales”.

¹⁹ Decreto 335/004, *op. cit.*, nota 15, artículo 4o.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Ibidem*, artículo 6o.

vacación de las aguas superficiales destinadas a fines agropecuarios, el establecimiento de normas técnicas sobre el uso de agua para el riego, y la aprobación de planes de uso y manejo de suelos y aguas en relación con las actividades agropecuarias.²²

F. *Competencia del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA)*

Coordinación para evitar resultados contrastantes. A este fin el Decreto comentado faculta

a los órganos de la administración central a cuya competencia refiere el presente reglamento, a suscribir convenios entre sí, con OSE y con los gobiernos departamentales, que permiten intercambiar y compartir información útil para el desarrollo de esa competencia, así como acordar la organización, prestación y complementación de actividades inherentes a la misma.²³

Pero, básica y fundamentalmente, debe tenerse presente que “corresponde al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, la coordinación exclusiva de la gestión ambiental integrada del Estado y de las entidades públicas en general”.²⁴

3. *Dificultades emergentes de la reforma constitucional del 31 de octubre de 2004*

La reforma introduce algunas innovaciones fundamentales, dando origen a una serie de dudas de carácter jurídico, sobre la procedencia de la reforma del modo que estaba redactada, su vigencia, el alcance de la misma, lo que llevó a afirmar en algún caso, la necesidad de aprobar una ley interpretativa (artículo 85 numeral 20 de la Constitución), que aclarara tales dudas, y le diera certeza a las consecuencias de la reforma.²⁵

²² *Ibidem*, artículo 7o.

²³ *Ibidem*, artículo 18.

²⁴ Ley 17.283, del 17 de diciembre de 2000, artículo 8o.

²⁵ Gutiérrez, Fulvio, “La reforma constitucional sobre el agua. Primeras reflexiones”, *La Justicia Uruguaya*, año 2004, t. 130. Claramente revelador de las dificultades citadas ha sido el Decreto número 435/004, del 15 de diciembre de 2004, cuando afir-

Por la reforma se han abierto con ensanche total las amplias puertas de la gestión pública directa del servicio público de abastecimiento de aguas para el consumo humano y del servicio público de abastecimiento, en términos de exclusividad, en tanto su prestación se reserva exclusiva y directamente a personas jurídicas estatales.²⁶ Pero se genera una duda relevante: ¿qué efecto o alcance tiene el texto constitucional citado con respecto a las prestaciones a cargo de empresas privadas a la fecha de vigencia de la reforma? ¿Podría afirmarse que desde un punto de vista jurídico pueda continuar el servicio de abastecimiento de agua en esas condiciones, a cargo de empresas privadas concesionarias, permisionarias o autorizadas a aquella fecha?

No es suficiente el texto mencionado para dar respuesta a la presente dificultad. Nos ocuparemos de ella en el siguiente apartado.

II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGUA Y SANEAMIENTO

Cuando se habla de principios —primeros criterios de verdad en la materia o asunto que se considere— podrá decirse, como se afirmó a fines del siglo XX, que es un gran reto que tenemos al final de este milenio, realizar el paso, tan necesario como urgente, del fenómeno al fundamento.²⁷

En el asunto que nos ocupa están en juego principios de libertad y derechos fundamentales, competencias estatales y particularmente cometidos estatales, concurrencia en exclusividad o competencia con privados, dimensiones económicas y desarrollo, entre otros.

Surge, con evidencia de realidad, que los servicios referidos hacen capítulo fundamental del medio ambiente, con lo cual de inmediato atañe a ellos la salvaguarda de bienes alcanzados por la calificación

ma: Resultando: ... II) que son notorias las discrepancias interpretativas que se han planteado públicamente, tanto en el ámbito político como en el académico, acerca de los efectos de la entrada en vigencia de la referida reforma constitucional sobre la actual prestación de los servicios públicos de saneamiento y de abastecimiento de agua para el consumo humano por personas jurídicas no estatales". Igual interés concitan los considerados (I al VIII) y la parte dispositiva (artículos 1o., 2o. y 3o.).

²⁶ Constitución, artículo 47 numeral 4.

²⁷ Juan Pablo II, *Encíclica Fides et ratio*, 2a. ed., Madrid, Palabra, 1998, p. 114.

constitucional de bien común o, en la aserción de derecho positivo, de interés general.²⁸

Se hace presente que Uruguay es parte integrante de un ecosistema. El examen del derecho al desarrollo y a un medio ambiente sano proclaman la referencia no sólo nacional, sino internacional y aun universal.

La Constitución nacional, por la reforma de 2004, vino a disponer: “La ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad”.

La integración en el ecosistema regional es capítulo relevante de una definición geopolítica. Su reclamo se ha plasmado en el Tratado de Asunción, procurando la ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales de los Estados partes, a través de la integración, “condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”.²⁹

Los Estados partes acuerdan en virtud de su convencimiento de la necesidad de promover su desarrollo científico y tecnológico y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar la condición de vida de sus habitantes.

En igual línea de definición y fin se halla el postulado constitucional de la reforma cuando reconoce el agua como “un recurso natural esencial para la vida”,³⁰ así como que “El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales”.³¹ Pero, por igual fundamento, se reconoce que estos servicios desbordan el acantonamiento regional, cuando preceptúa para la política nacional de aguas y abastecimiento su basamento en:

- a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza”, sin confinamiento territorial nacional ni regional;

²⁸ No se pretende, sin más, la identificación entre bien común e interés general, porque en tanto el primero reconoce un componente o referencia ética, el segundo atañe particularmente a una dimensión técnica.

²⁹ Tratado de Asunción, considerando.

³⁰ Constitución, artículo 47, inciso 2.

³¹ *Ibidem*, artículo 47, inciso 3.

- b) la gestión sustentable solidaria con las generaciones futuras de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general;
- c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ella, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.³²

Los principios ya enunciados —expresión del compromiso del interés general y de los derechos fundamentales de la persona humana— llevan consigo un riesgo por el cuestionamiento de racionalidad si se absolutiza una u otra dimensión, idealizando la cuestión. Bien podrá darse para este orden de cuestiones aquello que José Antonio García de Coca denunciara diciendo: “Somos perfectamente conscientes del riesgo de incurrir en afirmaciones lineales o simplistas, porque lo cierto es que ni una ni otra son garantía automática de una buena gestión”.³³ Una vez más ha de conocerse que concurren interés general y derechos fundamentales, antes que en oposición u opción adversativa, en conjugación posible, por cuanto del primero es la dimensión de cuidado, protección y seguridad para los derechos fundamentales, y éstos a su turno, no son derechos individuales en línea clásica, individualista, sin referencia social. También llevan consigo la dimensión social de alteridad constitutiva del hombre para su perfección y normalidad, y con ella, la radicación de deberes a su cargo. El interés general es, en suma, un bien participado, y el bien del participante (los sujetos de la comunidad, personas y cuerpos intermedios) no alcanzan por sí y en sí grado de identidad de perfección absoluta. La coexistencia de ambos opera una relatividad incuestionable e imponen, por lo mismo, un pragmatismo operativo en búsqueda de equilibrio y adecuación.³⁴

³² Constitución, artículo 47, numeral 1, literales a y b.

³³ García de Coca, José Antonio, “El servicio público local de abastecimiento de agua potable, saneamiento y depuración. Nuevas tendencias, en especial de gestión indirecta”, en Sosa Wagner, Francisco (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, homenaje al profesor doctor D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 674.

³⁴ Brito, Mariano R., “El principio de participación en el derecho administrativo uruguayo”, en Gesta Leal, Rogerio (coord.), *Administração pública e participação social na América Latina*, Santa Cruz do Sul, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2005, p. 285. También, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, San José, Costa Rica, año 5, núm. 5, 2005, pp. 36-45.

A la luz de esos primeros principios se comprende su piedra angular también afirmada en la Constitución reformada: “El agua es un recurso natural esencial para la vida”.³⁵ Se está ante un ineludible derecho fundamental porque apunta al bien de los bienes del hombre: la vida... “d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico”.³⁶

Se agrega a lo expuesto, las siguientes reglas constitucionales, también resultantes de la reforma plebiscitada:

Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.

3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.

Para el régimen jurídico uruguayo, luego de la reforma de 2004, es procedente afirmar que no ha lugar la despublificación.³⁷ Más aún, creemos inserto este criterio en las coordenadas de la jurisprudencia uruguaya cuando, analizando el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, ha dicho:

Se participa de la construcción doctrinaria y jurisprudencial de los últimos años, relativa a que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado

³⁵ Constitución, artículo 47, inciso 2.

³⁶ *Ibidem*, numeral 1, literal d.

³⁷ ¿Será también así económicamente hablando? Se ha dicho que “El transporte de fluidos por tuberías puede catalogarse, en efecto, como uno de los ejemplos de monopolio natural, donde las peculiaridades tecnológicas de determinadas actividades no permiten estructuras de mercado competitivas”. García de Coca, José, *op. cit.*, nota 33, pp. 688 y 689. El mismo autor recuerda: “La condición de monopolio natural, como es absolutamente conocido, significa que los costes son mayores a medida que la demanda es satisfecha por más empresas, es decir, que la división de la oferta, implicará una situación ineficiente, debido, fundamentalmente, a los elevados costes fijos que representa la implantación de una red de estas características”. Y recuerda que fue John Stuart Mill el primer autor en observar este tipo de situaciones, quien en febrero de 1851 atribuyó las características de monopolio natural al abastecimiento de agua a poblaciones, en un informe elaborado a petición de la Metropolitan Sanitary Association, dando su opinión favorable a la creación de una *public water authority*, *op. cit.*, nota 33, p. 689.

constituye un auténtico derecho subjetivo, donde las consecuencias más importantes de esta definición son la legitimación universal, la tutela preventiva de este derecho y la construcción operativa del régimen jurídico del daño ambiental sobre la base de la consideración de éste como el resultado de la lesión del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado.³⁸

Pero, reitero que, para el régimen jurídico de agua potable en Uruguay, como el de saneamiento, constituyen servicio público, cuya titularidad por mandato constitucional excluye la radicación en operadores privados y en términos tales —prestación exclusiva y directa por personas jurídicas estatales—³⁹ que no procede la gestión prestacional indirecta por vía de concesión, autorización ni permiso. Pero más todavía: por la misma fuente normativa, el dominio de las aguas superficiales, así como las subterráneas, formar parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.⁴⁰

Pero si la calidad de servicio público, con su titularidad anotada —reservada exclusiva y directamente a personas jurídicas estatales— su régimen se desenvuelve en encuentro e ineludible armonización con la referencia permanente y sustantiva a la persona humana, porque: “El agua es un recurso natural esencial para la vida” (texto incorporado por la reforma de 2004) y “el acceso del agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales” (en virtud de igual incorporación normativa). Con esto, si bien ambos servicios aparecen finalizados al interés general, se impone a su respecto que éste no se agota en la abstracción universal; antes bien, conlleva presencia en esfera individual, personal, porque a toda persona humana pertenece en calidad de derecho humano fundamental.

En tanto y en cuanto el acceso a esos servicios constituye derecho humano fundamental —inherente, condición necesaria para la vida y desarrollo personal del hombre, de cada hombre y de todo hombre— lleva consigo relación de inmediatez con el medio ambiente adecuado para aquella vida y desarrollo, y por esto entraña que “se ha otorgado una fa-

38 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o. turno, núm. 213/00, del 21 de diciembre de 2000, en LJU, caso 14.205, citada por Rubén Flores Dakpervicius, *Constitución de la República Oriental del Uruguay, actualizada, anotada y concordada*, Montevideo, AMF, 2004, p. 19.

39 Constitución, artículo 47, numeral 3.

40 *Ibidem*, numeral 2.

cultad de poder exigir al Estado u otro órgano de la administración, una acción u omisión concretas correspondientes a esta posición. Confiere un derecho subjetivo y es susceptible de tutela efectiva y es título legitimador”.⁴¹

En no menor grado se hallan a propósito de esos derechos, por su naturaleza y relaciones descritas, los que García de Coca denomina “principios jurídico-materiales: los principios de finalización al interés general, subsidiariedad, proporcionalidad y eficacia”.⁴²

Por la reserva en exclusividad y directa de la titularidad de prestación de los servicios públicos de saneamiento y abastecimiento de agua para el consumo humano, a personas jurídicas estatales, no cabe en el derecho uruguayo la figura de la “sobrerreserva”⁴³ —la doble titularidad pública y privada— de esas prestaciones.

Corresponderá a la ley determinar las personas jurídicas estatales prestadoras de esos servicios, pudiendo ser ellas nacionales o departamentales, y aun la concurrencia de unas y otras para la prestación de un mismo servicio.⁴⁴

No podría, en cambio, asignarse esa competencia a las autoridades locales, porque la personería jurídica en el ámbito departamental es propia del respectivo gobierno departamental. Las autoridades locales son órganos públicos con competencia asignada por la ley, pero no se habilita su erección en “personas jurídicas locales”, aunque sí el intendente, con acuerdo de la junta departamental, podrá delegar en las autoridades locales la ejecución de determinados cometidos, en sus respectivas circunscripciones territoriales.⁴⁵

A propósito del texto constitucional referido, atribuye la competencia exclusiva y directa a personas jurídicas estatales, de la prestación de los servicios públicos mencionados, se plantea una cuestión de interpretación constitucional en punto a la aplicación de normas innovadoras. El

41 Sentencia TAC 2o. turno, *op. cit.*, nota 38.

42 García de Coca, *op. cit.*, nota 33, p. 635.

43 Constitución, artículo 262, inciso 5o: “Los gobiernos departamentales podrán acordar entre sí y con el Poder Ejecutivo así como con los entes autónomos y los servicios descentralizados, la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental”.

44 *Ibidem*, inciso 4.

45 Cagoni, José Aníbal, “La reforma del «agua»”, *Revista de Derecho Público*, Montevideo, 2005, núm. 27, p. 62.

criterio general de derecho enseña su aplicación para el futuro, no retroactivamente. No es cuestión menor la existencia de concesiones de prestación de servicios de agua potable a la fecha de vigencia de la reforma. Bien ha podido decir el autor citado que “si se aceptara que las concesiones caen ipso jure al entrar en vigencia las reformas a la Constitución se configuraría el absurdo de que debería ser dejado sin efecto lo inexistente”.⁴⁶

Armónica y lógicamente interpreta el texto en cuestión en el sentido de que “de acuerdo a lo dicho en general y a lo referente al artículo 188, lo que resulta de esta nueva disposición es que en el futuro el Estado —persona pública mayor y personas públicas menores de carácter estatal— deberán se los únicos prestadores de los servicios”.⁴⁷

Con esa interpretación, las prestaciones a cargo de empresas privadas a la fecha de vigencia de la reforma constitucional subsistirán, sin perjuicio de que pueda operarse la extinción de las concesiones, autorizaciones o permisos si éstos quebrantan las disposiciones correspondientes según inciso final del numeral 1, el cual establece: “Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores, deberá ser dejada sin efecto”. Las disposiciones referidas consagran los principios fundantes definidos en el numeral 1, literales a, b, c y d).⁴⁸

En interpretación coincidente, se dijo antes: “...se concluye que la cesantía de las prestaciones privadas, jamás será automática porque aquella requerirá para su producción y efecto el acto administrativo correspondiente del Poder Ejecutivo”,⁴⁹ recordando que éste es la autoridad nacional en materia de aguas. En el plano reglamentario corresponde atender a lo dispuesto por el Decreto 435/004, del 13 de diciembre de 2004:

Los actuales prestadores no estatales del servicio público de saneamiento y del servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano, en cualquier punto del territorio de la república, continuarán prestando con regularidad y sin interrupción, en las mismas condiciones en que vienen haciéndolo hasta el presente, sin innovar durante el lapso necesario para cumplir, en cada caso, las acciones conducentes a una pron-

⁴⁶ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 62.

⁴⁸ En ese sentido, véase Clavijo, Héctor Mario, *Breves consideraciones sobre la reforma del agua*, Montevideo, LJU, 2005, p. 131.

⁴⁹ Gutiérrez, Fulvio, *op. cit.*, nota 25, p. 130.

ta y adecuada transferencia de tales servicios a la persona jurídica estatal correspondiente”.

III. CONCLUSIONES

El agua y el saneamiento, junto con el aire, constituyen reductos calificados del medio ambiente para la vida, porque son bienes primarios para su subsistencia y transmisión creadora. De la primera afirma la Constitución reformada: “el agua es un recurso natural esencial para la vida”.

La afectación de ellos —en tanto se comprometa el bien primario enunciado— lo vulnera y despoja de sus atributos esenciales; junto con el compromiso de la vida, se lesiona la dignidad humana.

La calificación de interés general para la preservación —protección— del medio ambiente, lleva consigo la del agua, aire y saneamiento, con la correspondiente nómina de deberes para el Estado y las personas físicas y morales, públicas y privadas.

La necesidad anotada también ciñe con reglas la actuación administrativa y gubernamental —la prudencia política y administrativa— que es aplicación de principios abstractos a la realidad política y social presente, debiendo observar en aquéllas, que nutren su racionalidad. Como la prudencia misma, supone memoria del pasado, conciencia del presente y previsión del futuro (perspectivas y prospectiva). Tales principios universales y abstractos —que dicen de la protección del medio ambiente— agua, saneamiento y aire incluidos alcanzan a la administración desde la Constitución, y a ellos debe estar y aplicarlos mediante un juicio de prudencia política obediencial,⁵⁰ porque lo suyo es actitud imperada de servicio al interés general. Particularmente tal regla rige para el gobernante del cual la prudencia es una virtud peculiar suya; las demás pueden ser necesariamente comunes a gobernados y gobernantes; pero en el gobernado no es virtud la prudencia, sino la opinión verdadera.⁵¹

La conducta protectora que al Estado compete es conforme a la regla de derecho del artículo 7 y artículo 332 de la Constitución; por éste

⁵⁰ El autor se permite aquí parafrasear con la cita pertinente, el conocer profundo, sapiencial, Sampay, Arturo Enrique de, *Introducción a la teoría del Estado*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Teoría, 1964, pp. 508 y 509.

⁵¹ Aristóteles, *Política*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, pp. 75 y 76.

los preceptos que... atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho ya las doctrinas generalmente admitidas”. Por el primero citado se consagra el derecho de “los habitantes a ser protegidos en el goce de su vida...

Para la persona humana, los cuerpos intermedios, asociaciones, empresas y organizaciones corporativas, y toda la sociedad civil, el medio ambiente —y en él, el agua, el saneamiento y el aire— lleva la actitud de deber de abstención de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves a los bienes referidos.⁵² Sólo entonces su uso, consumo o disposición reunirá la nota de racionalidad que debe presidir la actuación en el ejercicio de los derechos fundamentales que concita su ser. También los derechos fundamentales son derechos finalizados, con su carga ineludible de deberes, en definitiva, manifestaciones de solidaridad.

Cabe ya anotar que cuando el acceso al agua potable y al saneamiento califican derechos fundamentales a texto expreso en la Constitución uruguaya mediante la reforma de 2004, no estamos ante “libertades adquiridas (activa o pasivamente)” como decimos parafraseando a Antonio Millán-Puelles, sino “libertades innatas, por cuanto éstas son condiciones naturales de la posibilidad de aquellas”;⁵³ en palabras de la Constitución uruguaya, “derechos inherentes a la personalidad humana”.⁵⁴

Protección que el Estado debe y derecho fundamental del hombre, mostrando para el primero que en tanto sea Estado de derecho viene a configurarse y definirse conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana, y para ésta, el reconocimiento que hace de su dignidad personal, con reclamo óntico de realización, también en su dimensión de libertad acreedora de tutela o protección. De aquí resulta una nueva evidencia: “decir

52 Constitución artículo 47, inciso 1.

53 Millan-Puelles, Antonio, *El valor de la libertad*, Madrid, Rialp, 1995, p. 13.

54 Brito, Mariano R., “Estudio de las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho constitucional en Uruguay”, *El marco constitucional del derecho administrativo en Iberoamérica. V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2006, p. 36.

ser es decir finalidad; a su logro cabal concurrirá también el Estado con su tutela o protección”.⁵⁵

Conduciendo a idéntico aserto, la Constitución, en virtud de la reforma de 2004, define con rigor de precepto “d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico”. Al obrar así recoge su antecedente legal, la Ley Orgánica de la Administración de Obras Sanitarias del Estado cuando dispuso: “La prestación del servicio de obras sanitarias y los cometidos del organismo, deberán hacerse con una orientación fundamentalmente higiénica, anteponiéndose las razones de orden social a las de orden económico”.⁵⁶

Igual conclusión procede ante el texto constitucional que erige en servicio público el saneamiento y con igual naturaleza jurídica el de abastecimiento de agua para el consumo humano (artículo 47 numeral 3).

Cuando la Constitución, a partir de su reforma de 2004, caracteriza ambos servicios, adjetivándolos públicos no innova sustancialmente, porque quedaban comprendidos ya⁵⁷ cuando se trataba de prestaciones de servicios cuya naturaleza y fin era el propio de aquellos cometidos estatales que uniformemente recibían en forma pacífica esa denominación en la legislación, doctrina y jurisprudencia nacionales:⁵⁸ “el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público.”⁵⁹

No obstante, se ha observado correctamente que:

En nuestro derecho, si bien desde el punto de vista ontológico, se trata de servicios que reúnen las características singularizantes de los servicios públicos, desde el punto de vista positivo no existió reconocimiento expreso en tal sentido —por lo que se los podía considerar servicios públicos im-

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Ley Orgánica de OSE, núm. 11.907, del 18 de diciembre de 1952, artículo 3o.

⁵⁷ Constitución artículo 51 condicionando a la homologación del Estado o de los gobiernos departamentales, en su caso, el establecimiento y vigencia de las tarifas de los servicios públicos a cargo de empresas concesionarias.

⁵⁸ Brito, Mariano R., “Las nuevas formas de gestión de los cometidos estatales”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, p. 14.

⁵⁹ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 5a. ed., Montevideo, FCU, puesta al día 1987 por el doctor Daniel H. Martins, p. 65.

propios— ya que su *publicatio* legal es reciente y ha adquirido rango constitucional en oportunidad de la última reforma de la carta.⁶⁰

¿Dónde radica la innovación en virtud de la reforma en cuanto se refiere al servicio público de suministro de agua potable y al servicio público de saneamiento, además de ésta, su calificación expresa? Atento al nuevo texto incorporado, “el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano será prestado exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales”.⁶¹

Queda excluida para el futuro la prestación indirecta, por concesionarios, preemisarios o personas o entes jurídicos privados autorizados. Con más, agregase, que quienes estuvieren prestando tales suministros a la fecha de vigencia de la reforma, en virtud de autorización, permiso o concesión, deberán cesar en la prestación —ésta *deberá ser dejada sin efecto*— si de cualquier manera vulnerare las disposiciones anteriores (reglas y principios establecidos en el artículo 47 de la Constitución).

La reforma constitucional en los parámetros desenvueltos ha de verse en su proyección cara al derecho administrativo de la Regulación Económica y su desarrollo contemporáneo. Las últimas décadas del siglo XX llevaron consigo un replanteo del derecho administrativo, advirtiéndose con singular intensidad que él lleva en sí, poderosamente comprometidas, connotaciones políticas, sociales, económicas y culturales con constante referencia a la autoridad pública y a la libertad, y con éstos, la connatural carga de conceptos y juicios de valor. Inmersa en éstos se halla una concepción del hombre, del Estado y sus misiones y de las instituciones intermedias. La orientación dominante abrió sus cursos de acción a la administración de gestión gerencial, privatización de bienes y servicios y tercerizaciones, y regulación de derecho privado. Aun, con una expresión hiperbólica, se llegó a hablar de la “huida del derecho administrativo”. No hubo de ser tal, y quíerese que no, en Iberoamérica, se van insinuando fenómenos de reforma del Estado pero en la línea del retorno, vigorización y restablecimiento de modalidades más propias del que fuera Estado de Bienestar, y a veces, de socializaciones crecientes con formas de participación ciudadana y social, e incluso con nacionalizaciones.

⁶⁰ Delpiazzo, Carlos E., *op. cit.*, nota 4, p. 480.

⁶¹ Constitución reformada, numeral 3.

¿Hemos de circunscribir las innovaciones de la reforma constitucional de 2004 en Uruguay en los términos de restablecimiento de la política de Estado de bienestar y su encuadramiento jurídico, o aun más allá, avanzando en formas y modalidad de nacionalización? ¿No hay, acaso, un anuncio, aunque limitado al ámbito del objeto normativo de la reforma —servicio público de abastecimiento de agua pero el consumo humano y servicio público de saneamiento— que constituyan cambios “no meramente prácticos, sino sustanciales”?⁶² Admitimos que estamos en el Estado social de derecho, pero para el ámbito de esas reformas bien podría repetirse hoy con Fernando Conesa:

Conserva en su denominación la referencia a lo jurídico porque continúa apoyándose en la dogmática del Estado de derecho y, especialmente sobre el principio de legalidad en todas sus manifestaciones. Pero se sustituye el adjetivo liberal por el de social, dando con ello a entender que ahora —(en el ámbito de los servicios comentados, para el caso del alcance de la reforma uruguaya de 2004)— el Estado no gravita tanto sobre el principio de libertad como sobre el de construcción y realización de la sociedad, abandonando su actitud neutral para adoptar un papel primordial en la vida social.⁶³

Con la búsqueda de la justicia distributiva, la participación y la equidad. Es revelador el basamento que se dispone para la política nacional de aguas y saneamiento en:

- a) El ordenamiento del territorio, conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.
- b) La gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Y aún la regla de participación: “Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas”.

⁶² Conesa, Fernando, *Libertad de empresa y Estado de derecho*, Madrid, Ediciones Rialp, 1978, p. 81.

⁶³ *Ibidem*, p. 82.

- c) El establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o parte de ellas, siendo la prioridad el abastecimiento de agua a poblaciones.
- d) El principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberán hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico.

En desarrollo legislativo, se comete al MVOTMA proponer al Poder Ejecutivo la formulación de las políticas nacionales de agua y saneamiento. Para lo cual, en relación con el desarrollo y gestión de los servicios de agua potable y saneamiento atenderá especialmente su extensión y las metas para su universalización, los criterios de prioridad, el nivel de servicios e inversiones requeridas, así como la eficiencia y realidad prevista.

Y agrega: “En sus propuestas atenderá la participación efectiva de los usuarios y de la sociedad civil en todas las instancias de planificación, gestión y control”.⁶⁴

En virtud de la reforma, la prestación de los servicios públicos estará a cargo exclusivamente de personas jurídicas estatales; consiguientemente se acentúa “el principio por el cual la prestación de ellos deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico”.⁶⁵

Además, el mismo ordenamiento constitucional (reforma de 2004) afirma la regla del dominio público estatal, disponiendo: “2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico”. Se innova así con respecto al Código de Aguas, que “había optado por un régimen intermedio entre la dominialidad pública y la titularidad privada”.⁶⁶

No creo que pueda verse en lo expuesto en los párrafos precedentes, para el derecho uruguayo, un retorno a las nacionalizaciones o el anuncio de una generalizada conducta socializante, o la producción de innovaciones en el orden de las introducidas en Bolivia por Decreto Supremo número 28.701 del 1o. de mayo de 2006, y en Ecuador por ley reformativa

⁶⁴ Ley de Presupuesto Nacional núm. 17.930, del 19 de diciembre de 2005, artículo 327.

⁶⁵ Constitución, artículo 47, inciso 3, numeral 1, literal d.

⁶⁶ Delpiazzo, Carlos E., *op. cit.*, nota 4, p. 487.

de la Ley de Hidrocarburos.⁶⁷ No se advierte en la mayoría gobernante una conducta orientada a tales objetivos; antes bien, se constata una actitud pragmática de equilibrio, con innovaciones que procuran mantener la seguridad jurídica de las inversiones y su atracción, pero profundizando y manteniendo los objetivos distributivos que favorezcan la cohesión social,⁶⁸ así como la preservación de la libertad de industria, comercio y trabajo (artículo 7o., 36 y 72 de la Constitución).

Se ha procurado la creación de órganos reguladores, que subsisten en el periodo de gobierno inaugurado el 1o. de marzo de 2005 (URSEA, en el caso) claramente definidos y con autonomía funcional, aunque afectada en nuestra opinión en cuanto hace de ése un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo. Se refuerza, no obstante, “la idoneidad técnica de sus integrantes, el respeto a principios éticos fundamentales y la total transparencia de su accionar (que resultarán fundamentales) para evitar la ‘captura’ del proceso regulatorio por parte de empresas dominantes y los grupos de presión que actúan en estos mercados”.

Advertir una línea de desarrollo de un proceso de actuación estatal expandida por la reforma de 2004, atendiendo también a la regla añadida al artículo 188 de la Carta, previsor de la constitución de sociedades de economía mixta. Por aquella regla se preceptúa que “las disposiciones de este artículo no serán aplicables a los servicios públicos de agua potable y saneamiento”.

De donde, a la titularidad exclusiva de la prestación en personas jurídicas estatales, se añade para el futuro la inadmisibles incorporación de capitales privados para esos servicios públicos ni la participación estatal en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados.

Aun debe observarse la disposición letra Z incorporada por la reforma comentada estableciendo: “La reparación que correspondiere, por la entrada en vigencia de esta reforma, no generará indemnización por lucro cesante, reembolsándose únicamente las inversiones no amortizadas”.

Ciertamente la norma introducida opera una exclusión en el amplio dominio del principio de responsabilidad del Estado,⁶⁹ pudiendo con-

⁶⁷ Textos legales cuyo conocimiento debemos a la amable información que nos brindara el profesor Javier Robalino, catedrático en la Universidad San Francisco de Quito.

⁶⁸ Bergara, Mario, *et al.*, *op. cit.*, nota 8, pp. 32 y 33.

⁶⁹ Constitución, artículo 24.

frontarse con normas constitucionales protectoras de libertades y derechos adquiridos, con apertura amplia al debate en sede jurisdiccional nacional o internacional. Se ha afirmado que “la solución no parece acorde con los principios constitucionales”.⁷⁰

Tal afirmación amerita por sí todo un desarrollo de la cuestión que bien podría incluirse con prestigiosa doctrina constitucionalista, en cuestión de la “Responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio del poder constituyente”.⁷¹

Con el autor citado cabe recordar:

En cuanto a la responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio del Poder Constituyente, que se entiende como de principio y que no requiere de texto expreso, no cabe duda de que se deberán indemnizar los daños ocasionados por el Poder Constituyente derivado o bien por el Poder Constituyente original o primario, cuando la norma constitucional sea inválida. En cuanto a los daños ocasionados por el ejercicio del Poder Constituyente (tanto originario como derivado) conforme a derecho, la eventual responsabilidad, con base en el principio de igualdad ante las cargas públicas principalmente y sin perjuicio de otros fundamentos, deberá admitirse en términos similares a lo que se hace con la responsabilidad del Estado por los daños causados por una ley ajustada a la Constitución.⁷²

⁷⁰ Celi, Alina, “La reforma constitucional y el régimen de aguas en Uruguay”, *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, Fiuza, año 1, vol. 02, abril-junio, 2005, p. 209.

⁷¹ Risso Ferrand, Martín, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2005, pp. 49-89.

⁷² *Ibidem*, p. 85.