

# Planificación y contractualización en el Derecho del ambiente

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. PLANIFICACIÓN AMBIENTAL. A). LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LAS ÁREAS PROTEGIDAS. B). LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LA FRANJA COSTERA. C). LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LOS PANTANOS. D). LOS PLANES DE CUENCA HIDROGRÁFICA. III. CONTRACTUALIZACIÓN EN LA GESTIÓN DE SISTEMAS DE CAPTACIÓN, TRATAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE AGUA DESTINADA A CONSUMO PÚBLICO, TRATAMIENTO Y EXPULSIÓN DE EFLUENTES Y DE RECOGIDA Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS SÓLIDOS. A). LA APERTURA A LA CONCESIÓN. aa) *Objeto de la Concesión.* ab). *Plazo de la concesión.* ac). *Selección del contratante.* ad). *Criterios de selección y adjudicación.* ae) *Contenido del contrato.* af) *Valor del contrato.* ag). *Retribución a pagar por la concesionaria.* ah). *Régimen tarifario.* B) LA DELEGACIÓN DE PODERES RESPECTO DE LA DELEGACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO. ba) *De la selección del colaborador societario por parte del municipio o asociación de municipios.* bb) *Encuadramiento jurídico de los términos de la prestación del servicio público.*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Portugal ha sido uno de los Estados pioneros en la consagración constitucional del derecho al ambiente y a la calidad de vida.

Como destacan GOMES CANOTILHO y Vital MOREIRA, nuestro legislador constitucional adoptó un concepto amplio del ambiente, integrando no sólo los elementos naturales de la vida, sino también el ambiente social<sup>1</sup>.

Sin embargo, esta actitud pionera del legislador constitucional no fue acompañada por nuestra doctrina, que sólo al final de la década de los ochenta comenzó a prestar alguna atención a las materias rela-

---

Traducción de Carlos AMOEDO SOUTO Y Carlos LEMA ANÓN.

<sup>1</sup> Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1993, p. 347.

cionadas con el Derecho del ambiente. Por lo demás, aún hoy son escasas las obras de importancia o, por lo menos, de una cierta profundidad sobre el Derecho del ambiente, caracterizándose la doctrina portuguesa en la materia por la realización de unas pocas tesis doctorales y de licenciatura, y un número significativo de artículos y de textos resultantes de intervenciones en conferencias o jornadas sobre el tema.

Este tipo de producción doctrinal ha llevado a que no exista en Portugal ningún manual de Derecho del ambiente, a lo cual ayuda, igualmente, la poca importancia dispensada a esta rama del Derecho en nuestras universidades.

En efecto, el Derecho del ambiente no forma parte de los currícula de la amplísima mayoría de Facultades de Derecho de las Universidades portuguesas, siendo apenas enseñado en el ámbito de cursos de postgrado e, incluso en estos casos, muchas veces acompañado de otras materias, cuyo ejemplo paradigmático es el Derecho del ordenamiento del territorio y del urbanismo.

La evolución experimentada ha revelado, sin embargo, una cada vez mayor atracción hacia el estudio del Derecho del ambiente, aunque de una forma algo fragmentaria.

Hoy son innumerables los trabajos de fin de carrera en Derecho público que versan sobre materias de Derecho del ambiente (en su gran mayoría, no publicados) y ya existe un número significativo de tesis de licenciatura sobre cuestiones específicas de Derecho ambiental.

La doctrina portuguesa ha sido, en esta materia, acompañada de cerca por la producción jurisprudencial, puesto que sólo en la década de los noventa se comienza a observar con cierta frecuencia la aparición de decisiones judiciales relativas a cuestiones ambientales o que, por lo menos, invocan normas de Derecho ambiental para fundamentar tales decisiones.

Esta cuasi-simultaneidad del tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los temas relacionados con el Derecho del ambiente revelan, a mi juicio, la propia evolución de la sociedad portuguesa respecto de la sensibilización en los problemas medioambientales.

Es de destacar que la naturaleza multidisciplinar del Derecho del ambiente ha sido reflejada en el tratamiento jurisprudencial y doctrinal en Portugal. Desde la preocupación con el Derecho penal del ambiente<sup>2</sup> a la preocupación con las cuestiones ambientales del Derecho

---

<sup>2</sup> Especialmente tratado en los siguientes trabajos: Teresa QUINTELA DE BRITO, «O crime de poluição: alguns aspectos da tutela criminal do ambiente no Código Penal de 1995», en *Anuário de Direito de Ambiente*, 1995, pp. 334 y ss.; António LEONES DANTAS, «A poluição no Código Penal Português», en *Textos-Ambiente e Consumo*, vol. II, Lisboa, 1996, pp. 499 y ss.; Augusto SILVA DIAS, «A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e a sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas da justificação», en *Jornadas de homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro Ferreira*, Lisboa, 1995, pp. 181 y ss.; FIGUEIREDO

civil<sup>3</sup>, pasando por los aspectos de Derecho comunitario<sup>4</sup> y del Derecho constitucional<sup>5</sup>, el Derecho del ambiente ha motivado, últimamente, un gran interés de la doctrina.

En términos de Derecho administrativo, dos son hoy los aspectos esenciales de la evolución reciente del Derecho del ambiente. En ambos casos, las preocupaciones doctrinales y jurisprudenciales resultan de la evolución política ambiental.

Ciertamente, Portugal vive hoy un movimiento intenso de planificación ambiental que ha provocado una limitación seria del derecho de propiedad sobre los suelos nacionales. Es revelador de tal movimiento el hecho de que desde 1995 han sido elaborados o están en fase de elaboración todos los Planes de Ordenación de la franja costera, y de estar siendo también elaborados todos los Planes de Cuenca Hidrográfica.

---

DIAS, «Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente», *Revista de Direito e Economia*, Ano IV, 1978, pp. 3 y ss.; Pedro BRANQUINHO FERREIRA DIAS, «Breves notas sobre os futuros crimes ambientais», *Textos-Ambiente e Consumo*, Vol II, Lisboa, 1996, pp. 469 y ss.; José SOUTO DE MOURA, «Crime de poluição», *Textos-Ambiente*, Lisboa, 1994, pp. 13 y ss.; José Souto De Moura, «O crime de danos contra a natureza no Código Penal Português», *Textos-Ambiente e Consumo*, Vol II, 1996, Lisboa, pp. 477 y ss.; Fernanda PALMA, «Direito Penal do ambiente», *Direito no Ambiente*, INA, 1994, pp. 431 y ss.; Manuel António LOPSE ROCHA, «Delitos contra a ecologia (no direito português)», *Revista de Direito e Economia*, ano XIII, 1987, pp. 235 y ss.; Anabela MIRANDA RODRIGUES, «Direito penal do ambiente —uma aproximação ao novo direito português (o crime de poluição)», *Textos-Ambiente e Consumo*, vol II, Lisboa, 1996, pp. 415 y ss.; José Miguel SARDINHA, «Introdução ao Direito Penal do ambiente», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, septiembre de 1988; y, finalmente, Carlos ADÉRITO TEIXEIRA, *A imputação objectiva nos crimes ecológicos ou o modo de enunciar un direito penal simbólico*, Lisboa, 1997.

<sup>3</sup> Especialmente enfocado en las siguientes referencias: José Manuel ARAÚJO BARROS, «Aplicação judiciária do direito do ambiente—contencioso cível», *Textos-Ambiente e Consumo*, vol. II, Lisboa, 1996, pp. 195 y ss.; *ibid.*, «Por um direito ao ambiente», pp. 359 y ss.; del mismo, «Direito civil e ambiente», *Textos-Ambiente*, Lisboa, 1994, pp. 237 y ss.; F CORDEIRO, «Direito ao ambiente: princípio da prevenção: direito à vida e à saúde: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1996», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, II, 1996; do mesmo, «Tutela do ambiente e direito civil», *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 379 y ss.; Manuela FLORES FERREIRA, «Responsabilidade civil ambiental em Portugal: legislação e jurisprudência», *Textos-Ambiente e Consumo*, vol. II, Lisboa, 1996, pp. 397 y ss.; José de SOUSA CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural*, Coimbra, 1998.

<sup>4</sup> Presentes en los siguientes trabajos: Maria Alexandra DE SOUSA ARAGÃO, *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*, Coimbra, 1997; Mário ROCHA DE MELO, *O direito ao ambiente como direito do Homem no quadro europeu*, 1998..

<sup>5</sup> Destacan en esta materia los siguientes trabajos: GOMES CANOTILHO, *Direito Público do ambiente*, Coimbra, 1996; RUI MEDEIROS, «O ambiente na Constituição», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXXV (vol. VIII de la 2 serie), n° 1-2-3-4, Enero-Diciembre de 1993, pp. 377 y ss.; Jorge MIRANDA, «A Constituição e o Direito do Ambiente», *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 353 y ss.; del mismo, «Direito ao ambiente na Constituição», *Revista de Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, 1995, n° 1. Ingo VON MUNCH, «A protecção do meio ambiente na Constituição», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n° 1; Mário RAPOSO, «O direito ao ambiente como direito fundamental», *Textos-Ambiente*, Lisboa, 1994, pp. 115 y ss.

Por otro lado, y –es de destacar– por imposición de la Unión Europea, se ha notado una profunda modificación de la concepción de la forma de prestación de los servicios públicos esenciales de canalización, tratamiento y suministro de aguas, de recogida, tratamiento y expulsión de efluentes y de recogida y tratamiento de residuos sólidos. Ello es así porque los niveles de calidad exigidos no se compatibilizan con los mecanismos tradicionales de prestación de los servicios públicos referidos, para no hablar de las inversiones a realizar que habían llevado a los responsables municipales al recurso de la colaboración con sujetos privados para asegurarse los medios financieros necesarios.

Consciente de que estoy abarcando una pequeña parcela de las cuestiones jurídicas del Derecho administrativo del ambiente, he optado por circunscribir mi análisis a estos dos aspectos. Tal opción no es ajena a la vastedad del Derecho del ambiente, dado su carácter horizontal como rama del Derecho.

Me propongo a continuación, pues, analizar de forma separada cada uno de los aspectos a los que me he referido.

## II. PLANIFICACIÓN AMBIENTAL

Como afirma Maria Adelaide LEITÃO, «*los planes son actos del operador administrativo que definen reglas y condicionamientos a los que quedan sujetas determinadas áreas con vistas a la realización de fines pre-establecidos*»<sup>6</sup>. En Portugal, la procura de fines ambientales es (o debería ser) común a la generalidad de los instrumentos de planeamiento con naturaleza administrativa<sup>7</sup>. En efecto, tanto en los instrumentos de planificación de la ordenación del territorio, como en los instrumentos de planeamiento urbanístico, el procedimiento de su elaboración y aprobación es revelador de la presencia de finalidades ambientales<sup>8</sup>. Sin embargo, en el presente estudio me limitaré, simplemente,

<sup>6</sup> Vid. Maria Adelaide TELES DE MENEZES CORREIA LEITÃO, «O planeamento administrativo e a tutela do ambiente», *Revista da Ordem dos Advogados*, I, 1996, p. 257.

<sup>7</sup> También los instrumentos de planificación económica deben traducir preocupaciones ambientales. Sin embargo, se trata de una materia claramente situada fuera del objeto del presente estudio, razón por la cual no va a ser abordada aquí.

<sup>8</sup> Constituye ejemplo de esa presencia la inclusión de representantes del departamento gubernamental responsable del Ambiente en las Comisiones técnicas de Acompañamiento de la Elaboración de Planes y la atribución legal de la competencia para la aprobación o ratificación al Consejo de Ministros y no al Ministro responsable de las materias relacionadas con la ordenación del territorio y con el urbanismo, como ya ha ocurrido en algunos casos. Téngase en cuenta, además, que la propia Ley de Bases del Ambiente (Ley n° 11/1987, de 7 de abril) consagra, en su artículo 27, n° 1, párrafo e), los planes regionales de ordenación del territorio, los planes directores municipales y otros instrumentos de intervención urbanística como instrumentos de la política del ambiente y de ordenación del territorio. Recientemente la Ley de Bases de la Política de Ordenación del Territorio y del urbanismo (Ley n° 48/98, de

al análisis de los planes cuya elaboración es de responsabilidad de los servicios del Ministerio del Ambiente y de la Ordenación del Territorio o de los Institutos Públicos por él tutelados, toda vez que, pese a tratarse de una delimitación fundada en un criterio formal e institucional, es verdad que, en términos de planeamiento, es en esos planes donde el interés público ambiental asume una mayor preponderancia, presentándose como criterio central de la decisión administrativa<sup>9</sup>.

Ahora bien, en esta perspectiva, el planeamiento ambiental comprende fundamentalmente la elaboración de cuatro tipos de planes: los planes de ordenación de las áreas protegidas, los planes de ordenación de la franja costera, los planes de ordenamiento de las albuferas y los planes de cuenca hidrográfica. Estos cuatro tipos de planes pueden abarcar áreas superpuestas y constituyen planes especiales que presentan, en común, el hecho de buscar la prosecución de fines ambientales; y, de diferente, el hecho de fijar objetivos específicos diferentes.

En realidad, los planes de ordenación de las áreas protegidas tienen como finalidad específica la protección de determinados hábitats, ecosistemas sensibles o la calidad paisajística de determinados lugares. A su vez, los planes de ordenación de la franja costera tienen por especial función la preservación de la calidad ambiental de la costa y garantizar la seguridad de las poblaciones a través de la gestión racional del espacio costero, de forma que se eviten los peligros derivados de la ocupación de zonas en acelerada erosión. Los planes de ordenación de las albuferas tienen como principal finalidad asegurar el respeto por sus actividades primordiales, como el abastecimiento de agua, el regadío y la producción de energía hidroeléctrica, a través de su conciliación con las actividades secundarias que han ido surgiendo, como el turismo o la práctica de actividades de recreo náutico. Finalmente, los planes de cuenca hidrográfica tienen como finalidad la salvaguarda de la calidad del recurso natural agua, en los ríos y corrientes de agua, a través de la gestión racional de toda el área circundante.

Esta especificidad de los planes ambientales me lleva a considerar que su análisis concreto al nivel de la intervención en el derecho de propiedad privada sobre los suelos debe ser hecha de forma aislada, aunque algunos de los aspectos de esa intervención sean comunes. El fundamento mismo y el régimen legal de elaboración de cada tipo de

---

11 de agosto), revela en su artículo 6º —el cual define los objetivos de la ordenación del territorio y del urbanismo— unas claras preocupaciones ambientales. Esas preocupaciones fueron posteriormente reforzadas en el Decreto Ley n° 380/1999, de 22 de septiembre, que vino a desarrollar la Ley de Bases, pudiéndose destacar como ejemplo de ello sus artículos 10 y 12.

<sup>9</sup> Pierluigi MARTINI entiende, incluso, que los planes paisajísticos constituyen planes urbanístico-territoriales que tienen en especial consideración los valores paisajísticos y ambientales (cfr. *Lezioni di Diritto pubblico dell'ambiente*, Padova, p. 159).

plan es distinto, no obstante el carácter común de su fuente de legitimidad constitucional y legal.

Es de destacar, sin embargo, el hecho de que los planes especiales con objetivos ambientales asumen hoy en día en Portugal una posición de supremacía respecto de los planes municipales de ordenación del territorio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 n° 4, del Decreto Ley 380/1999, de 22 de septiembre<sup>10</sup>.

Esta supremacía, pese a ser de oportunidad discutible —por reducir seriamente el grado de libertad de la Administración municipal en la elaboración de sus instrumentos de ordenación del territorio y representar un reconocimiento por parte del Estado de que sus servicios no siempre han cumplido eficazmente la función atribuida en el seno de las comisiones de acompañamiento de la elaboración de los planes municipales de ordenación del territorio—, pone en relieve aquello a lo que JORDANO FRAGA se refiere como el fracaso de los planes de ordenación del territorio como instrumento de protección ambiental<sup>11</sup>.

#### A) LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LAS ÁREAS PROTEGIDAS

La Ley de Bases del Ambiente ha definido, en su artículo 29, n° 1, que sería «desarrollada y reglamentada una red nacional continua de áreas protegidas, abarcando áreas terrestres, aguas interiores y marítimas y otras circunstancias naturales distintas que deban ser sometidas a medidas de clasificación, preservación y conservación, en virtud de sus valores estéticos, rareza, importancia científica, cultural y social o de su contribución al equilibrio biológico y estabilidad ecológica de los paisajes». El legislador portugués dio, de esta forma, una indicación clara en el sentido de reforzar el movimiento de preservación de las áreas más representativas del patrimonio natural que se había iniciado con la Ley 8/1970, de 19 de junio.

La continuación legislativa de esta indicación se concretó tres años más tarde con la publicación del Decreto Ley 19/1993, de 23 de enero, norma que vino a definir la red nacional de áreas protegidas y

---

<sup>10</sup> Con anterioridad, el artículo 3 del Decreto Ley n° 151/1995, de 24 de junio, preveía igual jerarquía entre los instrumentos de gestión territorial. La importancia de los planes con objetivos ambientales fue subrayada, además, por la Ley n° 5/1996, de 29 de enero, que modificó el referido Decreto Ley 151/1995, en la medida en que con esta ley la supremacía genéricamente fijada para los planes especiales iniciados por la Administración Central fue restringida a los planes con fines ambientales.

<sup>11</sup> Cfr. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995, p. 238. Este autor llama la atención respecto de otro peligro que se puede derivar de esta supremacía: que los equipos que elaboran los planes con objetivos ambientales se ciñan exclusivamente a la prosecución de esos fines, sin atender a otros aspectos relevantes en sede de ordenación del territorio, creando situaciones de desequilibrio y conflictividad insuperables.

establecer el respectivo régimen jurídico. Esta red nacional busca simultáneamente encuadrar la protección de diversas realidades, asumiendo una pluralidad de objetivos, presentes en las diversas clasificaciones legalmente consagradas, que han de constar en la respectiva reglamentación de cada área, en especial en su plan de ordenación. Tal multiplicidad de situaciones y de fines quedó plamada en la definición legal de las diversas realidades integradas en la red nacional de áreas protegidas, en los artículos 5 a 11 del Decreto Ley 19/1993, de donde resulta que: los parques naturales y los paisajes protegidos buscan esencialmente asegurar la protección del paisaje<sup>12</sup>; las reservas naturales y sitios de interés biológico tienen como objetivo la protección de hábitats de la flora y de la fauna; los monumentos naturales tienen por finalidad proteger una determinada circunstancia natural esporádica; las reservas integrales buscan la protección más rigurosa de determinadas situaciones que pueden funcionar como tipos o modelos de comprensión de fenómenos más vastos; y, finalmente, el Parque Nacional constituye una fórmula más omnicompreensiva de protección de una multiplicidad de aspectos ambientales a proteger que se concentran en un área determinada.

Fue objetivo claramente asumido en esta norma el integrar y uniformar el régimen jurídico de las distintas áreas protegidas, disponiéndose en su artículo 32 n° 1 que *«la clasificación hecha al amparo de la Ley n° 9/1970, de 19 de junio, y el Decreto Ley n° 613/1976, de 27 de julio, así como las respectivas normas de creación serán revocadas en el momento de entrada en vigor de los decretos reglamentarios<sup>13</sup> que procediesen a su reclasificación en los términos de los artículos 13, 27 y 31»*. Sin embargo, y pese a ese objetivo de uniformización, subsisten aún algunas áreas protegidas de la «generación antigua» que, por motivos de distinto cariz, no han sido todavía objeto de reclasificación. Ello convierte en un problema interesante el análisis del régimen jurídico consagrado en el Decreto Ley 613/1976, de 27 de julio<sup>14</sup>, y en las normas de creación, para así poder determinar en qué medida el régimen jurídico a cuyo abrigo habían sido creadas las áreas protegidas se diferencia del actualmente vigente, en la materia objeto del presente estudio.

---

<sup>12</sup> Sobre el concepto de paisaje, cfr. Raphaël ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Paris, 1994, pp. 450-456, y Françoise BILLADOUT y Michèle BESSON-GUILLAUMOT, *Environnement, urbanisme, cadre de vie*, Paris, 1979, pp. 429-430.

<sup>13</sup> A partir de la entrada en vigor del Decreto Ley n° 151/1995, de 24 de junio, la aprobación de los planes de ordenación de las áreas protegidas pasó a realizarse por resolución del Consejo de Ministros (artículo 10).

<sup>14</sup> Me abstengo de analizar la Ley 9/1970, una vez que la misma fue expresamente derogada por el Decreto Ley 613/1976, que pasó a constituir el régimen jurídico de encuadramiento de las áreas protegidas anteriormente creadas.

El régimen jurídico instituido por el Decreto Ley 613/1976 revela tres preocupaciones esenciales del legislador: concretar y definir conceptualmente los diversos tipos de áreas susceptibles o merecedoras de protección ambiental; fijación orgánica de los poderes de iniciativa, con referencias mínimas a reglas procedimentales; y fijación de la competencia para la definición y constitucion de los diversos tipos de áreas. Esta norma no contiene, con todo, norma alguna que concrete el régimen jurídico material al que quedan sujetos los suelos integrados en las áreas delimitadas.

Quedaba, de este modo, para un segundo momento la definición del régimen jurídico de los suelos, es decir, la delimitación de la propiedad en lo que respecta a la vertiente ambiental de su función social. Si esa solución podía tener el mérito de permitir una mejor adecuación del régimen a cada situación específica de las áreas delimitadas sin la creación de dificultades jurídicas derivadas de la necesidad de una nueva intervención del legislador, la verdad es que tal posibilidad no ha sido aprovechada. En efecto, en diversos Decretos Leyes de creación de parques naturales, áreas de paisaje protegido u otros tipos de áreas protegidas, poco o nada ha concretado el legislador respecto del régimen jurídico de sus suelos.

De hecho, en las normas de creación de los diversos tipos de áreas protegidas, el legislador se ciñó fundamentalmente a la delimitación del área creada, la fijación de la estructura orgánica y del régimen sancionador. En lo que se refiere al régimen jurídico del suelo, apenas se previó un conjunto más o menos vasto de actividades condicionadas, cuyo ejercicio o autorización quedó sujeto a un informe previo de los órganos del área protegida, teniendo algunas de ellas relación directa con el derecho de propiedad sobre el suelo.

La fijación del concreto régimen jurídico de los suelos quedó siempre remitida al plan de ordenación o, en las expresión utilizada en algunas normas, para la zonificación y regulación a elaborar en el futuro, siendo destacable el hecho de que algunas de las áreas protegidas carezcan todavía de tal instrumento de planificación. Esta opción del legislador comporta, sin embargo, dos dificultades que me parecen insuperables.

En primer lugar, el legislador atribuyó a la Administración Pública un poder fuertemente discrecional. Es lo que resulta del condicionamiento del ejercicio de un conjunto de facultades por los propietarios al previo parecer favorable del director del área protegida<sup>15</sup>, sin

---

<sup>15</sup> Importa precisar que no siempre el condicionamiento se impone de la misma forma. En efecto, en el Decreto Ley nº 237/1983, de 8 de junio, que creó el Parque Natural del Alvão, el legislador prohíbe un conjunto de actividades, a menos que tengan el informe favorable del Director del Parque (art. 6). Ya en el Decreto Ley 121/1989, de 14 de abril, el legislador fue menos restrictivo limitándose a sujetar un conjunto de actividades a informe previo



haberse fijado los parámetros o criterios de emisión de tal parecer. En efecto, en la emisión de los referidos pareceres, el órgano de la administración competente apenas tenía como límite de la discrecionalidad los objetivos específicos del parque enunciados en la norma. Tales objetivos, siempre con un grado de indeterminación destacable, surgen, pues, como los fines específicos del poder discrecional concedido, como es, por lo demás, normal en Derecho administrativo.

Esta fuerte discrecionalidad administrativa no se compadece, sin embargo, con la reserva de ley que acompaña la remisión constitucional al legislador ordinario de la tarea de delimitación de la propiedad, surgiendo, por ello mismo, como violadora de la garantía constitucional del derecho de propiedad privada.

En segundo lugar, al remitir la fijación del régimen jurídico de los suelos al plan de ordenación a aprobar por reglamento administrativo, el legislador alienó su función, incluso en ese segundo momento. En efecto, el plan de ordenación surge, en esta perspectiva, como autovinculación de la Administración, lo que significa que ésta podrá fijar con gran margen de libertad el régimen jurídico de los suelos. Ahora bien, también este margen de libertad, aunque de forma menos grave que la anterior situación, no respeta el principio de reserva de ley al buscar evitar el casuismo<sup>16</sup>.

Con la entrada en vigor del Decreto Ley 19/1993, de 23 de enero, las dificultades existentes fueron atenuadas, aunque en lo esencial se hayan mantenido. Esta norma contiene un régimen jurídico de la red nacional de áreas protegidas bastante más pormenorizado, por más que se haya atendido más a los aspectos procedimentales de la creación de las áreas protegidas y a los aspectos orgánicos de las mismas que a la fijación del régimen jurídico de los suelos en ellas incluidos.

Varias fueron las modificaciones de régimen introducidas.

En primer lugar, la creación de las áreas protegidas pasó a realizarse por reglamento administrativo bajo la forma de Decreto reglamentario<sup>17</sup>. Con la entrada en vigor del Decreto Ley 19/1993, el legislador ordinario procedió a remitir a la Administración Pública la tarea de delimitar la propiedad, atribuyéndole la competencia para la práctica de dos actos esenciales: el acto de creación y el plan de ordenación. En verdad, conforme con esta norma legal, tanto uno como otro

---

del Director del Parque y exigiendo, en los casos en que ese informe fuese negativo, la confirmación del mismo por los miembros del Gobierno responsables del área del ambiente y del sector de actividad en cuestión.

<sup>16</sup> Pretendiendo conciliar la discrecionalidad atribuida por ley con la reserva de ley, la jurisprudencia administrativa italiana ha llegado incluso a defender que los vínculos establecidos en el plan no podían tener naturaleza ablativa (cfr. Lucio FRANCIOSI, *Le destinazione della proprietà a tutela del paesaggio*, Nápoles, 1986, p. 91).

<sup>17</sup> Vid. artículo 13 del Decreto Ley 19/1993.

tendrían la naturaleza de reglamento administrativo y deberían revestir la forma de Decreto reglamentario<sup>18</sup>.

Sucede, sin embargo, que el Decreto Ley n° 151/1995<sup>19</sup> vino a modificar la forma del acto de aprobación de los planes de ordenamiento, sin alterar, con todo, su naturaleza reglamentaria, al fijar en el artículo 2 que los planes especiales del ordenamiento del territorio y las respectivas medidas preventivas serán aprobadas por Resolución del Consejo de Ministros<sup>20</sup>. Solución que se mantiene en el Decreto Ley 380/1999, de 22 de septiembre, conforme se establece en su artículo 46.2.

Esta modificación en el sentido de reforzar la intervención de la Administración Pública en la creación, delimitación y fijación del régimen jurídico de las áreas protegidas ha constituido una evolución negativa. Y es que, pese a haberse producido una reducción del grado de discrecionalidad de la Administración en lo que respecta a la fijación del régimen jurídico del área protegida, se ha operado un significativo aumento de esa discrecionalidad en los aspectos relacionados con su creación y delimitación. En verdad, la creación de un área protegida apenas se encuentra sujeta a la posibilidad de subsunción de las características físicas y geográficas de determinada zona en el concepto de la categoría de área protegida que se pretenda adoptar, sin que el legislador fije criterios que vinculen a la Administración en su delimitación.

En segundo lugar, se prevé la caducidad de la clasificación del área protegida por incumplimiento del plazo de elaboración del plan de ordenación, en los casos en que es exigido, es decir, en relación a los parques nacionales, reservas naturales y parques naturales. El Decreto Ley 19/1993 asumió, así, un propósito claro de limitar el ejercicio casuístico del poder discrecional atribuido a la Administración. De hecho, y contrariamente a lo que sucedía en el periodo de vigencia del Decreto Ley 613/1976, ha pasado a existir un verdadero deber de autovinculación de la Administración en el ejercicio del poder discrecional, a través de la aprobación del plan de ordenación, con la consecuencia legal de la caducidad de la clasificación en el caso de incumplimiento de ese deber. Se trata, sin embargo, de un avance po-

<sup>18</sup> En cuanto a los planes de ordenación, *vid.* art. 14 del Decreto Ley 19/1993.

<sup>19</sup> El Decreto Ley 151/1995 fue posteriormente modificado por la Ley 5/1996, de 29 de febrero, que se limitó a reducir el número de tipos de planes especiales a que se aplica el régimen jurídico en él establecido.

<sup>20</sup> La modificación de la forma del reglamento administrativo de aprobación del plan de ordenamiento de área protegida, pese a que no altere significativamente los problemas planteados por la naturaleza reglamentaria de las normas conformadoras de la propiedad, subraya, sin embargo, las dificultades sentidas, en la medida en que se pasó a exigir una forma de reglamento menos solemne, que ni siquiera está sujeta, contrariamente a lo que sucede con los Decretos Reglamentarios, a promulgación presidencial.

co significativo, toda vez que el plazo de elaboración del plan de ordenación es fijado por la propia Administración Pública en el Decreto-reglamentario de clasificación, sin que la ley le imponga ningún criterio para la determinación de ese mismo plazo. Esto es, la Administración Pública tiene un amplio margen de libre decisión a la hora de escoger el plazo que la autovincule.

En tercer lugar, aunque de forma poco correcta, se prevé un conjunto de actividades que pueden ser objeto de condicionamiento o prohibición, ya por las normas de creación, ya por los planes de ordenación. Y digo de forma poco correcta porque ese condicionamiento o prohibición surge legitimado en general por la norma del artículo 22<sup>21</sup> que fija las situaciones de *contraordenación*, y respecto de la norma de creación del área protegida –de forma más vaga– por el artículo 13.6.

Dada la importancia de estos dos preceptos y las dificultades de interpretación que suscitan, importa analizarlos con detalle.

En los términos previstos en el artículo 13.6, *«el decreto reglamentario de clasificación de un área protegida puede fijar condicionamientos al uso, ocupación y transformación del suelo, así como prohibir o condicionar la autorización de los respectivos órganos directivos, en el interior del área protegida, las acciones y actividades susceptibles de perjudicar el desarrollo natural de la fauna o de la flora o las características del área protegida, especialmente la introducción de especies animales o vegetales exóticas, las cuales, cuando sean destinadas a fines agropecuarios, deben ser expresamente identificadas, las actividades agrícolas, forestales, industriales, mineras, comerciales o publicitarias, la ejecución de obras o promociones públicas o privadas, la extracción de materiales inertes, la utilización de las aguas, la circulación de personas y bienes y el sobrevuelo de aeronaves»*.

Por su parte, el artículo 22.1 dispone que:

*«Constituye contraordenación la práctica de actos y actividades siguientes, cuando sean prohibidos o condicionados, en los términos del párrafo 6 del artículo 13 o en los planes de ordenación y respectivo reglamento previstos en el artículo 14:*

- a) *Realización de obras de construcción civil, como nuevos edificios y reconstrucción, ampliación o demolición de edificaciones, salvo que se trate de obras de simple conservación, restauración, reparación o limpieza.*

---

<sup>21</sup> Incluso en una perspectiva *contraordenacional*, el artículo 22 del Decreto Ley 19/1993 me plantea las más serias reservas, dado que la previsión del hecho que constituye *contraordenación* no resulta directamente de la ley, pero sí de su previsión o no en el reglamento administrativo que será posteriormente dictado.

- b) *Alteración del uso actual de los terrenos, de las zonas húmedas o marinas.*
- c) *Alteraciones de la morfología del suelo, especialmente modificaciones de la cobertura vegetal, excavaciones, aterramientos, depósitos de chatarra, arenas u otros residuos sólidos que causen impacto visual negativo o contaminen el suelo o el aire.*
- d) *Alteraciones de la configuración y tipología de zonas lacustres o marinas.*
- e) *Apertura de nuevas vías de comunicación o acceso, o ampliación de las ya existentes.*
- f) *Vertidos de aguas residuales industriales o domésticas, susceptibles de causar contaminación.*
- g) *Instalación de nuevas líneas aéreas eléctricas o telefónicas, tuberías de gas natural y conducciones de agua o de saneamiento.*
- h) *Captura o detención de ejemplares de cualquier especie vegetal o animal sujetas a medidas de protección.*
- i) *Introducción de especies zoológicas y botánicas exóticas o extrañas al ambiente.*
- j) *Práctica de actividades deportivas susceptibles de provocar polución o ruido o de deteriorar los factores naturales del área, especialmente la motonáutica o motocross y los raids de vehículos todo terreno.*
- k) *Sobrevuelo de aeronaves con motor por debajo de la cota de 1.000 pies».*

De las normas consagradas en estos dos preceptos legales resulta, fundamentalmente y en primer lugar, que el poder atribuido a la Administración para la fijación del régimen jurídico de los suelos integrados en el área protegida es fuertemente discrecional. Ciertamente, la utilización de la palabra «puede» en el artículo 13.6 y de la expresión «cuando sean prohibidos o condicionados» en el artículo 22.1, claramente indican la libertad que se atribuye a la Administración para condicionar o no la práctica de determinadas actividades o de prohibir o no esas actividades, lo que se decidirá individualmente en cada área protegida. Ese margen de libertad resulta todavía más ampliada por la sistemática utilización, en el artículo 13.6, de conceptos vagos o indeterminados, cuya determinación apenas si puede ser controlada, como es propio de la discrecionalidad, por referencia a los amplios fines legalmente fijados del «desarrollo natural de la fauna y de la flora» o «de las características del área protegida».

El margen de libre decisión consagrada en el artículo 13.6 no es, por ello, compatible con la reserva de ley que acompañó la remisión constitucional al legislador ordinario, asumiendo características muy próximas a una remisión administrativa en blanco de la tarea de delimitación de la propiedad.

Se añade a ello que este artículo 13.6 apenas si es aplicable al decreto reglamentario de creación del área protegida, no constituyendo, como tal, norma legitimadora o habilitadora del condicionamiento o prohibición de las actividades en cuestión en los planes de ordenación. En relación con los planes de ordenación, en una perspectiva positiva, el Decreto Ley 19/1993 se limita a disponer en su artículo 14 que «con la publicación del decreto reglamentario<sup>22</sup> referido en el párrafo primero<sup>23</sup> son revocadas<sup>24</sup> las disposiciones relativas a actos y actividades prohibidas o condicionadas previstas en el decreto reglamentario de clasificación». Ahora bien, de esta norma no resulta seguramente, por lo menos de forma directa, la legitimación para proceder al condicionamiento o prohibición de las actividades en cuestión en el plan de ordenación, aunque sea un absurdo establecer la revocación sin disponer también tal posibilidad.

El artículo 22.1 asume ya una mayor claridad y precisión. Objetar, si cabe, que por el hecho de tener por objeto la fijación de situaciones susceptibles de constituir contraordenación, plantea dudas respecto de la posibilidad de retirar de su contenido la legitimación del condicionamiento o prohibición de las actividades enunciadas en sus distintos párrafos. A pesar de la mala técnica legislativa utilizada, me parece evidente que el artículo 22.1 presenta como presupuesto necesario la posibilidad de condicionamiento o prohibición de las actividades en él previstas en las propias normas de creación de las áreas protegidas o de aprobación de los respectivos planes de ordenación. No puede ser otro el sentido de la expresión «*cuando sean prohibidos o condicionados, en los términos del artículo 13.6 o en los términos del plano de ordenación y respectivo reglamento previstos en el artículo 14*». Por esta razón, y ante la inexistencia de otra fuente de legitimación, me parece que es posible negar a esta norma el carácter de habilitación para la fijación de condicionamientos o prohibiciones en los planes de ordenación de las áreas protegidas.

Sin embargo, esta opción nos sitúa ante un nuevo problema toda vez que, asumiendo el artículo 22.1 como fuente de legitimación del régimen a fijar en los planes de ordenación, la discrecionalidad de la Administración será menor en la elaboración de esos planes que en la elaboración de las normas de clasificación. Esta interpretación llevaría a la absurda situación de que la reglamentación provisional del área protegida realizada por la norma de creación sería más completa e eficaz que la reglamentación definitiva, o tendencialmente definitiva,

---

<sup>22</sup> Hoy Resolución del Consejo de Ministros.

<sup>23</sup> Norma de aprobación del plan de ordenación.

<sup>24</sup> Solución de acierto muy discutible, toda vez que lo buscado por el legislador no debería haber sido consagrar una obligación de revocación para la Administración, sino el de asegurar la caducidad de las disposiciones de la norma de clasificación.

hecha en el plan de ordenación. Con base en el artículo 13.6, es claramente posible restringir un vasto conjunto de actividades no previstas en el artículo 22.1.

Estimo, por ello, que no parece suficiente la legitimación que se puede obtener del artículo 22.1, tanto más cuanto que de un análisis global de la norma, parece haber sido intención del legislador atribuir a la Administración una amplia libertad en la definición del régimen jurídico de las áreas protegidas. Esa intención resulta, a mi juicio, evidente de un conjunto disperso de referencias, de las cuales resultan claros ejemplos la expresión utilizada en el párrafo segundo del artículo 1, «reglamentando las intervenciones artificiales susceptibles de degradarlas» y las sucesivas afirmaciones, a propósito de cada categoría de área protegida, en los artículos 5 a 11, de que la clasificación busca permitir la adopción de medidas que salvaguarden el valor ambiental de cada área.

Esta legitimación de la reglamentación contenida en los diversos planes de ordenación, a partir de la interpretación integrada de los diversos preceptos de la normativa tan sólo presenta el demérito de realizar el elevado grado de discrecionalidad atribuido a la Administración y su disconformidad con la exigencia constitucional de que el régimen jurídico de la propiedad privada sobre los suelos sea fijado directamente por el legislador con la atribución de un reducido margen de de discrecionalidad a la Administración. Se trata, sin embargo, de una dificultad que siempre existiría, dado que, como he dicho anteriormente, el grado de discrecionalidad presente en el artículo 13.6 o en el artículo 22.1 es igualmente violador de esa exigencia constitucional.

Así, el régimen jurídico fijado en el Decreto Ley 19/1993 no obedece, tal como sucedía con lo fijado en el Decreto Ley 613/1976, a las exigencias constitucionales en materia de delimitación de la propiedad, en especial en lo que hace a la reserva de ley existente en sede de delimitación de la garantía constitucional del derecho de propiedad privada.

Y es que, en virtud de la reserva de ley, el legislador debería fijar directamente el régimen jurídico de los suelos, permitiendo o remitiendo simplemente a la Administración la tarea de complementar ese régimen. En mi opinión, la reserva de ley obliga al legislador ordinario a definir directamente el «estatuto» de la propiedad, en el sentido de proceder a la clasificación de los distintos tipos de suelo, de manera que se regule su uso y transformación de forma abstracta y teniendo presente únicamente las características genéricas de los tipos de suelos que se han definido. Desde esta perspectiva, la Administración tan sólo tendría como tarea propia la de proceder a la zonificación, tarea claramente técnica, y complementar el régimen jurídico legalmente fijado. Tal configuración del reparto de funciones del poder le-

gislativo y del poder ejecutivo permitirían evitar la realidad actual, en la que los planes de ordenación de áreas protegidas son verdaderos reglamentos *extra legem*, que ignoran los efectos de la garantía constitucional del derecho de propiedad privada.

La percepción de la verdadera dimensión del problema depende, con todo, del análisis individualizado del régimen jurídico de las diversas áreas protegidas. No obstante la tentativa de homogeneización de regímenes y de conceptos hecha en el Decreto Ley 19/1993, cada área protegida tiene un régimen jurídico específico, concretado en la respectiva norma de creación o en el plan de ordenación. Por otro lado, y más allá de las diferencias específicas del régimen jurídico aplicable a cada una de las áreas protegidas, el propio régimen a cuyo abrigo se crearon o reglamentaron genera problemas de distinto cariz en cada caso.

Dadas las obvias limitaciones de espacio de un estudio de las características del presente, me limitaré a enunciar las principales conclusiones resultantes del análisis de las normas legales y reglamentarias que regulan las diversas áreas protegidas sobre las principales formas de intervención en el derecho de propiedad sobre suelos:

En términos de limitación conformadora del contenido del derecho:

- Limitación del poder de disposición con la consagración de un derecho de preferencia a favor de la Administración en los términos del régimen definido por la Ley de Suelo<sup>25</sup>.
- Fijación de la obligación de alienación o cesión de terrenos, mediante el pago del precio o renta.
- Fijación directa de un conjunto de prohibiciones de uso por la norma legal.
- Fijación de un conjunto de prohibiciones por reglamento administrativo, en especial por los reglamentos de los planes de ordenación.

En términos de expropiación material:

- Prohibición, en algunas zonas, del acceso al público y de toda intervención humana.
- Previsión legal de la posterior prohibición en alguna zona del acceso al público y de cualquier intervención humana, por reglamento administrativo, con o sin previsión de mecanismo de compensación.

En términos de expropiación formal:

- Expropiación directa por la norma legal, que fija un procedimiento expropiatorio especial.

---

<sup>25</sup> Decreto Ley 794/1976.

- Atribución al propietario del derecho de requerir la expropiación en algunas situaciones en que se legitima la intervención expropiatoria del derecho en términos materiales.
- Habilitación de la expropiación formal para la ejecución del plan.

En el nivel de la limitación al ejercicio:

- Condicionamiento de determinadas actividades a autorización administrativa previa, con atribución de poder discrecional en mayor o menor grado.
- Condicionamiento de determinadas actividades a informe vinculante de los órganos responsables de la gestión del área protegida, con atribución de poder discrecional en mayor o menor grado.

## B) LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LA FRANJA COSTERA

En lo que se refiere a los planes de ordenación de la franja costera, importa tener presente que no constituyen el único instrumento jurídico de protección del litoral. En efecto, con anterioridad a su previsión legal, el legislador sintió la necesidad de proteger el litoral, a través de la fijación de criterios de gestión urbanística de una franja de 2 kilómetros, a contar desde la línea máxima de aguas vivas equinocciales, lo que fue realizado por el Decreto Ley 309/1990, de 28 de septiembre. En esta norma se buscó dar respuesta a los problemas sentidos a lo largo de toda la costa portuguesa respecto de la presión urbanística en esos suelos, fruto de la concentración demográfica y de la potencialidad turística que esos suelos entrañan<sup>26</sup>. El preámbulo del Decreto Ley 302/1990 es, por lo demás, bien expresivo en la enunciación de ese propósito al asumir que *«la creciente búsqueda y ocupación del litoral y, de una forma general, de la franja costera ha provocado situaciones de desequilibrio por todas partes»*.

El régimen jurídico de este tipo de planes está, en este momento, fijado a través del Decreto Ley 309/1993, de 2 de septiembre, con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 218/1994, de 20 de agosto, y con la reglamentación constante del Decreto Ley 290/1995, de 10 de noviembre, y del Decreto 767/1996, de 30 de diciembre. Posteriormente, el Decreto Ley 151/1995, con las modificaciones, por ratificación, introducidas por la Ley 5/1996, de 29 de febrero, vino a modificar parcialmente el régimen jurídico consagrado en las normas anteriores en lo que respecta al procedimiento de elaboración de planes y a la forma de aprobación, así como a definir la existencia de una

<sup>26</sup> Cfr. Raphaël ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, 1994, p. 315.



jerarquía entre estos planes y los planes municipales de ordenación del territorio, previendo también la posibilidad de aprobación de medidas preventivas. Esta norma fue, no obstante, revocada por el Decreto Ley 380/1999, de 22 de septiembre, que mantiene, en lo esencial, el régimen jurídico preexistente.

Aunque la norma que creó este tipo de planes data de septiembre de 1993, sólo recientemente han sido aprobados los primeros Planes de ordenación de la franja costera<sup>27</sup>. Por esa razón, el análisis de las intervenciones que estos planes pueden llegar a tener en el derecho de propiedad sobre los suelos en ellos comprendidos tendrá que ser hecho exclusivamente a la luz del régimen jurídico definido en las normas que los crean y regulan su elaboración.

El primer aspecto que importa realzar respecto del régimen jurídico que regula la elaboración de este tipo de planes es el hecho de que los planes buscan la regulación de dos realidades jurídicas y fácticas distintas. Por un lado, está en cuestión la definición de dos criterios de «atribución del uso privativo» de parcelas de terrenos de dominio público marítimo. Por otro lado, está en cuestión la consagración de reglas de ordenación del territorio y urbanísticas relativas al uso y transformación de los suelos situados en la llamada zona terrestre de protección, que consiste en una faja *«cuya longitud puede llegar hasta los 500 metros contados desde la línea que limita el margen de las aguas del mar y la "franja marítima de protección", que tiene como límite máximo la barimétrica-30»*<sup>28</sup>.

Esta separación, que tiene traducción clara en el régimen jurídico aplicable a la regulación de cada una de esas realidades, exige su análisis separado, prestando igualmente atención a otro factor relevante: la existencia de un régimen transitorio cuya vigencia se extiende hasta la entrada en vigor del plan.

En cuanto a la regulación de los planes de ordenación de la franja costera, en la parte en que estos buscan fijar criterios para la atribución de usos privativos de los terrenos integrados en dominio hidráulico<sup>29</sup>, se fijan dos regímenes bastante diferenciados. Uno, establecido en el artículo 17, como régimen transitorio, que se caracteriza por su carácter extraordinariamente restrictivo. Otro, definido en los artícu-

---

<sup>27</sup> En efecto, ha habido que esperar hasta octubre de 1998 para ver aprobado el primer plan de ordenación de la franja costera (Resolución del Consejo de Ministros n° 123/1998, de 19 de octubre). Desde entonces han sido aprobados tres nuevos planes de ordenación de la franja costera por las Resoluciones del Consejo de Ministros n° 152/1998, de 30 de diciembre, n° 33/1999, de 27 de abril, y la n° 136/1999, de 29 de octubre.

<sup>28</sup> Vid. artículo 3.2.

<sup>29</sup> Como afirmé a propósito del análisis del dominio hidráulico, no tiene hoy gran sentido la separación de las parcelas privadas respecto de las demaniales, en virtud de la homogeneización de regímenes que se ha producido.

los 5 y 11, para la elaboración del plan y para la fase posterior a su entrada en vigor, que tiene por finalidad la limitación del margen de libre apreciación y decisión de la Administración Pública, así como el establecimiento de las formas de relación entre ésta y los particulares.

El régimen transitorio definido en el artículo 17 prevé un conjunto de medidas que asumen una naturaleza de medidas cautelares o preventivas. En el momento de elaboración del Decreto Ley 309/1993, el legislador optó por fijar directamente las medidas que consideró necesarias para asegurar el *statu quo* existente, a lo largo de toda la costa, en detrimento de la atribución a la Administración de la posibilidad de aprobar mediante medidas preventivas para las áreas que careciesen de ellas. En efecto, por mor de las medidas establecidas en este precepto quedó vedada la atribución de nuevos usos privativos que implicasen nuevas construcciones e instalaciones hasta la entrada en vigor del plan.

En el ámbito de este régimen transitorio, me parecen destacables las siguientes reglas de intervención:

- Se prohíbe la atribución de nuevos usos privativos que impliquen nuevas construcciones o instalaciones.
- Se prohíbe una intervención ordenadora al nivel de las instalaciones existentes, especialmente a través de la imposición de condiciones de mejora arquitectónica o de cambio de ubicación
  - tales medidas apenas si son permitidas tras la entrada en vigor del plan y para la adaptación a la ordenación en él determinado.
- Se permite la renovación de licencias precarias que caduquen durante el periodo, desde que se fije la precariedad de la nueva licencia en términos de consagrar su caducidad en el momento de entrada en vigor del plan.

Atendiendo a las prohibiciones fijadas en la norma en cuestión, estimo que ha sido intención del legislador evitar una intervención ordenadora hasta la entrada en vigor de los planes, debiendo corregirse sólo las situaciones existentes, es decir, si una licencia precaria existente alcanzase su término, deberá ser negada o concedida nueva licencia en función de la justificación que brinde su calidad arquitectónica o su localización.

Esto significa que, respecto de la concesión de nuevas licencias precarias, existe un amplio poder para otorgar licencia o denegarla, de acuerdo con los criterios que la Administración entienda que deben presidir la ordenación de cada área en concreto.

Sintiendo la desproporcionalidad de la medida cautelar que prohibía la instalación de nuevos elementos desmontables de playa o equipamientos complementarios de utilización de las playas, incluso

en términos precarios y a través de la utilización de materiales amovibles, a lo largo de toda la costa, el propio legislador en el Decreto Ley 218/1994 modificó este precepto en el sentido de restringir la prohibición a la atribución de usos privativos que impliquen nuevas construcciones e instalaciones fijas y no desmontables. Esta modificación, que redujo significativamente la carga excesiva de la prohibición anteriormente consagrada, mantuvo, sin embargo, una de las principales dificultades de la anterior redacción de la norma, que se relacionaba con la posibilidad, o no, de construir en las parcelas privadas del dominio hidráulico hasta la entrada en vigor del plan.

En términos sintéticos, el problema planteado se relacionaba con la articulación de lo dispuesto en el artículo 17 y el régimen jurídico del dominio hidráulico. La delimitación y régimen jurídico de los terrenos del Dominio Público Marítimo se encontraba consagrado hasta el inicio de la década de los ochenta en el Decreto Ley 468/1971, que todavía se mantiene en vigor, si bien con un ámbito de aplicación parcialmente reducido. En los términos de esta norma, se presumen públicos los terrenos situados dentro de la franja de los 50 metros, admitiéndose, sin embargo, el reconocimiento de la propiedad privada de esos terrenos, en los términos definidos en su artículo 8.

Esta distinción entre terrenos demaniales y parcelas privadas era de primordial importancia respecto de la definición del régimen jurídico al que los mismos estaban sujetos, pues siendo ello así, la utilización de los terrenos demaniales estaba sujeta a autorización o concesión de uso privativo, mientras que la utilización de las parcelas privadas no lo estaban, pese a estar sujeta la realización de obras de construcción a la autorización por la Dirección General de Servicios Hidráulicos.

Con la entrada en vigor del Decreto Ley 70/1990, que definió el régimen de los bienes de dominio público hidráulico del Estado, se estableció una superposición de regímenes jurídicos entre las dos normas referidas, aunque sin grandes dificultades de articulación e interpretación del régimen aplicable. No sucedió lo mismo, sin embargo, con la entrada en vigor del Decreto Ley 309/1993, al sujetar a planificación la franja costera y al establecer algunos criterios y condicionantes para la utilización de una faja de terrenos – zona terrestre de protección.

Las limitaciones resultantes de la entrada en vigor de esta norma asumen, como ya hemos visto, especial importancia hasta la aprobación e inicio de vigencia de los planes de ordenación de la franja costera en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 que analizamos.

En efecto, en la porción de terreno hasta 50 metros era necesaria licencia de uso privativo para la utilización de terrenos demaniales, cuya concesión estaba prohibida, siempre que implicase la construcción o

nuevas instalaciones y era necesaria licencia de ocupación o utilización para los terrenos privados enclavados en dominio hidráulico.

Con todo, y previamente al otorgamiento de licencia de construcción, propiamente dicha, en los terrenos situados en la zona de 50 metros, debería haberse obtenido el uso privativo o licencia de ocupación o utilización, en función de su carácter de terrenos demaniales o parcelas privadas, en los términos anteriormente descritos. Este régimen tuvo, sin embargo, un periodo de vigencia escaso, habiendo sido profundamente modificado con la entrada en vigor del Decreto Ley 46/1994, de 22 de febrero.

Esta norma vino a fijar un régimen jurídico para el dominio hidráulico, público y privado, que comprende la zona de 50 metros, en los términos definidos en el Decreto Ley 468/1971, habiendo, no obstante, determinado la derogación de las normas consagradas en los artículos 17 a 31 del Decreto 468/1971, que fijaba el régimen de atribución de usos privativos. Resultó de esta derogación y de la generalidad del régimen jurídico definido la sujeción de los terrenos demaniales y de las parcelas privadas enclavadas en dominio hidráulico a las mismas reglas, especialmente en materia de construcciones.

Esta paridad de regímenes creó, a mi juicio, algunos problemas, siendo destacable el hecho de que sólo pueden ser concedidas licencias precarias para la construcción, inclusive en terrenos privados, por un plazo de 10 años<sup>30</sup>. Merecedor de atención es la sujeción de cualquier actividad constructiva en terrenos públicos o privados del dominio hidráulico a la obtención de un título de utilización.

Destáquese, además, que esta norma<sup>31</sup> abandonó la expresión de «uso privativo» para pasar a utilizar la expresión de «título de utilización», siendo común este título de utilización a los terrenos demaniales y a los terrenos privados. Considero, por ello, que no se ha producido una verdadera alteración de naturaleza o contenido, sino una simple modificación terminológica, lo que significa que las referencias a usos privativos hechas en la legislación relativa a los planes de ordenación de la franja costera se deben entender hechas al título de utilización, previsto en esta norma.

Así, en virtud del régimen establecido en el artículo 17 del Decreto Ley 309/1993, en la zona de 50 metros, no existiendo plan de ordenación de la franja costera e independientemente de la existencia o no de otro instrumento de planificación válido y eficaz, no se puede conceder ningún título de utilización que implique nuevas construcciones, sea en relación a terrenos demaniales, sea en relación a terrenos de propiedad privada. La prohibición fijada en el artículo 17, en refe-

<sup>30</sup> *Vid.* artículo 55.

<sup>31</sup> Decreto Ley 46/1994.

rencia a la atribución de «usos privativos» (expresión utilizada en el Decreto Ley 468/1971), debe entenderse hecha a «título de utilización», expresión que, con la entrada en vigor del Decreto Ley 46/1994, vino a sustituir la anterior. En virtud del régimen transitorio del Decreto 309/1993 y de la modificación del régimen jurídico del dominio hidráulico a la sazón operada, los propietarios de las llamadas parcelas privadas de dominio hidráulico vieron significativamente restringido el contenido de su derecho de propiedad, aunque esta limitación sea temporal<sup>32</sup>.

Por otro lado, y en cuanto a la vinculación de la Administración en la elaboración del plan relativo a esta misma área, el legislador fijó la obligación administrativa de proceder a la clasificación de las playas, definiendo, desde luego, las diversas clasificaciones posibles y los criterios que deben presidir esta clasificación<sup>33</sup>.

El legislador fue, no obstante, más lejos definiendo en el número 2 del artículo 5 las reglas (principios, en el tenor de la norma) que han de ser consagradas en la reglamentación conexas con la actividad balnearia, especialmente en lo que se refiere a los usos públicos específicos, previendo un extensísimo número de interdicciones que tendrán que ser asimiladas e integradas en los planes de ordenación del litoral.

Las principales dificultades que suscita el régimen jurídico definido respecto de los suelos integrados en el dominio marítimo se relacionan esencialmente con su compatibilidad con el régimen jurídico del dominio hidráulico, como ya he tenido ocasión de ilustrar a propósito de la prohibición de construir en esos suelos. A su vez, y respecto de la franja de terreno designada como zona terrestre de protección, el régimen jurídico definido es sustancialmente distinto, asumiendo el plan, en esa parte, una naturaleza mixta de plan de ordenación y plan urbanístico. Importa, sin embargo, analizar el régimen transitorio definido para esta área.

En primer lugar, a los efectos de aplicación del régimen transitorio, la longitud de la franja definida como zona terrestre de protección era inicialmente indeterminada (podía llegar a los 500 metros), pero ha sido el Decreto Ley 218/1994 el que ha definido expresamente esa longitud en 500 metros.

En segundo lugar, se ha consagrado el condicionamiento de la obtención de informe favorable de la Dirección Regional del Ambiente y Recursos Naturales territorialmente competente de la autorización de cualquier construcción en los casos en que no exista plan

---

<sup>32</sup> La gravedad de esta conclusión resulta, por lo demás, del hecho de existir a lo largo de la costa innumerables aglomeraciones urbanas sin que se haya descartado la aplicación en su interior de este régimen jurídico.

<sup>33</sup> *Vid.* Anexo I al Decreto Ley 309/1993.

de ordenación de la franja costera o plan municipal de ordenación del territorio<sup>34</sup>. Téngase en cuenta, sin embargo, que los informes que emitan las Direcciones Regionales del Ambiente y Recursos Naturales deben ceñirse a la verificación del cumplimiento de los criterios definidos en el Anexo II del Decreto Ley 309/1993, por los proyectos presentados por los particulares. En efecto, si el legislador definió los criterios que han de conformar la realización de los planes de ordenación de la franja costera y si el condicionamiento definido busca exclusivamente garantizar la eficacia de aquellos planes, no tiene sentido permitir que la Administración, en su intervención preventiva, incumpla los criterios definidos para su intervención final. Esa es, por otra parte, la voluntad expresa del legislador, cuando en el artículo 12.2 dispone que en esa zona *«la ocupación, uso y transformación de los suelos deberá obedecer a los principios establecidos en el anexo referido en el número anterior»*.

Es precisamente en ese Anexo II al Decreto Ley 309/1993 donde se enuncian los principios o criterios que vinculan a la Administración en su actividad de planificación de la zona terrestre de protección. Esos criterios coinciden, fundamentalmente, con los anteriormente establecidos en el Decreto Ley 302/1990, de 28 de septiembre, que regula la gestión urbana del litoral. Se trata de criterios que, no obstante dejar cierto margen de libertad a la Administración, presentan la virtud de reducir el grado de discrecionalidad que se le atribuye, permitiendo a los propietarios de suelos, en especial por lo que respecta al ejercicio de la actividad constructiva, enterarse del tipo de intervención a que están sujetos y del tipo de limitaciones que les va a ser impuestas en el futuro por parte de la Administración.

Este régimen traduce, por ello, una forma, a mi juicio, correcta de intervención en la regulación de la propiedad de los suelos, sin perjuicio de algunos problemas que se plantean, como la ausencia de autorización legislativa de la Asamblea de la República respecto de la actividad normativa de delimitación de la propiedad, o la falta de regulación de todo el resto de actividades no constructivas, con la consecuente atribución de un gran margen de libertad a la Administración en tales materias.

### C) LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LOS PANTANOS

Conforme a lo establecido en el preámbulo del Decreto Ley 502/1971, de 18 de noviembre, *«las aguas embalsadas para satisfacer las*

---

<sup>34</sup> El legislador asume de esta forma que la existencia de un plan municipal de ordenación del territorio es suficiente para asegurar la salvaguarda del interés público que se preten-

*finalidades principales – riego, producción de energía y abastecimiento de poblaciones –embellecen el paisaje y dan lugar a la práctica de actividades recreativas y deportivas, incluyendo las de competición». De ahí la necesidad de regular la utilización de las albuferas de aguas públicas, «con el fin de armonizar su aprovechamiento secundario con las utilidades principales a que fuesen destinadas o con las que posteriormente sean determinadas por el Gobierno»<sup>35</sup>.*

Fue precisamente con esa finalidad que el Decreto Ley 502/1971 dispuso en su artículo 4 la posibilidad de procederse a la ordenación territorial<sup>36</sup> de las zonas de protección de los pantanos y, en su artículo 2, la posibilidad de fijar las utilidades secundarias compatibles con las finalidades principales y de regular las condiciones de su ejercicio. Los planes de ordenación de pantanos de aguas públicas estarán, de este modo, llamados a incidir sobre dos realidades distintas que suscitan problemas que, aunque relacionados son distintos: el plan de agua y la zona terrestre de protección.

En el presente estudio me limitaré al análisis de la reglamentación relativa a la zona de protección terrestre, dado que el análisis de las cuestiones jurídicas relativas al plan de agua nos obligaría a entrar en otros regímenes jurídicos cuya descripción es incompatible con el limitado espacio del que dispongo.

Las zonas de protección de los pantanos, según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley 502/1971, podían tener una longitud variable que podría ir hasta los 500 metros. El Decreto reglamentario n° 2/1988<sup>37</sup>, de 20 de enero, vino sin embargo a precisar la dimensión exacta de esa zona, de acuerdo con el tipo de clasificación del pantano. En efecto, partiendo de la clasificación de los pantanos –protegidos, condicionados, de utilización limitada y de utilización libre –, el Decreto reglamentario fija en el artículo 7 las siguientes zonas de protección:

- Pantanos protegidos: 500 metros.
- Pantanos condicionados: 200 metros.
- Pantanos de utilización limitada: 500 metros.
- Pantanos de utilización libre: 500 metros.

---

de alcanzar con la elaboración de los planes de ordenación de la zona costera, lo que se comprende si se atiende a la intervención de los servicios de la Administración Central, responsables de la consecución de ese interés en la comisión de acompañamiento de aquellos planes.

<sup>35</sup> Vid. artículo 1 del Decreto Ley 502/1971.

<sup>36</sup> El procedimiento de elaboración del plan de ordenación de los pantanos se encuentra hoy definido en el Decreto 333/1992, de 10 de abril.

<sup>37</sup> Decreto modificado por el Decreto Reglamentario 37/1971, de 23 de julio, y por el Decreto Reglamentario 33/1992, de 2 de diciembre.

Respecto de la ordenación de esta zona, el Decreto Ley 502/1971 fija un conjunto de reglas cuya importancia es señalable.

En primer lugar, se fija la posibilidad de que la Administración proceda a la expropiación formal por utilidad pública de las construcciones anteriores a la entrada en vigor de la norma, que perjudiquen gravemente las finalidades principales del pantano<sup>38</sup>.

En segundo lugar, prevé la posibilidad de ordenar la suspensión de cualquier actividad que no sea compatible con las finalidades principales, mediante el pago de una indemnización, que deberá ser determinada por el proceso y según los criterios definidos en el Código de Expropiaciones<sup>39</sup>.

En cuarto lugar, establece, en términos genéricos, el derecho de «*los titulares de intereses ofendidos por las actividades ejercidas en los pantanos o en sus zonas de protección*» a ser indemnizados.

El régimen fijado en esta norma es, como fácilmente se puede concluir del análisis de las medidas en ella contenidas y de la sistemática previsión del derecho a la indemnización por parte de los propietarios afectados, fuertemente respetuoso con el derecho de propiedad privada, como es natural, dada la época histórica y el encuadramiento constitucional vigente en el momento de su elaboración y aprobación. No deja, sin embargo, de ser significativo el hecho de que aún hoy se mantenga en vigor, pese a la naturaleza claramente más intervencionista de sus reglamentos de desarrollo.

En efecto, el Decreto reglamentario 2/1988, de modo similar a aquellos que lo alteraron posteriormente, contiene ya un conjunto de prohibiciones y condicionamientos directamente aplicables, sin que en ellos se haga ninguna referencia al pago de indemnizaciones a los titulares de los derechos afectados.

Del régimen fijado en estas normas reglamentarias es destacable, sobre todo, la definición, dentro de la zona de protección del pantano, de una zona reservada que constituye una franja circundante del pantano con una anchura de 50 metros, donde queda prohibida la ejecución de toda construcción, que no sea de infraestructuras de apoyo a la utilización de la albufera. Más allá de esta zona se prevé la posibilidad de crear «zonas de respeto» de las barreras, que quedan sujetas al mismo régimen.

Además de la protección ya enunciada, el artículo 8 del Decreto reglamentario 2/1988 establece un amplio número de prohibiciones para las zonas de protección relativas a la utilización industrial y agrícola de los suelos que, aunque no imposibilitan la utilización, la condicionan en los métodos a utilizar o en los tipos de industria o de explotación agrícola a desarrollar.

<sup>38</sup> Vid. artículo 3.3.

<sup>39</sup> Vid. artículo 3.4.



Esta norma reglamentaria, en el artículo 20 añadido por el Decreto reglamentario 37/1991, establece a su vez el condicionamiento del otorgamiento de licencias municipales de obras particulares al informe favorable de la Dirección General de Recursos Naturales, hasta la entrada en vigor del plan de ordenación de la albufera o del plan municipal de ordenación del territorio.

En virtud del especial régimen jurídico establecido en el Decreto Ley 502/1971, el análisis casuístico de los diversos planes de ordenación del pantano en vigor se revela menos interesante. Con la previsión del pago de indemnización, en los términos de las expropiaciones por utilidad pública, para las situaciones de prohibición de construcción residencial, industrial o recreativa, el legislador asumió claramente que consideraba que esa prohibición tenía naturaleza expropiatoria, revelando un entendimiento a mi juicio excesivamente extenso del concepto de expropiación.

Del análisis de los planes de ordenación de los pantanos en vigor se constata que, en lo que se refiere a la zona de protección, las soluciones materiales encontradas, en términos de ordenación del territorio no varían significativamente respecto de las consagradas en los planes de ordenación de las áreas protegidas. En efecto, el régimen fijado es, por regla general, muy restrictivo, estando prohibido en vastas parcelas de suelo integrado en las zonas de protección un conjunto de actividades de tal forma significativo que me lleva a afirmar que se trata en algunos casos de una auténtica expropiación material. Es lo que pasa, especialmente, con la «zona de protección»<sup>40</sup> en el plan de ordenación del pantano del Gameiro<sup>41</sup>, en relación con la cual el reglamento del plan de ordenación prohíbe, en su artículo 10, un vasto conjunto de actividades y en concreto cualquier alteración de la topografía del terreno, gran parte de la actividad constructiva, tala de árboles y destrucción del suelo vivo o con cobertura vegetal. Lo mismo sucede con la zona protección de grado 1 en el plan de ordenación del pantano de Caia<sup>42</sup>, sujeta sensiblemente al mismo tipo de limitaciones, y con la zona de reserva en el plan de ordenación del pantano del Azibo<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> A pesar de la utilización de la denominación genérica de la franja de protección al pantano, se trata de una de las zonas específicas previstas en la zonificación de la franja de protección.

<sup>41</sup> Aprobado por Orden conjunta de los Ministros de Planificación y de la Administración del Territorio y del Ambiente y Recursos Naturales, de 28 de abril, publicado en el *Diario de la República* II Serie, de 17 de agosto de 1993.

<sup>42</sup> *Vid.* art. 5 del reglamento del Plan de Ordenación del pantano de Caia, aprobado por Orden Conjunta de los Ministros citados en la nota anterior el 28 de abril y publicado en el *Diario de la República*, II Serie, de 13 de julio de 1993.

<sup>43</sup> *Vid.* art. 32 del reglamento del Plan de Ordenación de la Albufera del Azibo, aprobado mediante Orden Conjunta de los ministerios anteriores el 11 de marzo de 1993 y publicado en el *Diario de la República*, II Serie, de 8 de junio de 1993.

Sin embargo, estas situaciones que asumen especial relieve en el ámbito de la generalidad de los instrumentos de planificación con fines ambientales, no tiene aquí la misma importancia en virtud de la previsión de indemnización hecha por el Decreto Ley 502/1971<sup>44</sup>. En realidad, la existencia del derecho de indemnización y la sujeción de su cálculo a los criterios definidos para la expropiación son fijados por aquella norma en términos bastante más omnicomprendivos de los que resultan de la clasificación propuesta como expropiación material, lo que conduce a que el pago de indemnización no dependa, en estos casos, de su calificación, sino de la aplicación directa del régimen fijado en aquella norma legal. En rigor, puede decirse que estamos aquí ante una situación de expropiación formal, directamente asumida por el legislador, aunque con carencias en su fórmula de iniciación –ausencia de declaración de utilidad pública específica.

#### D) LOS PLANES DE CUENCA HIDROGRÁFICA

Como se desprende de su propia designación, el *dominio público hidráulico* es el que se refiere a las aguas públicas. Pero la designación dominio público hidráulico no significa que se restrinja a las aguas demaniales, puesto que lógicamente comprende, además de las aguas, los terrenos que interesan o pueden interesar a la adecuada producción y defensa de esas aguas, como puede ser el caso de los lechos y las márgenes.

En términos legales, el dominio hídrico comprende los terrenos de las franjas de la costa y demás áreas sujetas a influencia de las mareas, en los términos del artículo 1 del Decreto Ley 201/1992, de 29 de septiembre, las corrientes de agua, lagos o lagunas, con sus lechos, márgenes y zonas adyacentes, en los términos del Decreto Ley 468/1971, de 5 de noviembre, con su respectivo subsuelo y espacio aéreo correspondiente, así como las aguas subterráneas (cfr. art. 2.1 del Decreto Ley 46/1994, de 22 de febrero).

Por esa razón, los problemas relativos a la planificación y gestión de los recursos hídricos presentan amplias áreas de interferencia con la reglamentación legal de numerosas materias y con la intervención institucional de un vasto conjunto de entidades, lo que hace necesario comenzar por proceder al encuadramiento normativo e institucional

---

<sup>44</sup> Eso no significa, sin embargo, que la intervención de los poderes públicos sobre la propiedad del suelo pueda ser desproporcionada. Sobre la necesidad de proporcionalidad en la intervención sobre el derecho de propiedad de los suelos adyacentes a las aguas públicas, cfr. Wolfgang KAHL, «La conservación del medio ambiente y el derecho de propiedad en Alemania», en J. Barnes (dir.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 763.

de los planes de cuenca hidrográfica, de manera que se encuadre su papel en un sistema complejo y confuso de planeamiento como el nuestro, en el que las superposiciones de planos son la regla. Al nivel del planeamiento de los recursos hidráulicos, el Decreto Ley 45/1994, de 22 de febrero, viene, en su artículo 5, a establecer que

- «1. La elaboración de los PNA y de los PBH del Miño, Duero, Tajo y Guadiana compete al Instituto del Agua (INAG).*
- 2. La elaboración de los restantes PBH compete a las direcciones regionales del ambiente y recursos naturales (DRARN), respectivamente:*
  - a) A la DRARN del Norte, los PBH del Lima, Cávado, Ave y Leza;*
  - b) A la DRARN de Lisboa y Valle del Tajo, el PBH de las riberas del Oeste;*
  - c) A la DRARN del Alentejo, los PBH del Sado y del Mira;*
  - d) A la DRARN del Algarve, el PBH de las riberas del Algarve*
- 3. El PNA es aprobado por Decreto Ley y los PBH son aprobados por Decreto reglamentario.*
- 4. Tras la aprobación del PNA, los PBH deben ser alterados en función de aquél, especialmente aquéllos en los que hay transferencia de agua de o para otras cuencas».*

El legislador concentró de este modo en el Instituto del Agua la elaboración del Plan Nacional del Agua y de los planes de las cuencas hidrográficas de los ríos transfronterizos. Con todo, si a nivel del planeamiento hubo una preocupación en el sentido de concentrar en una única entidad la responsabilidad y procedimiento de elaboración de los planes, en lo que se refiere a la ejecución de éstos, especialmente en lo que se refiere a la gestión de los recursos hídricos en cuestión, el legislador dejó la intervención institucional bastante más indefinida y diseminada.

El propio Decreto Ley 45/1994, de 22 de febrero, prevé la intervención del Consejo de Cuenca en la gestión del recurso hídrico. Ahora bien, pese a que el Consejo de Cuenca aparece definido en el artículo 11 de aquella norma legal como un órgano consultivo de planificación regional, el artículo 12 de la misma norma va mucho más allá de lo que tal calificación sugiere al regular las competencias de tal órgano. Es el caso, por ejemplo, de las competencias para *«establecer el montante de la tasa de regularización»* para *«informar y formular propuestas de interés general para la cuenca»*, así como para *«informar sobre esquemas y obras de aprovechamientos hidráulicos»*, o *«informar sobre todas las cuestiones relativas al reparto de las aguas y las medidas a tomar contra la contaminación»*.

Por otro lado, el Decreto 46/1994, que, como se ha visto anteriormente, reguló el régimen jurídico de la utilización del dominio hi-

drúlico bajo jurisdicción del Instituto del Agua, acaba por atribuir competencia para el otorgamiento de licencia de esa utilización a las Direcciones Regionales del Ambiente y Recursos Naturales (art. 5). Sin embargo, si la forma jurídica adoptada para la utilización del dominio hidráulico fuese no la licencia sino la concesión, la autorización para la celebración del respectivo contrato sería del Ministro de Medio Ambiente, pudiendo ser objeto de delegación en el Presidente del INAG (art. 9).

Sin embargo, además del Consejo de Cuenca, de las Direcciones Generales del Ambiente y del INAG, también en el nivel del Ministerio del Ambiente tiene una intervención relevante en la ejecución del Plan de Cuenca la Dirección General del Ambiente, al ser ésta la entidad responsable del procedimiento de apreciación de los estudios de Impacto Ambiental, en los términos de lo dispuesto en el Decreto Ley nº 186/1990, de 6 de junio, con las modificaciones efectuadas por el Decreto Ley 278/1997, de 8 de octubre.

Si a nivel del Ministerio del Ambiente la intervención en la gestión de los recursos hidráulicos y la ejecución del plan de cuenca no están unificadas, la situación de multiplicidad de intervención institucional sobrepasa, en mucho, las competencias de este Ministerio. En efecto, fruto de la naturaleza relacional de las intervenciones en cuestión, son múltiples los sectores que, de una forma más o menos intensa y directa, interfieren en el planeamiento o en la gestión. Así, en el plano de las intervenciones exteriores al Ministerio del Ambiente, son múltiples los ejemplos de áreas cuya interconexión plantea algunos problemas y dificultades.

Se encuentran en este caso materias como la ordenación del territorio y urbanismo<sup>45</sup>, que fundamentan la intervención del Ministerio del Ambiente y de Ordenación del Territorio, en especial a través de sus estructuras regionales —las Comisiones de Coordinación Regional—, así como de los propios órganos de las entidades locales territorialmente implicadas. De igual forma, son decisivas las intervenciones de los servicios del Ministerio de Industria, en el ámbito de los procedimientos de otorgamiento de licencia de las actividades industriales (Decreto Ley 109/1991, de 15 de marzo y Decreto reglamentario 25/1993, de 17 de agosto) y de su fiscalización, de los servicios del Ministerio de Agricultura en lo que se refiere a la captación de agua para fines agrícolas o incluso a la utilización de fertilizantes e insecticidas, o de las nuevas empresas concesionarias de los sistemas multimunicipales de captación y abastecimiento de agua para consumo público y de los sistemas de recogida y expulsión de efluentes.

<sup>45</sup> Sobre la relación entre la ordenación del territorio y la planificación de los recursos hídricos, cfr. María del Carmen ORTIZ DE TENA, *La planificación hidrológica*, Madrid, 1994, pp. 303 ss.

La aparición del Decreto Ley 45/1994 se justifica por la idea, afirmada ya en el propio preámbulo, de que «una correcta gestión de los recursos hídricos pasa por una adecuada política de planificación, asentada en un abordaje integrado territorialmente y en una perspectiva cualitativa y cuantitativa del medio». En función de esta orientación, la planificación se concreta mediante planes de recursos hidráulicos, teniendo presente la valorización, protección y la gestión equilibrada de los recursos hídricos nacionales, como se afirma en su artículo 2. Como forma de alcanzar esos objetivos<sup>46</sup>, se vincula el procedimiento de planificación a los requisitos de globalidad, adoptando una perspectiva conjunta e interrelacionada de aspectos técnicos, económicos, ambientales e institucionales; de la racionalidad, procurando la optimización de la explotación de las distintas aguas y la satisfacción de distintas necesidades, articulando la demanda y la oferta y salvaguardando la preservación cuantitativa y cualitativa de los recursos hidráulicos; de la integración, en articulación con la planificación de los sectores de utilización, con el planeamiento regional, con la ordenación del territorio y con la conservación y protección del ambiente; de la participación, implicando agentes económicos y poblaciones directamente interesadas y procurando la ampliación de consensos; y de la estrategia, dando respuestas inmediatas ante la información disponible.

La especial importancia conferida por el legislador a la planificación de los recursos hidráulicos obliga a la previsión de las acciones y medidas definidas en esos planes en todos los instrumentos de planeamiento que definan o determinen la ocupación física del suelo, concretamente planes regionales y municipales de ordenación del territorio, en una lógica de compatibilización, lo que se aparece como especialmente relevante si se prestase atención al hecho de que este tipo de planes están clasificados como planes sectoriales y no como planes especiales, con las consecuencias que de ello se derivan en términos del respectivo régimen jurídico<sup>47</sup>.

No obstante las significativas interferencias de este tipo de planes con la regulación del uso y transformación de los suelos y su gran margen de superposición con los planes regionales y municipales de ordenación del territorio, el legislador atribuye un intenso poder discrecional a la Administración para la elaboración de los planes. En efecto, no se identifica en el Decreto Ley n° 45/1994 ninguna norma directamente aplicable a los suelos integrados en las distintas cuencas

---

<sup>46</sup> Sobre los objetivos de los planes de cuenca, cfr. Pierluigi MANTINI, *Lezioni di diritto pubblico dell'ambiente*, Padova, 1991, pp. 208-209; Beniamino CARAVITA, «Diritto pubblico dell'ambiente», en *La nuova scienza-Serie di diritto*, Bologna, 1990.

<sup>47</sup> *Vid.* Decreto Ley 380/1999, de 22 de septiembre.

hidrográficas, ni se determinan los límites de intervención de la Administración en la regulación de la propiedad de los suelos. La norma no permite, por ello, definir el tipo de medidas que a su amparo van a ser adoptadas, lo que dificulta claramente la comprensión del tipo de intervención en la propiedad de los suelos que estos instrumentos de planificación consagrarán en especial, por no existir ningún plan de este tipo en vigor.

En cualquier caso, del contenido normativo del Decreto Ley 45/1994 o de la falta de ese contenido en lo que se refiere a la delimitación de los poderes atribuidos a la Administración, es posible, desde luego, identificar la existencia de un grado de discrecionalidad incompatible con la reserva de ley existente en materia de conformación del derecho de propiedad privada sobre suelos. La gravedad de la ausencia de vinculación dependerá, pese a todo, en el tipo de intervención que la Administración asuma en su actividad de planificación, es decir, depende de la Administración consagrar en los planes un régimen más o menos limitador del derecho de propiedad. En teoría, es hasta posible la hipótesis de que la Administración no fijase en el plan ninguna norma de delimitación del derecho de propiedad, lo que alejaría, por sí solo, el problema suscitado.

### III. CONTRACTUALIZACIÓN EN LA GESTIÓN DE SISTEMAS DE CAPTACIÓN, TRATAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE AGUA DESTINADA A CONSUMO PÚBLICO, DE RECOGIDA, TRATAMIENTO Y EXPULSIÓN DE EFLUENTES Y DE RECOGIDA Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS SÓLIDOS

La gestión de los servicios públicos de captación, tratamiento y distribución de agua para consumo público, de recogida, tratamiento y expulsión de efluentes y de recogida y tratamiento de residuos sólidos estaba, hasta hace pocos años, vedada al sector privado.

En efecto, sólo en 1993, con la entrada en vigor del Decreto Ley 372/1993, de 29 de octubre, que alteró la Ley de Delimitación de Sectores<sup>48</sup>, la gestión de esos servicios públicos se abrió al sector privado<sup>49</sup>.

Hasta ese momento la gestión de los servicios públicos en cuestión se realizaba directamente por los servicios municipales o por servicios municipalizados<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Ley 44/1977, de 8 de julio.

<sup>49</sup> Aunque con algunas limitaciones que más adelante analizaré.

<sup>50</sup> La distinción entre servicios municipales y municipalizados se establece en función del grado de autonomía frente a los órganos municipales. En efecto, como enseña Diogo FREITAS DO AMARAL, «se consideran «servicios municipales», en sentido restringido, los servicios del

La intervención de entidades privadas se reducía entonces a la actuación con base en contratos de prestación de servicios, en áreas específicas y muy delimitadas de los servicios públicos en cuestión, siempre sin quiebra alguna de la titularidad y responsabilidad de las entidades públicas.

La apertura de la gestión de los servicios públicos al sector privado<sup>51</sup> llevó a que el legislador, de inmediato, regulase los términos en que tal apertura habría de tener lugar. Fue ese el contexto en que entró en vigor el Decreto Ley 379/1993, de 5 de noviembre, que estableció el régimen jurídico de la concesión de los sistemas municipales y multimunicipales de captación, tratamiento y distribución de agua para consumo público, de recogida, tratamiento y expulsión de efluentes y de recogida y tratamiento de residuos sólidos.

La opción del legislador fue, pues, en un primer momento, la adopción del modelo de la concesión<sup>52</sup> para la privatización de la gestión de estos servicios públicos. Sin embargo, cinco años más tarde el legislador consagró otro modelo alternativo, previendo la delegación de servicios públicos en empresas municipales.

Tal modelo alternativo fue introducido por la Ley 58/1998, de 18 de agosto, que habilitó la creación de empresas públicas municipales, de empresas de capital municipal público y de empresas mixtas de capital mayoritariamente públicos municipales.

La introducción en el ordenamiento jurídico portugués de estas dos posibilidades de privatización o, por lo menos, introducción en una dinámica empresarial con sujeción, en lo esencial, a un régimen de Derecho privado, de la gestión de estos servicios públicos condujeron a una significativa modificación de los términos en que tales servicios pasaron a ser prestados en la práctica<sup>53</sup>.

Se trata, sin embargo, de dos soluciones claramente diferenciadas, tanto en términos jurídicos como en cuanto a los modelos de gestión.

---

municipio que, no disponiendo de autonomía, son directamente dirigidos por los órganos principales del municipio, v.g. por la Corporación Municipal. A su vez, y siguiendo al mismo autor, «los «servicios municipalizados» son aquellos a los cuales la ley permite otorgar organización autónoma dentro de la administración municipal y cuya gestión se entrega a un consejo de administración privativo (CA, art. 168)». Cfr. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1999, pp. 499-500).

<sup>51</sup> Sobre el fundamento y significado de esta apertura, *vid.* Pedro GONÇALVES, *A concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999, pp. 101 y ss.

<sup>52</sup> Sobre la evolución del concepto de concesión de servicios públicos, *vid.* op. ant. cit., pp. 101 ss.

<sup>53</sup> Desde 1995, muchos han sido los municipios que han concedido sus sistemas de captación, tratamiento y distribución de aguas para el consumo público, de recogida, tratamiento y depuración de efluentes y de recogida y tratamiento de residuos sólidos. Respecto de la creación de empresas municipales para la gestión de estos servicios públicos los ejemplos son, aún hoy, muy limitados, siendo, sin embargo, de mencionar la existencia de un número creciente de municipios que podrían optar por esa solución de gestión.

Por ello, me parece interesante analizar, aunque en términos sumarios, las principales características de cada uno de ellos. Antes es preciso fijar algunos presupuestos relativos a la delimitación de los servicios públicos en cuestión.

A pesar de que tales servicios públicos fuesen genéricamente consagrados como atribución municipal en el artículo 2 del Decreto Ley 100/1984, de 29 de marzo, y en el artículo 8 del Decreto Ley 77/1984, de 8 de marzo<sup>54</sup>, fueron objeto de una reglamentación específica en materia de delimitación de competencias que, más que modificar las reglas fundamentales preexistentes en la materia, introdujo un conjunto de reglas con vistas a dar respuesta a la nueva realidad creada por el Decreto Ley 379/1993, de 5 de noviembre.

La fijación específica de las competencias municipales en los sectores en análisis se encuentra hoy en la Ley 46/1977, con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 372/1993, y en el Decreto Ley 379/1993<sup>55</sup>.

Estas normas legales presentan como el elemento esencial de delimitación de competencias la separación entre dos tipos de sistemas: los sistemas multimunicipales y los sistemas municipales.

De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 379/1993, la clasificación hecha es la siguiente:

- Son sistemas multimunicipales aquellos que satisfagan cumulativamente los siguientes requisitos:
  - a) Servir, por lo menos, a dos municipios.
  - b) Exigir una inversión predominante a efectuar por el Estado.
  - c) La inversión deriva de razones de interés nacional.
- Son sistemas municipales los que satisfagan uno de los siguientes requisitos:
  - a) Servir solamente a un municipio, independientemente del origen de la financiación.
  - b) Servir a dos o más municipios, cuando:
    - Sean dirigidos por asociaciones de municipios.
    - No exijan una inversión mayoritaria del Estado, por razones de interés nacional.

<sup>54</sup> Posteriormente revocados por el Decreto Ley 169/1999, de 18 de septiembre, y por el Decreto Ley 159/1999, de 14 de septiembre.

<sup>55</sup> El Decreto Ley 379/1993 fue posteriormente desarrollado por el Decreto Ley 147/1995, de 21 de junio, y modificado por la Ley 176/1999, de 25 de octubre, y por el Decreto Ley n° 439-A/99, de 29 de octubre, en un «extraño» conflicto legislativo entre la Asamblea de la República y el Gobierno. A su vez, el Decreto Ley 147/1995, de 21 de junio, fue modificada por el Decreto Ley 362/1998, de 18 de noviembre.



Del análisis de esta clasificación de los tipos de sistemas pueden extraerse algunas conclusiones en cuanto a la delimitación de las competencias municipales respecto de las competencias estatales.

La primera conclusión es la de que el criterio utilizado para la delimitación de las competencias es sólo tendencialmente territorial. En efecto, si es verdad que, en los términos de la norma referida, un sistema que sirva tan solo a un municipio es obligatoriamente municipal, ya no es cierto que aquel que sirva dos o más municipios sea necesariamente multimunicipal.

Como resulta de las afirmaciones que acabamos de hacer, aquellos sistemas que sirvan a dos o más municipios continúan siendo calificados como municipales si fuesen gestionados por una asociación de municipios y no exigiesen una inversión mayoritaria del Estado, por razones de interés nacional.

Ello significa que solamente integran las competencias estatales los sistemas que, cumulativamente, sirvan a dos o más municipios, exijan una inversión mayoritaria del Estado, derivando tal inversión de razones de interés nacional.

La clasificación así operada nos plantea algunas dudas, en la medida en que siendo correcta respecto de los sistemas que sirvan sólo a un municipio, no presenta demasiado rigor respecto de aquellos que sirvan a dos o más municipios. Pues en cuanto a éstos, el legislador abandonó el tradicional criterio geográfico de delimitación de las competencias municipales que se encuentra consagrado, aunque en una perspectiva material, en la Constitución y en la Ley de Entidades Locales.

De hecho, la fórmula genérica comúnmente utilizada para caracterizar las competencias de las entidades locales ha sido extendida en el sentido de la delimitación geográfica del interés. Significa esto que el interés será propio de la población respectiva cuando se refiera únicamente a los residentes en el territorio municipal.

Ello no significa, sin embargo, la negación de la existencia de formas de asociacionismo intermunicipal. Sólo que este asociacionismo intermunicipal no traduce en un medio de perseguir intereses que sobrepasan las fronteras municipales, sino en un medio para que dos o más municipios busquen de forma más eficiente e integrada los intereses propios de su población, es decir, sin perjuicio de que el interés a perseguir sea municipal, la forma adoptada en la consecución de tal interés está integrada con la de otros municipios que persigan intereses idénticos.

Ahora bien, en el caso de calificación de los sistemas que sirvan dos o más municipios el legislador se desvinculó de criterios materiales relativos a la naturaleza del interés para concentrarse en un criterio esencialmente financiero.

En realidad, para que el sistema sea calificado como multimunicipal es esencial que la inversión sea mayoritariamente estatal. Destáquese, por lo demás, que incluso la referencia al hecho de que la inversión derive de razones de interés nacional surge en una perspectiva de intervención estatal sustitutiva de la intervención municipal y no como resultado de la existencia de una realidad subyacente con naturaleza distinta.

En términos rigurosos, entiendo que los sistemas que sirvan a dos o más municipios deberían ser objeto de una única calificación, aunque se admita que la responsabilidad por su gestión pueda ser atribuida al Estado o a los municipios. La propia legislación utilizada no se revela elucidativa del tipo de sistema en presencia, pues podrán existir y existen sistemas municipales que materialmente son sistemas plurimunicipales, lo que se presenta como contradictorio desde una perspectiva terminológica.

Ello no significa que me adhiera a la tesis de aquellos que han defendido la inconstitucionalidad de la división de competencias operada, sino tan sólo que defiendo una corrección de la calificación legal que atienda a la substancia y no a los aspectos financieros, aunque esos aspectos puedan tener influencia en la selección de la entidad responsable de la gestión.

Los propios criterios de calificación enunciados apuntan claramente hacia una intervención subsidiaria del Estado en relación a los municipios. En efecto, en los términos de la norma legal analizada, el sistema sólo será multimunicipal y, consecuentemente, de la responsabilidad del Estado cuando los municipios, aislada o conjuntamente, no pretendan o no puedan asumir su creación y explotación.

El Estado surge, así, en esos casos y por razones claras de interés nacional, asumiendo como suya la tarea de creación y explotación de sistemas que sirvan de forma integrada dos o más municipios que por variadas razones no pudiesen asegurar tal función. No existe, en consecuencia, una reducción de las competencias municipales en esta materia. La creación de sistemas multimunicipales se traduce, en efecto, en la aparición de una realidad nueva<sup>56</sup>.

De hecho y en lo que respecta a los sistemas de captación, tratamiento y suministro de agua, la creación de los sistemas multimunicipales se traduce en la constitución de un sistema nuevo, comprensivo el sistema de suministro de agua, que las entidades locales ya prestan y deben continuar prestando en el nivel de los sistemas municipales.

---

<sup>56</sup> La confusión creada con la adopción del criterio de delimitación de ambos tipos de sistemas quedó reflejada en el «conflicto» institucional entre la Asamblea de la República y el Gobierno. La Ley 176/1999, de 25 de octubre, confirió a los municipios el derecho a la titularidad de la mayoría del capital social en empresas concesionarias de la explotación y gestión de sistemas multimunicipales, mientras que el Decreto ley 439-A/1999, de 29 de octubre (cuatro días más tarde), denegó ese derecho al derogar el artículo 2 de la primera norma legal.

Se trata aquí de asegurar la realización de un interés público de carácter marcadamente supramunicipal de gestión de recursos hídricos nacionales. No obstante el esfuerzo que ha sido impulsado por los diversos municipios en esta materia, la calidad del servicio actualmente prestado es insuficiente. Una de las muchas razones que pueden estar en la base de esa insuficiencia se vincula con el aumento significativo de las exigencias de calidad y eficiencia de este sector, las cuales, asociadas a la aparición de nuevas preocupaciones, especialmente de naturaleza ambiental, obligan a realizar nuevas e importantes inversiones difíciles de soportar financieramente por los municipios de forma aislada.

De igual modo, al nivel del sector de recogida y tratamiento de residuos sólidos, este tipo de sistemas se traduce en la creación de algo nuevo, para así asumir la reponsabilidad, cuya originariamente, de asegurar una actividad que sobrepasa el ámbito municipal. En realidad, los sistemas multimunicipales, cuya responsabilidad queda a cargo del Estado, no se superponen a los sistemas actualmente existentes en los diversos municipios. Se trata, de hecho, de una nueva realidad, complementaria de los sistemas actualmente existentes y que se mantiene dentro de la responsabilidad municipal, que busca principalmente proporcionarle al territorio nacional infraestructuras aptas para asegurar el tratamiento de los residuos sólidos.

Si es verdad que cada sistema municipal podría asegurar el tratamiento de los residuos producidos en su territorio municipal, no es menos verdad que la instalación de centrales de tratamiento en todos los municipios, además de ser financieramente insoportable, se habría de traducir inevitablemente en un completo desperdicio de dinero público dada la onerosidad de la explotación implicada. Esta nueva realidad significa, por ello, la satisfacción integrada y eficiente de una necesidad colectiva, caracterizándose por pretender alcanzar la forma más correcta posible de lograr este interés público supramunicipal.

En el plano de los residuos sólidos, la situación actual permite concluir que esas situaciones se reconducen a la actividad de tratamiento. En realidad, incluso en los casos en que tenga que existir alguna actividad de recogida, ésta asume una naturaleza claramente instrumental de aquélla, esto es, no se tratará de la recogida directa de los residuos donde son producidos, sino del simple transporte de los mismos entre los depósitos y las estaciones de tratamiento.

También en el nivel de los sistemas de recogida, tratamiento y expulsión de efluentes la lógica es sustancialmente idéntica, cabiendo, en principio, que los sistemas municipales se encarguen de la recogida de los efluentes de los usuarios y los sistemas multimunicipales del tratamiento y expulsión de esos mismos efluentes.

Destáquese, sin embargo, que, pese a que los sistemas multimunicipales son definidos por ley como integrados en las competencias del Estado, los municipios mantienen cierta intervención en su creación y explotación. Ello resulta del elevado grado de consenso exigido para la creación de los sistemas multimunicipales, grado de consenso que aflora en el artículo 1 del Decreto Ley 379/1993, en la medida en que exige la emisión de parecer previo por los municipios territorialmente implicados. Esta emisión de parecer previo no agota el ámbito de los consensos, que asumen naturaleza de verdadero principio conformador de todo el régimen jurídico establecido en la norma que se analiza.

Hecho claramente demostrativo de lo que acabo de decir lo es el que hasta hoy los sistemas multimunicipales creados hayan sido precedidos, por lo que sé, de profundas negociaciones con los municipios implicados, que han culminado con la celebración de protocolos en los que se han definido no sólo los límites de los sistemas y los criterios generales de la respectiva gestión, sino también la propia intervención de los municipios en la sociedad de capital público que haya resuelto ser concesionaria de esa gestión.

De este modo, y en términos de delimitación de las competencias municipales en los sectores de captación, tratamiento y distribución de agua para consumo público, de recogida, tratamiento y expulsión de efluentes y de recogida y tratamiento de residuos sólidos podemos alcanzar las siguientes conclusiones:

- La creación y explotación de los sistemas que sirvan a un único municipio pertenecen necesariamente a las competencias del respectivo municipio.
- La creación y explotación de los sistemas que sirvan a dos o más municipios pertenecen en principio a los respectivos municipios asociados, a menos que el Estado realice la mayoría de la inversión por razones de interés nacional.

Hecho este encuadramiento genérico, importa subrayar la flexibilidad que una tal delimitación puede conllevar en términos de aplicación a las diversas realidades existentes en nuestro país, pues en virtud de tal diversidad un sistema con las mismas características técnicas puede ser en determinada situación municipal y en otra multimunicipal.

Por otro lado, el hecho de que el legislador no haya especificado las características técnicas de cada tipo de sistema, permite que haya sistemas municipales con características muy dispares. En realidad, un sistema municipal de suministro de agua para consumo público tanto puede concentrar las actividades de captación, tratamiento y suministro de agua, como limitarse a la actividad de suministro de agua por encontrarse vinculado a otro sistema municipal o multimunicipal

que asegure las otras dos funciones. Lo mismo ocurrirá en el ámbito de la recogida, tratamiento y expulsión de efluentes y de recogida y tratamiento de residuos sólidos.

Del régimen jurídico vigente no es posible deducir cuáles deban ser las funciones aseguradas por los municipios y cuáles deban ser las funciones aseguradas a nivel supramunicipal (por los municipios en asociación o por el Estado). La delimitación de las competencias municipales es, desde esta perspectiva, perfectamente flexible, derivando, sobre todo, de la realidad concreta, de las soluciones técnicas aconsejables y de la voluntad política de los órganos de las personas colectivas intervinientes.

Se puede, sin embargo, adelantar que la realidad ha revelado la tendencia de limitación de los sistemas multimunicipales al sector de la captación y tratamiento, dejando para los sistemas municipales la función de suministro; en el sector de la recogida, tratamiento y expulsión de efluentes a las funciones de tratamiento y expulsión; y en el sector de la recogida de tratamiento de residuos sólidos a la función de tratamiento. Se trata de una simple tendencia, como he afirmado, que ya presenta algunas excepciones, por lo que la separación enunciada debe ser tomada como criterio aproximativo, nunca como un criterio rígido.

#### a) *La apertura a la concesión*

El régimen jurídico de los sistemas de captación, tratamiento y distribución de agua para consumo público, de recogida, tratamiento y expulsión de efluentes y de recogida y tratamiento de residuos sólidos introducido en 1993 tiene una naturaleza totalmente innovadora en un doble sentido.

Por un lado, porque hasta la entrada en vigor del Decreto Ley 372/1993, la explotación y gestión de esos sistemas estaban vedadas a la iniciativa y gestión privadas, lo que significa que no existía ninguna reglamentación especial respecto de las mismas, estando sujetas solamente a la reglamentación general que vincula a las entidades públicas que las desarrollaban.

Esa norma legal, al modificar la Ley de Delimitación de Sectores, significó la apertura parcial de esos servicios públicos a la iniciativa privada, procediendo desde entonces a una distinción entre los sistemas municipales y los sistemas multimunicipales, que se concretó en el Decreto Ley 379/1993, de 5 de noviembre, en los términos ya analizados.

Subráyese, sin embargo, que esa apertura lo es a la «empresarialización» del sector, no correspondiendo a su privatización en sentido estricto, como a primera vista se pudiera entender. En efecto, confor-

me resulta claro de la lectura de lo dispuesto en el artículo 4.1 letras a) y b) y del punto 3 de este mismo artículo, en la redacción introducida por el Decreto Ley 372/1993, la responsabilidad por la prestación de este servicio no deja de pertenecer a las entidades públicas con competencias en la materia, pues solamente se permite la concesión de la respectiva gestión a empresas del sector público, en el caso de los sistemas multimunicipales, y de los sectores público o privado, en el caso de los sistemas municipales.

Además, las soluciones consagradas son distintas para los sistemas multimunicipales, donde la apertura es menor, y para los sistemas municipales, donde se ha asistido a una mayor apertura de los sectores. De hecho y en lo que se refiere a los sistemas multimunicipales, está vedado a empresas privadas y otras entidades de similar naturaleza la prestación de esos servicios, pudiendo, con todo, ejercerse tal actividad en régimen de contrato de concesión, a otorgar por el Estado, por parte de empresas que resulten de la asociación de entidades del sector público, designadamente entidades locales –en posición obligatoriamente mayoritaria en el capital social de la nueva sociedad– con entidades privadas.

Significa esto que los sistemas multimunicipales pueden ser concedidos por el Estado a cualquier empresa, independientemente de la forma que adopte, cuyo capital social sea mayoritariamente de la titularidad de entidades públicas.

Situación distinta es la relativa a los sistemas municipales en que, no obstante mantenerse el sector como prohibido, se autoriza la concesión de la actividad en cuestión, sin restricciones subjetivas referentes a la concesionaria. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo b) del artículo 4.1, en redacción dada por el Decreto Ley 372/1993, es posible otorgar en concesión la explotación de los sistemas municipales a cualquier tipo de entidades, públicas o privadas.

Por otro lado, porque ambas normas consagran un régimen jurídico que instituye un modelo de explotación y gestión de aquellos sistemas que poco o nada tenían que ver con la realidad existente. En efecto, incluso a nivel de los sistemas cuya gestión y explotación está a cargo de los municipios, no obstante permitirse el mantenimiento de la situación actual, en caso de que los municipios así lo entendiesen, se ha abierto la posibilidad de «empresarializar» e incluso privatizar esa gestión, como medio apto para alcanzar una mayor eficiencia y calidad del servicio y de aligerar la estructura organizativa de los municipios para que, de esta forma, pasen a tener la posibilidad de ver realizada por terceros, mediante la celebración de un contrato de concesión, tareas que hasta aquel momento constituían una sobrecarga importante respecto de sus medios técnicos y humanos. En consecuencia, será posible realizar una gestión y explotación de esos siste-

mas en términos más eficaces y racionales, liberadas de los procedimientos más o menos pesados que caracterizan la actuación de la Administración Pública en general, generando enormes ventajas para los municipios y en especial para los usuarios.

Por su parte, los principios fundamentales especialmente consagrados en el artículo 2 como configuradores del régimen jurídico establecido en el Decreto Ley 379/1993, asumen un papel de relieve respecto de la interpretación de sus normas, además de explicitar el encuadramiento de algunas de las particularidades realizadas en el establecimiento del régimen jurídico.

Pese a no existir una verdadera jerarquización de los cuatro principios fundamentales enunciados, no se puede dejar de considerar que el principio de prosecución del interés público reviste una importancia especial, sobreponiéndose, incluso, a los restantes. De hecho, poseyendo ese principio consagración constitucional (art. 266.1 de la Ley Fundamental), en cuanto principio fundamental de la actividad administrativa, y tratándose la actividad en cuestión de prestación de un servicio público, me parece evidente que su consagración, en este precepto, como principio especial, revela únicamente la intención de reforzarlo y de hacer más directa su relación con la gestión del servicio.

Los restantes principios fundamentales de la actividad administrativa constitucionalmente consagrados, a pesar de no estar específicamente enunciados en esta norma, no dejan de tener total aplicación a la gestión y explotación de los sistemas. Esto demuestra, en mi opinión, que este principio de la prosecución del interés público surge como configurador de los restantes principios, que traducen claramente la preocupación del legislador por la eficacia y la racionalidad en la prestación del servicio público, eficacia y racionalidad que ciertamente sólo puede ser alcanzada a través de una correcta y efectiva integración de los diversos sistemas, por vía de una gestión eficiente, la cual, en el entendimiento del legislador, sólo mediante una gestión empresarial podrá ser verdaderamente alcanzada. Por esa razón se concreta en el número 2 de este precepto que es obligatoria, salvo los casos excepcionales previstos en el número 3, la conexión de los usuarios a los sistemas, creándose las condiciones necesarias para que los «interfaces» entre los mismos sean adecuados y técnicamente correctos.

La reglamentación de los sistemas municipales del Decreto Ley 379/1993 está sustancialmente más desarrollada que la relativa a los sistemas multimunicipales, no por existir un mayor grado de exigencia al nivel de estos sistemas, sino porque no hay lugar, en lo sucesivo, para un nuevo acto legislativo. En efecto, contrariamente a lo que sucede con los sistemas multimunicipales, en los que entre la entrada en vigor de aquella norma y la celebración de los contratos de concesión se interponen dos nuevos actos legislativos —norma que fija las bases

de la concesión y norma que atribuye la propia concesión—, en los sistemas municipales, tras la entrada en vigor de la norma se pasa inmediatamente al procedimiento tendente a la celebración de los contratos de concesión. Se comprende, por ello, la consagración de un régimen jurídico más pormenorizado respecto de estos sistemas.

Tal régimen denota la preocupación de garantizar a los municipios la mayor flexibilidad posible en relación con las formas de gestión de los sistemas municipales. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6, tal gestión y explotación puede ser asegurada mediante una de las siguientes modalidades:

- Directa por el municipio.
- Directa por la asociación de municipios.
- Concedida a cualquier entidad pública.
- Concedida a una entidad privada con naturaleza empresarial.
- Concedida a una asociación de usuarios.

Subráyese que la gestión y explotación directa por el municipio o asociación de municipios no pone en cuestión la posibilidad de celebración de contratos de prestación de servicios con terceros con vista a asegurar la prestación de determinadas tareas específicas en el ámbito del sistema. En efecto, la consagración de nuevos medios de gestión y explotación de los sistemas no limitó el margen de libertad de gestión actualmente existente, sino, por el contrario, aumentó el número de alternativas a disposición de los municipios.

Tan es así que el régimen jurídico ahora creado sólo tiene por objeto regular la gestión y explotación cuando ésta se efectúe por concesión, careciendo de previsiones los casos en que la gestión y explotación se realiza directamente. Esa falta de reglamentación está plenamente justificada, en la medida en que se pretendió que, respecto de esos casos, el régimen jurídico del encuadramiento permaneciese inalterado, de modo que se permita a los municipios y asociaciones de municipios que quieran mantener la gestión y explotación en los términos actualmente existentes, especialmente por considerarlos satisfactorios, sin verse afectados en las soluciones que ahora adoptan.

A pesar del aumento del número de alternativas utilizables por los municipios que introdujeron los Decretos Ley 372/1993 y 379/1993, la verdad es que existía una omisión que me parece relevante. Se trata de la omisión de la previsión de explotación de sistemas municipales por empresas públicas municipales o por empresas de capital público municipal.

Es verdad que nada en la ley obstaba a que el servicio público fuese concedido a una empresa pública municipal o empresa de capital público municipal, mas tal omisión sujetaba una tal concesión al régi-



men jurídico general definido en el Decreto Ley 379/1993 para la selección del contratante, lo que significaba la necesidad de realización de concurso público en los términos del n° 1 del artículo 10 de tal norma. En efecto, en los términos de este precepto legal, el concurso público sólo está dispensado en caso de concesión de la explotación del sistema a una asociación de usuarios reconocida como de utilidad pública.

De este modo, la concesión por negociación sin publicidad previa a una empresa pública municipal o a una empresa de capital público municipal sólo podría tener lugar en las situaciones previstas, primero en el Decreto Ley 55/1995, de 29 de marzo, y posteriormente en el Decreto Ley 197/1999, de 8 de junio, especialmente en los casos en que el concurso público haya quedado desierto o ninguna de las propuestas haya sido admitida, siempre y cuando las condiciones iniciales del pliego de condiciones no sean sustancialmente modificadas.

El propio legislador vino más tarde a suplir esa omisión con la aprobación y entrada en vigor de la Ley 58/1998, de 18 de agosto, en los términos que más adelante analizaré.

#### aa) *Objeto de la concesión*

El régimen jurídico aplicable a la concesión de los sistemas municipales se encuentra concentrado en el citado Decreto Ley 379/1993 y en el Decreto Ley 147/1995, de 21 de junio, con las modificaciones anteriormente referidas. Atendiendo a la especificidad del régimen jurídico consagrado en esas dos normas, en relación al régimen general de la concesión, se revela esencial analizar sus principales aspectos.

En los términos de lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Ley 379/1993, la concesión puede tener por objeto, conjunta o separadamente, la explotación y la gestión de los servicios públicos municipales de captación, tratamiento y distribución de agua para consumo público, de los servicios públicos municipales de recogida, tratamiento y expulsión de efluentes, a través de redes fijas y de los servicios públicos municipales de recogida y tratamiento de residuos sólidos.

El contenido de tal precepto fue posteriormente precisado por el artículo 4 del Decreto Ley 14/1995, en cuyos términos «el contrato de concesión podrá tener por objeto la explotación individual o conjunta de sistemas municipales de captación, tratamiento y distribución de agua, de recogida, tratamiento y expulsión de efluentes y de recogida y tratamiento de residuos sólidos, con o sin inversión de la concesionaria». Añadiendo su número 2 que «en caso de concesión conjunta de dos o más sistemas, cada uno deberá tener contabilidad propia y autónoma, para así poder permitir un control efectivo de su gestión».

De la conjugación de ambos preceptos legales se desprende que el objeto de la concesión puede revestir un vasto conjunto de configuraciones:

- Concesión aislada de sistema municipal de captación, tratamiento y suministro de agua o de recogida, tratamiento y expulsión de efluentes o de recogida y tratamiento de residuos sólidos.
- Concesión aislada de sistema que comporte solamente alguna de las funciones de los sistemas anteriormente mencionados (sólo suministro de agua o sólo recogida de efluentes o sólo recogida de residuos sólidos).
- Concesión conjunta de sistema de suministro de agua y de sistema de recogida de efluentes y de sistema de recogida de residuos sólidos, o de solamente dos de esos sistemas.
- Concesión conjunta de dos sistemas municipales de suministro de agua o de recogida de efluentes o de recogida de residuos sólidos.

En efecto, el objeto de la concesión puede variar en lo que se refiere a los servicios públicos prestados por cada sistema, lo que dependerá fundamentalmente del sistema existente en la realidad y de los objetivos del municipio en términos de integración o desintegración de los diversos servicios a prestar en el ámbito de cada sector, como puede variar en términos de integración o desintegración de los diversos sectores en presencia, como, incluso, puede variar en términos de integración o desintegración de la explotación y gestión de sistemas en términos territoriales.

En el ámbito de la integración o desintegración de los diversos servicios a prestar en cada sector, puede ser decisiva no sólo la realidad existente en el municipio en cuestión, sino también su eventual conexión a un sistema multimunicipal que asegure más eficientemente la prestación de alguno o algunos de los servicios en cuestión, o, incluso, la propia voluntad del municipio de asegurar directamente la prestación de alguno o algunos de esos servicios. Por ejemplo, puede pretender prestar directamente los servicios de captación y tratamiento de agua y otorgar en concesión la distribución, o lo contrario.

Por otro lado, la integración o desintegración de los sistemas de los tres sectores en presencia, puede resultar, especialmente, de la dimensión de los sistemas o de razones técnicas que aconsejen su integración, como será, por ejemplo, el caso de municipios donde parezca más importante la reutilización del agua (v.g. para operaciones de limpieza urbana), o las ventajas derivadas de la simplificación de procedimientos administrativos de facturación, o, incluso, la reducción del personal necesario para el funcionamiento de los sistemas.

Finalmente, la integración o desintegración territorial puede derivar fundamentalmente de la dimensión de los sistemas en presencia o

de la localización geográfica de los principales polos de desarrollo de cada municipio. En este caso, la integración de dos o más sistemas municipales no surge configurada como la constitución de un único sistema, en cuyo caso la gestión sería de la responsabilidad de una asociación de municipios, sino como la simple concesión conjunta de dos sistemas autónomos a una única empresa en el ámbito de un único procedimiento concursal. Se trata, por lo demás, de una solución admitida en términos generales en el régimen jurídico del gasto público, aplicable subsidiariamente a los procedimientos precontractuales tendentes a la concesión de los sistemas.

Es de destacar, en relación con la explotación y gestión conjunta de sistemas, tanto en una perspectiva sectorial como territorial, el cuidado puesto por el legislador en el control contable de cada sistema individualmente considerado, traducido en la exigencia de contabilidad propia y autónoma para cada sistema.

Constituye objetivo nítido de esta exigencia el volver transparentes eventuales financiaciones cruzadas entre sistemas, para que tanto las entidades públicas como los usuarios tengan plena consciencia de las situaciones en que sistemas deficitarios están siendo financiados por otros sistemas.

Si es verdad que, en el ámbito de la integración sectorial, la financiación cruzada presenta menos contraindicaciones, por ser las personas que soportan tales costes tendencialmente las mismas que se benefician de esa financiación, en el ámbito de la integración territorial puede ocurrir que los usuarios de un municipio están soportando la financiación de un sistema que sirve a otro municipio.

De cualquier modo, la opción del legislador me parece que ha sido, en esta materia, perfectamente adecuada, al no prohibir la financiación cruzada, que se puede justificar, aunque con la garantía previa de transparencia en la utilización de ese tipo de financiación. Se trata, además, de una preocupación característica del régimen jurídico británico, que influyó claramente en el legislador portugués.

#### ab) *Plazo de la concesión*

En los términos del artículo 8 del Decreto Ley 379/1993, el plazo de concesión puede variar entre un mínimo de 5 y un máximo de 50 años. Se trata de un modelo extremadamente amplio que busca flexibilizar las posibles soluciones, lo que se revela esencial si se atiende a las especiales consecuencias que la fijación concreta de tal plazo comporta en la fijación de tarifas.

Por esa razón, el legislador, que inicialmente no había fijado criterio alguno para la fijación del plazo concreto, estableció posteriormente en el artículo 8.4 del Decreto Ley 147/1995, que *«el plazo de la*

*concesión deberá ser proporcional al volumen de inversión a cargo de la concesionaria y, en el caso de no existir éste, no deberá exceder de 15 años».*

La conexión del plazo de la concesión con la materia relativa al sistema tarifario fue de esta forma claramente asumida por el legislador que, teniendo en consideración las características técnicas de cada sistema, que obligan a diferentes grados de inversión de la concesionaria, pretendió utilizar el propio plazo de la concesión como un instrumento de obtención de valores razonables para las tarifas.

En efecto, si la inversión a realizar por la concesionaria fuese muy elevada, apenas sería posible mantener valores razonables de tarifas si el plazo de concesión fuese ampliado. A su vez, si la inversión fuese reducida, o inexistente, no existen razones que justifiquen la opción por un plazo largo, por lo que será conveniente la adopción de un plazo de concesión corto que dispense a la entidad local de los riesgos inherentes a un contrato de larga duración. La experiencia de otros países que poseen sistemas con una configuración semejante a los nuestros aconseja que el periodo de duración de los contratos no sea superior a 25 años, a menos que razones excepcionales lo justifiquen.

La concesión por periodos demasiado largos perjudica la posición de los concedentes, *in casu*, de los municipios, pues crean dificultades prácticas al ejercicio de determinados derechos/poderes, como por ejemplo el de modificación unilateral del contrato y el rescate, por las indemnizaciones a que el concedente podría quedar sujeto.

#### ac) *Selección del contratante*

El procedimiento tendente a la concesión de los sistemas municipales pasa por la apertura de concurso público, tan sólo con la excepción de la concesión del sistema a una asociación de usuarios reconocida como de utilidad pública, es decir, de una asociación de usuarios que en los términos de lo dispuesto en el Decreto Ley 460/1977, de 7 de noviembre, haya visto reconocida su utilidad por el Consejo de Ministros.

Esta regla tiene su fundamento, como es bien sabido, en el respeto por el principio de imparcialidad que obliga a una total transparencia de la actividad de la Administración.

La razón de ser de la exención de concurso de las asociaciones de usuarios se relaciona claramente con razones de interés público, una vez que se trata de asociaciones sin fines lucrativos, que están en posición, por tener como asociados a los usuarios del sistema, de asegurar el servicio con grandes ventajas en términos de calidad y de establecimiento de tarifas.

En efecto, al estar la concesionaria compuesta por las personas y entidades que se benefician o son perjudicadas por la mejor o peor ca-

lidad del servicio prestado, es forzoso concluir que hará todo lo posible para prestar el servicio con el máximo de calidad posible.

Este caso debe, pues, ser tratado al margen de las relaciones normales de concurrencia entre los agentes económicos que operan en el sector.

Así, la regla general en materia de selección del co-contratante en la concesión de los sistemas es la de concurso público. Ahora bien, dada la no fijación de ningún procedimiento personal, la tramitación de tal concurso debe hacerse en los términos definidos en el Decreto Ley 197/1999. Importa, por ello, analizar sucintamente este procedimiento precontractual.

El concurso público es el proceso complejo a través del cual la Administración invita a quien reúna determinados requisitos a presentar propuestas en régimen de concurrencia de forma que se permita la selección de la propuesta o concurrente que más le convenga<sup>57</sup>. La realización del interés público, que la Administración busca promover con la celebración del contrato, condiciona los términos y el contenido de éste y, consecuentemente, el ofrecimiento dirigido a la presentación de propuestas.

En esta medida, las cláusulas del contrato a celebrar estarán, por regla general, anticipadamente definidas, estableciendo los términos en que la Administración está dispuesta a contratar y, por ello, el modo en que deben ser concebidas las propuestas. Realizan esa función dos elementos de naturaleza reglamentaria integrantes del proceso de concurso: las bases del concurso y el pliego de condiciones.

Importa, en este momento, fijar la atención en la especial función del pliego de condiciones. El pliego de condiciones es el documento en que se contienen los términos o condiciones de ejecución de los contratos, representando, en el momento en que la Administración anuncia su intención de recibir propuestas para este hecho, la indicación de los derechos y deberes recíprocos que constituyen la base mínima dentro de la cual se dispone a contratar. Como enseñaba Marcello CAETANO, «su función es la de simplificar los preliminares del contrato, estableciendo desde el inicio los términos en que la Administración está dispuesta a contratar y en que deben ser concebidas las propuestas. La propuesta, por consiguiente, representa la adhesión del proponente a todo el contenido del pliego de condiciones y colma sus vacíos, en especial en cuanto a precios<sup>58</sup>.

En conformidad con ello, en el pliego de condiciones consta el objeto del contrato, la indicación de las características técnicas de la

---

<sup>57</sup> Cfr. Informe de la Procuraduría General de la República 40/1987, en Francisco María DIAS, *Coleção dos pareceres da Procuraduria Geral da República-ano de 1987*, Coimbra, 1991, p. 57.

<sup>58</sup> Cfr. *Direito Administrativo*, I, 10ª ed., Coimbra, 1982, p. 597.

prestación del servicio, los poderes de dirección y fiscalización que la Administración se arroga, los poderes del cocontratante en relación a terceros, el plazo, la retribución, las modalidades de pago, las sanciones aplicables y los premios a conceder, así como al Derecho aplicable al contrato, el modo de resolución de los conflictos contractuales y, en fin, el modo técnico y jurídico de ejecución del contrato<sup>59</sup>.

Así, antes de la celebración del contrato, el pliego de condiciones tiene para la Administración la naturaleza de una norma reglamentaria que la vincula a decidir el concurso en consonancia con los criterios y reglas que en él se contienen. Ello significa, conforme al ejemplo propuesto por ESTEVES DE OLIVEIRA, «la adjudicación hecha a un concurrente que no ofreció, por ejemplo, los materiales prescritos, daña ese acto de ilegalidad por violación de reglamento, pudiendo ser, por tanto, contenciosamente anulado»<sup>60</sup>.

Por otro lado, el contenido del contrato a celebrar – las prestaciones, derechos y deberes a que se vinculan las partes del contrato – resulta, más allá de las disposiciones imperativas de las diversas fuentes del Derecho administrativo, de las cláusulas obligatorias de los pliegos generales de condiciones y de las cláusulas de los pliegos de condiciones particulares. Después resulta del contenido de la propuesta del adjudicatario o de las aclaraciones por él presentadas, o de la adjudicación, en lo que ésta contuviese de adaptación o condicionamiento de la propuesta del adjudicatario.

En lo que respecta a la concesión de los sistemas de los tres sectores en cuestión, el pliego de condiciones asume una importancia trascendental, pues su contenido constituye la primera definición de las reglas reguladoras de la futura explotación del sistema, que va a marcar la propia evolución de la prestación de aquel servicio público esencial.

#### ad) *Criterios de selección y adjudicación*

Estando la función del concurso preordenada a la selección del proponente con quien la Administración va a celebrar el contrato pretendido, el acto final, en que la Administración define su opción y concreta su selección, es la adjudicación. En estos términos, el artículo 54 del Decreto Ley 197/1999, de 8 de junio, la define como «el acto administrativo por el cual la entidad competente para autorizar el gasto escoge una propuesta».

La adjudicación dejó, hace ya tiempo, de realizarse exclusivamente de acuerdo con el criterio del menor precio. En este sentido, el le-

<sup>59</sup> *Vid.*, por todos, ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1980, p. 681.

<sup>60</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 683.

gislador ha dejado a la opción de la entidad pública dos criterios consagrados en el artículo 55.1 de la misma norma:

- El de la propuesta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta, entre otros, y en armonía con el contrato en cuestión, factores como el precio, calidad, mérito técnico, características estéticas y funcionales, asistencia técnica, plazos de entrega o de ejecución.
- Únicamente el del precio más bajo.

En el Decreto Ley 147/1995, el legislador consagró en especial para la concesión de sistemas en los sectores en análisis un conjunto básico de reglas que deben presidir la fijación de los criterios de selección.

Es clara, en esta materia, la opción del legislador por el criterio de la propuesta económicamente más ventajosa, a pesar de que en el artículo 8.1 de la referida norma legal enuncie como principio general para la fijación en concreto de los criterios de selección de las propuestas «el principio general de que los consumidores deben disponer, al menor coste, un servicio con la calidad especificada en los documentos del concurso».

A su vez, en el punto 2 del artículo 8 se adelanta que «de entre los criterios de selección debe constar obligatoriamente la tarifa media, con un porcentaje de ponderación no inferior al 70 %.»

Así, la opción del legislador se inclina, atendiendo la naturaleza de los servicios públicos en cuestión, por la consagración de un criterio que no busca la contratación del concurrente que presente la propuesta económicamente más ventajosa para la entidad pública (sería el caso de la ponderación del valor de la retribución a pagar por la concesionaria al concedente como factor determinante) sino tan sólo la contratación del concurrente que presente la propuesta económicamente más ventajosa para los usuarios.

Ciertamente, el verdadero beneficio en términos de prosecución del interés público pasa por la creación de condiciones para la fijación de una tarifa baja o, por lo menos, razonable, y no por la creación de una nueva fuente de ingresos para la entidad pública concedente.

A destacar, sin embargo, las dificultades que pueden surgir por la presentación de propuestas con un valor medio de tarifa anormalmente bajo, pues una situación tal puede ofrecer indicios de que la concesionaria va a intentar garantizar su rendimiento a través de la utilización de cláusulas que le sean más favorables en sede de actualización o revisión de tarifas o, en cambio, que la concesionaria no va a conseguir prestar el servicio con la calidad exigida.

Una situación tal lleva a que el concedente deba, en el momento de preparación del concurso, proveerse de un estudio de viabilidad fi-

nanciera que le dé una proporción del tamaño del valor medio de la tarifa. Dada la esencialidad de los servicios públicos en cuestión, no se puede correr el riesgo de que la explotación del sistema entre en quiebra financiera, con los consecuentes perjuicios para su funcionamiento, que puede ser incluso puesto en cuestión.

El artículo 57.1 del Decreto Ley 197/1999 enumera también de forma taxativa las causas de no adjudicación. Así, en el caso de quedar desierto el concurso por revelarse inaceptables todas las propuestas presentadas, o por haber una fuerte colusión, en los términos del artículo 18, el acto que ponga término al concurso debe obligatoriamente determinar el procedimiento a adoptar a continuación, so pena de incurrir en ilegalidad. Por otro lado, cuando, por circunstancia imprevisible, sea necesario alterar los elementos fundamentales del pliego de condiciones, o cuando el interés de la entidad pública contratante imponga el aplazamiento del concurso por plazo no inferior a un año, entonces se vuelve obligatoria la apertura de un nuevo concurso. Ello no ocurre en el caso de que la no adjudicación se funde en una cláusula preexistente que prevea esa posibilidad.

En este punto, no deja de ser conveniente aquilatar la posibilidad, así como las respectivas consecuencias jurídicas, que se ofrece a la entidad pública contratante de poner término al concurso. El procedimiento de éste, que conduce a la celebración del contrato administrativo, puede encontrarse en diferentes estadios, que implican necesariamente diferentes consecuencias jurídicas. Importa, por ello, tener en cuenta tres momentos distintos en cuanto a la interrupción del procedimiento:

- Hasta el término del plazo fijado en el anuncio del concurso para la presentación de propuestas.
- Tras el acto público de apertura de propuestas y antes de la adjudicación.
- Tras la adjudicación del concurso.

La decisión de la entidad pública contratante de poner fin a un concurso, cuando aún no hayan sido presentadas propuestas para el mismo, puede considerarse una revocación de la decisión de comenzar el concurso, la cual es libre. En efecto, la decisión de promover un concurso no es constitutiva de derechos, ni siquiera cuando existan intereses legalmente protegidos que obstan a la revocación (art. 140 del Código de Procedimiento Administrativo).

No obstante lo que se acaba de afirmar, es importante destacar que la doctrina civilista ha alertado, en el ámbito de los concursos con vistas a la celebración de un contrato, de la posibilidad de surgir un deber de indemnizar con fundamento en una *culpa in contrahendo*



(cfr. artículo 227 Código Civil), siempre que se produzca una violación de los principios de buena fe<sup>61</sup>. Como se afirmó en el Informe de la Procuraduría General de la República n° 40/1987<sup>62</sup>, las exigencias de interés público pueden incluso poner fin «*al iter dirigido a la promoción y formalización del contrato en un estadio anterior al de la celebración. Siendo la Administración quien ha de definir lo que, en cada circunstancia, realiza el interés público a perseguir, debe también decidir si, ante una evolución y alteración de las circunstancias, debe o no celebrar el contrato cuyo proceso de formación (de contenido, de voluntad, de selección de la parte contratante) oportunamente había desencadenado*».

En el citado informe se admite la aplicación del régimen de responsabilidad precontractual, aunque «*limitada por la consideración esencial de la sustancia del interés público implicado*»<sup>63</sup>. En estos términos, puede concluirse que podrá existir remotamente una obligación de indemnizar por daños emergentes, en el caso de que el interés público subyacente a la decisión de poner fin al concurso no sea superior al interés de los potenciales concurrentes de ver concluido el respectivo procedimiento.

Tras la apertura de propuestas, la cuestión se centra en saber cuáles son las consecuencias de la no adjudicación.

La posición reiterada por la doctrina portuguesa es la de que la apertura de concurso público no implica el deber de adjudicar el contrato a alguno de los concurrentes. Según Marcello CAETANO, cabe en la discrecionalidad de la decisión del concurso el poder de declarar sin efecto el concurso ya incurrido en la fase de la adjudicación, o de recusar todas las propuestas por ser igualmente inconvenientes<sup>64</sup>.

Este principio resulta de la posición en que la Administración se coloca: no es proponente, se limita a anunciar que recibirá propuestas, las cuales serán aceptadas o no en función de su conveniencia. El derecho de no adjudicar solamente conocerá las restricciones que la ley establezca para protección de la confianza de los concurrentes, de modo que sólo podrá ser ejercido cuando se verifiquen circunstancias determinadas, enumeradas en la Ley o en las bases del concurso, o cuando lo permitan los principios generales del Derecho<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> *Vid.*, en este sentido, MENEZES CORDEIRO, «Da abertura de concurso para a celebração de um contrato no direito privado», *BMJ*, n° 369, pp. 78 ss.

<sup>62</sup> Publicado en el *Diario de la República*, II serie, n° 219, de 23 de septiembre de 1987.

<sup>63</sup> Admitiendo expresamente la responsabilidad precontractual, el Informe de la Procuraduría General de la República n° 89/1986, de 19 de marzo de 1987 (*BMJ* n° 370, pp. 119 y ss.) entendió que existe esa responsabilidad cuando la Administración inició el proceso de negociaciones y lo suspendió, «*dependiendo esa responsabilidad precontractual de la verificación, en cada caso, de los presupuestos que la condicionan*».

<sup>64</sup> Cfr. *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª edición, Coimbra, 1982, p. 604.

<sup>65</sup> Cfr. *ibidem*. En sentido concordante, aunque con una formulación aparentemente diversa, cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo I*, Coimbra, 1980, p. 673.

Conviene, no obstante, delimitar con exactitud los fundamentos de la decisión de no adjudicar. SÉRVULO CORREIA distingue, a este propósito, dos fundamentos distintos que confieren naturaleza diversa a la decisión de no adjudicar<sup>66</sup>:

- a) Si resulta de un juicio negativo de todas las propuestas presentadas, se trata del ejercicio de la discrecionalidad de selección con todos los límites que le son inherentes.
- b) Si, por el contrario, se dicta por razones de interés público sobrevenidas, que hiciesen que la Administración perdiese el interés en la celebración del contrato, definitivamente o a corto plazo, la decisión de no adjudicar ya no corresponde al ejercicio de un poder de selección del contratante sino, de forma negativa, al poder detentado por la Administración de no contratar.

Se traduce este último fundamento, al fin y al cabo, en la revocación de la decisión o deliberación de contratar, o sea, un nuevo ejercicio de poder manifestado en el acto inicial o propulsivo del procedimiento precontractual, ahora con naturaleza negativa. Frente a este fundamento, SÉRVULO CORREIA diverge de la corriente doctrinal arriba citada, en especial de la conclusión perfilada por Marcello CAETANO, según la cual el poder de no adjudicar por razones ajenas a la calidad de las propuestas presentadas se define como un principio aplicable a todos los casos de selección del contratante a través del concurso. Como ya he dicho, para este autor la apertura del concurso significa solamente que la Administración dirige al público o a aquellos que reúnan determinados requisitos una invitación para que presenten propuestas de contrato en régimen de concurrencia, esto es, la Administración es mera destinataria de propuestas de los concurrentes, propuestas que tiene toda la libertad de no aceptar por no haber todavía practicado ningún acto del cual se le derive un deber de contratar. En esta línea, Marcello CAETANO afirma que «el pliego de condiciones no representa una oferta al público; su función es la de simplificar los preliminares del contrato, estableciendo desde el inicio los términos en que la Administración está dispuesta a contratar y en que deben ser concebidas las propuestas. La propuesta, por consiguiente, representa la adhesión del proponente a todo el contenido del pliego de condiciones y colma sus lagunas, especialmente en cuanto a precios»<sup>67</sup>.

Ahora bien, un encuadramiento teórico semejante implica el derecho de los concurrentes a ser indemnizados —en caso de decisión de no adjudicar por razones ajenas a la calidad de las propuestas— de los

<sup>66</sup> Cfr. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, p. 699.

<sup>67</sup> Cfr. *Manual de Direito Administrativo*, op. Cit. P. 597.

gastos razonables y efectivos que hayan soportado para presentarse al concurso, derecho que tiende hoy a ser reconocido por la doctrina<sup>68</sup>. Así, MENEZES CORDEIRO distingue «*el concurso propuesta y el concurso solicitud, en función de si el contrato aparece vinculado a que algún interesado cumpla determinadas condiciones previamente, o, por el contrario, los interesados se limiten a presentar propuestas que el autor del concurso deberá, después, aceptar con cierto carácter condicional*»<sup>69</sup>. Parece, así, que la razón asistiría a Marcello CAETANO cuando niega la naturaleza de propuesta al pliego de condiciones.

Hay incluso otros administrativistas que entienden que el pliego de condiciones se define como una propuesta que forma parte de un contrato en expectativa, y que presenta, según la opinión sustentada por SÉRVULO CORREIA, «*dos particularidades derivadas de su inserción en un procedimiento de individualización de un contratante para un único y específico contrato: a la propuesta de la Administración no se han de corresponder declaraciones de aceptación de las que se desprenda la conclusión del contrato, sino nuevas propuestas provenientes de los interesados; ante esas nuevas propuestas, la Administración debe pronunciarse de nuevo, aceptando una de ellas. Mediante las propuestas con las que los candidatos a la contratación responden a la propuesta de la Administración, se ejerce un doble efecto: por un lado, se obligan a contratar si fuesen escogidos; por otro, colman «cláusulas en blanco» de la propuesta de contrato de la Administración, completando el esquema contractual relativamente abierto proyectado en propuesta administrativa*»<sup>70</sup>.

Sea como fuere, y aun sin atribuirle naturaleza de propuesta contractual, son importantes en esta materia las enseñanzas de la doctrina privatística, según las cuales «*la tutela legítima de la confianza implica que, en el espacio jurídico y en concreto de las áreas dominadas por la autonomía de la voluntad privada, las personas que, mediante conductas adecuadas, sean llevadas a adherirse a ciertas situaciones deben recibir protección del Derecho, incluso cuando, sobrevenidamente, se lleve a afirmar la no subsistencia o, incluso, la inexistencia de la situación a la que se adhirieron*»<sup>71</sup>. Ahora bien, siendo cierto que la Administración, al promover un concurso público, surge, conforme a la feliz expresión de ESTEVES DE OLIVEIRA, «*como campeona del interés público*»<sup>72</sup> y, por tanto, no se coloca en una posición jurídica perfectamente idéntica a

---

<sup>68</sup> Cfr. por todos ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1980, p. 673, principalmente nota 2; y SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, op. cit., p. 700.

<sup>69</sup> Cfr. «Da abertura de concurso para a celebração de um contrato no direito privado», *BMJ*, n.º 369, p. 66.

<sup>70</sup> Cfr. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos privados*, op. cit., p. 701.

<sup>71</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, «Da abertura do concurso para a celebração de um contrato no direito privado», op. cit., p. 53.

<sup>72</sup> Cfr. *Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1980, p. 663.

la del particular, no es menos cierto que esta idea no puede ser llevada hasta sus últimas consecuencias. Ha de procederse a una ponderación de los intereses en juego de modo que se determine hasta qué punto es admisible lesionar los intereses de los particulares concurrentes a través de la decisión de interrumpir el procedimiento precontractual, con el interés público que le subyace.

De estas afirmaciones no ha de inferirse, sin embargo, la pura y simple inexistencia del poder de no adjudicar por razones ajenas a la calidad de las propuestas de los concurrentes. Como asevera SÉRVULO CORREIA, ese poder no emerge de una situación de total desvinculación de la Administración ante los concurrentes, sino de un reserva de revocación de la propuesta inicial de la Administración y de la decisión o deliberación de contratar<sup>73</sup>. Muchas veces tal reserva será formulada expresamente en las bases del concurso, otras veces es la ley la que la establece respecto de ciertos contratos.

Más allá de estos casos, no es descabellado sustentar la existencia de un principio general que atribuye el poder de no adjudicación por razones ajenas a las propuestas. Ese principio no se aplicaría igualmente a todos los contratos administrativos, sino sólo a aquellos en que rija la cláusula de sujeción, en cuyos términos se reconoce a la Administración el poder de imposición al otro contratante modificaciones en las prestaciones convencionales y, sobre todo, el poder de rescisión unilateral del contrato por imperativos de interés público (cfr. artículo 180 c) del Código de Procedimiento Administrativo). Así, como aclara SÉRVULO CORREIA, «*nos parece obvia la identidad de razón entre el poder de modificación y de rescisión unilateral del contrato por imperativos de interés público y el poder de no adjudicar por los mismos motivos. No tendría sentido que, presentándose tales motivos tras la apertura del concurso pero antes de su celebración, tuviese la Administración que celebrarlo primero para a continuación modificarlo o rescindirlo*»<sup>74</sup>.

Si la decisión de no adjudicar se situase en el margen de licitud conferida por el artículo 71, esto es, si el interés público se fundase en alguno de los párrafos de este artículo, debe entenderse que no existe deber de indemnizar tras la decisión que ponga fin al concurso, siempre que no hayan sido provocados perjuicios especiales o anormales, *ex vi* de lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Ley 48051, de 21 de noviembre de 1967. Puede también en estos casos surgir la obligación de indemnización de los daños emergentes.

En los casos en que ya exista una adjudicación, aunque sea condicionada, puede afirmarse que es incuestionable el deber de indemnizar por parte de la Administración, cuando ésta decida «*no celebrar el*

<sup>73</sup> Vid. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, op. cit., pp. 701-702.

<sup>74</sup> Cfr. op. cit., pp. 702-703.

*contrato en virtud de modificación de las condiciones determinantes del interés público a perseguir» porque «deberá reponer el equilibrio exigido por el respeto a las legítimas expectativas del adjudicatario y por las exigencias de subordinación de éste al interés público, que se define y determina atendiendo a las cargas y compromisos económicamente evaluables, asumidos por el adjudicatario ante el acto de adjudicación y en la esperada continuación de ese acto»<sup>75</sup>. En estos casos subsiste, entonces, el deber de indemnizar que abarca los lucros cesantes y los daños emergentes<sup>76</sup>.*

ae) *Contenido del contrato*

Adjudicada la concesión, se pasa a la fase de elaboración y celebración del contrato de concesión. Se trata de una tarea fuertemente condicionada por lo que ha sido definido en las bases del concurso, en el pliego de condiciones y en la propuesta del adjudicatario.

El legislador tuvo, sin embargo, la preocupación de enunciar el contenido mínimo del contrato a celebrar, para así garantizar la previsión en él de ciertas materias que reputó esenciales. Así, en los términos del artículo 11.2 del Decreto Ley 379/1993:

*«En el contrato de concesión debe constar:*

- a) El objeto del contrato.*
- b) La determinación de los bienes y equipamientos existentes que serán afectados al concesionario y la definición de la separación o vinculación a sistemas no incluidos en la concesión, si los hubiese.*
- c) El valor del contrato.*
- d) Los poderes de aprobación, fiscalización, modificación unilateral y de aplicación de sanciones por el concedente.*
- e) El régimen de secuestro y rescisión del contrato.*
- f) Los derechos y deberes específicos de las partes contratantes, incluyendo los términos de la subrogación de la concesionaria en derechos y obligaciones de la concedente y el plazo durante el cual el concesionario puede invocar invalideces o irregularidades de transmisión de derechos relacionados con la concesión, en los términos legales.*
- g) El régimen jurídico del personal afecto a la concesión.*

---

<sup>75</sup> *Vid.* Informe de la Procuraduría General de la República n° 40/1987, publicado en el *Diario de la República*, II serie, n° 219, de 23 de septiembre de 1987.

<sup>76</sup> El artículo 564 del Código Civil portugués nos da una noción de la amplitud del deber de indemnizar al establecer que éste comprende *«no sólo el perjuicio causado, sino también los beneficios que el lesionado dejó de obtener a consecuencia de la lesión»*. Se trata de los daños emergentes y de los lucros cesantes.

- h) La fecha de inicio de la explotación*
- i) El plazo de vigencia del contrato.*
- j) Los términos del rescate.*
- k) La retribución a pagar por la concesionaria.*
- l) El régimen de tarifas a pagar por los usuarios.*
- m) El montante de la caución del artículo 10.3 a prestar por la concesionaria.*
- n) El régimen de la reversión para el concedente de los derechos y bienes afectos a la concesión, en los términos de ésta.*
- o) Las sanciones pecuniarias a aplicar como consecuencia del incumplimiento del contrato por la concesionaria.*
- p) El tribunal competente, siendo admitido el recurso al arbitraje».*

Uno de los aspectos que refuerza la importancia del contenido del contrato resulta del hecho de estar ante la concesión de un servicio público, por lo que del contrato no resultará sólo los derechos y obligaciones del concedente y de la concesionaria, sino que también, aunque indirectamente, se producirá una determinación de los perfiles de la posición jurídico-subjetiva de los usuarios. Dependerá de los términos del clausulado contractual tanto el montante de las tarifas o, por lo menos, criterios de fijación del sistema tarifario, como el régimen de vinculación de los usuarios al sistema, o su posición ante situaciones anómalas en la prestación del servicio público en cuestión.

Destáquese, sin embargo, que la mayoría de las materias que han de constar obligatoriamente en el contrato de concesión, y que acabamos de citar, no suscitan grandes dudas de interpretación, por lo que nos limitaremos a analizar aquellas que implican algún grado de complejidad en su determinación.

#### *af) Valor del contrato*

El valor de los contratos de concesión está normalmente determinado en función de la retribución que el concedente adquiere por la misma.

Pero tal criterio no debe, pese a todo y en mi opinión, ser seguido de forma lineal. Al tratarse de un servicio público de gran sensibilidad y al repercutirse obligatoriamente el montante de la retribución en las tarifas a cobrar a los usuarios, es de todo punto conveniente que el valor de la retribución sea el más bajo posible, e incluso, que eventualmente no exista ninguna retribución.

Por esa razón, estimo que el valor del contrato debe ser determinado con base en el cálculo del beneficio que resulta para el concedente de la concesión del servicio, es decir, con base en las ventajas financieras que el municipio obtiene por haber entregado la

explotación y gestión del sistema a la concesionaria. Se obtendrá de esta forma un valor más real, que no fluctuará en función de aspectos perfectamente ficticios que apenas se relacionan con la pretensión del municipio de descargar a los usuarios de tarifas onerosas.

ag) *Retribución a pagar por la concesionaria*

La obligación de mencionar la retribución a pagar por la concesionaria no debe ser entendida como obligatoriedad de la existencia de retribución. Lo que la norma exige no es la estipulación de un determinado precio, sino el tratamiento de la materia relativa a la retribución, es decir, si hubiese lugar a la retribución debe estipularse en el contrato su cantidad y sus condiciones de pago, pero si no hubiese lugar a la retribución, este hecho debe quedar debidamente consagrado en el clausulado contractual.

En el precepto legal en análisis no se regula esa materia, exigiéndose únicamente la integración en el contrato de cláusulas relativas a la misma, por lo que no resulta de este precepto ninguna obligación de cobro de la retribución, pues antes al contrario sólo resulta la obligación de fijar si existe o no retribución y, en caso afirmativo, cuál es el régimen al que se encuentra sujeta. Considero, por ello, que las normas del artículo 14 del Decreto Ley 379/1993 se aplican sólo en los casos en que la concesionaria está obligada a pagar una retribución.

El régimen consagrado en este precepto era, sin embargo, de tal modo flexible que exigía especial atención en su aplicación. En efecto, en esta norma se permitía el pago de la retribución en los siguientes términos:

- La retribución podía ser global o fraccionada.
- La retribución podía ser pagada al inicio o durante la vigencia de la concesión.
- Durante la vigencia de la concesión, podía ser pagada con o sin periodicidad.
- La retribución podía estar o no sujeta a reajuste.

No obstante esta flexibilidad legal, me parecía ya entonces que la solución adoptada debería ser la del pago fraccionado durante la vigencia de la concesión, con periodicidad determinada y sujeta a reajuste. Varias razones abonaban esta solución.

En primer lugar, la anticipación del pago global de la retribución al inicio de la concesión, aunque se presente muy ventajosa en términos inmediatos, comporta desventajas a tal punto graves que pueden poner en cuestión la propia explotación y gestión correctas del sistema.

Por un lado, porque financieramente el concedente renuncia a

recibir cualquier valor derivado de la concesión del sistema por un periodo extremadamente largo, pudiendo resultar de ello complicaciones de diverso cariz en términos financieros. Por otro lado, al exigir la globalidad de la retribución anticipadamente, es evidente que el concedente se vería obligado a aceptar valores de retribución necesariamente más bajos de lo que sucedería en el caso del fraccionamiento del pago de la retribución a lo largo de la vigencia del contrato.

Ciertamente, la propia capacidad financiera de la concesionaria no permitiría pagar en términos inmediatos la misma retribución a pagar si la cuantía global fuese repartida en pagos a lo largo de, por ejemplo, 25 años. La exigencia, por otro lado, de ese pago anticipado tendría consecuencias indeseables en las tarifas, pues la concesionaria iría repercutiendo no sólo ese coste, sino también los intereses devengados por la financiación obtenida o por la remuneración del capital que dejó de obtener por esa razón. Finalmente, el concedente quedaría en una posición contractual extremadamente debilitada, por las consecuencias que ese pago anticipado origina ante una eventual obligación de indemnizar a la concesionaria.

En segundo lugar, considero preferible optar por la periodicidad del pago de la retribución, pues de otra forma permanecería, a lo largo del contrato, una causa de inestabilidad respecto del momento de realización de ese pago.

Atendiendo a las ventajas que comporta la estabilidad de la relación contractual, me parece aconsejable, en la medida de lo posible, evitar crear en el contrato cualquier fuente de posible o eventual inestabilidad.

En tercer lugar, siendo el contrato de concesión susceptible de algunas modificaciones derivadas, concretamente, de la propia evolución de la gestión y explotación del sistema, nos parece más correcto y justo permitir el reajuste de la retribución.

Este reajuste podrá funcionar como una forma de compensar otros aspectos financieros de la concesión, de manera que se mantenga una evolución estable del régimen tarifario.

Entiendo, con todo, que los criterios por los que se han de regir esos reajustes deben ser los más claros y simples posibles, para evitar la indeseable aparición de una fuente de inestabilidad contractual.

El legislador ha sentido esas dificultades, pues en el artículo 6 del Decreto Ley 147/1995 fijó que *«la retribución a pagar por la concesionaria revierte obligatoriamente a un plan de inversiones en la expansión y renovación de los sistemas, a cargo del municipio concedente, y se presta bajo la forma de anualidades, que no podrán ser pagadas anticipadamente»*.



#### ah) Régimen tarifario

La materia relativa a la fijación de precios es de la máxima importancia, constituyendo uno de los más, o el más, complejo problema de los contratos de concesión.

La opción del legislador fue, seguramente por ello, la de una reglamentación algo inconcreta que permita la consagración, en el contrato, de fórmulas que permitan cierta flexibilidad de cara al futuro. Dado el periodo de duración de la concesión, es previsible que existan modificaciones de explotación de los sistemas que impliquen obligatoriamente alteraciones tarifarias, como sería, por ejemplo, el caso de la modificación de directivas comunitarias sobre la calidad del agua que obligasen a nuevas inversiones.

Por esa razón, los criterios a fijar deberán apuntar a valores de precios tan bajos como sea posible, pero sin que eso suponga un sacrificio de la calidad del servicio prestado y la remuneración del capital invertido por la concesionaria, remuneración que debe moderarse para así reducirse el riesgo de la operación<sup>77</sup>.

Importa añadir que la eficiencia de la concesionaria, aspecto fundamental para la obtención de valores de precios más bajos, debe ser garantizada a través de una fuerte capacidad fiscalizadora, especialmente a través de la consagración del poder de la concedente de auditar de manera permanente las condiciones financieras y técnicas de prestación del servicio.

Por otro lado, deberán ser fijadas, en el contrato de concesión, fórmulas de revisión de precios que permitan responder ante situaciones extraordinarias, generadores de costes anormales de explotación del sistema. La consagración de tales fórmulas, aunque permita soluciones más racionales para esas situaciones anormales, suscita, sin embargo, algunos problemas complejos, pues obliga a un esfuerzo significativo de previsión de las posibles situaciones que se pueden presentar.

Por ello, debe tenerse especial cuidado en la consagración de esas fórmulas para evitar un resultado desproporcionado, benéfico o perjudicial para la concesionaria.

El legislador fijó en el Decreto Ley 147/1995 los criterios que deben presidir la fijación de los precios, estableciendo, en su artículo 5, que:

*«La fijación de precios obedecerá a los siguientes principios, de acuerdo con el resultado del concurso público, cuando exista:*

---

<sup>77</sup> Alejandro PÉREZ HUALDE destaca a este propósito la importancia de las entidades reguladoras en la protección de los intereses de los usuarios (cfr. *El concesionario de Servicios Públicos privatizados*, Buenos Aires, 1997, p. 27).

- a) *Asegurar, dentro del periodo de concesión, la amortización de la inversión inicial a cargo de la concesión descrita en un estudio económico anexo al contrato de concesión, deducido de las coparticiones y subsidios a fondo perdido.*
- b) *Asegurar el mantenimiento, reparación y renovación de todos los bienes y equipos afectados a la concesión, especialmente mediante la disponibilidad de los medios financieros necesarios a la constitución de un fondo de renovación.*
- c) *Asegurar la amortización técnicamente exigida de eventuales nuevas inversiones de expansión o modernización del sistema específicamente incluidas en los planes de inversión autorizados.*
- d) *Atender al nivel de costes necesarios para una gestión eficiente del sistema y la existencia de ingresos no provenientes de las tarifas.*
- e) *Asegurar el pago de las obligaciones con el funcionamiento del Observatorio, conforme con lo dispuesto en el número 3 del artículo 4 y en los términos que fuesen definidos por Decreto del Ministro del Ambiente y Recursos Naturales.*
- f) *Asegurar el equilibrio económico-financiero de la concesión, con una adecuada remuneración de los capitales propios de la concesionaria».*

A pesar de su enunciación como criterios genéricos para la fijación de tarifas, la verdad es que este precepto consagró la estructura base del precio en los diversos sistemas.

b) *La delegación de poderes respecto de la delegación del servicio público*

La constitución de una empresa municipal o intermunicipal, así como su funcionamiento y régimen patrimonial, financiero, de gestión y de personal, se encuentra hoy regulados en la Ley 58/1998, de 18 de agosto<sup>78</sup>.

Esta reciente norma legal «*regula las condiciones en que los municipios, las asociaciones de municipios y las regiones administrativas [posibilidad hoy preterida] pueden crear empresas dotadas de capitales propios*», conforme resulta literamente de su artículo 1, siendo respectivamente empresas de ámbito municipal, intermunicipal o regional.

Ésta es una clasificación orgánica en cuanto al origen institucional del acto de creación de las empresas, y que es coincidente con el

---

<sup>78</sup> En efecto, la creación de empresas municipales y la participación de los municipios en empresas públicas intermunicipales formaban parte ya del elenco de competencias de los plenos municipales, a propuesta o petición de autorización de la respectiva Corporación Municipal. Tal facultad podría, por tanto, constar en los estatutos de cualquier mancomunidad de municipios. No existía, sin embargo, ninguna otra reglamentación de la materia más allá de aquellas posibilidades de creación y participación.

área geográfica en que determinada empresa ejerce su actividad, esto es, el área geográfica a que está limitada la prosecución de su objetivo. Esta zona geográfica coincidirá siempre sobre el área de jurisdicción de los municipios implicados, que son la denominación común de las empresas municipales e intermunicipales.

Otra clasificación atiende a la naturaleza del capital integrante de la empresa. Así, en los términos del n° 3 del citado precepto, podremos tener:

- Empresas públicas: en las que los municipios, asociaciones de municipios o regiones administrativas posean la totalidad del capital.
- Empresas de capital público: en las que los municipios, asociaciones de municipios o regiones administrativas posean participaciones de capital en asociación con otras entidades públicos.
- Empresas de capital mayoritariamente público: en las que los municipios, asociaciones de municipios o regiones administrativas posean la mayoría del capital en asociación con entidades privadas.

De acuerdo con las dos clasificaciones expuestas, las eventuales empresas a crear por aquel tipo de entidades públicas, en colaboración con entidades privadas, se constituirán como municipales o intermunicipales.

De estos amplios rasgos iniciales sorprende la presencia y la regulación del concepto de empresa pública. En efecto, las propias designaciones de las varias clasificaciones posibles atinentes al capital sugieren tal concepto como base del trabajo legislativo desarrollado en la Ley 58/1998.

Es importante reparar en el concepto de empresa pública, que se revela como matriz de la empresa municipal, aunque siempre en una perspectiva centrada en la preocupación que tenemos entre manos, a saber: definir el concepto y naturaleza jurídica de la empresa intermunicipal de capitales mayoritariamente públicos (ya que ésta será necesariamente distinta de las empresas municipales e intermunicipales públicas y de capital público, en virtud, precisamente, de la naturaleza del capital implicado).

El Sector Empresarial del Estado (SEE) no agota el Sector Público Productivo (SPP)<sup>79</sup>. En efecto, pueden darse empresas productivas de ámbito local que integren el SPP, pero no el SEE.

---

<sup>79</sup> Cfr. António L. SOUSA FRANCO, *Finanças públicas e Direito Financeiro*, vol. I, Coimbra, 1993, p. 191, nota 1.

Las empresas municipales o intermunicipales están constituidas con capital propio de las entidades locales o de las asociaciones de municipios. Estas pertenecen a la administración autónoma. Son distintas del Estado y de su administración indirecta (constituida, especialmente, por institutos públicos y por entidades públicas empresariales creadas por el Estado).

Del mismo modo, su creación obedece a un acto formalmente diferente, aunque con la misma naturaleza de acto administrativo. Mientras que las entidades públicas empresariales del Estado son creadas por decreto (nº 1 del artículo 24 del Decreto Ley 558/1999, de 17 de diciembre, que aprobó el régimen jurídico del Sector Empresarial del Estado y de las Empresas Públicas), que aprueba los respectivos estatutos, las empresas de ámbito municipal e intermunicipal son creadas por decisión de la asamblea municipal o intermunicipal, respectivamente (en este último caso, con sujeción a parecer vinculante favorable de todas las asambleas municipales en cuestión). Sin embargo, a semejanza de las empresas públicas previstas en el artículo 3.1 de esta norma<sup>80</sup>, estas últimas se constituyen por escritura pública, necesariamente posterior a la aprobación de su creación. Ello plantea la cuestión de saber cuándo nace efectivamente la personalidad jurídica de la empresa municipal o intermunicipal. ¿Será al ser adoptado el acto administrativo contenido en la decisión de crearla, con el otorgamiento de la escritura pública, o con el registro definitivo del contrato de sociedad?

En las entidades públicas empresariales, reguladas en el Capítulo III del Decreto Ley 558/1999, no se plantea la cuestión. En efecto, la innecesariedad de escritura pública (pero no del registro, en los términos del artículo 28 de esta norma) resulta de la aprobación de los Estatutos por decreto. En cuanto a las empresas públicas municipales o intermunicipales existe un hiato entre la decisión de creación y la constitución por escritura pública. Sin embargo, en principio, la decisión de creación aprueba también el proyecto de estatutos (que sólo dejará de ser proyecto con aquella escritura).

Debe entenderse que tan sólo con el registro las empresas municipales e intermunicipales adquieren personalidad jurídica. En efecto, la Ley 58/1998, en su artículo 3, ordena aplicar *el régimen de las em-*

---

<sup>80</sup> En efecto, el Decreto Ley 558/1999, de 17 de diciembre, integra en el sector empresarial del Estado (i) las empresas participadas y (ii) las empresas públicas (arts. 2 y 3). Sin embargo, dentro de éstas se distinguen dos figuras, a saber, las empresas públicas *stricto sensu* —constituidas en los términos de la ley comercial, pero en las que el Estado u otras entidades públicas estatales ejercen el control por vía de la mayoría del capital social o de la posibilidad de nombramiento de la mayoría de los miembros del consejo de administración— y las entidades públicas empresariales —correspondientes, *grosso modo*, a las clásicas empresas públicas, creadas por Decreto Ley, y cuyo capital estatutario está integralmente en manos del Estado o de otras entidades públicas.

presas públicas y, en lo que en esto no fuese especialmente regulado, el régimen de las sociedades comerciales. Ahora bien, el anterior régimen de las empresas públicas –contenido en el Decreto Ley 260/1976, de 8 de abril– omitía este último aspecto, por lo que era obligatorio el recurso directo a las disposiciones de la ley comercial. Sin embargo, el nuevo régimen del sector empresarial del Estado y de las empresas públicas inicia un camino diferente, que paso a explicar.

El artículo 3 de la Ley 58/1998, al fijar la aplicación subsidiaria del régimen de las empresas públicas, reclamaba la aplicación, necesariamente, del Decreto Ley 260/1976. Al haberse derogado esta norma por el Decreto Ley 558/1999, y dada la nueva realidad de conformación del sector público empresarial que éste trajo consigo, el legislador estableció a título de norma transitoria– *vid.* n° 2 del artículo 40–, que «*las remisiones de cualquier norma, legal o reglamentaria, al régimen del Decreto Ley 260/1976 se entienden hechas al capítulo III, sin perjuicio de la aplicación de las demás disposiciones previstas en la presente norma*». Pero a causa de las posibilidades de participación en el capital social y de su forma de constitución, las empresas municipales o intermunicipales de capitales mayoritariamente públicos cuya creación la Ley 58/1998 permite y regula, se aproximan más a las empresas públicas *stricto sensu*, previstas en el artículo 3.1 del Decreto Ley 558/1999, que a las entidades públicas empresariales previstas en los artículos 3.2 y 23 y siguientes de este mismo Decreto Ley. Así, dada aquella regla de subsidiariedad (o de supletoriedad, en los términos del artículo 5 del Decreto Ley 558/1999), me parece plenamente posible el uso de la última parte del artículo 40.2 *in fine* de aquella norma. Ante este encuadramiento normativo, atendiendo al n° 1 del artículo 7° de este Decreto Ley, en este punto concreto nos vemos remitidos nuevamente a la ley comercial, cumpliendo la regla legal de subsidiariedad.

De acuerdo con el artículo 5 del Código de las Sociedades Comerciales (CSC), «*las sociedades comerciales gozan de personalidad jurídica y existen como tales a partir de la fecha de registro definitivo del contrato por el que se constituyen*». Así, por la aplicación de las reglas contenidas en el CSC, distingo tres momentos esenciales: i) entre la deliberación de creación y el otorgamiento se aplican entre las partes las reglas de las sociedades civiles (art. 36.2 CSC); ii) entre la celebración de la escritura y el registro definitivo son aplicables entre los socios las reglas establecidas en el contrato y en el CSC, con las necesarias adaptaciones, salvo las que presupongan el registro definitivo; iii) y posteriormente al registro opera *erga omnes* la personalidad jurídica de la sociedad/empresa.

Dada la naturaleza del capital implicado, a estas empresas municipales e intermunicipales no les cuadrará la clasificación de entidad pública empresarial, aunque sea perceptible una gran proximidad con

el concepto de empresa pública, como apunta el artículo 3.1 del Decreto Ley 558/1999.

En efecto, se clasifican como empresas públicas las «organizaciones económicas con finalidad lucrativa creadas con capital público y bajo la dirección y supervisión de órganos de la Administración Pública»<sup>81</sup>.

Ahora bien, una vez descartado el carácter estatal de estas empresas, hay que determinar su naturaleza jurídica. A pesar de estar sujeta a la dirección y supervisión pública (aspecto sobre el que volveré más adelante), su capital no será exclusivamente público. Por otro lado, su personalidad de Derecho público también se presenta alejada de la concepción clásica. En lo que toca al capital implicado, no siendo exclusivamente público, la empresa pierde la naturaleza exclusivamente pública para ganar la naturaleza de empresa de capital mayoritariamente público y, por tanto, mixta. A esta conclusión se llega tanto por el tenor del artículo 1.3 de la Ley 58/1998, como por fuerza de lo dispuesto en su artículo 3 («*las empresas se rigen por la presente ley, por los respectivos estatutos y, subsidiariamente, por el régimen de las empresas públicas y, en lo que en éste no fuese específicamente regulado, por las normas aplicables a las sociedades comerciales*»), e incluso a través de las normas del nuevo régimen del Sector Empresarial del Estado, dado que aquella Ley no resuelve adecuadamente la cuestión.

Dispone el artículo 3.1 del Decreto Ley 558/1999, que «*se consideraran empresas públicas las sociedades constituidas en los términos de la ley comercial, en las cuales el Estado u otras entidades públicas estatales puedan ejercer, aislada o conjuntamente, de forma directa o indirecta, una influencia dominante en virtud de alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) *Posesión de la mayoría del capital o de los derechos de voto.*
- b) *Derecho de designación o de destitución de la mayoría de los miembros de los órganos de administración o de fiscalización».*

Tampoco las denominaciones del artículo 7 de la Ley 58/1998, facilitan el trabajo del intérprete una vez que, en los términos de este precepto, la designación de estas empresas será «EM» (Empresa Municipal) o «EIM» (Empresa intermunicipal). Pero debe quitarse importancia a esta cuestión del *nomen iuris*.

En cuanto a la calificación como persona colectiva pública o privada, he optado por la segunda hipótesis, atendiendo al Decreto Ley 260/1976. En efecto, las empresas en cuestión no podían ser calificadas como personas colectivas públicas, entendidas como «personas

<sup>81</sup> Cfr. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, 1996, vol. I, p. 365. A tener en cuenta, sin embargo, las modificaciones realizadas por el Decreto Ley 558/1999.

colectivas creadas por iniciativa pública, para asegurar la prosecución necesaria de intereses públicos, y por ello dotadas en nombre propio de poderes y deberes públicos»<sup>82</sup>.

Aunque creada por iniciativa pública, mediante acto administrativo manifestante de la voluntad de la Administración de constituir/participar en una empresa municipal o intermunicipal, y para asegurar la prosecución de intereses públicos, esta empresa no se encuentra dotada de poderes públicos, sino que está simplemente dotada de esa virtualidad, como resulta del análisis de las competencias de sus varios órganos, en los términos de la Ley 58/1998. En efecto, aunque sea posible que una entidad privada esté por ley dotada de poderes de autoridad para procurar intereses públicos, ya no será posible, o siquiera imaginable, la existencia de una persona colectiva pública a la cual no le sean atribuidos *ab initio* poderes públicos, especialmente la posibilidad de práctica de actos administrativos cubiertos por el privilegio de ejecutividad.

En cuanto a este punto, a mi juicio decisivo en el ámbito del Decreto Ley 260/1976, el Decreto 558/1999 aportó innovaciones importantes, en particular el gen de modificación de los contornos dogmáticos expuestos. En efecto, conforme al artículo 3.1 de esta última norma y en relación con su artículo 14, la empresa pública puede poseer ahora la mera virtualidad de ejercicio de poderes de autoridad, que le serán atribuidos casuística y especialmente.

Siendo así, y sin pretender agotar la materia, entiendo que estas empresas serán empresas municipales o intermunicipales, identificables, *mutatis mutandis*, con las empresas públicas previstas en el n° 1 del artículo 3 del Decreto Ley 558/1999, que persiguen intereses públicos, integradas en la administración local directa, sujetas, por tanto, a supervisión de las entidades públicas que las crearon (como, por otra parte, resulta del artículo 16, *ex vi* del artículo 23 de la Ley 58/1998).

No abandonaré este punto sin analizar dos aspectos en cierta medida conexos, a saber: las consecuencias, en la gestión de la empresa, de la existencia de un capital mayoritariamente público, por un lado, y la delimitación de la referida supervisión de las entidades públicas creadoras de la EM o de la EIM, por otro.

En cuanto a la gestión de las EM y EIM, diré que la misma estará a cargo de la entidad pública, en calidad de poseedora de la mayoría del capital social público. Ello es así porque, en primer lugar, la razón de ser de esa mayoría pública en el capital social de la EM o EIM es precisamente garantizar el control de gestión por parte de la entidad

---

<sup>82</sup> Cfr. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, 1996, vol I, p. 584.

pública implicada. En efecto, dado que el objeto de la EM o de la EIM se establece con relación al municipio o asociación de municipios creadores, en los términos del artículo 1.2 de la Ley 58/1998, no tendría sentido que el municipio o la asociación de municipios renunciase a su gestión.

De cualquier forma, si la *ratio legis* va en el sentido de mantener el control de la gestión por parte de la entidad pública, no es menos verdad que la asociación con el capital privado encuentra razón de ser en las especiales posibilidades es que ella misma, empresa, aporta al seno de esta relación jurídico-societaria. Y en esta senda, la empresa privada asociada puede (y debe) asumir un papel preponderante en la gestión del EM o EIM, *maxime*, en lo que atañe a la prestación del servicio, ante su específico *know how*, lo que justifica su selección como colaborador social. En último análisis, el propio contrato de sociedad lo exigirá *ex natura*.

Cuestión conexas, en tanto que referida a la selección del rumbo de la EM o EIM, es la de la supervisión a la que la misma se encuentra sujeta, por parte de su entidad creadora. Antes de nada, es preciso fijar la noción de supervisión como «el poder conferido al Estado o a otras personas colectivas de fines múltiples, para definir los objetivos y guiar la actuación de las personas colectivas de fines singulares situadas por ley bajo su dependencia»<sup>83</sup>.

En la Ley 58/1998, los poderes de supervisión de las entidades creadoras de las empresas públicas que la norma abarca se encuentran enumerados en el artículo 16. Este precepto resulta aplicable a las empresas mixtas, por fuerza del artículo 23, aunque con «las debidas adaptaciones». Siendo así, en el caso de las empresas públicas o de capital públicos (*vid.* n.º 3 del artículo 1 de la Ley 58/1998), la extensión de tales poderes de supervisión resulta de la ley en un modo inequívoco. Ya en las empresas mixtas se hace necesario profundizar en qué consisten las «debidas adaptaciones». Entiendo que el problema se centra en el criterio a utilizar. Así, donde tales poderes de supervisión se dirijan a la actividad de la empresa *proprio sensu* (en términos organizacionales, estatutarios, en fin, de vida de la empresa), tal intervención de supervisión estaría vedada a la entidad creadora, a causa de aquellas «debidas adaptaciones» –serán ejemplo de poderes de supervisión que no tendrán aquí lugar, v. gr., la adquisición de participaciones en el capital de otra sociedad y el estatuto remuneratorio de los miembros del consejo de administración. Donde los poderes de supervisión se conecten directamente con la prestación del servicio público *stricto sensu* (que comporten la configuración general del mismo que, a la postre, nunca deja de ser atribución «delegada» por parte de

<sup>83</sup> Cfr. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, 1996, vol. I, p. 717.



la asociación de municipios en la EM o EIM por vía estatutaria), tal intervención se desarrollará legalmente por la entidad pública— serán ejemplos de ello, por ejemplo, la aprobación de precios y tarifas, bajo propuesta del consejo de administración y la realización de auditorías e inspecciones del funcionamiento de la empresa.

Esta conformación general de los poderes de supervisión de la entidad creadora— la entidad pública— no estaría sujeta a la Administración central.

En lo que a la decisión de constituir una EM o EIM se refiere, importa mencionar que la competencia está atribuida a la asamblea del municipio o asociación de municipios. En los términos del párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 58/1998, esas entidades públicas pueden crear una empresa municipal o intermunicipal «para la explotación de actividades que persigan fines de reconocido interés público cuyo objeto se incluya en el ámbito de las respectivas competencias». La construcción y explotación de los sistema en cuestión es inequívocamente de reconocido interés público, perteneciendo igualmente a las competencias de los municipios o de las asociaciones de municipios, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Ley 412/1989, de 29 de noviembre<sup>84</sup>, conjugado con los párrafos 3 y 5 del artículo 44, artículo 47.2 y párrafos 1 y 2 del artículo 49 del Código Administrativo<sup>85</sup>.

Unas últimas palabras relativas a la sujeción de prestación de cuentas por parte de la EM o EIM al Tribunal de Cuentas. En los términos del artículo 35 de la Ley 58/1998, «*la gestión de las empresas está sujeta al control financiero del Tribunal de Cuentas, en los términos legalmente previstos*».

Tal formulación legal constituye una remisión a la Ley 98/1997, de 26 de agosto, que establece la Organización y Proceso del Tribunal de Cuentas<sup>86</sup>. Ahora bien, de acuerdo con la calificación que hemos hecho de estas EM y EIM, parece que ésta se integra en el párrafo 2. d) del artículo 2 de aquella Ley. Este precepto legal plasma la delimitación subjetiva de sujeción a la fiscalización del Tribunal de Cuentas.

---

<sup>84</sup> En cuyos términos «*la asociación tiene por finalidad la realización de todo interés comprendido dentro de las competencias de los municipios, salvo los que, por su naturaleza o por disposición de la ley, deban ser directamente perseguidos por aquellos*», no constatándose en el caso analizado la presencia de ninguna de estas situaciones.

<sup>85</sup> Preceptos que disponen que (art. 47) «*en el uso de las competencias referentes al abastecimiento público, pertenece a las corporaciones decidir: (...) 2.- Sobre la construcción y conservación de redes de distribución pública de agua para consumo domiciliario*», y que (art. 49) «*en el uso de las competencias tocantes a la salubridad pública, pertenece a las corporaciones municipales decidir: 1.- Sobre la protección del agua potable destinada a consumo público contra las de contaminación y corrupción; 2.- Sobre el establecimiento de redes de alcantarillado, en el interior de las poblaciones*».

<sup>86</sup> Que reproduce las modificaciones introducidas por la Ley 14/1996, de 20 de abril.

Y en los términos del párrafo a) de su artículo 47, se ve que la misma no se encuentra sujeta a ninguna fiscalización previa, sino sucesiva, como se desprende del párrafo 1.º del artículo 51 de la misma Ley, significando tal régimen que sus cuentas serán prestadas por años económicos, en los términos del artículo 52 de la misma norma legal.

ba) *De la selección del colaborador societario por parte del municipio o asociación de municipios*

La asociación entre un municipio o asociación de municipios y una entidad privada bajo la forma de una empresa municipal (EM) o intermunicipal (EIM) podría hacer suponer que, al ser registrada por contrato entre aquellas dos partes, éste debe ser precedido de un procedimiento concursal, a través del cual la asociación de municipios escogería su socio contractual.

Así, a semejanza de lo que ocurre, v. gr., en el dominio de la realización de obras públicas, el contrato de sociedad (registrado a través de la correspondiente escritura pública) estaría precedido de un procedimiento concursal típico que culminaría con un acto de adjudicación a uno de los posibles concurrentes, celebrándose posteriormente el contrato entre adjudicante y adjudicatario. Sin embargo, a pesar de que lo que la naturaleza de persona colectiva pública contratante del municipio o de la asociación de municipios pudiese sugerir, ello no es así.

En efecto, los casos en que la Administración se encuentra vinculada a procedimientos concursales son típicos, siendo destacables tres categorías de casos, a saber: la realización de obras públicas, la adquisición de bienes y servicios y la contratación de personal<sup>87</sup>. Ahora bien, en el caso objeto de análisis ninguna de estas hipótesis se verifica, pues se trata de la hipótesis de un procedimiento concursal tendente a una modalidad de asociación jurídica, *lato sensu*, de la cual resultará una nueva entidad, una nueva personalidad jurídica—una EM o EIM<sup>88</sup>.

En la situación analizada, la Administración pretende crear *ex novo* una empresa municipal o intermunicipal de economía mixta.

En lo referente a las empresas públicas, anteriormente regidas por el Decreto Ley 260/1976 y hoy reguladas en el interior del sector empresarial del Estado, en el ámbito del Decreto Ley 558/1999, no existe ningún régimen legal que restrinja la creación *ex novo* por parte del Estado de una empresa mixta de capitale mayoritaria o minoritaria-

<sup>87</sup> En este sentido, cfr. M. ESTEVES DE OLIVEIRA, R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Coimbra, 1998, pp. 1 y ss.

<sup>88</sup> Cuestión distinta será la adquisición de bienes y servicios y la contratación de personal (o cuestiones conexas) por parte de la propia EIM, una vez constituida y asumiendo ya vínculos contractuales.

mente público. En estos casos, es aplicable el CSC<sup>89</sup>, habiendo lugar a escritura pública, etc. Y lógicamente también, no existe ninguna previsión de procedimiento concursal<sup>90</sup>.

Ahora bien, en los términos de la Ley 58/1998, la situación será similar, aplicándose el razonamiento anteriormente referido, *mutatis mutandis*, a la creación de empresas mixtas intermunicipales. Es esta norma legal la que disciplina su creación. En ella no hay ninguna regla que sugiera siquiera semejante procedimiento concursal. Y ello es así, naturalmente, tanto más cuanto que ya antes he concluido inclinándome por la aplicación subsidiaria del régimen de las empresas públicas y de las sociedades comerciales, que nunca prevén tal necesidad.

La entidad pública puede, por tanto, escoger libremente su colaborador societario. Por lo demás, los criterios de gestión subyacentes se compadecen con tal entendimiento, pues solamente el patrimonio de las propias EM o EIM responderá por sus deudas. En efecto, la posibilidad de selección del Derecho privado y, en especial, del Derecho mercantil (que resulta tanto directamente de la Ley 58/1998 como subsidiariamente del Decreto Ley 558/1999, *maxime*, de su artículo 3), claramente denota una opción de creación y gestión de la futura EM y EIM desvinculada de la lógica del contrato administrativo.

No existe ningún procedimiento administrativo típico para la selección del contratante privado. A pesar de que el contrato de sociedad es de Derecho privado, nada impediría que el procedimiento precontractual obedeciese a una procedimentalización administrativa. Sin embargo, el legislador no optó por esa vía, recuperando el Derecho administrativo sólo en la fase de ejecución del contrato de sociedad, en especial en lo que se refiere a los poderes de supervisión. Incluso, el carácter eventualmente problemático de los moldes jurídicos del contrato y su ejecución está ausente en el caso del procedimiento precontractual de selección del contratante, una vez que el mismo carece de tipificación legal.

#### bb) *Encuadramiento jurídico de los términos de la prestación del servicio público*

La constitución de una empresa municipal o intermunicipal tiene como finalidad última, es decir, como objeto, la prestación de un servicio público municipal (conforme a los *supra* citados preceptos del

---

<sup>89</sup> En este sentido, cfr. Paulo OTERO, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra, 1998, pp. 193 ss., y bibliografía ahí citada.

<sup>90</sup> Cuestión conexas será la de la libertad de selección de los medios jurídicos de vinculación societaria por parte del Estado, que no constituye objeto de análisis en este trabajo. Nos remitimos para ello al trabajo de Paulo OTERO citado en la nota anterior.

Código Administrativo) en régimen de exclusividad, prestación que constituye una facultad propia de los municipios. Constituye, por tanto, punto de reflexión la naturaleza y régimen del título que tales facultades (y respectivas competencias) pasarán a ser perseguidas por la EM o EIM.

Como se ha visto, estas competencias pertenecen a los municipios. Ahora bien, el artículo 6.2 de la Ley 58/1998 prevé expresamente que *«las entidades locales pueden delegar poderes respecto a la prestación de servicios públicos en las empresas por ellas constituidas en los términos de la presente ley, siempre y cuando tal conste expresamente en los estatutos»*.

Este enunciado legal presenta dos aspectos a apreciar: por un lado, la delimitación subjetiva (donde se lee «entidades locales»); por otro lado, su predicado (donde se lee «pueden delegar»). Antes de entrar en su análisis es preciso dejar establecido un presupuesto fundamental. A semejanza de lo que ocurre con los Ayuntamientos, también las asociaciones de municipios podrán transferir las facultades o competencias que les pertenezcan. Esclarecido este punto previo, importa analizar aquellos dos aspectos.

En cuanto a la primera cuestión, el problema que se puede suscitar es, como he dicho, el del ámbito de aplicación subjetiva del precepto. En efecto, el enunciado legal permite *«las entidades locales»* deleguen (...). Tal norma es claramente habilitante de la delegación del servicio público por parte de los municipios en las EM. Sin embargo, la cuestión presenta mayor complejidad respecto de las empresas intermunicipales.

En realidad, estas empresas no son creadas por un municipio, sino por una asociación de entidades locales que son los municipios. ¿Será la posibilidad de delegación presente en aquella norma legal extensible a las asociaciones de municipios cuando estén en cuestión empresas por ellas creadas, paralelamente con lo que ocurre cuando son los municipios los que crean, de por sí, sus empresas municipales? Considero que sí.

Las asociaciones de municipios son hoy personas colectivas dotadas de personalidad jurídica distinta de los municipios que las constituyen<sup>91</sup>, según el artículo 1 del Decreto Ley 412/1989, de 29 de noviembre. Sin embargo, tal constatación objetiva no puede hacer olvidar otra: las asociaciones de municipios sólo pueden existir en la medida en que su objeto estatutario coincida con las competencias de los municipios que las constituyen.

Pero ellas existen, precisamente, para perseguir fines municipales. Su personalidad jurídica se justifica, por tanto, no por la necesidad de

---

<sup>91</sup> Cfr. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, 1996, en cuanto a la inserción histórica de las asociaciones de municipios.

una entidad autónoma de los municipios en función de las finalidades perseguidas, sino por la facilidad de gestión de tales las mismas por una persona jurídica diferente, permitiendo la asunción de obligaciones y derechos sin necesidad de la intervención consecutiva de los municipios implicados. Se puede incluso decir que las asociaciones de municipios, o su constitución como personas jurídicas, son instrumentales ante las atribuciones de aquéllas, que constituyen una realidad político-cultural de jurisdicción territorial cimentada en la historia de la Administración portuguesa.

Entendemos, así, que en el artículo 6.2 de la Ley 58/1998, donde se lee «entidades locales», debe leerse municipios y asociaciones de municipios. Por varios motivos ésta es la mejor interpretación jurídica del precepto. A saber:

La expresión «entidades locales», en buen rigor técnico, comprende los municipios y parroquias (sin que nos preocupemos ahora de la región, figura cuyo análisis ya he descartado por motivos evidentes). Ahora bien, es perfectamente pacífico que las parroquias no pueden crear empresas al amparo de la Ley 58/1998. Y siendo así, parece claro que la expresión «entidades locales» no se encuentra utilizada en esta norma con un sentido técnico-jurídico riguroso.

Podría, entonces, pretenderse un entendimiento según el cual tal expresión debería designar solamente los municipios. Mas, por las razones arriba expuestas, se ha visto que esto no tendría sentido. Entonces, ¿podrían los municipios delegar en las empresas por ellos creadas, al no poderlo hacer las asociaciones de municipios? Esto contraría la propia razón de existencia de aquellas asociaciones, cuyas atribuciones son de ámbito municipal, encontrándose, incluso, tácitamente delegadas por los municipios las competencias para perseguirlas –practicando, especialmente, actos administrativos en las materias contempladas por esas atribuciones y competencias.

Entiendo, así, y dado que el legislador optó por no seguir la vía del rigor técnico<sup>92</sup>, que la expresión «entidades locales» comprende, además de los municipios, las asociaciones de municipios. No pretendo clasificar estas entidades como locales, sino simplemente hacer interpretación extensiva de la letra de la ley, ya que el legislador dice claramente menos de lo que pretendía. La *ratio legis* habrá acompañado,

---

<sup>92</sup> Cfr. Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, 1982, vol. I, pp. 129 y ss. Para este eminente profesor, «el significado de las palabras empleadas en la ley debe ser objeto de un escrupuloso estudio. Si las palabras tienen una acepción técnica (jurídica u otra cualquiera), debe partirse del principio de que el legislador las empleó con ese significado, y sólo el contexto o los trabajos preparatorios podrán demostrar lo contrario, porque el lenguaje legislativo debe primar la propiedad de los términos (...). Cuando una palabra no es empleada en una acepción técnica, entonces debe entenderse usada en su acepción común. Se entiende que el legislador habla la lengua de su tiempo - un lenguaje correcto pero no rebuscado, ni siquiera literario».

por tanto, la *mens legislatoris*, aunque su espejo textual no haya sido el más claro. Habrá, así, que corregirlo recurriendo a las reglas de interpretación jurídica que se contienen en el artículo 9 de nuestro Código Civil, en una perspectiva sistemática, sí, pero sin renunciar a un razonamiento interpretativo de raíz problemática<sup>93</sup> que atienda a las mejores formas de prestación de servicios públicos locales, en el contexto de la creación en ese sentido dirigida de EM y EIM.

Lo mismo se podrá decir respecto de la utilización de la expresión «delegación de poderes para la prestación del servicio público».

En efecto, a primera vista la expresión utilizada remite al concepto de delegación de poderes. Sólo que, en el caso en apreciación, no están presentes las características de una verdadera y propia delegación de poderes.

La delegación de poderes<sup>94</sup> consiste esencialmente en el «*acto por el cual un órgano de la Administración normalmente competente para decidir en determinada materia, permite, de acuerdo con la ley, que otro órgano o agente practiquen actos administrativos sobre la misma materia*».

Así, es necesario que exista una ley de habilitación de la delegación, que existan dos órganos de la misma persona colectiva pública o de personas colectivas públicas distintas, así como el acto de delegación de poderes propiamente dicho.

En el caso estudiado, considero que falta el segundo requisito de la delegación que he enunciado, a saber, la existencia de dos órganos o de dos personas colectivas públicas distintas. En realidad, la delegación que está prevista en el artículo 6.2 de la Ley 58/1998 no establece una relación interorgánica, sino una verdadera y auténtica relación intersubjetiva.

Al contrario de lo que sucede en la delegación de poderes en sentido propio, en la delegación considerada no está en cuestión el permitir al delegado la práctica de un determinado tipo de actos administrativos, sino transmitirle la gestión de un determinado servicio público, reservando la entidad «delegante» la práctica de determinados actos que reputa de especial importancia, v. gr. la aprobación de tarifas, y el control de los términos en que el servicio es prestado.

Así, los efectos jurídicos de esta delegación de poderes para la prestación del servicio público se aleja genéticamente de la delegación

<sup>93</sup> Cfr. José Adelino MALTEZ, *Princípios de Ciência Política – O problema do Direito*, Lisboa, 1998, pp. 43 y ss. En la doctrina extranjera, cfr. Chaïm PERELMAN, *Lógica jurídica*, São Paulo, 1998, pp. 141 ss. Seguimos de cerca el entendimiento de Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, p. 130, cuando afirma que «es preciso penetrar el espíritu de la ley, el pensamiento que la determinó e informa, y a eso nos conduce la interpretación lógica mediante sus diversas operaciones: examen de la finalidad de la ley, su encuadramiento sistemático y político, indagación de su historia, agotamiento de su contenido implícito».

<sup>94</sup> Cfr. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, 1996, p. 663.

de poderes en sentido propio. En la delegación de poderes en sentido propio está exclusivamente en cuestión la práctica de actos administrativos. En la delegación de poderes para la prestación de servicio público está esencialmente en causa la realización de operaciones materiales y la práctica de actos jurídicos de gestión privada. La práctica de actos administrativos constituye solamente una parte limitada, tanto más cuanto que la entidad pública delegante reserva para sí la práctica de algunos de ellos.

No siendo la delegación de poderes para la prestación de servicio público una verdadera delegación de poderes, podría entenderse que sólo estaríamos ante una incorrecta o poco rigurosa utilización de la expresión «delegación de poderes».

En esta perspectiva sería probable que el legislador se remitiera a la figura de la delegación de servicio público. Sólo que esta solución no resuelve, por sí sola, las dificultades de comprensión del modelo adoptado por el legislador.

En efecto, la delegación de servicio público es un concepto creado por la doctrina francesa que consiste en el acto por el cual una entidad pública confía la explotación o la gestión de un servicio público a una persona colectiva pública o privada<sup>95</sup>. Este concepto es, por ello, utilizado en la doctrina francesa como encuadrador de un conjunto de institutos específicos utilizados por la Administración Pública para asegurar la gestión indirecta de servicios públicos<sup>96</sup>.

Importa, por ello, analizar, aunque de forma muy sumaria, las principales clases de contratos que pueden ser integradas en el concepto de delegación de servicio público, para así deducir si la delegación del artículo 6.2 de la Ley 58/1998 se encuadra en alguna de ellas.

Se trata, sin embargo, de una cuestión de gran complejidad, al haber consagrado el artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo el principio de capacidad jurídica de la Administración Pública para celebrar contratos administrativos, independientemente de ley expresa que le confiera tal poder, desde el momento en que se encuadren en el ámbito de las atribuciones de la persona colectiva.

La consagración de este principio ha conducido a una proliferación de contratos administrativos atípicos con la aptitud de cumplir el objetivo de gestión indirecta de servicios públicos, que la doctrina ha intentando clasificar<sup>97</sup>. Es importante, sin embargo, analizar las prin-

---

<sup>95</sup> Cfr. Christian BETTINGEN y Gilles LE CHATELIER, *Les nouveaux enjeux de la concession et des contrats apparentés*, Paris, p. 20.

<sup>96</sup> Cfr. Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 1995, p. 373; en la doctrina portuguesa, *vid.* Pedro GONÇALVES, *A concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999, pp. 143 y ss.

<sup>97</sup> Sobre el punto, *vid.* en la doctrina francesa Alain Serge MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Paris, 1991, pp. 339, y ss. La aparición de nuevas formas contractuales ha con-

cipales clasificaciones propuestas, comenzando por la tradicional figura de la concesión.

Marcello CAETANO define la concesión como la transferencia temporal y parcial<sup>98</sup> de poderes propios de una persona administrativa a un particular, a fin de que éste los ejerza por su cuenta y riesgo pero en interés público<sup>99</sup>. Para este autor, es fundamental el hecho de que la concesión puede ser contrato o acto unilateral, según el caso concreto. En realidad, y citando sus palabras, «las relaciones entre el concedente y el concesionario se constituyen por el hecho jurídico de la concesión, que puede revestir la forma de acto administrativo o de contrato administrativo», siendo este acto o contrato los que fijan el estatuto de la concesión<sup>100</sup>.

Esta naturaleza heterogénea es también propuesta por autores franceses como LAUBADÈRE, que defienden que la concesión es contractual en lo que respecta a las obligaciones determinadas que impongan a las partes el cumplimiento de ciertas prestaciones recíprocas, al tiempo que es reglamentario todo lo que se refiera al modo y a las condiciones de explotación del servicio. Para DUGUIT y JÈZE, por ejemplo, la determinación de las tarifas sería parte reglamentaria, en cuanto que elemento de la organización de un servicio.

Este entendimiento es rechazado por Marcello CAETANO, al afirmar que el hecho de ser reglamentario para el público no implica que tenga la misma naturaleza para el concesionario. La naturaleza contractual de la tarifa contraría la realización de los objetivos políticos, económicos y sociales del sector público, y el interés general, que quedaría de ese modo vinculado al interés privado del concesionario.

Destáquese además que el régimen de concesión está hoy ya superado: fue un modo de asociación de la Administración a los particulares que tuvo su nacimiento y auge a finales del siglo XIX, con las compañías del ferrocarril, de iluminación y de gas. Hoy la figura aparece desvirtuada a través de la «concesión sin atribución de exclusividad», que distorsiona el concepto y parece presentar formas más eficaces y expeditas de asociar los particulares a los propósitos de la administración.

Es de destacar la explicación dada por MARQUES GUEDES, ya que esclarece que la concesión *lato sensu* puede equivaler a autorización, libertad, contrato – contrato público o administrativo– y que, aunque en el lenguaje jurídico sea con frecuencia utilizada en otras acepciones, el *nomen iuris* concesión debe ser reservado para las figuras por

ducido a crecientes dificultades la calificación de los contratos, como indica Jean François AUBY, *La délégation de service public*, Paris, 1995, p. 16.

<sup>98</sup> Habla el autor de una universalidad de hecho y de Derecho.

<sup>99</sup> Cfr. Marcello CAETANO, *Estudos de Direito Administrativo*, op. cit., p. 89.

<sup>100</sup> Cfr. Marcello CAETANO, op. cit., p. 105.



medio de las cuales se opera la atribución a otra persona del desempeño de actividades propias de cierta persona colectiva de Derecho público<sup>101</sup>.

¿Cuál es entonces el criterio de distinción entre el acto (de autorización, concesión o de licencia) y el contrato?

SÉRVULO CORREIA opina que si la manifestación de las voluntades de las partes es requisito de existencia y no de mera legalidad, entonces hay un contrato, afirmando que «*el grado de dirección ejercida por el interés público sobre el contrayente no siempre es tan elevado que el que experimenta el acto administrativo que establezca directamente una relación jurídica administrativa sustantiva*»<sup>102</sup>.

Pero parece que si no hay libertad de estipulación no podemos hablar de contrato *stricto sensu*, en cuanto modalidad de negocio jurídico bilateral.

Vistos los contornos doctrinales que se establecen en torno a la debatida cuestión de la concesión es el momento de encuadrar la posibilidad de gestión indirecta del servicio público desde un punto de vista práctico.

La celebración de contratos de concesión (de servicio público o de obras públicas) se encuentra regulado, para las entidades locales, en el Decreto-Ley n° 390/1982, de 17 de septiembre (arts. 10 a 14). En estas disposiciones se encuentran algunas de las reglas básicas aceptadas en materia de concesión de servicio público y que se enuncian a continuación:

- En principio la concesión debe tener un plazo cierto (art. 11 Decreto Ley n° 390/1982).
- No se admite la subconcesión sin autorización de la entidad concedente (art. 13 del mismo Decreto).
- Debe existir un derecho de fiscalización de la entidad concedente (art. 13 Decreto Ley 390/1982).

Además de estos elementos, es también característico de las concesiones:

- Que el concedente se reserva para sí el poder de modificar las prestaciones del cocontratante mediante el reequilibrio financiero del contrato (*fait du prince*).
- Que existe un derecho de secuestro por parte de la entidad concedente con vistas a asegurar el funcionamiento del servicio. A través de esta figura, la entidad concedente, en caso de peligro de

---

<sup>101</sup> Cfr. MARQUES GUEDES, *A Concessão*.

<sup>102</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, p. 592.

- interrupción en la prestación del servicio, puede explotar provisionalmente el servicio con los medios del concesionario.
- La inclusión de una cláusula de rescate. Con esta disposición el concedente puede retomar la explotación del servicio público antes del término del plazo contractual, mediante la justa indemnización pagada al concesionario.
  - Que se prevé la posibilidad de rescisión del contrato con fundamento en el interés público.

En suma, en el contrato de **concesión de servicio público** existe una transferencia de la responsabilidad de la gestión del servicio –que continúa siendo un servicio público con las características propias de los mismos– a una entidad privada. El concesionario actúa con autonomía dentro de los parámetros fijados por el contrato y de la ley que creó el servicio, siendo la financiación y el riesgo de la actividad totalmente asumido por la entidad privada. En principio, el concesionario se remunera con las tasas cobradas a los usuarios del servicio.

Muy próximo a la concesión de explotación de servicio público se encuentra, en términos de contenido contractual, el **contrato de cesión de explotación de Derecho público**<sup>103</sup>.

Como ya he dicho, los entes públicos pueden celebrar contratos administrativos siempre que a través de ese medio persigan la realización de sus atribuciones. La cesión de explotación de servicio público servirá –a semejanza de la cesión de explotación de Derecho privado– para transferir temporalmente la responsabilidad sobre un determinado establecimiento. En esta situación la Administración no asume ninguna responsabilidad por la actividad realizada en el establecimiento, verificándose solamente que la entidad pública pretende que los fines a que el establecimiento está afecto se mantengan y por ello contrata con «vestes» públicas.

A través de la cesión de explotación de Derecho público, la entidad local cede la explotación de un establecimiento que no está afectado a un servicio público o que dejó de estar afectado a ese servicio, sin que exista ninguna responsabilidad en cuanto a los fines perseguidos por el cocontratante, ni en cuanto a la actividad del cesionario.

Por tanto, este tipo comercial se distingue de la concesión –y como veremos, del contrato de gestión– porque no existe subyacente ninguna actividad que se pueda designar de servicio público. No se trata de una cesión de explotación de derecho privado porque se mantiene un cierto interés público en la actividad perseguida por el cesionario en el

<sup>103</sup> Contra la admisibilidad de esta figura, cfr. Robin de ANDRADE, «Os contratos de cessão de exploração em direito público», en *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, pp. 247-261.

establecimiento objeto de la cesión, que motiva la introducción de cláusulas típicas del contrato administrativo.

La Administración puede, sin embargo, querer asociar un particular a la gestión de un servicio público mediante otras modalidades contractuales que no sean la figura típica del contrato de concesión. En este caso, es necesario recurrir a la figura del contrato de gestión de servicio público.

Los contratos de gestión de servicio público pueden revestir diferentes modalidades en razón del diferente equilibrio contractual que se encuentre en cuanto a los siguientes parámetros:

- **Grado de autonomía** de la entidad gestora en la gestión del servicio público del cual es responsable contractualmente.
- **Responsabilidad por el riesgo de la actividad inherente al servicio público.**
- **Forma de remuneración** del contratante de la Administración.
- **Responsabilidad de la inversión.**

De acuerdo con estos elementos clasificatorios, tenemos cuatro tipos de contratos de gestión:

- Gestión por cuenta y riesgo de la entidad gestora.
- Gestión delegada.
- Gestión interesada.
- Contrato de gestión *stricto sensu*.

En el contrato de gestión por cuenta y riesgo de la entidad gestora, existe un elevado grado de autonomía gestionaria en relación con la entidad pública. En efecto, en este tipo de contrato apenas si existe un control del resultado obtenido y la posibilidad de modificar las prestaciones que la entidad gestora realiza más allá de los parámetros contractuales.

En cuanto al riesgo, éste corre por cuenta de la entidad gestora. De este modo, si desde el punto de vista económico-financiero existiesen perjuicios, éstos son de la responsabilidad de la entidad gestora.

La remuneración en estos casos es fijada *à forfait*, es decir, mediante un valor global previamente fijado, el cual no depende de la actividad efectivamente prestada, como ocurre en general en la concesión en que procede la cobranza de tasas a los usuarios del servicio.

En principio, el establecimiento pertenece a la entidad pública. No procede el pago de renta por su utilización como ocurre en la cesión de explotación de Derecho público, porque la remuneración a tanto alzado ya incluye el descuento de esa componente de los costes.

La entidad gestora se responsabiliza de las inversiones de naturaleza ordinaria, inherentes al funcionamiento del servicio.

En la **gestión delegada** se verifican globalmente las características de la gestión por cuenta y riesgo de la entidad gestora, difiriendo en cuanto a la responsabilidad financiera de la actividad, que pertenece, en última instancia, a la entidad pública. Así, si la remuneración fijada para la gestión del servicio fuese insuficiente, será la entidad pública quien soporte el riesgo de la circunstancia. En consecuencia, el grado de autonomía del gestor es menor en función de su menor grado de riesgo en cuanto a la gestión, por lo que la entidad pública, en situaciones normales, tiene el poder de intervenir en la gestión concreta del servicio. En cualquier caso, la remuneración se fija mediante un *forfait* que previsiblemente cubrirá los costes de funcionamiento del servicio.

En cuanto a la responsabilidad por las inversiones, es posible que éstas pertenezcan a la entidad gestora.

La **gestión interesada** se configura del siguiente modo: la entidad pública confía la gestión del servicio a la entidad gestora, la cual es remunerada mediante una participación en el resultado de la actividad o de los beneficios alcanzados. La responsabilidad de la situación económico-financiera resultante de la gestión del servicio pertenece a la entidad pública, dado que la gestión se hace por su cuenta. La entidad gestora no puede ser responsabilizada por los resultados de la actividad, especialmente si existieran perjuicios. Existe un menor grado de autonomía de la entidad gestora, aunque exista un grado de libertad de acción en cuanto al modo de ejecución de la prestación en concreto. Las inversiones corren por cuenta del ente público.

En el contrato de gestión *stricto sensu*, la gestión se asegura por una entidad gestora que es remunerada por esa actividad independientemente de los resultados de la gestión y, por eso, el riesgo de la actividad pertenece a la entidad pública contratante. Es una mera prestación de servicios de gestión, en que la entidad gestora no asume ningún riesgo ni tiene autonomía alguna, estando sujeta a las instrucciones del ente público.

Como es evidente, las inversiones necesarias al funcionamiento del servicio corresponden a la entidad pública contratante.

De lo expuesto resulta que la delegación de poderes para la prestación de servicios públicos prevista en el artículo 6.2 de la Ley 58/1998 no se subsume en ninguna de las clases de contratos que he analizado. Me parece, sin embargo, que ha sido intención del legislador aprovechar rasgos característicos de los diversos modelos de contrato analizados.

Una cosa es, con todo, indiscutible: el legislador pretendió consagrar la posibilidad de gestión indirecta de servicios públicos municipi-

pales por parte de empresas municipales o intermunicipales. Estamos, por ello, en mi opinión, ante una nueva figura de delegación de servicios públicos.

Sin embargo, en lo que se refiere a su caracterización el legislador se ha quedado corto, dejando al intérprete una tarea complicada, en especial, si se atiende al hecho de que la ley no distingue la delegación de servicios públicos en relación a la naturaleza de la entidad delegataria. En realidad, el modelo surge genéricamente consagrado para las empresas públicas municipales, para las empresas de capital exclusivamente público y para las empresas mixtas de capital mayoritariamente público, lo que obliga a buscar una configuración de delegación que se adapte a las diversas posibilidades creadas.

Es preciso afirmar, con todo, que la utilización de la expresión «delegación de poderes» por parte del legislador no es, a mi juicio, inocua. Pues significa que el legislador pretende que se parta del régimen jurídico de la delegación de poderes, con las necesarias adaptaciones, para dar formato al régimen jurídico de este tipo de delegación de servicio público.

No puede dejar de tenerse en cuenta que ésta es una delegación contractualizada que obliga a abandonar algunos de los aspectos caracterizadores de la delegación de poderes, marcados por su unilateralidad<sup>104</sup>.

En efecto, si en lo que se refiere a la delegación en empresas públicas la precariedad resultante de los poderes unilaterales del delegante no suscita mayores dificultades, su admisión en la delegación de servicio público en empresas de capital exclusiva o mayoritariamente público me parece inaceptable. Entiendo, por ello, que la previsión de la contractualización de este tipo de delegación tiene por efecto la admisión de contractualización de algunos de los tradicionales poderes del delegante, especialmente, el plazo de duración de la delegación, los términos de una eventual revocación y los términos del ejercicio del poder de avocación.

En esta materia se hace preciso recurrir, con las necesarias adaptaciones, al régimen jurídico de la concesión, que puede delimitar el ámbito en que esa contractualización puede tener lugar. Así como no me parece aceptable sujetar un accionista público o privado, que no la entidad delegante, a un régimen tan precario como el de la delegación de poderes, también será inaceptable protegerlos con un régimen jurídico que se revele más garantista que el de la concesión de servicios públicos.

---

<sup>104</sup> La contractualización de la delegación de poderes ha venido a ser admitida en Portugal en los últimos tiempos. Véase a este propósito el régimen del Decreto Ley 159/1999, de 14 de septiembre. Se trata de una solución discutible en puridad de conceptos, pero que no arroja dudas sobre su admisibilidad por haber sido consagrada legalmente.

El régimen de la delegación de poderes de prestación de servicio público debe, por ello, ser encontrado a partir de la aproximación del régimen de delegación de poderes a los regímenes de los restantes contratos de delegación de servicio público, atendiendo especialmente al hecho de que la empresa municipal delegataria puede tener participación de otras entidades públicas que no sean la entidad delegante y de privados.

**III. Derecho  
administrativo de  
las garantías y  
control de la  
Administración**

