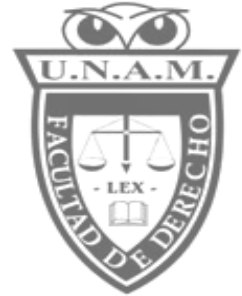




**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**



FACULTAD DE DERECHO

**LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE AGUA EN MÉXICO. ASPECTOS
ECONÓMICO, JURÍDICO Y POLÍTICO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

PRESENTA:

ELENA ISABEL PATRICIA VALDÉS DE HOYOS

ASESOR: DR. JORGE FERNÁNDEZ RUIZ

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL

ABRIL, 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INTRODUCCIÓN

La garantía en el acceso a uno de los derechos humanos indispensables por su tipo y naturaleza, como es el agua, se ve vulnerada entre otros aspectos, por la permeabilidad de ideologías de diverso interés en los elementos de prestación del mismo, situación que se advierte en la influencia sobre los aspectos económico, político y jurídico que convergen en la gestión y resultado del servicio público de suministro de este recurso.

Así, la situación del agua en México y la implicación del derecho a la misma desde su contenido como derecho humano sientan las bases para analizar el problema de la presente investigación, que corresponde a la prestación del servicio público de suministro de agua bajo la obligación del Estado Mexicano de prestar el recurso como un cometido de servicio público, desde su contexto en el derecho comparado, la influencia de la economía y la participación de los agentes privados en su prestación, con su establecimiento jurídico, gestión y régimen tarifario, en resumen, *la prestación del servicio público de suministro de agua en nuestro país, desde los aspectos económico, jurídico y político.*

La hipótesis de este trabajo se centra en que la problemática de la prestación del servicio en comento en México atiende a la estructura con la que se otorga, pues desde los aspectos económico, jurídico y político que en él intervienen y que presentan intereses disímiles a la propia naturaleza del servicio, no se genera la satisfacción del mismo, el acceso al recurso, ni su cumplimiento como un cometido de servicio público del Poder Público.

El aporte a la ciencia jurídica radica en el análisis de los elementos que intervienen en la prestación de este servicio desde el enfoque con que actualmente actúan, que no satisfacen sus elementos como tal, ni como cometido del poder público, y mas aún bajo el especial parámetro del suministro de un recurso considerado como derecho humano.

Respecto a los métodos utilizados se abordó el documental, el histórico en el estudio de la evolución de las figuras de análisis y establecimiento del punto de partida de la discusión, el deductivo en la estructura de la secuencia de la investigación, el analítico en el estudio de los elementos generales del tema y explicación sobre el contenido del mismo, el de

derecho comparado en la concepción y prestación del servicio público de suministro de agua en otros países como elemento de tendencia de la gestión del mismo, el estadístico en el análisis de datos relevantes, y el sintético en la integración de los aspectos abordados y la conclusión del estudio.

La técnica empleada fue la utilización, análisis e integración de la doctrina, legislación, jurisprudencia y artículos relativos al objeto de estudio.

En este sentido, se establecen como objetivos determinar la influencia de los elementos que se conjugan en la prestación del servicio público de suministro de agua y el enfoque hacia donde transita, a través de analizar la obligación del Estado Mexicano de garantizar el acceso al recurso y su comparación en el contexto de derecho comparado; así como la intervención económica y la participación de los agentes privados en su prestación desde su establecimiento jurídico, gestión y régimen tarifario.

Lo anterior se ve reflejado en cuatro capítulos, *primero* de los cuales incluye el estudio del derecho humano al agua a partir de su delimitación y regulación, del derecho al agua en México y de las bases teóricas del servicio público para llegar al de suministro de agua en nuestro país.

El *segundo capítulo* atiende a la prestación de este servicio público en el contexto del derecho comparado desde el aspecto jurídico, político y económico que presenta el mismo, para conocer la tendencia en su prestación y determinar el componente en nuestro país. Para el caso, se consideran los países de Alemania, España, y Chile como objeto de estudio por el tratamiento con que desarrollan el tema.

Así, para poder hablar de los dos primeros países, se analizan en un primer momento la conceptualización del servicio público en Europa y los aspectos más importantes que lo rigen en el marco normativo y fiscal de la Unión Europea, y en uno segundo, se trata para todos su marco constitucional y legal, su sistema de distribución de competencias, y la prestación que tienen del servicio -desde el enfoque público o liberalizador en que se encuentran- y se concluye con su régimen económico y financiero en la materia.

En el *tercer capítulo* se aborda la prestación del servicio público de suministro de agua en México desde los elementos que influyen en su establecimiento y gestión; en este

sentido, se analiza el sistema económico y su influencia e implicaciones en materia de agua y específicamente en la prestación del servicio de suministro de este recurso. Por otro lado, se atiende el elemento político desde la distribución de competencias hasta las relaciones intergubernamentales en la gestión del mismo; y finalmente el jurídico o normativo que proporciona las normas que sirven para su integración y otorgamiento a través de las formas de gestión. Por último se brinda un panorama sobre la prestación del servicio en la ciudad de Aguascalientes y la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, para advertir sus elementos, influencia y gestión.

El *cuarto capítulo* se ocupa del régimen tarifario de la prestación de este servicio con el deslinde de las nociones conceptuales de las contribuciones a partir de la potestad tributaria normativa, los derechos, el financiamiento de los servicios públicos y las tarifas de agua potable en México, para posteriormente emitir consideraciones en torno a la problemática tarifaria del servicio público también desde los elementos que intervienen en su establecimiento.

Finalmente se incorporan las conclusiones que se relacionan con el presente estudio y con la hipótesis, así como los anexos, las fuentes de consulta utilizadas y el índice general de la investigación.

CAPÍTULO I: EL SERVICIO PÚBLICO Y EL DERECHO HUMANO AL AGUA

1. EL DERECHO AL AGUA

1.1 Delimitación de conceptos. Derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales

Hacer referencia a los derechos humanos lleva a delimitar su contenido respecto de los derechos fundamentales y las garantías individuales, en virtud de que suelen usarse indistintamente.

Los *derechos humanos* son prerrogativas, facultades o protecciones esenciales que el ser humano tiene por el simple hecho de serlo¹. Mientras que los *derechos fundamentales*² constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, ya que preservan los bienes básicos necesarios para desarrollar cualquier plan de vida de manera digna, con independencia del lugar de su origen, características o creencias; se encuentran previstos en el texto superior de los Estados, es decir, en su constitución y tratados internacionales.

Así, cuando se habla de derechos fundamentales, se habla de la protección de los intereses más vitales de toda persona, que equivalen a *derechos humanos constitucionalizados*³.

Por su parte, las *garantías individuales* corresponden al medio de protección de los derechos humanos ya que garantizan aquello que ha sido violado, así como advierte Héctor Fix-Zamudio⁴ que una garantía no puede ser equivalente a un derecho pues garantizar es devolver a su estado original algo que ha sido violado; en este sentido, una garantía constitucional busca reparar las violaciones producidas al derecho en lo general.

Por lo tanto, las garantías individuales son el instrumento de protección de los derechos humanos establecidos en las constituciones, es decir, de los derechos fundamentales.

1.2 Derecho humano al agua en los instrumentos internacionales

El derecho al agua es un tema esencial al ser reconocido como una condición previa necesaria para otros derechos humanos que no se pueden alcanzar sin el acceso equitativo a las necesidades mínimas de agua potable.

Este derecho se acoge, aunque no de manera explícita, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículos 3º y 25º, que garantizan a todas las personas el

¹ MONDRAGÓN Alcaraz, Eduardo, y MATAMOROS Amiela, Eric Iván, *Consideraciones en torno al servicio público y derechos humanos*, en CIENFUEGOS Salgado, David, y RODRIGUEZ Lozano, Luis Gerardo, (Coords.) *Actualidad de los servicios públicos en México*, México, IJ-UNAM, 2009, p. 12-13.

² CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2004, p. 5.

³ *Ibid.*, p. 5-9.

⁴ FIX-ZAMUDIO Héctor "Comentario al artículo 1º constitucional", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*. 4ª ed., México, Cámara de Diputados-LV Legislatura, Porrúa-IJ UNAM, 2004, p. 7.

derecho a estándares de vida adecuados para su salud y bienestar⁵. Sin embargo, es partir de los años setentas, en que comienzan a abordarse específicamente en diversos instrumentos internacionales, cuestiones sobre el acceso a los recursos básicos y a éste derecho; así, de los más importantes, se encuentra la *Declaración de Estocolmo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente de 1972* que incluyó dos principios fundamentales al respecto: 1) el derecho fundamental del hombre a la libertad, igualdad y disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que permita una vida digna, gozar de bienestar, con la obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras; y 2) el deber de preservar los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, agua, flora y fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales en beneficio de las generaciones presentes y futuras con planificación y ordenación.

Por otro lado, puede mencionarse la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua realizada en Mar de la Plata, Argentina* en 1977, que precisó que todos los pueblos tienen el derecho de acceder al agua potable en cantidad y calidad apropiada para satisfacer sus necesidades básicas, sin tomar en cuenta su grado de desarrollo o economía, y *trató por primera vez* el tema de los recursos hídricos en el mundo con la intención de evaluarlos, darles un uso eficaz y asegurar los niveles más elevados posibles de bienestar para las personas.

También se encuentran la *Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible* de 1992 que estableció que el agua debía ser considerada como un recurso con un valor económico, pese a también haber sostenido que es un bien común indispensable para la vida; y la *Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* conocida como la *Cumbre de la Tierra o la Cumbre de Río*, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio del mismo año, que indicó que en el aprovechamiento y uso de los recursos hídricos debía darse prioridad a la satisfacción tanto de las necesidades básicas como de las ecológicas -con la protección de los ecosistemas-, precisó que los usuarios del agua tenían que pagar tarifas adecuadas y dio lugar a la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, la que a su vez generó el Programa 21 (*Agenda 21*) relativo a los planes y acciones para afrontar los retos socio-ambientales del siglo XXI.

En 1994 se llevó a cabo la Conferencia del Cairo sobre Población y Desarrollo, en la que los Estados indicaron que el derecho a un adecuado nivel de vida incluye, entre otros, servicios adecuados de agua y saneamiento.

Asimismo, se hallan los *informes preliminar, provisional y definitivo sobre la promoción del ejercicio del derecho de todos a disponer de agua potable y servicios de saneamiento elaborados por el Relator Especial Sr. El Hadji Guissé* y presentados a la Subcomisión en sus períodos de sesiones 54º, 55º y 56º (E/CN.4/Sub.2/2002/10, E/CN.4/Sub.2/2003/WP.3 y E/CN.4/Sub.2/2004/20) en los que se expone la problemática mundial sobre el acceso al agua, y el derecho de cada persona a disponer de la misma en cantidad necesaria para satisfacer sus necesidades fundamentales en relación con los demás derechos económicos, sociales y culturales.

⁵ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, Declaración de los derechos humanos, aprobada mediante resolución 217 A (iii), de la Asamblea General, 10 de diciembre de 1948.

El *Decenio Internacional para la Acción, "El agua, fuente de vida" (2005-2015)*⁶ proclamado por la Asamblea General en su resolución 58/217, de 23 de diciembre de 2003, tiene como objetivo ocuparse de manera sustancial de las cuestiones del agua a todos los niveles y de la ejecución de programas y proyectos con el fin de ayudar a alcanzar los objetivos relativos al agua acordados a nivel internacional y contenidos en el Programa 21, los Objetivos de Desarrollo de la ONU para el Milenio (Declaración del Milenio) y el Plan de Aplicación de Johannesburgo.

El siguiente documento es la *Carta de Zaragoza 2008 de 14 de septiembre de 2008*⁷, realizada en la *Exposición Internacional Zaragoza 2008*, por la Tribuna del Agua, que propició la elaboración de propuestas para resolver los principales retos hídricos de la humanidad, se caracterizó como el acontecimiento internacional más amplio y global sobre Agua y Desarrollo Sostenible. En ella se reconoció que el agua es esencial para la vida en el planeta, y que a través de una gestión integrada de los recursos hídricos se protegen tanto la supervivencia del ser humano, como la del propio planeta al señalar que: a) "*el agua y los ecosistemas de la Tierra deben ser preservados y protegidos*", y b) "*el acceso al agua potable y al saneamiento es un derecho humano que debe ser garantizado por los poderes públicos*".

Finalmente se encuentra el *Informe sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo*, publicado de manera trienal junto con el Foro Mundial del Agua, correspondiente al principal informe de las Naciones Unidas sobre el agua, estudio que brinda un panorama general sobre el estado de los recursos de agua dulce del mundo, tiene como objetivo proporcionar herramientas a los responsables de la toma de decisiones para la implementación del uso sostenible de los recursos hídricos.

El tercero de estos informes "El agua en un mundo en cambio" (WWDR3) fue presentado en el 5º Foro Mundial del Agua en Estambul, Turquía, el 16 de marzo de 2009⁸, este documento junto con su volumen de los estudios de casos "Afrontar los retos", se basan en trabajos anteriores, incluidas las ediciones previas del informe WWDR: "Agua para todos, agua para la vida" (WWDR1), presentado en el 3er Foro Mundial del Agua que tuvo lugar en Japón en 2003, y "El agua, una responsabilidad compartida" (WWDR2), presentado en el 4º Foro Mundial del Agua de México en 2006.

Si bien se observan una serie de documentos derivados de conferencias, informes y declaraciones que han tratado el tema del derecho al agua, deben señalarse también *aquellos firmados y ratificados por México* que atienden lo relativo al tema.

En primer lugar se encuentra la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), adoptada mediante la Resolución 34/180 de la Asamblea General, aprobada el 18 de diciembre de 1979, que tiene como objetivo

⁶ Documento que derivó del *1er Informe sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo*, publicación de la ONU-Agua, y producto del Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas (WWAP).

⁷ Carta de Zaragoza de 14 de septiembre de 2008 De:

http://www.expozaragoza2008.es/docs/repositorio/TribunaDeAgua/docs_pdf/cartazgz-es.pdf

⁸ Las siguientes ediciones del Informe sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo contempladas para 2012 y 2015 ayudarán en el seguimiento de los progresos hacia el logro de los objetivos establecidos en la Cumbre del Milenio y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, y sentarán las bases de un sistema de supervisión global y continuo, que una las perspectivas y experiencias únicas de los 24 organismos especializados de la ONU que conforman ONU-Agua, en colaboración con los gobiernos y otras entidades implicadas en los asuntos relacionados con el agua dulce.

garantizar el abastecimiento de agua, pues dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a "*gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de (...) el abastecimiento de agua*" (artículo 14 párrafo 2 inciso h), ratificada por nuestro país el 23 de marzo de 1981.

En segundo lugar la *Convención sobre los Derechos del Niño* aprobada el 20 de noviembre de 1989, ratificada por México el 21 de septiembre de 1990, que busca la plena aplicación del derecho del niño al disfrute de servicios sanitarios, y la adopción de medidas apropiadas para combatir las enfermedades y malnutrición en la atención primaria de la salud con el suministro de alimentos nutritivos adecuados y de agua potable salubre (artículo 24, párrafo 2º); ésta Convención incluye el agua limpia y potable como el derecho al nivel más alto posible de salud.

Por otro lado, se halla el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), fundamento jurídico del derecho al agua, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, y al que México se adhirió el 23 de marzo de 1981.

Este Pacto reconoce en el artículo 11 párrafo 1 (derecho a la vivienda y alimentación)⁹ el "*derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*", y en el diverso 12 párrafo 1 (del derecho a la salud) el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Así, refiere derechos necesarios para un nivel de vida adecuado de manera enunciativa y no limitativa, en que se relaciona el derecho al agua con aquel al más alto nivel posible de salud, vivienda, alimentación adecuadas, y otros como la vida y dignidad humana.

Finalmente, cabe mencionar la *Observación general N° 15*, aprobada en noviembre del 2002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰, que constituye una interpretación oficial sobre la aplicación de los artículos 11 y 12 del PIDESC¹¹ respecto del derecho al agua.

En este sentido, el texto señala que "*el agua es un recurso natural y un bien público fundamental para la vida y la salud, por ello, el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos*"¹²; así, lo define como el derecho "*de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y accesible y asequible para el uso personal y doméstico*"¹³, sin discriminación, y de manera viable y practicable, finalmente destaca el deber de los Estados Parte de avanzar progresivamente en el mismo.

Según este documento el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a una alimentación adecuada), asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud), procurarse medios de subsistencia (derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural).

⁹ Cabe señalar que el Comité ha reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11. *Vid* Observación general N° 6 (1995).

¹⁰ Organismo conformado por expertos elegidos por aquellos Estados Partes que ratificaron el PIDESC.

¹¹ Figura en el documento E/C.12/2002/11, aprobado en el 29º Período de Sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 11 al 29 de noviembre de 2002.

¹² Observación General número 15, párrafo 1.

¹³ *Ibid.*, párrafo 2.

Determina que debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, y para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto.

Respecto al contenido normativo, establece que el derecho al agua contiene *libertades* como el acceder al suministro del agua y a no ser objeto de injerencias, y *derechos* como a tener un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población igualdad de oportunidades.

Explica que el concepto de suministro adecuado de agua no debe interpretarse de forma restrictiva, con criterios volumétricos y técnicos, al ser un bien social y cultural, y no fundamentalmente económico¹⁴.

Sobre la forma de ejercer este derecho señala que debe ser sostenible, tanto para las generaciones actuales como para las futuras¹⁵, a pesar de precisar factores necesarios para asegurar el derecho al agua como son: *a) disponibilidad*.- en la que el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, bajo estándares de la Organización Mundial de la Salud (OMS), *b) calidad*.- el agua debe ser salubre, y *c) accesibilidad*.- en la que el agua y sus instalaciones y servicios deben ser accesibles para todos, sin discriminación; este factor considera cuatro dimensiones: estar al alcance físico de todos los sectores de la población (*accesibilidad física*), tener costos y cargos asequibles (*económica*), y ser accesibles a todos sin discriminación (*no discriminación*), finalmente que cualquier persona tenga el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua (*acceso a la información*).

Ahora bien, establece ***obligaciones de los Estados Partes*** de ***carácter general*** para ejercer el derecho sin discriminación, avanzar rápida y efectivamente en su realización, y en caso de aplicar medidas regresivas, justificar plenamente la acción; y obligaciones de ***carácter específico*** de *respetar, proteger y cumplir*, es decir, abstenerse de intervenir en el ejercicio del derecho al agua; impedir a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho; y adoptar medidas que permitan y ayuden a ejercerlo, que difundan información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de la misma, y que garanticen el pleno ejercicio de éste derecho; respectivamente.

Indica que los Estados Partes deben adoptar medidas para garantizar la disposición de agua por las generaciones presentes y futuras de entre las que sugiere¹⁶: incremento de los recursos hídricos; reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas; vigilancia de las reservas de agua; continuidad del acceso al agua potable ante nuevos proyectos de desarrollo, examen de las repercusiones de actividades que lleguen a afectar la disponibilidad del recurso; el aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; disminución del desperdicio de agua durante su distribución; mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia; y la

¹⁴ De donde se advierte un tratamiento distinto de lo establecido en foros internacionales sobre el agua en la década de 1990, que la consideraba un bien económico, en contraste con políticas basadas en el mercado que incluyen el verdadero costo del agua, reducen los subsidios y posiblemente fomentan la participación del sector privado en los servicios de suministro de agua.

¹⁵ Planteamiento que ha sido recientemente establecido en el Plan Nacional de Desarrollo Mexicano.

¹⁶ Cfr. Observación General número 15, párrafo 28.

creación de instituciones competentes y establecimiento de disposiciones institucionales apropiadas para aplicar las estrategias y los programas.

Aunado a lo anterior, contempla **obligaciones de carácter internacional** que derivan de la aplicación del Pacto sobre el reconocimiento de la cooperación y asistencia entre los diversos Estados. Y establece que los Estados Partes tienen como obligación básica la de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto.

Señala casos de violación al derecho humano al agua¹⁷, entre los que refiere los cometidos por *actos de comisión*, en los que el actuar de los Estados Partes o de otras entidades no esté suficientemente reglamentado, como en la adopción de medidas incompatibles con las obligaciones básicas, la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho al agua, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean incompatibles con las obligaciones jurídicas nacionales o internacionales preexistentes en relación con el derecho al agua. Y por *actos de omisión* en que no se adopten medidas apropiadas para garantizar el pleno disfrute del derecho al agua, no contar con una política nacional sobre el agua y no hacer cumplir las leyes pertinentes.

Finalmente, establece que los Estados deben recurrir a todos los medios que consideren apropiados para dar cumplimiento a sus obligaciones dimanantes del Pacto, y precisa que los que cuenten con recursos judiciales o de otro tipo efectivos, que puedan imponer las reparaciones adecuadas y que reconozcan los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos y las instituciones análogas de cada país puedan atender las violaciones del derecho.

Así, en el ejercicio del derecho humano al agua debe tomarse en cuenta el contenido y alcance, de ser un derecho humano y de aquél que representa y da sustento a otros tan igual de importantes, que en conjunto logran el disfrute de un nivel de vida adecuado. Por lo tanto, al considerar su trascendencia y tratamiento en el contexto jurídico internacional, debe avanzarse en los nacionales en lograr y en su caso mantener la disposición del recurso de manera sostenible y con las características que el propio derecho establece.

2. EL DERECHO AL AGUA EN MÉXICO

2.1 El agua en la constitución

Para determinar el derecho al agua en México debe partirse del análisis del artículo 27 constitucional respecto del recurso. El contenido original del precepto en estudio¹⁸

¹⁷ *Ibid.*, párrafos 42 y 43.

¹⁸ (Primer párrafo.) La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originalmente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

(Tercer párrafo.) La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para (...) la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para (...) evitar la destrucción de los elementos naturales (...). Los pueblos rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad (...).

(Quinto párrafo.) Son también *propiedad de la nación* las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional; las de las lagunas y esteros de las playas; las de los lagos interiores de formación

establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917¹⁹, incorporó un esquema tripartito de la propiedad hidráulica, que incluye las aguas de propiedad nacional, particular y de los Estados de la Federación, sin considerar la propiedad de las subterráneas interpretables para los tres casos²⁰ (contempladas hasta la Ley Federal de Aguas de 1971, y la Ley de Aguas Nacionales 2002); y estableció en el párrafo tercero el derecho a “(...) *los pueblos rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad (...)*”. Texto que no permanece en el actual.

Posterior a ello, el precepto sufrió 16 reformas hasta la fecha, sin embargo, las más importantes para este tema corresponden a la segunda, cuarta y quinta.

natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos principales o arroyos afluentes desde el punto en que brota la primera agua permanente hasta su desembocadura, ya sea que corran al mar o que crucen dos o más Estados; las de las corrientes intermitentes que atraviesen dos o más Estados en su rama principal, las aguas de los ríos, arroyos o barrancos, cuando sirvan de límite al territorio nacional o al de los Estados; las aguas que se extraigan de las minas y los cauces, lecho o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. *Cualquiera otra corriente de agua no incluida en la enumeración anterior se considerará como parte integrante de la propiedad privada que atraviese; pero el aprovechamiento de las aguas, cuando su curso pase de una finca a otra, se considerará como de utilidad pública y quedará sujeta a las disposiciones que dicten los Estados.*

(Sexto párrafo.) En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el gobierno federal a particulares o sociedades civiles o comerciales contribuidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata y se cumpla con los requisitos que prevengan las leyes.

(Séptimo párrafo.) La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, *aguas* y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas, *aguas* o combustibles minerales en la República Mexicana (...). En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas (...)

VI. Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren, conforme a la Ley del 6 de Enero de 1915, entretanto la Ley determinará la manera de hacer el repartimiento únicamente de las tierras;

(Décimo quinto párrafo.) Se declaran nulas todas las diligencias, disposiciones, resoluciones y operaciones de deslinde, concesión, composición, sentencia, transacción, enajenación o remate que hayan privado total o parcialmente de sus tierras, bosques y *aguas*, a los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población, que existan todavía (...). En consecuencia, todas las tierras, bosques y *aguas* de que hayan sido privadas las corporaciones referidas, serán restituidas a éstas con arreglo al decreto de 6 de enero de 1915 (...).

(Décimo sexto párrafo.) El ejercicio de las acciones que correspondan a la Nación, por virtud de las disposiciones del presente artículo se hará efectivo por el procedimiento judicial; pero dentro de este procedimiento y por orden de los Tribunales correspondientes, que se dictará en el plazo máximo de un mes, las autoridades administrativas procederán desde luego a la ocupación, administración, remate o venta de las tierras y *aguas* de que se trate, y todas sus accesiones (...).

(Último párrafo.) Se declaran revisables todos los contratos y concesiones hechos por los Gobiernos anteriores desde el año 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la Nación, por una sola persona o sociedad, y se le faculta al Ejecutivo de la Unión, para declararlos nulos, cuando impliquen perjuicios graves para el interés público.

¹⁹ Esta constitución se caracteriza por reivindicar el dominio que el Estado mexicano ejerce sobre su territorio, a través de la propiedad originaria según comenta FERNANDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, IJ-UNAM, 2005, p. 206. Cabe señalar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 no atendió expresamente a la propiedad de las aguas, ya que en el artículo 27 establece que la propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. Sin embargo, con la reforma del artículo 72 fracción XXII, de 20 de junio de 1908, facultó al Congreso para determinar aguas de jurisdicción federal y expedir leyes sobre su uso y aprovechamiento.

²⁰ Sobre este aspecto el Doctor Jorge Fernández Ruiz considera que se debe incluir en la constitución la propiedad de las aguas subterráneas a la nación, en base a la importancia que este recurso tiene para el género humano, y a la equivalencia de veintisiete tantos sobre el volumen de las aguas superficiales. *Ibid.*, p. 206 y 209.

La segunda reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de diciembre de 1937 estableció *“VII.- Los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren...”*.

La cuarta reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 21 de abril de 1945 señaló:

“Son también propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas, en toda su extensión o en parte de ella, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos o esteros cuyos vasos, zonas o riberas estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales, y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público, o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización, y aún establecer zonas vedadas al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentran sus depósitos, pero si se localizaren en dos o mas predios, el aprovechamiento de esta agua se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados”.

Finalmente, la quinta reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 12 de febrero de 1947 modificó las fracciones X, XIV y XV para quedar en los términos en que hasta la fecha se encuentran.

El actual artículo 27 Constitucional establece un tipo de titularidad primigenia, que es la base de legitimidad para los distintos tipos de propiedad que contempla²¹; entendida como *“el poder que una persona ejerce en forma directa o inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por la virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto... o como el dominio que se ejerce sobre la cosa poseída”*²².

Así, en su *primer párrafo* construye un régimen triangular de propiedad de las aguas nacionales, integrado por la propiedad privada, la propiedad pública y la propiedad social, al señalar *“La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites*

²¹ DENTON Thalía parafraseando a Martín Díaz y Díaz (Las reformas al artículo 27 constitucional. La modernización del derecho constitucional mexicano, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 86) en *El agua en México, Análisis de su régimen jurídico*, UNAM, 2006, Colección Posgrado, p. 51.

²² Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, IJ, Argentina, UNAM - Rubinzal - Culzoni, T.VIII, p. 735-738.

del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.”

El precepto en cita refiere a los términos de *propiedad originaria* y privada, en donde el término *originario*²³ significa que la propiedad individual es dependiente de la propiedad colectiva y por ello puede ser calificada como derivada.

Sin embargo, en su interpretación, uno de los más discutidos problemas es el de la titularidad de la propiedad originaria, pues el concepto de *nación* hace creer que quienes la integran son titulares de la propiedad originaria del agua, y pueden por tanto disfrutar libremente de ella; donde el concepto de *nación* es genérico, y no tiene un referente en la realidad, a diferencia del de población (por citar alguno)²⁴.

Con el afán de aclarar su contenido, se precisan brevemente las principales tendencias de la propiedad originaria, donde algunas llegan a considerar al referido precepto.

La *Teoría patrimonialista del Estado* considera que la nación mexicana suplió los derechos de la propiedad absoluta que tuvo la corona Española sobre las tierras, aguas y accesiones al independizarse de España²⁵. Esta idea apareció plasmada en la exposición de motivos del proyecto del artículo 27 constitucional escrito por Andrés Molina Enríquez, y fue refutada por la ausencia real de valor por Pastor Rouaix²⁶.

La *Teoría de la integración del elemento físico al Estado* considera que la propiedad originaria de la que habla el primer párrafo del artículo 27 constitucional significa la pertenencia del territorio nacional a la entidad estatal como elemento consustancial e inseparable de la naturaleza de ésta²⁷.

Respecto a la *Teoría que asimila el dominio eminente a la propiedad originaria* puede decirse que se reconoce la soberanía del Estado para legislar sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional y que, en todo caso, la propiedad originaria no corresponde a la noción tradicional o común de la propiedad de acuerdo al párrafo primero del artículo 27 Constitucional.

La *Teoría de la propiedad como función social y de los fines del Estado* también toma como referencia el párrafo primero del mencionado precepto constitucional, considera que con la combinación de la teoría moderna de la propiedad como función social y de la de los fines del Estado, la propiedad privada encuentra una forma más *eficaz* de utilizar la tierra, porque al explotarla el individuo no sólo colma sus necesidades, sino también las de la sociedad. Donde le corresponde al Estado vigilar e intervenir en el reparto de la propiedad como medio para lograr el bienestar social, derivado de la función social de la misma. Su

²³ HUERTA Carla, *El agua: patrimonio del Estado o derecho de los particulares*, en FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, y SANTIAGO Sánchez, Javier (coords.), *Régimen jurídico del agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, 2007, p. 198.

²⁴ *Ibid.*, p. 197.

²⁵ Derechos conferidos por la bula *ínter cociera* que el Papa Alejandro VI dictó en 1493.

²⁶ ROUAIX, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2ª ed., Puebla, Gobierno del Estado de Puebla, 1945, citado por MADRAZO Jorge, en Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, *op. cit.*, (en nota 22), T. VIII, p. 748.

²⁷ BURGOA Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 12ª ed., 1999, p. 166.

principal exponente es Lucio Mendieta y Núñez²⁸.

La *Teoría que en la propiedad originaria reconoce un derecho nuevo y singular*, esta teoría considera que la constitución actual no recoge el concepto clásico de dominio del Estado, pues consagra a favor de éste un dominio más concreto y real que puede desplazar a la propiedad privada, al convertir en dominiales los bienes de los particulares no por vía de expropiación sino en vía de regreso al propietario originario que es la Nación. Su principal expositor es Felipe Tena Ramírez.

Así, para la interpretación del primer párrafo del artículo 27 constitucional, en cuanto a que el titular de la propiedad originaria corresponde a la nación, la doctrina tiende a señalar que *“el Constituyente no utilizó el vocablo ‘nación’ en sentido técnico y con una connotación sociológica, sino que quiso referirse al Estado. El Estado mexicano en tanto que es sujeto de derechos y obligaciones, es el único a quien puede atribuírsele la propiedad de las tierras y aguas”*²⁹; aunado a que al ser un acto de soberanía³⁰ del Estado (Nación) y ejercer actos de autoridad, tiene la facultad de transmitir el dominio de las aguas que no están sujetas a propiedad individual, y respetar las que ya lo están.

El término de propiedad originaria esta íntimamente relacionado con el de *propiedad pública*, pues al ser éste el derecho real ejercido por el Estado o sus organismos públicos con personalidad jurídica propia sobre bienes de dominio público, en donde el Estado y los particulares gozan de los derechos de propiedad con características³¹ que le son otorgadas de acuerdo a la naturaleza del titular, de la relación entre éste con el bien y del bien en sí mismo; y al ser las aguas nacionales propiedad originaria de la Nación o Estado y por lo tanto pertenecer a los bienes del dominio público tal y como lo señala la Ley General de Bienes Nacionales³², son propiedad pública del Estado.

Por otro lado, como la nación mexicana es la primera propietaria (originaria) de las tierras y aguas, y transmite el dominio de tales bienes a los particulares, surge la propiedad derivada, es decir, la *propiedad privada*³³ -también establecida en el primer párrafo del artículo 27- que es considerada como *“el derecho que tiene un particular, persona física o moral de derecho privado, para usar, gozar y disponer de un bien, con las limitaciones establecidas en la ley, de acuerdo con las modalidades que dicte el interés público y de modo que no se perjudique a la colectividad”*³⁴.

En este tenor, la constitución la establece como un derecho público subjetivo, pero no en un sentido absolutista, sino como una propiedad limitada, derivada y precaria³⁵, pues fija su contenido, con el objeto de garantizar otros bienes o valores constitucionales³⁶.

²⁸ MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, *El sistema agrario constitucional, explicación e interpretación del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus preceptos agrarios*, 5ª ed., México, Porrúa, 1980, p. 29, citado por MADRAZO, Jorge, en Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, op. cit., (en nota 22), T. VIII, p. 748.

²⁹ *Ibid.*, p. 6 y 7.

³⁰ Cfr. BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1961, p. 346-347.

³¹ Son distintas a las de la propiedad privada, al encontrarse fuera del comercio y ser inalienables, imprescriptibles, inembargables, e imposibles de deducir acciones reivindicatorias por parte de particulares y de generar derechos reales del otorgamiento de concesiones. MADRAZO Jorge, en Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, op. cit., (en nota 22), T. VIII, p. 751,

³² Vid. artículo 2º de la Ley General de Bienes Nacionales.

³³ Vid. DELGADILLO y LUCERO, *Compendio de Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2ª ed., 2001, p. 55.

³⁴ MADRAZO Jorge, en Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, op. cit., (en nota 22), T. VIII, p. 749.

³⁵ *Ibid.* p. 749-750.

³⁶ Propiedad que está sujeta a dos tipos de limitaciones: la expropiación por causa de utilidad pública y las modalidades que dicte el interés público.

Contrario a lo que opina Thalía Denton³⁷ al afirmar que por su naturaleza las aguas no pueden apropiarse ya que, mediante el uso consuntivo, regresan a su origen, ya sea por evaporación, tratamiento o filtración.

El *segundo párrafo* del artículo 27 establece que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. Párrafo que sujeta la propiedad privada a la expropiación.

El derecho de expropiación³⁸ se prevé en diversos párrafos de este precepto, sin embargo, es en este segundo, en relación con el segundo de la fracción VI³⁹ en que se establecen los casos para realizarla, considerar de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, así como las reglas generales del precio e indemnización. Sin embargo, el hecho de que enuncie las formas de expropiación por causa de utilidad pública y mediante indemnización, equivale a establecer que el término de utilidad pública corresponde a una expropiación automática que no requiere de indemnización.

Siguiendo el artículo de estudio, ahora en la primera parte de su párrafo tercero, se lee que:

“La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.”

En consecuencia se advierte que el Estado tiene el control de la explotación de los recursos naturales y puede realizar actos limitativos o prohibitivos de los derechos que de la propiedad se derivan para su titular, como su uso, disfrute y disposición⁴⁰, así como exigir su cumplimiento bajo un aprovechamiento sustentable de los mismos en beneficio de la sociedad. De ahí derivan varias limitaciones⁴¹ a saber: las de las modalidades que dicte el interés público al derecho de la propiedad⁴² de las aguas –segunda limitación a la

³⁷ DENTON, Thalía, *op. cit.*, (en nota 21), p. 52.

³⁸ La expropiación es el acto de la administración pública derivado de una ley, por medio del cual se priva a los particulares de la propiedad mueble o inmueble o de un derecho por imperativos de interés, necesidad o utilidad social. MENDIETA y Núñez, *El sistema agrario constitucional; explicación e interpretación del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus preceptos agrarios*, 5a. ed., México, Porrúa, 1980, citado por MADRAZO, Jorge, en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, op. cit.*, (en nota 22), T. VIII, p. 46.

³⁹ VI. Los Estados y el Distrito Federal, lo mismo que los Municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.

Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas.

⁴⁰ BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las garantías...*, *op. cit.*, (en nota 30), p. 351.

⁴¹ HUERTA Carla, *El agua: patrimonio del Estado o derecho de los particulares*, en FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, y SANTIAGO Sánchez, Javier, coord., *op. cit.*, (en nota 23), UNAM, 2007, p. 199.

⁴² Estas modalidades constituyen el derecho que tiene el Estado para modificar el modo de ser o de externación de los tres atributos de la propiedad (*uti, fruti, y abuti*) en correspondencia con los dictados del interés público. En términos generales puede afirmarse que las modalidades se traducen en restricciones o limitaciones que se imponen al propietario, en forma temporal o transitoria, para usar, gozar y disponer de una cosa de su

propiedad privada-, las que derivan de las normas que tengan por objeto el aprovechamiento del agua en beneficio social, y las que derivan de las disposiciones jurídicas en materia ambiental y ecológica. En la segunda parte⁴³ de este tercer párrafo se establecen los principios de la función social de la propiedad.

Respecto a la limitación de la *propiedad privada* por su función social, el pleno de la SCJN ha expresado en la tesis de jurisprudencia P./J. 37/2006 lo siguiente⁴⁴:

“PROPIEDAD PRIVADA. EL DERECHO RELATIVO ESTÁ LIMITADO POR SU FUNCIÓN SOCIAL. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 14, 16 y principalmente el 27, reconoce como derecho fundamental el de la propiedad privada; sin embargo, lo delimita fijando su contenido, a fin de garantizar otros bienes o valores constitucionales, como el bien común o el respeto al ejercicio de los derechos de los demás integrantes de la sociedad. Luego, tratándose de aquel derecho, la Constitución Federal lo limita a su función social, toda vez que conforme al indicado artículo 27, el Estado puede imponer modalidades a la propiedad privada por causas de interés público o bien, podrá ser objeto de expropiación por causas de utilidad pública y, por tanto, es ella la que delimita el derecho de propiedad en aras del interés colectivo, por lo que no es oponible frente a la colectividad sino que, por el contrario, en caso de ser necesario debe privilegiarse a esta última sobre el derecho de propiedad privada del individuo, en los términos que dispone expresamente la Norma Fundamental”.

Así, el *párrafo tercero* otorga a la Nación del derecho de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, en beneficio social, como el agua, y busca su distribución equitativa y conservación.

Ahora bien el *párrafo quinto* establece que:

“Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa

propiedad. Las diferencias entre modalidades y expropiación corresponden a que hay *modalidad* cuando todos o uno de los atributos de la propiedad se limitan o restringen, pero no se eliminan; en cambio, la *expropiación* supone la extinción de la nuda propiedad, cuando es total o la extinción de cualquiera de los otros dos atributos de la propiedad, en caso de ser parcial. Asimismo, la expropiación se hace mediante indemnización necesariamente y en las modalidades no hay indemnización.

⁴³ En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

⁴⁴ Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Parte: XXIII, Marzo de 2006, página 1481, Materia Constitucional, Jurisprudencia.

a otra o cruce la línea divisoria de la República; las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino; o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.”

Expone principalmente que aquellas aguas no incluidas en la enunciación que brinda como aguas nacionales, se consideran como parte integrante de los terrenos por donde corren o en los que se encuentren sus depósitos. Sin embargo, cuando las aguas a que se refiere este párrafo abarquen dos o más predios se considerarán de utilidad pública y quedarán sujetas a las disposiciones estatales o a las del Distrito Federal.

Cabe señalar que respecto a que los particulares pueden apropiarse las aguas del subsuelo, la SCJN se ha pronunciado en el sentido de que éstas son bienes del dominio público al estar contenidas en este párrafo, y que por lo tanto, deberían declararse propiedad de la Nación.

A propósito del tema Thalía Denton⁴⁵ considera que no corresponde el sentido del precepto referido a la realidad geográfica de nuestro país donde escasea el agua, pues precisamente las aguas subterráneas son el mayor volumen de disponibilidad, y que por el aumento en la población, no existe la posibilidad de apropiarse de la fuente, depósito o manantial de donde provienen las mismas, por lo que es necesario modificar este artículo en lo relativo a eliminar la posibilidad de "apropiarse" y sustituirlo por el régimen dominial. Criterio⁴⁶ que es compartido por José Trinidad Lanz Cárdenas.

El *párrafo sexto* de este artículo, en lo conducente, dice que el dominio de las aguas propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible, por lo que su explotación, uso o aprovechamiento por personas físicas, o jurídico colectivas constituidas bajo las leyes nacionales, solamente puede realizarse a través de concesiones autorizadas por el Presidente de la República.

Finalmente el *párrafo noveno* establece las prescripciones que rigen la capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, señala en la fracción I a los mexicanos por nacimiento o naturalización, las sociedades mexicanas, y los extranjeros bajo condición, y establece al respecto determinadas restricciones. Asimismo habla de la ocupación de la propiedad privada por causa de utilidad pública, y su correspondiente

⁴⁵ DENTON Thalía, *op. cit.*, (en nota 21), p. 52.

⁴⁶ LANZ Cárdenas, José Trinidad, *Régimen jurídico de las aguas interiores en México, en Modernización del derecho mexicano: reformas constitucionales y legales 1992*, México, IJ UNAM, 1993, p. 290.

expropiación e indemnización. Garantiza la efectividad de las acciones del Estado mediante procedimiento judicial. En la fracción VII trata el fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades. Y en la VIII⁴⁷ indica qué enajenaciones, concesiones, composiciones, ventas, y diligencias de apeos o deslindes de tierras, aguas y montes se declaran nulas.

Cabe precisar que en la parte relativa a la vida ejidal y comunal, este párrafo contempla la tercer modalidad de la propiedad, que corresponde, para este estudio, a la *propiedad social*, pues establece el disfrute de tierras, bosques y aguas, propiedad originaria de la nación, de manera común.

Por último, cabe señalar que los artículos 73, 115, y 2º tienen relevancia jurídica en esta materia, pues el 73 faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal, y para imponer contribuciones sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales, en sus fracciones siguientes:

“XVII. Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, y sobre postas y correos, para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

...

XXIX. Para establecer contribuciones:

...

2o. Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4º y 5º del artículo 27;”

El artículo 115 establece en su fracción III, inciso a), la prestación del servicio público de agua potable por parte de los Municipios. Mientras que el artículo 2º reconoce y garantiza la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas para *conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad* de sus tierras en los términos establecidos por la constitución, y a *acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales* de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo que correspondan a áreas estratégicas.

2.2 El derecho al agua en el Plan Nacional de Desarrollo

La planeación de desarrollo nacional en materia de agua se encuentra contenida en el Plan Nacional de Desarrollo (PND), el que con fundamento en la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley de Planeación, establece el rumbo a seguir por la Administración Pública Federal mediante objetivos nacionales, estrategias y

⁴⁷ VIII. Se declaran nulas:

a) Todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, hechas por los jefes políticos, Gobernadores de los Estados, o cualquiera otra autoridad local en contravención a lo dispuesto en la Ley de 25 de junio de 1856 y demás leyes y disposiciones relativas;

b) Todas las concesiones, composiciones o ventas de tierras, aguas y montes, hechas por las Secretarías de Fomento, Hacienda o cualquiera otra autoridad federal, desde el día primero de diciembre de 1876, hasta la fecha, con las cuales se hayan invadido y ocupado ilegalmente los ejidos, terrenos de común repartimiento o cualquiera otra clase, pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades y núcleos de población.

c) Todas las diligencias de apeo o deslinde, transacciones, enajenaciones o remates practicados durante el período de tiempo a que se refiere la fracción anterior, por compañías, jueces u otras autoridades de los Estados o de la Federación, con los cuales se hayan invadido u ocupado ilegalmente tierras, aguas y montes de los ejidos, terrenos de común repartimiento, o de cualquiera otra clase, pertenecientes a núcleos de población.

Quedan exceptuadas de la nulidad anterior, únicamente las tierras que hubieren sido tituladas en los repartimientos hechos con apego a la Ley de 25 de junio de 1856 y poseídas en nombre propio a título de dominio por más de diez años, cuando su superficie no exceda de cincuenta hectáreas.

prioridades de acción que constituyen la base de las políticas públicas en materia de desarrollo, y que se instauran en programas específicos o en acciones concretas de las dependencias gubernamentales o de los servidores públicos.

El Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2007-2012, aprobado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 31 de mayo de 2007, considera como premisa básica el Desarrollo Humano Sustentable, a través del que se logra el progreso de las personas y se promueve la modernización integral del país, para que las generaciones futuras se beneficien del ambiente.

Este PND⁴⁸ señala como un eje transversal de las políticas públicas la sustentabilidad ambiental, y al subrayar la importancia de los recursos hídricos, la necesidad de una gestión integrada y de una participación de las partes concernidas en la toma de decisiones en esta materia, menciona que los problemas asociados con el suministro, drenaje y tratamiento de las aguas, así como su impacto en la vida nacional, hacen necesaria una *gestión que tome en cuenta los intereses de todos los involucrados y favorezca su organización*; por otro lado, indica que los grandes retos del sector hidráulico corresponden a *establecer el acceso al agua como un derecho inalienable*, y garantizar la gestión integral de los recursos hídricos de manera corresponsable por los tres órdenes de gobierno y la sociedad.

Así, en materia de agua busca incrementar la cobertura de servicios de agua potable y saneamiento en el país, bajo el aseguramiento –de manera prioritaria- del abasto de la misma a las comunidades que aún no lo reciben, y el mantenimiento de forma regular a las que ya lo tienen; ello a través de incrementar la capacidad de distribución de agua y de tomar medidas que logren el uso eficiente, aprovechamiento sustentable y reutilización.

2.3 Marco legal y reglamentario en materia de agua

Uno de los ordenamientos más importantes expedido con base en el artículo 27 constitucional es la Ley de Aguas Nacionales, publicada en el DOF el 1º de diciembre de 1992 y reformada el 29 de abril de 2004, que regula la mayoría de los aspectos relacionados con el agua como su explotación, uso o aprovechamiento, distribución, control, y preservación de cantidad y calidad para lograr un desarrollo integral sustentable⁴⁹.

Esta ley crea a la Comisión Nacional del Agua para abarcar lo relativo a la administración del recurso y para que ésta se encargue de la programación hidráulica, el establecimiento de los derechos de uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, las normas para otorgar concesiones o asignaciones, así como los derechos y obligaciones de los concesionarios y asignatarios.

Dicha Comisión ejerce sus facultades a nivel federal, en base a una política hídrica obligatoria en todo el país. A nivel regional a través de los Organismos de Cuenca, unidades especializadas técnica, administrativa y jurídicamente para la formulación de los

⁴⁸ Junto con este instrumento se encuentra el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 derivado del PND, que define el rumbo y metas para el uso sustentable del agua y la preservación del medio ambiente; específicamente en servicios adecuados de suministro de agua potable y alcantarillado, tratamiento y reúso de las aguas, agua suficiente en el sector productivo, uso eficiente y pago justo por el consumo, y preservación de los ríos, lagos, acuíferos y humedales.

⁴⁹ Ley de Aguas Nacionales, de 1 de diciembre de 1992, reformada el 29 de abril de 2004. Artículo 1º.

programas hídricos, ejercicio de recursos federales, promoción de sustentabilidad de las cuencas e intervención en la solución de asuntos interestatales.

En materia contractual, prevé los contratos llave en mano⁵⁰, de obra o servicios públicos, y permite la participación de inversión privada recuperable.

El Reglamento de esta ley fue publicado en el DOF el 12 de enero de 1994, con reformas de fechas 1º de febrero de 1994, y 10 de diciembre de 1997.

Cabe señalar que junto con la LAN, se encuentran la Ley de Planeación, Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley General de Salud, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Actividades, Establecimientos, Productos y Servicios, y Plan Nacional de Desarrollo entre otros.

Finalmente, respecto a la legislación de las entidades federativas relativa a la materia, solamente se encuentra la Ley del Agua del Estado de México de 24 de febrero de 1999⁵¹.

2.4 Derecho al agua en México desde la doctrina

A continuación se aborda la opinión de algunos de los autores que han dedicado espacio y tiempo para tratar el derecho al agua, de los que pueden mencionarse los siguientes:

- I. Miguel Carbonell⁵² brinda una definición del derecho al agua al relacionarlo con el derecho a la alimentación, y aclarar que es “*el derecho a acceder y utilizar en cantidades suficientes y bajo condiciones sanitarias adecuadas la cantidad de agua que necesitamos para llevar una vida digna*”⁵³.

Este autor, estima que a pesar de ser un tema que empieza a ser estudiado debe tenerse presente, ya que en poco tiempo será una cuestión de vital importancia tanto para México como para otros países, lo que apoya de datos internacionales y porcentajes -respecto de México- del acceso sustentable al recurso.

Por lo anterior, y al tomar en cuenta que su tratamiento jurídico en nuestro país se encuentra debilitado, reitera la trascendencia del tema y la necesidad de valorarlo como derecho fundamental, por lo que señala que en tanto no se resuelva de fondo este planteamiento, puede atenderse el problema desde su relación con otros derechos humanos como la alimentación, vida, y vivienda digna.

Finalmente refiere que el derecho al agua genera dos obligaciones básicas para los poderes públicos que consisten en proveer materialmente el líquido, haciéndolo asequible para la población en general y de manera especial para los grupos vulnerables; y en asegurar que ese líquido tenga la calidad necesaria para el consumo humano, ya sea directo –uso personal - o indirecto –usos agrícolas o alimentarios en general-. Obligaciones de las que comenta, derivan algunas como las de limitar y controlar los productos agrícolas que dañan los mantos fríasicos, proteger los

⁵⁰ Los contratos llave en mano permiten a una empresa responsabilizarse del proyecto para entregar una obra o del sistema en condiciones de operación plena, con la posibilidad de operar las instalaciones o servicios hasta recuperar su inversión. WITKER Velásquez, Jorge, *Introducción al derecho económico*, Mc Graw Hill, México, séptima ed., 2008, p. 118.

⁵¹ *Id.*

⁵² Cfr. CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2ª ed., 2006, p. 988-998.

⁵³ *Ibid.*, p. 988.

ecosistemas para el uso sostenible del agua, depurar de las aguas utilizadas, impedir la apropiación de grandes cantidades de agua por parte de los particulares, y administrar el agua entre otras.

- II. Luisa Fernanda Tello Moreno⁵⁴ considera que el acceso al agua potable es una meta sin alcanzar, pese a su relación con otros derechos humanos y las disposiciones de tratados internacionales con carácter vinculatorio.

Señala que la carencia de recursos económicos y las prioridades presupuestarias Estatales, la ausencia de políticas públicas, falta de compromiso y voluntad política para cubrir el abasto del recurso y reconocer el derecho al agua, el desconocimiento de la materia y de las formas de implementación y cumplimiento del derecho, son algunas de las causas por las que no se ha alcanzado el acceso a la misma.

Opina que la falta de una referencia explícita y general del derecho al agua en instrumentos internacionales ha generado un grave obstáculo para su cumplimiento, puesto que su aceptación y reconocimiento deriva de cuestiones de interpretación.

Asimismo, apunta que a pesar de que en la Observación General Número 15 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales defina el derecho al agua y elabore su desarrollo normativo, no ha sido suficiente para la incorporación y reconocimiento del mismo en las constituciones y demás legislaciones nacionales. Aunado a los incumplimientos de las obligaciones contraídas por los Estados en esta materia.

Puntualiza que con el reconocimiento del agua se satisfacen necesidades humanas, se reconoce su dignidad, se protegen los recursos hídricos y se asume otro compromiso en materia de derechos humanos. Concluye con la propuesta de creación de un documento internacional de carácter obligatorio que declare explícitamente la existencia del derecho al agua, defina la importancia del acceso al mismo, incluya el cuidado y usos de los recursos hídricos, así como las pautas para una gestión sustentable del recurso.

- III. Rodrigo Gutiérrez Rivas⁵⁵ analiza el tema del derecho fundamental al agua en México desde la teoría del garantismo constitucional en la que el Estado es creado por los ciudadanos para mejorar las condiciones de vida de las personas, la supervivencia de animales y la sustentabilidad de los ecosistemas, en relación a la posibilidad y conveniencia de proteger el recurso a través de la constitucionalización del derecho fundamental al agua.

En este sentido, precisa que el carácter subjetivo de un derecho fundamental significa que a un sujeto se le otorga una pretensión justificada, de hacer o no hacer algo, y de reclamar de otro sujeto -normalmente el Estado- que haga o deje de hacer algo. Mientras que en el objetivo "*los poderes del Estado quedan obligados a actuar priorizando ciertos intereses sobre otros*"⁵⁶.

Así, respecto del derecho al agua, considera que al establecerse en una Constitución "*los ciudadanos tienen una pretensión justificada que les permite exigir las correlativas obligaciones por parte del Estado*"⁵⁷ pues el convertir un interés o necesidad -con especial importancia para la supervivencia de los entornos sociales o ambientales- en

⁵⁴ TELLO Moreno, Luisa, *El acceso al agua potable, ¿un derecho humano?*, Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos CNDH, Número 2, Sección de Artículos, 2006, p. 121-123.

⁵⁵ GUTIERREZ Rivas, Rodrigo, *El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas*, Revista Cuestiones Constitucionales, Núm. 18, enero-junio 2008, Sección de artículos doctrinales, p. 71-90.

⁵⁶ *Ibid.*, p.75.

⁵⁷ *Ibid.*, p.74.

un derecho fundamental, implica que el Estado le otorga una posición de máxima jerarquía dentro de su sistema jurídico.

Señala que a partir de la constitucionalización de un derecho fundamental, los poderes públicos están obligados a priorizarlo al tomar sus decisiones y emitir sus actos, pues no pueden crear leyes contrarias al derecho, dictar actos que lo vulneren, o emitir sentencias que no se ajusten a los contenidos del mismo. Mientras que los ciudadanos pueden exigir el cumplimiento del derecho a través de las garantías de protección que el Estado les proporcione, como el Juicio de Amparo o las Comisiones de derechos humanos.

Asimismo sintetiza en cuatro planteamientos las objeciones que se llegan a establecer en contra de este derecho, a saber:

1) El carácter prestacional que supone obligaciones por parte del Estado económicamente gravosas e imposibles de soportar que se basa en que los derechos civiles y políticos suponen obligaciones negativas por parte del Estado que no requieren recursos económicos, mientras que los derechos sociales con obligaciones positivas, los requieren en cantidades tan gravosas que son imposibles de ser cumplidos. Contra este punto, señala que los derechos civiles y sociales comporten obligaciones mixtas, positivas y negativas, costosas y no costosas, aspecto sobre el que incluso órganos especializados en materia de derechos han establecido su postura contraria a dicha argumentación.

2) La indeterminación del derecho va en contra al reconocimiento de los derechos sociales en general, pues implica que los derechos son imprecisos en su contenido, y sus obligaciones vagas e indeterminadas, contrario a las obligaciones de los derechos civiles. Este autor señala que el contenido de los derechos sociales es perfectamente determinable, así como las obligaciones que implican para los Estados, según se advierte de la OG 15 del PIDESC.

3) El derecho al agua implica gratuidad, argumento que no comparte el autor, pues refiere que la OG 15 del PIDESC no la contempla, pero enfatiza el acceso *sin discriminación* al recurso para todas las personas sin que se comprometa su economía; de ahí que opine sobre la razonabilidad de la medida pues a pesar de que los procesos de privatización se fortalecen no reporta beneficios a la población más pobre que carece de agua potable.

4) El no pago por parte de los usuarios al incluirse el derecho dentro del sistema jurídico, sin embargo, señala que actualmente quienes reciben mejor y mayor cantidad de agua, obtienen ganancias por ella, la contaminan, y sobreexplotan son los que menos la pagan y quienes reciben importantes subsidios gubernamentales⁵⁸. Por lo que considera que convertir el agua en un derecho fundamental permitiría el fortalecimiento del Estado frente a poderes privados, el pago del agua por parte de quienes deben hacerlo, el fortalecimiento de la hacienda pública para lograr sistemas de subsidios progresivos o tarifas diferenciadas a quienes lo necesiten.

Por último enfatiza que la eficiencia económica actual -resultado del crecimiento y globalización de los mercados, y la tecnología- es insensible a la destrucción de los ecosistemas y culturas, y que es el Derecho, a través de los derechos sociales y ambientales, un instrumento que contribuya a contrarrestar esta situación.

De lo anterior, es conveniente actuar de conformidad con la obligación del Estado de adecuar la legislación nacional conforme al derecho internacional de los derechos

⁵⁸ El autor remite a *La Jornada*, de 12 de agosto de 2006, sobre el caso de una empresa lechera que goza de exenciones fiscales en materia de agua y que agotó en tres meses importantes reservas subterráneas en Cuatrociénegas.

humanos, y lograr el reconocimiento jurídico a nivel nacional de este derecho, así como la consistencia entre los tratados, la norma suprema y la legislación secundaria.

2.5 Consideraciones en torno al derecho al agua en el marco jurídico mexicano

Como ya se señaló, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de las Naciones Unidas reconoció explícitamente en la observación General N° 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el acceso al agua segura como un derecho humano fundamental.

Pacto que fue ratificado por 157 países al mes de octubre de 2007, quienes con ello, aceptaron voluntariamente velar, para proveer sin discriminación, equitativa y progresivamente el acceso al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento a la población a través de estrategias y planes nacionales que les permitieran de manera rápida y eficaz cumplir con ese derecho.

En este sentido, el Pacto forma parte del ordenamiento jurídico mexicano al haber sido ratificado el 18 de diciembre de 1980, mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 1981, acto con el que México aceptó voluntariamente las obligaciones sobre el derecho al agua⁵⁹.

No obstante lo anterior, la Constitución Nacional sólo hace referencia a las aguas nacionales y a la prestación del servicio público de suministro de agua potable por parte de los municipios, según lo establecen los artículos 27 párrafos primero, tercero, cuarto, quinto, octavo y noveno, y el 115 fracción III, respectivamente; más no lo considera como un derecho fundamental, pese a que la redacción original del párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución de 1917 lo establecía⁶⁰. Situación que también se observa en la Ley de Aguas Nacionales reglamentaria del referido artículo 27, que únicamente aborda los tipos de recursos hídricos, su explotación y la coordinación de las autoridades competentes en la materia, pero no establece el derecho.

Ahora bien, es el Plan Nacional de Desarrollo que considera la sustentabilidad ambiental -fundamental para el derecho al agua- como un criterio rector, y el acceso al agua como derecho inalienable, un reto del sector hidráulico. Aspectos que al estar incluidos en este Plan son apoyados por agencias especializadas y organismos coordinadores responsables de implementarlos y de controlar el cumplimiento de las reglas y normativas. Sin embargo, al ser elaborado en cumplimiento a lo establecido por el artículo 26 constitucional y a la Ley de Planeación, no tiene la fuerza jurídica de un precepto de la Carta Magna.

⁵⁹ Es importante señalar que el Estado Mexicano ha suscrito varios acuerdos en materia de desarrollo sustentable entre los que destacan el Convenio sobre Diversidad Biológica; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto; el Convenio de Estocolmo, sobre contaminantes orgánicos persistentes; el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación; la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres; y los Objetivos del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas. Ha suscrito cerca de 100 acuerdos internacionales relacionados con el medio ambiente y el desarrollo sustentable, y ha realizado aportaciones importantes tanto al desarrollo de los regímenes internacionales de carácter global, como de aquellos enfocados a la atención de asuntos regionales.

⁶⁰ Cfr. GUTIERREZ Rivas, Rodrigo, *op. cit.*, (en nota 55), p.86 y 87.

Por lo tanto, según el análisis de los preceptos constitucionales relativos al agua, y de su marco normativo y reglamentario efectuado como base para determinar el derecho humano al agua en el marco jurídico mexicano éste no lo establece, ni otorga garantía constitucional del mismo.

3. LA SITUACIÓN DEL AGUA EN MÉXICO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

México tiene una superficie total de 5 114 295 km² entre continental, insular y la zona económica exclusiva del mar territorial, su población asciende a más de 110 millones de habitantes, con cerca del 70 por ciento en áreas urbanas.

Con una prestación del servicio de suministro de agua potable, que alcanzaba para el año 2007 un abasto del 89.9⁶¹ por ciento de la población total, donde el 94.5 y el 74.4 corresponden a zonas urbanas y rurales, respectivamente⁶².

No obstante, encuentra una situación ya problemática en cuanto a la disponibilidad natural media per cápita⁶³ de agua que ha disminuido de 18,035 m³ /hab/año en 1950 a 4,222 para el año pasado, y que se estima que para el 2030 ésta llegue a 3,783 m³/hab/año y en algunas zonas a cantidades inferiores a los 1000 m³/hab/año -consideradas como de escasez grave-.

Aunado a esto, se encuentra una distribución territorial irregular, baja calidad, pocas posibilidades de reuso, demanda creciente, ineficiencia en su uso, aumento de niveles de contaminación de aguas superficiales y subterráneas, falta de sustentabilidad generada por el mal uso de los recursos hídricos, aumento acelerado de las demandas que requieren los diferentes sectores, y recuperación nula, parcial y excepcionalmente total de los costos.

Por lo tanto, la situación del agua en México y la implicación del derecho a la misma desde su contenido como derecho humano, sientan las bases para analizar el objeto de la presente investigación, que corresponde a la prestación del servicio público de suministro de agua, bajo la *obligación* del Estado Mexicano de prestar el recurso como un cometido de servicio público, su contexto en el derecho comparado, la influencia de la economía y la participación de los agentes privados en su prestación, con su establecimiento jurídico, gestión y régimen tarifario.

4. EL SERVICIO PÚBLICO

4.1 Teoría general de los cometidos del poder público

La teoría general de los cometidos del poder público⁶⁴ concibe a las funciones del Poder Público como manifestaciones de la voluntad general válidas para todos los países y

⁶¹ Estadísticas del Agua en México. Edición 2008, p. 60.

⁶² Cifras hasta 2007. SEMARNAT, Estadísticas del agua en México, edición 2008.

⁶³ Corresponde al volumen total de agua renovable superficial y subterránea que ocurre en forma natural en una región. En Anexo E-Glosario, Estadísticas del Agua en México, edición 2010, p. 242.

⁶⁴ Cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, Teoría general de los cometidos del poder público (Perspectiva mexicana de una doctrina de validez universal), *Revista de Administración Pública*, Núm. 111. Septiembre-diciembre 1986, Versión castellana, actualizada y anotada, de las conferencias dictadas, en misión de la Universidad Nacional Autónoma de

épocas, que se enfocan al cumplimiento de los fines del Estado establecidos en la Constitución y en las reglas subordinadas del ordenamiento jurídico objetivo.

La **función pública** representa el ejercicio de una potestad soberana que se encuentra a cargo de los órganos del Estado, y que tiene por objeto dar satisfacción a los fines del Estado, es decir, la “*actividad esencial que realiza el Estado para su subsistencia*”⁶⁵.

En palabras de Manuel María Díez⁶⁶ las funciones públicas son esenciales para la defensa de la soberanía del Estado, para asegurar la paz interior y promover el bienestar general, con carácter institucional.

Éstas se dividen en constituyente, legislativa, jurisdiccional y administrativa, y se encuentran atribuidas en su ejercicio de principio, a los Poderes del Estado por: el poder constituyente, el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo, respectivamente. Las tres primeras se satisfacen con la realización del acto jurídico pero la última requiere además de una actividad u operación material.

Por su parte, los **cometidos del Poder Público** como una categoría particular a cada país y época de la totalidad de las actividades administrativas *en función administrativa*, se refieren a las prestaciones obligatorias de la Administración respecto de sus destinatarios, cuya generalidad permite especificarlas en cuatro niveles.

Así, se encuentran aquellos **cometidos** considerados como **esenciales**⁶⁷ que equivalen a los que el Poder Público debe efectuar de manera exclusiva, sin posibilidad a otorgar su concesión, dentro de un régimen de Derecho público y en los que los particulares se ubican en la categoría de súbditos.

En segundo lugar los **cometidos del servicio público**, que son los que el Poder Público puede efectuar por sí o con la participación de los particulares, habilitados a través de un acto de concesión, bajo un régimen predominante de Derecho público pero con la posible aplicación del Derecho privado cuando lo establezca el Derecho positivo, o sea aplicable de acuerdo a los principios generales, pues como señala Cortiñas Peláez si “*se excluye o se concede la actividad privada es porque el régimen de Derecho privado no permite la plena satisfacción del interés general*”⁶⁸. En estos cometidos los particulares se encuentran en la posición de usuarios frente a la Administración, y en su caso ante el concesionario en una relación de particular (concesionario) a particular (usuario), pero siempre regulados por la autoridad concedente, a quien corresponde la fijación tarifaria.

México, en febrero de 1981, en las Universidades francesas de París I (Panteón-Sorbona), de Estrasburgo III, de Grenoble y de Tolosa III, y en marzo de 1985, en la Universidad de Sao Paulo (Brasil), p. 51 y ss.

⁶⁵ Alcaraz Mondragón y Matamoros Amieva, Consideraciones en torno al servicio público y derechos humanos, en CIENFUEGOS Salgado, David, y RODRÍGUEZ Lozano, Luis Gerardo, (coords.), *op. cit.*, (en nota 1), p. 15.

⁶⁶ Cfr. DÍEZ María, Manuel, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, T. III, p. 187.

⁶⁷ Como ejemplos se tienen los de relaciones exteriores, defensa, Hacienda y crédito público, seguridad interior o policía, relaciones interiores o gobernación, de banca y crédito, la acuñación de moneda, correos, telégrafos, la radiotelegrafía y la comunicación vía satélite, la emisión de billetes por medio de un solo Banco (organismo descentralizado del Gobierno federal), el petróleo y demás hidrocarburos, la petroquímica básica, los minerales radiactivos y la generación de energía nuclear, la electricidad, los ferrocarriles, los puertos y aeropuertos y, ahora, la programación, el presupuesto y la evaluación del gasto público y, genéricamente, la planeación democrática del desarrollo, en el marco de la rectoría del Estado, en régimen de economía mixta.

⁶⁸ *Op. cit.*, (en nota 64), p. 73.

Al respecto el doctor Gabino Castrejón García⁶⁹ afirma que el servicio público es “*uno de los grandes cometidos de la Administración pública*” al ser parte importante de la actividad prestacional del poder público, considera que en la actual organización administrativa la tendencia avanza a la prestación de los servicios por medio del Poder Público, y que la Administración interviene en otros de ese carácter a través de empresas de participación estatal, puesto que el gasto público solo puede considerarse como tal cuando se aplique a la prestación de servicios públicos; así, dadas las condiciones del país y las necesidades de la población estima que no habría gasto público suficiente para atenderlas.

Sobre este punto, cabe citar lo que señala el doctor Fernández Ruiz:

“...los aspectos jurídicos de los servicios públicos, en especial de los de carácter municipal, que en muchos países representan una porción muy elevada del producto nacional bruto; satisfacen importantes necesidades económicas, culturales y sociales de la población, al grado de que posiblemente, no haya quien se abstenga de utilizar tales servicios: transporte urbano, agua potable, drenaje, recolección de basura, rastros, panteones, alumbrado público, estacionamientos, mercados y centrales de abasto, entre otros.”⁷⁰

Así al referirnos a los cometidos de los servicios públicos debemos entender que pese a que su realización se autorice a los particulares mediante la concesión, el derecho primario de su prestación corresponde al Poder Público, pues en cumplimiento a un cometido de la función administrativa relativa a la satisfacción de las necesidades de carácter general, éste se encuentra, y cabe reiterarlo, obligado a su cumplimiento.

En tercer lugar los **cometidos sociales** de interés personal del particular asumidos por el Poder Público o en concurrencia con los particulares, mediante actos administrativos de autorización⁷¹, bajo un régimen jurídico mixto de Derecho público, privado y social y en donde el destinatario se ubica como beneficiario. Cortiñas-Peláez⁷² considera que éstos cometidos no constituyen actualmente una responsabilidad u obligación prestacional del órgano o institución administrativa competente, sino que equivalen a una actividad que los particulares ejercen por si mismos, pero que por su naturaleza podrían realizarse en virtud de la libertad natural; en ellos la autorización únicamente desobstaculiza una regla de Derecho sin que amplíe su esfera de acción de una actividad propia del Estado.

Y finalmente, en cuarto lugar se hallan los **cometidos privados** (o cometidos privados agropecuarios, industriales y mercantiles) de la Administración, sobre tareas⁷³ asumidas directa o indirectamente por ella, y en donde los particulares no requieren el consentimiento del Poder Público para desarrollarlas, pues se efectúan en libre competencia con la iniciativa privada, en régimen predominante de Derecho privado pero con grados de control del Poder Público, y en donde sus destinatarios se encuentran en posición de clientes.

⁶⁹ Cfr. CASTREJÓN García, Gabino, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Cárdenas Editores, México, 2002, T. II, p. 337 y 338.

⁷⁰ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios ...*, *op. cit.*, (en nota 19), p. 98.

⁷¹ Como ejemplos: la educación pública; la promoción y aseguramiento de la salud pública y la ecología; el impulsar y controlar sistemas de asentamientos humanos, urbanismo y vivienda, estimular el financiamiento, la organización, el funcionamiento y el control de sistemas cada vez más integrales de Seguridad Social.

⁷² *Ibid.*, p. 81.

⁷³ Como ejemplos: la siderurgia, industria automovilística y de carros de ferrocarril, hostelería, ediciones económicas, cinematografía, teatros, textiles, inmobiliarias, subsistencias populares, turismo, agricultura, pesca, agroindustrias, explotación forestal.

Según L. Cortiñas-Peláez⁷⁴ estas actividades son consideradas bajo un criterio formalista en el Derecho privado, pero no se observan en el ámbito orgánico y de funcionamiento que tienen los principios, las instituciones y el régimen mismo del autónomo derecho de la Administración Pública.

4.2 Origen del servicio público

A partir de que el Estado se ocupa de la producción de bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades de la población –posterior a la actividad de policía y de fomento– es que se presenta como un prestador de servicios públicos. De ahí, que la noción de servicio público tenga lugar cuando el Estado realiza dichas actividades prestacionales diversas de los actos de soberanía o autoridad encaminados a satisfacer necesidades personales concretas cuando no son satisfechas cabalmente por la actividad privada. Inicia con la prestación de los servicios asistenciales y la creación de infraestructura económica base material de los mismos, con el surgimiento de la figura de la concesión ante la imposibilidad de realizar actividades empresariales consideradas como reservadas para los particulares y la prestación de servicios económicos sobre bienes propiedad del Estado bajo el título jurídico que la misma le otorgaba (éstas últimas respetando los postulados de la política liberal o no intervencionista), y finalmente con su intervención (s. XIX y XX) sobre la propiedad y gestión directa de las empresas mercantiles y actividades de producción y distribución de bienes y servicios⁷⁵.

Jurídicamente la noción de servicio público respondió a la participación del Estado en actividades económicas que no podían ser justificadas y reguladas por los principios del Derecho público –soberanía y poder público–; y distanció las competencias de las autoridades jurisdiccionales y administrativas a través de la separación de poderes, donde fue reconocida con la jurisprudencia del Consejo del Estado francés que intentaba resolver dichos conflictos competenciales⁷⁶ y de la que derivó el concepto de servicio público y dio para ese tiempo fundamento a la existencia del Derecho Administrativo.

Así, el origen del concepto del servicio público se ubica en la primera mitad del siglo XIX en España con la regulación de la desamortización de los bienes eclesiásticos, y en Francia con la llamada “escuela del servicio público” francesa a través del desarrollo jurisprudencial de deslinde de competencias que buscaba colocar este concepto como fundamento para la existencia del derecho administrativo, en donde dentro de sus principales doctrinarios se encuentran León Duguit, Gastón Jèze, Henri Berthélemy y Maurice Hauriou.

Por lo tanto, tienen que ver en el surgimiento y desarrollo de la noción del servicio público, factores como los que cita el Dr. Jorge Fernández Ruiz:

⁷⁴ Cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *op. cit.*, (en nota 64), p. 84.

⁷⁵ Valls y Matute consideran que “el principio marxista de la propiedad pública de los medios de producción tuvo gran impacto para la intervención del Estado en actividades empresariales aunado al hecho de haberse advertido la importancia que tenían esos servicios y los inconvenientes que se derivaban de su ejecución por parte de quienes tenían como meta la obtención de un lucro o beneficio, lo que no siempre era congruente con la índole propia del servicio público”, VALLS Hernández Sergio, y MATUTE González Carlos, *Nuevo Derecho Administrativo*, México, Porrúa, p. 351-352.

⁷⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, Ruiz, Jorge, *Servicios ...*, *op. cit.*, (en nota 19), p. 69.

“a) La teoría de la separación de poderes o separación de funciones del poder público; b) la separación de la jurisdicción administrativa de la judicial; c) el desarrollo tecnológico que entraña la revolución industrial; d) la secularización de las actividades eclesiásticas relativas a la salud, la educación y el bienestar social; e) la apertura al público de la *postea real*; f) la desamortización de los bienes eclesiásticos; g) el intervencionismo del Welfare State o Estado de bienestar, h) la creación de una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción judicial y de la administración activa; i) la necesidad de dar fundamento a la atribución administrativa del gobierno; j) la necesidad de contar con una pauta para el reparto de competencias entre los órganos administrativos y judiciales”⁷⁷.

La noción del servicio público implica “*la aspiración solidaria intrínseca de la administración pública de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica satisfactora de la necesidad de carácter general, en la que cada quien puede identificar su propia necesidad individual*”⁷⁸. Está destinado a la satisfacción de necesidades de carácter general realizado directamente por la administración pública o indirectamente por medio de particulares, bajo un régimen jurídico especial exorbitante del derecho privado⁷⁹.

Así se pueden encontrar diversos enfoques de estudio, desde el usuario en cuanto a la satisfacción de sus necesidades, desde el Estado, y en su caso desde los particulares que prestan el servicio.

4.3 Teorías del servicio público y evolución

Una vez surgida la noción del servicio público se dio pauta a su análisis y precisión, por lo que diversos autores establecieron sus teorías en sentidos y criterios variados que van desde la noción original del concepto hasta diversos contenidos administrativos⁸⁰. En este sentido, de las teorías más importantes a partir de las cuales evolucionó el concepto, se presentan las siguientes.

En primer lugar se encuentra la teoría desarrollada por la *escuela de Burdeos* que eliminaba la noción de soberanía como punto central de la teoría del Estado para incorporar la del servicio público, en donde toda la actividad de éste sería servicio público sujeta al régimen del Derecho Administrativo.

De los principales exponentes se encuentra León Duguit quien en su teoría señala que el derecho es consecuencia de la vida social ubicada en la solidaridad social, de la que deriva que el principal rol del Estado es la satisfacción de necesidades sociales a través de los servicios públicos, así, su teoría sustituye el concepto de soberanía y en consecuencia fundamenta al derecho público.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 95.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 94.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 88.

⁸⁰ Al respecto Acosta Romero señala que la evolución del servicio público en la doctrina es muy característica, pues comenta que “lo que originalmente se consideró servicio público posteriormente dejó de serlo y nuevos contenidos fueron ocupando el vaso de cristal de los vocablos “servicio público”, sin que los autores se hayan puesto de acuerdo en aquello que con esas palabras quieren significar e inclusive, y a pesar de la poca edad y poderoso desarrollo del concepto, encontramos ya muy serios estudios acerca de la crisis de la noción del servicio público...”, *Teoría general del derecho administrativo*, 7ª ed., México, Porrúa, 2004, t. II, p. 987.

Duguit considera la teoría del servicio público como base del derecho público, al afirmar que lo único existente en el Estado son individuos gobernantes con deberes de servir la causa de la solidaridad social, por lo que niega los derechos de soberanía y de poder público, es decir, considera al servicio público como la actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes⁸¹.

No obstante, la amplitud del concepto de Duguit⁸² aunado a la evolución de los cometidos estatales dio lugar a diversas críticas con las que perdió la aceptación generada en un inicio⁸³.

Gastón Jèze desarrolla la segunda teoría a mencionar de esta escuela, formulada en base a las ideas de Duguit, en ella considera que el servicio público corresponde a toda la actividad de la administración pública⁸⁴, señala que para dar satisfacción regular y continua a una categoría de necesidades de interés públicos, los agentes públicos pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que la organización del servicio público puede ser modificada en cualquier momento por las leyes y reglamentos sin que pudiera oponerse algún obstáculo insuperable de orden jurídico⁸⁵.

Dentro de los aspectos más importantes que determinan su teoría se encuentra el establecimiento del servicio público enfocado a satisfacer necesidades de interés general por parte del legislador⁸⁶ y a la propia satisfacción de las mismas bajo un régimen jurídico especial modificable.

Para este autor, el servicio público correspondió a toda la actividad de la administración pública, punto focal sobre el que versó la principal crítica a su teoría, pese a haber excluido la actividad legislativa y jurisdiccional.

Así, para Jèze el servicio público era la base del derecho administrativo, mientras que para Duguit lo era pero de todo el derecho público, pues estimaron que *“era un concepto útil para sustituir las bases tradicionales en que giraba el Derecho administrativo, la soberanía, y definir primordialmente la actividad estatal a partir de la prestación”*⁸⁷.

⁸¹ Cfr. FRAGA Gabino, *Derecho Administrativo*, 46ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 21.

⁸² Tal y como señaló Henri Berthélemy al rechazar la noción de servicio público considerando que en base a su carácter de utilidad comprendía rubros muy diversos, que señaló como “una corte de apelación, una caja de ahorros, un ferrocarril metropolitano, la imprenta nacional, etc.”. No obstante lo anterior, Jorge Fernández Ruiz considera que dicho autor no demuestra la carencia de utilidad en la noción del servicio público que analiza, pues solamente la enuncia, siendo que “dicha noción que viene a emparentar en un tronco común a la mayoría de actividades de los órganos del poder público, propicia la determinación de los rasgos y las características comunes de todas ellas, lo cual permite asegurar, regular y controlar su realización con una visión de conjunto, en un enfoque sistémico capaz de proyectar al servicio público como medio para que el Estado proporcione prestaciones sociales” convirtiéndose así el Estado de un fenómeno de fuerza en un lazo de seguridad social. Tomado de FERNÁNDEZ Ruiz, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, p. 41. Por su parte Manuel María Díez lo descalificó por no diferenciar debidamente entre servicio público y función pública. Cfr. DIEZ, Manuel María, op. cit., (en nota 66), p. 334. Lo anterior aunado a que Duguit no estableció un sistema ordenado de servicios públicos respecto a lo que debe o no considerarse como servicio público.

⁸³ Al respecto Luis Gerardo Rodríguez Lozano considera lógico que una noción tan amplia del servicio público que pretenda abarcar toda la actividad estatal incluyendo la función legislativa y judicial pierda su fuerza conceptual al abarcar actividades que incluso no pueden integrarse en la categoría del servicio público. Tesis de grado denominada el Servicio Público de Radio y Televisión, UNAM, 2007.

⁸⁴ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios...*, op. cit., (en nota 19), p. 97.

⁸⁵ Cfr. Jèze, Gaston, *Les principes généraux du Droit Administratif. Théorie générale des contrats de l'Administration*. Rev. De Der. Publ. et de la Science Politique, T. II, 1930, pág. 2. citado por FRAGA Gabino, op. cit., (en nota 81), p. 22.

⁸⁶ Situación que no siempre llega a incluir aspectos que se corresponden a un servicio público.

⁸⁷ VALLS Hernández Sergio, y MATUTE González Carlos, op. cit., (en nota 75), p. 354.

De acuerdo al avance de las teorías en comento se encuentra la formulada por Maurice Hauriou que contempla al servicio público como una parte de la actividad de la administración pública⁸⁸, y no como toda la administración pública o toda la actividad del poder público que incluye las funciones públicas como lo estimaban sus antecesores, por lo que ésta teoría es la que actualmente apoyan los más destacados doctrinarios⁸⁹.

En ella Hauriou señala que el servicio público corresponde a un servicio técnico que es prestado al público de manera regular y continua, enfocado a la satisfacción de una necesidad pública a través de una organización también pública, así atiende a determinadas necesidades de interés general, y permite la participación de los particulares respecto de las que no pueda satisfacer.

Así, la evolución del servicio público partió de la crítica de las diversas nociones que sobre el mismo se habían generado, pues de ser fundamento del derecho público o del administrativo, llegó a considerarse como parte de la actividad de la administración pública. Avanzó de configurar y diseñar “la noción de servicio público”, a determinar “*si el carácter público lo pone el órgano que presta el servicio, o la necesidad cuya satisfacción pretende, o el régimen jurídico al que se somete, o si es la ley la que lo imprime*”⁹⁰. Sin embargo, las opiniones siguieron y dieron pauta a una de las grandes crisis del servicio público en la que se afirmaba que éste sólo podía crearse mediante ley; no obstante la solución radicó en su clasificación en dos rubros⁹¹, el referido bajo creación de ley o denominado como propio, y el considerado como tal por razón de su trascendencia para los gobernados o impropio.

Por último, cabe señalar la creación de los servicios públicos industriales y comerciales con los que se amplió en régimen jurídico de derecho público del criterio formal del servicio al público, no obstante, esta actividad mercantil o industrial no ha tenido repercusión alguna en la noción de servicio público respecto de la aplicación jurisdiccional en materia administrativa o civil, como delimitadora del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa⁹².

4.4 Revisión del concepto

Ahora bien, mucho se ha discutido sobre la necesidad de revisar el concepto del servicio público, tan es así que se ha tratado de definir adecuadamente de acuerdo a criterios sobre el carácter público del servicio⁹³; sin embargo, ante la complejidad del Estado y la constante transformación del servicio público ocasionada por factores económicos, políticos, jurídicos, sociales, ideológicos, tecnológicos, y culturales entre otros, dicha revisión continúa siendo vigente para explicar la realidad.

Así, se brinda -de manera concreta- un panorama sobre las definiciones más importantes que se han ocupado del servicio público:

⁸⁸ Cfr. FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios...*, *op. cit.*, (en nota 19), p. 97.

⁸⁹ Entre los que se encuentran Gabino Fraga, Rafael Bielsa, Manuel María Díez, Andrés Serra Rojas, Benjamín Basavilbaso, Enrique Silva, Enrique Sayagués, Miguel Acosta Romero, y Jorge Fernández Ruiz entre otros.

⁹⁰ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios ...*, *op. cit.*, (en nota 19), p. 98.

⁹¹ Gracias a la aportación de Arnaldo de Valles quien lo clasificó.

⁹² Cfr. DIEZ, Manuel María, *op. cit.*, (en nota 66), p. 195 y 196.

⁹³ Criterios correspondientes al orgánico, material, jurídico, técnico y formal, que se inclinan por el órgano que presta el servicio, el régimen jurídico de derecho privado que lo regula, el objeto del mismo, su finalidad, reconocimiento por la ley...

Para Duguit -considerado como el padre del concepto del servicio público- es “*toda actividad cuyo cumplimiento deba ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes*”⁹⁴, con la que abarca todas las actividades posibles del Estado.

Jezè, también de la Escuela del Servicio Público, señala que éste es un procedimiento técnico destinado a satisfacer y regular continuamente las necesidades de interés general bajo un régimen de derecho jurídico especial de derecho público. El doctor Fernández Ruiz⁹⁵ considera al respecto, que este autor abarca por una parte más y por otra menos de lo definido, pues aborda aspectos que no son considerados como servicio público, y no contempla procedimientos sujetos a regímenes jurídicos mixtos.

Hauriou señala que es “*un servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública*”⁹⁶ concepto con el que se enfoca a una parte de la Administración Pública.

Por su parte, Manuel María Díez lo vincula con la administración del Estado, y lo define como “*la prestación que efectúa la Administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general*”, sin embargo, este autor engloba la participación de dicha Administración en todas las formas de prestación, a pesar de que no todas se realicen por ella.

Marienhoff y Benoit lo vinculan con la necesidad que se satisface o la prestación que se lleva a cabo, pues para el primero “*es toda actividad de la Administración Pública o de los particulares o administrados, que tiende a satisfacer necesidades, o intereses de carácter general, cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiere el control de la autoridad estatal*”⁹⁷; mientras que para Benoit es “*una actividad que tiene como objeto una prestación que tiende a la satisfacción de una necesidad colectiva que se debe asegurar a los particulares*”⁹⁸.

Sin embargo, Jorge Fernández Ruiz brinda una definición más completa, pues abarca todos los elementos del servicio público pero sin confundir los términos ni el alcance de los mismos, al señalar que es:

“...toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho público, ya por medio de la Administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.”⁹⁹

Así se advierte que el interés por encontrar la definición que más se acerque a una adecuada noción de servicio público atiende a la importancia de la figura, y a los elementos tanto clásicos como aquellos que vayan interviniendo en su actividad y evolución.

⁹⁴ Vid. cita 82 FERNANDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios...*, op. cit., (en nota 19), p. 118.

⁹⁵ Cfr. *Ibid.*, p.119.

⁹⁶ HAUIROU, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., París, Librairie Larose et Tenin, 1919, p. 44

⁹⁷ Citado por VALLS Hernández, Sergio y MATUTE González Carlos, op. cit., (en nota 75), p. 358.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios ...*, op. cit., (en nota 19), p. 121.

En tal sentido, de los aspectos más importantes de análisis para el concepto actual de servicio público se hayan los factores externos que orillan a la migración de servicios prestados por el Estado, hacia los particulares, en lo que interviene el sistema económico de libre mercado, que impulsa desregulaciones en el orden nacional, y la consecuente generación de nuevos ordenamientos que facultan la privatización de cada vez más servicios que originalmente eran prestados por Estado, o bien la participación en mayor medida de la actividad privada en los referidos servicios. De donde se observa una evolución respecto del origen del servicio público, de moverse de la actividad privada a la pública, para dar cabida nuevamente a la primera pero bajo esquemas de *mercado*.

No obstante exista esta clara tendencia hacia la privatización de actividades que fundamentalmente ha desarrollado el Estado, puede decirse que el concepto del servicio público no ha perdido su vigencia, sino solo ha sido objeto de evolución; panorama ante el que se debe actualizar el mismo respecto de la regulación de dichos servicios, pero bajo un equilibrio entre los intereses de los particulares –sobre la obtención de un beneficio netamente económico- que ahora prestan los servicios de actividades originalmente públicas, y de los usuarios -en cuanto a la obtención de un adecuado servicio-.

A lo anterior se debe sumar el estudio de los modelos de gestión de los servicios en los que el Estado regule, y promueva la competencia y el mercado pero en los que atienda a la prestación de los servicios con la calidad debida, donde la participación *monopólica* de éste, no pase a ser -en ese carácter- de los particulares.

Ahora bien, otro aspecto de análisis radica en la ***limitación de las facultades del administrado para quejarse de la eficiencia de un servicio***, por las concedidas al prestador, es decir, a *“las escasas o nulas posibilidades de éxito que tiene a su disposición el individuo para garantizar el disfrute óptimo de un servicio público”*¹⁰⁰ en donde no existe una responsabilidad solidaria exigible al Estado en la prestación del servicio por particulares, y en donde parte de la facultad jurídica de exigirlo al Estado se encuentra condicionada, en primer lugar, por la implantación de nuevas actividades consideradas como servicio público –industriales o comerciales-, y en segundo lugar, por la limitada disponibilidad de los recursos presupuestarios existentes para ello, así que la prestación del servicio se presenta en concurrencia con entes gubernamentales y no gubernamentales, distintos a la noción tradicional.

Por lo tanto, el servicio público se ha transformado a raíz de múltiples factores pues tanto el sistema económico, como el político, jurídico, científico, tecnológico, cultural e incluso el sociológico participan ampliamente en su evolución, enfocándose en atender los intereses económicos del Estado al que sirve, el rumbo de las políticas públicas sobre los servicios, el marco jurídico que regula la prestación en atención a dichos intereses económicos, las ideologías predominantes del momento, y la influencia de las tecnologías, entre otras. De ahí, que se llegue a descalificar doctrinalmente su concepto, pero se reitera que lejos de encontrarse en crisis sólo ha cambiado tal como lo ha hecho la sociedad, siempre bajo la satisfacción de necesidades de carácter general.

Así, el servicio público debe responder a una *regulación* que garantice un disfrute óptimo del servicio, pues mientras subsista la necesidad pública, el servicio público estará vigente. Por lo que, como definición personal, el servicio público corresponde a la actividad técnica

¹⁰⁰ VALLS Hernández, Sergio y MATUTE González Carlos, *op. cit.*, (en nota 75), p. 348. *Como también pueden advertirse los contratos de suministro del servicio público de suministro de agua.*

encaminada a satisfacer necesidades de carácter general, regulada y *garantizada* por el Estado bajo un régimen jurídico exorbitante de derecho privado, cuya realización debe ser general, uniforme, regular y continua a través de la administración pública o de particulares con facultades concedidas para ello por el Estado.

4.5 Crisis del servicio público

La crisis del servicio público deriva de la crítica al concepto y su transformación, que corresponde en estricto sentido a una necesaria evolución y no así al fin del mismo. En este sentido, el presente apartado versará sobre los aspectos más discutidos de la denominada crisis, bajo un desarrollo que atiende a diversos enfoques con estrecha relación entre unos y otros, en razón de que puedan derivar de un mismo problema que los podría colocar en un solo apartado, es decir, por la definición misma del concepto que no logra ser aplicable a todos los supuestos contenidos en ley que lo aluden, así como por las instituciones del derecho administrativo que no contribuyen a su elaboración a pesar de ser base para la constitución de la figura, y por que conceptualmente la noción de servicio público atiende al aseguramiento de facultades al prestador derivado de la supremacía del interés público sobre el privado, más que a la satisfacción de necesidades colectivas.

a) *Por los elementos que integran la definición del concepto se encuentran los siguientes supuestos:*

I. Sobre la persona que atiende el servicio:

Crisis que aparece cuando la prestación del servicio se lleva a cabo por los particulares, resolviéndose con la prestación directa de la administración pública e indirecta por los particulares, consiste en la transición de un Estado social de corte benefactor a uno liberal regulador¹⁰¹. Sin embargo, también se advierte en la prestación concurrente de los entes -públicos y privados-, en cuanto a la ventaja en materia de competencia económica que poseen los primeros aun cuando no tengan el monopolio de la gestión de la actividad¹⁰².

Así, avanza ante la existencia de personas no gubernamentales que desarrollan actividades encaminadas a satisfacer necesidades colectivas, pero sin tener previa autorización del Estado, es decir, cuando el servicio ya no se presta por la Administración, ni por particulares mediante concesión, sino por otras entidades encargadas de satisfacer necesidades semejantes como entidades profesionales o corporativas; por lo que puede encontrarse un servicio público que materialmente lo sea, pero en el que para su prestación no participe el Estado directa o indirectamente, no obstante éste pueda delegar facultades a un ente determinado o a uno creado por ley, para realizar funciones administrativas.

Se agrega al caso, la aparición de los servicios públicos que buscan otorgar prestaciones que protejan de los riesgos relativos a su condición social, a los sectores más desprotegidos de la sociedad o también llamados servicios públicos sociales en los que la prestación del servicio se realiza por organismos privados sin sujetarse a la concesión.

¹⁰¹ Cfr. DÍEZ, Manuel María, *op. cit.*, (en nota 66), p. 194.

¹⁰² Cfr. VALLS Hernández, Sergio y MATUTE González Carlos, *op. cit.*, (en nota 75), p.349 y ss.

Análisis que continua pero ahora respecto de los servicios públicos impropios al estimar que no son administrados directa o indirectamente por el Estado al regirse por un régimen primario de derecho privado, pese a que éste intervenga en la autorización y reglamentación.

II. Sobre la pérdida de elementos del concepto tradicional de servicio público

También se habla de la pérdida de elementos del concepto tradicional de servicio público como el de la plena sujeción al derecho y a la jurisdicción administrativa derivado de la evolución de los cometidos estatales con la consideración de nuevas actividades como servicio público en donde se advierten los servicios comerciales o industriales que no se sujetan al derecho administrativo. Este punto es otro valor del siguiente apartado sobre el régimen jurídico que regula la actividad.

b) Por el régimen jurídico que regula la actividad del servicio público:

Este punto versa sobre la concepción de la realidad en que se fundamenta la evolución del servicio público, es decir, en el aspecto legislativo sobre la regulación de su gestión y la participación de la administración pública. Pues la crisis inicia con el hecho de que las empresas tienen a su cargo servicios públicos industriales o comerciales, ya que con la aparición de éstos se atiende a un régimen jurídico mixto de derecho público y privado, y no exclusivamente del público, aunado a que la ubicación de las empresas nacionalizadas en la competencia de los tribunales judiciales por realizar su gestión de acuerdo a la regulación de estos servicios¹⁰³.

Por otro lado, se advierte una confusión entre lo público y lo privado, pues según Garrido Falla derivado de la relación del derecho público con el derecho privado, los servicios públicos no actuarán de manera exclusiva dentro de aquel, sino que elegirán el procedimiento normativo que más les convenga de acuerdo a la satisfacción de las necesidades para las que fueron creados.

c) Por cuanto hace a la necesidad colectiva que se determina como servicio:

La crítica radica en que la necesidad colectiva que se llega a determinar como servicio público se da casualmente en razón de que atiende a aspectos económicos y políticos, pero sin que corresponda a una verdadera necesidad pública.

d) Por el fin primario que persigue el servicio público se tiene:

La expansión de la gestión económica del Estado no considera como fin primario el obtener un beneficio social ya que dirige su actividad a la empresa pública que se enfoca en atender áreas prioritarias y *no siempre un servicio público*. En este sentido, la crisis del servicio público radica en la transformación del concepto pero no su fin, que resulta de la consecuente evolución generada por los intereses económicos del Estado, el rumbo de las políticas públicas sobre los servicios, el marco jurídico que regula su prestación en atención a dichos intereses económicos, las ideologías predominantes del momento, y la influencia de las tecnologías entre otros, lo que significa una intervención multisistémica de carácter económico, político, jurídico, científico, tecnológico, cultural e incluso el

¹⁰³ Vid. CORAIL, Jean-Louis, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 339-340.

sociológico que da lugar al desarrollo de un nuevo concepto de servicio público acorde a la tendencia mundial globalizadora de competencia.

No obstante la exposición de los elementos anteriores, en la actualidad existe una crisis del servicio público como noción administrativa en el que su contenido se está *desadministrativizando* o aceptando la posibilidad que criterios de eficiencia, eficacia y economía maten el principio de autoridad.

4.6 Caracteres indispensables del servicio público

El servicio público encuentra elementos esenciales que importan para su integración y prestación, sin los cuales se desnaturaliza y se imposibilita así una satisfacción ideal de las necesidades de carácter general, y que son irrenunciables porque su prestación es de interés público. Estos elementos corresponden según la doctrina, principalmente a la *generalidad* o *universalidad*, la *uniformidad* o *igualdad*, la *continuidad*, y la *regularidad* y se refieren a lo siguiente:

La *generalidad* o universalidad significa que todas las personas pueden hacer uso del servicio público siempre y cuando hayan solicitado su prestación y cubierto los requisitos establecidos en la ley, donde se considere la capacidad del servicio como límite de su prestación, e incluso la exclusión pero bajo criterios generales y válidos. Equivale al reconocimiento universal de que todos los habitantes tienen el derecho de utilizar los servicios públicos, tal y como Fernández Ruiz lo estima:

“...los derechos humanos, por que, en principio, por el sólo hecho de serlo, todo ser humano, mediante la satisfacción de los requisitos legales establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más límite que el proveniente de la capacidad instalada para la prestación del servicio¹⁰⁴”

La *uniformidad* o igualdad se refiere a que la prestación debe ser igual para todos los usuarios¹⁰⁵, aquí se llega a hablar de una “*igualdad ante a la ley a los desiguales*”¹⁰⁶; sin embargo, ésta no imposibilita el establecimiento de categorías del servicio con un esquema diferenciado bajo la base de otorgar igualdad aún por categoría.

En cuanto a la *regularidad* puede abordarse la forma debida de prestación del servicio, es decir, que se efectúe de acuerdo con la normatividad que lo regula sin llegar a confundir este término con la idea de una prestación constante¹⁰⁷.

Por último, la *continuidad* consiste en la prestación ininterrumpida de un servicio público, es decir, que debe efectuarse dentro del tiempo previsto para ello, independientemente de que se atienda una necesidad permanente o una eventual.

Este elemento radica en la importancia de que un servicio público no puede ser interrumpido ni detenido derivado de la satisfacción de la necesidad general que busca, por lo que la índole de dicha necesidad determinará la continuidad del servicio.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios ...*, op. cit., nota 19, p. 105.

¹⁰⁵ Pues atiende al principio de igualdad ante la ley consagrado en los artículos 1° y 4° de nuestra Constitución.

¹⁰⁶ VALLS Hernández, Sergio y MATUTE González Carlos, op. cit., (en nota 75), p. 424 y 425.

¹⁰⁷ Ya que puede suceder que un servicio público se preste con *regularidad* pero sin continuidad, como pudieran ser interrupciones en el suministro de agua o de energía eléctrica. *Ibid.*, p. 425.

Cabe señalar que hay autores que consideran como elementos del servicio público a la obligatoriedad, adaptabilidad, permanencia e incluso la gratuidad. Sin embargo, los que se abordaron en el presente apartado corresponden a los considerados como esenciales.

4.7 Elementos del servicio público

Los elementos del servicio derivan de la propia definición y corresponden a lo que es en sí el servicio, de esta manera se encuentran los siguientes:

a. La necesidad de carácter general

Como se ha comentado, el servicio público nace de una necesidad humana insatisfecha de carácter general, es decir, de una que padezcan muchas personas en un mismo tiempo para quienes resulta común, razón por la que se ubica dentro del ámbito de la actividad del servicio público como consecuencia de su integración a los fines del Estado en este rubro.

Es conveniente puntualizar el carácter de general de este elemento -de entre las variadas denominaciones con que se enuncia-, por lo que puede decirse -en atención a una debida precisión- que el término general responde al conjunto de carencias de individuos particulares, en donde no tienen que ver los diversos de *público* o *colectivo* que refieren más a necesidades de entes de índole pública¹⁰⁸ o a las que surjan exclusivamente de una colectividad y requieran de la realización de una actividad técnica; ni con el término de *interés general* que se enfoca en atender beneficios o ganancias también generales obtenidos del ejercicio de obras o funciones públicas.

b. La actividad destinada a satisfacer la referida necesidad

Esta actividad debe destinarse como bien se ha dicho a satisfacer la necesidad general comentada, por lo que corresponde no a cualquier actividad, sino a una que *satisface*, y que para hacerlo debe tener el carácter de *técnica*, con elementos de *pertinencia* para lograr el fin que busca, de *capacidad* para alcanzar dicho fin de manera apta, proporcional y suficiente, y de *adecuación* para hacerlo conforme a la referida finalidad.

De igual manera puede incluirse otro carácter, el innovador, para que la actividad se adaptable a las necesidades generales del momento. Donde la actividad *técnica* equivale a que los pasos que desarrolla se llevan a cabo bajo procedimientos de artes, ciencias, industrias y oficios que conciernan al servicio respectivo.

c. El universo de usuarios potenciales del servicio público

En este apartado cabe mencionar el elemento usuario sin el cual no sería posible la prestación del servicio público desde la generación del mismo, pues al surgir éste de una necesidad general insatisfecha que implica una de origen humano, no podría hablarse de un servicio sin usuario, por lo que este elemento es imprescindible correspondiendo en sentido primario a un usuario potencial y en sentido secundario a uno efectivo.

¹⁰⁸ Sobre este aspecto conviene decir que no porque el servicio público sea tal, puede usarse este carácter en la denominación de la necesidad, ya que la selección de los términos adecuados atiende al contenido de lo que se quiere señalar y no a la igualdad o similitud terminológica de los conceptos, con lo que se cuida de no caer en una imprecisión doctrinal ante un eminente descuido.

d. *La intervención estatal*

La intervención del Estado es de vital importancia en el servicio público ya que participa en él desde su creación y desarrollo hasta su eliminación, en este sentido se advierte en primer lugar en el surgimiento de un nuevo servicio público, independientemente de que se trate de uno propio establecido en ley, o impropio que regule, y en segundo lugar en la elaboración y funcionamiento por parte de los órganos de gobierno del régimen jurídico a que se somete.

Su intervención es fundamental para poder crear y someter el servicio público al régimen jurídico especial, así como vigilar y garantizar la adopción de sus características esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad y continuidad -ya comentadas-, sin las cuales no se podría hablar propiamente de un servicio público.

Por otro lado se puede señalar en el otorgamiento o revocación de las concesiones o permisos, así como en la propia prestación del servicio público; ya sea que se de a través de la administración pública, o de particulares mediante la concesión o el permiso -según se trate de servicios públicos propios o impropios-. Y en la determinación del régimen tarifario de los servicios públicos onerosos.

e. *El sujeto que desarrolla la actividad satisfactora*

El sujeto encargado de desarrollar la actividad satisfactora puede ubicarse en el derecho público o privado dependiendo respectivamente, de si el servicio está a cargo de la propia administración pública; o si el sujeto prestador del mismo opera bajo el régimen de concesión, o tiene permiso, licencia o autorización para el caso de los servicios públicos impropios.

f. *Los recursos necesarios para la prestación del servicio*

Otro de los elementos corresponde a los recursos necesarios para la prestación del servicio que equivalen a los siguientes:

- a) Recursos humanos que desempeñen el servicio público.
- b) Recursos materiales que corresponden a la materia prima necesaria.
- c) Y recursos financieros que implican una solvencia para su debida prestación.

g. *Un régimen jurídico exorbitante del derecho privado*

Como se ha comentado, el servicio público se presta bajo un régimen jurídico especial, pues puede ser de derecho público y de derecho privado, o sólo de alguno de ellos, por lo que se ha considerado que el régimen más adecuado es el *exorbitante de derecho privado*, que es aplicable incluso en los servicios públicos impropios al condicionar su prestación a la obtención de un permiso y regirse bajo una norma de derecho público con un tope tarifario.

Este régimen se caracteriza por las reglas y técnicas jurídicas que resultan en que el interés particular debe ceder al general, es decir, que una necesidad general (derivada de lo particular) debe satisfacerse mediante el procedimiento del servicio público. Por otro lado, se fundamenta en la desigualdad de los intereses de los usuarios sobre la correcta prestación que se les de, de los intereses del prestador, la sociedad y el Estado, que son los que intervienen en el servicio público.

Por último, cabe precisar que este régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, contempla caracteres específicos¹⁰⁹ que no permiten su confusión con el régimen de los servicios privados.

4.8 Finalidad del servicio público

La finalidad del servicio público es satisfacer una necesidad de carácter general, no basta sólo con atenderla, sino que debe hacerse de manera general, igual, regular y continua, ya que de lo contrario se vulneraría el orden social y se quebrantaría así el interés público.

En este sentido, el servicio público da seguridad en cuanto a la satisfacción de necesidades generales, pues al lograr ésta calidad, por ser carencias individuales padecidas por un gran número de personas y conferidas a un servicio público, no requieren ser atendidas de esa misma forma *-individual-* por las personas que las padezcan, pues en tal supuesto sería imposible mantener una calidad de vida adecuada.

Por lo tanto, lograr el correcto cumplimiento de estas necesidades atiende a que al determinarlas como servicio público, es conveniente considerar un justo equilibrio entre la capacidad de las organizaciones para prestar el servicio, y los deseos y requerimientos de la sociedad derivados de dichas necesidades, pues el diseño unilateral que llega a efectuarse de los mismos por parte del Estado, no siempre lo incluye. Otro elemento versa en establecer un presupuesto adecuado enfocado en fuentes de financiamiento disponibles y expectativas de recuperación del costo del servicio por el pago de derecho o tarifas. Así, una normatividad oscura puede generar desequilibrios en el servicio público, es decir, que un grupo no identificado se beneficie más que el considerado potencial o bien que no haya financiamiento suficiente para satisfacerlo al encontrar que personas con capacidad contributiva no participen proporcionalmente en su costo pero obtengan el servicio.

No obstante, se da el caso de que la satisfacción de la necesidad general no se cumpla cabalmente, ante la ausencia de caracteres esenciales del servicio público en la prestación

¹⁰⁹ Como los caracteres indispensables del servicio público, el poder de policía, el dominio público, las restricciones al mismo y la expropiación. FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Los servicios públicos municipales*, en VALENCIA Carmona, Salvador (coord.), *El municipio en México y en el mundo*, México, UNAM, 2005, p. 74.

Estos últimos caracteres corresponden a lo siguiente: a) El poder de policía.- El servicio público se encuentra vinculado con un poder de policía que se relaciona especialmente con la ejecución y aseguramiento del servicio, distinto a la que atiende el orden público, consiste en que el gestor del mismo -bien sea o no gubernamental- "posee un ejercicio específico de potestades que garantizan la prestación, el óptimo funcionamiento o el pago del derecho o tarifa. Cfr. DROMI, José Roberto tomado de VALLS y MATUTE, *op. cit.*, (en nota 75), p. 409. Esta policía se caracteriza por ser técnica, permanente, y ejercida por el concesionario, por dar seguridad a las personas o cosas, al ejercerse contra quien intente o dificulte el correcto funcionamiento del servicio pudiendo incluso hacer uso de la coacción, y por verificar el cumplimiento de los requisitos de ley por parte de los usuarios cuando soliciten un servicio público, con la intención de que puedan acceder al mismo. b) El dominio público.- Como otra particularidad de éste régimen jurídico especial, el dominio público es afecto por el servicio público para poder funcionar como tal. Su diferencia con el privado radica en que no tiene un dueño específico, mientras que éste último pertenece a un particular quien cuando lo explota lo hace para su beneficio; por lo tanto, responde a la distinción de las actividades erigidas o no en servicio público, es decir, que correspondan a uno público o a uno privado. Los bienes públicos y los servicios públicos se relacionan de manera especial con la intención de que aquellos no sean enajenados y se de por terminada la prestación del servicio. Este dominio también se somete a un régimen jurídico especial distinto al privado, ante su finalidad de atender necesidades de carácter general. c) Restricciones al dominio público.- Dentro de las medidas existentes a las que se puede recurrir para prestar adecuadamente el servicio público, cabe señalar que se haya la de imponer restricciones y servidumbres sobre el derecho privado que afectan la propiedad de este carácter hasta el punto que lo solicite el interés público. d) Expropiación.- Finalmente se haya la expropiación forzosa que puede llegar a ser coactiva, y que también afecta la propiedad privada pero en el caso de que se requiera la instalación de un servicio público. Cfr. FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Los servicios ...*, *op. cit.*, (en nota 19), p. 114 y 115.

efectiva de los mismos, a pesar de que el Estado tenga la facultad legítima de intervenir en la elaboración y funcionamiento del régimen jurídico especial a que se somete el servicio público, y en la vigilancia y garantía de éste; especialmente sobre la prestación del servicio, el otorgamiento o revocación de las concesiones o permisos, y la determinación del régimen tarifario de los servicios públicos onerosos.

Por lo que, el Estado al no prestar en su intervención la suficiente atención, se puede ver transgredido el referido interés público al con la desnaturalización del servicio por la inadecuada atención a la necesidad, lo que puede dar pauta a formas tanto incompletas del servicio público, como formas de satisfacción *privada* de necesidades en los casos de mercantilización de los mismos; de ahí que se deba ante todo tener presente que la finalidad del servicio público es la satisfacción de la necesidad general considerada.

4.9 Servicios públicos propios e impropios

Para poder abordar la división sobre la que se ubica el servicio público es conveniente precisar, en un primer momento los criterios que explican el servicio público, en los que se encuentran, el orgánico que señala que el carácter público del servicio se determina por el órgano a cuyo cargo queda su prestación; y el funcional que considera que tal carácter deriva de si la actividad satisface una necesidad de carácter general independientemente de quién lleve a cabo.

En este sentido, es mediante la denominación de los servicios públicos en propios e impropios o virtuales que se atendió esta dualidad, pues la hacer referencia nuevamente a las ideas de Arnaldo Valles, los servicios propios son creados por la ley y atribuidos al Estado, mientras que los impropios advierten lo contrario pero pueden ser desarrollados por particulares a través del otorgamiento de un permiso, licencia o autorización administrativos, con lo que se permite realizar una actividad privada que exige la prestación del servicio de quien y cuando lo requiera, al titular del mismo, pero bajo las condiciones establecidas en ley¹¹⁰.

Quienes sostienen este criterio señalan que un servicio público *impropio* debe cumplir con tres condiciones: a) que se trate de una actividad que tienda a satisfacer necesidades de interés general; b) que se preste conforme a una tarifa obligatoria, y c) que la realización de esa actividad esté autorizada por un acto administrativo y sujeta a una regulación administrativa. Y para que llegue a configurarse un servicio público *virtual* es necesario: a) una actividad que busque satisfacer necesidades de interés general; b) que un órgano administrativo haya autorizado dicha actividad y que permita su ejercicio sobre bienes del dominio público, y c) la sujeción de tal actividad a un régimen tarifario controlado por el Estado.

No obstante en ambos se satisfacen necesidades de carácter general, y se encuentran sujetos al mismo régimen jurídico especial exorbitante de derecho ordinario.

4.10 Clasificación de los servicios públicos

Los servicios públicos se clasifican de acuerdo a diversos criterios a saber: a) en función de su *importancia* pueden ser *esenciales* cuando buscan la satisfacción de las necesidades básicas indispensables para su subsistencia individual o colectiva, y *no*

¹¹⁰ Valls y Matute, consideran que “ésta clasificación no es correcta porque lo *impropio* es lo que carece de las cualidades convenientes para algo y lo *virtual* es lo que produce un efecto sobrentendido o tácito, de tal manera que no se trata de verdaderos servicios públicos, sino de *servicios al público*.”, *op. cit.*, (en nota 75), p. 430.

esenciales o superfluos cuando atienden necesidades no indispensables; b) por su *utilización* se clasifican en *obligatorios o facultativos* que derivan de que el Estado los cree por imperativo constitucional o en razón de conveniencia, necesidad u oportunidad, c) por los *posibles beneficiarios*, en *universales (uti universi)* cuando estén encaminados a la población en general, o *singulares (uti singuli)* al estar destinados a usuarios determinados o determinables; d) por el *sujeto público que los presta*, se clasifican en *generales o nacionales* que corresponden a los prestados por el gobierno general de un país, en *regionales* que son atribuidos al gobierno del departamento, región, provincia o entidad federativa, y en *municipales*, e) en razón de la *forma de participación del Estado* pueden ser *exclusivos* cuando sólo el Estado los presta, o *concurrentes* cuando lo realiza junto con particulares, f) de acuerdo a la *necesidad que buscan satisfacer* son *constantas, cotidianos, intermitentes y esporádicos*, g) por el *ejercicio de autoridad en gestión pública o privada*, h) respecto de *la autoridad a quien compete el control* en *coincidentes* que se dan cuando su control se atribuye a dos o a las tres instancias de gobierno, o *coexistentes*, cuando se asignan en parte a la Federación, en parte a las entidades federativas, y en parte a los municipios, i) por el *carácter de la prestación* en *voluntarios y obligatorios*, j) en razón de su *cobro* en *gratuitos y onerosos*, k) por la *competencia económica* en régimen de monopolio, oligopolio y competencia abierta, l) por el *prestador del servicio* en gestión pública indiferenciada sin órgano especial, de gestión a cargo de establecimiento público sin personalidad jurídica propia, o como servicio público personificado, y en forma de sociedad privada, m) y por su régimen *jurídico*, en *público o mixto*, clasificación que se estima, en la realidad actual, es la que prevalece.

4.11 Gestión

Existen variadas formas de gestión de los servicios públicos, las que se dividen en la prestación por instituciones de derecho público, aquellas por entes de derecho social, y finalmente por entes de derecho privado, por lo que en este apartado se señalan las mismas de manera sintética:

FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS		
PRESTACIÓN POR INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO		
a)	Administración centralizada	Realizada por la administración centralizada a través de una de sus dependencias quien asume la dirección y operación. No cuenta con personalidad o patrimonio propios.
b)	Órgano desconcentrado de la administración centralizada	Realizada por órganos jerárquicamente subordinados a la administración central. Existe delegación entre dos órganos de un mismo ente, se trabaja bajo una relación de jerarquía.
	Descentralizada	En esta gestión existe una delegación de facultades de la Administración Central (Federación Entidades, Municipios) a un nuevo ente jurídico pero vinculada a estos, porque se establecen obligadas relaciones jurídicas que fijan el régimen de derecho al que se someten tales servicios personificados. Esta se da entre dos personas diferentes bajo una relación de tutela, creación de un ente con autonomía jurídica, financiera, técnica y de gestión y con personalidad jurídica y patrimonio propios.
c)	Empresa de	Corresponde a la empresa cuyo capital se integra con

	participación municipal mayoritaria	aportaciones del municipio de un 51% o más y particulares.	
d)	Asociación intermunicipal	Se entre varios municipios previo acuerdo de sus ayuntamientos de un mismo Estado o de dos o más Estados.	
e)	Convenio entre el Municipio y el Estado.	El municipio no puede prestar por si mismo el servicio y realiza convenio con el Estado para que éste de manera directa o a través del organismo correspondiente se haga cargo en forma temporal de alguno de ellos o se presten conjuntamente.	
g)	Fideicomiso público	El fideicomitente (o ayuntamiento quien a nombre del municipio emite la declaración unilateral de crear el fideicomiso) destina bienes o recursos municipales (bienes fideicomitidos) a un fin lícito (servicio público) y encomienda la realización de ese propósito a una institución fiduciaria (fiduciario), los beneficiarios son los usuarios potenciales del servicio (fideicomisario).	
PRETACIÓN POR ENTES DE DERECHO SOCIAL			
a)	Sociedad cooperativa	Es aquella sociedad con igualdad en sus miembros, cuenta con un mínimo de 10 socios, con capital variable y duración indefinida. En ella sus miembros se asocian para la prestación de un servicio público como personas morales que vía concesión o permiso prestan el servicio.	
PRESTACIÓN POR ENTES DE DERECHO PRIVADO			
a)	Gestión de servicios públicos propios por medio de particulares	Concesión	El particular se encarga a sus cargos, riesgos y peligros del funcionamiento de un servicio público, y en su caso de la ejecución de obras por la transmisión temporal de derechos del poder público, a merced de la remuneración prevista contractualmente derivada de los derechos a que está autorizado a percibir de los usuarios del servicio.
		Locación o arrendamiento	La administración Pública (locataria) encarga a un particular (locador) por tiempo determinado y mediante remuneración previamente convenida la prestación del servicio público. No existe delegación de poder público, el empresario no esta autorizado para el cobro de las tarifas.
		Subrogación o concierto	Aprovechamiento de las instalaciones o infraestructura de las instituciones privadas adecuadas para realizar su prestación por quien contrata el ente público para la prestación del servicio provisional; la prestación del servicio se da a cargo de un subrogatario (persona diferente a la que legalmente le está atribuido el servicio), y cuando el prestador original del servicio recupera la posibilidad de proporcionarlo directamente la subrogación o concierto se vuelve innecesario.
		Gestión interesada	Asociación de la administración pública con un particular para la prestación del servicio, sin crear por ello una nueva

			<p>persona jurídica. Las instalaciones son propiedad de la administración, el gestor no financia el coste, los gastos se hallan a cargo de la administración quien percibe las tasas, el riesgo lo soporta solo la administración. Se busca que el gestor desarrolle iniciativas de mayor eficiencia.</p>
b)	Gestión de servicios públicos impropios por medio de particulares	<p>Servicio público impropio no se atribuye a la administración pública y deriva su creación de un acto administrativo (permiso, licencia, autorización) mediante el que se retira la traba jurídica del particular para que realice la actividad legítima.</p>	

5. EL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA POTABLE

Con la intención de analizar el servicio público de suministro de agua potable es necesario precisar su definición por lo que al advertir la del servicio público en lo general, puede decirse que corresponde a la actividad técnica encaminada a satisfacer la necesidad de carácter general, relativa a poder disponer de agua apta para consumo humano y doméstico; regulada y garantizada por el Estado bajo un régimen jurídico exorbitante de derecho privado, cuya realización debe ser general, uniforme, regular y continua a través de la administración pública o de particulares con facultades concedidas para ello por el Estado.

5.1 Ubicación y clasificación del servicio público de suministro de agua

El servicio público de suministro de agua potable es un servicio público propio, pues se encuentra establecido en la ley para satisfacer la necesidad de carácter general de suministrar agua potable. Se ubica dentro de la clasificación de los servicios públicos como refiere el Dr. Fernández Ruiz¹¹¹:

Un servicio *uti singuli*, al encaminarse a satisfacer una necesidad universal como lo es el suministro de agua potable, a pesar de encontrarse con usuarios determinados al tener que contar con una conexión a la red de distribución para el suministro del recurso, una vez cumplidos los requisitos que establece la ley.

Su prestación se encuentra a cargo del Estado o del municipio, no obstante puede ser directa o indirecta según se confiera en las legislaciones, es decir, se reserve a aquellos o se permita su prestación por parte de particulares, bien sea en régimen de concesión, subrogación o concierto. Así, la **gestión** de este servicio se considera **directa** al ser exclusiva del Estado o municipio, implica un monopolio o una mano pública, bajo los principios de unidad y estatización o municipalización¹¹². Respecto a la **gestión indirecta** se encuentra la figura del concierto¹¹³ poco utilizada, y la concesión y arrendamiento que

¹¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios*, *op. cit.*, (en nota 19), p. 216-219.

¹¹² La unidad radica en la prestación monopólica indispensable del servicio para no duplicar instalaciones, redes y sistemas, mientras que la estatización o municipalización se apoya en el carácter obligatorio para el potencial usuario que puede ser coactivamente obligado a suscribirse al mismo.

¹¹³ Que consiste en la subrogación convenida entre una corporación local y otra entidad pública o privada a fin de prestar los servicios que son competencia de la primera pero que permite que la duración concluya cuando la corporación interesada pueda prestar análogo al concertado.

generan resultados positivos cuando las condiciones establecidas en el contrato no fomentan la especulación del concesionario y cuando la fiscalización municipal y el rigor empresarial son eficientes.

También llega a ser un servicio **obligatorio**, de suscribirse, para el usuario potencial¹¹⁴ de la zona donde se preste; y para la administración pública, al no ser opcional su establecimiento, organización y funcionamiento, por estar previsto en ley.

De acuerdo a su importancia es **indispensable** por el hecho de que el abastecimiento de agua en condiciones óptimas para el uso y consumo humano ser trascendental.

Normalmente es **constante**, debiendo prestarse ininterrumpidamente, a pesar de que llegue a ser intermitente en comunidades de escasos recursos. Es **oneroso**, al deber pagarse una cuota o tasa por el mismo.

Es un **servicio sujeto a un régimen jurídico exorbitante de derecho privado**, ya que la regulación de su establecimiento, organización y funcionamiento se haya en normas de derecho público, a reserva de cuando se concesiona, pues permite la entrada de normas de derecho privado en su relación con los usuarios.

Finalmente, se **presta bajo un régimen de monopolio** necesario o natural ante la operatividad y costo del servicio.

5.2 Características esenciales

Todas las personas que soliciten el servicio pueden hacer uso del mismo siempre y cuando hayan satisfecho los requisitos establecidos en la ley, es uniforme al establecer un sistema tarifario igualitario que llega a incluir categorías del servicio en un esquema diferenciado, es regular al encontrar normatividad que establece su forma de prestación, y continuo por efectuarse dentro del tiempo previsto para ello.

6. EL SERVICIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Para hablar del servicio público de suministro de agua debe precisarse en este apartado, el tratamiento -en lo general- del servicio público en nuestra Constitución, misma que independientemente de que contemple como servicios públicos actividades que no pueden ser catalogadas como tales, como aquellos prestados por los ciudadanos a la nación, o los relativos a la actividad gubernamental y ejercicio de la función pública realizada por los servidores públicos, si refiere los que de manera correcta equivalen a tales, como la educación (art. 3º), salud (art. 4º), o suministro de energía eléctrica (art. 27º sexto párrafo) entre otros.

En este sentido, incorpora la competencia de los propiamente servicios públicos a los órdenes de gobierno, y establece como exclusivos de la Federación, a aquellos que derivan de la facultad que otorga al congreso -establecida en el artículo 73- para expedir las leyes en materia de energía eléctrica, hidrocarburos, petróleo, ... y que son prestados por organismos descentralizados del Poder Ejecutivo Federal.

¹¹⁴ Esta obligación corresponde a todo propietario de predio urbano excepto cuando se trate de predios no edificados o con pozo legalmente autorizado.

En el artículo 115 fracción III contempla las funciones y servicios públicos que prestan los municipios, y que corresponden a lo siguiente:

- a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;
- b) Alumbrado público.
- c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos;
- d) Mercados y centrales de abasto.
- e) Panteones.
- f) Rastro.
- g) Calles, parques y jardines y su equipamiento;
- h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito; e
- i) Los demás que las Legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socioeconómicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera...”

Sin embargo, al considerar en la misma fracción obras, funciones y servicios públicos debe precisarse según las palabras del Dr. Fernández Ruiz¹¹⁵, que los únicos que corresponden a servicios públicos son a) el suministro de agua potable -en su denominación correcta¹¹⁶- y el drenaje, junto con el b) alumbrado público, c) limpia, recolección y traslado de residuos d) mercados y centrales de abasto, e) panteones, f) rastros, donde también incluye el estacionamiento público de vehículos, taxis y automóviles de alquiler, y transporte colectivo urbano de pasajeros.

Cabe señalar que la constitución no establece de manera precisa los servicios públicos a cargo de las Entidades Federativas, pues solo se les permite coordinarse con la Federación o con los Municipios, sin precisar las que a ellas corresponden, según lo indica la fracción VII del artículo 116:

- “VII. La Federación y los Estados, en los términos de ley, podrán convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos, cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario.
Los Estados estarán facultados para celebrar esos convenios con sus Municipios, a efecto de que éstos asuman la prestación de los servicios o la atención de las funciones a las que se refiere el párrafo anterior.”

Por otro lado, se encuentra el artículo 122, base primera, inciso k, que regula las facultades de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal relativas a la prestación y la concesión de los servicios públicos; legislación sobre los servicios de transporte urbano, limpia, mercados, rastros y abasto, y cementerios; y que contempla como servicio público el turismo y servicios de alojamiento pese a que no correspondan a tal. Además este precepto establece en su letra G, la suscripción de convenios para la coordinación de las distintas jurisdicciones locales y municipales entre sí, y de éstas con la Federación y el Distrito Federal en la planeación y ejecución de acciones en las zonas conurbadas limítrofes con el Distrito Federal, y señala que de acuerdo con el artículo 115, fracción VI de esta Constitución, en materia de asentamientos humanos, protección al ambiente,

¹¹⁵ FERNÁNDEZ Ruiz, *Servicios ...*, *op. cit.*, (en nota 19), p. 158.

¹¹⁶ Sobre este punto, cabe señalar que el doctor Fernández Ruiz advierte que la denominación correcta del servicio debe ser de suministro de agua potable y no así de agua potable, pues ésta no es sí misma servicio público sino el suministro del elemento. *Ibid.*, p. 215.

preservación y restauración del equilibrio ecológico, transporte, agua potable y drenaje, recolección, tratamiento y disposición de desechos sólidos y seguridad pública, a través de la creación de comisiones metropolitanas en las que concurren y participan con apego a sus leyes.

Por último, para la prestación de los servicios públicos, el artículo 124 contempla la distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas, mismas que serán analizadas en el capítulo III.

7. GENERALIDADES DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA POTABLE EN MÉXICO

El servicio público de suministro de agua potable en México presenta generalidades de la clasificación teórica a la que pertenece el mismo, así, y siguiendo consideraciones del Dr. Fernández Ruiz¹¹⁷, se encuentran las siguientes:

a) Régimen jurídico

El régimen jurídico del servicio público de suministro de agua, salvo excepciones, se encuentra integrado de normas de derecho público, a nivel federal con nuestra Carta Magna, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Planeación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la Ley General de Salud, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Actividades, Establecimientos, Productos y Servicios, el Plan Nacional de Desarrollo, el Programa Nacional de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento, Normas Oficiales Mexicanas y Normas Mexicanas, últimas que se establecen, en base a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, entre las que se encuentran las destinadas a establecer disposiciones, especificaciones y métodos de prueba que permitan garantizar que los productos y servicios ofertados a los organismos operadores de sistemas de agua potable, alcantarillado y saneamiento, cumplan con el objetivo de aprovechar, y preservar en cantidad y calidad el agua, a saber:

- NOM-001-CNA-1995 especificaciones de hermeticidad en sistemas de alcantarillado sanitario,
- NOM-002-CNA-1995 sobre la toma domiciliaria para abastecimiento de agua potable, especificaciones y métodos de prueba,
- NOM-003-CNA-1996 requisitos para la construcción de pozos,
- NOM-004-CNA-1996 requisitos para la protección de acuíferos durante el mantenimiento y rehabilitación de pozos, y cierre de pozos,
- NOM-005-CNA-1996 sobre especificaciones y métodos de prueba de fluxómetros,
- NOM-006-CNA-1997 sobre requisitos de seguridad para la construcción y operación de tanques de agua,
- NOM-008-CNA-1998 especificaciones y métodos de prueba para regaderas empleadas en el aseo corporal,
- NOM-009-CNA-1998 especificaciones y métodos de prueba para inodoros,

¹¹⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 220 y ss.

- NOM-010-CNA-1999 especificaciones y métodos de prueba para válvulas de admisión y de descarga de tanques de inodoros,
- NOM-011-CNA-2000, sobre la conservación del recurso agua, que establece las especificaciones y el método para determinar la disponibilidad media anual de las aguas nacionales,
- NOM-013-CNA-2000 sobre redes de distribución de agua potable. Especificaciones de hermeticidad y métodos de prueba, y sobre normas de importancia para el uso y consumo humano,
- NOM-014-CNA-2003 requisitos para la recarga artificial de acuíferos con agua residual tratada,
- NOM-015-CNA-2007 características y especificaciones de las obras y del agua para su infiltración artificial a los acuíferos.

Normas Oficiales Mexicanas de la Secretaría de Salud:

- NOM-012-SSA1-1993 de los requisitos sanitarios que deben cumplir los sistemas de abastecimiento de agua para uso y consumo humano públicos y privados,
- NOM-013-SSA1-1993 sobre requisitos sanitarios que debe cumplir la cisterna de un vehículo para el transporte y distribución de agua para uso y consumo humano,
- NOM-014-SSA1-1993 sobre procedimientos sanitarios para el muestreo de agua para uso y consumo humano en sistemas de abastecimiento públicos y privados,
- NOM-127-SSA1-1994 Salud ambiental. Agua para uso y consumo humano. Límites permisibles de calidad y tratamientos a que debe someterse el agua para su potabilización.
- NOM-179-SSA1-1998 sobre vigilancia y evaluación del control de calidad del agua para uso y consumo humano, distribuida por sistemas de abastecimiento público,
- NOM-230-SSA1-2002 sobre salud ambiental, agua para uso y consumo humano, requisitos sanitarios que se deben cumplir en los sistemas de abastecimiento públicos y privados durante el manejo del agua, Procedimientos sanitarios para el muestreo.

Otras normas de aplicación voluntaria:

- NMX-AA-120-SCFI-2006 sobre requisitos y especificaciones de sustentabilidad de calidad de playas.
- NMX-AA-147-SCFI-2008 publicada en abril de 2009, sobre metodología de evaluación de las tarifas de agua potable, drenaje y saneamiento,
- NMX-AA-148-SCFI-2008, sobre metodología para evaluar la calidad de los servicios de agua potable, drenaje y saneamiento. Parte 1, directrices de evaluación y mejora del servicio de usuarios,
- NMX-AA-149/1-SCFI-2008, sobre metodología para evaluar la eficiencia de los prestadores de los servicios de agua potable, drenaje y saneamiento. Parte 1, directrices para la prestación y evaluación de servicio de agua residual, y
- NMX-AA-149/2-SCFI-2008 sobre metodología para evaluar la eficiencia de los prestadores de los servicios de agua potable, drenaje y saneamiento. Parte 21, directrices para la prestación y evaluación de los servicios de agua potable.

A nivel estatal con la Constitución Política del Estado, Ley de Agua del Estado, Ley Orgánica Municipal, Ley de Ingresos Municipales, Ley de Agua Potable y Alcantarillado del Estado, o su correspondiente, y las leyes o decretos que crean a los organismos públicos

descentralizados o instituciones encargadas de prestar dicho servicio, así como el Plan Estatal de Desarrollo.

Finalmente, a nivel municipal se encuentra el Bando de Policía y Buen Gobierno, el Plan de Desarrollo Municipal, el Reglamento Municipal de Equilibrio Ecológico y Protección al Medio Ambiente, y el Reglamento Municipal del Servicio Público de Agua Potable.

Cabe aclarar que la denominación de lo señalado puede variar de acuerdo de la entidad federativa o municipio de que se trate.

b) Gestión

El suministro de agua potable en nuestro país se encuentra encomendado como se señaló, al municipio, según lo establece el artículo 115, queda a *cargo de la administración municipal centralizada, desconcentrada o paramunicipal*, y permite la *gestión a particulares* bajo el régimen de concesión; sin embargo, también es posible mediante la creación de organismos descentralizados en el esquema de la administración paramunicipal.

c) Los usuarios del servicio público de suministro de agua potable

El universo de usuarios para este servicio parte de los potenciales, sin embargo, al ser obligatorio, aumenta su margen de usuarios -en lo general- a los de propietarios de predios. Al respecto, desde la Ley de Aguas Nacionales y hasta las Leyes de cada Estado especifican las excepciones sobre esta obligatoriedad, y señalan para algunos los de predios no edificados o con pozo legalmente autorizado.

d) Requisitos de la utilización del servicio

La obtención del recurso puede efectuarse a través del servicio público en comento, o bien mediante contrato de compraventa de dicho líquido en diversas modalidades (carro tanque, garrafones, botellas,...).

Para la utilización del servicio se requiere la celebración del contrato de suministro de agua potable (ver anexo dos), en donde se encuentra a la administración pública o al concesionario como el suministrador, el usuario como el suministrado, el recurso como el objeto, que es dado en cualquier momento y en la cantidad requerida dentro de los límites del propio servicio (diámetro de la conexión, y horario de suministro previsto, pese a que deba ser constante) a cambio del pago periódico del mismo a través de la tarifa o precio autorizado, bajo un régimen jurídico de derecho público.

Técnicamente se solicitan para uso doméstico muebles sanitarios de bajo consumo del recurso.

e) Régimen de monopolio

En nuestro país, el servicio público de suministro de agua se presta bajo un régimen de monopolio, debido a que las redes de distribución del servicio son las mismas para todos los usuarios independientemente de que se preste por el municipio o por el concesionario.

f) Régimen Tarifario

El servicio público de suministro de agua es de carácter oneroso, lo que implica que todo usuario del servicio pague la tasa o derecho por el consumo del agua potable, de acuerdo a lo establecido en la ley respectiva. En este sentido, las tarifas de agua potable son fijadas de diferente manera en cada municipio, dependiendo de lo que establece la legislación de cada Entidad Federativa; así, en algunas entidades federativas son aprobadas por el congreso local de la entidad, mientras que en otras por el Órgano de Gobierno o Consejo Directivo del organismo operador de agua potable del municipio o localidad o de la Comisión Estatal de Aguas.

CAPITULO DOS: PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA EN EL DERECHO COMPARADO

2. UNIÓN EUROPEA

2.1 El servicio público en la Comunidad Europea

La incorporación en Europa de la libre competencia y el mercado tuvo lugar con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea¹¹⁸ (TCEE), que estableció como finalidades y objetivos crear un mercado europeo único sin fronteras y definir políticas públicas comunitarias, integrantes de valores como la cohesión social, protección del medio ambiente, ordenación territorial, y protección de los consumidores, entre otros.

Este tratado se vio modificado¹¹⁹ en 1986 con el Tratado del Acta Única Europea que constituyó la primer gran reforma y se enfocó no solo en establecer un mercado único sino uno interior para 1992 que implicara un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaría garantizada, y en incorporar políticas comunes; posteriormente en 1992 con el Tratado de la Unión Europea o también conocido como Tratado de Maastricht por el que dejaría de ser la Comunidad Económica Europea (CEE) para convertirse en la Comunidad Europea (CE), la que junto con -las otras dos comunidades- la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM) formarían parte de la nueva Unión Europea. Este tratado creó la Unión Económica y Monetaria con la incorporación del euro¹²⁰, estableció nuevas políticas comunitarias (educación, cultura), y amplió las competencias del Parlamento Europeo (procedimiento de codecisión); por último se modificó en 1997 con el Tratado de Ámsterdam que fortaleció el avance que se llevaba de 1992....

Posterior a la fase de consolidación del mercado y *derivado de la inseguridad de acción exclusiva del mercado para lograr los objetivos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)*¹²¹ se incorporó al artículo 16 del TCE la alusión de los *servicios públicos de interés económico general*¹²² -proveniente del Tratado de Ámsterdam-, que los sitúa entre los valores comunes de la Unión Europea (UE) y destaca su papel en la promoción de la cohesión económica y social y de promoción de la competitividad de la economía europea.

Estos servicios también llamados *servicios de interés general* se establecieron como concepto similar al del servicio público clásico, basados en la obligación de prestar un servicio de calidad a un precio accesible para todos independientemente del lugar y el costo de operación; con ellos se buscó empatar el mercado y el interés general a través

¹¹⁸ La Comunidad Europea, hoy Unión Europea se compone de cuatro instituciones básicas, el Parlamento Europeo (de elección directa de los ciudadanos de todos los estados miembros, previa fijación en el tratado del número de parlamentarios que en cada Estado se eligen) el Consejo de Ministros, el Consejo Europeo y el Tribunal de Justicia.

¹¹⁹ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Tratado CEE - texto original (versión no consolidada)
En: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm

¹²⁰ El 1º de enero de 2002.

¹²¹ El documento base se obtuvo del TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, de la página de la Unión Europea, de: http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325ES.003301.html#C_2002325ES.003301_18_expl

¹²² En 1996 la Comisión Europea presentó una primera Comunicación sobre los servicios de interés general (Comunicación de la Comisión - Los servicios de interés general en Europa [Diario Oficial C 281 de 26.9.1996]) seguida en el 2001 por una nueva comunicación (Comunicación de la Comisión - Los servicios de interés general en Europa [Diario Oficial C 17 de 19.1.2001].) destinada a precisar su campo y criterios de aplicación.

del rompimiento de la identificación entre el servicio público y la titularidad pública del mismo¹²³.

La Comisión Europea estima que el *servicio de interés general*¹²⁴ equivale a aquel que *las autoridades han clasificado como de interés general, sometiéndolo a las obligaciones propias de un servicio público*, considerado básico y que se identifica con los principios sobre los que está construida la UE, en otras palabras, corresponde a las actividades públicas o privadas que atienden cometidos de interés general y están sometidas a obligaciones de servicio público en atención a diversas razones que establecen valores colectivos comúnmente asumidos, y pueden abarcar tanto a los servicios de mercado y los de no mercado, que las autoridades públicas estimen de interés general.

Finalmente, como complemento de la liberalización se creó el concepto de *servicio universal*¹²⁵ como aquel conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas que presten actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles. Con él se busca asegurar la calidad de los servicios para todos los usuarios y garantizar la prestación de los servicios de interés público y que puede, no sean de interés económico para el prestador. Este concepto se fundamenta en la idea de igualdad, regularidad y generalidad, ser igual para todos y con un mínimo de calidad garantizado; en donde aquello que no sea servicio universal queda sujeto a la libre competencia y precio, bajo un registro y autorización de la norma.

Ante la existencia de servicios públicos tradicionales, autorizaciones cercanas al régimen de la concesión, actividades de interés general prestadas en libertad de concurrencia y el mantenimiento al principio de igualdad por vía de la generalización de los servicios universales, se vio modificada la noción tradicional de servicio público y titularidad pública de la actividad, para ir identificándolo con aquel tipo de actividad ejercida por el sector público o privado, sometida a una mayor intervención que el resto de las actividades económicas; sin embargo *“el viejo concepto de servicio público recupera algunos de sus perfiles originarios para justificar y visualizar mejor la excepción al derecho privado... Si hay intervención pública es porque hay dificultades que superan lo individual, finalidades de servicio público, actividades de interés general”*¹²⁶, por lo que, como comenta Martín Rebollo, la idea última del servicio público de Duguit permanece pues aunque cambien los nombres, naturaleza o régimen jurídico, la finalidad subsiste.

En este sentido, una vez establecido el gran mercado en la entonces Comunidad Económica Europea, se buscó un modelo de servicio público que coordinara lo público y privado desde los objetivos de la Unión y no de la titularidad del servicio, por lo que se le dio vida a un nuevo enfoque encaminado en lograr una sociedad con prestaciones y estándares mínimos de bienestar, que corresponden en última instancia a la finalidad del tradicional servicio público.

¹²³ Cfr. MARTÍN Rebollo, Luis, Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras, en CIENFUEGOS Salgado, David y RODRIGUEZ Lozano, Luis Gerardo (Coords.) *op. cit.*, (en nota 1), p. 371.

¹²⁴ Comunicación de la Comisión Europea. DOCE, serie C, núm. 17, del 19 de enero de 2001.

¹²⁵ Cfr. MARTÍN Rebollo, Luis, Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras, en CIENFUEGOS Salgado, David y RODRIGUEZ Lozano, Luis Gerardo (Coords.), *op. cit.*, (en nota 1), p. 372.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 376-377.

2.2. Marco normativo de la prestación del servicio público de suministro de agua en la Unión Europea

Ahora bien, analizar la normatividad de la Unión Europea en materia de prestación del servicio de suministro de agua requiere hacer referencia a la competencia de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente y por consiguiente del agua, para lo que se toma como base el marco competencial que los Estados miembros le han otorgado.

En este sentido, la necesidad de protección del medio ambiente desde su reconocimiento en la Cumbre de París de 1972, y su desarrollo con el Tratado de Ámsterdam generó que la Comunidad Europea estableciera una política medioambiental.

Así, en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Directiva 2000/60/CE del Parlamento y del Consejo)¹²⁷ se estableció la misión de promover un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente (artículo 2) que implicó una política en dicho ámbito por parte de la Comunidad (artículo 3 inciso i).

Este Tratado reconoce la importancia de las exigencias medioambientales, lo que determina su incorporación en la definición y en la realización de todas las políticas de la Comunidad, con el fin de procurar y fomentar un desarrollo sostenible (artículo 6).

En el artículo 174 establece los *objetivos* a alcanzar, *principios*, *medidas de armonización*, *consideraciones* y *competencias*, señala en su primera parte que una política en materia del medio ambiente contribuye a alcanzar:

- “- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
- la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales,
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.”

En un segundo apartado establece que la *política que desarrolle la Comunidad* en esta materia debe tener como *objetivo* lograr un nivel de protección elevado, y considerar la diversidad de sus regiones, bajo *principios* como el de cautela y de acción preventiva, el de corrección de los atentados al medio ambiente, y el de quien contamina paga.

Ahora bien, en cuanto a la *elaboración de la política en materia de medio ambiente* señala en una tercera parte que es necesario tomar en consideración:

- “- los datos científicos y técnicos disponibles,

¹²⁷El documento base se obtuvo del TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, de la página de la Unión Europea, de: http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325ES.003301.html#C_2002325ES.003301_18_expl

- las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad,
- las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción,
- el desarrollo económico y social de la Comunidad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones.”

Finalmente se ocupa de la *competencia de la Comunidad y los Estados miembros* en la que establece que ambos trabajarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes (cuarto apartado).

Por otro lado, el artículo 175 TCE determina que el procedimiento de adopción de los objetivos fijados en el artículo 174 (sobre política medioambiental), se lleva a cabo con la decisión conjunta del Parlamento y del Consejo, en la que éste resuelve por unanimidad sobre la "gestión cuantitativa de los recursos hídricos", mientras que el Parlamento se sitúa en un papel meramente consultivo (artículo 175.2).

Cabe señalar que en el mismo artículo 175 pero ahora en su apartado cuarto, los Estados miembros tienen a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente –y pueden adoptar medidas más rigurosas que las establecidas en el marco normativo europeo como señala el diverso 176-, sin perjuicio de determinadas disposiciones de carácter comunitario.

En consecuencia a lo establecido en el TCE fue aprobada la *Directiva Marco sobre política de Aguas (DMA)* -Directiva 2000/60/CE- de 23 de octubre de 2000 -marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas- para establecer los objetivos y finalidades que se deben perseguir en Europa durante las próximas décadas en cuanto a la protección y la gestión de las aguas.

Este documento se enfoca especialmente en la definición y análisis de las aguas europeas, por cuencas y demarcaciones hidrográficas, así como en la adopción de planes de gestión y programas de medidas apropiados. Se compone de 53 considerandos, 26 artículos y 11 anexos, cuyo contenido se traslada al ordenamiento jurídico de los Estados Miembros¹²⁸.

Mediante esta Directiva marco, la Unión Europea organiza la gestión de las aguas con el fin de prevenir y reducir su contaminación, fomentar su uso sostenible, proteger el medio acuático, mejorar la situación de los ecosistemas acuáticos y paliar los efectos de las inundaciones y de las sequías.

¹²⁸ Directiva Marco sobre política de Aguas (DMA) De: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0060:ES:HTML>

En este sentido, los Estados miembros se encontraban obligados para 2003 a identificar la demarcación demográfica y autoridad competente, y analizar las necesidades de sus territorios desde sus cuencas hidrográficas; y para 2004 a detallar las características de cada demarcación hidrográfica, la incidencia de la actividad humana, el análisis económico de los usos, el registro de zonas de protección especial, y las masas de agua destinadas al consumo humano, de determinadas características.

Respecto de las medidas de gestión y protección, la DMA establece que para diciembre del año pasado (2010) los Estados miembros debían: a) elaborar un plan de gestión y un programa de medidas en cada demarcación hidrográfica bajo los resultados de los análisis y estudios realizados para alcanzar los objetivos ambientales¹²⁹, b) incluir medidas para¹³⁰: conseguir el cumplimiento de la legislación comunitaria, aplicar la *recuperación de costes*, la protección de masas de agua destinadas a abastecimiento, el control de los impactos: contadores, autorización de vertidos, reducción de las sustancias prioritarias, prevención los impactos de accidentes, etc., y c) definir la lista de objetivos ambientales a cumplir en diciembre de 2015¹³¹.

Así, para diciembre del año pasado, los Estados miembros debían garantizar que la política de precios del agua fuera capaz de proporcionar un incentivo adecuado para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos, contribuyan a los objetivos medioambientales de la DMA¹³² y participen en los costos (incluidos los externos medioambientales y los de los recursos). Con el Plan de que dicho Programa opere¹³³ para diciembre 2012 y que se alcancen los objetivos medioambientales en diciembre de 2015¹³⁴.

Por otro lado, esta Directiva señala que se deben establecer regímenes que contemplen sanciones en caso de infracción a la misma, crear una lista y medidas de control de sustancias contaminantes prioritarias, así como normas de calidad aplicables a las concentraciones de las mismas. Y establece, como medida administrativa que el Plan será objeto de revisión posterior cada 6 años, la primera prevista para el 2015.

Lo anterior se observa en la siguiente ilustración sobre la calendarización de la Directiva Marco del Agua:

¹²⁹ Artículo 11 y A-VI de la Directiva Marco sobre política de Aguas.

¹³⁰ *Ibid.*, artículos 9, 7, 11, y 16

¹³¹ *Ibid.*, artículos 4 y A-X.

¹³² *Ibid.*, artículo 9.

¹³³ *Ibid.*, artículo 11.

¹³⁴ *Ibid.*, artículo 4.

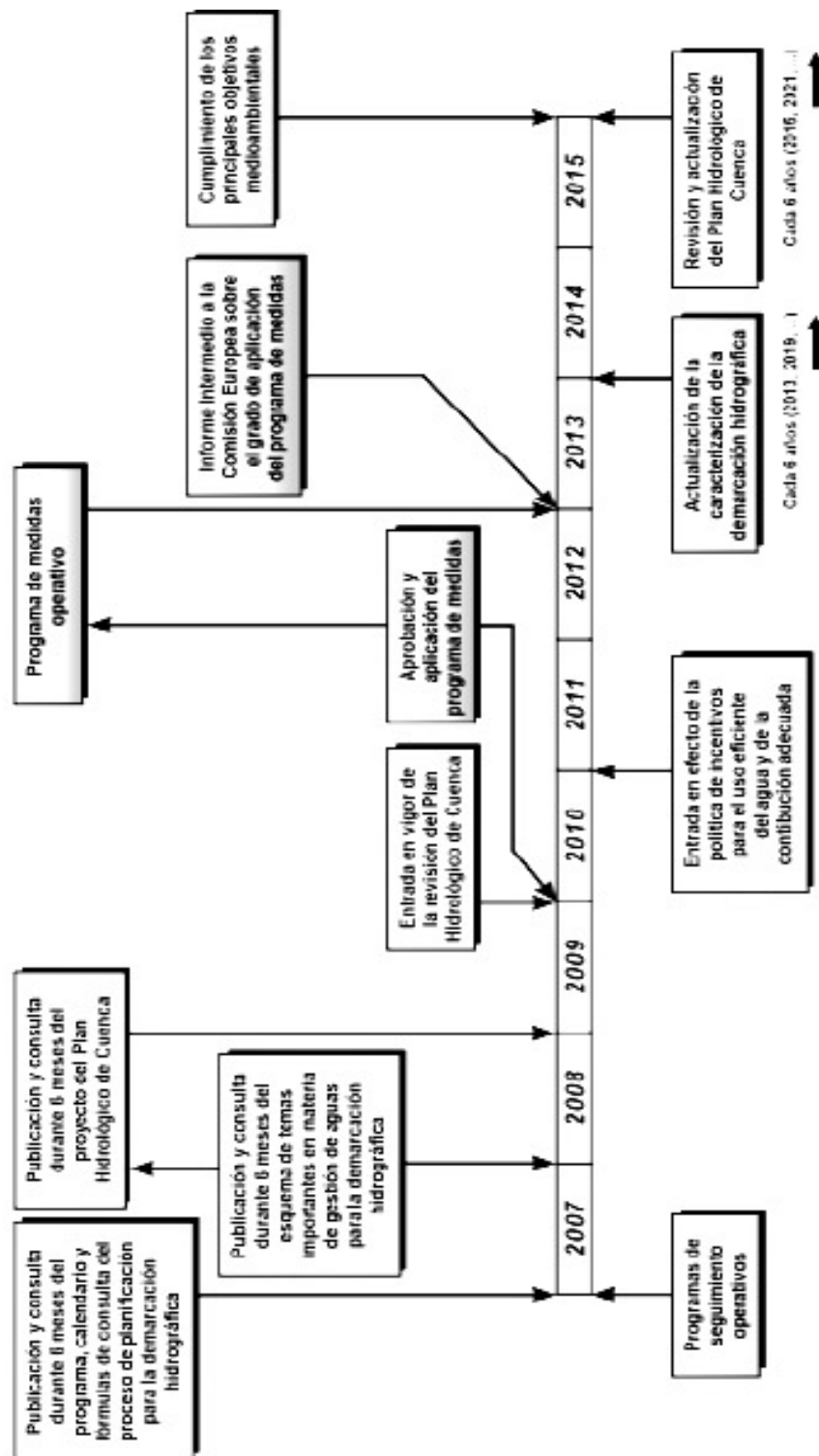


Ilustración Calendario de la Directiva Marco del Agua ¹³⁵

¹³⁵ LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA Y EL PROCESO DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA EN ESPAÑA, Subdirección General de Planificación y Uso Sostenible del Agua, Ministerio del Medio Ambiente, encontrado el 15 de febrero de 2010, de: http://hispagua.cedex.es/instituciones/distribucion/Directiva_Marco_agua.pdf

Ante la tendencia en la Comisión Europea para conformar un marco normativo del agua dentro del ámbito de la economía de la misma se realizó la publicación de libros verdes o blancos¹³⁶ para debatir sobre metas y políticas de cada tema, así, se encuentra la publicación en el 2007 del *Libro verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas*¹³⁷ que respecto al agua considera esencial utilizar instrumentos de mercado para cumplir los requisitos de la Directiva sobre política de aguas.

Finalmente, cabe señalar, que respecto al abastecimiento del agua, la DMA considera – entre otros puntos- que éste es un servicio de interés general, tal como se define en la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa.

En conclusión, en la Unión Europea se busca mejorar las políticas medioambientales, así como el establecimiento de la administración económica del agua y de los patrones de calidad y de control, y se retoman los criterios del TC.

2.3. Marco fiscal de la prestación del servicio de suministro de agua en la Unión Europea

Como se señaló en líneas anteriores, la DMA obligó a los Estados miembros a introducir para el año pasado políticas de precios del agua que fomenten una utilización eficiente de los recursos hídricos.

En este sentido, la Comisión Europea emitió una comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, de 26 de julio de 2000, bajo el nombre de *Política de tarificación y uso sostenible de los recursos hídricos*¹³⁸, en la que pretende:

- 1) Aclarar los aspectos más destacados del recurso a la tarificación del agua para reforzar el uso sostenible de los recursos hídricos,
- 2) Presentar los argumentos por los que la Comisión defiende una aplicación estricta de principios económicos y ambientales sólidos en la política de tarificación del agua, y
- 3) Proponer una serie de principios rectores que respalden la aplicación de la Directiva marco propuesta sobre política de aguas y, especialmente, su artículo sobre la tarificación del agua.

En el referido documento expone que los costes que debe reflejar esta política son los siguientes:

“- Costes financieros: costes directos que incluyen los gastos de prestación y administración, de explotación y mantenimiento, así como los de capital.

¹³⁶ Según la Comisión Europea, los Libros Verdes son documentos de reflexión publicados por la misma sobre un ámbito político específico. Estos documentos están especialmente destinados a las partes interesadas - organismos y particulares - invitadas a participar en el proceso de consulta y debate. En algunos casos, pueden conducir a desarrollos legislativos ulteriores. Mientras que los Libros Blancos son documentos que contienen propuestas de acción comunitaria en un ámbito específico. A veces son la continuación de un Libro Verde publicado con el fin de iniciar un proceso de consulta en el ámbito europeo. Así, mientras que los Libros Verdes exponen un abanico de ideas con fines de debate público, los Libros Blancos contienen un conjunto oficial de propuestas en ámbitos políticos específicos y constituyen la guía para llevarlas a cabo. De: http://europa.eu/documents/comm/index_es.htm

¹³⁷ Cfr. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2007/com2007_0140es01.pdf

¹³⁸ Tarificación [COM (2000) 477 - no publicada en el Diario Oficial] De: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2000&nu_doc=477

- Costes ambientales: costes de los daños que el uso del agua supone al ecosistema (por ejemplo, salinización o deterioro de los suelos productivos).
- Costes de recursos: costes del agotamiento de los recursos que entraña la desaparición de determinadas oportunidades para otros usuarios.”

Así, busca siempre un planteamiento armonizado de la tarificación del agua, y señala que para lograrla debe disponerse de la siguiente información:

- “-Demanda de agua, sobre la que, en el sector agrario por ejemplo, todavía se dispone de escasa información. Es necesario desarrollar métodos de medición (contadores, uso de imágenes obtenidas por satélite, etc.).
- Elasticidad de la demanda de agua en relación con su precio.
- Costes financieros del suministro de agua.
- Costes ambientales y de recursos. La evaluación de tales costes, sin embargo, sigue resultando difícil.”

De igual manera, establece que las estructuras de tarificación deberían incluir un elemento variable (cantidad, contaminación) para que tengan una verdadera función de incentivo.

Por razones de *costes* y de aceptación política este documento establece que la nueva tarificación debe introducirse de forma progresiva, a través de una evaluación sistemática *ex ante* y *ex post* de los efectos sociales y de los efectos en la demanda de la política de tarificación.

Por lo tanto, esta política de tarificación del agua debe perfeccionarse con otras medidas para atender los problemas cualitativos y cuantitativos de uso de los recursos hídricos; y garantizar un equilibrio entre la política de tarificación del agua y las demás de la Unión Europea.

3. ALEMANIA

3.1 Marco constitucional y legal alemán de la prestación del servicio público de suministro de agua

3.1.1 Marco constitucional

Alemania es un Estado con una estructura federal, dividido para su ejercicio en Gobierno Federal, Estados federados y comunas.

Su *Gobierno Federal* está encargado de la legislación marco y de las tareas nacionales de la administración de aguas, mientras que, el Ministerio Federal de Medio Ambiente, Protección de la Naturaleza y Seguridad de los Reactores Nucleares se ocupa de la protección de las aguas, el Ministerio Federal de Economía y Tecnología ostenta la competencia por el abastecimiento de agua y la industria hidrológica, el Ministerio Federal de Educación e Investigación está a cargo del desarrollo de nuevas tecnologías, y el Ministerio Federal de Salud tiene la tarea de definir la calidad del agua potable. En materia de cooperación internacional es el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo quien se encuentra a cargo.

Ahora bien, el sistema federal alemán fue reformado en 2006 con la quincuagésima segunda reforma de la Ley Fundamental de Bonn, con modificaciones en cerca de

cuarenta disposiciones constitucionales¹³⁹, sin embargo, en el caso de la regulación en materia de aguas¹⁴⁰, ésta pasó a formar parte de la competencia exclusiva de la Federación y no así de los Estados Federados (Länder) -quienes anteriormente la tenían y dictaban las normas por las que se regían las comunas en cuanto a la organización y gestión del abastecimiento de agua y del tratamiento de aguas residuales- con la imposibilidad por parte de la Federación de emitir leyes que trasfieran más competencias a ciudades y municipios, con la intención de evitar que las haciendas de las administraciones de las ciudades se vean sobrecargadas por encima de sus capacidades; y a que la Federación debe preparar un Código de Medio Ambiente –Umweltgesetzbuch, UGB- respecto del reparto de competencias en dicha materia, en el que permita a los Länder apartarse de la disciplina federal en sectores específicos como la protección del patrimonio natural.

3.1.2 Marco legal

De conformidad con las disposiciones legales europeas, el derecho alemán ha sido y está siendo adaptado y desarrollado bajo las altas exigencias específicas que plantea un elevado nivel industrial compatible con el entorno natural. Las principales normas en el ámbito federal son, en este marco, las siguientes:

- Ley alemana del régimen hidrológico (WHG),
- Ordenanza de agua potable (TrinkwV),
- Ordenanza de aguas subterráneas
- Ordenanza de aguas residuales (AbwVO),
- Ley de tributos por aguas residuales (AbwAG),
- Ley de compatibilidad ambiental de detergentes y productos de limpieza (WRMG) y
- La Ordenanza de abonos.

Estas normas federales se concretan a nivel de los 16 Estados federados con las diferentes circunstancias y objetivos políticos de los mismos. En el nivel más inferior, las exigencias y estándares tienen la formulación más concreta; pues estos niveles deben cumplir las exigencias marco determinadas por los niveles superiores.

3.2 Sistema de distribución de competencias

En este apartado se analiza la distribución de competencias en materia legislativa, sobre la regulación de la administración del agua, y en materia financiera. Al respecto, en determinados rubros la Federación tiene la competencia jurídica exclusiva, mientras que en otras le pertenece a los Estados, sin embargo, en el caso de la *competencia en materia legislativa sobre la regulación de la administración del agua*, como ya se mencionó, es la Federación la que tiene la exclusividad, marco jurídico que posterior a su elaboración debe ser completado por la legislación estatal.¹⁴¹

¹³⁹ En concreto, se modificaron los arts. 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c y 143c de la Ley Fundamental Alemana.

¹⁴⁰ DE PETRIS, Andrea, *La reforma del ordenamiento federal en Alemania*, Ende gut, alles gut?, Becario de Investigación LUISS Guido Carli, Roma, De: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/02andreadepetris.htm#once>.

¹⁴¹ Al respecto Burgi Hendler señala que éste tiene como consecuencia, el que la amplia concepción sobre la liberalización de la economía del agua no sea realizable sin la influencia de los estados. Burgi Hendler *et al*, *Umweltschutz, Wirtschaft und kommunale Selbstverwaltung*, 16. Thier Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht 2000, UTR 55, 2001, Citado por Christian Pielow, *El desarrollo actual de la economía del agua según el derecho europeo y alemán*, en en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, y SANTIAGO Sánchez, Javier, (Coord.) *El régimen ...*, (en nota 23), UNAM, México, 2007, p. 307.

Cabe señalar que, la reforma al sistema federal alemán no abarcó la modificación al reparto de *competencias financieras* entre la Federación y los Länder, que es objeto de la segunda fase del proceso de reforma del citado ordenamiento.

Tradicionalmente, el abastecimiento de agua y, aún más acentuadamente, el tratamiento de aguas residuales es de responsabilidad de las comunas, pero en vista del creciente nivel técnico y, con ello, del aumento de los costos y a veces de las dificultades de financiamiento, junto a las formas clásicas de dirección comunal, en los últimos 20 años han surgido otras formas de organización, que contemplan la situación local y política específica.

Debido a su estructura federal y a sus procedimientos descentralizados de toma de decisiones, Alemania es uno de los países que cuenta con el mayor número de formas de organización.

En este orden de ideas, juega un papel especial la participación generalmente voluntaria, o dirigida por el Estado federado de las comunas en las mancomunidades de abastecimiento de agua y de tratamiento de aguas residuales, donde busca hacer más eficiente la organización y el abastecimiento de agua y el tratamiento de aguas residuales, y asegurar el mantenimiento técnico y económico de las corrientes fluviales.

Dichas mancomunidades se diferencian por sus tareas, extensión regional y formas de organización. Aunque también se observa diferente la composición de los gremios competentes en las mancomunidades regionales, en los parlamentos y en las comisiones comunales, en las juntas de socios de las mancomunidades, y en los consejos de administración y comités consultivos de las empresas privadas de aguas¹⁴².

Así, la importancia de la administración de aguas en Alemania radica tanto en su organización central, en la participación de los expertos y de las partes interesadas de todas las agrupaciones relevantes, como en el sistema democrático y normativo del Estado en los diferentes intereses.

3.3 Prestación del servicio

Con base en la normatividad constitucional alemana, es destacable el estado que guarda el servicio público y el privado en la prestación del servicio de agua.

La constitución fundamental alemana establece que *“para cada uno de los municipios debe existir la garantía constitucional para legislar sobre todas aquellas cosas de incumbencia regional para el municipio dentro del marco de las leyes”*¹⁴³.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de Justicia¹⁴⁴ emitió un veredicto del que se considera que dentro de las materias sobre las que legisla el municipio se encuentran las necesidades

¹⁴² Cfr. Ministerio Federal de Medio Ambiente, Protección de la Naturaleza y Seguridad Nuclear; Oficina Federal de Medio Ambiente, *El sector hidrológico en Alemania. Métodos y experiencias*. Berlín; BMUUBA; oct. 2001, p. 15. 150 p. Ilus, tab.

¹⁴³ Constitución Federal Alemana Art. 28 p. 2. El original De: http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_28.html

¹⁴⁴ Veredicto de Rastede del Tribunal Federal Superior de Justicia 79, pp. 127-151, citado por CHRISTIAN Pielow, Economía del agua según el Derecho Alemán, De: FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, y SANTIAGO Sánchez, Javier (coords.), *Régimen ...*, op. cit., (en nota 23), p. 308.

que afectan la vida de la población, ámbito en que se ubica la prestación del servicio de suministro de agua.

El cambio en la prestación de este servicio de público a privado no afecta la naturaleza del municipio, aunado a que dentro de las garantías para la autonomía administrativa de éstos, existe la posibilidad de hacer uso de los distintos tipos de privatización existentes dentro "del marco de la ley"¹⁴⁵.

La constitución protege la semiprivatización en las llamadas *cláusulas abiertas* que describen la prestación del servicio de agua como una obligación fundamental del municipio; sin embargo, esta tarea puede ser concesionada a terceros en forma definitiva¹⁴⁶.

Otra forma de privatización en materia de agua tiene lugar con la venta de las redes de ductos para el suministro de agua e instalaciones de purificación, y con el arrendamiento financiero.

De ahí que los municipios pueden escoger entre varias formas de gestión para llevar a cabo la participación del sector privado.

Finalmente la constitución federal establece en su artículo 20 lo siguiente:

"El Estado también protege dentro de la responsabilidad de las generaciones futuras las bases naturales de la vida y de los animales en el contexto del orden constitucional y de la condición de la ley y del derecho por la fuerza que realiza y la jurisdicción"¹⁴⁷.

En donde se establece la garantía de responsabilidad por parte del Estado, sobre los fundamentos naturales de protección para la vida, y por consiguiente al agua, que implica que tratándose de la privatización y liberalización del agua puede realizarse si se garantiza una prestación sustentable.

Concesión

Por cuanto hace al derecho de concesión según el derecho municipal y el reglamento de concesión se considera importante señalar que el derecho municipal establece que los contratos públicos deben ser adscritos previo concurso público.

Con esta medida se obliga a las empresas públicas de la comunidad, a poner los servicios públicos a concurso público, siempre y cuando rebasen el valor límite superior, para lograr que los recursos de ésta categoría sean empleados de la mejor manera posible.

Cabe señalar, que el Tribunal Superior de la Comunidad Europea estableció que es posible que convocar a concurso a empresas mixtas¹⁴⁸ en la concesión de contratos públicos.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 309.

¹⁴⁶ Al respecto Christian Pielow señala como ejemplo el caso de Nordrhein Westfalen, *Ibid.*, p. 305.

¹⁴⁷ El original: "Artikel 20a. Der Staat schützt auch in Verantwortung für die Künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmässigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Massgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung"

¹⁴⁸ Las empresas mixtas son empresas en las que participa la inversión pública.

3.4 Aspecto tarifario de la prestación del servicio de suministro de agua

Independientemente de la forma de organización del abastecimiento de agua potable en Alemania, la regla general prescribe que todos los costos de su abastecimiento deben ser cubiertos por el *precio del agua*.

Las empresas de abastecimiento de agua tiene la obligación de comprobar y demostrar que los precios del agua que aplican no son mayores que los que cobran empresas similares en circunstancias comparables.

Ahora bien, por cuanto hace al *costo de la eliminación de aguas residuales*, éste debe ser asumido por los usuarios privados e industriales mediante el pago de contribuciones y derechos. Por tal motivo, rige la obligación general de conectarse y utilizar el abastecimiento público de agua y la red pública para las aguas residuales.

Finalmente, el *tratamiento de aguas residuales* está sujeto al principio de cobertura de costos, sin embargo, la distribución de los tipos de costos en esta materia, varía de acuerdo a la comuna debido a las circunstancias particulares de las diferentes regiones.

3.5 Ciudad caso

Alemania se ha caracterizado por una notable intervención de la participación pública en la prestación y financiamiento de los servicios públicos, ya que existen cerca de 7,000 empresas dedicadas al suministro del agua que brindan el servicio como una tarea de administración autónoma y son en su mayoría municipales. Asimismo se encuentran asociaciones comunales de interés limitado y sociedades en forma de responsabilidad limitada (GMBH), o en anónimas (AG).

Las empresas privadas sin influencia pública abarcaban para el 2003 el 2% del mercado¹⁴⁹, con una tendencia a la cooperación empresarial entre el sector público y privado. En este sentido se analiza el caso más importante de la privatización parcial, el de Berlín.

BERLIN

Desde 1999 la capital Alemana ha sido administrada por un consorcio de economía mixta llamada BWB (Berliner Wasser Betriebe) como Institución de Derecho Público (AöR) en el que participa, por un lado, con el 49.9% la denominada Berlinwasser Holding, S.A. conformada por el consocio eléctrico RWE Aqua GmbH¹⁵⁰, la empresa de agua Veolia conocida inicialmente como Vivendi (Compagnie Générale des Eaux Deutschland GmbH)¹⁵¹, y a la empresa de seguros Allianz Capital Partners GmbH¹⁵² -que vendió su parte años más tarde-; y por otro, la ciudad de Berlín con el 50.1%.

Así, bajo el modelo de Holding la BWB mantuvo la forma de gestión de "Institución del Derecho Público" que tenía en el momento de su privatización parcial para mantener sus ahorros fiscales, donde las tarifas de la División Alcantarillado Sanitario y Saneamiento

¹⁴⁹ Cfr. Laskowski, *Die Deutsche Wasserwirtschaft im Kontext von Privatisierung un Liberalisierung*, ZUR, 2003, pp. 1y 2. Fuente: http://www.zeitschrift-fuer-umweltrecht.de/zur/hefte/ZUR_03_01.pdf . Encontrado el 5 de mayo de 2008.

¹⁵⁰ Con una participación del 45%.

¹⁵¹ Con una participación del 45%.

¹⁵² Con una participación del 10%.

continúan libres del Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA), así como la parte de las ganancias anuales de esta división que recibe el socio Berlín del Impuesto sobre la Renta (ISR); por otro lado, la permanencia del Estado Federal de Berlín como garante financiero de la compañía genera en las instituciones bancarias un alto grado de credibilidad.

La contratación de dicha empresa pública se encuentra en vigor por tiempo indefinido, sin embargo, puede ser rescindida mediante aviso de cinco años, por primera vez, para el 31 de diciembre de 2028.

Los principales objetivos de esta privatización parcial consistieron en lograr un alto flujo de recursos financieros en el presupuesto estatal, reducir los compromisos empresariales del Estado al mantener cierta influencia, mejorar mediante conocimientos externos la rentabilidad económica de la BWB, y llevar a cabo un programa de grandes inversiones *sin aumentar las tarifas*; pero además, con garantizar la permanencia laboral del personal, y mejorar el emplazamiento industrial.

Berlín se enfrentó a diversas dificultades para incorporar el sector privado en los servicios de agua debido a la compleja organización de las empresas que conformaban el consorcio, en la junta directiva de la Berlinwasser Holding, S.A. con cuatro direcciones con la participación -según establecía el contrato del consorcio- de las empresas que la integraban y del senado de Berlín.

En este sentido, se acordó en el año 2000 una reestructuración de las actividades del consorcio con la creación de cuatro ámbitos de competencia: Empresas, Internacional, Servicios y Multi Utility.

La BWB aumentó el precio del agua en un 15% para 2004, y anunció en 2003 otro del mismo porcentaje para el año pasado¹⁵³. Medida que ha sido considerada contradictoria con el contrato de privatización, ya que éste establece que posterior al 31 de diciembre de 2003 podían aumentarse las tarifas siempre y cuando no sobrepasara la tasa de inflación para reducir las tarifas a largo plazo¹⁵⁴.

En el balance realizado en el 2001 se consideró que la privatización parcial de la BWB fue exitosa, derivado de que los objetivos del Senado de Berlín comparados con los resultados obtenidos en esa fecha eran satisfactorios; no obstante, no reflejó una mejoría en el presupuesto de Berlín, ni en los problemas estructurales de la misma; aunado a que pese a lo prometido, el precio del agua nunca bajó, al contrario aumentó en un 50% a los 6 años, además de la pérdida, para esa fecha, de 2000 puestos de trabajo.

De ahí, que a pesar de que Alemania sea un país rico en recursos hídricos (188.000 millones de metros cúbicos de agua al año), se encuentra como el segundo país industrializado con menor consumo de agua -actualmente con uno medio de 125 litros diarios, 22 litros menos que en 1990-¹⁵⁵; sin embargo, la venta de derechos sobre el agua

¹⁵³ WERNER Krüger Hans, *Alemania: el continuo retroceso de los servicios públicos de agua*, p. 102, Fuente: *Por un modelo público de agua: triunfos, luchas y sueños*, El viejo topo, España, 2005, ISBN 84-96356-50-7, págs. 97-106, Encontrado el 29 de mayo de 2008. De: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=9795>

¹⁵⁴ Tomando en cuenta la creación de nuevos impuestos como el denominado impuesto anual sobre la red de tuberías (Konzessionsabgabe).

¹⁵⁵ La actualidad de Alemania, encontrado el 15 de febrero de 2010, de: <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/umwelt-klima-energie/startseite-klima/das-blaue-gold-wasser-und-nachhaltigkeit.html>

solo generó beneficios a las ciudades¹⁵⁶ en un primer momento, pues posterior a la privatización, la infraestructura permaneció pero los costos se incrementaron.

4. ESPAÑA

4.1 Aspecto Jurídico y Político de la prestación del servicio público de suministro de agua

4.1.1 Marco constitucional y legal de la prestación del servicio de suministro de agua en España

A) Marco constitucional

En relación a la prestación del servicio de suministro de agua en España, su Constitución¹⁵⁷ establece consideraciones en materia de agua al tratar la regulación de los bienes de dominio público¹⁵⁸ y comunales, así como la competencia que tiene el Estado para legislar, ordenar y concesionar los recursos y aprovechamientos hidráulicos y aquella con que cuentan las Comunidades Autónomas en la misma materia¹⁵⁹.

Por otro lado, no contempla un concepto de servicio público pues solo lo refiere indirectamente como consecuencia del reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas, al indicar que en los Presupuestos Generales del Estado puede establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los **servicios públicos** fundamentales en todo el territorio español según el artículo 158.1, y la celebración de convenios entre las Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas de acuerdo al artículo 145.2.

Finalmente no habla de servicios públicos sino de reservar al sector privado servicios esenciales pues establece el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica en su artículo 128. 2, que a la letra dice "*Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*". Y contempla en el artículo 129.1 que la ley instaurará las formas de participación en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

B) Marco legal

La legislación del agua en España abarca, el establecimiento del régimen jurídico del dominio público hidráulico y la protección de las aguas continentales, costeras y de

¹⁵⁶ Como en Mülheim an der Ruhr y en Beilrode-Arzberg, en el estado de Sacasen. En: Deutsche Welle, Economía alemana, 23.06.2006, El agua fluye en manos privadas, encontrado el 15 de febrero de 2010 : <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,2065981,00.html>

¹⁵⁷ Vid. Constitución de España en <http://81.89.32.200/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

¹⁵⁸ Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

¹⁵⁹ Artículos 132.1, y 149.1.22 y 148.1.10, que serán analizados en el apartado del sistema de distribución de competencias.

transición; sin embargo, sufrió modificaciones derivadas de las medidas fiscales y administrativas y del orden social de la DMA, mediante el artículo 129 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre.

Dicha situación generó la modificación del Texto Refundido¹⁶⁰ de la Ley de Aguas (TRLA) en cuanto a una nueva definición de cuenca hidrográfica e introducción del concepto de demarcación hidrográfica, a la creación del Consejo del Agua de la Demarcación y del Comité de Autoridades Competentes, la modificación de artículos que hacen referencia al objeto, contenido, elaboración y aprobación de los Planes hidrológicos, la introducción de nuevos objetivos medioambientales, y del principio de recuperación de costes de servicios relacionados con la gestión del agua.

4.1.2 Sistema de distribución de competencias

Para la Constitución Española el agua se considera como el objeto de una competencia a distribuir entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de ahí que establezca los criterios para la distribución competencial en materia de aguas en sus artículos 148.1.10 y 149.1.22 que a la letra dicen:

“Artículo 148

1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

10.^a Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.”

“Artículo 149

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

22.^a La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma...”

De la expresión *cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma*¹⁶¹ del 149 deriva el criterio territorial de distribución de competencias que asegura la coherencia de una gestión para cada cuenca hidrográfica¹⁶². Y que del concepto de *cuenca*, se incorpora el "principio de unidad de gestión de la cuenca hidrográfica" entendido como la unidad de gestión del recurso, considerado como indivisible¹⁶³.

Cabe señalar que, a través de la Ley de Aguas, el Estado asignó sus competencias, en las cuencas intercomunitarias a la Confederación Hidrográfica u Organismo de cuenca, órganos coparticipados por el Estado, usuarios y Comunidades Autónomas del territorio correspondiente¹⁶⁴, encomendándoles a éstas últimas la gestión de los recursos hídricos.

Por su parte, el referido 148.1.10 señala que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias sobre *"los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma"* de que

¹⁶⁰ Un texto refundido se refiere a aquel que integra en un único cuerpo legal sistemático varias leyes anteriores y sus sucesivas modificaciones.

¹⁶¹ Expresión que significa: el territorio por el que fluyen al mar una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único, según el artículo 16 del texto refundido de la Ley de Aguas (29/1985, de 2 de agosto)

¹⁶² Cfr. ESCUIN Catalina, *Presente y Futuro del derecho de aguas en España*, Tirant, España, 2007, p.55.

¹⁶³ Según los artículos 14 y 16 de la Ley de Aguas.

¹⁶⁴ Cfr. ESCUIN Catalina, *op. cit.*, (en nota 162), p. 55.

se trate, de donde deriva el interés como criterio de distribución de competencias que puede o no presentarse de manera conjunta con el del territorio, supuesto último en el que el Estado podría realizar actuaciones en el territorio de una sola comunidad, y que las cuencas intercomunitarias pueden ser objeto de la competencia autonómica¹⁶⁵.

En este sentido, la distribución de competencias hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas es considerada desde la constitución, donde se establece para el Estado -en el caso de que las aguas atraviesen más de una Comunidad Autónoma- exclusividad sobre legislación, ordenación y concesión hidráulica; y para las Comunidades Autónomas competencia: 1) en materia de aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente dentro de la Comunidad, 2) en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales, regadíos de interés para la Comunidad Autónoma, y 3) en materia de aguas subterráneas.

Competencias hidráulicas de las Entidades Locales

La Ley Básica de Régimen Local (LBRL) establece en el artículo 26 la competencia hidráulica de los Municipios respecto de la prestación del servicio de abastecimiento y depuración de aguas, el que señala:

"1. Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

a) En todos los Municipios: Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente.

2. Los Municipios podrán solicitar de la Comunidad Autónoma respectiva la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos que les correspondan según lo dispuesto en el número anterior cuando, por sus características peculiares, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio Ayuntamiento..."

Mientras que el artículo 85.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) manifiesta que son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, y el 86.3 del mismo establece que se encuentran reservadas a favor de éstas las siguientes actividades o servicios esenciales:

"...abastecimientos y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; (servicios mortuorios*). El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios".

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 56-57.

Finalmente, respecto a la gestión de los servicios o actividades reservadas, el artículo 95 del Texto Refundido de las disposiciones legales en materia de Régimen Local (TRRL) establece que los servicios públicos locales pueden ser gestionados directa o indirectamente. Medios de gestión contemplados en el artículo 85 de la LRBRL y que corresponden para la *gestión directa* a la de la propia entidad local, organismo autónomo local, la entidad pública empresarial local, y sociedad mercantil local cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma. Y para la *gestión indirecta*, mediante las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que corresponden a la concesión, gestión interesada, concierto o sociedad mercantil o cooperativa legalmente constituida en cuyo capital social participe minoritariamente la entidad local.

En resumen, a las entidades municipales les corresponden los servicios de abastecimiento, depuración y evacuación de aguas residuales y la fase de infraestructuras secundarias que son dotaciones públicas, que asumen los propietarios del suelo y las empresas prestadoras.

4.1.3. Prestación del servicio

En base a la normatividad constitucional española se desarrollan las modalidades de uso del dominio público hidráulico para considerar la prestación del servicio del uso privativo.

El Texto Refundido de la Ley de Aguas regula en el título IV la utilización del agua pública, y establece las siguientes modalidades: a) *Usos comunes*: en la que todos pueden usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales para beber, bañarse y otros usos domésticos, b) *Usos comunes especiales*: en la que se debe obtener autorización previa de autoridad administrativa, y c) *Uso privativo*: requiere de la obtención de una concesión administrativa, o del derecho a su uso por disposición legal, y excepcionalmente, de autorización¹⁶⁶.

En este sentido, los títulos jurídicos que permiten el aprovechamiento del uso privativo son la concesión administrativa y disposición legal, el contrato de cesión del derecho de aprovechamiento, y la reserva por parte de la Administración prevista en el art. 59.5 TRLA¹⁶⁷.

Al respecto, la Ley de 1985 incorpora el derecho de aprovechamiento que define como “*un derecho real de goce caracterizado por permitir el uso y disfrute de las aguas de dominio público de carácter temporal y limitado en su ejercicio por la ley en aras del interés público*”, donde los medios de adquisición de este derecho al uso privativo son el aprovechamiento por disposición legal, por concesión administrativa y el de agua reutilizada por el titular de una autorización de vertidos, donde está prohibida la adquisición del aprovechamiento del agua por prescripción¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Artículo 52 TRLA.

¹⁶⁷ Que establece: “*Los órganos de la Administración Central o de la Comunidades Autónomas podrán acceder a la utilización de las aguas previa autorización especial extendida a su favor o del Patrimonio del Estado, sin perjuicio de terceros*”.

¹⁶⁸ Artículo 51.2 de la Ley de 1985.

No obstante, el principal medio de adquisición del uso y aprovechamiento del agua en España es la concesión administrativa.

4.2 Aspecto económico de la prestación del servicio de agua

La Constitución Española señala en el artículo 133, que la potestad originaria para el establecimiento de los tributos corresponde al Estado mediante ley, y que son las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales las que pueden establecer y exigir tributos de acuerdo con la misma y las leyes.

La legislación estatal se caracteriza por gravar el uso o el aprovechamiento, previa autorización o concesión administrativa, de los cauces y lechos por donde transcurre el agua como lo establece en el artículo 112 del TRLA, y por no hacerlo respecto del uso o aprovechamiento de las aguas continentales, ya sean superficiales o subterráneas renovables. Respecto del precio, la Ley de Aguas no le otorga alguno al agua, derivado de su condición de bien del dominio público.

Existen tributos recuperadores del costo de las infraestructuras hidráulicas que comprenden el de la inversión y el los gastos de mantenimiento o explotación de las mismas; donde si bien, la legislación de los Estados y comunidades autónomas no imponen una repercusión del 100% del costo de la infraestructura hidráulica, ésta sí llega en su totalidad a repercutir en el usuario, cuando -en el ámbito local- es cubierta por el Municipio o la entidad concesionaria.

En este sentido, el Estado ha establecido el canon de regulación y la tarifa de utilización, que reciben las confederaciones hidrográficas en el caso de cuencas intercomunitarias y los entes locales, a través de la tasa o tarifa por distribución del agua o por alcantarillado; y en algunas la tarifa de abastecimiento y saneamiento de agua; pero, son los cánones (1 y 2) previstos en la Ley de Aguas y la fiscalidad municipal (3) relativa a la gestión de las aguas, los principales tributos que tienen por objeto la recuperación del costo de las obras públicas.

Así, el canon de regulación recae sobre las personas titulares de derechos al uso del agua que obtienen una mejora o beneficio de los usos o bienes afectados al aprovechamiento del agua, bien sea directa o indirectamente.

Por otro lado, la tarifa de utilización del agua recae sobre las personas titulares de derechos al uso del agua que utilicen las obras hidráulicas realizadas íntegramente por el Estado, y sobre los contratantes al mismo derecho, cuando tengan que utilizar las infraestructuras para la cesión del agua, las instalaciones o infraestructuras hidráulicas del Organismo de cuenca o cuando tenga éste encomendada su explotación¹⁶⁹.

Finalmente, por lo que hace a la fiscalidad relativa a la gestión municipal del agua respecto de la distribución en baja¹⁷⁰, ésta se lleva a cabo mediante el establecimiento de

¹⁶⁹ Artículo 70.2 del Texto Refundido de la Ley del Agua.

¹⁷⁰ Existen dos tipos de distribuciones del agua. La distribución en *baja*, que comprende las redes de distribución, y canalizaciones urbanas, utilizadas por Ayuntamientos o Comunidades de Regantes que suministran directamente el recurso a los usuarios: agricultores, hogares, industrias y centrales eléctricas. Este nivel incluye aquellas infraestructuras que se precisan para el retorno del agua a los cauces, como el alcantarillado, los sistemas de saneamiento y las plantas de tratamiento de aguas residuales, que funcionan bajo las condiciones establecidas por

tasas para cualquier supuesto de realización de servicios públicos de competencia local, y en particular sobre el servicio de alcantarillado, tratamiento y depuración de aguas residuales, incluida la vigilancia esencial de alcantarillas particulares, y la distribución de agua cuando tales servicios sean prestados por entidades locales¹⁷¹.

4.3 Ciudad caso

Con la intención de analizar la gestión del servicio público de agua en España, se expone el tratamiento de la comunidad autónoma de la Región de Madrid; decisión que se basa en la amplitud de usuarios y en la gestión del servicio de abastecimiento y saneamiento de agua como empresa pública.

MADRID. Empresa pública

La competencia de la Comunidad de Madrid en materia de aguas reconocidas en la Constitución Española se conforma por el Canal de Isabel II, Comisaría de Aguas del Tajo, Confederación Hidrográfica del Tajo, Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, y Ayuntamientos. Sin embargo, por razón de importancia en la gestión del servicio se analiza el correspondiente al Canal de Isabel II.

En este sentido, Madrid inicia en 1984 con una política de saneamiento de las aguas residuales establecida en la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, relativo al abastecimiento y saneamiento del agua¹⁷², la que puede ser ejercida por la Comunidad de Madrid al ser de interés de la misma, consistir en una obra pública, y tratar sobre proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos.

Su competencia se encuentra establecida en el artículo 25 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid emitido mediante la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de Febrero¹⁷³, en sus apartados 26.1.1.5 y 26.1.1.8 que a la letra dicen:

“Artículo 26 (Modificado por Ley Orgánica 5/1998)

1.- La Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:

...

1.5.- Obras públicas de interés de la Comunidad, dentro de su propio territorio.

...

la legislación. Los usuarios finales son principalmente los consumidores urbanos y los operadores económicos (agricultores, sector turístico, sector industrial). Y la distribución en *alta*, que comprende el almacenamiento, la regulación y el transporte de agua mediante grandes presas y conducciones principales. Este nivel se identifica con obras públicas que precisan grandes inversiones y que cuentan con largos periodos de amortización. En la mayoría de los casos, este nivel sólo se asocia a los recursos superficiales, puesto que los recursos subterráneos normalmente no precisan infraestructuras de tanta envergadura y alto coste. Los usuarios finales en este nivel son los Ayuntamientos o empresas suministradoras de agua a municipios y asociaciones o comunidades de regantes. Cfr. ESCUIN Catalina, *op. cit.*, (en nota 162), p. 60.

¹⁷¹ Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, art. 20.4.

¹⁷² El abastecimiento incluye los servicios de aducción y de distribución, el primero comprende las funciones de captación y alumbramiento, embalse, conducciones por arterias o tuberías primarias, tratamiento y deposito; el segundo, la elevación por grupos de presión y reparto por tuberías, válvulas y aparatos hasta las acometidas particulares. El saneamiento incluye los servicios de alcantarillado y depuración, el primero comprende la recogida de aguas residuales y pluviales y su evacuación a los distintos puntos de vertido, y el segundo, la devolución a los cauces o medios receptores, convenientemente depurada.

¹⁷³ EACM Fuente: <https://www.diba.es/innovacio/fitxers/madrid.pdf> . Encontrado en: 31 de mayo de 2008.

1.8.- Proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad. Aguas nacientes, superficiales, subterráneas, minerales y termales, cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.
..."

Sin embargo, también tiene facultad para delegarla en las entidades locales y otros organismos siempre que sea para mejorar la eficacia de la gestión pública, en este sentido, encomienda los servicios hidráulicos al Canal de Isabel II según lo señala el artículo 6º de la Ley 17/1984 que dice:

"1. La explotación de los servicios de aducción y depuración promovidos directamente o encomendados a la Comunidad de Madrid será realizada por el Canal de Isabel II en todo el territorio de la comunidad.
2. El Canal de Isabel II realizará también las funciones relacionadas con los servicios hidráulicos que le sean encomendadas por la Comunidad de Madrid."

El Canal de Isabel II¹⁷⁴ es una *empresa pública* reguladora de la administración institucional de la Comunidad de Madrid, que se configura como entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia según el relativo artículo 7.1.

Este canal es regulado por la Ley 17/1984 de 20 de diciembre; y por la número 1/1984, de 19 de enero, de la Comunidad de Madrid; la Ley general presupuestaria número 11/1977, de 4 de enero; y por el Real Decreto 1091/1977, de 1 de abril y sus normas complementarias.

El Canal de Isabel II se rige por un consejo de administración¹⁷⁵ cuya composición es determinada por el Consejo de Gobierno el que también determina a los órganos de Gobierno, fija el régimen de sus acuerdos, facultades, funciones delegables, designa a su presidente, y establece la consejería a la que adscribe el Canal de Isabel II¹⁷⁶.

Tiene asignados según el artículo 9.2 para el cumplimiento de sus fines, "*todos los bienes y recursos que constituyen su patrimonio actual, los que se afecten en el futuro, y especialmente, los ingresos procedentes de los servicios de abastecimiento y saneamiento prestados por el mismo*".

El régimen jurídico de actuación del Canal respecto de los contratos que celebre para la instalación, reparación y conservación de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento y sus *relaciones con los usuarios es de derecho privado* según lo establece el artículo 10.

Esta Ley permite que la Comunidad de Madrid apruebe planes sectoriales "*a fin de coordinar la actividad de las Entidades locales mediante la definición concreta de los*

¹⁷⁴ Para lograr la gestión integral del recurso agua en la comunidad de Madrid se incorporaron al Canal de Isabel II los patrimonios, funciones y obligaciones de la fundación provincial para abastecimiento de aguas potables y del consorcio para el abastecimiento de agua y saneamiento a los pueblos de la Sierra de Guadarrama (CASRAMA).

¹⁷⁵ En el que se encontrarán representados los municipios afectados y la Comunidad de Madrid.

¹⁷⁶ Artículo 8 de la Ley 17/1984 de 20 de febrero de 1984.

intereses comunitarios y locales"¹⁷⁷. Y que asuma a instancia de las Entidades locales, las funciones que en la ley se les atribuyen¹⁷⁸.

En ella también se reconoce el interés municipal en los servicios relativos a la distribución de agua y en los servicios de alcantarillado o captación de aguas residuales. En este sentido, se les reservan en relación con los servicios de *aducción y depuración* las iniciativas de:

“Artículo 2.4:

- a. Redacción y aprobación inicial y provisional de planes y proyectos, cuya aprobación definitiva corresponderá a la Comunidad de Madrid.
- b. Ejecución de las obras correspondientes.
- c. Prestación de servicios, mediante cualquiera de las fórmulas previstas por la legislación vigente.
- d. Propuesta de modificación de tarifas.”

Por otro lado, considera un tratamiento supramunicipal de los problemas generados por los servicios de abastecimiento y saneamiento cuya prestación exija la superación de los límites del término municipal o de los que lleguen a tener evidentes repercusiones fuera de ellos.

Establece que los *Ayuntamientos*, en el ejercicio de sus competencias y en relación con los servicios de aducción y depuración *podrán ejercer entre otras iniciativas la propuesta de modificación de tarifas*.

Finalmente, esta ley señala que las tarifas de abastecimiento de agua y saneamiento deben comprender los gastos de prestación de los servicios y considerar los principios de unidad, igualdad, progresividad y suficiencia¹⁷⁹.

Gestión del servicio de abastecimiento y recolección de agua por parte del Canal Isabel II

El Canal de Isabel II abastece a casi 6 millones de habitantes de la Comunidad de Madrid, para ello cuenta con las aportaciones de 7 ríos de la sierra del Guadarrama: Alberche, Guadarrama-Aulencia, Guadalix, Manzanares, Lozoya, Jarama y Sorbe, y los principales acuíferos de nuestra región: el detrítico terciario y las calizas de Torrelaguna.

Esta empresa dispone de instalaciones que aseguran el mantenimiento del servicio de forma continuada y con la presión requerida: depósitos reguladores, estaciones de elevación y redes de distribución. Desde 1985 comenzó a construir las estaciones depuradoras de aguas residuales, entre otras acciones para devolver en óptimas condiciones el agua a los ríos después de su utilización. En la actualidad, tras el convenio firmado con el Ayuntamiento de Madrid en 2005 gestiona la totalidad de la depuración de la región.

¹⁷⁷ *Ibid.*, artículo 5.2.

¹⁷⁸ *Ibid.*, artículo 5.3.

¹⁷⁹ Según la exposición de motivos de esta Ley corresponde el primero a exigir a cada entidad prestadora su vinculación al ciclo completo del agua en la Comunidad de Madrid para gestionar los intereses particulares de la prestación de cada uno de los servicios, el segundo a establecer una tarifa idéntica a todos los usuarios que son servidos por una misma entidad para un mismo servicio, el tercero a primar su empleo para cubrir necesidades vitales y penalizar su despilfarro, y el cuarto a mantener los niveles de prestación del servicio sin deterioro.

El Canal de Isabel II da servicio a 1.087.268 clientes; gestiona 14 embalses¹⁸⁰ en la Comunidad de Madrid con una capacidad total de almacenamiento de agua de 945,9 hectómetros cúbicos.

La red de distribución de agua potable (tuberías que van desde los depósitos a las casas) del Canal de Isabel II comenzó a construirse en el año 1851 y, en la actualidad alcanza los casi 13.500 kilómetros. Su cuidado exige una política de renovación y mejora encaminada a minimizar las pérdidas de agua ocasionadas por fugas y roturas. La inversión anual dedicada por la empresa a la renovación de sus conducciones ronda los 30 millones de euros.

Cuenta con 9 laboratorios y 30 estaciones de vigilancia automática que realizan una media de 7.154 análisis diarios para controlar la calidad del agua, cifra que implica un análisis cada 12 segundos. Dispone de 81 instalaciones de captación de aguas subterráneas, distribuidas en 6 zonas de extracción, que incorporan los recursos extraídos a las grandes conducciones y depósitos del sistema general de abastecimiento; asimismo, como complemento, se cuenta con los sistemas locales de menor capacidad de extracción, destinados exclusivamente a emergencias en los abastecimientos conectados.

En períodos húmedos la demanda hídrica se cubre normalmente con aguas superficiales, mientras que en épocas de sequía, estimados en 1 año de cada 4 ó 5 en promedio entran en servicio entre otros recursos las aguas subterráneas.

Este Canal también dispone de 18 estaciones de elevación, que toman el agua de sus correspondientes depósitos y la elevan para poder llegar a las zonas más altas de la Comunidad de Madrid. Asimismo cuenta con 22 depósitos reguladores¹⁸¹ de gran tamaño, el primero de ellos construido en 1879, además de 240 de menor capacidad.

El sistema de abastecimiento permite tratar el agua procedente de cualquier fuente de suministro, pues cuenta con 11 estaciones de tratamiento con capacidad nominal para tratar 43,5 metros cúbicos de agua por segundo en total. En 1967 entró en servicio la primera de ellas, la planta de Torrelaguna, sin embargo, la de mayor capacidad es la Colmenar de 1976 que alcanza un caudal de 16 metros cúbicos de agua por segundo.

Con el convenio firmado entre la Comunidad de Madrid, el Ayuntamiento de Madrid y Canal de Isabel II en 2005, la Entidad se hace cargo de la gestión de siete grandes depuradoras existentes, más una futura, en fase de construcción, que dan servicio a casi 4 millones de usuarios, con lo que opera los más de 3.500 kilómetros de alcantarillado de la capital, y completa así su presencia en todas las etapas del ciclo integral del agua dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Respecto a las redes de alcantarillado gestiona 485 kilómetros en un total de 43 municipios de la región.

En el ámbito de la reutilización es uno de los primeros con la puesta en marcha del plan "*madrid dpura*", que introduce el concepto de reutilización como pilar del desarrollo sostenible, mediante la gestión eficiente de los recursos hídricos contribuyendo al aumento neto de los mismos pues en 1985, comenzó a construir las estaciones depuradoras,

¹⁸⁰ Recintos impermeabilizados donde se almacena el agua.

¹⁸¹ Recintos impermeabilizados donde se almacena el agua que abastece a la población.

programadas dentro del Plan Integral de Agua en Madrid. Para el año 2004 logra el Plan Cien por Cien de Depuración, cuyo objetivo era: alcanzar la depuración de todos los municipios del territorio de la Comunidad, anticipándonos a la fecha fijada por la Unión Europea. Actualmente tiene 139 estaciones de depuración.

Así, con la firma del convenio con el Ayuntamiento de Madrid gestiona las siete estaciones regeneradoras de agua residual (ERAR) de la capital, y abarca la totalidad de la depuración en la Comunidad de Madrid.

El Sistema de comunicaciones del Canal de Isabel II está equipado con tecnología que permite conectar en tiempo real con todos los puntos de actividad de la Empresa y proporciona diversos servicios de comunicaciones.

Las inversiones más importantes llevadas a cabo responden al objetivo de garantizar un nivel satisfactorio de funcionamiento de la explotación, mantener los niveles de eficiencia productiva y competitividad, y ampliar el sistema de abastecimiento con nuevas infraestructuras hidráulicas, así como el de depuración y mantenimiento.

Finalmente, *sobre la tarifa* por los servicios de agua que presta el Canal de Isabel II, o en su caso, que gestiona por acuerdo con los Ayuntamientos, y usos a los que se destina el agua, se debe distinguir entre los diferentes servicios que equivalen al de Aducción y distribución (abastecimiento); y Alcantarillado y depuración (saneamiento). Estos son facturados bimestralmente, y corresponden para el de abastecimiento de una parte fija (cuota de servicio) que garantiza el suministro y de una parte variable, en función del consumo realizado en el bimestre. Su fundamento legal se encuentra en la mencionada Ley 17/1984 de 20 de diciembre; en el Decreto 31 octubre 1975, núm. 3068/75 por el que se establecen las relaciones económicas con los abonados. Canal de Isabel II (Ministerio de Obras Públicas). BOE 27 noviembre 1975, y la Orden 497/2007, de 26 de diciembre, del Vicepresidente Primero y Portavoz del Gobierno, por la que se aprueba la modificación de las tarifas de los servicios de abastecimiento, saneamiento y agua reutilizable prestados por el Canal de Isabel II. BOE 31 de diciembre de 2007.

5. CHILE

5.1 Aspecto Jurídico y Político de la prestación del servicio de suministro de agua

5.1.1 Marco constitucional y legal de la prestación del servicio de suministro de agua en Chile

a) Marco constitucional

La Constitución Política de la República de Chile hace referencia a los derechos de aguas, estableciendo en el capítulo *de los derechos de propiedad privada*, artículo 19, número 24, inciso 11, la propiedad sobre las aguas a través de derechos reconocidos o constituidos a los particulares de acuerdo con lo establecido en ley.

b) Marco legal

Entre 1988 y 1990 se aprobaron en Chile reformas legales que dieron lugar a la creación de instituciones nuevas, especialmente para lograr el autofinanciamiento, cobertura y

calidad total del agua. En 1988 entró en vigor la Ley General de Servicios Sanitarios que dio entrada a la participación privada en las empresas de las 13 regiones del país. Así, dos años después se creó el ente regulador Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS).

Posteriormente en 1998 se aprobó una ley que permite la participación del sector privado con la intención de aumentar la eficiencia de las empresas, mejorar la calidad del servicio y crear una fuente de ingresos para poder financiar el tratamiento de aguas servidas. Pero fue a partir de 2001 que el gobierno decidió no seguir con aquel modelo y sustituirlo por la transferencia -durante 30 años- de los derechos de explotación de las compañías a actores privados.

En este sentido, el marco jurídico en el que se basa la política hidrológica de Chile es el Código de Aguas de 1981, que la considera como un bien nacional de dominio público¹⁸² pero establece la privatización la propiedad del agua separándola del dominio de la tierra, y crea un mercado de derechos de la misma, con su libre compra y venta.

Finalmente a la par de éste Código existen sobre la materia las siguientes cinco leyes fundamentales, con sus reglamentos:

- Ley General de Servicios Sanitarios. DFL núm. 382 del 21 de junio de 1989.
- Ley de Fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado, DFL núm. 70 al 30 de diciembre de 1988, y su reglamento D.S. MINECON N° 453/1989.
- Ley de Subsidio de Pago de Consumo de Agua Potable y Servicio de Alcantarillado de Aguas residuales, Ley núm. 18.778 del 2 de febrero de 1989, y su Reglamento D.S. N°195 de 1998.
- Y las leyes que autorizan al Estado para Desarrollar Actividades Empresariales en Materia de Agua Potable y Alcantarillado, y disponen la Constitución de Sociedades Anónimas para tal efecto. Ley núm. 18.777 del 8 de febrero de 1989, y Ley núm. 18.885, del 12 de enero de 1990.

5.1.2 Sistema de distribución de competencias

En base al modelo establecido para la prestación del servicio de agua en Chile que permitió su privatización y dejó el derecho a su explotación sujeto al mercado de aguas, se puede señalar que es el Estado como autoridad el que asigna permanentemente los derechos sobre el agua a quienes los usan, y deja en manos de los particulares la prestación del servicio y en las de las asociaciones de usuarios la reglamentación de las transacciones.

5.1.3 Prestación del servicio

Institucionalmente en la prestación del servicio hídrico intervienen las siguientes dependencias:

La Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) que ejerce las funciones reguladoras y fiscalizadoras de la actividad de las empresas que operan en este sector, está encargada del cumplimiento de las normas que le son propias, de proponer al Instituto Nacional de Normalización la normativa técnica, otorgar las concesiones de servicios sanitarios, fijar las tarifas y proponer los decretos respectivos al Ministerio de Economía, bajo la firma de cuyo ministro son remitidos para la correspondiente verificación a la Contraloría General de la

¹⁸² Artículo 5° del Código de Aguas.

República (al igual que toda Resolución o Decreto que materialice actos administrativos), interpretar las disposiciones jurídicas y técnicas contenidas en la legislación, atribución que le ha sido delegada por la Contraloría General de la República, actuar como instancia administrativa para conocer y resolver las discrepancias que se produzcan entre Prestadores y usuarios, aplicar sanciones y, también fiscalizar a las empresas sanitarias y a los establecimientos industriales generadores de residuos industriales líquidos, según lo establece la Ley General de Servicios Sanitarios, D.F.L. N° 382.- Santiago, 30 de Diciembre de 1988, en relación con la Ley de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, (Ley 18.902, publicada en el Diario Oficial el 27 de Enero de 1990).

El Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción que fomenta y fiscaliza las actividades en los sectores de la industria, los servicios y el comercio, cuya principal función en relación al sector sanitario es la fijación de los precios regulados, a proposición de la Superintendencia.

El Ministerio de Obras Públicas al que le corresponde la administración de la legislación en materia de recursos hídricos, la asignación de los derechos de agua y la aprobación de los derechos de concesión para establecer, construir y explotar servicios sanitarios.

El Ministerio de Salud que vigila la calidad del agua en los servicios sanitarios que no están bajo la jurisdicción de la Superintendencia (que no son servicios públicos sanitarios) y oficializa las normas de calidad estudiadas bajo las disposiciones del Instituto Nacional de Normalización.

Asimismo intervienen la Comisión Nacional del Medio Ambiente, organismo dependiente del Ministerio Secretaria General de la Presidencia de la República, que coordina y vela por el cumplimiento de la normativa medioambiental.

En lo que respecta a la vigilancia general de las normas de competencia, la identificación de actividades de tipo monopólica es labor de la Fiscalía Nacional Económica y las Comisiones Antimonopolio (Resolutiva y Preventiva). La Comisión Resolutiva, puede apoyar la labor de la Superintendencia en el caso que sea preciso calificar que determinada actividad desarrollada por un prestador tiene características monopólicas y, por tanto, requiere sujetarse a fijación de precio.

Aquí los Consumidores no tienen una directa participación en el esquema regulatorio como ocurre en otros países donde existen sistemas de consulta pública en los procesos de fijación de tarifas. Sin embargo, la Superintendencia vela por sus derechos en la relación cliente - empresa, y actúa en segunda instancia cuando sus solicitudes de atención o reclamos no sean adecuadamente respondidas, o en el tiempo razonablemente dispuesto para ello. Por los derechos de los consumidores vela también el Servicio Nacional del Consumidor, organismo que se centra en una labor de tipo informativo y orientadora en favor de los consumidores. Adicionalmente, la Superintendencia promueve las acciones de las empresas sanitarias en pro de disponer de usuarios informados, conocedores de sus derechos y obligaciones.

Finalmente, en el marco general de defensa de los consumidores, se dictó durante 1997 la Ley de los Derechos de los Consumidores que reconoce sus derechos, regula las relaciones entre proveedores y consumidores desde la perspectiva de la armonización de los intereses en juego, establece las infracciones en perjuicio del consumidor y señala los

procedimientos aplicables tanto para hacer efectiva la sanción que corresponda como para resolver los conflictos que se produzcan entre proveedores y consumidores. Todo lo anterior, sin perjuicio de las atribuciones que sobre la materia tengan los respectivos organismos reguladores sectoriales.

Ahora bien, en cuanto a la forma de prestación del servicio de suministro agua el artículo 12 del Código de Aguas establece que los derechos de uso sobre la misma, son consuntivos o no consuntivos, de ejercicio permanente o eventual, continuo, discontinuo o alternado entre varias personas.

Este código también establece que estos derechos son concedidos en forma gratuita y a perpetuidad, lo que genera que la redistribución se realice a través del libre mercado¹⁸³.

Por último, cabe señalar que, el propietario de los derechos de aprovechamiento del agua no se encuentra sujeto a restricciones en el uso del agua.

GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA

La concesión se encuentra regulada por la Ley General de Servicios Sanitarios, DFL núm. 382 del 21 de junio de 1988 y su reglamento el D.S. N° 121 de 1992, el que establece una modalidad de gestión del sector mediante el otorgamiento de concesiones a sociedades anónimas.

Esta ley regula el procedimiento de solicitud y adjudicación de las concesiones (arts. 12 al 21), así como las normas generales a que estará sujeta la explotación de los servicios sanitarios, asimismo permite la entrada de capitales privados para el desarrollo del servicio público sanitario mediante las concesiones, pues señala que los prestadores de estos servicios están sujetos al régimen de concesiones cualquiera que sea su naturaleza jurídica, pero con las excepciones respectivas.

En este sentido, busca mediante, la *concesión* permitir la instalación, construcción y explotación de un servicio sanitario, ya sea de producción o distribución de agua, o de recolección y disposición de aguas residuales¹⁸⁴. Ésta se otorga a petición, o por licitación, a una sociedad anónima abierta, su plazo es indefinido, pero puede caducar si el concesionario no cumple con lo establecido en la ley o en el decreto de concesión¹⁸⁵.

Esta ley asegura a los usuarios su derecho a un servicio de calidad y a un precio competitivo, y a las empresas el derecho de recaudar las tarifas pues confiere al prestador la obligación¹⁸⁶ de garantizar la continuidad y la calidad del servicio y le otorga el derecho¹⁸⁷ de cobrar por los servicios y exigir aportes de financiamiento reembolsables, cobrar reajustes e intereses corrientes por atrasos en los pagos de las cuentas, suspender los servicios -previo aviso si hay deuda pendiente-, cobrar los costos de suspensión y de reposición, y cobrar por las reparaciones de daños causados por los usuarios.

¹⁸³ Cfr. ANGUIITA Pablo, *Precio del agua y participación pública - privada en el sector hidráulico*, Proyecto Concesión Embalse Illapel, en ROEMER, Andrés, *Derecho y economía*, Miguel Ángel Porrúa, 2004, México, p. 256-257.

¹⁸⁴ Artículo 7 de la Ley General de Servicios Sanitarios

¹⁸⁵ *Ibid.*, artículo 24.

¹⁸⁶ *Ibid.*, artículo 36 bis.

¹⁸⁷ *Ibid.*, artículo 36.

De igual manera, establece disposiciones sobre la fiscalización de las concesionarias, y normas que buscan impedir la concentración de la propiedad en el sector, con la imposición de restricciones a la participación en la propiedad a nivel de concesiones sanitarias y entre concesiones sanitarias y empresas de servicios públicos que sean monopolios naturales de distribución eléctrica o de telefonía local.

Las concesiones son otorgadas mediante decreto del Ministerio de Obras Públicas bajo el informe de la Superintendencia de Servicios Sanitarios. El decreto contiene las normas y cláusulas relativas al programa de inversiones que debe desarrollar la concesionaria, el régimen de tarifas y el de garantías.

Por último, cabe señalar que los sistemas de agua potable rural¹⁸⁸ no cuentan con una regulación jurídico - institucional y no están sujetos al cumplimiento del régimen de concesiones sanitarias. Por tanto, estos se forman y constituyen como un servicio particular, bajo la forma de un Comité o Cooperativa u otra figura jurídica que acuerden los interesados, con lo que obtienen los permisos de funcionamiento del Ministerio de Salud a través de los respectivos Servicios de Salud del Ambiente de la jurisdicción. No obstante, los sistemas rurales deben cumplir con las normas sobre calidad de los servicios (Título III, D.F.L. MOP N°382/88) y las normas técnicas respectivas. El régimen tarifario se regula por las disposiciones estatutarias de cada comité o cooperativa. La fiscalización de la calidad de los servicios corresponde a los Servicios de Salud del Ambiente (Ministerio de Salud).

5.2 Aspecto económico de la prestación del servicio de agua

El sistema de cobro del servicio hidráulico en Chile se encuentra establecido en la Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios, DFL N° 70 de 1988.

En el proceso tarifario que establece, intervienen factores relativos a las etapas de producción, distribución, alcantarillado y disposición.

Las tarifas deben buscar la sustentabilidad del servicio y considerar la necesidad de contar con uno que sea eficiente, que implique un mínimo costo para el usuario, que se garantice a través del proceso paralelo de tarificación basado en el funcionamiento de una empresa modelo¹⁸⁹; y que no genere déficit, es decir, que mantenga viable la empresa al ajustar las tarifas de manera eficiente para cubrir los costos medios de largo plazo. Asimismo deben incluir cargos fijos y variables en los que se encuentra el consumo no punta, consumo punta, sobreconsumo, alcantarillado¹⁹⁰, tratamiento, y fluoración, así como su revisión cada cinco años.

Los valores base de las tarifas que las empresas sanitarias aplican a los servicios que prestan, se encuentran fijados en los respectivos decretos tarifarios, y referidos a una determinada fecha, para mantenerlos en términos reales se encuentran relacionados a determinados índices, de manera que cuando se acumula una variación de 3% por la

¹⁸⁸ Servicios que se prestan en áreas calificadas como rurales conforme con los respectivos instrumentos de planificación territorial (Plan Regulador), y que no reúnen los requisitos de servicio público de distribución de agua potable que establece la Ley General de Servicios Sanitarios para estos efectos (inciso 2º, artículo 5º, D.F.L. MOP N°382/88).

¹⁸⁹ La empresa modelo es una empresa prestadora de servicios de suministro de agua potable y alcantarillado diseñada para proporcionar eficientemente dichos servicios, de acuerdo a la normatividad vigente, y las restricciones que deba tomar en cuenta para su actividad.

¹⁹⁰ Con precio único.

aplicación de tales índices, las empresas pueden reajustar (o rebajar según corresponda) los valores en aplicación, y así constituir las nuevas tarifas vigentes.

Así, las tarifas se establecen por grupos tarifarios que varían de acuerdo a la región¹⁹¹, disponibilidad del recurso, y dispersión espacial de los usuarios entre otras.

Subsidio al pago del consumo de agua potable

Mediante la Ley N°18.778 de febrero de 1989 se estableció entre otros un subsidio al pago del consumo de agua potable (servicios sanitarios) para salvaguardar a las familias de menores ingresos.

Este subsidio es otorgado y administrado integralmente por las Municipalidades de cada comuna, sin intervención de la Superintendencia, está disponible para los clientes residenciales de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado de aguas servidas. A través de este beneficio, el Estado financia una parte de un consumo máximo de 15 metros cúbicos de agua potable.

Por otra parte, de acuerdo a la ley 19.949, que estableció un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado "Chile Solidario", existe una cantidad adicional de subsidios al consumo de agua potable, que cubren el 100% de los primeros 15 metros cúbicos de consumo.

Se efectúa una rebaja en los primeros 15 metros cúbicos de consumo, en un porcentaje que puede variar entre 25% y 85%, determinado según los niveles tarifarios de la localidad que corresponda y según el nivel socioeconómico de los beneficiarios.

El subsidio se aplica al cargo fijo y a los cargos variables de agua potable, su duración es hasta el 31 de enero del año siguiente, con la posibilidad de ser renovado automáticamente cada año hasta por un máximo de tres años, transcurrido ese tiempo, el interesado puede volver a postular, para lo que se debe acreditar ante la Municipalidad que los motivos que permitieron su otorgamiento se mantienen.

Consumo

Finalmente, respecto del consumo de agua potable, en las zonas urbanas, éste ha disminuido desde 1998, en una medición de alrededor del 96% del consumo; en 2006, el consumo total de agua potable fue de 958 millones de metros cúbicos, lo que equivale en promedio, a 196 litros por habitante y día.

5.3 Ciudades caso

Como se señaló anteriormente, la prestación del servicio de agua en Chile es realizado por particulares en virtud de ser un bien susceptible de ser concesionado. En este sentido, el análisis que se realiza en esta sección respecto de la gestión de este servicio en las ciudades de Santiago de Chile, Valparaíso, La Serena y Talca se basa de manera general

¹⁹¹ Chile se encuentra organizado en 12 regiones político-administrativas y la región metropolitana.

en información establecida por la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) sobre la región¹⁹² a que corresponde cada una de ellas y, de manera específica a la de cada ciudad.

EL GRAN SANTIAGO DE LA REGION METROPOLITANA

La ciudad de El Gran Santiago forma parte de la Región Metropolitana. Las empresas concesionarias de servicios sanitarios que prestan servicio en ésta región son las siguientes:

- Aguas Andinas S.A.
- Aguas Cordillera S.A.
- Aguas de Las Lilas S.A.
- Aguas Los Dominicos S.A.
- Aguas Manquehue S.A.
- Aguas Nova S.A.
- Aguas Santiago ex SAPBSA
- Aguas Santiago Poniente S.A. - ASP
- Alberto Planella Ortiz Loteo Santa Rosa del Peral
- BCC S.A.
- Comunidad de Servicios Remodelación San Borja - COSSBO
- Empresa de Agua Potable Lo Aguirre S.A. - EMAPAL
- Empresa de Agua Potable Melipilla Norte S.A.
- Empresa de Servicios Sanitarios Aguas de Colina S.A.
- Empresa de Servicios Sanitarios Lo Prado S.A. - SEPRA
- Empresa Particular de Agua Potable y Alcantarillado La Leonera S.A.
- Explotaciones Sanitarias S.A. - ESSA
- Huertos Familiares S.A.
- Lo Aguirre
- Lo Prado
- Sanitaria Aguas Lampa - Aguas Lampa
- Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Maipú - SMAPA
- Servicios Sanitarios Larapinta S.A - SELAR
- Servicios Sanitarios Llanos del Solar S.A.
- Servicomunal S.A.
- Servilampa S.A.
- Valle Grande S.A.

La Región metropolitana registró para diciembre de 2007 respecto a la cobertura urbana de servicios sanitarios una población urbana estimada de 6.457.549, con 1.694.602 inmuebles residenciales, 1.694.480 clientes residenciales de agua potable, una población urbana abastecida de 6.457.078, y una cobertura urbana de agua potable del 100,0%.

Ahora bien, la ciudad de El Gran Santiago ha tenido una evolución en la cobertura urbana de agua potable de 99.7% en 1996, 88.8% en 1997, y 100% a partir de 1999; al respecto cabe precisar que según datos a diciembre de 2007, el agua potable en esta región otorgada por la empresa Aguas Andinas a la comunidad correspondió a un total de 1,267,628 clientes residenciales de agua potable, y 1 inmueble residencial no conectados a

¹⁹² Cabe señalar que Chile se encuentra dividido políticamente en 15 regiones, las que se subdividen en provincias (53) y éstas a su vez en comunas (346) en total. Cada una de las regiones posee un número romano asignado originalmente de acuerdo a su orden de norte a sur, a excepción de la Región Metropolitana de Santiago.

la red de agua potable, en una población urbana estimada de 4,852,260, con una población urbana abastecida de 4,852,256, y así una cobertura de agua potable del 100%.

VALPARAISO DE LA REGIÓN DE GRAN VALPARAÍSO

La ciudad de Valparaíso pertenece a la región V de Gran Valparaíso, las empresas que prestan el servicio hídrico en esta región son:

- Aguas de Lilen
- Brisas de Mirasol
- Cooperativa de Agua Potable Santo Domingo Ltda.- COOPAGUA
- Corporación Balneario Algarrobo Norte - Algarrobo Norte
- Empresa de Agua Potable Los Molles - E.A.P. Los Molles
- Empresa de Servicios Sanitarios Lago Peñuelas S.A. - Lago Peñuelas
- ESVAL S.A
- Inmobiliaria Norte Mar S.A.
- Mirasol de Algarrobo
- Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Ltda.- SASIPA

La Región Valparaíso registró para diciembre de 2007 respecto a la cobertura urbana de servicios sanitarios una población urbana estimada de 1.437.776, con 493.321 inmuebles residenciales, 489.430 clientes residenciales de agua potable, una población urbana abastecida de 1.427.648, y una cobertura urbana de agua potable del 99,3%.

La ciudad de Valparaíso tiene una evolución en cobertura urbana de agua potable de 96.1% en 1996, 98% en 1997, que disminuyó a 96.2% en 1998, y 95.2% en 1999, y logró 98.1% en 2000, 99% en 2001, 99.2% en 2002, 2003 y 2004, y 99.3% desde 2005 a 2007. Con la empresa ESVAL, el agua potable otorgada a la comunidad de Valparaíso para diciembre de 2007, correspondió a un total de 76,923 clientes residenciales de agua potable, y 241 inmuebles residenciales no conectados a la red de agua potable, lo que suma un total de inmuebles residenciales de 77,184, en una población urbana estimada de 260,330, con una población urbana abastecida de 259,450, y una cobertura de agua potable del 99.7%.

GRAN LA SERENA

La comunidad de La Serena-Coquimbo o Gran La Serena se encuentra en la Región de Coquimbo (IV) en la que el servicio hídrico es prestado por las siguientes empresas:

- Aguas del Valle S.A.
- Aguas Pichidangui
- Empresa Aguas La Serena S.A.
- Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A. - ESSAN IV
- Empresa de Servicios Sanitarios San Isidro S.A. - ESSSI IV
- Empresa de Servicios Totoralillo S.A. - ESSETO
- Lago Peñuelas

La Región Coquimbo registra para diciembre de 2007 respecto a la cobertura urbana de servicios sanitarios una Población urbana estimada de 527.088, con 163.324 inmuebles residenciales, 163.216 clientes residenciales de agua potable, una población urbana abastecida de 526.723, y una cobertura urbana de agua potable del 99,9%.

La ciudad de La Serena tiene una evolución en la cobertura urbana de agua potable de 99.2% en 1996 y 1997, 99.3% en 1998, 99.7% en 1999 y 2000, y 99.9% a partir de 2001 a 2007, que como las anteriores, para diciembre de 2007 el agua potable otorgada por la empresa Aguas del Valle a la comunidad de La Serena corresponde a un total de 50,775 clientes residenciales de agua potable todos conectados a la red de distribución, en una población urbana estimada y abastecida de 159,166, con lo que brinda una cobertura de agua potable del 100%.

TALCA

La ciudad y comuna de Talca pertenece a la Séptima Región del Maule, las empresas que brindan el servicio hídrico en esta región son las siguientes:

- Aguas Nuevo Sur Maule S.A.
- Cooperativa Maule
- Cooperativa Sagrada Familia
- Cooperativa Sarmiento
- Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A. - ESSAN VII

Esta región registra para diciembre de 2007 respecto a la cobertura urbana de servicios sanitarios una Población urbana estimada de 649.374, con 202.821 inmuebles residenciales, 202.207 clientes residenciales de agua potable, una población urbana abastecida de 647.507, y una cobertura urbana de agua potable del 99,7%.

Por su parte, la ciudad de Talca tiene una evolución de la cobertura urbana de agua potable de 99.2% en 1996, 99.3% en 1997, 99.4% en 1998, 99.5% en 1999 y 2000, 99.6% en 2001, y 99.7% a partir de 2002 a 2007, donde para diciembre de 2007 el agua potable otorgada por la empresa Aguas Nuevo Sur Maule a la comunidad de Talca corresponde a un total de 66,806 clientes residenciales de agua potable, y 62 inmuebles residenciales no conectados a la red de agua potable, lo que suma un total de inmuebles residenciales de 66,868, en una población urbana estimada de 203,031, con una población urbana abastecida de 202,843, y brinda así una cobertura de agua potable del 99.9%.

Así, la evolución histórica del nivel de coberturas en agua potable en estas ciudades muestra que en relación a la época del inicio de la reforma de 1977, la cobertura de agua potable alcanzaba el 86. Al momento de impulsar las reformas de 1988, con la creación de las empresas Estatales bajo el régimen jurídico de sociedades anónimas, la cobertura de agua potable aumentó a 98%, mientras que a dos décadas ésta alcanzó más del 99%, pero sin control sobre los efectos para la misma.

En este sentido, el sistema para la prestación del servicio de suministro de agua establecido en Chile se caracteriza por llevarse a cabo a través de empresas que son de propiedad privada o están operadas por estos actores, con altos niveles de cobertura, disponibilidad y tarifas variables y con un sistema de subsidios, sin embargo, para asegurar que la prestación produzca realmente beneficios sociales, la comercialización del agua tiene que hacerse dentro de un marco institucional que obligue a compradores y vendedores a tomar en cuenta los impactos sobre otros, es decir, sin llegar a afectar a los recursos, o a terceros.

CAPÍTULO TRES: ASPECTOS ECONÓMICO, JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA EN LA RELACIÓN ENTRE LA FEDERACIÓN, ENTIDADES FEDERATIVAS Y MUNICIPIOS

3. EL SISTEMA ECONÓMICO EN LA PRESTACIÓN DEL SUMINISTRO SERVICIO PÚBLICO DEL AGUA

3.1 *Sistema económico mundial*

El sistema económico según Jorge Witker al parafrasear a Joseph Lagujie corresponde, a través del principio de escasez al conjunto de estructuras, relaciones e instituciones complejas que resuelven la contradicción presente en las sociedades humanas ante las ilimitadas necesidades individuales y colectivas, y los limitados recursos naturales disponibles para satisfacerlas¹⁹³.

El sistema económico toma como base los elementos de producción equivalentes a lo que se produce, cómo se hace, y para quién.

Históricamente dos han sido los predominantes a nivel mundial, el sistema capitalista o economía de mercado, y el sistema comunista o economía centralmente planificada; sin embargo, también se encuentra el sistema mixto dual o sistema de economías formadas por sectores públicos y privados o descentralizados. Sistemas que se analizarán a continuación, y de los que se deja en último lugar al capitalista por importancia para el estudio de la presente investigación.

a) *Sistema socialista*

Los sistemas socialistas surgieron como reacción del sistema capitalista que generaba riquezas pero colocaba al hombre en situación de miseria, fueron inspirados por las ideas de Carlos Marx y culminaron en el actual socialismo.

Marx señalaba que la estructura económica, e infraestructura de la sociedad era la base real de la superestructura jurídica y política y a las que correspondían determinadas formas de conciencia social¹⁹⁴, al respecto Serra Rojas comenta que “*para Marx la superestructura social es una simple consecuencia de la forma de la producción, es decir, de la estructura económica de la sociedad*”¹⁹⁵.

Este sistema busca producir para el consumo interno a través de empresas estatales inscritas en planes económicos destinados a toda su sociedad, la que le garantiza consumos mínimos globales¹⁹⁶. El primer país que lo adoptó fue Rusia en 1917, actualmente sólo lo siguen Cuba, Vietnam, Corea del Norte y la República Popular de China.

¹⁹³ WITKER Jorge, *op. cit.*, (en nota 50), p. 56.

¹⁹⁴ Cfr. SERRA Rojas, Andrés, *Derecho económico*, 9ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 52.

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ Cfr. WITKER Jorge, *op. cit.*, (en nota 50), p. 56.

b) Sistema mixto

El sistema mixto o dual busca producir para el mercado y para la colectividad, acepta tanto a las empresas estatales como a las privadas, tiene como destinatarios a los consumidores reales como a los sectores con limitado poder de compra¹⁹⁷, también es llamado economía social de mercado, economía de mercado con planificación indicativa, economía socialista de mercado, economía de mercado administrativo, y Estado social de derecho¹⁹⁸. Surge en la década de 1930 como resultado de la caída de las economías puras de mercado, se apoya en las teorías de Maynard Keynes y del Nuevo Trato, del presidente Roosevelt de Estados Unidos de Norteamérica de 1934.

c) Sistema capitalista

El sistema capitalista es el sistema económico predominante en nuestros días, para poder definirlo sin crear confusión con sus componentes debe establecerse la diferencia de los términos capitalismo y capital. En donde, el término de *capital* designa al elemento de producción creador de riqueza, es decir, la suma destinada a ser colocada, o invertida para que produzca un interés¹⁹⁹; y el término de *capitalismo*²⁰⁰, de la voz *kapitalism*, se refiere al régimen económico fundado en el predominio del capital como elemento de producción y creador de riqueza²⁰¹ en el cual los elementos más atrasados se presentan junto a las más elevadas formas de organización²⁰².

El capitalismo se basa en los principios de propiedad privada, libertad personal²⁰³, e iniciativa y propiedad privada de empresas -principios también conocidos como libertad de empresa y de elección, e interés propio-, este sistema considera que los recursos deben estar en manos de los particulares para facilitarles el uso y control en sus labores productivas y en donde las empresas puedan elegir el tipo y tiempo de operación del negocio, los recursos económicos y su transformación a mercancías o servicios que se ofrezcan en el mercado por ellas dispuesto.

Este sistema cuenta con una producción destinada al cambio, es decir, a la creación de mercancías, con fuerzas productivas y relaciones sociales y de producción, basadas en un determinado tipo de propiedad de los medios de producción²⁰⁴, los cuales pertenecen a los particulares <capitalistas>, y son trabajados bajo una amplia cooperación y división del trabajo por el resto de la población <asalariados>; sin embargo, este sistema no se da en estado puro, pues coexisten otros grupos sociales que no emplean asalariados como los propietarios pequeños, los profesionistas o algunos campesinos.

La visión original del capitalismo respecto del papel del Estado, equivale a una mínima ingerencia de éste en el sector privado, pues la actividad económica se rige por si sola mediante la existencia de la competencia, y en donde el Estado únicamente interviene

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ DROMI, José Roberto, *Derecho Administrativo Económico*, Astral, Buenos Aires, 1977, citado por WITKER Jorge, *Ibid.*, p. 61.

¹⁹⁹ Cfr. H. Sée, *Orígenes del capitalismo moderno*, México, FCE, 1961, p.11, citado por CARDERO García, María Elena, *El sistema capitalista contemporáneo*, México, UNAM, 1986, p. 4.

²⁰⁰ También se consideran como sinónimas las expresiones de libre empresa y economía de mercado.

²⁰¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 19ª ed., 1970, p. 254, T. II.

²⁰² SEMO Enrique, *Historia Mexicana y Lucha de Clases*, México, ERA, 6ª ed., 1988, p.112.

²⁰³ Esta libertad abarca tanto a las empresas, a los trabajadores y los consumidores, pues la empresa puede manejar sus recursos como crea conveniente, los trabajadores realizar un trabajo cualquiera que esté dentro de sus capacidades y los consumidores ser libres de escoger lo que desean consumir.

²⁰⁴ Cfr. LANGE Oskar, *Economía política*, México, FCE, 1969, p.25.

para gestionar la defensa nacional, hacer respetar la propiedad privada y garantizar el cumplimiento de los contratos.

El capitalismo se identifica con la economía de mercado, sujeta al juego libre, en donde debe haber un equilibrio entre la oferta y demanda, y en la que si no lo hay se tiende, mediante una rectificación de los precios, al desequilibrio y por consiguiente a las crisis de sobre-producción por exceso de la oferta, o la inflación por exceso de la demanda. El sistema está enfocado en producir lo que el mercado demande por medio de empresas privadas destinadas a consumidores que tengan poder de compra; así, el Estado y el derecho protegen el libre desenvolvimiento del orden económico privado a través de la política y un subsistema jurídico individualista y privado²⁰⁵.

En base a lo anterior, puede decirse que el capitalismo es un sistema económico en el que predomina el capital sobre el trabajo, y en el que los individuos privados y las empresas de negocios llevan a cabo la producción y el intercambio de bienes y servicios mediante complejas transacciones en que intervienen precios y mercados, con mayor esplendor en el siglo XIX, y ajustes en el XX que desembocaron en la Primera Guerra Mundial en 1914, y la gran crisis de 1929-1930.

Capitalismo monopolista

El capitalismo avanzó a una fase denominada monopolista de Estado²⁰⁶ que tuvo lugar durante la Primera Guerra Mundial y posterior a la gran crisis de 1929-1932, que deriva de la cooperación entre los monopolios y el Estado capitalista, en donde éste último se convierte en un factor determinante para la supervivencia y crecimiento de los procesos de monopolización que conllevan a nuevas formas de explotación, internacionalización de la producción y competitividad libre con sectores nacionales o extranjeros altamente monopolizados. Posterior a esta forma de capitalismo se avanza al neoliberal.

Sistema capitalista neoliberal

El sistema capitalista neoliberal toma como base a la corriente del liberalismo²⁰⁷ según la cual, el Estado debe seguir una política de mínima intervención, o de «dejar hacer», relativa a que cada individuo buscará lo mejor para sí mismo y para el otro con el fin de beneficiar a todos, con la labor del Estado corregir los casos en que esto último no se cumpla. Esta corriente promueve las libertades civiles y el máximo límite al poder coactivo de los gobiernos sobre las personas, busca el desarrollo de las libertades individuales y, a partir de ésta, el progreso de la sociedad, y el establecimiento de un Estado de Derecho en el que todas las personas estén sometidas al mismo marco mínimo de leyes. Así, el liberalismo tiene restricciones económicas por parte del Estado, con intereses superiores a los del individuo.

Con la crisis de 1929 este sistema se vio criticado, y se generó la intervención del Estado en la economía con la finalidad de propiciar y fomentar la inversión y en consecuencia la producción, el empleo y la demanda, para retardar la llegada de la crisis económica, lo que

²⁰⁵ Cfr. WITKER, Jorge, *op. cit.*, (en nota 50), p. 55 y 56.

²⁰⁶ Las principales teorías son desarrolladas por Marx y Lenin. *Vid.*, SEMO Enrique, *op. cit.*, (en nota 195), p. 127 y 128.

²⁰⁷ Dentro de sus precursores se considera a John Locke como uno de los principales, al escribir su Segundo tratado sobre el gobierno civil. Posterior a él, Adam Smith y David Ricardo aportan a esta corriente consideraciones en cuanto a la conexión entre libertad política y prosperidad económica. Y Montesquieu en cuanto a la política.

generó el auge de un nuevo sistema conocido como keynesianismo de 1936 a la década de 1960.

La intervención del Estado en la economía tuvo fuertes críticas ante los efectos negativos que éste tuvo para la sociedad, dio lugar así al neoliberalismo²⁰⁸, que se presenta en los años 80's cuando Margaret Thatcher y Ronald Reagan establecen un parte aguas para su aplicación al utilizar en sus políticas económicas ésta corriente. Así, es en ésta década y en la de 1990 se reafirmó el sistema neoliberal como una oposición a los excesos, abusos y corrupciones del intervencionismo estatal.

El sistema capitalista neoliberal, o neoliberalismo económico se caracteriza²⁰⁹ por basarse en el principio de *laissez faire* (dejar hacer), y en la libre competencia del mercado, señala que el Estado no debe intervenir en la economía, y por el contrario sólo debe garantizar y estimular la libre competencia, en la libre circulación de las mercancías, capitales y personas entre los países; en consecuencia evitar el proteccionismo y estimular la apertura hacia el exterior del comercio y las nuevas inversiones, en la privatización de las empresas estatales a empresarios nacionales y extranjeros, en que el mercado mundial tiene prioridad al interno, y en que los objetivos básicos de la política económica son el crecimiento económico, pero con equilibrio financiero, comercial y gubernamental. Por lo tanto, su principal planteamiento afirma que el libre mercado -sin restricciones estatales- es el único mecanismo que asegura la mejor asignación de recursos en la economía.

Este sistema considera²¹⁰ que el mercado es el centro de lo social, restringido a los sectores financiero y bursátil, en torno a los que giran los otros mercados de bienes y servicios que solicitan los agentes económicos. En él lo económico y social se forman independientemente del Estado, por lo que éste debe ser sólo un complemento, mientras que el derecho debe ajustarse a las leyes del mercado, por ser un estado de derecho regido por las leyes del mercado.

En este sentido, el Estado al replegarse de la economía genera simplificación de sus instrumentos de dirección y regulación, y permite autonomía en la libre contratación de empresarios, trabajadores y consumidores, con lo que se subordina al mercado; y con lo que la política económica trabaja en función de grupos de presión y alianzas que buscan en mayor medida el lucro privado, que, los intereses públicos.

Según comenta Jorge Witker²¹¹ este sistema deriva en la globalización internacional a la que se suman los tratados de integración regional como el Unión Europea, la Cuenca del Pacífico y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que conforman los tres grandes centros de concentración transnacional mundial, al internacionalizar derechos y costumbres que superan los conceptos de Estado nacional y soberanía clásica.

Ante la crisis del sistema financiero de Estados Unidos de Norteamérica de mediados de septiembre de 2008, generada principalmente por la crisis hipotecaria, se ha ocasionado el debilitamiento de la economía mundial y de las instituciones globales que dominan,

²⁰⁸ Entre sus principales exponentes se encuentran los economistas Milton Friedman, Paul Samuelson, Jefri Sachs, Ludwig Von Mises, Wilhem Roepke, Frederik Von Hayek y Luis Pazos; los filósofos Karl Popper y Raymond Aron, así como los periodistas Jean Francois Revel, y Carlos Rangel.

²⁰⁹ Características planteadas por F. Hayek y M. Friedman. Vid. MÉNDEZ Morales, José Silvestre, *El neoliberalismo en México: ¿éxito o fracaso?*, México, Revista Contaduría y Administración, No. 191, octubre-diciembre 1998, p. 66.

²¹⁰ Cfr. WITKER, Jorge, *op. cit.*, (en nota 50), p. 63 y 64.

²¹¹ Cfr. *Ibid.*, p. 64.

particularmente el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio.

Esta crisis que ha sido denominada la *crisis del milenio* al haberse presentado con mayor fuerza que la crisis de 1929 de Estados Unidos de Norteamérica tiene efectos estimados en una recesión y depresión de las economías, que no sólo afectan a ese país, sino al actual mundo globalizado.

Tal es el caos del sistema financiero global que los gobiernos del hemisferio norte recurrieron a tomar medidas de intervención Estatal, que inician en Estados Unidos -uno de los principales promotores de este sistema- como la nacionalización bancaria.

Esta situación ha generado el debate en torno a la legitimidad del sistema económico de corte neoliberal y del futuro de capitalismo en sí mismo, y ha marcado por tanto, el fin del sistema económico neoliberal como se conoce, en que se pueden retomar las ideas de Maynard Keynes al recomendar la intervención del Estado en la economía, con la finalidad de propiciar y fomentar la inversión y en consecuencia la producción, el empleo y la demanda.

3.2 Sistema económico de México

En México, el capitalismo es el sistema económico dominante, pues a pesar de que se han intentado aplicar teorías tendientes a desaparecer la economía capitalista tradicional, continúan prevaleciendo las características específicas del sistema capitalista en el ámbito nacional; así, predomina un sistema basado en la propiedad privada de los medios de producción y en la explotación del trabajo asalariado.

Su origen en México tuvo lugar en algunas regiones durante el siglo XIX, y en otras hace apenas cincuenta años, el desarrollo que generó se observó más marcado en ciertos lugares con tendencias hacia el sector agrícola o el industrial, y con relación al capital nacional o al extranjero²¹²; desarrollo que repercute en diferencias regionales, y estructurales del capitalismo, y que a su vez ha repercutido en el destino social y político del país.

La participación de México en el sistema capitalista mundial se basa en el hecho de la marcada dependencia que tiene con los países desarrollados²¹³, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

En México, el desarrollo de los elementos del capitalismo monopolista de Estado se dio a partir de las condiciones establecidas en los años cuarentas, sin embargo, fue hasta la década de los cincuentas que se observa el inicio del desarrollo de esta fase del capitalismo, en la que, desde el primer momento, los grandes monopolios extranjeros predominaron en las ramas modernas de la economía mexicana.

El neoliberalismo tuvo lugar a partir de 1982 durante el sexenio del presidente Miguel de la Madrid, y ha permanecido hasta la fecha como base del sistema político-económico nacional.

²¹² Cfr. SEMO Enrique, *op. cit.*, (en nota 202), p. 120.

²¹³ En donde los dependientes son aquellos que se encuentran dominados por los monopolios y las compañías transnacionales, es decir, con los países capitalistas de corte imperialista.

Ello debido a que durante los años setenta la economía global apoyaba la vinculación internacional con la apertura de mercados, inversiones y transferencia de tecnología, en donde los países que pudieran agilizar reformas internas para el panorama externo, podrían favorecer su desarrollo.

Así, derivado de ese panorama mundial y de la situación nacional en la que se generaban cambios estructurales, se buscó reinsertar a México en la economía global.

A partir de 1971 el Estado incrementó su participación en la actividad económica al prestar atención al desarrollo económico de Asia; no obstante, la respuesta gubernamental a los problemas macroeconómicos y productivos sufrió diversos cambios durante los años ochentas, pues en 1988-89 se comenzó la adopción de las llamadas *políticas neoliberales*.

Fue entonces que en el sexenio del presidente Salinas se observó la incorporación de México en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y posteriormente en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) con el llamado efecto TLCAN²¹⁴, que comenzó con un cambio institucional de eliminación de obstáculos en la operación de las fuerzas de mercado, y concluyó con la firma del mismo.

Posterior a ello se presenta la era de la *globalización*, y la exagerada dependencia con el exterior, que al ocasionar una creciente deuda externa, obligó a recurrir al Fondo Monetario Internacional (FMI) y al Banco Mundial (BM), y a la firma del gobierno mexicano en las cartas de intención en las que se comprometió a seguir una política económica de *corte neoliberal* y a dar concesiones al capital externo²¹⁵.

En este sentido, el neoliberalismo transnacional constituye un proyecto de producción-dominación, que auto-genera entre otras, una nueva ideología jurídica, pues está convencida que su razón y derecho lo son para todos, aunque no tenga razón ni derecho²¹⁶.

Dentro de las características²¹⁷ más relevantes del neoliberalismo económico que se ha aplicado en México destacan las siguientes:

- a) Es impuesto por el exterior y en especial por el FMI.
- b) Es un neoliberalismo autoritario ya que lo aplica el Estado sin consultar a los principales grupos económicos del país.
- c) Es centralizado porque el gobierno no toma en cuenta las necesidades y características económicas de las diversas regiones y estados del país.
- d) Favorece en primera instancia a los grandes capitales externos y en segundo lugar a los grandes inversionistas nacionales, especialmente del área financiera.
- e) El gobierno se convierte en juez y parte y decide qué bienes y servicios están sujetos a control y cuáles se liberan. Como se observa con los salarios mínimos que no están fijados al libre juego de la oferta y la demanda.
- f) Se basa en una apertura comercial indiscriminada, que deja sin ninguna protección a muchas

²¹⁴ Que consistió en servir de candado a fin de garantizar la permanencia y continuidad de las reformas neoliberales de la acción de los llamados grupos de intereses especiales, fortalecer la autonomía y credibilidad del Estado mexicano, y favorecer las exportaciones mexicanas en el contexto de un mayor flujo de inversión norteamericana hacia México.

²¹⁵ Cabe señalar que hacia mediados de los noventa estaba prácticamente completo el ciclo de la reforma neoliberal en América Latina, lo que significaba un cambio determinante en el funcionamiento de las economías y por lo tanto que el libre mercado era ya el principal instrumento de asignación de recursos.

En el caso de México, sin embargo, con la aceleración de la apertura y la privatización de la banca, la lógica neoliberal se impuso un poco antes al menos en el ámbito de las grandes empresas industriales y de servicios.

²¹⁶ Cfr. SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y de control social*, México, UNAM, 2005, p. 184-185.

²¹⁷ Cfr. MÉNDEZ Morales, José Silvestre, *op. cit.*, (en nota 209), p. 67 y ss.

- actividades productivas y comerciales internas.
- g) Depende en exceso del capital externo y en especial de la inversión extranjera, a la que tiene que darle muchas facilidades.
 - h) Favorece una privatización y reprivatización de prácticamente todas las actividades económicas que realiza el Estado, sin tomar en cuenta las características de las empresas a privatizar, ni las de los grupos adquirientes. Pues ha favorecido a grupos ligados con la esfera política.
 - i) Ha polarizado a la sociedad mexicana porque el ingreso se ha concentrado en muy pocas manos en tanto que la mayoría no cuenta con ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades.
 - j) Se basa en la corriente neomonetarista, la cual afirma que al resolver los problemas monetarios del país se ayuda a resolver todos los problemas económicos, pues ésta corriente pone mayor énfasis en cuestiones monetarias y financieras que en cuestiones de producción.
 - k) Es injusto porque favorece a los grupos e individuos económicamente más poderosos en perjuicio de los millones de personas que se encuentran desprotegidos y que no tienen capacidad adquisitiva suficiente para intervenir ni en el mercado ni en decisiones económicas importantes.
 - l) A través del neoliberalismo el Estado pretende impulsar la modernización del país sin tomar en cuenta las consecuencias negativas.
 - m) El neoliberalismo económico aplicado en México se basa en una visión parcializada de la realidad.

Con estas medidas se ha llegado al desmantelamiento de la planta productiva, el agotamiento de las reservas económicas y a la ruina generalizada de las clases laborantes, y cabe precisar, en relación con la problemática de estudio, a la exagerada explotación de los recursos naturales, derivado de que su producción y utilización se basa en las necesidades del exterior, sin importar las consecuencias, como la destrucción o contaminación.

En este sentido, el sistema económico que sigue nuestro país se encuentra marcado por la continuidad de las características del sistema capitalista en que prevalece una sociedad basada en la propiedad privada de los medios de producción y en la explotación del trabajo asalariado pero con tendencia al capital externo, de ahí, que pertenezca al capitalismo neoliberal con característica global ... *bajo esta perspectiva el Estado dejó de ser aquel para el que se creó el Derecho Administrativo clásico...*

Cabe señalar, que en la constitución mexicana no se establece de manera precisa, cual es el sistema socioeconómico con que se conduce el país, sin embargo, de la interpretación de los artículos 5º, 11, 16, 25 y 28, que se relacionan con las áreas estratégicas estatales de los artículos 25, 26, 27 y 28 párrafo cuarto, deriva su carácter mixto.

Así, en el artículo 25 se establece la base de un desarrollo nacional -integral y sustentable- que busque fortalecer la soberanía de la Nación, su régimen democrático, el crecimiento económico y el empleo con una mejor distribución del ingreso y la riqueza para lograr el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales. Y específicamente, en su párrafo segundo señala que *“el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución”*.

Más adelante indica que el Estado podrá participar sólo o con los sectores social y privado para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo. Y asimismo que, apoyará e impulsará bajo la equidad social y la productividad a las empresas de los sectores social y privado, en beneficio general, de los recursos productivos bajo el cuidado de su conservación y medio ambiente.

En su último párrafo precisa que la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional.

En este tenor, constitucionalmente se establece la rectoría de la actividad económica nacional por medio del Estado, tendiente a un desarrollo integral y sustentable en el que participen los sectores público, social y privado, principalmente.

El artículo 26 en su apartado A refiere que el Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación mediante un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.

Así, la organización del país se basará en la que se establezca en el plan nacional de desarrollo, que puede variar de acuerdo a las necesidades del país.

Por lo tanto, la rectoría del Estado que obra en los artículos 25 y 26 constitucionales, equivale²¹⁸ a que éste tiene a su cargo la dirección y orientación del desarrollo económico y social del país, en ocasiones exclusiva como en recursos naturales no renovables y funciones estratégicas no compartidas, y en otras que comparte con los sectores social y privado.

Por su parte, el artículo 28 prohíbe la creación o prácticas monopólicas, pero establece las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas y en las actividades que señale el Congreso de la Unión de acuerdo al artículo 25 del mismo ordenamiento.

Asimismo refiere que no constituyen monopolios las acciones del banco nacional, las asociaciones de trabajadores, asociaciones o sociedades cooperativas formadas para proteger sus propios intereses, o el interés general, y tampoco los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El diverso 73²¹⁹ fracciones XXIX-D, XXIX-E y XXIX-F precisa que dentro de las facultades del Congreso se encuentran las de expedir leyes en materia de desarrollo económico.

²¹⁸ Cfr. WITKER, Jorge, *op. cit.*, (en nota 50), p. 78.

²¹⁹ XXIX-D. Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social, así como en materia de información estadística y geográfica de interés nacional;
XXIX-E. Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios;
XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

Mientras que el artículo 131 establece las facultades del Ejecutivo Federal para aumentar, disminuir, suprimir o crear otras cuotas sobre las tarifas de exportación e importación a fin de regular el comercio exterior, la *economía* del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país.

Finalmente, la Segunda Sala²²⁰ de nuestro más alto tribunal se ha referido al sistema económico *capitalista* al hablar de la anticonstitucionalidad del reglamento que fijaba las distancias de los comercios en 1944, que impedía a los individuos dedicarse al comercio o industria que les acomodase, así como a ejercer sus actividades dentro de determinada zona comercial. Por lo que en su señalamiento consideraba que,

“el beneficio social dimana de una libre concurrencia, al amparo de la ley, debiendo el estado evitar todas aquellas maniobras ilícitas del capitalismo, que tiendan a burlar el precepto constitucional y a consolidar monopolios”.

En este sentido, la SCJN a pesar de haber emitido pronunciamientos que de manera indirecta se refieren al sistema económico, o a la actuación del Estado en el marco rector de la economía, no ha enfocado sus resoluciones a tratar el sistema económico nacional.

3.3 Intervención del Estado en la economía

Como ya se ha señalado en el sistema económico mixto -vigente en México-, interviene el Estado en la economía, misma que históricamente utiliza las siguientes técnicas²²¹:

- a) Policía.- consiste en la protección y seguridad jurídica a la actividad empresarial privada.
- b) Fomento.- consiste en el establecimiento de apoyos tributarios, financieros y crediticios, a las actividades económicas privadas.
- c) Servicio Público.- consiste en la ejecución de actividades o prestación de servicios consustanciales a las funciones del Estado que equivalen a las actividades prioritarias de participación conjunta o mixta del poder público (concesiones, asignaciones), y del sector privado (como la educación, y salud).

El Estado dirige su política económica a través de instrumentos directos como las políticas monetaria, fiscal, comercio exterior, o empresas públicas, en una intervención directa – participativa de ejecución-, en la que es un sujeto económico el que actúa y dirige actividades económicas a través de acciones de empresas públicas; su forma de gestión pública es centralizada o descentralizada mediante instrumentos indirectos como las políticas salariales, de empleo, seguridad social, y salud, entre otras.

3.4 Influencia del sistema económico nacional en las políticas públicas, en materia de agua

²²⁰ Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte: LXXXI, agosto de 1944, página 3716, Materia Administrativa, Tesis Aislada; y Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte: LXXXII, octubre de 1944, página 383, Materia Constitucional, Administrativa, Tesis Aislada.

²²¹ Cfr. WITKER, Jorge, *op. cit.*, (en nota 50), p. 66.

Para la instrumentación del modelo económico nacional, la constitución distribuye competencias en los poderes Ejecutivo y Legislativo, donde corresponde, para el caso del Ejecutivo Federal, a organizar la planeación democrática del desarrollo nacional mediante la elaboración de planes y programas de desarrollo realizados en los tres niveles de gobierno con sujeción a los del ámbito federal, que son los que definen la política que debe seguirse durante el sexenio de gobierno del presidente en turno por la Administración Pública.

En este sentido, la influencia del sistema económico nacional en las políticas públicas en materia de agua, radica en primer lugar, en que es el Ejecutivo quien las elabora de acuerdo a los diversos sectores sociales, pero bajo el sistema económico que manda la constitución, lo que de manera específica, genera la posibilidad de intervención de sectores privados en la explotación del recurso, y prestación del servicio público.

De ahí, que el régimen jurídico económico nacional en relación con los aspectos del régimen de propiedad de las aguas, sea la base de un enfoque que según comenta Serra Rojas “*va de la empresa privada, a la economía mixta y al régimen de la propiedad pública, en constante desarrollo*”²²².

3.5 Planeación del desarrollo nacional en materia de agua

El Estado, como rector del desarrollo nacional y de la vida económica debe asegurar el crecimiento a través de la planeación, por lo que se da paso, de entre las importantes tareas que asume, al análisis de la planeación del desarrollo nacional, específicamente, en materia de agua.

El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 establece cinco ejes de *política pública* con acciones transversales sobre los ámbitos económico, social, político y ambiental, que componen un proyecto integral en virtud del cual cada acción sustenta las condiciones bajo las que se logran los objetivos nacionales. Estos ejes son:

1. Estado de Derecho y seguridad.
2. Economía competitiva y generadora de empleos.
3. Igualdad de oportunidades.
4. Sustentabilidad ambiental.
5. Democracia efectiva y política exterior responsable.

El PND plantea una estrategia integral de política pública al reconocer que los retos que enfrenta el país son multidimensionales. Considera que a través del Desarrollo Humano Sustentable se logra un desarrollo de las personas y se promueve la modernización integral del país para que las generaciones futuras se beneficien del medio ambiente.

Establece como objetivo y prioridad nacional en su capítulo primero del Desarrollo Humano Sustentable:

- “5. Reducir la pobreza extrema y asegurar la igualdad de oportunidades y la ampliación de capacidades para que todos los mexicanos mejoren significativamente su calidad de vida y tengan garantizados alimentación, salud,

²²² SERRA Rojas, *op. cit.*, (en nota 194), p. 63.

educación, vivienda digna y un medio ambiente adecuado para su desarrollo tal y como lo establece la Constitución.

...

8. Asegurar la sustentabilidad ambiental mediante la participación responsable de los mexicanos en el cuidado, la protección, la preservación y el aprovechamiento racional de la riqueza natural del país, logrando así afianzar el desarrollo económico y social sin comprometer el patrimonio natural y la calidad de vida de las generaciones futuras.”

Dentro de la visión del gobierno para el año 2030 se advierte un país con desarrollo sustentable con una cultura de respeto y conservación del medio ambiente.

En primer lugar se analiza el eje de *economía competitiva y generadora de empleos* que atiende en la sección del Sector hidráulico; en este apartado se enfatiza la problemática hídrica que puede enfrentar México en los próximos años, la que de no ser atendida impondría límites al desarrollo económico y al bienestar social del país. Plantea la generación de una agenda para utilizar el agua de manera eficiente, y garantizar el desarrollo sustentable y la preservación del medio ambiente.

En su objetivo número dieciséis, del Sector Hidráulico, busca incrementar -en los hogares- la cobertura de agua potable y alcantarillado, y lograr un manejo integrado y sustentable del agua en cuencas y acuíferos; para lo que establece cuatro estrategias que incluyen a) el desarrollo de incentivos e instrumentos económicos para la preservación del recurso, b) la realización de obras de infraestructura para garantizar el abasto de agua potable y la prestación eficiente de los servicios de drenaje y alcantarillado, c) la promoción de una mayor eficiencia en los organismos operadores de agua para evitar pérdidas y alentar el uso óptimo de la infraestructura hidráulica, y d) la realización de las acciones necesarias para proteger a los centros de población y a las actividades productivas de los efectos causados por fenómenos hidrometeorológicos.

En segundo lugar, el eje de la *sustentabilidad ambiental* esta enfocado en lograr una administración eficiente y racional de los recursos naturales²²³ donde se mejore el bienestar de la población actual sin comprometer la calidad de vida de las generaciones futuras, propone que un primer elemento en el nivel de las políticas públicas para preservar el medio ambiente sea la transversalidad, y enfatiza en una mejor utilización de los recursos, en el análisis del impacto ambiental y en hacer hincapié en que el Estado participe en las acciones internacionales sobre temas ambientales.

Este eje cuenta con un apartado sobre el agua relativo a la importancia de atender aspectos de protección de las aguas superficiales y de los mantos acuíferos, y de la calidad de los cuerpos de agua; manifiesta como imprescindible la participación de los municipios, a través del desarrollo de políticas que fomenten el uso racional y la reutilización del agua para lograr un equilibrio entre la disponibilidad y la demanda, además

²²³ Cabe señalar que existen tres principios en los que coinciden la política económica del Estado y la protección de los recursos naturales y que equivalen a: a) el derecho a la protección de los recursos naturales, b) el derecho a un aprovechamiento racional de los mismos, a través de instituciones, licencias, permisos, concesiones, y limitaciones administrativas entre otras, c) y el ejercicio de facultades de policía administrativa que fomenta y controla actividades económicas relacionadas con los recursos naturales. (Cfr. WITKER, Jorge, *op. cit.*, en nota 50, p. 90.)

Respecto al primero de los principios se considera la protección en sí de los recursos, en cuanto al segundo un aprovechamiento racional que para efectos de la investigación se analizará en el apartado de la concesión y asignación, mientras que el tercero se analizó brevemente en el apartado sobre la intervención del Estado en la economía, de éste capítulo, por lo que se remite al lector al mismo.

de reducir el deterioro de los cuerpos receptores. Para ello establece los siguientes objetivos y estrategias:

Como primer objetivo busca incrementar la cobertura de servicios de agua potable y saneamiento en el país a través de asegurar el abasto a las comunidades que aún no reciben el servicio, pero manteniendo el de las que ya lo tienen, mediante el incremento de la capacidad de distribución de agua y de lograr el uso eficiente, el aprovechamiento sustentable y la reutilización.

Como estrategias de este objetivo establece: a) promover el desarrollo de la infraestructura necesaria para atender las necesidades existentes de servicios de agua potable y saneamiento en el país, incrementar el abasto de agua potable a través de criterios de sustentabilidad, fomentar la certificación de los Organismos Operadores de Agua y su autonomía, y apoyar a los municipios que avancen en el tratamiento de sus aguas residuales y apliquen medidas para su reutilización, b) incentivar una cultura del agua que privilegie el ahorro y uso racional de la misma en el ámbito doméstico, industrial y agrícola, revisar y actualizar la legislación y reglamentación sobre los usos y aprovechamiento del recurso en todos los ámbitos de uso; y establecer mecanismos para hacer cumplir las obligaciones fiscales y administrativas asociadas al uso del agua, y c) trabajar en el desarrollo y difusión de tecnologías más efectivas y eficientes para la potabilización, uso y tratamiento del agua, mejorar la eficiencia de conducción en redes urbanas y de riego agrícola, desarrollar eventos informativos para funcionarios sobre el estado de las tecnologías del agua, establecer redes de trabajo y proyectos cooperativos que generen valor agregado en la potabilización, uso y tratamiento del agua, e impulsar la modernización tecnológica en los sistemas de riego agrícola.

Respecto del segundo objetivo busca alcanzar un manejo integral y sustentable del agua, con el fortalecimiento del Registro Público de Derechos de Agua como instrumento dinámico en la toma de decisiones en materia de concesiones para el uso, aprovechamiento y explotación de recursos hídricos, tener un manejo sustentable del recurso con la reducción de los volúmenes de aguas contaminadas, tratamiento de aguas residuales y reutilización de las aguas tratadas, y tener el objetivo de institucionalizar los mecanismos implementados para que beneficien a las generaciones actuales y futuras, y crear Bancos de Agua para la transmisión de derechos de agua entre los usuarios.

La primera estrategia que se establece para lograr este objetivo, corresponde a fortalecer la autosuficiencia técnica y financiera de los organismos operadores de agua, apoyar el desarrollo técnico, administrativo y financiero del sector, e integrar una propuesta de planeación hidráulica consistente en el tiempo (corto, mediano y largo plazo) y niveles de operación (nacional, regional, estatal y cuenca hidrológica).

Como segunda estrategia incorpora la expansión en la capacidad de tratamiento de aguas residuales en el país y el uso de aguas tratadas, lograr una cultura del agua y buscar el desarrollo e implementación de sistemas para la captación, tratamiento del agua de lluvias y reinyección a mantos acuíferos.

Como tercera estrategia incluye la promoción del manejo integral y sustentable del agua desde una perspectiva de cuencas, considerar el recurso como un bien escaso, reducir su desperdicio y evitar su contaminación, tomar en cuenta su manejo desde la extracción hasta la descarga en los usos doméstico, industrial y agrícola, bajo condiciones de

extracción máxima del recurso para lograr el equilibrio hídrico. Y evitar que los mantos acuíferos muestren sobre-explotación o intrusión salina, ante la importante recepción de descargas residuales por los cuerpos de agua superficiales, o el mar, y sancionar a quienes derramen contaminantes al agua, ya sea en cauces de río o mares.

Como última estrategia establece el fomento a un uso eficiente del agua en las actividades agrícolas que reduzca el consumo de líquido al tiempo que proteja los suelos de la salinización, desarrollar estrategias y programas de ahorro y recuperación de agua, lograr la sustentabilidad del agua de riego a través de la modernización y rehabilitación de la infraestructura hidroagrícola, y reforzar los programas enfocados a cuantificar los volúmenes de agua asignada a riego agrícola para facilitar la gestión integral del recurso.

Finalmente, este Plan señala que para el cumplimiento de los objetivos y la atención de las prioridades nacionales, los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales que se elaboren deben atender a los temas prioritarios para el desarrollo nacional, que para el caso de estudio equivalen al del Agua y bosques, y el Medio ambiente y recursos naturales.

3.6 El sistema económico de corte neoliberal en la prestación del servicio público del agua en México y sus implicaciones en la nueva realidad económica

En virtud de que el Estado tiene la facultad de dirigir la actividad económica nacional y llevar a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general²²⁴, debe organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional mediante el Plan Nacional de Desarrollo, que de crecimiento a la economía nacional y al que se sujetarán los programas de la Administración Pública Federal.

Así, al establecerse en el PND que en materia económica el Estado busca empatar la economía nacional con los mercados internacionales y fomentar su actividad, debe por tanto, observar el sistema económico mundial, de tal suerte que mediante los tratados (tal y como se advierte del Tratado de Libre de Comercio de América del Norte en materia de concesiones que las considera objetos de inversión²²⁵), y la actividad comercial da lugar a la entrada de capital extranjero bajo el esquema de empresas transnacionales.

El sistema capitalista neoliberal influye en las formas de prestación del servicio del agua, en el sentido de que este sistema al atender los aspectos de ingreso, eficiencia y ganancia, sin observar el detrimento de los mercados productores ni receptores, conlleva a que la participación del sector privado en esta economía da lugar a la entrada de las empresas transnacionales, de las que a la fecha se observan aquellas que prestan el servicio de suministro de agua.

²²⁴ Según lo establece la constitución en el artículo 25.

²²⁵ La concesión como modalidad de inversión se encuentra establecida en el artículo 1139 del TLCAN, tratado para el que el término de Inversión equivale a: (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano. Y que tal y comenta el Doctor Fernández Ruiz deja en desventaja a los municipios que concesionan la prestación de un servicio público -como el agua- (los cuales, efectuaron la concesión y en ocasiones no tienen el respaldo de las constituciones de sus estados y se apoyan erróneamente en el artículo 28 de la constitución federal), ante una eventual controversia que se llevaría en instancias jurisdiccionales internacionales, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones CIADI, a reserva de la renuncia expresa de la empresa concesionaria a recurrir a dichos mecanismos de solución de controversias. (*Vid.*, FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios...*, *op. cit.*, en nota 19, p. 200 y 201.)

El Estado permite la inclusión de diversos actores en la economía nacional, con la justificación de fomentar el desarrollo nacional, incrementar el empleo, y entre otros reducir la pobreza, bajo la concepción de un Desarrollo Humano Sustentable²²⁶. Permite en materia de recursos naturales, y para el agua la prestación de este servicio por parte de empresas privadas, que por su naturaleza buscan obtener un lucro. En este sentido se va de la prestación de un servicio público a uno privado del recurso. Como en los casos estudiados de derecho comparado del capítulo II, y en algunas ciudades de México que se analizarán más adelante.

Con la firma del Tratado de Libre comercio con América del Norte y Canadá, México dio un giro a su economía, ahora con la participación en el sistema neoliberal que generó un cambio en el papel del Estado de proveedor de servicios a regulador y facilitador de su prestación, así como un nuevo tratamiento a los recursos naturales -como elementos del sistema con valor ambiental al convertirse en materias primas y por consiguiente en mercancías-; este hecho fomentó la modificación en la legislación de la materia para incorporar los criterios de comercialización sobre éstos.

Así mismo, se dejó de considerar que las medidas de prevención y control de la contaminación fueran barreras no arancelarias al comercio. Se expidió la Ley de Aguas Nacionales y en el proceso se integraron nuevos instrumentos a la política ambiental, la autorregulación y la auditoría ambiental, las normas oficiales ambientales, e instrumentos económicos.

Con las reformas y la firma del TLC se incluye el concepto de desarrollo sustentable en la constitución, como se advierte de la siguiente cita:

“Artículo 25. Corresponde al estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una mas justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta constitución.” (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 1999)

No obstante, con la reforma del 28 de junio de 1999 del artículo 4º constitucional se estableció el derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, pero no se estableció la obligación del Estado de garantizarlo.

4. LA RELACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA

4.1 Distribución constitucional de competencias

Para hablar del marco competencial en la constitución es necesario iniciar con el artículo que establece la forma de gobierno del Estado mexicano en una república federal, constituida por estados libres y soberanos en lo conducente a su régimen interior pero

²²⁶ Principio rector del PND señalado anteriormente que asume que “el propósito del desarrollo consiste en crear una atmósfera en que todos puedan aumentar su capacidad y las oportunidades puedan ampliarse para las generaciones presentes y futuras”. Véase PND 2007-2012. De: <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/index.php?page=desarrollo-humano>

unidos en ésta; en este tenor, la distribución constitucional de competencias se caracteriza por un equilibrio entre órdenes de gobierno y regiones, con la subordinación de ámbitos locales de gobierno al federal.

Así, el marco competencial establecido por la constitución se encuentra comprendido en los artículos 124, 73, 25, 26 y 28, 74, 76, 89 y 103 al 106 mismos que se comentan a continuación.

En el artículo 124, otorga expresamente atribuciones delimitadas a los poderes de la Unión, mientras que a las entidades federativas se les otorgan facultades implícitas, cuando señala: “*Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados*”; precepto que implica que los Estados pueden actuar libremente sin invadir la esfera de la Federación, pero bajo las facultades que expresamente les otorgan sus Constituciones locales²²⁷ respectivas.

La constitución señala reglas adicionales sobre las facultades atribuidas a la Federación, establecidas expresa o tácitamente a las entidades federativas, facultades prohibidas a la Federación, a las entidades federativas de manera absoluta o relativa, facultades coincidentes, coexistentes, de auxilio y derivadas de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Elementos que toma Serna de la Garza²²⁸ para conjuntarlas como:

- a) *Coordinación como principio de organización.*- Los órdenes de gobierno actúan en una posición de igualdad jurídica y deciden ejercer de común acuerdo ciertas competencias que la Constitución prevé que se ejerzan en forma separada. Los órganos de coordinación tienen carácter deliberante con resoluciones sin efectos vinculantes.
- b) *Coordinación como título competencial formal o procedimental.*- competencia en la que se establece obligatoriamente un método de actuación de los poderes que participan, propios y ajenos.
- c) *Coordinación como fórmula de cooperación.*- posibilita un ejercicio mancomunado, al señalar que una actuación pública sólo puede ser realizada en forma conjunta, en ella las dos partes intervienen en un solo proceso de decisión.
- d) *Coordinación o concurrencia como título competencial material.*- en ella se otorga expresamente una competencia sustantiva a la federación que le da la posibilidad de incidir sobre las competencias de los demás ordenes de gobierno, aquí la coordinación aparece como una competencia que permite al poder central imponer a los gobiernos locales el marco de una política sectorial.

En base a lo anterior, la reserva a favor de las entidades federativas se establece en el artículo 124 constitucional, mientras que en los artículos 73, 74, 76, 89 y 103 al 106 constitucionales se establecen los asuntos que competen a la Federación.

El artículo 73 indica las materias sobre las que ejerce facultades legislativas el Congreso de la Unión, al lado de otras establecidas en diversos preceptos como el 26 sobre planeación de desarrollo, o 28 sobre monopolios, control de precios y protección del consumidor. No obstante, las materias en las que la Federación ha decidido generar algún

²²⁷ SÁNCHEZ Mejía, Juan, ¿Se ha descentralizado la gestión del agua?, de FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, y SANTIAGO Sánchez, Javier (coords.), *Régimen...*, op. cit., (en nota 23), p. 337-338.

²²⁸ *Ibid.*, p. 338.

mecanismo de colaboración con los gobiernos locales, e imponer límites corresponde a las siguientes fracciones, del referido artículo 73:

“XXIII. Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución.

XXIX-C. Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.

XXIX-G. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

XXIX-I. Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, coordinarán sus acciones en materia de protección civil, y

XXIX-J. Para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado, y

XXIX-K. Para expedir leyes en materia de turismo, estableciendo las bases generales de coordinación de las facultades concurrentes entre la Federación, Estados, Municipios y el Distrito Federal, así como la participación de los sectores social y privado.

XXIX-L. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de pesca y acuacultura, así como la participación de los sectores social y privado, y...”

Las facultades concurrentes en el sistema constitucional rompen el principio de otorgamiento de las facultades expresas a la Federación y las que no se encuentren en ese supuesto se entienden reservadas a los estados²²⁹, ya que la constitución otorga facultades concurrentes a los tres niveles de gobierno con la intención de facilitar su coordinación y distribuir competencias por medio de una ley²³⁰.

La distribución de competencias se da entre la Federación y los Estados, o bien, entre la Federación, estados y municipios, como se advierte del artículo 115 que establece atribuciones expresas para éstos últimos.

La concurrencia de la Federación con los Estados es para legislar, puesto que para los municipios sólo es para aplicar la ley y realizar acciones de ejecución de programas.

En cuanto al Distrito Federal su estatuto de gobierno señala en la sección sobre coordinación metropolitana que éste participará, en los términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el propio Estatuto, en la planeación y ejecución de acciones coordinadas con la Federación, Estados y Municipios en las zonas conurbadas limítrofes con la Ciudad de México, en las materias expresamente

²²⁹ DENTON Thalía, *op. cit.*, (en nota 21), p. 101 y 102.

²³⁰ Sin embargo, cabe aclarar que la distribución de facultades expresas y reservadas la realiza la Constitución Federal, mientras que la distribución de las concurrentes se lleva a cabo por el Congreso de la Unión, mediante una ley. *Ibid.*, p. 101 y ss.

señaladas, sobre las que podrá suscribir convenios para la creación de la comisión metropolitana correspondiente en la que concurren y participen las instancias con apego a sus leyes.

4.2 Distribución de competencias para el aprovechamiento y utilidad de los recursos naturales

En materia de recursos naturales, la competencia corresponde a la Federación, pues la Constitución en su artículo 73 establece sin cuestionamientos a favor del Congreso de la Unión la facultad de expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal, en su fracción XVII, y para establecer contribuciones sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales entre los que comprende a las aguas nacionales, en la fracción XXIX.

Lo que en relación con lo establecido por el 27 sobre los alcances del concepto de aguas de jurisdicción federal, y en consideración con el artículo 4º de la Ley de Aguas Nacionales, sobre que corresponde al Ejecutivo Federal la autoridad y administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes inherentes -quien la ejerce directamente o a través de la Comisión Nacional del Agua-, se advierte la competencia exclusiva del gobierno federal en materia de aguas²³¹.

4.3 Sistema de competencias y concurrencias en materia de agua

El marco competencial establecido por la constitución en materia del agua incluye las facultades contenidas en el artículo 73 constitucional, en relación con el artículo 27, ya que la competencia en materia de los recursos hídricos deriva de lo establecido por la leyes del Congreso de la Unión, así como de su característica de ser un bien natural susceptible de apropiación, y deja en el plano federal, tanto su regulación como la propia naturaleza de las aguas como bienes nacionales originarios, que además son objeto de concesión o asignación.

María del Carmen Carmona²³² considera al respecto, que las controversias de competencia entre la Federación y los estados, entre estados, y entre éstos y los municipios, no tienen mecanismos de solución principalmente por el aprovechamiento de recursos naturales como el agua, a pesar de ser originalmente bienes nacionales.

La distribución de competencias en materia del agua que sugiere es la siguiente:

- La Nación es la titular del agua, bajo un criterio patrimonial con fundamento en el artículo 27 constitucional.
- La función de coordinador de la gestión del agua la tiene el gobierno federal, a través de la Comisión Nacional del Agua, bajo los principios de la Ley de Aguas Nacionales, y las relacionadas en la materia como la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley General de Salud, y la Ley General de Asentamientos Humanos entre otras.

²³¹ Cfr. SÁNCHEZ Mejía, Juan, ¿Se ha descentralizado la gestión del agua?, de FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, y SANTIAGO Sánchez, Javier (coords.), *Régimen...*, op. cit., (en nota 23), p. 341 y 342.

²³² Cfr. CARMONA Lara, María del Carmen, *Reformas a la Ley de Aguas Nacionales*, en *Ibid.*, p. 124.

- La función de los estados en la gestión del agua, debe realizarse de conformidad con el principio contenido en el artículo 124 constitucional, bajo sus respectivas competencias y atribuciones de conformidad con las leyes locales de la materia y las que señala la Ley de Aguas Nacionales.
- Los municipios de acuerdo a lo establecido por el artículo 115 constitucional tienen las atribuciones en materia de agua potable y alcantarillado que les determine la Ley de Aguas Nacionales y la Ley Estatal respectiva.

Así, de acuerdo al artículo 73 fracción XVII constitucional, el congreso puede expedir leyes sobre el aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal, por lo que se reserva al congreso de la Unión, con carácter federal²³³. Aunado a que el dominio de las aguas nacionales es inalienable e imprescriptible, por lo que los particulares no pueden adquirir la propiedad de las mismas.

Como se señaló, la distribución de competencias se da entre la Federación y los Estados, o bien, entre la Federación, Estados y Municipios, donde para el caso de estos últimos se advierte de las atribuciones expresas que contempla el artículo 115 constitucional como lo es la prestación de servicios públicos de suministro de agua potable y alcantarillado, y que reza:

“Artículo 115. Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:

III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;

...

Sin perjuicio de su competencia constitucional, en el desempeño de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, los municipios observarán lo dispuesto por las leyes federales y estatales.

Los Municipios, previo acuerdo entre sus ayuntamientos, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan. En este caso y tratándose de la asociación de municipios de dos o más Estados, deberán contar con la aprobación de las legislaturas de los Estados respectivas. Así mismo cuando a juicio del ayuntamiento respectivo sea necesario, podrán celebrar convenios con el Estado para que éste, de manera directa o a través del organismo correspondiente, se haga cargo en forma temporal de algunos de ellos, o bien se presten o ejerzan coordinadamente por el Estado y el propio municipio.

Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.”

La fracción IV además señala que:

IV. Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor, y en todo caso:

c) Los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo.

²³³ Cfr, DENTON Thalía, *op. cit.*, (en nota 21), p. 100.

Las leyes federales no limitarán la facultad de los Estados para establecer las contribuciones a que se refieren los incisos a) y c), ni concederán exenciones en relación con las mismas. Las leyes estatales no establecerán exenciones o subsidios en favor de persona o institución alguna respecto de dichas contribuciones. Sólo estarán exentos los bienes de dominio público de la Federación, de los Estados o los Municipios, salvo que tales bienes sean utilizados por entidades paraestatales o por particulares, bajo cualquier título, para fines administrativos o propósitos distintos a los de su objeto público.

Los ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, propondrán a las legislaturas estatales las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria.

Las legislaturas de los Estados aprobarán las leyes de ingresos de los municipios, revisarán y fiscalizarán sus cuentas públicas. Los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles.

Los recursos que integran la hacienda municipal serán ejercidos en forma directa por los ayuntamientos, o bien, por quien ellos autoricen, conforme a la ley;"

De ahí, que los municipios únicamente tienen facultad de expedir regulaciones ordinarias de bandos de policía y buen gobierno, pero pueden establecer asociaciones de los mismos para la prestación más eficaz de los servicios públicos como el abastecimiento de agua y uso común de drenaje²³⁴.

Una vez más al hablar de la facultad del Congreso para legislar en materia de concurrencia, el artículo 73 fracción XXIX-G constitucional se refiere a los niveles de gobierno en lo relativo a la protección, preservación y restauración del equilibrio ecológico:

"XXIX-G. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico."

Finalmente el Distrito Federal puede participar en la planeación y ejecución de acciones coordinadas con la Federación, los estados y los municipios en las zonas conurbadas limítrofes con la Ciudad de México, en materias de protección al ambiente, preservación y restauración del equilibrio ecológico, y agua potable y drenaje.

4.4 El papel de los Estados, Distrito Federal y Municipios en la gestión de la prestación del servicio público de suministro de agua. Sus atribuciones

Como lo señala la Ley de Aguas Nacionales en el artículo 12 bis 4, la integración, estructura, funcionamiento y ámbito de competencia de los organismos de cuenca se establecerá en los reglamentos de la Ley y en su caso, en el Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua (CNA) según la ubicación geográfica de las cuencas hidrológicas²³⁵ del país y las disposiciones que establezcan los mecanismos para garantizar la congruencia de su gestión con la política hídrica nacional.

²³⁴ QUINTANA Roldán, Carlos, *La autonomía municipal y el nuevo federalismo*, en *El Municipio en México*, México, Archivo General de la Nación, Secretaría de Gobernación, 1996, p. 133.

²³⁵ "Cuenca Hidrológica": Es la unidad del territorio, diferenciada de otras unidades, normalmente delimitada por un parte aguas o divisoria de las aguas -aquella línea poligonal formada por los puntos de mayor elevación en dicha

Cabe señalar que las disposiciones adicionales que se emitan para regular a los organismos de la Cuenca²³⁶ deben realizarse respetando las capacidades y autonomía de los órdenes de gobierno.

Estos organismos ejercerán dentro de su ámbito territorial de competencia las siguientes atribuciones, de conformidad con los lineamientos de la CNA:

VII. Fomentar y apoyar los servicios públicos urbanos y rurales de agua potable, alcantarillado, saneamiento, recirculación y reúso, para lo cual se coordinará en lo conducente con los Gobiernos de los estados, y a través de éstos, con los municipios. Esto no afectará las disposiciones, facultades y responsabilidades estatales y municipales en la coordinación y prestación de los servicios referidos;

VIII. Fomentar y apoyar el desarrollo de los sistemas de agua potable y alcantarillado; los de saneamiento, tratamiento y reúso de aguas; los de riego o drenaje y los de control de avenidas y protección contra inundaciones. En su caso, contratar o concesionar la prestación de los servicios que sean de su competencia o que así convenga con los Gobiernos de los estados o con terceros;

XIV. Conciliar y, en su caso, fungir a petición de los usuarios, de los Consejos de Cuenca, o de los estados, como árbitro en la prevención, mitigación y solución de conflictos relacionados con el agua y su gestión, en los términos de los reglamentos de esta Ley;

XV. Promover en coordinación con Consejos de Cuenca, gobiernos de los estados, organizaciones

ciudadanas o no gubernamentales, asociaciones de usuarios y particulares, el uso eficiente del agua y su conservación en todas las fases del ciclo hidrológico, e impulsar una cultura del agua que considere a este elemento como un recurso vital, escaso y de alto valor económico, social y ambiental y que contribuya a lograr la gestión integrada de los recursos hídricos;

XXVIII. Mejorar y difundir permanentemente el conocimiento sobre la ocurrencia del agua en el ciclo hidrológico, la oferta y demanda de agua, los inventarios de agua, suelo, usos y usuarios y de información pertinente vinculada con el agua y su gestión, con el apoyo que considere necesario por parte de otras instancias del orden federal, de gobiernos de los estados y de los municipios, así como de usuarios del agua, de organizaciones de la sociedad y de particulares;

XXIX. Integrar el Sistema Regional de Información sobre cantidad, calidad, usos y conservación del agua, en coordinación con los gobiernos de los estados y del Distrito Federal, cuando corresponda, y con los Consejos de Cuenca, y en concordancia con lo dispuesto en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental”

unidad-, en donde ocurre el agua en distintas formas, y ésta se almacena o fluye hasta un punto de salida que puede ser el mar u otro cuerpo receptor interior, a través de una red hidrográfica de cauces que convergen en uno principal, o bien el territorio en donde las aguas forman una unidad autónoma o diferenciada de otras, aun sin que desemboquen en el mar. En dicho espacio delimitado por una diversidad topográfica, coexisten los recursos agua, suelo, flora, fauna, otros recursos naturales relacionados con éstos y el medio ambiente. La cuenca hidrológica conjuntamente con los acuíferos, constituye la unidad de gestión de los recursos hídricos. La cuenca hidrológica está a su vez integrada por subcuencas y estas últimas están integradas por microcuencas. (véase artículo 3º fracción XVI, Ley de Aguas Nacionales).

²³⁶ Organismo de Cuenca: Unidad técnica, administrativa y jurídica especializada, con carácter autónomo, adscrita directamente al Titular de Comisión Nacional del Agua, cuyas atribuciones se establecen en la presente Ley y sus reglamentos, y cuyos recursos y presupuesto específicos son determinados por la Comisión Nacional del Agua. (Véase artículo 3º fracción XXXIX, de la Ley de Aguas Nacionales).

La política hídrica nacional, tal y como se señaló en el apartado del sistema económico, también se encuentra contenida en esta Ley de Aguas Nacionales; los principios que la sustentan y que se relacionan con los estados y municipios corresponden a las siguientes fracciones que obran en el artículo 14 bis 5:

“IV. Los estados, Distrito Federal, municipios, consejos de cuenca, organizaciones de usuarios y de la sociedad, organismos de cuenca y "la Comisión", son elementos básicos en la descentralización de la gestión de los recursos hídricos;

VIII. El Ejecutivo Federal fomentará la solidaridad en materia de agua entre los estados, Distrito Federal, municipios, entre usuarios y entre organizaciones de la sociedad, en las distintas porciones de las cuencas, subcuencas y microcuencas, con el concurso de consejos y organismos de cuenca;

XIII. El Ejecutivo Federal promoverá que los estados, el Distrito Federal y los municipios a través de sus órganos competentes y arreglos institucionales que éstos determinen, se hagan responsables de la gestión de las aguas nacionales en cantidad y calidad que tengan asignadas, concesionadas o bajo su administración y custodia y de la prestación de los servicios hidráulicos; el Ejecutivo Federal brindará facilidades y apoyo para la creación o mejoramiento de órganos estatales competentes que posibiliten la instrumentación de lo dispuesto en la presente fracción;

XIV. En particular, el Ejecutivo Federal establecerá las medidas necesarias para mantener una adecuada calidad del agua para consumo humano y con ello incidir en la salud pública; para el mejor cumplimiento esta política, se coordinará y solicitará los apoyos necesarios a los estados, Distrito Federal y municipios”

Por otro lado, el artículo 15 establece como obligatoria la planificación hídrica al señalar que *“es de carácter obligatorio para la gestión integrada de los recursos hídricos, la conservación de recursos naturales, ecosistemas vitales y el medio ambiente...”*. Sin embargo, en la última parte indica que *“la formulación, implantación y evaluación de la planificación y programación hídrica comprenderá”* para el caso de los Estados, Distrito Federal y Municipios, lo siguiente:

“II. Programas Hídricos para cada una de las cuencas hidrológicas o grupos de cuencas hidrológicas en que se constituyan Organismos de Cuenca y operen Consejos de Cuenca, elaborados, consensuados e instrumentados por éstos; en los casos de estados y Distrito Federal que conforme a su marco jurídico desarrollen un programa hídrico estatal apoyado en la integración de la programación local con participación de la sociedad organizada y autoridades locales, dichos programas serán incorporados al proceso de programación hídrica por cuencas y regiones hidrológicas”

Por su parte, el artículo 15 bis hace referencia a las formas de participación de Estados, Distrito Federal y Municipios en los programas y subprogramas hídricos de competencia Federal, y sobre el establecimiento y publicación de éstos en reglamentos de la ley.

Asimismo señala en su párrafo segundo la posibilidad de los Gobiernos de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios de realizar programas hídricos en su ámbito territorial y coordinarse con el Organismo de Cuenca correspondiente, para su elaboración e

instrumentación, de acuerdo a lo señalado por esa ley, la de Planeación, y otras disposiciones legales aplicables.

Finalmente este artículo señala que dichos programas se iniciarán desde el nivel local hacia el nacional por medio de la CNA, con el apoyo de los Organismos de Cuenca, y con el concurso de los gobiernos del Distrito Federal, de los Estados, y, a través de éstos, de los Municipios.

Respecto a la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales superficiales o del subsuelo por parte de los sistemas del Distrito Federal, de los Estados o Municipios esta ley establece que se realizará a través de la asignación que otorga la autoridad del agua, misma que se analiza más adelante.

Por otro lado, los municipios que celebren convenios entre sí o con los estados que les correspondan, para la *prestación del servicio público de suministro de agua potable, alcantarillado y saneamiento* son responsables directos del cumplimiento de sus obligaciones ante las autoridades en materia de agua en términos de la Ley de Aguas Nacionales, de sus reglamentos y títulos correspondientes²³⁷. Y los municipios, el Distrito Federal, los Estados, y los organismos o empresas que presten el servicio de suministro de agua potable y alcantarillado, o el tratamiento de aguas, son los responsables para el caso de prevención y control de contaminación, según la LAN.

La Ley de Aguas Nacionales también considera que los *Municipios, los Estados, y en su caso, el Distrito Federal*, pueden convenir con los organismos de cuenca con el concurso de la Comisión Nacional del Agua en el establecimiento de sistemas regionales de tratamiento de las aguas residuales.

Las autoridades municipales con el concurso de los gobiernos locales, tendrán la competencia sobre la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, y residuales, aunque pueda efectuarse por otros entes a través de la concesión o asignación.

Sobre el financiamiento de obras de captación o almacenamiento, conducción y, en su caso, tratamiento o potabilización para el abastecimiento de agua, la autoridad del agua -señalada en esta Ley-, las podrá llevar a cabo, parcial o totalmente previa celebración del acuerdo o convenio con los gobiernos de los Estados o del Distrito Federal, y por medio de ellos, con los Municipios.

Asimismo el gobierno Federal puede coordinarse con los gobiernos de los Estados y del Distrito Federal, para que éstos ejecuten actos administrativos relacionados con la prevención y control de la contaminación de las aguas y responsabilidad por el daño ambiental, en los términos de la Ley de Aguas Nacionales, así como diversos instrumentos jurídicos aplicables²³⁸.

Las personas físicas o morales, en ellas las dependencias, organismos y entidades de los tres órdenes de gobierno, que exploten, usen o aprovechen aguas nacionales en cualquier uso o actividad, serán responsables de realizar las medidas necesarias para prevenir su contaminación y, en su caso, para reintegrar las aguas referidas en condiciones

²³⁷ Cfr. CARMONA Lara, María del Carmen, en FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, y SANTIAGO Sánchez, Javier (coords.), *Régimen...*, *op. cit.*, (en nota 23), p. 142.

²³⁸ Artículo 85 de la Ley de Aguas Nacionales.

adecuadas, a fin de permitir su explotación, uso o aprovechamiento posterior; y mantener el equilibrio de los ecosistemas vitales.

El artículo 88 de la esta ley establece en su segundo párrafo que corresponde a los municipios -con el concurso de los estados cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes- el control de las descargas de aguas residuales a los sistemas de drenaje o alcantarillado de los centros de población. Mientras que el 81 Bis, señala que el de los sistemas de drenaje o alcantarillado urbano o municipal de los centros de población, que se viertan a cuerpos receptores, corresponde a los Municipios, a los Estados y al Distrito Federal. Sin embargo, las descargas de aguas residuales de uso doméstico que no formen parte de un sistema municipal de alcantarillado, se podrán llevar a cabo con sujeción a las Normas Oficiales Mexicanas que al efecto se expidan y mediante aviso a la autoridad del agua, de acuerdo al último párrafo del artículo 44 y 88 Bis 1.

Este artículo 88 bis 1, también señala que las personas físicas o morales que no utilicen como materia prima sustancias que generen en sus descargas de aguas residuales metales pesados, cianuros o tóxicos y su volumen de descarga no exceda de 300 metros cúbicos mensuales en su proceso o actividad productiva, se encuentren en localidades que carezcan de sistemas de alcantarillado y saneamiento y sean abastecidas de agua potable por sistemas Municipales, Estatales o el Distrito Federal, podrán llevar a cabo sus descargas de aguas residuales con sujeción a las Normas Oficiales Mexicanas que al efecto se expidan y mediante un aviso por escrito a la Autoridad del Agua.

Ahora bien, tal y como lo dice el artículo 91 bis, las personas físicas o morales que descarguen aguas residuales a las redes de drenaje o alcantarillado, deberán cumplir con las Normas Oficiales Mexicanas y, en su caso, con las condiciones particulares de descarga que emita el estado o el municipio. Y que los municipios, el Distrito Federal y en su caso, los Estados deberán tratar sus aguas residuales antes de descargarlas en un cuerpo receptor, conforme a las Normas Oficiales Mexicanas o a las condiciones particulares de descarga que en su caso determine la referida Autoridad del Agua.

La Comisión Nacional del Agua se apoyará en los Organismos de Cuenca y cuando sea necesario, en los tres órdenes de gobierno y sus instituciones para el cumplimiento en materia de bienes nacionales que tiene a su cargo. Asimismo ésta Comisión, y los Organismos de Cuenca pueden coordinarse con los gobiernos de los estados y del Distrito Federal, para que estos últimos ejecuten determinados actos administrativos relacionados con los bienes nacionales, en los términos de lo que establece esta Ley y otros instrumentos jurídicos aplicables, según el artículo 113 Bis 1 de la LAN.

Ahora bien, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LEGEPA) indica en su artículo 117 los criterios para la prevención y control de la contaminación del agua, y señala en el 118, que éstos serán considerados en la expedición de normas oficiales mexicanas para el uso, tratamiento y disposición de aguas residuales; en la formulación de las normas oficiales mexicanas sobre el tratamiento del agua para el uso y consumo humano, así como para la infiltración y descarga de aguas residuales en cuerpos receptores considerados aguas nacionales; en los convenios que celebre el Ejecutivo Federal para entrega de agua en bloque, y especialmente de aguas residuales a los sistemas usuarios o a usuarios; en el establecimiento de zonas reglamentadas, de veda o de reserva; en las concesiones, asignaciones, permisos de las aguas propiedad de la nación, para infiltrar aguas residuales en los terrenos, o para descargarlas en otros cuerpos receptores distintos de los alcantarillados de las poblaciones; en la organización,

dirección y reglamentación de los trabajos de hidrología en cuencas, cauces y álveos de aguas nacionales, superficiales y subterráneos y en la clasificación de cuerpos receptores de descarga de aguas residuales, de acuerdo a su capacidad de asimilación o dilución y la carga contaminante que éstos puedan recibir.

El diverso 119 Bis señala que en materia de prevención y control de la contaminación del agua, son los gobiernos de los Estados y de los Municipios, por sí o a través de sus organismos públicos que administren el agua, así como al del Distrito Federal, de conformidad con la distribución de competencias establecida en esta Ley y conforme lo dispongan sus leyes locales en la materia, los encargados del control de las descargas de aguas residuales a los sistemas de drenaje y alcantarillado; de la vigilancia de las normas oficiales mexicanas correspondientes, así como de requerir a quienes generen descargas a dichos sistemas y no cumplan con éstas, la instalación de sistemas de tratamiento; de determinar el monto de los derechos correspondientes para que el municipio o autoridad estatal respectiva pueda llevar a cabo el tratamiento necesario, y en su caso, proceder a la imposición de las sanciones a que haya lugar, y llevar y actualizar el registro de las descargas a los sistemas de drenaje y alcantarillado que administren, el que será integrado al registro nacional de descargas a cargo de la Secretaría.

Sin embargo, puntualiza en el artículo 120, que para evitar la contaminación del agua, quedan sujetos a regulación federal o local las descargas de origen industrial; municipal y su mezcla incontrolada con otras descargas; las derivadas de actividades agropecuarias; de desechos, sustancias o residuos generados en las actividades de extracción de recursos no renovables; así como la aplicación de plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas; las infiltraciones que afecten los mantos acuíferos; y el vertimiento de residuos sólidos, materiales peligrosos y lodos provenientes del tratamiento de aguas residuales, en cuerpos y corrientes de agua.

Para descargar o infiltrar en cualquier cuerpo o corriente de agua o en el suelo o subsuelo, a las aguas residuales que contengan contaminantes, se les debe dar previo tratamiento, y solicitar el permiso o autorización de la autoridad federal, o de la autoridad local en los casos de descargas en aguas de jurisdicción local o a los sistemas de drenaje y alcantarillado de los centros de población, según el artículo 121.

De acuerdo al artículo 122, las aguas residuales provenientes de usos públicos urbanos y las de usos industriales o agropecuarios que se descarguen en los sistemas de drenaje y alcantarillado de las poblaciones o en las cuencas ríos, cauces, vasos y demás depósitos o corrientes de agua, así como las que por cualquier medio se infiltren en el subsuelo, y en general, las que se derramen en los suelos, deberán reunir las condiciones necesarias para prevenir la contaminación de los cuerpos receptores; las interferencias en los procesos de depuración de las aguas; y los trastornos, impedimentos o alteraciones en los correctos aprovechamientos, o en el funcionamiento adecuado de los sistemas, y en la capacidad hidráulica en las cuencas, cauces, vasos, mantos acuíferos y demás depósitos de propiedad nacional, así como de los sistemas de alcantarillado.

Todas las descargas en las redes colectoras, ríos, acuíferos, cuencas, cauces, vasos, aguas marinas y demás depósitos o corrientes de agua y los derrames de aguas residuales en los suelos o su infiltración en terrenos, deberán satisfacer las normas oficiales mexicanas que para tal efecto se expidan, y en su caso, las condiciones particulares de descarga que determine la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos

Naturales y Pesca o las autoridades locales, donde corresponde a quien genere dichas descargas efectuar el tratamiento previo requerido²³⁹.

Los equipos de tratamiento de las aguas residuales de origen urbano que diseñen, operen o administren los municipios, las autoridades estatales, o el Distrito Federal, deberán cumplir con las normas oficiales mexicanas sobre la materia²⁴⁰.

Con la finalidad de detectar la presencia de contaminantes o exceso de desechos orgánicos y aplicar las medidas necesarias, la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca con la participación que en su caso corresponda a la Secretaría de Salud, de acuerdo al artículo 133 de la LEGEPA, realizará un sistemático y permanente monitoreo de la calidad de las aguas; sin embargo, en los casos de aguas de jurisdicción local se coordinará con las autoridades de los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.

El tema de la concesión y asignación de las aguas nacionales para el caso de los Estados y Municipios se analizará en la sección siguiente.

5. CONCESION Y ASIGNACIÓN DE LAS AGUAS NACIONALES

5.1 La Concesión

La figura de la concesión tiene su **origen** en la necesidad del Estado de cumplir con los fines que le son encomendados por la constitución, y que al no poder llevar todos a cabo, *permite a los particulares* que estén interesados en ello y que cumplan con características específicas, que realicen determinadas actividades.

Su **concepto** etimológico proviene del latín *concessio*, que deriva de *concedere*, y significa conceder, término que se llega a confundir por su amplio contenido, al incluirse a todo acto de la administración pública que otorgue un derecho o beneficio a los particulares, en base a que en la constitución se encuentre en varios preceptos; sin embargo, debe tenerse presente que en esta figura se confiere un beneficio hacia el particular –denominado concesionario-, que antes no tenía, y que equivale al que le transmite el Estado -denominado concedente- para explotar un bien del dominio público o un servicio público.

Al respecto Delgadillo y Lucero estiman que²⁴¹ *“la concesión es un acto jurídico por el cual la Administración Pública otorga por tiempo indeterminado, a un particular, el derecho de prestar un servicio público, o de usar, aprovechar y explotar bienes del Estado, de acuerdo a las normas que lo regulan”*.

Serra Rojas²⁴² considera que la concesión estimula el fomento de la riqueza nacional, crea nuevos centros de trabajo, al tiempo que el Estado recibe cantidades por concepto de impuestos; y en donde el particular motivado por el lucro, trabaja en una explotación intensiva de los recursos naturales o en una eficaz atención de los servicios públicos concesionados. Así mismo comenta que los bienes concesionados pasan a través de la reversión al poder del Estado.

²³⁹ Artículo 123 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

²⁴⁰ *Ibid.*, artículo 126.

²⁴¹ DELGADILLO Y LUCERO, *Compendio de Derecho Administrativo*, 3ª ed. Actualizada, México, Porrúa, p. 368-369.

²⁴² SERRA Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo, Segundo Curso*, 22ª ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 2003, p. 387-388.

Mientras que García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que la:

“concesión permite: primero, elegir los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la indicada actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga; segundo, tasar de una manera previa y bien delimitada el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende; tercero, imponer a la vez ese ejercicio de una manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de un no ejercicio que se juzga contrario al interés general, todo ello bajo la fiscalización administrativa; y, en fin, reservar la posibilidad de los derechos otorgados o de un rescate de los mismos o de una reversión a tiempo establecida en virtud de una titularidad remanente y última que permanece en la Administración, desde la cual se efectúa y se apoya todo el proceso interventor descrito y que puede recuperar la plenitud de facultades con vistas o bien a una nueva distribución concesional a favor de nuevos titulares”.

La **naturaleza jurídica** de la concesión se explica por diversas teorías que la tratan de explicar de acuerdo a las características de objeto, tiempo y lugar, y que corresponden a las siguientes, las más representativas.

La teoría contractual de la concesión.

En esta teoría han surgido diversas tendencias²⁴³ a saber, las que se encuentran actualmente superadas y que lo consideran como un contrato de derecho privado, que inspiraron a las que niegan los contratos administrativos por estimar que bajo el régimen de derecho público la autoridad impone su voluntad sobre la de los particulares, y las que se refieren a él como un contrato de derecho público, y que le atribuyen dicha naturaleza derivado de que para su existencia es necesaria la concurrencia de las voluntades del concesionario y del Estado, sin poder obligársele al primero su participación.

Por lo tanto, la concesión se produce por un acuerdo de voluntades entre la Administración pública y el concesionario, que se encarga de la realización de una obra o de la prestación de un servicio mediante retribuciones económicas.²⁴⁴

Teoría del acto unilateral.

Su principal exponente es Otto Mayer²⁴⁵. Ésta teoría considera que la concesión es un típico acto administrativo unilateral, pues somete un mandato del poder público, a una situación legal y reglamentaria predeterminada, sin que intervenga la voluntad del concesionario, ya que estima que el acto deriva de la solicitud o petición que efectúa el gobernado, por lo que su voluntad solo opera como requisito para la emisión del mismo.

Delgadillo y Lucero²⁴⁶ sostienen que su carácter unilateral se debe a que ante la solicitud del particular al Estado, éste podrá justificadamente acceder o negarse a la petición, en atención al beneficio público.

Teoría del acto mixto o complejo.

En esta teoría también se encuentran diversas tendencias, una, seguida por la mayoría de la doctrina, en ella intervienen en la concesión características de las teorías contractual y

²⁴³ *Ibid.*, 396-397.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 396

²⁴⁵ MARTÍNEZ Morales, Rafael, *Derecho Administrativo, Primero y Segundo Cursos*, 3ª ed., México, Textos Jurídicos Universitarios, p. 155.

²⁴⁶ Cfr. DELGADILLO y LUCERO, *Compendio...*, *op. cit.*, (en nota 241), p. 370.

unilateral ya que se halla la decisión unilateral del Estado, pero reconoce un acuerdo de voluntades respecto de algunos elementos como las tarifas.

Otra es la que establece a la concesión como un acto mixto, se encuentra integrada por un acto reglamentario y uno administrativo, en donde el concesionario se halla en una situación jurídica especial, al consignar en la parte reglamentaria los derechos y obligaciones relativos a la concesión, y adquirir determinadas ventajas en la contractual. Con lo que concesionario asegura el funcionamiento del servicio público.

La última expone que esta concesión esta integrada por un acto reglamentario, como acto administrativo unilateral que fija las reglas de prestación del servicio, uno como condición que otorga al concesionario la calidad de administrador del servicio y uno contractual que fija la duración y contenido económico de la explotación del servicio²⁴⁷.

Martínez Morales²⁴⁸ sostiene que la inconsistencia de esta teoría radica en que una persona no se puede colocar en un mismo acto, en las posiciones de derecho público y de derecho privado.

Cabe señalar que de acuerdo con el sistema jurídico nacional²⁴⁹, la concesión no establece elementos contractuales ya que la diferencia de los contratos, y señala que lo que ampara la concesión debe establecerse en la ley, por lo que su naturaleza se ubica en un acto administrativo, unilateral, y discrecional del Estado.

La ***base constitucional*** de la concesión tratándose de los recursos naturales, y servicios públicos, se haya en el sexto párrafo del artículo 27 cuando señala que la explotación de los recursos naturales y las aguas nacionales por los particulares solo puede otorgarse mediante concesión del Ejecutivo Federal, a la letra dice:

“...el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes.”

Mientras que el artículo 28 en su párrafo décimo autoriza la concesión tratándose de servicios públicos o bienes del dominio de la Federación en los casos de interés general, con las excepciones, modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación y utilización de los mismos por la ley, y evita una afectación del interés público; pues señala que:

“El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.”

²⁴⁷ SILVA Cencio, Jorge A., *La concesión de Servicio Público, en Contratos Administrativos*, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricargo Depalma, 1982, p. 133, T. II, citado por DELGADILLO y LUCERO, *Ibid.*, p. 371-372.

²⁴⁸ MARTÍNEZ Morales, Rafael, *op. cit.*, (en nota 245), p. 156.

²⁴⁹ Véanse artículos 27 y 28 constitucionales.

En este sentido, ya que tanto el otorgamiento -artículo 27- como el funcionamiento – artículo 28- de las concesiones deben precisarse en la ley, y toda vez que no existe un texto único en la materia, es necesario recurrir a la ley de la materia objeto de la misma para conocer y aplicar las normas que correspondan, tomando en cuenta que cada una dispone las propias²⁵⁰.

La **clasificación general de las concesiones** se presenta en tres grupos a saber: la concesión de servicio público, la concesión de explotación de bienes de la Federación, y otros tipos especiales de concesión.

Por su parte Garrido Falla²⁵¹ las clasifica en dos, señala las traslativas, que implican la subrogación del particular en las facultades de gestión o disfrute de que es titular la Administración, en relación con el servicio público, o el dominio público; y las constitutivas, en las que la Administración constituye a favor de particulares nuevos derechos o facultades en base a los poderes que les atribuye la ley.

Ahora bien, en cuanto a los **tipos de concesiones** se pueden agrupar en tres distintos²⁵²:

a) *De servicio público*.- en la que el Estado –concedente- otorga temporalmente al particular –concesionario- la organización y funcionamiento de un servicio público, quien lo presta por su cuenta y riesgo, y bajo el control de la concedente, a cambio de una remuneración que en la generalidad se obtiene de las tarifas que pagan los usuarios del servicio.

b) *De uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público de la Federación*.- es el acto administrativo en el que el Estado –concedente- con base en la ley, otorga temporalmente a un particular –concesionario- los derechos sobre un bien del Estado bajo el cumplimiento de determinados requisitos por el concesionario.

c) *De obra pública*.- acto administrativo por el que el Estado –concedente- encomienda temporalmente a un particular –concesionario- para que bajo su costo y riesgo, realice una obra pública, y le otorga a cambio el beneficio de explotarla temporalmente a fin de que amortice la inversión y obtenga la utilidad correspondiente.

Cabe señalar que la doctrina menciona a la concesión de empresa pública, sin embargo, este supuesto entra en las características de la concesión de servicio público.

Dentro de los **elementos de la concesión**, por lo que hace a los sujetos, la autoridad concedente equivale al Jefe del Ejecutivo a través de sus dependencias, el concesionario es la persona física o jurídico-colectiva con capacidad jurídica, técnica y financiera, y tratándose de los servicios públicos el gobernado que los utiliza se denomina usuario. En cuanto a los objetivos, la materia de la concesión depende de la prestación que se realice, los derechos del concesionario son de tipo personal, que pueden en algunos casos ser transferidos previa autorización del concedente, las obligaciones del concesionario consisten en hacer funcionar la materia de la concesión bajo lo establecido en la ley.

²⁵⁰ Así, para efectos de estudio en materia de aguas la ley respectiva cambia su denominación al término de *asignación* cuando quien recibe la *concesión* es una entidad pública, y uno un particular.

²⁵¹ Véase GARRIDO Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo, Parte general*, Madrid, Inst. de Ests., 1958, p.406-407, T. I, citado por SERRA Rojas, *op. cit.*, (en nota 242), p. 395.

²⁵² DELGADILLO y LUCERO, *Compendio...*, *op. cit.*, (en nota 241), p. 375-376.

El término de ***derecho de reversión***²⁵³ que se ha mencionado líneas anteriores es la figura que tiene lugar cuando llega el término de la concesión, en él los bienes materia de la misma pasan a propiedad del Estado, sin operar indemnización alguna al concesionario, derivado de que se estima que éste *recuperó* su inversión. Este derecho no está previsto en todas las leyes especiales de las materias concesionables, por lo que no opera con todos los supuestos.

Finalmente, la *concesión puede concluir* por revocación, caducidad, rescate, renuncia, quiebra, muerte, así como cumplimiento de plazo²⁵⁴.

5.2 La Asignación

La figura de la asignación opera en el sentido de la concesión, pero otorga el carácter de concesionario al mismo Estado, por lo que se considera como el acto administrativo mediante el cual se otorga la explotación respecto de bienes o servicios del Estado, a las entidades.

Por lo tanto, la asignación se presenta en diversas materias, como la minera, en materia de aguas federales, y para la explotación de materiales y la ocupación de terrenos que para su utilización se debe acudir a la ley de las mismas.

5.3 La Concesión y Asignación de las aguas nacionales para la prestación del servicio público de suministro de agua

La satisfacción de las necesidades de la colectividad es atendida originalmente por el Estado, sin embargo, también puede ser resuelta por los particulares bajo la concesión, supuesto en el que se ubica la prestación del servicio público de suministro de agua.

La concesión y asignación de las aguas se encuentran establecidas en lo señalado por los artículos 27 y 28 constitucionales respecto a que las aguas nacionales de carácter superficial y del subsuelo, sólo pueden ser aprovechadas por los particulares a través de la concesión, y que es el Estado el que sujetándose a las leyes puede concesionar las aguas para la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, con sus excepciones, debe tomar en cuenta las modalidades y condiciones que fijen las leyes para asegurar la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

Así, de acuerdo al carácter público del recurso hídrico, la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales se realizará mediante concesión o asignación - una vez analizadas las partes involucradas, y el costo económico y ambiental de las obras a desarrollar- otorgadas por el Ejecutivo Federal a través de la Comisión Nacional del Agua, de los Organismos de Cuenca, o directamente por ésta cuando así le competa, de conformidad con las reglas y condiciones que dispone la Ley de Aguas Nacionales y su reglamento²⁵⁵.

²⁵³ Marienhoff Miguel sugiere referirse a ésta figura mediante el término de transferencia, pues con la de reversión se presta a confusión cuando los bienes nunca fueron del Estado. MARTÍNEZ Morales, Rafael, *op. cit.*, (en nota 245), p.156.

²⁵⁴ El plazo de la concesión varía dependiendo la materia, sin embargo, se tiene la posibilidad de renovarla o de prorrogar los plazos.

²⁵⁵ Artículo 9 de la Ley de Aguas Nacionales.

El artículo 20 de esta ley establece cuándo se otorga una concesión o asignación, en el siguiente sentido:

“La explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales por parte de personas físicas o morales se realizará mediante concesión otorgada por el Ejecutivo Federal a través de "la Comisión" por medio de los Organismos de Cuenca, o por ésta cuando así le competa, de acuerdo con las reglas y condiciones que establece esta Ley, sus reglamentos, el título y las prórrogas que al efecto se emitan.

La explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales por dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, estatal o municipal, o el Distrito Federal y sus organismos descentralizados se realizará mediante concesión otorgada por el Ejecutivo Federal a través de "la Comisión" por medio de los Organismos de Cuenca, o por ésta cuando así le competa, de acuerdo con las reglas y condiciones que establece esta Ley y sus reglamentos. Cuando se trate de la prestación de los servicios de agua con carácter público urbano o doméstico, incluidos los procesos que estos servicios conllevan, la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, se realizará mediante asignación otorgada por el Ejecutivo Federal a través de "la Comisión" por medio de los Organismos de Cuenca, o por ésta cuando así le competa, a los municipios, a los estados o al Distrito Federal, en correspondencia con la Fracción VIII del Artículo 3 de la presente Ley. Los derechos amparados en las asignaciones no podrán ser objeto de transmisión.”

Donde la asignación se rige por las disposiciones de las concesiones, salvo en la transmisión de derechos, pero considera al asignatario como concesionario para efectos de la Ley.

La explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales por parte de personas físicas o morales, por dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, estatal o municipal, o por el Distrito Federal y sus organismos descentralizados se realizará mediante *concesión*, mientras que la prestación de los servicios de agua con carácter público urbano o doméstico, incluidos los procesos que estos servicios conllevan, la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, se realizará mediante *asignación* a los Municipios, a los Estados o al Distrito Federal. Títulos que se deberán inscribir en el Registro Público de Derechos de Agua. Con un término no menor de cinco ni mayor de treinta años prorrogables por otro igual²⁵⁶.

Al respecto, Thalía Denton²⁵⁷ señala que la diferencia radica en que el régimen de los particulares es llamado concesión; y el que rige a los organismos del sector público cuando se trate de la prestación de los servicios de agua con carácter público urbano o doméstico, así como sus procesos, se llama asignación; así a través de la asignación de aguas, es que los gobiernos municipales se encargan de la prestación de los servicios públicos de suministro de agua potable.

Esta ley establece que las asignaciones de aguas nacionales a centros de población que se hubieran otorgado a los Ayuntamientos, a los Estados, o al Distrito Federal, que administren los respectivos sistemas de agua potable y alcantarillado, subsistirán aun

²⁵⁶ *Ibid.*, artículo 24.

²⁵⁷ Cfr. DENTON, Thalía, *op. cit.*, (en nota 21), p. 108.

cuando estos sistemas sean administrados por entidades paraestatales o paramunicipales, o se concesionen a particulares por la autoridad competente.

También señala que las concesiones y asignaciones crearán derechos y obligaciones a favor de los beneficiarios en sus términos. Y que el Gobierno Federal podrá coordinarse con los gobiernos de los estados y del Distrito Federal, a través de convenios de colaboración administrativa y fiscal para contribuir a la descentralización de la administración del agua.

Señala que los municipios que celebren convenios entre sí o con los estados que les correspondan, para la prestación del servicio público de suministro de agua potable, alcantarillado y saneamiento, y el ejercicio de las funciones a su cargo, así como para prestar los servicios en materia de uso público urbano, serán responsables directos del cumplimiento de sus obligaciones ante las autoridades en materia de agua, en términos de la Ley en comento, de sus Reglamentos y los títulos correspondientes, donde los estados o quienes en su caso se encarguen de prestar el servicio son responsables solidarios en el cumplimiento de las obligaciones correspondientes²⁵⁸.

Finalmente, plantea la participación privada en el uso, aprovechamiento y explotación de agua, así como su distribución y control y en la preservación de su calidad y cantidad.

6. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA EN MEXICO. CIUDADES CASO

El análisis de la prestación del servicio público de suministro de agua en México en el Distrito Federal, la Zona Conurbada del Estado de México y la ciudad de Aguascalientes, atiende de una selección por sus características metropolitanas y gestión directa e indirecta del servicio, al corresponder a los casos más relevantes de la participación privada en la administración total o parcial de sistemas, ya que sobre la primera, las autoridades locales eligieron concesionar la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento, donde la empresa privada tiene a su cargo la administración integral del sistema, así como la obligación de realizar obras de rehabilitación y ampliación de la infraestructura, e incrementar los niveles de eficiencia del sistema en su conjunto. Y respecto al primero, se eligió un modelo de prestación de servicios en diversas etapas, con responsabilidad creciente de cuatro empresas que participan en otros tantos grupos de Delegaciones Políticas.

Cabe destacar que a partir de este señalamiento se ha dado una fuerte discusión sobre el tema de la gestión del servicio en distintos foros en México, en los que incluso se llega a considerar la crisis de este determinado servicio.

6.1 Aguascalientes

6.1.1 Marco jurídico

El marco jurídico base para la prestación del servicio público de suministro de agua del municipio de Aguascalientes se encuentra establecido a nivel estatal y municipal desde la *Constitución Política del Estado de Aguascalientes*, que señala la facultad que tienen los

²⁵⁸ Artículo 44 de la Ley de Aguas Nacionales.

Ayuntamientos para aprobar, de acuerdo con las Leyes Estatales, los bandos de policía y gobierno, los Reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia, y aseguren la participación ciudadana y vecinal. Y precisa que respecto a la concesión de los servicios públicos municipales, los Ayuntamientos deberán recabar la autorización del Congreso del Estado²⁵⁹.

Asimismo establece²⁶⁰ que los Municipios tendrán a su cargo la función y servicio público de suministro de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales. Pero podrán coordinarse y asociarse -para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan, entre Municipios del Estado, o con uno de otra u otras Entidades Federativas- previa aprobación del Congreso, o con el Gobierno del Estado para que éste, de manera directa o a través del organismo correspondiente, se haga cargo en forma temporal de algunos de ellos, o bien se presten o ejerzan coordinadamente por el Estado y el propio Municipio.

La *Ley de Agua para el Estado de Aguascalientes* considera que los organismos operadores municipales, intermunicipales, concesionarios o el Instituto del Agua del Estado -organismo público descentralizado del Gobierno del Estado de Aguascalientes, anteriormente denominado Comisión Estatal de Agua Potable y Alcantarillado- pueden prestar el servicio público de agua potable, alcantarillado y saneamiento²⁶¹.

Este Instituto tiene entre otras funciones la de promover la participación social y privada en la prestación de los servicios públicos²⁶², así como promover, apoyar y gestionar ante las dependencias y entidades federales, las asignaciones, concesiones y permisos correspondientes con objeto de dotar de agua a los centros de población y asentamientos humanos²⁶³.

Señala que los Municipios podrán concesionar, total o parcialmente, la prestación de los servicios públicos, o contratar la realización de la ejecución de obras de infraestructura hidráulica y proyectos relacionados con los servicios públicos, incluyendo el financiamiento, la administración, operación y mantenimiento total o parcial de los sistemas destinados a la prestación de los servicios públicos, y las demás actividades que suscriben los organismos operadores municipales o intermunicipales o el Instituto con los municipios²⁶⁴.

Asimismo establece que respecto a la prestación de los servicios públicos se requerirá de concesión, la que sólo podrá otorgarse a personas morales legalmente constituidas²⁶⁵.

Ahora bien, tratándose de comunidades rurales, considera que no es necesario llevar a cabo el procedimiento de licitación para la concesión, sino que ésta puede ser otorgada directamente por el municipio a las organizaciones que para tal efecto se constituyan en las comunidades y que así lo soliciten²⁶⁶.

²⁵⁹ Artículo 68 de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes.

²⁶⁰ *Ibid.*, artículo 69 fracción I.

²⁶¹ Artículo 3º fracción XIII, de la Ley de Aguas para el Estado de Aguascalientes.

²⁶² *Ibid.*, artículo 5º fracción XIII.

²⁶³ *Ibid.*, artículo 5º fracción XVII.

²⁶⁴ *Ibid.*, artículo 20.

²⁶⁵ *Ibid.*, artículo 47.

²⁶⁶ *Ibid.*, último párrafo del artículo 48.

Y, señala que el Instituto puede prestar temporalmente, previo convenio con el municipio respectivo, los servicios públicos en aquellos municipios en donde no existan organismos operadores o concesionarios, o el municipio no tenga todavía la capacidad para hacerse cargo de ellos. O bien, concurrir con los municipios en la prestación de los servicios públicos cuando ello sea necesario²⁶⁷.

Por otro lado establece la obligatoriedad para los propietarios de los predios ubicados frente las instalaciones de tuberías de distribución de agua y de recolección de aguas residuales y pluviales, de contar con los servicios públicos, solicitar al prestador de los servicios la instalación de las tomas respectivas y la conexión de sus descargas, y de cumplir con los requisitos señalados por el prestador de los servicios²⁶⁸; y deberes para los usuarios respecto del pago de los servicios en base a las cuotas y tarifas autorizadas por la ley²⁶⁹, en tiempo y forma (lugar)²⁷⁰, así como de la instalación de medidores²⁷¹.

Las tarifas deben propiciar la autosuficiencia financiera de los prestadores de los servicios públicos, racionalización del consumo, acceso de la población de bajos ingresos a los servicios públicos de acuerdo a su capacidad de pago, baja dependencia de los municipios hacia el Estado y la Federación para la prestación de los servicios públicos, y orientación del desarrollo urbano e industrial²⁷².

Las cuotas y tarifas se determinarán y actualizarán por el prestador de los servicios con base en la aplicación de las fórmulas que autorice el Municipio respectivo, con la opinión del Instituto, así como de la previa aprobación del Cabildo de cada Ayuntamiento²⁷³. Estas fórmulas establecerán los parámetros y su interrelación para el cálculo de las tarifas medias de equilibrio. Su revisión será anual²⁷⁴.

El Municipio respectivo o el Instituto vigilará la correcta aplicación de las referidas fórmulas y aprobará las tarifas medias calculadas, así como la congruencia entre las tarifas medias y la estructura tarifaria correspondiente²⁷⁵.

Por último señala que no podrán existir exenciones respecto de las cuotas y tarifas a que se refiere el presente artículo, su pago es independiente del cumplimiento a lo dispuesto en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, y de la legislación local respectiva²⁷⁶.

La *Ley de obras públicas y servicios relacionados para el Estado de Aguascalientes* regula las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, seguimiento, evaluación, licitación, adjudicación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de las obras públicas, así como los servicios relacionados con las mismas que contraten o realicen las dependencias del Gobierno del Estado, y sus órganos públicos desconcentrados; las entidades paraestatales con sus organismos públicos

²⁶⁷ *Ibid.*, artículo 65.

²⁶⁸ *Ibid.*, artículo 70.

²⁶⁹ *Ibid.*, artículo 86.

²⁷⁰ *Ibid.*, artículo 87.

²⁷¹ *Ibid.*, artículo 90.

²⁷² *Ibid.*, artículo 95.

²⁷³ *Ibid.*, artículo 96.

²⁷⁴ *Ibid.*, artículo 98.

²⁷⁵ *Ibid.*, artículo 100.

²⁷⁶ *Ibid.*, artículo 102.

descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos; los Municipios del Estado, así como sus órganos desconcentrados; las empresas de participación municipal, los fideicomisos públicos, y los organismos descentralizados municipales; y las personas físicas y morales que tengan a su cargo la prestación de servicios concesionados y que realicen obras públicas necesarias para la adecuada prestación de los mismos.

Ahora bien, la *Ley Municipal para el Estado de Aguascalientes* señala que los ayuntamientos tienen como función general el gobierno del Municipio y como atribución y facultad procurar que las poblaciones cuyo censo sea mayor de 500 habitantes sean provistas entre otras de agua potable²⁷⁷; y a su cargo el servicio y función pública de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales²⁷⁸.

Los municipios tienen a su cargo la prestación, explotación, administración y conservación de los servicios públicos municipales, entre los que se encuentra el de suministro de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales²⁷⁹.

Precisa que las funciones y servicios públicos que tiendan a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales para la población serán consideradas como áreas estratégicas y, deberán ser prestadas de manera directa por los municipios. Por lo tanto, considera como área estratégica el referido servicio público de suministro de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales²⁸⁰; y para el caso de que se concesione la obtención de la aprobación del Congreso del Estado.

6.1.2 Prestación del servicio público de suministro de agua potable

La ciudad de Aguascalientes vivió importantes transformaciones desde la década de los setentas en que experimentó cambios en términos de desarrollo en materia industrial²⁸¹, avanzó a políticos, recomposición de las redes de poder regional, y crecimiento demográfico²⁸², lo que para los años noventas agudizó los problemas de infraestructura urbana sobre equipamiento en esta materia y prestación de servicios adecuados.

Respecto al tema hídrico buscó atender la demanda del servicio de suministro de agua con la construcción de más pozos para su extracción logrando un 97 por ciento de cobertura. Pese a dicho nivel de cobertura se enfrentó a serios problemas en la prestación del servicio derivados del inadecuado mantenimiento y operación de la red de distribución, deficiencias en la de medición y monitoreo, crecimiento de la infraestructura, baja eficiencia en su aprovechamiento, mayores, costosas e inadecuadas perforaciones, sobreexplotación del acuífero, agotamiento de las reservas de agua, contaminación de los cuerpos receptores, agrietamiento del subsuelo, y degradación de la calidad de las aguas superficiales, principalmente. Y advirtió mayores problemas a futuro como posibles fracturas geológicas y de redes y contaminación del manto freático.

²⁷⁷ Artículo 36 fracción XXXIV de la Ley Municipal para el Estado de Aguascalientes.

²⁷⁸ *Ibid.*, artículo 36 fracción XXXVIII. Ver anexos uno y dos.

²⁷⁹ *Ibid.*, artículo 74.

²⁸⁰ *Ibid.*, artículo 79.

²⁸¹ Actualmente cerca del 80% de la industria del estado se ubica en la ciudad de Aguascalientes.

²⁸² Al triplicar la zona urbana y pasar la densidad de población de 83 habitantes/km² en 1990 a 68.9 en 2000.

La apertura de la sociedad, el entendimiento entre empresa y gobierno, la modificación a la legislación²⁸³, la escasez del líquido y sus condiciones hidrológicas, así como la problemática de la operación del servicio y el alto costo para mantener el control directo de la prestación contribuyeron, entre otros factores, en la decisión de concesionar el servicio; por lo que, el 21 de octubre de 1993 el municipio de Aguascalientes se convirtió en el primero a **nivel nacional en privatizar integralmente el servicio de suministro de agua potable** con la autorización del *Título de Concesión de los servicios de agua potable, alcantarillado tratamiento de aguas residuales y de reuso del Municipio de Aguascalientes*, a la empresa Concesionaria de Agua de Aguascalientes, S.A.²⁸⁴; a través de la que buscó evitar la sobreexplotación de los mantos acuíferos, avanzar a la recuperación de los volúmenes almacenados, y lograr un equilibrio y estabilidad de para el año 2030.

Por lo tanto, la actividad industrial y comercial, el crecimiento natural, y la migración produjeron un incremento en la demanda de bienes y servicios, entre los que se encontró el del suministro de agua potable, así la demanda de éste líquido y su sobreexplotación fomentaron la concesión del servicio de suministro de agua potable, alcantarillado y saneamiento, tratamiento de aguas residuales y de reuso.

De manera general, el concesionario obtuvo la operación, mantenimiento, construcción, administración, facturación y cobranza por un período de 20 años con posibilidad de prórroga a discreción del concedente, asumió los pasivos e inversiones para mejorar la infraestructura hidráulica con intervención de los gobiernos estatal y municipal junto con la Comisión Nacional del Agua, y se obligó a la prestación eficiente del servicio en condiciones que aseguraran su continuidad, regularidad, claridad, generalidad y obligatoriedad; mientras que Municipio recibió el 10% de los derechos del servicio, pero controlaría y vigilaría la operación, así como la revisión de los análisis financieros y de costos que entregara a la concesionaria con un buen funcionamiento en la prestación del servicio y la calidad del agua.

A partir de la concesión, los avances en la gestión, operación y mantenimiento del sistema de agua potable fueron notables, el resultado mostró al término del primer año un incremento de 56 a 63% respecto del suministro de agua durante todo el día y 57 a 82% sobre suficiencia, se obtuvieron cifras favorables por los siguientes años²⁸⁵. Sin embargo, el 16 de mayo de 1995 la concesionaria CAASA manifestó la necesidad de incrementar las

²⁸³ La expedición de la nueva Ley de Aguas Nacionales que planteó la participación privada en el uso, aprovechamiento y explotación de agua, así como su distribución y control y en la preservación de su calidad y cantidad, el artículo 28 constitucional que establece que en casos de interés general se podrá concesionar la prestación de los servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo excepciones, la adición al artículo 97 de la Ley Orgánica del Estado de Aguascalientes que permitió concesionar el servicio público de suministro de agua potable.

²⁸⁴ En 1984 el organismo descentralizado encargado de gestionar y operar el servicio (Comisión de Agua Potable del Municipio de Aguascalientes) contrató a una subsidiaria del grupo ICA (Servicios de Agua de Aguascalientes, S.A.) para eficientar el cobro del servicio y los recursos, extendió sus funciones al mantenimiento y operación de la red; misma que terminaría concesionando el servicio pero tomando el nombre de Concesionaria de Aguas de Aguascalientes, S.A.

²⁸⁵ Para el año 2000 se observó sólo un incremento de 1.4 puntos respecto del acceso al agua, cifra inferior a la obtenida de 9, de 1970 a 1980, y de 7, de 1980 a 1990. SAAVEDRA Peláez, Fernando, El acceso a los servicios de agua potable en México: El caso de la Ciudad de Aguascalientes, trabajo basado en los resultados del proyecto "Barreras y condiciones para la participación de la empresa y el capital privados en los servicios de agua y saneamiento en Latinoamérica y África (PRINWASS), coordinado por el Dr. Esteban Castro (Universidad de Oxford). El estudio de la ciudad de Aguascalientes, México, fue realizado por un grupo de investigadores coordinado por la Dra. María Luisa Torregrosa, encontrado en:

http://www.agua.org.mx/images/stories/BibliotecaG/docs/privatizacion_del_agua/servicio%20de%20agua%20potable_aguascalientes.pdf

tarifas debido al entorno económico nacional, pese a que éste venía generándose desde antes de la concesión.

La situación económica de fines de 1994, el aumento de las tarifas y de las tasas de interés resultaron en la pérdida de la legitimidad de la administración local frente a la ciudadanía, lo que ocasionó que la concesión se politizara al buscarse la reducción de las tarifas y la revocación del título; la solución resultó para 1996 en la revocación del Rescate del Servicio de Agua Potable, con lo que se amplió ahora el plazo del título de concesión de 20 a 30 años, con modificación a parte de su contenido.

A diez años de la concesión (2002) se advirtieron logros sobre la reducción de fugas domiciliarias, incremento de medidores en las viviendas para eficientar el servicio, y cobertura de agua dentro de la vivienda del 95%; sin embargo, también se encontraron problemas sobre el financiamiento para el crecimiento del sistema, el aumento en la tarifa, y presión para el pago del servicio -por el usuario- versus la suspensión del mismo, la inversión de instancias públicas y reducción de la de la empresa, la sobreexplotación de los acuíferos, y falta de sustentabilidad ambiental, mala operatividad del sistema respecto de tandeos²⁸⁶, fugas de conducción de cerca del 45%, atención al público, mantenimiento, desconfianza de la calidad del agua, y mercado negro del agua. Así, se logra una eficiencia económica comercial pero no ambiental ni de equidad para los consumidores.

Durante la concesión en Aguascalientes se implantó un sistema tarifario que consideraba un costo incremental enfocado en influir sobre la equidad y la proporcionalidad entre los usuarios, pues buscó efectuar cobros mayores a los de más ingresos y viceversa, es decir, que buscaba aplicar un “impuesto de consumo” a los usuarios más pudientes y un subsidio a los menos.

Se establecieron alzas tarifarias durante los dos primeros años de acuerdo a los precios de los insumos requeridos para la prestación, pero se estipuló que la ineficiencia operativa de la concesionaria no repercutiría en el costo de los montos del mismo.

Asimismo tuvo como objetivo proteger un consumo mínimo, sin embargo, manejó un sistema que no logra incorporar el principio de proporcionalidad de manera suficiente con un pago mayor para los que ganan menos, asimismo presenta fallas en la asignación del tipo de tarifa por colonia, pues encuentra más altas en colonias de bajos ingresos y viceversa.

Sus incrementos son proporcionalmente constantes, aumentan bimestralmente un 10% en cualquier rango de consumo, en lugar de hacerlo de manera diferenciada por cada uno, bajo los principios de proporcionalidad, equidad y beneficio para lograr un mayor impacto en la distribución del cobro según los ingresos, ya que la variación de las tarifas debe ser semejante a los ingresos.

Un sistema de cobro adecuado en que puedan aplicarse los principios de equidad y proporcionalidad para este servicio puede versar sobre rangos de consumo por metro cúbicos y no así en la pertinencia de una tarifa pero considerando la existencia de un consumo protegido aplicable a los sectores de bajos ingresos que pueda incluso llegar a establecer un cobro inferior al de operación del servicio; situación que implicaría un

²⁸⁶ Equivale al corte en el suministro de agua para equilibrar la extracción de agua con su regeneración, sin embargo, no se logró efectuar de manera equitativa entre los usuarios.

sistema de subsidios cruzados perfectamente definido aunado a un cobro más alto a quien más consume.

Así, la participación de los particulares en la prestación del servicio es compleja por lo que requiere un correcto diagnóstico técnico-financiero del problema del agua, y conocimiento de la realidad socioeconómica y política de cada lugar, pero siempre en búsqueda de la eficiencia en la prestación del servicio –se trate o no de participación de los sectores público y privado-.

Finalmente el marco jurídico base para la prestación del servicio público de suministro de agua del municipio de Aguascalientes se encuentra establecido a nivel estatal y municipal desde la *Constitución Política del Estado de Aguascalientes*, que señala la facultad que tienen los Ayuntamientos para aprobar, de acuerdo con las Leyes Estatales, los bandos de policía y gobierno, los Reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia; y aseguren la participación ciudadana y vecinal. Con la precisión de que respecto a la concesión de los servicios públicos municipales, los Ayuntamientos deberán recabar la autorización del Congreso del Estado²⁸⁷.

6.2 Zona Metropolitana de la Ciudad de México

La Zona Metropolitana de la Ciudad de México (ZMCM) cuenta con la mayor concentración económica y demográfica del país, se encuentra a más de 2,000 metros de altura s.n.m. en la *cerrada* cuenca del Valle de México, está conformada por 34 municipios conurbados del Estado de México y todo el Distrito Federal²⁸⁸, abarca un territorio de 7 854 millones de km² ²⁸⁹ correspondiente al 0.3% del total nacional, con una población de 19.75 millones de hab. en 2007, y actualmente cercana a los 20 millones; por ello, implica una de las zonas de mayor trascendencia en la prestación del servicio público de suministro de agua potable con una creciente demanda en la prestación del mismo.

La administración del sistema de agua de la ciudad de México se divide entre el gobierno del DF y del Estado de México, derivado del marco legal del país, con participación de la Federación a través de la CNA.

Esta zona se abastece principalmente del acuífero del Valle de México, sin embargo, con el crecimiento poblacional, la industrialización, el permanente incremento en los niveles de consumo y la política de gestión, que han contribuido a la sobreexplotación de los acuíferos, se ha requerido del uso de fuentes más lejanas²⁹⁰, pese a que implican costos sumamente altos por su conducción, potabilización, y bombeo como el acuífero de Lerma y el Sistema Cutzamala éste último que entrega un volumen 303 900 de hectómetros

²⁸⁷ Artículo 68 de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes.

²⁸⁸ Según la definición geoestadística realizada por el INEGI.

²⁸⁹ Capítulo 1 “*Contexto geográfico y socioeconómico*” de las Estadísticas del Agua en México 2008. CONAGUA, 2008 (PDF), p. 11, encontrado el: 28 de febrero de 2009, en: <http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Noticias/Cap1%5B1%5D.pdf>

²⁹⁰ GAMBOA De Buen, Jorge y REVAH Locouture José A., El caso de la ciudad de México, en SCHTEINGART Martha y D’ANDREA Luciano, (coords.) *Servicios Urbanos, Gestión Local y Medio Ambiente*, México, COLMEX, CERFE, 2001, p. 381.

cúbicos por año, de los cuales 174 560 se distribuyen al Distrito Federal, y 478 460 al Estado de México²⁹¹.

El pago por el servicio de agua en la ZMCM mantiene una complejidad importante, considera valores como la falta de pago o el alto subsidio al servicio, que genera incluso el mantenimiento o disminución de las tarifas, contrario a los requerimientos de desarrollo del mismo.

Al respecto, se ha argumentado que dicha medida beneficia la economía de los usuarios, y permite que puedan pagar por éste y en consecuencia fortalezcan las finanzas públicas. No obstante la intención, la estrategia de aplicación de los subsidios no llega a funcionar adecuadamente, entre otras razones, por la falta de sistemas formales de abastecimiento de dichos sectores, con lo que genera que paguen hasta 500 veces más al suministrarse por carros tanque o vendedores privados y consumir agua embotellada ante la deficiente calidad de la obtenida²⁹². Aunado a que desde la década de los años ochentas, el poder adquisitivo en la ZMCM ha perdido cerca de un 70% de su capacidad de compra, contrayendo el mercado interno y polarizando aún más los estratos sociales de altos y bajos ingresos²⁹³.

6.2.1 Distrito Federal

A lo largo del s. XX el Distrito Federal consideró que con el manejo de la oferta resolvería los problemas de abastecimiento mediante un sistema de cobro de cuota fija -que no inducía al ahorro- sin diferencias entre tipos de usuarios, posteriormente según el nivel socioeconómico de las zonas para llegar al consumo medido con la colocación de medidores, que derivó del Programa de Uso Eficiente del Agua (PUEDA) pero no continuó manteniendo el sistema de cuotas fijas.

La fijación de las tarifas estaba a cargo del jefe de Gobierno del Departamento del Distrito Federal pero con bajos niveles respecto del costo, y con actualización esporádica.

Se estableció un sistema de subsidios enfocados a cubrir el costo de operación y ser un mecanismo regresivo de distribución del ingreso ya que establecía pagos iguales a sectores con diferente capacidad económica, y exenciones a ciertos grupos²⁹⁴.

A finales de esa década existía una elevada dispersión institucional pues la ciudad no contaba con un organismo operador que centralizara las diferentes funciones técnico-comerciales y una duplicidad funcional.

²⁹¹ Volúmenes de agua suministrados al Distrito Federal y Estado de México por el sistema Cutzamala 2000-2007, INEGI, 2007.

²⁹² Cfr. *El Manejo del Agua en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México: La Forma Difícil de Aprender*, Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua, A.C., 2002, p. 4, 5 y 6, encontrado el 25 de abril de 2009, De: http://www.agua.org.mx/images/stories/BibliotecaT/docs/gestion_del_agua/El_Manejo_del_Agua_en_la_Zona_Metropolitana.pdf

²⁹³ Cfr. *Ibid.*, p. 5.

²⁹⁴ MARAÑÓN Pimentel, Boris, Las tarifas de agua potable en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, 1992-2002: ¿hacia una política de la administración de la demanda?, en TORTAJADA Cecilia y BISWAS Asit K., (coord..) *Precio del agua y participación pública-privada en el sector hidráulico*, Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua, A.C., México, Porrúa, 2004, p. 83.

Por lo que, en 1992 se impulsó un cambio estructural en la gestión del agua en la ciudad de México con acciones encaminadas a la concepción del agua como un bien económico, y a la participación del sector privado en la prestación del servicio de agua potable²⁹⁵.

En esa fecha se creó a la Comisión de Agua del Distrito Federal como un órgano desconcentrado encargado del manejo integral de la prestación del servicio público de suministro de agua potable, drenaje y tratamiento y reuso de aguas residuales.

Se buscaba garantizar el abasto, por lo que se implantó el sistema de cobro por consumo medido, y se vio por mejorar la infraestructura de las redes de distribución; así, se permitió la participación de la iniciativa privada por etapas, bajo la modalidad de contrato de servicios para mantener el control y responsabilidad del servicio, asignándose a cuatro empresas nacionales asociadas con transnacionales.

Con la reforma política de 1994, la determinación y actualización de las tarifas pasó a facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y fue reemplazada la Ley de Hacienda, por el Código Financiero del Distrito Federal que comenzó a establecer y actualizar las tarifas anualmente.

El sistema de cobro de consumo medido no tuvo mucho impacto ante las condiciones de la infraestructura y cobertura de la medición, por lo que se mantuvo hasta 1996 fecha en la que se siguieron modificaciones en su estructura.

Se estableció el Fideicomiso 1928 para apoyar el Saneamiento del Valle de México, con lo que se asumió de manera coordinada entre la Comisión Nacional del Agua, el Gobierno del Estado de México y el Gobierno del Distrito Federal, la administración de los proyectos de drenaje y de saneamiento de la Zona Metropolitana del Valle de México, y se convirtieron créditos con los organismos financieros internacionales -Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Banco Japonés de Cooperación Internacional (JBIC), antes Overseas Environment Cooperation Found (OECF)-, los cuales han establecido compromisos para financiarlos²⁹⁶.

En 1998 no se registraron incrementos reales de las tarifas, pero se logró mayor eficiencia física y comercial, y se mantuvo la existencia de subsidios.

Para el 2002 se advierte que para los estratos de menores ingresos el precio real del agua no representa un mecanismo para ahorrar, la eficiencia física de medición y recaudación registró un incremento de 7, 40 y 20 puntos respectivamente, como resultado de la instalación de medidores, cobro por servicio medido, actualización del padrón de usuarios y emisión y cobranza de boletas.

En los últimos 17 años cuatro empresas mexicanas²⁹⁷ han trabajado con el Sistema de Aguas de la Ciudad de México, con la firma del contrato el 18 de septiembre de 2008, las que a pesar de ser filiales de empresas transnacionales trabajan en la distribución y explotación del agua en otras partes del mundo.

²⁹⁵ Linares, 1990, citado por MARAÑÓN Pimentel, Boris, *ibid.*, p. 85.

²⁹⁶ GDF 2000.

²⁹⁷ RIVERA Gabriela, *Son filiales de firmas que administran agua en el mundo. Actualmente cada una de las empresas atiende a una cuarta parte del DF; en Aguascalientes, Saltillo y Cancún trabajan también con la IP*, Periódico Excelsior, 30 de septiembre de 2010, Encontrado el 01 de noviembre de 2010, De: <http://www.excelsior.com.mx>

Algunas de sus responsabilidades -que más bien son una prestación de servicio al gobierno porque no explotan directamente el agua- consisten en leer medidores, darles mantenimiento y sustituirlos cuando no funcionen, hacer la facturación, imprimir las boletas de pago, realizar el cobro y los cortes de servicio correspondientes.

En primer lugar se encuentra *Agua de México* que pertenece a Grupo GUTSA, enfocado a la industria de la construcción e infraestructura, y que por 12 años estuvo asociado con la británica United Utilities, quien ofrece sus servicios de agua y alcantarillado en países como Australia, Malasia, Nigeria, Tailandia y Canadá.

En segundo lugar puede mencionarse a *Proactiva Medio Ambiente SAPSA* perteniente a la constructora mexicana ICA, a Fomento de Construcciones y Contratas (originaria de España), a la francesa Vivendi-Veolia²⁹⁸, y Proactiva Medio Ambiente, que trabaja en todo Latinoamérica.

También participa *Tecnología y Servicios del Agua* que es sucursal de la también francesa Suez²⁹⁹, lo mismo que *Industrias del Agua de la Ciudad de México*, empresa mexicana de la minera Peñoles.

Actualmente cada una de estas empresas atiende una cuarta parte del DF: *Proactiva* trabaja en Cuauhtémoc, Azcapotzalco y Gustavo A. Madero; *Industrias del Agua* en Coyoacán, Benito Juárez, Iztacalco y Venustiano Carranza; *Tecnología y Servicios* lo hace en Milpa Alta, Xochimilco, Tláhuac e Iztapalapa, y *Agua de México* funciona en Miguel Hidalgo, Álvaro Obregón, Cuajimalpa, Magdalena Contreras y Tlalpan.

Cabe señalar que el 24 de abril del 2009 se prorrogó la concesión hasta el 30 de septiembre del 2010 con modificaciones al título de concesión³⁰⁰, sin embargo, los usuarios no están contentos con el servicio ni con el cobro, aunado a los resultados obtenidos del documento "Evaluación Externa del Diseño e Implementación de la Política de Acceso al Agua Potable" del 2010, realizado por el Programa Universitario de la Ciudad de México que revelan un saldo negativo en la prestación de servicios para renovar la concesión, al contar con un rezago de 14% en la actualización del padrón de usuarios (respecto al número de viviendas) y de 33% en la instalación de medidores (en relación con el padrón de usuarios) para incrementar la recaudación.

No obstante las quejas y el vencimiento de la concesión, el Gobierno del Distrito Federal (GDF) mantiene la vigencia hasta junio de este año a la par de revisar en su caso los nuevos contratos.

Mientras tanto, entre las cuatro empresas obtuvieron en 2010, 360 millones de pesos en total por realizar la lectura del medidor, la facturación y el cobro, es decir, 90 millones para cada una de ellas.

²⁹⁸ Así, las dos empresas francesas ubicadas entre las compañías más ricas del orbe, con un crecimiento anual de diez por ciento controlan más de 70 por ciento del mercado de suministro de agua a escala internacional: Vivendi con más de 90 países y Suez con 130.

²⁹⁹ Ver nota 298.

³⁰⁰ RIVERA, Gabriela, *Los dueños del agua se disputan control en el DF. Desde hace 17 años cuatro firmas administran el agua potable que consumen habitantes en la capital; hoy vencen sus concesiones*, Periódico Excelsior, 30 de septiembre de 2010, Encontrado el 01 de noviembre de 2010, De: <http://www.excelsior.com.mx>

De ahí que se considere que la participación privada en la gestión comercial del sistema hidráulico ha traído resultados positivos, pero con problemas como el tipo de pago a las empresas por la actividad y la relación entre empresa y usuario.

La situación actual de la prestación de este servicio mantiene problemas de inicios de la década que corresponden principalmente al déficit del recurso, establecimiento de una tarifa que no corresponde al costo del servicio, aunado a la dificultad de establecer el mismo por las condiciones de abastecimiento del recurso.

En este sentido, se analiza el marco jurídico vigente en el Distrito Federal para la prestación del servicio.

MARCO JURÍDICO DEL DISTRITO FEDERAL

La Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal fue la encargada de prestar el servicio público de agua potable a través de la Dirección General de Construcción y Operación Hidráulica, y la Comisión de Aguas del Distrito Federal desde 1990 hasta el 2002.

Con la reforma de 1993 del artículo 73 fracción IV constitucional se estableció la facultad del Congreso para expedir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y legislar en lo relativo al Distrito Federal, salvo en las materias expresamente conferidas a la Asamblea de Representantes, se reformó además el 122 para señalar como los órganos locales del gobierno del Distrito Federal a ésta última, al jefe del Distrito Federal y al Tribunal Superior de Justicia. Por lo que se modificaron facultades de dicha Asamblea como en la fracción IV inciso g) la de legislar en el ámbito local respecto de los servicios públicos y su concesión, sin embargo, éste inciso los generaliza al principio y posteriormente, específica sólo algunos, sin mencionar el del agua potable.

Finalmente con la abrogación de la fracción VI del artículo 73 constitucional y reforma del 122, en 1996 dejó de existir la Asamblea de Representantes del Distrito Federal dando lugar a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que en su apartado C, base primera, fracción V, inciso k), la establece como el órgano de gobierno en la ciudad de México con la facultad de regular la prestación y concesión de los servicios públicos, sin embargo no incluye el de suministro de agua potable, por lo que de acuerdo con el mismo precepto en el apartado A fracción I corresponde al Congreso de la Unión hacerlo respecto al Distrito Federal con excepción de las materias expresamente conferidas a éste, no obstante lo anterior, actualmente dicho servicio se encuentra a cargo del Distrito Federal.

El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal otorga a sus habitantes el derecho a la prestación de los servicios públicos, señalando la importancia del agua para el desarrollo de la ciudad de México, y facultando a la Asamblea Legislativa el establecimiento de los sistemas de dirección y coordinación, desconcentración o descentralización³⁰¹.

La Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal establece que ésta tiene a su cargo los servicios públicos que la misma incluye, señala al jefe de gobierno como su titular y le otorga facultad de auxiliarse en el ejercicio de sus funciones por determinadas secretarías, entre las que se encuentra la de Obras y Servicios encargada del despacho

³⁰¹ Artículo 118 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

de las materias relativas a la normatividad de la construcción y operación hidráulica, así como de proponer la política de tarifas y prestar el servicio de agua potable³⁰².

La Ley de Aguas del Distrito Federal tiene por objeto regular la gestión integral de los recursos hídricos y la prestación de los servicios públicos de agua potable, drenaje y alcantarillado, así como el tratamiento y reuso de aguas residuales.

El Sistema de Aguas de la Ciudad de México es un órgano descentralizado de la administración pública del Distrito Federal con personalidad jurídica y patrimonio propios, autonomía técnica y administrativa³⁰³, adscrito a la Secretaría del Medio Ambiente. Según esta ley tiene por objeto la operación de la infraestructura hidráulica y la prestación del servicio público de agua potable, funge como auxiliar de la Secretaría de Finanzas en materia de servicios hidráulicos conforme a lo dispuesto en el Código Financiero del Distrito Federal³⁰⁴.

La LADF establece que la prestación del servicio público de agua potable estará a cargo del Jefe de Gobierno del Distrito Federal a través del Sistema de Aguas de conformidad con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables, pero precisa que los servicios hidráulicos a cargo de las autoridades no podrán prestarse a quienes habiten en asentamientos humanos irregulares en el suelo de conservación³⁰⁵.

Señala la obligación de solicitar el servicio de suministro de agua potable³⁰⁶ a los propietarios o poseedores de predios edificados, establecimientos mercantiles, industriales o de cualquier otra actividad que por su naturaleza utilicen el servicio, a las personas físicas o morales que realicen obras de construcción o urbanización, a los poseedores de predios propiedad de la federación y del Distrito Federal, si los están utilizando por cualquier título, a las personas físicas o morales que realicen descargas a la red de drenaje y alcantarillado; y a quienes deban implementar en sus procesos de producción o de prestación de servicios, el uso de agua residual tratada a cualquier nivel. Y precisa la obligación de la instalación de aparatos medidores³⁰⁷ para la verificación de los consumos de agua potable.

Asimismo indica que el Sistema de Aguas y, en su caso las delegaciones, proporcionarán los servicios de agua potable donde considerarán los usos prioritarios³⁰⁸ y en el primer lugar el doméstico. Señala que *la prestación del servicio para consumo humano en cantidad y calidad suficientes para la población del Distrito Federal es una obligación del Gobierno del Distrito Federal*, por lo que impide su interrupción, y permite únicamente la restricción del suministro³⁰⁹ de acuerdo a lo que establece dicha Ley y el Código Financiero del Distrito Federal. De acuerdo al diverso 67, señala que para el caso de uso doméstico, cuando no exista o se suspenda el servicio público de agua potable, el Sistema

³⁰² Artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.

³⁰³ Artículo 1º del decreto publicado el 3 de diciembre de 2002 para la creación de organismo denominado Sistema de Aguas de la Ciudad de México. Contrario a lo que establece la Ley de Aguas del Distrito Federal como organismo desconcentrado.

³⁰⁴ Artículo 7 de la Ley de Aguas del Distrito Federal.

³⁰⁵ *Ibid.*, artículo 50.

³⁰⁶ *Ibid.*, artículo 51.

³⁰⁷ *Ibid.*, artículo 58.

³⁰⁸ *Ibid.*, artículo 52 fracción I.

³⁰⁹ *Ibid.*, artículo 54.

de Aguas considerará las formas posibles de abastecimiento por medio de carros tanque o hidrantes provisionales y públicos. La prestación de este servicio será gratuita.

El artículo 55 contempla que ante la escasez de agua o cualquier otra situación contingente que exija restricciones en su suministro, el Sistema de Aguas limitará el servicio a la satisfacción de necesidades mínimas. En estos casos, las restricciones se harán previa información a la población afectada.

El Sistema de Aguas podrá restringir o suspender el servicio de agua potable según el artículo 61 cuando exista escasez de agua en las fuentes de abastecimiento, se requiera hacer alguna reparación o dar mantenimiento a la infraestructura, a solicitud del usuario; para hacer trabajos de remodelación, construcción o cualquier otra actividad que implique la necesidad justificada de suspender el servicio, y por no cumplir con las demás obligaciones contenidas en la presente Ley, su Reglamento, el Código Financiero del Distrito Federal y demás ordenamientos jurídicos aplicables.

Asimismo establece que el agua potable que distribuya el Sistema de Aguas a través de la red o por medio de carros tanque para consumo doméstico no podrá ser enajenada, comercializada ni distribuida a nombre o por cuenta de institución alguna que no sea al propio Sistema de Aguas³¹⁰, por lo que su comercialización por particulares, derivada de tomas de uso comercial o industrial, requiere de autorización del Sistema de Aguas.

El cobro de los servicios hidráulicos también se encuentra a cargo del Sistema de Aguas³¹¹, donde la falta de pago de dos o más periodos de las cuotas o tarifas generan la suspensión, por parte del Sistema, del servicio a los usuarios no domésticos hasta en tanto cumplan con su obligación del pago de los derechos considerando los accesorios legales y el monto de la reinstalación del suministro. Ahora bien para el caso de los usuarios domésticos, la falta de pago de dos o más periodos de los derechos respectivos da lugar al suministro restringido del agua en los términos establecidos en ésta Ley y el Código Financiero del Distrito Federal.

Esta ley determina que las aguas de jurisdicción del Distrito Federal son:

“...las que se localicen en dos o más predios y que conforme al párrafo quinto del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reúnan las características de no ser consideradas de propiedad de la Nación y, en su caso, estén asignadas al gobierno del Distrito Federal por la Federación.

La jurisdicción del Distrito Federal de las aguas a que se refiere el párrafo anterior, subsistirá aún cuando las aguas no cuenten con la declaratoria respectiva emitida por el Jefe del Gobierno del Distrito Federal, asimismo subsistirá la propiedad de esas aguas, cuando mediante la construcción de obras, sean desviadas del cauce o vasos originales, o se impida su afluencia a ellos. Las aguas residuales provenientes del uso de las aguas de jurisdicción estatal que converjan al territorio del Distrito Federal tendrán el mismo carácter, siempre y cuando hayan sido asignadas por la federación.”³¹²

Finalmente refiere que el Jefe del Gobierno del Distrito Federal, a través de la Secretaría, debe normar la explotación, uso, aprovechamiento, distribución y control de las aguas

³¹⁰ *Ibíd.*, artículo 69.

³¹¹ *Ibíd.*, artículo 90.

³¹² *Ibíd.*, artículo 93.

asignadas o de jurisdicción del Distrito Federal; y que la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas asignadas y/o de jurisdicción del Distrito Federal, así como sus bienes inherentes, motivará por parte del usuario el pago de derechos³¹³.

Por su parte, el Código Financiero del Distrito Federal establece la obligación³¹⁴ para los contribuyentes del servicio de suministro de agua de solicitar al Sistema de Aguas de la Ciudad el registro de conexiones a la red y para pagar los derechos respectivos por la instalación, reconstrucción, reducción o cambio de lugar de tomas para suministrar agua potable a las redes de distribución del servicio público³¹⁵.

6.2.2 Zona Conurbada

En la cuenca del valle de México-Pánuco se ubica la zona conurbada del Distrito Federal, conformada por 34 municipios del Estado de México, parte del suministro de agua para esta zona la proporciona la CNA que la suministra a la CAEM dependiente de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Obras Públicas, para que a su vez la distribuya a los municipios, otra parte la produce la propia CAEM, los municipios, y fuentes particulares.

La situación de la prestación del servicio en esta zona es muy compleja debido a la heterogeneidad socioeconómica y demográfica existente entre ellos, en este sentido, se analiza el marco jurídico que actualmente regula para el Estado de México, dicha prestación.

MARCO JURÍDICO DEL ESTADO DE MÉXICO

La Constitución Política del Estado de México, establece en el artículo 61 que es facultad y obligación de la Legislatura del Estado:

“XLV. Expedir las normas que regulen el procedimiento y condiciones para que el Gobierno del Estado asuma una función o servicio público municipal, cuando al no existir el convenio correspondiente, la Legislatura considere que el municipio de que se trate esté imposibilitado para ejercerlos o prestarlos; en este caso, será necesaria solicitud previa del ayuntamiento respectivo, aprobada por cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes”

Mientras que en el diverso 139 fracción II inciso a) establece que como parte del Plan de Desarrollo del Estado de México se encuentra en materia metropolitana, que el Gobierno del Estado y los Ayuntamientos de los municipios deberán coordinadamente participar en la planeación y ejecución de acciones dirigidas con la Federación, y con las entidades federativas colindantes con el Estado, en materia de Agua.

La Ley de Aguas del Estado de México regula la administración de las aguas de jurisdicción estatal, la creación, establecimiento y actualización del Sistema Estatal del Agua, la organización y atribuciones de las autoridades estatales y municipales en la administración del agua de jurisdicción estatal y la coordinación respectiva con los sectores de usuarios, la prestación del servicio público de suministro de agua potable, de drenaje y tratamiento de aguas residuales, las atribuciones del Estado, los ayuntamientos y de los organismos en la prestación de los servicios de suministro de agua potable, drenaje y

³¹³ *Ibid.*, artículo 94.

³¹⁴ Artículo 198 del Código Financiero del Distrito Federal.

³¹⁵ *Ibid.*, artículo 202.

tratamiento de aguas, así como la coordinación respectiva con los sectores de usuarios, la prestación total o parcial, por los sectores social y privado, de los servicios públicos de suministro de agua potable, drenaje y tratamiento de aguas residuales; y la recaudación de contribuciones.

Establece al Sistema Estatal del Agua³¹⁶ como el instrumento rector del desarrollo hidráulico de la entidad que se integra por el conjunto de planes, programas, obras y acciones, que dan sustento a la definición y establecimiento de las políticas hidráulicas para el desarrollo sustentable, la planeación y la programación hidráulica a nivel estatal y municipal; la administración de las aguas de jurisdicción estatal; los lineamientos de uso eficiente y ahorro del agua, las políticas para el manejo y conservación de la infraestructura hidráulica, así como los lineamientos para el establecimiento de un sistema financiero integral para el desarrollo hidráulico del Estado.

Señala que el Estado es el encargado de la administración de las aguas de jurisdicción estatal; de la prestación de los servicios regionales de agua en bloque, drenaje y tratamiento, y las entidades municipales las encargadas de la prestación de los servicios por el suministro de agua potable, drenaje y tratamiento.

Plantea que son los ayuntamientos los que tienen la atribución de prestar el servicio de suministro de agua potable³¹⁷ directamente o a través de dependencias municipales, organismos descentralizados municipales o intermunicipales, la Comisión, y los sectores social y privado.

Incorpora la participación del sector privado, mediante concesión total o parcial, en la prestación de los servicios de agua potable³¹⁸, que comprenderá los bienes de dominio público que constituyen la infraestructura hidráulica necesaria para prestarlos.

Indica el uso doméstico en agua potable como prioritario³¹⁹ respecto de los demás usos, y la obligación de contratar el servicio de suministro de agua potable los propietarios o poseedores de inmuebles destinados para uso doméstico, comercial, industrial o cualquier otro de los considerados en esta ley o los reglamentos que de ella emanen; y los propietarios o poseedores de inmuebles que no tengan construcción y que al frente de su terreno exista infraestructura para la prestación del servicio hasta que se requiera el uso del inmueble.

Asimismo señala que en cada predio, giro o establecimiento, deberá instalarse una toma independiente y medidor, con el objeto de iniciar la micromedición y estar en condiciones de estimar los volúmenes que son servidos y los que se pierden por fugas en las redes de distribución³²⁰.

Permite la restricción³²¹ del servicio de suministro de agua por el organismo prestador del servicio cuando: exista escasez de ésta en las fuentes de abastecimiento, se requiera efectuar alguna reparación o dar mantenimiento a la infraestructura, y a solicitud del usuario.

³¹⁶ Artículo 6 de la Ley de Agua del Estado de México.

³¹⁷ *Ibid.*, artículo 4.

³¹⁸ *Ibid.*, artículo 42.

³¹⁹ *Ibid.*, artículo 63.

³²⁰ *Ibid.*, artículo 67.

³²¹ *Ibid.*, artículo 71.

El organismo tendrá la facultad de cobrar derechos y aportaciones a través de cuotas y tarifas establecidas; y los organismos municipales de aprobar sus cuotas y tarifas para el cobro del servicio de suministro de agua potable³²². Establece la prohibición del otorgamiento de exenciones o subsidios por el pago de los servicios de agua³²³ salvo excepciones.

Precisa que las cuotas y tarifas para el cobro de los servicios de suministro de agua potable, drenaje y tratamiento de aguas residuales se aprobarán y publicarán anualmente, y que para determinar el monto de las mismas, el organismo prestador del servicio elaborará los estudios técnicos necesarios y con base en ellos formulará el proyecto respectivo³²⁴.

Los usuarios de los servicios de agua están obligados a pagar las cuotas y tarifas que apruebe el organismo y la Legislatura del Estado³²⁵; asimismo señala en las cuotas y tarifas que fije el organismo operador no pueden ser menores a las establecidas en el Código Financiero del Estado de México y Municipios, y que la falta de pago de las cuotas o tarifas respectivas trae como consecuencia la restricción del servicio por parte del concesionario hasta que se efectúe y normalice el pago³²⁶.

Señala que las aguas de jurisdicción estatal podrán ser libremente aprovechadas, mediante obras artificiales, excepto cuanto el Ejecutivo Estatal por causa de interés público reglamente su extracción y utilización o establezca zonas de veda o reserva; pero causarán las contribuciones fiscales que señale la ley correspondiente.³²⁷

Puntualiza que el Ejecutivo del Estado a través de la Comisión normará la explotación, uso, aprovechamiento, distribución y control de la aguas de jurisdicción estatal, en los términos de la presente ley y su reglamento³²⁸.

Finalmente indica que los usuarios de las aguas de jurisdicción estatal, y los de los servicios públicos de suministro de agua potable, deberán conservar y mantener en estado óptimo sus instalaciones hidráulicas para evitar fugas y desperdicios de agua, así como para contribuir a la prevención y control de la contaminación del recurso³²⁹.

El Código Financiero del Estado de México y Municipios establece la obligación³³⁰ de pagar los derechos correspondientes por los servicios prestados por la Comisión del Agua del Estado de México y aquellos a las personas físicas o jurídicas colectivas que reciban el suministro de agua potable³³¹.

Cabe señalar, que con la expedición de la Ley Orgánica de la administración Pública del Estado de México, el 17 de septiembre de 1981 apareció la Secretaría de Desarrollo Urbano y Obras Públicas, con facultades para proporcionar el servicio de agua potable.

³²² *Ibid.*, artículo 96.

³²³ *Ibid.*, artículo 97.

³²⁴ *Ibid.*, artículo 98.

³²⁵ *Ibid.*, artículo 99.

³²⁶ *Ibid.*, artículo 100.

³²⁷ *Ibid.*, artículo 108.

³²⁸ *Ibid.*, artículo 106.

³²⁹ *Ibid.*, artículo 135.

³³⁰ Artículo 95 del Código Financiero del Estado de México y Municipios.

³³¹ *Ibid.*, artículo 129.

En marzo de 1999 se fusiona la Subsecretaría de Infraestructura de Hidráulica y la Comisión Estatal de Agua y Saneamiento, para conformar al organismo público descentralizado denominado Comisión del Agua del Estado de México (CAEM).

Posteriormente con el decreto número 113 del 10 de diciembre del 2002, se reforma la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México, en donde la Secretaría de Desarrollo Urbano y Obras Públicas se modifica para dar origen a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda; con la publicación de decreto 189 del 8 de diciembre del 2005 se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México, en donde la denominación de ésta Secretaría cambia a partir de esa fecha para quedar como Secretaría del Agua y Obra Pública con las mismas funciones conferidas con la anterior denominación.

Consideraciones en torno a la prestación del servicio de suministro de agua en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México

La prestación del servicio público de suministro de agua presenta un desequilibrio por el sistema hidráulico del Valle de México, la obsolescencia en la infraestructura y equipamiento, fugas, robo del recurso hídrico, hundimiento diferencial de 30 a 40 centímetros por año, y grietas; y por extracciones superiores a las filtraciones naturales de lluvia equivalentes de dos a uno, a saber, mil 300 millones de metros cúbicos de agua al año de la parte de la Cuenca que corresponde al DF contra 700 millones de metros cúbicos de agua al año por lluvia, así como un crecimiento poblacional significativo, y la mala calidad del recurso³³².

Esta situación ha pronosticado una crisis de abastecimiento, que motivó reformas para sancionar en mayor medida el desperdicio de agua, la falta de pago, la utilización de la misma de manera distinta por la que fue contratada en la toma, robo del agua.

Las políticas en materia hídrica deben fortalecerse, con inversiones mayores y constantes en los próximos años, así como las políticas públicas para continuar sustituyendo las redes de agua potable de la ciudad, pues sólo se ha realizado en poco más de dos mil kilómetros de una red de 600 mil kilómetros.

Lo anterior, para disminuir el desperdicio de agua por fugas en la red municipal, ya que de los 32 mil litros de agua por segundo que tiene el DF todos los días, 22 mil litros, se obtienen del subsuelo y 11 mil del Sistema Lerma-Cutzamala, de donde un poco más de la tercera parte se pierde en fugas. Situación que obliga a reenfocar o eliminar los subsidios a las tarifas del agua, con la intención de lograr la optimización de su consumo.

La prestación del servicio de agua potable en el Distrito Federal registra una cobertura del servicio de agua potable de 97.9 por ciento³³³, y de 91.5 por ciento³³⁴ a diciembre de 2007 para el Estado de México, sin embargo, cabe señalar que se han llevado a cabo suspensiones parciales del servicio de agua potable en la ZMCM en los últimos años, tres días al mes, debido a una menor precipitación pluvial en las cuencas de las presas, con un nivel inferior al de los últimos 16 años.

³³² MARTÍNEZ, Rosalío, *Crisis del agua potable en el DF*, martes 17 de marzo de 2009, El sol de México.

³³³ Situación del subsector. Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento 2008. Semarnat, Conagua.

³³⁴ *Id.*

De lo anterior encontramos que la prestación del servicio público de suministro de agua en zonas representativas de nuestro país no se cumple, en primer lugar, con el servicio público como tal en la observación de uno de sus elementos esenciales: *la satisfacción de una necesidad de carácter general insatisfecha por el propio gobernado*, y en segundo lugar con el cometido específico del servicio desde la función administrativa, es decir, desde el cumplimiento de un derecho primario por el Poder Público.

CAPÍTULO CUATRO: RÉGIMEN TARIFARIO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA

4. POTESTAD TRIBUTARIA NORMATIVA

La potestad tributaria normativa corresponde a la facultad que tiene un ente público de allegarse de recursos provenientes del patrimonio de las personas que se encuentran obligadas –sujetos pasivos- con fundamento en lo establecido por la ley –desde la constitución federal- para sufragar el gasto público.

De la Garza la refiere como “*la facultad del Estado por virtud de la cual puede imponer a los particulares la obligación de aportar una parte de su riqueza para el ejercicio de las atribuciones que le están encomendadas*”³³⁵.

Puede distinguirse de entre la que realiza el Estado para establecer las contribuciones como *capacidad*, denominada: potestad tributaria normativa, poder normativo tributario, poder originario, potestad legislativa de primer grado, o primaria; y de la *aptitud* que tiene para aplicar dichas normas conocida como potestad de imposición, administrativa de imposición, de segundo grado, poder originario subordinado, condicionada, o complementaria³³⁶.

La potestad tributaria normativa se ha relacionado con la noción de la soberanía del Estado en el sentido de ser fundamento de la imposición -como facultad de los entes públicos para organizar el sistema de ingresos y gastos³³⁷; sin embargo, existen corrientes que difieren de esta idea y consideran que la soberanía del Estado no es el sustento exclusivo de la tributación pues se relaciona con principios como el de justicia impositiva, y capacidad del contribuyente³³⁸, aunado a que dicha facultad atiende al marco normativo que los rige.

Así, el concepto de soberanía actualmente se discute en el ámbito de los poderes económicos en el derecho internacional, y no en el interno³³⁹.

³³⁵ DE LA GARZA, Sergio F., *Derecho Financiero Mexicano*, Porrúa, México, 2003, 19ª ed., p. 207.

³³⁶ PRIEGO Alvarez, Freddy, en ALVARADO Esquivel, Miguel de Jesús (coord.), *Manual de Derecho Tributario*, México, Porrúa, 2005, p. 118.

³³⁷ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, Madrid, Universidad Complutense, 1979, p. 268 y ss.

³³⁸ GRIZZOTTI, Benvenuto, *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*. Traducción de Enrique Mata, 2ª ed., Madrid, Rus, 1958, p. 268.

³³⁹ Sobre este punto, la relación del Estado con el pueblo se abordó respecto del hecho de que ésta fuera ejercida a través de los poderes de la unión, pese a que el poder no sea divisible al no existir soberanía en el mecanismo interno de los poderes públicos por su fragmentación entre los diversos órganos, según lo establecido por la constitución; respecto a la afirmación de que el poder de imperio estatal se ubicaba en una relación de superioridad ante el sujeto pasivo, que encuentra en la doctrina moderna que el Estado atiende su marco constitucional para el establecimiento de las contribuciones, bajo el mandato del pueblo representado a través del poder constituyente. Y como una parte inherente del ente público derivado de su naturaleza jurídica, que en la actualidad tampoco corresponde, al ser el marco constitucional el que regula dicha actuación. En este sentido, pueden consultarse Priego Alvarez, Freddy, en ALVARADO Esquivel, Miguel de Jesús (coord.), *op. cit.*, (en nota 336), p. 120-121; y DE LA CUEVA Arturo, *Derecho Fiscal*, 3ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 38.

Por lo que, con la potestad tributaria normativa el ente público sólo hace uso -con los límites establecidos³⁴⁰- de la facultad que tiene conferida constitucionalmente en la materia.

Así, la potestad tributaria normativa que tienen la Federación y las Entidades Federativas para imponer cargas de índole tributaria obedece a la competencia que las normas jurídicas les reconocen; la que a pesar de ser denominada originaria para la primera y derivada o reservada para las segundas *atiende a una parte del ejercicio legislativo* del Estado que encuentra su fundamento en nuestra Carta Magna.

Hablar de la distribución constitucional de competencias -en materia tributaria- conferidas a la Federación y a los Estados dentro del ámbito de sus respectivas jurisdicciones requiere precisar que no existen reglas específicas de delimitación, lo que ha originado que la Federación interprete a su beneficio los preceptos constitucionales, y legitime las facultades denominadas *concurrentes* -con la facultad ilimitada de establecer contribuciones en este ámbito, derivado de que a pesar de lo señalado por el artículo 124 constitucional, el 73 fracción VII establece la facultad del Congreso de la Unión para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto dentro de lo que puede considerarse todo aquello *necesario* para dicho fin, aunado a las materias exclusivas de la fracción XXIX-; y *privativas* -a través de los convenios de coordinación fiscal, en los que limita a las entidades federativas y municipios a que sólo participen en el rendimiento de las contribuciones a cambio de no establecer gravámenes locales sobre las materias que son motivo de esa coordinación, y a los ingresos privativos establecidos constitucionalmente para la Federación-³⁴¹.

En este sentido, nuestro máximo Tribunal jurisdiccional ha establecido desde 1944 un sistema de reglas para la distribución de dichas competencias³⁴² en el que considera una concurrencia contributiva de la Federación con los Estados en la mayoría de las fuentes de ingresos³⁴³; limitación a la facultad impositiva de éstos últimos mediante la reserva expresa y concreta de determinada materia a la Federación³⁴⁴, y restricciones expresas a la potestad tributaria de los Estados³⁴⁵.

Una vez comentada la generalidad de la potestad tributaria normativa, cabe ahora puntualizar que, no existen -constitucionalmente- límites para el ejercicio de la potestad tributaria de la Federación pues a pesar de que la fracción XXIX del artículo 73 referido, le otorgue facultades exclusivas para establecer contribuciones, la VII le faculta para establecer las necesarias a cubrir el presupuesto, y aunque del 124 deriven competencias privativas y concurrentes, no se encuentran expresamente delimitadas, y por lo tanto se da lugar a la concurrencia³⁴⁶ entre la Federación y las Entidades Federativas.

³⁴⁰ Que se advierten para cualquier procedimiento legislativo ordinario no como exclusivos de la materia tributaria, como los que derivan de la constitución, de los principios generales, y los tratados internacionales.

³⁴¹ SÁNCHEZ Gómez, Narciso, *Derecho Fiscal Mexicano*, Porrúa, México, 4ª ed., 2004, p. 100-101.

³⁴² Tesis Jurisprudencial Número 11

³⁴³ Vid. artículos 73, fracción VII, y 124 constitucionales.

³⁴⁴ Vid. *Ibid.*, artículo 73, fracción XXIX.

³⁴⁵ Vid. *Ibid.*, artículos 117, fracciones IV, V, VI, y VII y 118.

³⁴⁶ Narciso Sánchez Gómez señala que dicha concurrencia tributaria puede generar supuestos de doble o múltiple tributación, al poder acudir dos o más entidades políticas a la misma fuente u objeto gravable y exigir a los sujetos pasivos el pago de tributos sobre su riqueza, bienes, operaciones o ingresos. *Op. cit.*, (en nota 341), p. 109.

Así, la facultad de la Federación para establecer contribuciones es ilimitada sobre lo necesario para cubrir el presupuesto³⁴⁷, y de manera específica y exclusiva³⁴⁸ sobre comercio exterior, aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4º y 5º del artículo 27, instituciones de crédito y sociedades de seguros, servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación, y contribuciones especiales sobre producción y consumo de energía eléctrica, tabacos labrados, gasolina y otros productos derivados del petróleo, cerillos y fósforos, aguamiel y productos de su fermentación, explotación forestal, y cerveza. Y para legislar sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123³⁴⁹.

Aunado a lo anterior, tiene potestad tributaria sobre materias o fuentes de tributación prohibidas para las Entidades Federativas que corresponden al tránsito por el territorio nacional, la entrada o salida de mercancía nacional o extranjera de los Estados, la circulación o el consumo de efectos nacionales o extranjeros cuya exención se efectúe por aduanas locales, requiera inspección o registro de bultos o exija documentación que acompañe la mercancía, para expedir y mantener en vigor las leyes o disposiciones fiscales que importen diferencias de impuestos o requisitos por razón de la procedencia de mercancías nacionales o extranjeras³⁵⁰. Y sobre el establecimiento de derechos por tonelaje o puertos, importación, exportación o tránsito de mercancías³⁵¹.

Ahora bien, las Entidades Federativas también tienen facultad para establecer contribuciones pero únicamente sobre las materias que no son exclusivas de la Federación, ya que no cuentan con áreas de tributación reservadas.

Al respecto, De la Garza³⁵² estima que la potestad tributaria normativa de las Entidades Federativas no se encuentra fundada en el artículo 124 constitucional, pues señala que no existe en nuestra Carta Magna una potestad reservada a las mismas, al encontrarse señalada en otros preceptos constitucionales como en el 40 que establece la voluntad del pueblo mexicano de constituirse en una República Federal, en donde es reconocido que la soberanía implica el poder de tributación y que la falta de dicho poder, la ausencia de soberanía. Y que según el artículo 117 fracciones III a VIII los estados tienen un poder inherente y original de tributación, que ha sido restringido por la constitución en algunas materias.

³⁴⁷ Vid. artículo 73 fracción VII constitucional.

³⁴⁸ Vid. *Ibid.*, artículo 73 fracción XXIX.

³⁴⁹ Vid. artículo 73 fracción X constitucional. Respecto de la facultad concurrente y no exclusiva de la Federación para establecer contribuciones sobre estas materias -contenidas del artículo 73 constitucional fracción X- Priego Alvarez comenta que de lo señalado por el artículo 124 del mismo ordenamiento tendrían que ser exclusivas de la Federación -pese a no estar etiquetadas como tales-, sin embargo, considera que dicha fracción no limita la participación de las Entidades Federativas como sí lo hace en la diversa XXIX al establecer que éstas participarán del rendimiento de las contribuciones especiales que incluye, por lo que -afirma- debe entenderse que el establecimiento de contribuciones sobre dichas materias es concurrente. Y aun cuando se considerara que la fracción X solo establece la facultad de legislar, mientras que la XXIX lo hace para imponer contribuciones, no se distingue la potestad tributaria normativa de la capacidad normativa del Estado, por lo que si puede legislar sobre una materia, también puede hacerlo para imponer contribuciones. En ALVARADO Esquivel, Miguel de Jesús (coord.), *op. cit.*, (en nota 336), p. 130 y 131.

³⁵⁰ Vid. artículo 117 fracciones IV a VII constitucional.

³⁵¹ Vid. *Ibid.*, artículos 118 fracción I y 131 primer párrafo.

³⁵² DE LA GARZA, Sergio F., *op. cit.*, (en nota 335), p. 230-231.

Finalmente, a pesar de que los municipios no cuenten con potestad tributaria normativa tienen capacidad para administrar libremente su Hacienda, y por tanto potestad de imposición. según se observa del artículo 115 constitucional fracción IV que establece que “*los municipios administrarán libremente su hacienda, la que se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor...*”.

Sus contribuciones son establecidas por las Legislaturas de sus Entidades Federativas, con el ejercicio de los dos tipos de potestades: *privativa* al ser obligación de los mexicanos contribuir al gasto público -en este caso- del municipio en que residan y que dispongan las leyes respectivas, especialmente sobre materias exclusivas del mismo relativas al predial, al fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora de bienes inmuebles, así como las que tengan por base el cambio de valor de los mismos; y sobre derechos por los servicios públicos³⁵³ que prestan las autoridades municipales³⁵⁴ relativos al suministro de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales, alumbrado público, limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos, mercados y centrales de abasto, panteones, rastro, calles, parques y jardines y su equipamiento, seguridad pública, en los términos del artículo 21 de la Constitución, policía preventiva municipal y tránsito, así como las demás que las Legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socioeconómicas de los mismos y su capacidad administrativa y financiera. Y *concurrente* ya que dichas Legislaturas pueden establecer leyes fiscales que regulen las obligaciones contributivas a favor de sus municipios sobre aquellas materias que no están reservadas a la Federación.³⁵⁵

Aunado a lo anterior, también reciben participaciones federales con arreglo a las bases, montos y plazos que anualmente se determinen por las Legislaturas de los Estados. Y pueden proponer a sus legislaturas locales "las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria".

Cabe señalar finalmente, que la Federación, y las Entidades Federativas para sí o para sus Municipios pueden establecer contribuciones de manera concurrente relativas a lo establecido por el artículo 73 fracciones VII y X.

5. INGRESOS DERIVADOS DEL SISTEMA NACIONAL DE COORDINACIÓN FISCAL

Derivado de la potestad tributaria normativa concurrente se puede dar el supuesto de establecer tributos que graven una misma manifestación de la capacidad contributiva en las tres esferas de gobierno, es decir, una doble o múltiple tributación; de ahí que para evitarlo se coordine el sistema fiscal mexicano a través del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal en el que se establece la participación que le corresponde a las Entidades Federativas, Municipios y Distrito Federal respecto de los ingresos federales, y se fijan reglas de colaboración administrativa y creación de los organismos de coordinación fiscal.

Las Entidades Federativas tienen el derecho de adherirse o no a dicho sistema para recibir las participaciones que establezca la ley mediante convenios que celebren con la

³⁵³ Según la fracción III del artículo 115 de la Constitución Federal.

³⁵⁴ *Ibid.*, con fundamento en los artículos 31 y 115 ambos fracciones IV.

³⁵⁵ *Ibid.*, con fundamento en los artículos 31 fracción IV y 124.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Por lo que sus municipios también reciben participaciones federales, que versan sobre el total del Fondo General de Participación con incrementos que nunca deberán ser menores al 20% de la cantidad que corresponda a sus Estados. Este fondo que se constituye del 20% de la recaudación federal participable que corresponde a la que obtiene la Federación en un ejercicio fiscal por la recaudación de todas las contribuciones, así como porcentajes finales de la extracción del petróleo y la minería sin sus exclusiones.

En este sentido, los fondos para los Estados, Municipios y Distrito Federal son el de aportaciones para la educación básica y normal, para los servicios de salud, para la infraestructura social, fortalecimiento de los municipios, aportaciones múltiples, educación tecnológica y de adultos y de aportaciones para la seguridad pública de los Estados y del Distrito Federal.

6. ESTABLECIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS CONTRIBUCIONES

Para Guilliani la contribución es “*una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de impero y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público*”³⁵⁶. Por su parte, para Blumenstein³⁵⁷ los tributos son las prestaciones pecuniarias que el Estado o un ente público autorizado al efecto por aquél y en virtud de su soberanía territorial, exige de sujetos económicos sometidos a la misma.

Mientras que De la Garza considera que los tributos o contribuciones³⁵⁸ son las prestaciones en dinero o en especie que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio con el objeto de obtener los recursos para el cumplimiento de sus fines³⁵⁹.

Así, las contribuciones corresponden a las aportaciones en dinero o especie que de manera general y obligatoria deben realizar las personas físicas o morales al Estado, bajo un régimen de derecho público, destinadas a cubrir el gasto público³⁶⁰.

Las contribuciones establecidas por la Federación, o las Entidades Federativas para sí o a favor de los Municipios, destinadas a cubrir el gasto público son obligatorias para los mexicanos³⁶¹ y deben ser proporcionales y equitativas según señala el artículo 31 fracción IV constitucional.

La importancia del fundamento constitucional de una contribución radica en que sus elementos se establezcan bajo lo establecido por el referido artículo 31 fracción IV, para fijar correctamente la forma, contenido y alcances de la obligación tributaria.

La doctrina coincide en que las contribuciones se clasifican en impuestos, derechos (también llamados tasas por una parte de la doctrina), y contribuciones especiales que se dividen en aportaciones de seguridad social y contribuciones de mejoras.

³⁵⁶ GIULIANI Fonrouge, Carlos M., *Derecho Financiero*, 8ª ed, Buenos Aires, Depalma, V.2, p. 25.

³⁵⁷ Blumenstein, Ernst, citado por DE LA GARZA, Sergio F., *op. cit.*, (en nota 335), p. 320.

³⁵⁸ El término contribución ha recibido diferente denominación de acuerdo al país o autor de que se trate, como tributo, impuesto, gravamen o exacción, sin embargo los términos contribución y tributo se estiman sinónimos.

³⁵⁹ DE LA GARZA, *op. cit.*, (en nota 335), p. 320.

³⁶⁰ Sobre el análisis del concepto véase SANCHEZ Gómez, Narciso, *op. cit.*, (en nota 341), p. 221 y ss.

³⁶¹ Sobre este punto cabe señalar que de la interpretación que se realiza del artículo se ha considerado que no es exclusiva a los mexicanos, sino que también va dirigida a los extranjeros que se ubiquen en las hipótesis tributarias normativas.

Es el Código Fiscal de la Federación el que brinda la clasificación legal³⁶² de las mismas e incluye a los impuestos, aportaciones de seguridad, contribuciones de mejoras, y derechos.

Por lo tanto, el establecimiento de las contribuciones implica el ejercicio de la potestad tributaria normativa de acuerdo a la distribución de competencias ya analizada, que atiende a los principios constitucionales en materia tributaria establecidos en el artículo 31 fracción IV de proporcionalidad, equidad, legalidad, y destino al gasto público.

Respecto del tema son los municipios los que a través del establecimiento de las contribuciones por las legislaturas de sus Estados, perciben ingresos derivados de los derechos que cobran por la prestación del servicio público de suministro de agua potable.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

Los principios constitucionales tributarios corresponden a una parte esencial de la función legislativa junto con las garantías individuales o derechos subjetivos públicos³⁶³ al deber seguirse en la creación o modificación de las normas en esta materia, pero bajo los límites y derechos fundamentales contenidos en el propio texto supremo para lograr que el ejercicio de la potestad tributaria sea congruente con el marco constitucional.

Dichos principios se establecen en el artículo 131 fracción IV y corresponden a los de proporcionalidad, equidad, destino al gasto público y legalidad, e implican el respeto de garantías por tender a la afectación del patrimonio como un derecho fundamental de los particulares; precepto que a la letra dice:

“**Artículo 31.** Son obligaciones de los mexicanos:

I...

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal y Municipios en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”

En este sentido, se analizan en los siguientes apartados.

7.1 Principio de Proporcionalidad

La proporcionalidad significa que cada quien tribute de acuerdo con su riqueza, ingresos o posibilidades económicas, y que su aportación sea la mínima posible para no afectar el patrimonio del contribuyente, y los que no tengan ninguna posibilidad contributiva porque carecen de bienes o recursos pecuniarios queden liberados de dicha obligación³⁶⁴.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha equiparado los principios de proporcionalidad³⁶⁵ y equidad con los de capacidad contributiva e igualdad tributaria³⁶⁶

³⁶² Jurisprudencialmente puede decirse que la Suprema Corte considera que para poder afirmar que una obligación jurídica es una contribución, debe atenderse a su naturaleza jurídica. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima época, Pleno, Volumen, 79, Primera Parte, p. 28; IUS. 232852.

³⁶³ Como señala Sánchez Gil los principios son inmanentes al Estado y las garantías al particular. Para mayor estudio vid. *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007, p. 27.

³⁶⁴ Cfr. SÁNCHEZ Gómez, Narciso, *op. cit.*, (en nota 341), p. 148.

³⁶⁵ Sin embargo, en la doctrina extranjera el principio de proporcionalidad es distinto al de capacidad contributiva, pues se traduce en que se deba examinar si un trato desigual resulta adecuado al fin al que se persigue, es decir, si es necesario, y si el bien perseguido resulta proporcional a la desigualdad que se produce, con lo que se afirma que

respectivamente³⁶⁷. Y ha señalado en jurisprudencia que la proporcionalidad radica en que:

“los sujetos pasivos deben de contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos. Conforme a este principio los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad económica de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen de forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos.... La proporcionalidad se encuentra vinculada con la capacidad económica de los contribuyentes que debe ser gravada diferencialmente conforme a tarifas progresivas, para que en cada caso el impacto sea distinto no sólo en cantidad sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio, reflejando cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos...”³⁶⁸

Así, la capacidad contributiva representa la suma de la capacidad económica menos los esfuerzos necesarios para obtenerla, lo que corresponde al objeto de la proporcionalidad.

La proporcionalidad se desarrolla respecto de dos aspectos de la tributación, la *elección* del objeto que será gravado de acuerdo a su idoneidad, indispensabilidad, y proporcionalidad en sentido estricto, es decir, sobre “*un derecho fundamental o un principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquéllos*”³⁶⁹; y la *imposición* con la elaboración de la hipótesis normativa con los elementos impositivos equivalentes a las obligaciones o cargas (sujeto, objeto, base, tasa o tarifa); y los neutralizadores referentes a los derechos o excepciones (exenciones y deducciones)³⁷⁰.

7.2 Capacidad Contributiva

Como ha quedado señalado, la proporcionalidad se equipara a la capacidad contributiva, por lo que es necesario realizar un análisis de la misma.

En la doctrina italiana³⁷¹ se ha sostenido que este principio es una manifestación del goce de los servicios públicos, una riqueza no clasificada entre las fuentes productivas; se le ha valorado, también, como el presupuesto, límite y parámetro de la imposición y resultado de un carácter solidario.

Sin embargo, en la nacional, García Bueno considera que el principio de capacidad contributiva actúa como presupuesto de la imposición y como criterio de medición del reparto de los gastos públicos, por lo que justifica la elección de los índices de riqueza

el principio de proporcionalidad controla al de igualdad, entendido como control de proporcionalidad. HERRERA Molina, Pedro M., *Capacidad económica y sistema fiscal, análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 85.

³⁶⁶ Para mayor abundamiento sobre el tema se sugiere el texto de GARCÍA Bueno, Marco César, en ALVARADO Esquivel, Miguel de Jesús, Coord., *op. cit.*, (en nota 336), p. 49.

³⁶⁷ Al respecto García Bueno considera que la Corte no los hace consistentes, pues no se preocupó por precisar la operatividad de uno y otro. *Ibid.*, p. 51.

³⁶⁸ No. Registro: 232197, Séptima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 199-204, Primera Parte, página: 144, Jurisprudencia, Materias: Constitucional, Administrativa.

³⁶⁹ SÁNCHEZ Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 352, p. 48.

³⁷⁰ VILLEGAS, Héctor, B., *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 289.

³⁷¹ Griziotti, Giannini, Winaudi, Cocivera, Delvechio, Manzoni, Giarina, Maffezzoni, y Moschetti.

susceptibles de gravamen y como valor para determinar los elementos cuantitativos del particular instituto tributario³⁷². Señala que el hecho de que el sujeto cuente con un índice de capacidad económica no garantiza su nacimiento, pues no se establece por un capricho del legislador, sino con apego a la aptitud contributiva del sujeto que derivado de su actuación, se ajusta a la hipótesis normativa.

La capacidad contributiva implica dos aspectos, el *objetivo* y *subjetivo*, donde el primero responde a la aptitud contributiva del sujeto de acuerdo su riqueza neta, es decir, la susceptible de tributación, y el segundo a la individualización de la carga tributaria respecto de las circunstancias personales y familiares en que se encuentre el sujeto. Sin embargo, acepta un incremento de las cargas tributarias con el aumento de la riqueza impositiva pero sin que implique cargas confiscatorias.

Ahora bien, la aplicación de este principio en el ámbito de los tributos que no son impuestos, en donde se ubican las aportaciones de seguridad social, las contribuciones de mejoras y los *derechos*, difiere de aquella a los impuestos pues no corresponden a lo establecido para aquellos, al fundamentarse bajo criterios diferentes de justicia tributaria, ya que su hecho imponible no se identifica con los criterios objetivo y subjetivos de la capacidad contributiva que atiende más al principio del beneficio.

Así, en el caso de los derechos -materia de estudio- tienen como función cubrir los gastos del Estado por la realización de un servicio solicitado por el sujeto pasivo, es decir, corresponden a la solicitud expresa del particular al Estado para que le preste un servicio o le concesione un bien, sin embargo, según señala González García, la capacidad contributiva de esta figura es un elemento necesario pero no suficiente para el surgimiento de la obligación fiscal, aunado a que estas prestaciones tributarias responden al principio del beneficio y no al de la capacidad de pago³⁷³.

El costo del servicio que se presta influye para determinar la cuantía del derecho, sin embargo, debe gravarse de acuerdo al grado de capacidad contributiva del sujeto, y no a la medida total del costo del servicio ante la posibilidad de generar una carga confiscatoria. Constitucionalmente no se reconoce este principio por lo que es necesario ajustarse al de equidad equiparado como igualdad.

7.3 Principio de Equidad

El principio de equidad consiste según Ignacio Burgoa Llano³⁷⁴ en el tratamiento normativo de desigualdad para desiguales e igual para los iguales de acuerdo a la realidad socioeconómica a la que pertenezcan, es decir, implica que todos los miembros de una colectividad deben contribuir para los gastos públicos del Estado, pero ante las diferentes situaciones económicas, la legislación debe normarlas diversamente.

³⁷² Cfr. GARCÍA Bueno, Marco César, en ALVARADO Esquivel, Miguel de Jesús, coord., *op. cit.*, (en nota 336), p. 36.

³⁷³ Cfr. GONZÁLEZ García, E., La Tasa como Especie del Género Tributo, en *Tasas y Precios Públicos en el Ordenamiento Jurídico Español*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, p. 30.

³⁷⁴ BURGOA Llano, Ignacio, *Principios constitucionales en materia de contribuciones*. Tribunal Fiscal de la Federación, Cuarenta y cinco años, México, 1982. Tomo I, pp. 414-416 en SÁNCHEZ Gómez, Narciso, *op. cit.*, (en nota 341), p. 149.

Para Sánchez Gómez significa que

“el impacto del gravamen sea el mismo para todas las personas físicas y morales que están colocadas en la misma circunstancia contributiva, esto es, que si realizan iguales actos, tienen similares bienes o riqueza, deben ser tratados en igualdad de condiciones en cuanto al deber de aportar una parte de su capital para cubrir el gasto público, y que esa equidad sea general, uniforme, justa y apegada a la legalidad, tratando igual a los iguales, y desigual a los desiguales, desde el punto de vista económico”³⁷⁵.

Sobre este principio nuestro máximo Tribunal jurisdiccional lo ha equiparado con el de igualdad, al decir que:

“...radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etcétera, debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad... La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula.”³⁷⁶

Asimismo señala que este principio:

“exige que los contribuyentes de un impuesto que se encuentran en una misma hipótesis de causación, deben guardar una idéntica situación frente a la norma jurídica que lo regula, lo que a la vez implica que las disposiciones tributarias deben tratar de manera igual a quienes se encuentren en una misma situación y de manera desigual a los sujetos del gravamen que se ubiquen en una situación diversa, implicando, además, que para poder cumplir con este principio el legislador no sólo está facultado, sino que tiene obligación de crear categorías o clasificaciones de contribuyentes, a condición de que éstas no sean caprichosas o arbitrarias, o creadas para hostilizar a determinadas clases o universalidades de causantes, esto es, que se sustenten en bases objetivas que justifiquen el tratamiento diferente entre una y otra categoría, y que puedan responder a finalidades económicas o sociales, razones de política fiscal o incluso, extrafiscales”³⁷⁷.

Por lo que busca evitar la desigualdad jurídica ocasionada por un trato discriminatorio en situaciones análogas, o bien, propiciar efectos semejantes, sobre personas que se encuentran en situaciones dispares³⁷⁸.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 149.

³⁷⁶ No. Registro: 232197, Séptima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 199-204, Primera Parte, página: 144, Jurisprudencia, Materias: Constitucional, Administrativa.

³⁷⁷ No. Registro: 192290, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XI, marzo de 2000. Tesis P./J. 24/2000, página: 35. Sobre éste último punto Luigi Ferrajoli considera que el legislador goza de un gran margen de decisión para la selección del objeto imponible y la determinación de los tipos impositivos, pero una vez determinados ambos, la decisión tomada debe orientarse consecuente y lógicamente a la igualdad de la carga tributaria. Et. al., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006, p. 42 y 43.

³⁷⁸ No. Registro: 198402, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, junio de 1997. Tesis P./J. 42/1997, página: 36.

Así, la equidad se relaciona con la obligación de aplicar las cargas fiscales a todos los individuos que se encuentren en una misma situación jurídica tributaria con la intención de obtener equilibrio y uniformidad entre los diversos contribuyentes.

Para cumplir con este principio deben observarse las diferencias reales de los contribuyentes que atiendan no a la igualdad formal o política que tienen todos los mexicanos frente a la ley y que es inherente a derechos; sino a la igualdad sustancial o social, respecto del reconocimiento de diferencias reales en atención al fin buscado, inherente a las obligaciones o deberes.

Según Ferrajoli los elementos constitutivos del principio de equidad corresponden al valor primario de la persona y al principio de tolerancia, así el principio de igualdad incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales.

Por lo tanto, expone en un primer sentido a la igualdad formal o política la que reside de manera indiferenciada en todas las personas, y que ésta y las diferencias se implican recíprocamente. Así, el valor de la igualdad consiste en el valor asignado a las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás.

En un segundo sentido, contrario al anterior, expone la igualdad sustancial o social que radica en el desvalor asociado a otro género de diferencias, es decir, a las de orden económico y social de las que derivan los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de la persona humana. Sobre este aspecto comenta que las diferencias “*en lugar de ser rasgos de las diversas identidades de las personas, se convierten en privilegios o discriminaciones sociales que deforman la identidad, determinan la desigualdad de aquéllas, y perjudican al mismo tiempo su igual valor*”³⁷⁹, pues las diferencias artificiosas, irreales o ideales conducen a la discriminación.

En este sentido, la equidad deriva del reconocimiento positivo de diferencias –naturales, reales o positivas- que genera una desigualdad jurídica –permitida constitucionalmente- o igualdad sustancial o social –justificada- y da lugar a la creación de esferas jurídicas, sólo aplicables en materia tributaria para efectos de imposición, es decir, en los elementos impositivos. Mientras que la igualdad formal o política que implica que todos los mexicanos tienen la misma posición frente a la ley, corresponde, también en esta materia, a que los contribuyentes son titulares de los derechos que otorga la misma.

No obstante lo anterior, el principio de proporcionalidad junto con éste -de equidad- pueden estudiarse como la manifestación del principio de justicia tributaria, o bien, como distintos postulados –proporcionalidad, equidad y destino del gasto público-³⁸⁰.

Jurisprudencialmente estos principios se consideran como garantías constitucionales del contribuyente, pese a no encontrarse en el apartado de las garantías individuales, que refleja un límite a la potestad tributaria normativa.³⁸¹

Bajo este esquema, la aplicación de dichos principios a los derechos por servicios se rigen por un sistema distinto del de los impuestos, pues también en jurisprudencia se establece que:

³⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 8ª ed., 2006, Colección estructuras y procesos, p. 906 y 907.

³⁸⁰ FLORES Zabala, Ernesto, *Elementos de las Finanzas Públicas Mexicanas*, Porrúa, México, 1991, p. 208.

³⁸¹ Tesis 543, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1954, p. 1004.

“Las garantías de proporcionalidad y equidad de las cargas tributarias establecidas en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el legislador trata de satisfacer en materia de derechos a través de una cuota o tarifa aplicable a una base, **cuyos parámetros contienen elementos que reflejan la capacidad contributiva** del gobernado, se traduce en un sistema que únicamente **es aplicable a los impuestos**, pero que en manera alguna puede invocarse o aplicarse cuando se trate de la constitucionalidad de derechos por servicios, cuya naturaleza es distinta de la de los impuestos y, por tanto, reclama un concepto adecuado de esa proporcionalidad y equidad. De acuerdo con la doctrina jurídico-fiscal y la legislación tributaria, por derechos han de entenderse: "las contraprestaciones que se paguen a la hacienda pública del Estado, como precio de servicios de carácter administrativo prestados por los poderes del mismo y sus dependencias a personas determinadas que los soliciten", **de tal manera que para la determinación de las cuotas correspondientes por concepto de derechos ha de tenerse en cuenta el costo que para el Estado tenga la ejecución del servicio y que las cuotas de referencia sean fijas e iguales para todos los que reciban servicios análogos**³⁸². (el énfasis es nuestro)

Como último punto cabe señalar respecto de los derechos específicamente por la prestación del servicio público de suministro de agua, que la Corte ha establecido en jurisprudencia que para cumplir con los principios de proporcionalidad y equidad debe atenderse al objeto real del servicio prestado por la Administración Pública, y considerarse su costo y otros elementos que inciden en su continuidad, al decir:

“La Suprema Corte ha sustentado en diversas tesis jurisprudenciales que las leyes que establecen contribuciones, en su especie **derechos por servicios, fijando una tarifa o una cuota aplicable a una base, cuyos parámetros contienen elementos ajenos al costo del servicio público prestado, violan los principios de proporcionalidad y equidad**, ya que ello da lugar a que por un mismo servicio se contribuya en un monto diverso. Por otro lado, tratándose de los **derechos por el servicio de agua potable, ha tomado en consideración**, para juzgar sobre los citados principios constitucionales, **no la simple correlación entre el costo del servicio y el monto de la cuota, sino también los beneficios recibidos por los usuarios, las posibilidades económicas de éstos y otras razones de tipo extrafiscal**. Del examen de ambos criterios, **se concluye que este Alto Tribunal ha sentado criterios distintos para derechos por servicios de naturaleza diversa, atendiendo al objeto real del servicio prestado por el ente público**, que trasciende tanto a su costo como a otros elementos que inciden en la continuidad y permanencia de su prestación. Ello porque tratándose de derechos causados por servicios el objeto real de la actividad pública se traduce, generalmente, en la realización de actividades que exigen de la administración un esfuerzo uniforme, a través del cual puede satisfacer todas las necesidades que se presenten, sin un aumento apreciable del costo del servicio, mientras que **la prestación del diverso de agua potable requiere de una compleja conjunción de actos materiales de alto costo a fin de lograr la captación, conducción, saneamiento y distribución del agua que, además, no está ilimitadamente a disposición de la administración pública, pues el agotamiento de las fuentes, la alteración de las capas freáticas, los cambios climáticos y el gasto exagerado, abusivo o irresponsable de los usuarios, repercuten en la**

³⁸² No. Registro: 900174, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice 2000, Tomo I, Const., Jurisprudencia SCJN, Tesis: 174, página: 212.

prestación del servicio, porque ante la escasez del líquido, es necesario renovar los gastos para descubrir, captar y allegar más agua, todo lo cual justifica, cuando son razonables, cuotas diferentes y tarifas progresivas³⁸³. (el énfasis es nuestro)

7.4 Principio de Legalidad

El principio de legalidad significa que todas las obligaciones contributivas de los particulares, destinadas a cubrir el gasto público deben nacer de una ley, ya que bajo el apotegma de que no puede haber tributo sin ley, no se debe, sin una norma jurídica que lo regule, que sea materialmente obligatoria, general e impersonal y formalmente emitida por el órgano competente en uso de su potestad tributaria normativa, emitir contribución alguna –además- de precisar sus elementos indispensables.

Así, bajo este principio, no basta con que el acto creador de las normas emane de la potestad tributaria normativa, sino que requiere su consignación en la ley, y debe para su utilización ser clara, evitar caer en ambigüedades -legalidad formal-, y respetar los criterios de forma y contenido del propio ordenamiento jurídico, para lograr la integración armónica de la nueva ley al mismo –legalidad sustancial-³⁸⁴.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁸⁵ ha establecido que el principio de legalidad se encuentra contenido en el artículo 31 fracción IV, y reglamentado en su aspecto formal en preceptos que se refieren a la expedición de la Ley General de Ingresos, en la que se determinan los impuestos que se causarán y recaudarán en el periodo que abarca la misma. Asimismo señala que la necesidad de que la carga tributaria de los gobernados esté establecida en una ley, significa que los caracteres esenciales del impuesto y la forma, contenido y alcance de la obligación tributaria estén consignados expresamente en la misma, de tal manera que el sujeto pasivo pueda contribuir en forma cierta a los gastos públicos y el activo realice una adecuada aplicación de la norma al caso concreto.

Por lo tanto, debe atenderse al contenido de este principio para no llegar a confundirlo con la garantía de legalidad establecida en el artículo 16 también de la Constitución Federal.

7.5 Principio de Destino de las contribuciones

Finalmente se encuentra el principio de destino de las contribuciones al gasto público, relativo a que todo lo recaudado por concepto de impuestos, derechos y contribuciones especiales debe ir enfocado a la atención de las necesidades o demandas de la población, relacionadas con la prestación de servicios públicos, la construcción de obras sociales o la cobertura de requerimientos colectivos contenidos fundamentalmente en el presupuesto de egresos que haya sido aprobado por el Poder Legislativo.

Así, el aspecto material de gasto público se refiere al destino que debe dársele a las contribuciones para la realización de las funciones del Estado, específicas o generales, a través de la erogación que realicen las dependencias y organismos públicos por mandato legal. Mientras que el aspecto formal se haya al señalar en el presupuesto las partidas

³⁸³ No. Registro: 900172, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice 2000. Tomo I, Const., Jurisprudencia SCJN, Tesis 172, página: 209.

³⁸⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, Trotta, Madrid, 2004, p. 66.

³⁸⁵ Semanario Judicial de la Federación, V Época, Tomo LXXXI. P. 6374

destinadas a cada ramo. De ahí, que se considere que la fuente de los gastos públicos se encuentra en el Presupuesto de Egresos destinado al beneficio colectivo.

Según Góngora Pimentel este principio tiene un sentido eminentemente social y un alcance de interés colectivo, pues todos aquellos ingresos que se recauden por parte del Gobierno Federal a partir de las contribuciones, necesariamente deben destinarse a la satisfacción de las necesidades colectivas o sociales³⁸⁶.

Así, bajo este principio las contribuciones se encuentran destinadas a cubrir el gasto público pero deben establecer un fin determinable que puede enfocarse a la simple recaudación para el gasto público que va al erario federal y su posterior distribución entre los diferentes órganos de gobierno –fiscal-, encaminarse a un órgano determinado que recaudará contribuciones para sí mismo y para satisfacer las actividades que realiza –parafiscal-; o alentar o desalentar alguna práctica de la dinámica social que se considera benéfica o dañina para la economía nacional –extrafiscal-.

8. DERECHOS

8.1 Precisión del concepto

Para hablar de los derechos es necesario precisar que éste es el término con que se ha denominado a esta clase de contribuciones en México, sin embargo, en otros países se le conoce como tasa o precio público.

Así, los derechos forman parte de la clasificación general de las contribuciones, al atender a la distribución de las cargas públicas que consideran a los referidos derechos, a los impuestos y a las contribuciones especiales.

En la doctrina se encuentran las siguientes definiciones:

Pugliese señala que son los “*servicios del Estado de carácter jurídico administrativo que éste presta en su calidad de órgano soberano*”³⁸⁷.

Para Giannini es la prestación pecuniaria debida a un ente público, en virtud de una norma legal y en la medida en que esta se establezca, por la realización de una actividad del propio ente que afecta de modo particular al obligado³⁸⁸.

Giuliani Fonrouge señala que es “*la prestación pecuniaria exigida compulsivamente por el Estado, en virtud de ley, por la realización de una actividad que afecta especialmente al obligado*”³⁸⁹.

Margain Manautou considera que se trata de la “*prestación señalada por la ley y exigida por la administración activa estatal directa e inmediatamente referida al obligado*”³⁹⁰.

³⁸⁶ GÓNGORA Pimentel, Genaro David, Voto concurrente, en *Inconstitucionalidad del impuesto sustitutivo del crédito al salario*, SCJN, 2006, Serie: Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 74.

³⁸⁷ PLUGIESE, Mario, Derecho Financiero, n. 42 citado por DE LA GARZA, Sergio F., *Derecho Financiero*, Porrúa, México, 19ª ed., 2001, p. 329.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 329.

³⁸⁹ Sobre su definición Giuliani hace notar que respecto a la última parte del concepto no significa que la actividad estatal debe traducirse necesariamente en una “ventaja” o “beneficio” individual, sino tan sólo, que debe guardar cierta relación con el sujeto de la obligación, por cualquier circunstancia que lo vincule jurídicamente con el servicio público instituido. GIULIANI Fonrouge, Carlos M, *op. cit.*, (en nota 356), p. 1075.

Mientras que Faya Biseca “*son ingresos que se recaudan como si fueran un impuesto de uso o una especie de precio, o un derecho de administración que revise la fuerza de un impuesto, de acuerdo con los servicios públicos que se han utilizado*”³⁹¹.

En la legislación, la definición del derecho ha sufrido modificaciones para quedar como lo señala el actual artículo 2º del Código Fiscal de la Federal, en su fracción IV:

“Derechos son las contribuciones establecidas en Ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados cuando en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en la Ley Federal de Derechos. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.”

De donde se advierte que son contribuciones cuyo presupuesto de hecho es recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, o también llamados derechos por servicio con regulación en una ley propia (CFF y LFD); y contribuciones cuyo presupuesto de hecho consiste en aprovechar bienes del dominio público de la Nación, o derechos por uso del dominio público con regulación en la LFD y ocasionalmente en otras como la Ley de Bienes Nacionales.

Respecto al tema de análisis, debe señalarse que el artículo 115 fracción IV constitucional otorga los derechos por la prestación de servicios públicos a los municipios al atribuirles “*los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo*”. De ahí, que se reitera la facultad del Municipio sobre la recaudación -más o de una potestad tributaria-.

Este mismo artículo también permite la coordinación y asociación entre los municipios para el mejor cumplimiento de sus atribuciones.

La constitución establece que las leyes federales no limitarán la facultad de los Estados para que establezcan contribuciones derivadas de la prestación de los servicios públicos, ni concederán exenciones respecto de ellos, lo que tampoco podrán realizar las legislaturas locales.

Así, corresponde al municipio el establecimiento y cobro de derechos por tipo de licencias y refrendos, quien puede gozar del rendimiento de derechos que sean de los permitidos en el artículo 10 de la Ley de Coordinación Fiscal, en el caso de que Estado se haya coordinado con la Federación en materia de derechos.

8.2 Naturaleza jurídica de los derechos

La naturaleza jurídica de los derechos ha sido fuertemente analizada al establecer su distinción con la de los precios, impuestos y precios públicos por las características comunes que presentan.

³⁹⁰ MARGAIN Manautou, *Introducción al estudio del derecho tributario*, UASLP, México, 1956, p. 93.

³⁹¹ FAYA Viesca, Jacinto, *Finanzas Públicas*, 6ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 27.

Respecto a aquella **entre los derechos y el precio** se encuentran autores como Viti de Marco, para quien lo esencial del derecho (tasa) es el carácter público o no del servicio, pues estima que el derecho es el precio de un servicio público de donde se diferencia del resto de los precios percibidos por la Administración³⁹². Einaudi distingue los distintos tipos de precios al observar que su cuantía sea superior (precio privado o cuasiprivado), igual (precio público) o inferior (precio político) al coste del servicio prestado³⁹³. Y otros como Cammeo, Ricca Salerno, Berliri, Ingrosso, y Bielsa consideran a los derechos como los precios percibidos por servicios prestados por los entes públicos con carácter de monopolio, de hecho o de derecho.

Simon Acosta señala que dichos planteamientos son jurídicamente rechazables ya que al hablar de precio en comparativo con los derechos atiende a las obligaciones bilaterales o recíprocas que tienen contenido dinerario. Y señala que entre estas obligaciones y los derechos hay un elemento en común que es el sustrato económico, pues el derecho “*es un pago efectuado al ente público por la prestación de un servicio o entrega de un bien que dicho ente realiza en beneficio del pagador y previa petición por parte de éste*”. Por lo que finaliza diciendo que la diferencia jurídica relevante entre el derecho y el precio consiste en que el derecho es una obligación o relación jurídica -ex lege- y por tanto una prestación pública impuesta, mientras que los precios son las obligaciones nacidas de un acuerdo de voluntades³⁹⁴.

Ahora bien, la **diferencia entre derecho e impuesto** versa sobre la consideración de que la voluntad del particular es la generadora de la obligación tributaria, como lo señala Giannini al indicar que:

“mientras la obligación de impuesto no tiene otro fundamento que la justifique, fuera de la sujeción del contribuyente al poder financiero del ente público, la obligación relativa a una tasa (*derecho*) tiene su necesario presupuesto en el hecho de que se haya producido o deba producirse la prestación de un servicio público que concierne personalmente al obligado”³⁹⁵ (el énfasis es nuestro).

Sin embargo, se ha criticado esta concepción en virtud que la diferencia no puede sustentarse en la estructura del presupuesto de hecho, ya que tanto en la estructura y elementos como en los procedimientos de gestión y recaudación son básicamente iguales, sin diferencias contingentes, por lo tanto de acuerdo a esta concepción los derechos son especies particulares de las contribuciones³⁹⁶.

Sobre este punto Martín Queralt considera que generalizar la diferencia entre derechos e impuestos en base solamente a la estructura del hecho imponible es insatisfactorio, pues si no se reconoce otro rasgo diferenciador que la estructura señalada, se tendría que concluir que los derechos son especies particulares del género impuestos.

En este sentido el mismo autor, señala que el impuesto se relaciona con una situación de hecho que constituye una manifestación de la capacidad económica para la persona del obligado y su esfera de actividad; y el presupuesto de hecho de los derechos consiste en una situación de hecho que se relaciona con el desenvolvimiento de una actividad del ente

³⁹² SIMON Acosta, E., *Las tasas de las Entidades Locales (El Hecho Imponible)*, Valladolid, Lex Nova, p. 23.

³⁹³ EINAUDI, Principios de Hacienda Pública, Aguilar, Madrid, 1968, p. 9 citado en *Ibid.*, p. 24.

³⁹⁴ *Vid. Ibid.*, p. 25-27.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 28.

³⁹⁶ *Cfr. Id.*

público que se refiere a la persona del obligado, presupuesto que no surge sin la colaboración de la Administración, al decir:

“la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo, cuando la solicitud de la actividad o la recepción de la prestación del servicio administrativos sea de hecho obligatoria para el administrado, o bien cuando el sector público sea el que preste el servicio o realice la actividad, como consecuencia de que la normativa vigente se lo reserve o no”³⁹⁷. exige

Por otro lado, se le analiza desde la consideración de que el impuesto busca **dar cumplimiento al mandato constitucional de contribuir al gasto público** en función de la capacidad económica, donde el presupuesto de hecho del derecho no incorpora a la capacidad económica del sujeto pasivo.

Ahora bien, a partir del análisis al principio de la capacidad económica se llegó a negar el carácter de prestación contributiva del derecho al no tener la finalidad de contribuir a los gastos públicos, aunado a que si la capacidad económica fuera el fundamento del derecho se cuestionaría la *legitimidad* de la figura o su campo de aplicación, pues al serlo del impuesto y agotarse con el pago, se requeriría del fundamento de diversos principios³⁹⁸ – como el del beneficio-.

Sobre este punto Simón Acosta considera que el fundamento jurídico de los derechos debe inspirarse en su entera regulación, tomando en cuenta que no se haya en el principio de capacidad económica al no encontrar con el mismo una vinculación constitucional³⁹⁹.

Siguiendo el tema, también se señaló que los derechos **carecían de fundamento constitucional o que llegaban a ser inconstitucionales**.

Por lo tanto, según Acosta se puede hablar del principio jurídico de provocación de costes⁴⁰⁰ que pese a no estar constitucionalmente expresado, da fundamento a la creación y exigencia de los derechos, así quien provoca costes de forma general puede ser llamado a contribuir al sostenimiento de las cargas públicas en función del coste provocado, y a quien puede incluso eximirse del tributo si carece de los medios para hacer frente al mismo; concluye que los tributos “*son obligaciones dinerarias establecidas en ley que tienen la finalidad de proporcionar recursos a los entes públicos*”, y los derechos “*son una categoría de tributos, que se caracterizan porque su fundamento es la provocación de costes*”⁴⁰¹.

En la concepción jurisprudencial nacional se estima que el principio de capacidad económica tiene en la tasa y en el derecho una mínima relevancia, pues ésta se

³⁹⁷ QUERALT Martín, Juan, et al., *Derecho Tributario*, Thomson, 12ª ed., 2007, p. 37. De ahí, que el derecho tiene como *característica* la exigencia de la actividad administrativa en su hecho imponible, pues no basta con la existencia de esa actividad administrativa o del servicio, sino que se requiere que el servicio o la actividad sean efectivamente prestados (*Vid.* p. 39 y 40).

³⁹⁸ QUERALT Martín, Juan, *Reflexiones en torno a la adecuación de las tasas a la Constitución*, Palau 14, num. 4, 1988, p. 3 y 4.

³⁹⁹ SIMON Acosta, E., *op. cit.*, (en nota 392), p. 34. La capacidad económica en nuestro país se establece como una exigencia jurisprudencial en la interpretación del artículo 31 fracción IV constitucional sobre los principios de equidad y proporcionalidad, ya que al ser una especie de las contribuciones también le es exigible.

⁴⁰⁰ Sobre el significado del principio de provocación de costes véase SIMON Acosta, E. *Tasas municipales, Fiscalidad Municipal sobre la Propiedad Urbana*, Valladolid, Lex Nova, 1982, pp. 36 y ss.

⁴⁰¹ SIMON Acosta, E., *Las tasas...*, (en nota 392), p. 36 y 37.

fundamenta en el principio del beneficio debido a que en el presupuesto de hecho se observa la actividad de la administración pública, de la que normalmente deriva una ventaja para el usuario del servicio público⁴⁰².

Así, la capacidad contributiva en el derecho no es una característica por la que se le pueda definir aunque se requiere la presencia de cierta capacidad contributiva para que sea constitucionalmente exigible. Su elemento definidor es la existencia de una actividad administrativa referida al sujeto pasivo.

Por lo que una parte de la doctrina nacional se apega a dicha reflexión al afirmar que para la determinación de las cuotas correspondientes por concepto de derechos debe tomarse en cuenta el costo que para el Estado tenga la ejecución del servicio que cause los respectivos derechos y que las cuotas de referencia sean fijas e iguales para todos los que reciban servicios análogos⁴⁰³.

Pese a que otra parte rechace tal postura, y afirme que la aplicación de la tasa que considere el precio del servicio impide el correcto cumplimiento de la justicia fiscal y de la igualdad de las cargas tributarias en detrimento de los sujetos pasivos con menores ingresos⁴⁰⁴.

De ahí, que la **diferencia entre derechos y precios públicos** se estime en que los derechos son un tributo mientras que los precios públicos son obligaciones surgidas por la voluntad del obligado, de un contrato.

Para precisar la diferencia es necesario señalar que el **precio** corresponde a la retribución dada por la prestación de un servicio público optativo, es decir, que equivale a “la retribución correspondiente a los servicios *‘uti singli’* de utilización facultativa para el usuario” (ferrocarril, teléfono, gas, energía eléctrica). Y su determinación atiende a la gestión y el apoyo de recursos fiscales sobre el servicio que se preste.

Se califican como precios públicos las contraprestaciones recibidas por un ente público como consecuencia de la prestación de servicios o realización de actividades administrativas cuando es voluntaria su solicitud o su recepción y ese servicio o actividad es prestado o realizado, también por el sector privado, donde el sujeto pasivo puede optar por acudir al ente público para recibir el servicio o la actividad con la obligación de pagar un precio público, o bien solicitarlo al sector privado y pagar entonces un precio privado.

Según comenta Martín Queralt los criterios de voluntariedad u obligatoriedad en la solicitud de la actividad o del servicio, y los de susceptibilidad o no de prestación por el sector privado son los fundamentos que han servido para edificar la distinción entre los derechos y los precios públicos y señala que para hablar de un precio público es necesario que se adviertan tres circunstancias: que *la solicitud de la actividad o del servicio administrativo sea efectivamente libre*, por lo que deberá entenderse que no está impuesto legalmente y que no sea imprescindible pues que al no ser coactivamente exigido, no necesita regulación por ley; que *el servicio público o la actividad sea realizado en posición de monopolio* ya que no existe real y efectiva libertad para utilizar el bien o recibir el servicio o

⁴⁰² DERECHOS, LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 31 CONSTITUCIONAL, TAMBIÉN COMPRENDE LA PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS. Instancia: Pleno, Séptima época, fuente: Semanario Judicial de la Federación, parte: III, primera parte, tesis: IX/89, p.77.

⁴⁰³ ALVARADO Esquivel, Miguel de Jesús (coord.), *op. cit.*, (en nota 336), p. 151-153.

⁴⁰⁴ FAYA Viesca, Jacinto, *op. cit.*, (en nota 391), p. 104.

la actividad si los entes públicos son los únicos que lo prestan ya que las opciones son no recibir el servicio, o recibirlo y pagar por la prestación; y que *la voluntariedad y el no monopolio del sector público se den de forma cumulativa y no alternativa*, pues a pesar de que el servicio o la actividad sea libre y espontánea, si los entes públicos los prestan o realizan en posición de monopolio, puede considerarse limitada dicha libertad⁴⁰⁵.

En este sentido, la naturaleza del derecho se ubica en dos concepciones la *clásica* y la *moderna*, primera de las cuales trata de justificar el concepto clásico de los derechos en el principio de la justa distribución social de las cargas a través de la tesis de la divisibilidad o indivisibilidad de los servicios públicos y necesidades colectivas, y afirma que para el uso de los servicios públicos el único camino que el Estado tiene para sufragar los servicios es la implementación de un derecho determinado como precio al servicio usado, ya que se trata de servicios cuya utilización es posible individualizar y de los que éste no puede sostener mediante la recaudación de impuestos pues perjudicaría a los demás contribuyentes que no se benefician de dichos servicios.

La objeción a esta consideración radica en que en el planteamiento se olvida la naturaleza esencial del derecho como tributo, al confundirlo con un precio de derecho privado.

La concepción clásica del derecho atiende a un origen liberal en el sentido de considerar a los servicios públicos bajo un exclusivo interés individual de los usuarios. Mientras que la concepción moderna adopta criterios sobre los beneficios del servicio público y estima el principio del costo del servicio respecto a que el derecho cubre el gasto de utilización y el *impuesto* la totalidad del costo de establecimiento del servicio y su amortización.

García de Enterría critica esta posición y señala que es necesario quitar la idea de que los auténticos servicios públicos se organizan en vista de finalidades eminentemente colectivas y no encaminadas en atender una suma más o menos extensa de utilidades individuales. Señala que existen servicios públicos imprescindibles para grandes núcleos humanos –transporte, gas- reveladores de una necesidad pública y no de una suma de utilidades individuales, lo que demuestra la incongruencia de que el usuario se encuentre en la *libertad* de hacer uso o no de ellos al renunciar a una parte fundamental de la vida social.

Así, la concepción moderna de las tasas niega la clásica que pretende hacer de la voluntad del usuario su mismo título, al justificar de esta manera su imposición y la razón suprema de su justicia; pues considera que el único criterio válido de los derechos es el administrativo, y bajo una concepción moderna de los servicios públicos, el único criterio razonable y justo del derecho es el interés público, en consecuencia el verdadero título del derecho en cuanto verdadera exacción pública es la ley, y no la voluntad del usuario, como lo pretende la concepción clásica.

8.3 Clasificación de derechos

Martín Queralt⁴⁰⁶ advierte que se han formulado clasificaciones de los derechos bajo la naturaleza de los servicios, cuya prestación genera el derecho (tasa), donde se distingue entre administrativas, académicas, o de juego entre otras; sin embargo, no la considera como una clasificación significativa jurídicamente.

⁴⁰⁵ QUERALT Martín, Juan, et al., *Derecho...*, *op. cit.*, (en nota 398), p. 40 y 41.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 41 y 42.

Se advierte otra que señala derechos fiscales y parafiscales, en donde radica la diferencia entre los derechos sujetos al régimen general de las contribuciones, y los segundos que encuentran marginación de la ley en la regulación de sus elementos esenciales y de su régimen jurídico.

Finalmente se encuentra la que distingue entre derechos respecto al ente titular de los mismos, es decir, que se trate de la Federación, Entidades Federativas o Municipios. En la que se encuentra una regulación jurídica aplicable a cada uno de los derechos según el sistema jurídico tributario al que correspondan.

9. GENERALIDADES DEL FINANCIAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

9.1 El derecho en el servicio público y la política tarifaria

Respecto del pago de los servicios públicos es necesario retomar la clasificación relativa a los servicios onerosos y gratuitos, ya que los primeros deben ser cubiertos por la persona que solicite su prestación, es decir, el usuario, mediante el pago de un derecho determinado en una tarifa debidamente autorizada; mientras que los servicios públicos gratuitos son satisfechos por recursos fiscales.

Así, los servicios públicos pueden ser financiados a partir de los recursos fiscales nacionales o locales, y mediante el cobro directo a los usuarios a través del establecimiento de tarifas.

Se habla de **derecho** cuando se tiene la obligación legal o reglamentaria de utilizar un servicio público que equivale a "*la retribución correspondiente a los servicios públicos cuya utilización es legalmente obligatoria para el administrado*"⁴⁰⁷, pues se considera como un tributo especial referido a un servicio público específico, destinado a compensar pecuniariamente una prestación pública determinada para cubrir su costo de manera proporcional⁴⁰⁸.

La doctrina clásica considera a los derechos administrativos como la cantidad dada por el usuario respecto de las contraprestaciones que obtiene de un servicio público no industrial, uno estrictamente obligatorio, en otras palabras, la contraprestación pecuniaria que el Estado exige compulsivamente *en virtud de una Ley*, por la realización de una actividad que afecta especialmente al obligado⁴⁰⁹. Sobre este respecto, Faya⁴¹⁰ estima que *la finalidad política, económica, social o jurídica, de innumerables servicios públicos, impiden que los derechos (tasa como el dice) sean contraprestaciones a los servicios prestados, es decir, no constituyen una contraprestación del servicio prestado ante la influencia sobre la finalidad de los mismos*, pues la realidad refleja que el usuario de la mayoría de los servicios públicos no tiene libertad para aceptarlos o rechazarlos ya que su utilización es casi fundamental para la integración de la vida social con independencia de los servicios forzosos, pues se desampara al usuario por la imposición gravosa de los derechos.

⁴⁰⁷ MARIENHOFF, cita de FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios ...*, op. cit., (en nota 19), p. 124.

⁴⁰⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 125.

⁴⁰⁹ Consideraciones de los pensamientos de Duverger, Trotbas y Fonrouge.

⁴¹⁰ Cfr. FAYA Viesca, Jacinto, op. cit., (en nota 391), p. 104.

Y más aún con la vinculación de la teoría de los derechos al reparto de las cargas financieras al tratarse de exacciones públicas, pues el no relacionar los criterios para la imposición de los derechos con los generales de la tributación ocasiona la utilización de criterios fijos de reparto de las cargas en las que se crean verdaderas cuotas para los usuarios *sin considerar su capacidad contributiva yendo en contra de los principios de justicia fiscal*.

El desplazamiento de la carga fiscal para el sostenimiento de los servicios públicos grava los niveles más bajos de renta, por lo que la imposición de los derechos no puede depender de criterios particulares de los que explotan estos servicios⁴¹¹, sino que debe atender a la justicia fiscal e igualdad de las cargas tributarias sin afectar a los particulares con menores ingresos⁴¹².

Así, la **política tarifaria** debe determinar los derechos en base a criterios de justicia fiscal y rendimiento económico y considerar que éstas no son la base para el financiamiento de los servicios públicos al ser un problema que implica a todo el sistema financiero, específicamente en cuanto a la capacidad contributiva.

En este sentido, para establecer los derechos, se han considerado diversas políticas tarifarias como la *deficitaria*, la *suficiente* en la que los precios del servicio deben cubrir la totalidad de las necesidades económicas del mismo, o bien la *móvil* que varía conforme a las variaciones de los precios.

Bajo este esquema se advierte una *concepción patrimonialista* de la tarifa que equivaldría al precio del servicio prestado a cada usuario (influenciado por el régimen de concesión que permite la percepción de las tarifas y la perspectiva empresarial, pues la aportación se considera como una ganancia lícita y necesaria para el sostenimiento de la empresa y su fortalecimiento económico).

Sin embargo, el Estado siempre mantiene la soberanía de las tarifas, al ser una potestad que no puede reducirse en caso de haber otorgado la concesión administrativa ya que ésta figura sólo permite la retribución a favor del concesionario, más no la pérdida de la potestad para fijarlas, por lo que en ningún momento puede concebirse como un precio contractual. Así, los ingresos provenientes de la concesión de un servicio público forman parte de los ingresos públicos por la naturaleza pública de las tarifas, pese a que su prestación no sea directa del Estado.

Nuestro país, como otros con sistemas fiscales inelásticos se ha basado en criterios patrimonialistas para la existencia de los servicios públicos, que deriva en que las políticas de ingresos y gastos de las entidades gestoras se desvinculan de la política general financiera del Estado y establecen la independencia de su actividad financiera con la implementación de la tarifa suficiente⁴¹³.

De ahí que exista un pensamiento ajeno a las tarifas clásicas y que corresponde a la *tarifa dirigida*⁴¹⁴ en la que la concepción del derecho como instrumento de financiación del servicio (tarifa suficiente) deja de ser el eje, para considerar su análisis desde su efectividad social como una tarifa enfocada políticamente en las necesidades colectivas y

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 101.

⁴¹² *Ibid.*, p. 104.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 94.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 104.

en las reales capacidades contributivas del usuario. En ella se toma en cuenta el servicio público por sí mismo, la cantidad de usuarios, capacidad contributiva, la limitación del propio servicio, la oferta y demanda, así como los costos comparativos de bienes sustitutos en el mercado. Según esta concepción la tarifa que se establezca debe advertirse desde un enfoque global en el sistema financiero, pues el financiamiento de los servicios públicos se encuentra dentro de éste y no como un elemento independiente al mismo.

9.2 La tarifa

La **tarifa** corresponde a la *lista de precios o también llamadas tasas* que deberán pagarse por el uso de un servicio público, ésta tiene que ser debidamente autorizada y publicada. Debe cumplir con principios fundamentales, pues al ser uno de los elementos de las contribuciones, y por consiguiente de los derechos, su establecimiento atiende a la igualdad, justicia, equidad, proporcionalidad, razonabilidad y certeza jurídica.

Principios fundamentales de las tarifas de los servicios públicos

a) Igualdad

Las tarifas de los servicios públicos deben observar el principio de igualdad en el que se considere el establecimiento de un precio o tasa igual a un servicio igual, es decir, establecer un trato igual en condiciones iguales, y desigual en condiciones también desiguales, o bien, un trato igual para iguales y desigual para desiguales. Este principio también permite la elaboración de tarifas diferenciadas en que se tomen en cuenta las características o modalidades del servicio.

b) Justicia

Implica que el monto del precio o de la tasa de un servicio público se determine bajo el supuesto de una eficiente administración, buscando que el pago del servicio se realice frecuentemente y en la cantidad debida de acuerdo al uso y disposición del mismo sin necesidad de subsidio alguno⁴¹⁵.

Para poder determinar un precio o tarifa justos –independientemente de que se preste directa o indirectamente por el Estado- los costos de operación para prestar el servicio no deben ser excesivos, o tan bajos que pongan en duda la efectividad de la prestación, a saber, los salarios de los trabajadores que lo operan, y los precios de los insumos necesarios para dicha operación.

Cabe señalar que las pérdidas sufridas de la deficiencia administrativa del prestador del servicio, sea el concesionario o la administración pública, no deben incluirse en las tarifas, sino restarse de la utilidad del primero, o generar la remoción y fincar la responsabilidad, de los servidores públicos correspondientes. Sin embargo, para el caso contrario, en el que existan situaciones que no puedan ser previsibles e imputables al prestador del servicio será aplicable la modificación de la tarifa de acuerdo a la *teoría de imprevisión*.

c) Equidad

⁴¹⁵ Sobre este aspecto el doctor Fernández Ruiz señala que el subsidio de un servicio público puede ser justo e injusto, al poder apoyar la tasa del servicio que usen un número reducido de personas sin lograr un beneficio colectivo, o viceversa, pero aprovechado por la mayoría de los contribuyentes, con lo que genera así un beneficio colectivo. FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Servicios ... op. cit.*, (en nota 19), p. 128-129.

La aplicación de este principio a las tarifas de los servicios público radica en que el costo de la operación del servicio público, amortización, depreciación y utilidad del concesionario, se reparta alícuotamente en el pago del servicio entre los usuarios del mismo.

d) Proporcionalidad

Implica que la determinación de la tarifa se realice de acuerdo a la medida de su aprovechamiento, es decir, aplicarse sobre las prestaciones efectivamente recibidas por el usuario con un equilibrio entre el precio o tasa y la contraprestación recibida.

e) Razonabilidad

Este principio atiende a que la aplicación de una tarifa resulte en que la utilidad o remanente que produce el prestador del servicio, no sea excesiva.

Sin embargo, una tarifa será irrazonable si genera pérdidas o utilidades inferiores a las tasas bancarias, o superiores al doble de la tasa más alta, pese a que haya una buena administración, pues para el caso de la gestión directa del servicio en la que no se buscan utilidades, debe lograr ser financieramente sana.

f) Certeza

La tarifa de precios o tasas debe ser aprobada y publicada en la forma y términos previstos en la ley o en el título de la concesión.

Al respecto el doctor Fernández Ruiz considera que *“la tarifa debiera mantenerse en exhibición permanente, a la vista de los potenciales usuarios, en las instalaciones y oficinas del prestador del servicio de acceso al público”*⁴¹⁶.

Naturaleza jurídica de la tarifa

La naturaleza jurídica de la tarifa del servicio público es abordada por criterios que consideran deriva de un contrato, de un acto administrativo o de la ley.

El primer criterio *-tarifa contrato-* señala que ésta es el resultado de un *contrato celebrado por el Poder público y el operador del servicio* en el cual la tarifa del servicio público requiere de un proyecto tarifario formulado por el operador o prestador del mismo, y aprobado por el poder público. Sin embargo, se critica en el sentido de que el proyecto del operador del servicio sólo es una propuesta a considerar por la autoridad, pero no necesariamente a aprobar, puesto que puede modificarla, desecharla o sustituirla⁴¹⁷; aunado a que los contratos solo pueden producir efectos entre las partes contratantes, y no obligaciones hacia terceros, por lo que no aplicaría para los usuarios de los servicios públicos.

Este criterio también señala que la tarifa deriva de un *contrato entre el operador y usuario*, que se pactaría de común acuerdo entre ambos, pese a que ha sido discutido en cuanto a

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 131.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 132.

que es el Estado el único que puede imponer el precio o la tasa de un servicio público, derivado de su potestad tributaria, y que al provenir de un contrato también sería modificable por acuerdo entre las partes.

El segundo criterio –*tarifa como acto administrativo*- consiste en que ésta se determina a través de un acto administrativo previsto y autorizado por la ley, derivado de la facultad que otorga la ley a la administración pública para que determine las tarifas de los servicios públicos, sin que se impida al prestador del servicio proponer un proyecto tarifario a la autoridad competente.

Finalmente el tercer criterio –*tarifa ley*- señala que cuando la tarifa se establece por la ley adquiere una fuerza obligatoria mayor a la de un acto administrativo o de derecho privado; esta tarifa sólo puede modificarse a través de otra ley; tiene la desventaja de que su aprobación y modificación sea tardada y más aún en casos urgentes.

Vigencia de la tarifa

La vigencia de las tarifas es indefinida, excepto cuando aplique la referida teoría de lo imprevisible, no obstante puede realizarse su revisión con cierta periodicidad, para mantener una que atienda a los principios de igualdad, justicia, equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

10. RÉGIMEN TARIFARIO DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA POTABLE

La forma de determinar las tarifas para el servicio público de suministro de agua potable se basa en los siguientes criterios:

a) La *cuota fija*⁴¹⁸ que corresponde a un cargo periódico que considera el diámetro de la conexión a la red de distribución, puede llegar a incluir parámetros o indicadores indirectos de consumo probable como la superficie del predio, de construcción, entre otros. Este criterio⁴¹⁹ propicia el desperdicio del recurso pero permite administrarlo fácilmente y ser comprendido por el beneficiario, provee un ingreso predecible.

b) La *cuota unitaria*⁴²⁰ asigna un precio único al metro cúbico de agua, con lo que determina el total a pagar por el número de metros cúbicos consumidos durante el periodo de cálculo. Aun cuando no haya consumo se considera una cuota mínima que cubre los gastos de amortización de la inversión, lectura del medidor, facturación y cobranza.

c) *Tarifa mixta*⁴²¹ establece el cobro en dos partes, pues incluye tanto al criterio de cuota fija como al de unitaria al cobrar un cargo fijo *básico*, y uno adicional por cada metro cúbico consumido.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 133.

⁴¹⁹ MARAÑÓN Pimentel, Boris, Las tarifas de agua potable en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, 1992-2002: ¿hacia una política de la administración de la demanda?, en TORTAJADA Cecilia y BISWAS Asit K., (coord..) *op. cit.*, (en nota 294), p. 66.

⁴²⁰ FERNÁNDEZ Ruiz, *Servicios ...*, *op. cit.*, (en nota 19), p. 133.

⁴²¹ *Id.*

d) *Tarifa escalonada*⁴²² o también llamada de *bloques incrementales*⁴²³ tiene la ventaja de disminuir el consumo de agua, se caracteriza por tener entre cinco y 17 rangos de consumo, en los primeros rangos se registran los precios más bajos por metro cúbico y se incrementan paulatinamente conforme se eleva el consumo de agua⁴²⁴, en el que se dan categorías de costo a) por *metros cúbicos de consumo, tipo de uso* –domésticos, comercios e industrial- los que generalmente comprenden los cargos fijos independientes del volumen empleado –con un cobro mínimo aún cuando no haya consumo-, los cargos por concepto de abastecimiento de agua asociados al volumen empleado, y los cargos por concepto de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales generalmente aplicados como un porcentaje de los cargos por concepto de abastecimiento de agua; y b) por la *zona* de que se trate –populares, medias o residenciales-.

e) *Tarifa de bloques crecientes*⁴²⁵ considera el número de bloques o estratos, el volumen de agua consumida en cada bloque, y el precio del agua en cada bloque. Este criterio permite el uso de subsidios cruzados entre usuarios de un mismo giro y entre usuarios de diferentes usos, de tal manera que los de mayores ingresos subsidian a los usuarios residenciales pobres, sin embargo, genera regresividad para tomas comunes, contar con el primer bloque muy grande, ausencia de transparencia y dificultad administrativa, carencia de información precisa para realizar análisis de sensibilidad tarifas/ingresos, establecimiento por razones políticas, problema de aplicación de bloques y subsidios, determinación de necesidades de agua por unidades familiares variables, y medición del consumo.

f) *Tarifa con boque decreciente* contraria a la anterior, implica que el monto a pagar disminuye en la medida en que se incrementa el consumo.

El diseño de una tarifa varía de acuerdo a la política con que se trabaje, donde se llegan a considerar objetivos como la *eficiencia económica* –relativa a establecer el precio en función de la demanda-, la *autosuficiencia* de ingresos por parte del organismo prestador del servicio –en que se considere el costo del servicio-, la *equidad* –bajo un diseño redistributivo con tarifas mayores o menores respecto del precio de eficiencia-.

Asimismo se toma en cuenta a quien tiene la responsabilidad de determinarla, cuál es el criterio utilizado para el reajuste, la periodicidad de los incrementos⁴²⁶, es decir, incluir aspectos administrativos en su diseño, así como las diferencias socioeconómicas del país que generan un límite en las políticas de incremento del precio del servicio según su costo real ya que requieren de la aplicación de subsidios para redistribuir el ingreso y asegurar el acceso al servicio a los sectores sociales con bajos ingresos.

No obstante lo anterior, debe cuidarse su planeación para no caer en fallas administrativas que desvíen el enfoque del beneficio –como su aplicación bajo criterios políticos, su establecimiento en sectores sociales que abarcan los de ingresos medios, o su continuidad sin la revisión del incremento de ingresos de los sectores económicos bajos-.

⁴²² *Id.*

⁴²³ MARAÑÓN Pimentel, Boris, Las tarifas de agua potable en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, 1992-2002: ¿hacia una política de la administración de la demanda?, en TORTAJADA Cecilia y BISWAS Asit K., (coord..) *op. cit.*, (en nota 294), p. 66.

⁴²⁴ CONAGUA, Situación del Subsector Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento. Edición 2008, p. 42.

⁴²⁵ MARAÑÓN Pimentel, Boris, Las tarifas de agua potable en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, 1992-2002: ¿hacia una política de la administración de la demanda?, en TORTAJADA Cecilia y BISWAS Asit K., (coord..) *op. cit.*, (en nota 294), p. 66.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 66 y 69.

En nuestro país el planteamiento del sistema de subsidios⁴²⁷ no ha beneficiado al debido sector, pues la carencia en infraestructura y las deficiencias en el suministro -entre otros factores- los han orillado a pagar precios elevados o reducir drásticamente su consumo.

11. LAS TARIFAS DE AGUA POTABLE EN MÉXICO

El sistema tarifario de agua potable en México se ha visto en varias ocasiones modificado, desde inicio de los años ochentas se estableció el pago de derechos por el uso de aguas nacionales de acuerdo a la disponibilidad regional y a los usos, con lo que se debe fijar un precio referencial en las tarifas de los organismos operadores de agua potable sin que al tiempo se advirtiera su realización.

Ante los cambios de descentralización y municipalización de dicha gestión, a finales de esa década, se crearon organismos operadores encargados de la gestión autónoma del servicio que contaban con tarifas e ingresos bajos, por lo que se promovió su modificación a organismos descentralizados en el nivel estatal o municipal para concederles autonomía tarifaria.

Las más importantes modificaciones de la política tarifaria se dieron a partir de los años noventas, se enfocaron en la disminución de subsidios, eficiencia económica, establecimiento de precios del agua, escasez, costos reales de abastecimiento, y permisión de la gestión privada en los sistemas hidráulicos⁴²⁸.

Así, en 1991 se sustituyó a nivel nacional el cobro de tarifas de agua potable basadas en el sistema de cuotas fijas por el de consumo medido, a través de rangos de consumo – bloques incrementales- con un mínimo y máximo por cada uno y con cobros según el volumen consumido medido⁴²⁹ y el tipo de usuario -doméstico, comercial o industrial-.

Sin embargo, para finales de los años noventas se habían producido cambios legales importantes que superaban las restricciones anteriores pues en las ciudades medias y grandes del país se encontraron altos índices de participación del municipio y del organismo operador en la gestión de los servicios de agua potable⁴³⁰.

Para 2002 las estructuras tarifarias seguían presentando limitaciones en el país, como la diferencia radical entre consumos mínimos y máximos, la propia determinación del consumo mínimo, el precio cobrado por metro cúbico, y los plazos de ajuste diferenciados de acuerdo a la normatividad existente por localidad. Ésta situación atendió a la

⁴²⁷ Cfr. ZENTELLA, Juan Carlos, La participación del sector privado en la gestión hidráulica del Distrito Federal. Evaluación financiera, técnica y administrativa, 1984-1996, CEDDU, Colmex, 2000, p. 51-51, en MARAÑÓN Pimentel, Boris, *Ibid.*, p. 72.

⁴²⁸ MARTÍNEZ Omaña, María Concepción, La gestión privada de un servicio público. El caso del agua en el Distrito Federal, 1988-1995, Instituto Mora-Plaza y Valdés, México, 2000.

⁴²⁹ *Id.*

⁴³⁰ El 77% de los sistemas de agua potable estaban ya bajo jurisdicción municipal. En el 95% de ellos las tarifas eran fijadas por el municipio o el organismo operador; aproximadamente el 85% de los sistemas de agua potable tenían autoridad para concesionar el servicio; y el 56% de ellos estaban facultados para cortar el servicio por falta de pago MBIA-Capital Advisors, Ltd., Hacia una mayor participación privada en el sector agua en México, agosto 1999, (inédito), p. 36, citado por MARAÑÓN Pimentel, Boris, Las tarifas de agua potable en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, 1992-2002: ¿hacia una política de la administración de la demanda?, en TORTAJADA Cecilia y BISWAS Asit K., (coord..) *op. cit.*, (en nota 294), p. 73.

disponibilidad, costos y políticas de precios del agua por zona⁴³¹, y generó un bajo nivel de recaudación por los organismos operadores de los sistemas de agua potable y alcantarillado.

En este sentido, el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 establece como principales retos en materia de agua la constitución de sistemas adecuados de medición, facturación y cobro a los habitantes, y el impulso al establecimiento de tarifas que favorezcan el uso responsable y pago justo del agua.

Actualmente los gobiernos municipales⁴³² siguen precisando la determinación y aprobación de tarifas que *permitan la recuperación de los costos* -de operación, administración, rehabilitación, depreciación de activos fijos, intereses por préstamos para la inversión⁴³³-, así como los componentes, sujetos pasivos y acciones para garantizar el cobro. Las instancias responsables de la prestación de los servicios⁴³⁴ también mantienen la participación en la fijación de las tarifas, la función regulatoria, la aprobación y finalmente la publicación de las mismas, mientras que las leyes federales no pueden limitar las facultades a los estados para establecer las contribuciones en cuanto se refiere a los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos⁴³⁵; finalmente la CONAGUA efectúa la revisión tarifaria de los organismos operadores.

Las tarifas de agua potable son fijadas de diferente manera en cada municipio, dependiendo de lo que establece la legislación de cada entidad federativa⁴³⁶. Algunas son aprobadas por el congreso local de la entidad, mientras que otras por el Órgano de Gobierno o Consejo Directivo del organismo operador de agua potable del municipio o localidad o de la Comisión Estatal de Aguas de que se trate, no obstante la potestad tributaria para la materia.

En este sentido, se muestra una comparativa del marco jurídico de las entidades federativas en relación a la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento, se indica la autoridad que aprueba las tarifas y los componentes de costo considerados en la normatividad para su cálculo.

Estados	Publicación de la ley	Instancia que aprueba las tarifas	Aspectos que se consideran en las tarifas			
			Cubrir costos	Depreciación	Cobro alcantarillado	Cobro saneamiento
Aguascalientes	2005	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI

⁴³¹ Cfr. BRITÁN, Daniel, *México: Inversiones en el sector agua potable, alcantarillado y saneamiento*, CEPAL, Serie Reformas Económicas, núm. 21, Stgo., 1999.

⁴³² De acuerdo con las atribuciones que les confiere el Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴³³ Situación del Subsector Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento, CONAGUA, Edición 2008, p. 40.

⁴³⁴ Según las leyes de agua locales.

⁴³⁵ Según el artículo 115 fracción IV inciso c) de la constitución federal.

⁴³⁶ A saber, la ley estatal de agua potable, decretos, la ley de ingresos del municipio, la ley orgánica municipal, el reglamento de la prestación de los servicios, el código municipal, la ley de hacienda o reglamentos del congreso local.

Baja California	1969	Congreso Estatal	SI	N/A	N/A	N/A
B. California Sur	2001	Consejo de Administración	SI	N/A	SI	SI
Campeche	1992	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI
Coahuila	2006	Consejo de Administración	SI	SI	N/A	N/A
Colima	2000	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI
Chiapas	2000	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI
Chihuahua	2004	Congreso Estatal	SI	N/A	SI	SI
Distrito Federal	2003	Asamblea de Representantes	SI	N/A	N/A	N/A
Durango	2005	Ayuntamiento	SI	SI	SI	SI
Guanajuato	2000	Ayuntamiento	SI	SI	SI	SI
Guerrero	2002	Ayuntamiento	SI	SI	SI	SI
Hidalgo	1999	Congreso Estatal	SI	N/A	SI	SI
Jalisco	2007	Congreso Estatal	SI	SI	SI	SI
México	1999	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI
Michoacán	2004	Ayuntamiento	SI	SI	N/A	N/A
Morelos	2002	Congreso Estatal	SI	SI	SI	SI
Nayarit	1995	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI
Nuevo León	1997	Ejecutivo Estatal	SI	SI	SI	SI
Oaxaca	1993	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI
Puebla	1994	Congreso Estatal	SI	N/A	N/A	N/A
Querétaro	1992	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI
Quintana Roo	1996	Consejo de Administración	SI	N/A	N/A	N/A
San Luis Potosí	2001	Congreso Estatal	SI	SI	SI	SI

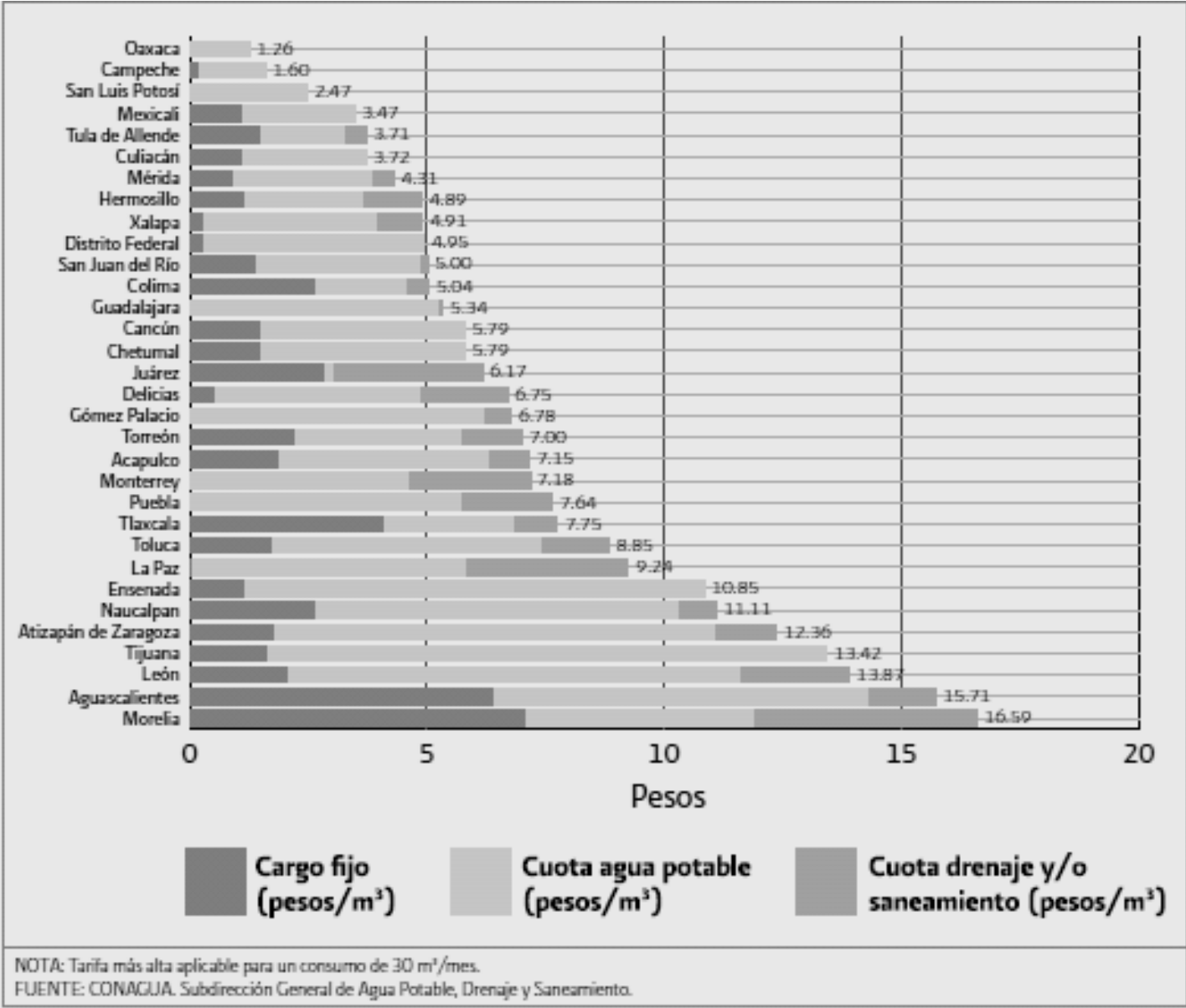
Sinaloa	2002	Consejo de Administración	SI	N/A	SI	SI
Sonora	2006	Congreso Estatal	SI	SI	SI	SI
Tabasco	2005	Congreso Estatal	SI	SI	SI	SI
Tamaulipas	2006	Ejecutivo Estatal	SI	SI	SI	SI
Tlaxcala	2001	Ayuntamiento	N/A	N/A	N/A	N/A
Veracruz	2001	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI
Yucatán	1982	Congreso Estatal	SI	N/A	N/A	N/A
Zacatecas	1994	Consejo de Administración	SI	SI	SI	SI
Nota: Actualizado a Junio de 2009 SI= El ordenamiento estatal contiene la condición, N/A= No se explicita la condición. FUENTE: CONAGUA. Subdirección General de Agua Potable, Drenaje y Saneamiento.						

El nivel tarifario, o pago debido, se expresa en una estructura tarifaria, normalmente diferenciada por los tipos de usuarios, entre domésticos, comerciales e industriales, entre otros, así como por mecanismos de redistribución de costos con subsidios cruzados, en que los usuarios marginados son afectados por tarifas menores que aquéllos considerados como no marginados.

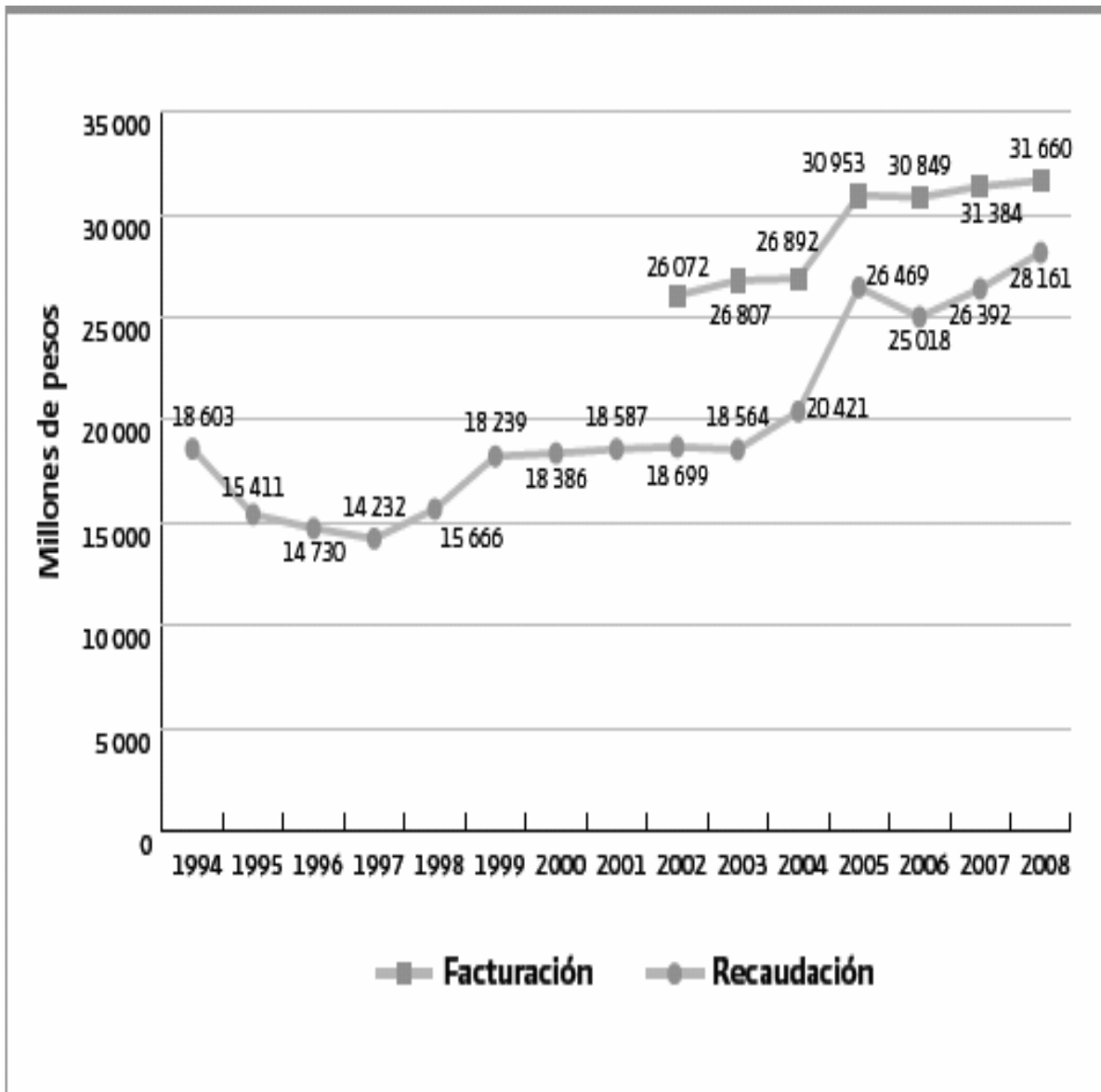
Dichas estructuras tarifarias son establecidas generalmente en bloques incrementales, es decir, a mayor consumo de agua el precio por metro cúbico es mayor. Pese a que exista una gran variedad de mecanismos, que incluyen la cuota fija, es decir, cuando el usuario paga una cierta cantidad sin tomar en cuenta lo que haya consumido.

En este sentido, las tarifas de agua generalmente comprenden los cargos fijos, independientes del volumen empleado, los cargos variables por concepto de abastecimiento de agua, en función del volumen empleado, los cargos variables por concepto de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, generalmente aplicados como un porcentaje de los cargos por concepto de abastecimiento de agua, y los impuestos.

Así, se observa en la siguiente gráfica para algunas ciudades del país, las tarifas de agua potable, alcantarillado y/o saneamiento para un consumo de 30 m³/mes para uso doméstico para 2008, así como la tarifa más alta aplicable, con intervalos variables en el precio por metro cúbico de agua.



Ahora bien, la facturación y recaudación miden el grado de eficiencia comercial de los organismos operadores, donde ésta última determina la calidad y cobertura del servicio. Existen pagos que se llevan a cabo en el mismo periodo de facturación, en tanto que otros son pagos atrasados, así como multas o recargos. La relación entre la facturación y la recaudación reportada por los prestadores de servicios para 2008 puede verse en la siguiente gráfica:



Millones de pesos a precios constantes de 2008

Elaborado con base a los datos estimados a partir de una muestra de los organismos operadores de todo el país.

FUENTE: CONAGUA. Subdirección General de Programación. Elaborado a partir de CONAGUA, Subdirección General de Agua Potable, Drenaje y Saneamiento.

Así, según la tendencia en nuestro país, las tarifas tienen como objetivo que mediante su cobro se recuperen *totalmente* los costos incurridos por el prestador de servicios⁴³⁷, con un sistema tarifario de bloques incrementales.

⁴³⁷ Costos que se encuentran definidos en la Norma Mexicana sobre la evaluación de tarifas (NMX- AA-147-SCFI-2008), publicada en abril de 2009.

12. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DEL REGIMEN TARIFARIO DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA EN MÉXICO, DESDE LA INFLUENCIA DEL SISTEMA ECONÓMICO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La posmodernidad político-jurídica consiste como lo señala el Dr. Sánchez Sandoval⁴³⁸ en la imposición de reglas de control social internacional que hacen los países centrales a los periféricos, obligándolos a pasar de la posmodernidad en que viven, a la del control legal y de facto, extraterritorial.

Señala que las políticas modernas no cuidan las formalidades de las libertades civiles, sitúan la simulación de garantías individuales y derechos humanos en el pasado, y encuentran legislaciones institucionalizadas para legitimar y conducir jurídicamente a las nuevas necesidades de control.

Y considera que, así se dejan a un lado los principios generales del derecho moderno y se da cauce a legitimaciones jurídicas que legalizan el abusivo actuar de la autoridad.

Por ello, ante el proceso globalizador que influye en la pérdida de la soberanía del Estado puede decirse que la gestión del servicio público de suministro de agua se encuentra tendiente a continuar procesos de privatización bajo el esquema de la concesión en atención a los intereses del sistema económico neoliberal que busca, como ya se ha manifestado, lo estrictamente económico, y que sin una correcta regulación y verificación por parte del Estado no logra satisfacer el fin primario de este servicio, ni dar por cumplido el cometido de servicio público del poder público.

Así, tanto la influencia del sistema económico, como el establecimiento de las políticas públicas y la participación del derecho, integran un control en la prestación de servicios públicos como el agua, y determinan el rumbo de la gestión desde los mercados del agua, las políticas públicas, el aspecto tarifario, la permisión de la iniciativa privada y la regulación.

⁴³⁸ Cfr. SÁNCHEZ Sandoval, *op. cit.*, (en nota 216), p. 175.

CONCLUSIONES

- I. El derecho al agua es reconocido como una condición previa necesaria para otros derechos humanos que no se pueden alcanzar sin el acceso equitativo a las necesidades mínimas de agua potable. Se encuentra reconocido en la *Observación general N° 15*, aprobada en noviembre del 2002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la que constituye una interpretación oficial sobre la aplicación de los artículos 11 y 12 del PIDESC respecto del derecho al agua.
- II. El servicio público es *uno de los grandes cometidos de la Administración pública* relativo a la satisfacción de las necesidades de carácter general, a pesar de que su prestación se autorice a particulares mediante la concesión, el derecho primario de la misma corresponde al Poder Público.
- III. El concepto de servicio público surge originalmente como consecuencia del reparto de competencias entre los órganos administrativo y judicial, su evolución es controvertida pues lo que inicialmente se consideró servicio público dejó de serlo y diversos conceptos fueron incorporados, de ahí que se hable de una crisis, sin embargo, al cuestionar su vigencia se retoma su noción básica y se valida una vez más como parte fundamental del derecho administrativo al subsistir la necesidad pública.
- IV. El servicio público se establece desde una doble manifestación, como aquel *propriadamente* encomendado al Estado, prestado por éste o por un particular mediante concesión, y establecido en ley; y como *impropio* no regulado en la ley como tal y no prestado por el Estado.
- V. Una vez establecido el gran mercado en la entonces Comunidad Económica Europea se buscó un modelo de servicio público que coordinara lo público y privado desde los objetivos de la Unión y no de la titularidad del servicio, por lo que se le dio vida a un nuevo enfoque encaminado en lograr una sociedad con prestaciones y estándares mínimos de bienestar, denominado en un inicio servicio de interés general y posteriormente servicio universal, mismo que corresponde en última instancia a la finalidad del tradicional servicio público.
- VI. La importancia de la administración de aguas en Alemania radica tanto en su organización central, en la participación de los expertos y de las partes interesadas de todas las agrupaciones relevantes, como en el sistema democrático y normativo del Estado en los diferentes intereses. Sin embargo, independientemente de la forma de organización del abastecimiento de agua potable en Alemania, la regla general prescribe que todos los costos de su abastecimiento deben ser cubiertos por el *precio del agua*. En este sentido, la venta de derechos sobre el agua que inició en Berlín solo generó beneficios a las ciudades, en un primer momento, pues posterior a la privatización, la infraestructura permaneció pero los costos se incrementaron, lo que reflejó que a pesar de que Alemania sea un país rico en recursos hídricos se encuentra como el segundo país industrializado con menor consumo de agua.

- VII. En España, el principal medio de adquisición del uso y aprovechamiento del agua es la concesión administrativa; cuenta con tributos relativos al costo de la infraestructura y gestión del recurso bajo el *principio de recuperación de costes*, sin embargo requiere del establecimiento de un sistema económico financiero y tributario armónico con los de otros países europeos y que impida la doble imposición.
- VIII. La prestación del servicio de suministro de agua en Chile se basa en el abastecimiento privado, subsidio a la demanda y regulación por una agencia pública y autónoma, se caracteriza por llevarse a cabo a través de empresas que son de propiedad privada o están operadas por estos actores con altos niveles de cobertura, disponibilidad, tarifas variables y sistema de subsidios, pero con bajos niveles de observación sobre el impacto a los recursos o a terceros, entre otros.
- IX. Con la firma del Tratado de Libre comercio con América del Norte y Canadá, México dio un giro a su economía y planteó un cambio en el papel del Estado de proveedor de servicios públicos a regulador y facilitador de su prestación con la participación en el sistema neoliberal que generó un nuevo tratamiento a los recursos naturales -como elementos con valor ambiental al convertirse en materias primas y por consiguiente en mercancías-; hecho que fomentó la modificación en la legislación de la materia para incorporar los criterios de comercialización sobre éstos.
- X. El marco competencial establecido por la constitución en materia del agua, incluye las facultades contenidas en el artículo 73 constitucional, en relación con el artículo 27, ya que la competencia en materia de los recursos hídricos deriva de lo establecido por las leyes del Congreso de la Unión, así como de su característica de ser un bien natural susceptible de apropiación, con lo que quedó en el plano federal, tanto su regulación como la propia naturaleza de las aguas como bienes nacionales originarios. De ahí, que los municipios únicamente tienen facultad de expedir regulaciones ordinarias de bandos de policía y buen gobierno, y establecer asociaciones de los mismos para la prestación más eficaz de los servicios públicos como el abastecimiento de agua y uso común de drenaje.
- XI. La concesión y asignación de las aguas se encuentra establecida en lo señalado por los artículos 27 y 28 constitucionales respecto a que las aguas nacionales de carácter superficial y del subsuelo sólo pueden ser aprovechadas por los particulares a través de la concesión, y que es el Estado el que al sujetarse a las leyes puede concesionar las aguas para la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, con sus excepciones, bajo las modalidades y condiciones que fijen las leyes para asegurar la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, alejado de fenómenos de concentración que contraríen el interés público.
- XII. La prestación del servicio público de agua en México en la ciudad de Aguascalientes, y en el Distrito Federal y la Zona Conurbada del Estado de México corresponde a los casos más relevantes en la tendencia de la participación privada de la administración total o parcial con la concesión de las aguas. Los resultados reflejan logros en la reducción de fugas, incremento de medidores y cobertura de agua, con lo que se logra una eficiencia económica comercial pero no ambiental ni de equidad para los consumidores; la prestación de éste servicio no se cumple, en primer lugar, con el servicio público como tal, en la observación de uno de sus elementos esenciales: *la satisfacción de una necesidad de carácter general insatisfecha por el propio*

gobernado, y en segundo lugar con el cometido específico del servicio desde la función administrativa, es decir, desde el cumplimiento de un derecho primario por el Poder Público.

- XIII. Ahora bien, la potestad tributaria normativa que tienen la Federación y las Entidades Federativas para imponer cargas de índole tributaria sobre del servicio público de suministro de agua, obedece a la competencia que las normas jurídicas les reconocen, que a pesar de ser denominada originaria para la primera y derivada o reservada para las segundas, *atiende a una parte del ejercicio legislativo* del Estado que encuentra su fundamento en nuestra Carta Magna; sin embargo, son los municipios en México los que a través del establecimiento de las contribuciones por las legislaturas de sus Estados, perciben ingresos derivados de los derechos que cobran por la prestación del servicio público de suministro de agua potable.
- XIV. Las tarifas de agua potable son fijadas en México de diferente manera en cada municipio, ya que dependen de lo que establece la legislación de cada entidad federativa. Algunas son aprobadas por el congreso local de la entidad, mientras que otras por el Órgano de Gobierno o Consejo Directivo del organismo operador de agua potable del municipio o localidad o de la Comisión Estatal de Aguas de que se trate.
- XV. El Programa Nacional Hídrico 2007-2012 establece como principales retos en materia de agua la constitución de sistemas adecuados de medición, facturación y cobro a los habitantes, y el impuso al establecimiento de tarifas que favorezcan el uso responsable y pago justo del agua, no obstante, la tendencia en nuestro país, se enfoca en que las tarifas tienen como objetivo que mediante su cobro se recuperen *totalmente* los costos incurridos por el prestador de servicios, con un sistema tarifario de bloques incrementales.
- XVI. Ante el proceso globalizador, la gestión del servicio público de suministro de agua continua procesos de privatización, a través de la concesión, en atención a los intereses del sistema económico neoliberal que busca estrictamente lo económico, y el que, en nuestro país, sin una correcta regulación y verificación por parte del Estado no logra satisfacer en su fin primario, ni dar por cumplido el cometido de servicio público del poder público.
- XVII. Existe un desfase entre la finalidad que persigue el servicio público de suministro de agua como tal y los resultados de su gestión pues con la intervención de prestadores privados bajo el régimen de la concesión, se llega a trabajar no en la satisfacción del usuario, sino de los intereses de aquellos que movidos por el ingreso de la actividad tienden a mercantilizar el servicio y a descuidar la satisfacción del interés general.
- XVIII. En el régimen de concesión del servicio público de suministro de agua no se contempla la responsabilidad solidaria del Poder Público sobre su cumplimiento, se ubica al *usuario* en una mera relación de particular a particular con el prestador del servicio bajo un contrato de suministro, y en donde parte de la facultad jurídica de exigirlo al Estado se encuentra condicionada, en primer lugar, por la implantación de nuevas actividades consideradas como servicio público –industriales o comerciales- y en segundo lugar, por la limitada disponibilidad de los recursos presupuestarios

existentes para ello, con lo que la prestación del servicio se realiza en concurrencia con entes gubernamentales y no gubernamentales distintos a la noción tradicional.

- XIX. El resultado de concesionar el servicio público de suministro de agua en nuestro país no refleja la satisfacción de sus elementos, por lo que al tomar en cuenta el servicio como tal y como un cometido de servicio público del poder público, se cuestiona su permanencia desde el enfoque de éste último.
- XX. De acuerdo a lo preceptuado constitucionalmente el agua no es comercializable, por lo que al prestar el servicio en nuestro país, se cobra por el suministro del recurso y no por el recurso mismo, sin embargo, encontramos sistemas tarifarios enfocados en la suficiencia, que pese a incluir subsidios, no se establecen bajo la naturaleza misma del tipo de servicio en que se suministra un recurso que como punto de énfasis debe considerarse como un derecho humano de acuerdo a la interpretación en el derecho internacional; donde al no satisfacer la necesidad colectiva a través de este servicio público, bien sea por la falta de conexión, abasto o incluso derivado de un corte del mismo, se viola dicho derecho.
- XXI. Tanto la influencia del sistema económico, como el establecimiento de las políticas públicas y la participación del derecho, integran un control en la prestación de servicios públicos como el agua, y determinan el rumbo de la gestión desde el aspecto tarifario, la permisión de la iniciativa privada y la regulación.
- XXII. Se comprueba la hipótesis, pues parte del problema de la prestación del servicio público de suministro de agua en México efectivamente corresponde a los elementos que la estructuran, ya que derivado de un enfoque de aquellos que permiten influencias de interés diverso a la naturaleza de este servicio, se vulnera la satisfacción del mismo y el acceso al recurso como un derecho humano, pese la obligación del Poder Público de cumplir con este cometido de servicio público.

ANEXO 1

Requisitos de contratación de toma de agua en Aguascalientes

REQUISITOS DE CONTRATACIÓN

1

NUESTRAS AGENCIAS

AGENCIA ECUADOR

Ecuador #205, Fracc. Las Américas
HORARIO: De lunes a viernes de 8:00 a 17:00 hrs.

AGENCIA PALACIO MUNICIPAL

Palacio Municipal (interior)
HORARIO: De lunes a viernes, de 8:00 a 17:00 hrs.

AGENCIA CCAPAMA

Salvador Quezada Limón No. 1407, Col. Curtidores
HORARIO: De lunes a viernes, de 8:00 a 17:00 hrs.

AGENCIA SAN MARCOS

C.C. Plaza San Marcos Local 13, Fracc. San Cayetano
HORARIO: De lunes a viernes, de 8:00 a 17:00 hrs.
sábados de 10:00 a 14:00 hrs.

AGENCIA GALERÍAS

C.C. Galerías, Local 9
HORARIO: De lunes a viernes, de 8:00 a 17:00 hrs.
Sábados de 10:00 a 14:00 hrs.

AGENCIA VILLASUNCIÓN

C.C. Villasunción Local C1-3, Fracc. Pilar Blanco
HORARIO: De lunes a viernes, de 8:00 a 17:00 hrs.
sábados de 10:00 a 14:00 hrs.

AGENCIA DELEGACIÓN INSURGENTES

Av. de los Maestros Esq. Julián Medina SW
HORARIO: De lunes a viernes, de 8:00 a 16:00

AGENCIA MORELOS

Siglo XXI #818 Fracc. Morelos I
HORARIO: De lunes a viernes, de 8:00 a 17:00 hrs.

AGENCIA ALAMEDA

Alameda #818 Col. del Trabajo
HORARIO: De lunes a viernes, de 8:00 a 17:00 hrs.

AGENCIA HACIENDAS

Av. Hacienda Ojocaliente #131 Local 8, Haciendas de Ags.
HORARIO: De lunes a viernes, de 8:00 a 17:00 hrs.
sábados de 10:00 a 14:00 hrs.

PROACTIVA
MEDIO AMBIENTE CAASA

PROACTIVA
MEDIO AMBIENTE CAASA


REPORTES, COMENTARIOS
Y SUGERENCIAS  073

PARA PREDIOS EN ZONA URBANA		PARA PREDIOS EN ZONA RURAL
<p>PARA PREDIOS QUE SÍ CUENTAN CON TOMA DE AGUA POTABLE Y DESCARGA DE ALCANTARILLADO</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Copia fotostática de comprobante de propiedad Puede ser cualquiera de estos: <ul style="list-style-type: none"> · Recibo de predial · Comprobante oficial de entrega de la casa · Contrato de compra-venta · Escrituras (primeras hojas en que aparezca nombre del propietario y domicilio) · Testamento ○ Copia fotostática de identificación oficial con fotografía de quien realiza el contrato ○ Croquis con los nombres de las calles que colindan con su manzana 	<p>PARA PREDIOS QUE NO CUENTAN CON TOMA DE AGUA POTABLE Y DESCARGA DE ALCANTARILLADO</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Solicitar presupuesto en cualquiera de las agencias de CAASA. Para este trámite se deberá acudir a las oficinas y proporcionar la ubicación exacta para poder verificar las medidas de la red central al predio (acudir al tercer día hábil para la entrega del presupuesto). Una vez aceptado el presupuesto ○ Copia fotostática del comprobante de propiedad Puede ser cualquiera de éstos: <ul style="list-style-type: none"> · Recibo del predial · Comprobante oficial de entrega de la casa · Contrato de compra-venta · Escrituras (primeras hojas en que aparezca nombre del propietario y domicilio) · Testamento ○ Copia fotostática del número oficial Solicitarlo en Desarrollo Urbano (calle Dr. Díaz de León esq. Antonio Acevedo Escobedo, antes Palmira) ○ Copia fotostática de identificación oficial con fotografía de quien realiza el contrato ○ Croquis con los nombres de las calles que colindan con su manzana. 	<p>SOLICITAR FACTIBILIDAD en el Distrito Rural ubicado en calle Ecuador No. 205 Fracc. Las Américas con los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Carta del Delegado o Comisionario Municipal vigente ○ Copia fotostática de comprobante de propiedad Puede ser cualquiera de éstos: <ul style="list-style-type: none"> · Recibo de predial · Comprobante oficial de entrega de la casa · Contrato de compra-venta · Escrituras (primeras hojas en que aparezca nombre del propietario y domicilio) · Testamento ○ Copia fotostática del número oficial Solicitarlo en Desarrollo Urbano (calle Dr. Díaz de León esq. Antonio Acevedo Escobedo, antes Palmira) ○ Copia fotostática de identificación oficial con fotografía de quien realiza el contrato ○ Croquis de ubicación del predio con puntos de referencia que pueden ser: Templos, carretera, plaza, escuela Nombres de las calles que colindan con su manzana
<p>CROQUIS</p> <p>Indicaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Indique las calles de la manzana 2. Marque los números de las casillas 3. Marque el Norte 	<p>CROQUIS</p> <p>Indicaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Indique las calles de la manzana 2. Marque los números de las casillas 3. Marque el Norte 	<p>CROQUIS</p> <p>Indicaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Indique las calles de la manzana 2. Marque los números de las casillas 3. Marque el Norte

ANEXO 2

Contrato para la prestación de servicios de suministro de agua en Aguascalientes

Anverso



Contrato para la prestación de servicios

Fecha de Contrato _____

Número de Contrato _____

PROPIETARIO

NOMBRE _____

APELLIDO PATERNO _____ APELLIDO MATERNO _____ NOMBRE(S) _____

SUSCRIBE: _____

NOMBRE _____

APELLIDO PATERNO _____ APELLIDO MATERNO _____ NOMBRE(S) _____

EN MI CARACTER DE PROPIETARIO O POSEEDOR DEL PREDIO UBICADO EN:

CALLE _____ N° _____ MANZANA _____ LOTE _____

COLONIA _____

PROPORCIONO A USTEDES LA SIGUIENTE INFORMACIÓN:

DOMICILIO A NOTIFICAR _____ TELÉFONO _____

EDIFICACIÓN _____ UNIDADES _____

GIRO _____ USO DE SERVICIO _____

DATOS DE IDENTIFICACIÓN DEL SERVICIO:

DIAMETRO DE LA TOMA _____ NIVEL TARIFARIO _____

CODIFICACIÓN (PARA USO EXCLUSIVO DE CAASA)

PREDIO	ZONA	SECTOR	RUTA	FOLIO DE RUTA

DESCRIPCIÓN DE LA CONEXIÓN

OBSERVACIONES _____

SERVICIO CONTRATADO _____

IMPORTE DEL PRESUPUESTO _____	LUGAR Y FECHA _____
-------------------------------	---------------------


NOTA IMPORTANTE: SE RECOMIENDA DAR LECTURA A LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO IMPRESAS AL REVERSO.

FIRMA DEPTO. DE CONTRATOS

FIRMA USUARIO

A) MARQUE EL NORTE

A)



B) MARQUE LA ESQUINA MÁS CERCANA


B)

CROQUIS DE LOCALIZACIÓN DEL PREDIO

LOTE			MANZANA		
N° ANTERIOR	N° OFICIAL	N° POSTERIOR			

USUARIO

FO-06-PCA-CM



CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO DE SUMINISTRO DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES, QUE CELEBRAN POR UNA PARTE PROACTIVA MEDIO AMBIENTE CAASA, S.A. DE C.V., A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ “LA PRESTADORA”, Y POR LA OTRA LA PERSONA QUE SUSCRIBE LA SOLICITUD INSERTA AL ANVERSO DEL PRESENTE, A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ “EL USUARIO”, AL TENOR DE LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CLÁUSULAS:

DECLARACIONES

- I. Declara “La Prestadora”, por conducto de su representante:
 - A) Ser una sociedad mercantil debidamente constituida conforme a la Ley de la República Mexicana, según consta en escritura pública No. 49420 de fecha 14 de Octubre de 1993 otorgada ante la fe del Lic. Ricardo Íñiguez Segura, titular del Corredor Público No. 39 de la ciudad de México, D.F.
 - B) Estar facultada para la celebración del presente contrato, de conformidad con el Título de Concesión para prestación del servicio público de agua potable, alcantarillado tratamiento de aguas residuales y su reuso, que le fue otorgado el día 21 de Octubre de 1993.
- II. Declara “El Usuario”:
 - A) Que es su deseo celebrar el presente contrato de prestación de servicios con “La Prestadora” de acuerdo a la solicitud inserta en el anverso de este contrato, así como su conformidad y ratificación de los datos consignados en la misma.

CLÁUSULAS

PRIMERA.- “La Prestadora” se obliga mediante el presente contrato a suministrar los servicios contratados, mismos que aparecen consignados en la solicitud inserta en el anverso del presente contrato obligándose “El Usuario” a no darle un uso distinto que el estrictamente señalado en la propia solicitud, preceptuado en el artículo 61, 62, 64, 69 y 75 de la Ley de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento del Estado de Aguascalientes, de lo contrario se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 112 del mismo ordenamiento legal.

SEGUNDA.- “El Usuario” se obliga a pagar a “La Prestadora” el importe de los servicios y sus accesorios, en las oficinas que instale para tal efecto, en la fecha de vencimiento que aparezca en cada una de las facturas que “La Prestadora” le envía a “El Usuario”.

TERCERA.- La falta de pago puntual de los servicios suministrados y de sus accesorios motivará el cobro de recargos y gastos de cobranza en su caso a razón de un interés moratorio que será equivalente al de la tasa líder comercial vigente en mercado nacional al momento de hacer el cobro, pudiendo “La Prestadora” ejercitar los procedimientos de cobro que, con el fin de recuperar los adeudos, se establezcan.

CUARTA.- “El Usuario” se obliga a permitir la entrada al predio ubicado en la solicitud inserta al anverso del presente contrato, a los empleados de “La Prestadora” previa identificación, a fin de que instalen o lean el medidor, modifiquen la instalación en los casos que se requiera y realicen las inspecciones pertinentes.

QUINTA.- “La Prestadora” instalará un medidor de acuerdo a su capacidad y los programas de trabajo, el costo de la reparación por el deterioro o mal trato, así como la pérdida del medidor será a cargo de “El Usuario”. El cambio o modificación del medidor o columpio que haga “El Usuario” o persona ajena a “La Prestadora” se sancionará conforme a derecho proceda.

SEXTA.- En el caso que a “El Usuario” se le conecte el servicio contratado y no se instale aparato medidor, durante el tiempo que éste no sea instalado, pagará la cuota vigente para estos servicios y en ningún caso podrá ser menor a la cuota mínima establecida por la tarifa del tipo del servicio del que se trate.

SÉPTIMA.- Cuando cualquiera de los elementos que forman parte del equipo e infraestructura para la prestación contratado, sufra algún desperfecto, avería o violación de ellos en los mismos, “El Usuario” deberá reportarlo de inmediato a “La Prestadora” para que proceda a la reparación, responsabilizándose “El Usuario” por negligencia, dolo o mala fe que contravenga esta disposición.

OCTAVA.- En el caso de traspaso o venta de los predios donde se encuentren conectados los servicios contratados, “El Usuario” tiene la obligación de cubrir el adeudo que exista en su cuenta y deberá dar el aviso correspondiente a efecto de que se dé de alta al nuevo usuario.

NOVENA.- La facultad de “La Prestadora” para recuperar rezagos en el pago de los servicios contratados se orientará en contra de quien tenga la propiedad o posesión del predio a que se refiere la solicitud inserta en el anverso de este contrato, sin que sea obstáculo el que se sustituya “El Usuario” en los derechos de propiedad o posesión, por lo que será responsabilidad de verificar la existencia de adeudos anteriores, obligándose al pago de los rezagos desde el momento en que tenga la propiedad o posesión del predio.

DÉCIMA.- “La Prestadora” podrá suspender o restringir el servicio contratado cuando “El Usuario” no pague dos o más recibos o cuando se comprueben derivaciones no autorizadas, o un uso distinto al contratado, debiendo ésta de dar aviso por lo menos por quince días naturales de anticipación a “El Usuario”.

DÉCIMA PRIMERA.- En todos los casos en que el propietario del predio transmita la posesión del mismo, sea cual fuere el título de la transmisión, deberá éste dar autorización escrita para hacer cambio en el nombre de “El Usuario”, siendo el propietario del predio responsable solidario de los saldos insolutos generados así como de los que se sigan generando, además de lo que dispone el art. 79 de la Ley de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento del Estado de Aguascalientes.

DÉCIMA SEGUNDA.- “El Usuario” se obliga a solicitar “La Prestadora” la realización de toda clase de trabajos que signifiquen reparaciones o modificaciones a las instalaciones de los servicios contratados, y no hará ni permitirá que terceras personas lo realicen, salvo autorización expresa o por escrito de “La Prestadora”, responsabilizándose de los daños y costos que se originen en caso de contravenir esta disposición. Cuando como consecuencia de una instalación se provoque la ruptura de las banquetas o pavimento, las reposiciones correspondientes correrán por cuenta de “El Usuario”.

DÉCIMO TERCERA.- Los costos de modificaciones solicitadas por “El Usuario” que se hagan a las instalaciones de los servicios contratados, ya sea de toma o descarga domiciliaria, serán cargados a la cuenta de “El Usuario”.

DÉCIMO CUARTA.- “El Usuario” se compromete a no colocar ninguna bomba directamente a las tuberías conductoras de agua en caso de hacerlo se hará acreedor a las sanciones respectivas, y en ningún caso el propietario o poseedor del predio podrá operar por sí mismo el cambio del sistema, instalación, supresión o conexión de los servicios.

DÉCIMO QUINTA.- “El Usuario” no podrá permitir ni conceder derivaciones del servicio que reciba, a otros edificios, predios, giros o establecimientos, debiendo en todo caso solicitarlo a “La Prestadora” para que ésta emita o no la autorización en forma discrecional. En caso de que se contravenga esta disposición “El Usuario” será responsable de los gastos de normalización del servicio, haciéndose acreedor a las sanciones respectivas.

DÉCIMO SEXTA.- “El Usuario” no se reserva derecho ni acción alguna en contra de “La Prestadora” por interrupción en el suministro del servicio por casos fortuito o fuerza mayor, entendiéndose como tales en forma enunciativa más no limitativa, terremotos, inundaciones, huracanes, tormentas, tornados, deslaves y otros fenómenos inevitables de la naturaleza, guerras, insurrecciones, huelgas, revueltas, actos o hechos ilícitos de los usuarios o de terceros, incendios, agotamiento de los acuíferos en los términos señalados en el título de Concesión, así como acontecimientos exteriores, anormales y de carácter técnico fuera del dominio de la voluntad de “La Prestadora”.

DÉCIMA SÉPTIMA.- En el caso de cualquier controversia derivada del presente contrato, las partes se sujetan a la jurisdicción de los tribunales de la ciudad de Aguascalientes, renunciando a cualquier otro fuero que por razón de sus domicilios actuales o futuros o por cualquier otra causa, pudiera corresponderle.

ENTERADAS LAS PARTES DEL CONTENIDO Y FUERZA LEGAL DEL PRESENTE CONTRATO LO FIRMAN EN LA CIUDAD DE AGUASCALIENTES, AGS., EL DÍA _____ DEL MES DE _____ DE _____.

“LA PRESTADORA”

“EL USUARIO”

FUENTES DE CONSULTA

Bibliográfica

1. ACOSTA Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 7ª ed., México, Porrúa, 2004, t. II
2. ALVARADO Esquivel, Miguel de Jesús (coord.), *Manual de Derecho Tributario*, México, Porrúa, 2005.
3. ARRIJOJA VIZCAINO, Adolfo, *Derecho Fiscal*, México, Themis, 2000.
4. BRITÁN, Daniel, *México: Inversiones en el sector agua potable, alcantarillado y saneamiento*, CEPAL, Serie Reformas Económicas, núm. 21, Stgo., 1999.
5. BURGOA Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 12ª ed., 1999.
6. ----, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1961.
7. CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2004.
8. ----, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª ed., México, Porrúa, 2006.
9. CARDERO García, María Elena, *El sistema capitalista contemporáneo*, México, UNAM, 1986.
10. CASTREJÓN García, Gabino, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Cárdenas Editores, México, 2002, T. II.
11. CORAIL, Jean-Louis, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.
12. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Teoría General de los Cometidos del Poder Público (Perspectiva mexicana de una doctrina de validez universal)", *Revista de Administración Pública*, Núm. 111. Septiembre-diciembre 1986, Versión castellana, actualizada y anotada, de las conferencias dictadas, en misión de la Universidad Nacional Autónoma de México, en febrero de 1981, en las Universidades francesas de París I (Panteón-Sorbona), de Estrasburgo III, de Grenoble y de Tolosa III, y en marzo de 1985, en la Universidad de Sao Paulo (Brasil).
13. CRUZ Covarrubios, *Federalismo Fiscal Mexicano*, Porrúa, México, 2004, pp. 305.
14. DE LA CUEVA, Arturo, *Derecho Fiscal*, 3ª ed., México, Porrúa, 2007.
15. DE LA GARZA, Sergio F., *Derecho Financiero Mexicano*, 19ª ed., México, Porrúa, 2003.
16. ----, *Derecho Financiero*, 19ª ed., México, Porrúa, 2001.
17. DELGADILLO Y LUCERO, *Compendio de Derecho Administrativo*, 3ª ed. Actualizada, México, Porrúa, 1998.
18. ----, *Compendio de Derecho Administrativo*, 2ª ed., México, Porrúa, 2001.
19. DENTON Thalía, *El agua en México, Análisis de su régimen jurídico*, UNAM, 2006, Colección Posgrado, p. 51,
20. Cámara de Diputados-LV Legislatura, Porrúa-IIJ UNAM, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*. 4ª ed., México, Cámara de Diputados-LV Legislatura, Porrúa-IIJ UNAM, 2004.
21. DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, T. III.
22. ESCUIN Catalina, *Presente y Futuro del derecho de aguas en España*, España, Tirant, 2007, p.55.
23. FAYA Viesca, Jacinto, *Finanzas Públicas*, 6ª ed., México, Porrúa, 2003.
24. FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995.
25. ----, *Servicios públicos municipales*, México, IIJ-UNAM, 2005.

26. FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, y SANTIAGO Sánchez, Javier (coords.), *Régimen jurídico del agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, 2007.
27. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 8ª ed., 2006, Colección estructuras y procesos.
28. ----, *Derechos y Garantías*, Trotta, Madrid, 2004.
29. FLORES Zabala, Ernesto, *Elementos de las Finanzas Públicas Mexicanas*, Porrúa, México, 1991.
30. FONROUGE Giuliani, *Derecho Financiero*, Argentina, De Palma, 1970,
31. ----, *Derecho Financiero*, De Palma, 6ª ed., 1997, p. 651, Tomo I.
32. FRAGA Gabino, *Derecho Administrativo*, 46ª ed., México, Porrúa, 2007.
33. GARCÍA López, *Quien contamina paga*, Porrúa, México, 2001.
34. GIULIANI Fonrouge, Carlos M., *Derecho Financiero*, 8ª ed, Buenos Aires, Depalma, V.2.
35. GÓNGORA Pimentel, Genaro David, Voto concurrente, en *Inconstitucionalidad del impuesto sustitutivo del crédito al salario*, SCJN, 2006, Serie: Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
36. GRIZZIOTTI, Benvenuto, *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*. Traducción de Enrique Mata, 2ª ed., Madrid, Rus, 1958.
37. GUTIERREZ Rivas, Rodrigo, *El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas*, Revista Cuestiones Constitucionales, Núm. 18, enero-junio 2008, Sección de artículos doctrinales.
38. HAUROIU, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., París, Librairie Larose et Tenin, 1919.
39. HERRERA Molina, Pedro M., *Capacidad económica y sistema fiscal, análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
40. Instituto de Estudios Fiscales, *Tasas y Precios Públicos en el Ordenamiento Jurídico Español*, Madrid, Marcial Pons.
41. LANGE Oskar, *Economía política*, México, FCE, 1969.
42. LANZ Cárdenas, José Trinidad, *Régimen jurídico de la aguas interiores en México, en Modernización del derecho mexicano: reformas constitucionales y legales 1992*, México, IIJ UNAM, 1993.
43. Luigi Ferrajoli et. al., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006.
44. MADRAZO, Jorge, en Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, op. cit., nota 22, T. VIII.
45. MARGAIN Manautou, *Introducción al estudio del derecho tributario*, UASLP, México, 1956.
46. MARTÍNEZ Morales, Rafael, *Derecho Administrativo, Primero y Segundo Cursos*, 3ª ed., México, Textos Jurídicos Universitarios.
47. MARTÍNEZ Omaña, María Concepción, *La gestión privada de un servicio público. El caso del agua en el Distrito Federal, 1988-1995*, Instituto Mora-Plaza y Valdés, México, 2000.
48. MARTÍNEZ, Rosalío, *Crisis del agua potable en el DF*, martes 17 de marzo de 2009, El sol de México.
49. MÉNDEZ Morales, José Silvestre, *El neoliberalismo en México: ¿éxito o fracaso?*, México, Revista Contaduría y Administración, No. 191, octubre-diciembre 1998.
50. MONDRAGÓN Alcaraz, Eduardo, y MATAMOROS Amiela, Eric Iván, *Consideraciones en torno al servicio público y derechos humanos*, en CIENFUEGOS Salgado, David, y RODRIGUEZ Lozano, Luis Gerardo, (Coords.) *Actualidad de los servicios públicos en México*, México, IIJ-UNAM, 2009.
51. QUERALT Martín, Juan, et al., *Derecho Tributario*, Thomson, 12ª ed., 2007.

52. QUERALT Martín, Juan, *Reflexiones en torno a la adecuación de las tasas a la Constitución*, Palau 14, num. 4, 1988.
53. QUINTANA Roldán, Carlos, *La autonomía municipal y el nuevo federalismo*, en *El Municipio en México*, México, Archivo General de la Nación, Secretaría de Gobernación, 1996.
54. RODRÍGUEZ Lozano, Luis Gerardo, Tesis de grado denominada el *Servicio Público de Radio y Televisión*, UNAM, 2007.
55. ROEMER, Andrés, *Derecho y economía*, Miguel Ángel Porrúa, 2004, México.
56. SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, Madrid, Universidad Complutense, 1979.
57. SÁNCHEZ Gil, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007.
58. SÁNCHEZ Gómez, Narciso, *Derecho Fiscal Mexicano*, Porrúa, México, 4ª ed., 2004.
59. SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y de control social*, México, UNAM, 2005.
60. SCHTEINGART Martha y D'ANDREA Luciano, (coords.) *Servicios Urbanos, Gestión Local y Medio Ambiente*, México, COLMEX, CERFE, 2001.
61. SEMO Enrique, *Historia Mexicana y Lucha de Clases*, México, ERA, 6ª ed., 1988.
62. SERRA Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo, Segundo Curso*, 22ª ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 2003.
63. SERRA Rojas, Andrés, *Derecho económico*, 9ª ed., México, Porrúa, 2007.
64. SIMON Acosta, E. *Tasas municipales, Fiscalidad Municipal sobre la Propiedad Urbana*, Valladolid, Lex Nova, 1982.
65. SIMON Acosta, E., *Las tasas de las Entidades Locales (El Hecho Imponible)*, Valladolid, Lex Nova.
66. TELLO Moreno, Luisa, *El acceso al agua potable, ¿un derecho humano?*, Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos CNDH, Número 2, Sección de Artículos, 2006.
67. TORTAJADA Cecilia y BISWAS Asit K., (coord..) *Precio del agua y participación pública-privada en el sector hidráulico*, Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua, A.C., México, Porrúa, 2004. VALENCIA Carmona, Salvador (coord.), *El municipio en México y en el mundo*, México, UNAM, 2005.
68. VALLS Hernández Sergio, y MATUTE González Carlos, *Nuevo Derecho Administrativo*, México, Porrúa.
69. VILLEGAS, Héctor, B., *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
70. WITKER Velásquez, Jorge, *Introducción al derecho económico*, Mc Graw Hill, México, séptima ed., 2008.

Legislación nacional

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012.
3. Código Fiscal de la Federación
4. Ley de Nacionalidad
5. Ley Federal de Derechos
6. Ley General de Bienes Nacionales.
7. Ley de Aguas Nacionales
8. Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
9. Constitución Política del Estado de Aguascalientes.

10. Ley de Aguas para el Estado de Aguascalientes.
11. Ley Municipal para el Estado de Aguascalientes.
12. Ley Orgánica del Estado de Aguascalientes.
13. Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.
14. Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.
15. Ley de Aguas del Distrito Federal.
16. Código Financiero del Distrito Federal.
17. Ley de Agua del Estado de México.
18. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.
19. Código Financiero del Estado de México y Municipios.
20. Normas Oficiales.
21. IUS

Normatividad de la Comunidad Europea

1. Declaración de los derechos humanos, aprobada mediante resolución 217 A (iii), de la Asamblea General, 10 de diciembre de 1948.
2. Observación general N° 6 (1995)
3. Observación General número 15
4. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea
5. Directiva Marco sobre política de Aguas (DMA)
6. Comisión Europea, Libros Verdes y Blancos.

Legislación alemana

1. Constitución Federal Alemana.
2. Ley alemana del régimen hidrológico (WHG),
3. Ordenanza de agua potable (TrinkwV),
4. Ordenanza de aguas subterráneas
5. Ordenanza de aguas residuales (AbwVO),
6. Ley de tributos por aguas residuales (AbwAG),
7. Ley de compatibilidad ambiental de detergentes y productos de limpieza
8. (WRMG)
9. La Ordenanza de abonos.

Legislación española

1. Constitución Española
2. Legislación en materia de aguas.
3. Ley de Aguas (29/1985, de 2 de agosto)
4. Texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA)
5. Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo
6. Ley Básica de Régimen Local (LBRL)
7. Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)
8. Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL)
9. Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.
10. Ley 17/1984 de 20 de febrero de 1984 de la Comunidad de Madrid.

11. Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid emitido mediante la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de Febrero
12. Ley general presupuestaria número 11/1977, de 4 de enero.
13. Ley 2/2002 de 19 de junio de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid.
14. Ley 9/2001 de 17 de julio del suelo
15. Ley 17/1984 de 20 de febrero de 1984
16. Ley General de Servicios Sanitarios D.F.L. MOP N°382/88.
17. Código de Aguas
18. Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, y modificado por Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de febrero.
19. Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de diciembre.
20. Código de Buenas Prácticas Ambientales en la Contratación local aprobado por el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 8 de julio de 2005.

Legislación Chilena

1. Constitución Política de la República de Chile
2. Código de Aguas
3. Ley de Fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado, DFL núm. 70 al 30 de diciembre de 1988
4. Ley General de Servicios Sanitarios. DFL núm. 382 del 21 de junio de 1989
5. Ley de Subsidio de Pago de Consumo de Agua Potable y Servicio de Alcantarillado de Aguas residuales
6. Ley núm. 18.778 del 2 de febrero de 1989.
7. Leyes que Autorizan al Estado para Desarrollar Actividades Empresariales en Materia de Agua Potable y Alcantarillado, y disponen la Constitución de Sociedades Anónimas para tal efecto.
8. Ley núm. 18.777 del 8 de febrero de 1989, y Ley núm. 18.885, del 12 de enero de 1990.
9. Ley General de Servicios Sanitarios, DFL núm. 382 del 21 de junio de 1989

Diccionarios y enciclopedias

1. Diccionario Enciclopédico Larousse, Colombia, Larousse, 13ª ed., 2007.
2. Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, IIJ, Argentina, UNAM - Rubinzal - Culzoni, Tomos I, II, III, VII, VIII, y IX.
3. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 19ª ed., Madrid, 1970, T. II.
4. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, 2001.

Documentos electrónicos

1. Canal de Isabel II, Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), Gobierno de Chile. 2º Informe , El agua, una responsabilidad compartida, Resumen ejecutivo, p.41, De: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001444/144409S.pdf>
2. Carta de Zaragoza de 14 de septiembre de 2008 De: http://www.expozaragoza2008.es/docs/repositorio/TribunaDeAgua/docs_pdf/cartaz_gz-es.pdf

3. Capítulo 1 “Contexto geográfico y socioeconómico” de las Estadísticas del Agua en México 2008. CONAGUA, 2008 (PDF), p. 11, encontrado el: 28 de febrero de 2009, en: <http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Noticias/Cap1%5B1%5D.pdf>
4. Comunicación de la Comisión Europea al Consejo al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, de 26 de julio de 2000, titulado Política de tarificación y uso sostenible de los recursos hídricos De: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&ty pe_doc=COMfinal&an_doc=2000&nu_doc=477
5. DE PETRIS, Andrea, La reforma del ordenamiento federal en Alemania, Ende gut, alles gut?, Becario de Investigación LUISS Guido Carli, Roma, De: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/02andreadepetris.htm#once>.
6. Deutsche Welle, Economía alemana, 23.06.2006, El agua fluye en manos privadas, encontrado el 15 de febrero de 2010 : <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,2065981,00.html>
7. DETTLAFF Martín, *La privatización parcial de la compañía de agua de Berlín y algunas lecciones para América Latina*. Fuente: http://www.imacmexico.org/file_download.php?location=S_U&filename=1080055881114._Martin_Dettlaff.pdf . Encontrado el: 2 de junio de 2008.
8. Estadísticas del Agua en México. SEMARNAT, Edición 2007, 2008 y 2010.
9. *El Manejo del Agua en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México: La Forma Difícil de Aprender*, Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua, A.C., 2002, p. 4, 5 y 6, encontrado el 25 de abril de 2009, De: http://www.agua.org.mx/images/stories/BibliotecaT/docs/gestion_del_agua/El_Manejo_del_Agua_en_la_Zona_Metropolitana.pdf
10. La actualidad de Alemania, encontrado el 15 de febrero de 2010, de: <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/umwelt-klima-energie/startseite-klima/das-blaue-gold-wasser-und-nachhaltigkeit.html> DOCUMENTO
11. LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA Y EL PROCESO DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA EN ESPAÑA, Subdirección General de Planificación y Uso Sostenible del Agua, Ministerio del Medio Ambiente, encontrado el 15 de febrero de 2010, de: http://hispagua.cedex.es/instituciones/distribucion/Directiva_Marco_agua.pdf documento
12. Laskowski, *Die Deutsche Wasserwirtschaft im Kontext von Privatisierung un Liberalisierung*, ZUR, 2003, pp. 1y 2. Fuente: http://www.zeitschrift-fuer-umweltrecht.de/zur/hefte/ZUR_03_01.pdf . Encontrado el 5 de mayo de 2008.
13. Ministerio Federal de Medio Ambiente, Protección de la Naturaleza y Seguridad Nuclear; Oficina Federal de Medio Ambiente, *El sector hidrológico en Alemania. Métodos y experiencias*. Berlín; BMUUBA; oct. 2001, p. 15. 150 p. Ilus, tab.
14. *Primer informe sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo*, publicación de la ONU-Agua, y producto del Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas (WWAP).
15. RIVERA, *Gabriela*, Los dueños del agua se disputan control en el DF. Desde hace 17 años cuatro firmas administran el agua potable que consumen habitantes en la capital; hoy vencen sus concesiones, *Periódico Excelsior*, 30 de septiembre de 2010, Encontrado el 01 de noviembre de 2010, De: <http://www.excelsior.com.mx>
16. ---- *Son filiales de firmas que administran agua en el mundo. Actualmente cada una de las empresas atiende a una cuarta parte del DF; en Aguascalientes, Saltillo y Cancún trabajan también con la IP*, Periódico Excelsior, 30 de septiembre de 2010, Encontrado el 01 de noviembre de 2010, De: <http://www.excelsior.com.mx>

17. SAAVEDRA Peláez, Fernando, El acceso a los servicios de agua potable en México: El caso de la Ciudad de Aguascalientes, trabajo basado en los resultados del proyecto "*Barreras y condiciones para la participación de la empresa y el capital privados en los servicios de agua y saneamiento en Latinoamérica y África* (PRINWASS), coordinado por el Dr. Esteban Castro (Universidad de Oxford). El estudio de la ciudad de Aguascalientes, México, fue realizado por un grupo de investigadores coordinado por la Dra. María Luisa Torregrosa, encontrado en: http://www.agua.org.mx/images/stories/BibliotecaG/docs/privatizacion_del_agua/servicio%20de%20agua%20potable_aguascalientes.pdf
18. Situación del Subsector Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento. CONAGUA, Edición 2008.
19. WERNER Krüger Hans, *Alemania: el continuo retroceso de los servicios públicos de agua*, p. 102, Fuente: *Por un modelo público de agua: triunfos, luchas y sueños*, El viejo topo, España, 2005, ISBN 84-96356-50-7 , págs. 97-106, Encontrado el 29 de mayo de 2008. De: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=9795>

Sitios electrónicos

1. <http://81.89.32.200/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
2. <https://www.diba.es/innovacio/fitxers/madrid.pdf>
3. <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/index.php?page=desarrollo-humano>
4. http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm
5. http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325ES.003301.html#C_2002325ES.003301_18_expl
6. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0060:ES:HTML>
7. http://europa.eu/documents/comm/index_es.htm
8. http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2000&nu_doc=477
9. http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_28.html
10. <http://www.bmu.de>
11. <http://www.bmwi.de>
12. <http://www.bmbf.de>
13. <http://www.bmggesundheits.de>
14. <http://www.bmz.de>
15. <http://www.cyii.es/cyii.es/web/home.html>
16. <http://www.siss.cl/>

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I: EL SERVICIO PÚBLICO Y EL DERECHO HUMANO AL AGUA.....	5
1. EL DERECHO AL AGUA	5
1.1 Delimitación de conceptos. Derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales	5
1.2 Derecho humano al agua en los instrumentos internacionales.....	5
2. EL DERECHO AL AGUA EN MÉXICO	10
2.1 El agua en la constitución	10
2.2 El derecho al agua en el Plan Nacional de Desarrollo.....	18
2.3 Marco legal y reglamentario en materia de agua.....	19
2.4 Derecho al agua en México desde la doctrina.....	20
2.5 Consideraciones en torno al derecho al agua en el marco jurídico mexicano.....	23
3. LA SITUACIÓN DEL AGUA EN MÉXICO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA ...	24
4. EL SERVICIO PÚBLICO	24
4.1 Teoría general de los cometidos del poder público	24
4.2 Origen del servicio público	27
4.3 Teorías del servicio público y evolución	28
4.4 Revisión del concepto	30
4.5 Crisis del servicio público.....	33
4.6 Caracteres indispensables del servicio público	35
4.7 Elementos del servicio público	36
4.8 Finalidad del servicio público	38
4.9 Servicios públicos propios e impropios.....	39
4.10 Clasificación de los servicios públicos.....	39
4.11 Gestión	40
5. EL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA POTABLE	42
5.1 Ubicación y clasificación del servicio público de suministro de agua.....	42
5.2 Características esenciales	43
6. EL SERVICIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA	43
7. GENERALIDADES DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA POTABLE EN MÉXICO	45
CAPITULO DOS: PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA EN EL DERECHO COMPARADO.....	49
2. UNIÓN EUROPEA.....	49
2.1 El servicio público en la Comunidad Europa.....	49
2.2. Marco normativo de la prestación del servicio público de suministro de agua en la Unión Europea.....	51
2.3. Marco fiscal de la prestación del servicio de suministro de agua en la Unión Europea	55
3. ALEMANIA.....	56
3.1 Marco constitucional y legal alemán de la prestación del servicio público de suministro de agua.....	56
3.1.1 Marco constitucional.....	56
3.1.2 Marco legal.....	57
3.2 Sistema de distribución de competencias	57

3.3 Prestación del servicio	58
3.4 Aspecto tarifario de la prestación del servicio de suministro de agua.....	60
3.5 Ciudad caso.....	60
4. ESPAÑA.....	62
4.1 Aspecto Jurídico y Político de la prestación del servicio público de suministro de agua.....	62
4.1.1 Marco constitucional y legal de la prestación del servicio de suministro de agua en España.....	62
4.1.2 Sistema de distribución de competencias.....	63
4.1.3. Prestación del servicio	65
4.2 Aspecto económico de la prestación del servicio de agua.....	66
4.3 Ciudad caso	67
5. CHILE.....	71
5.1 Aspecto Jurídico y Político de la prestación del servicio de suministro de agua.....	71
5.1.1 Marco constitucional y legal de la prestación del servicio de suministro de agua en Chile.....	71
5.1.2 Sistema de distribución de competencias.....	72
5.1.3 Prestación del servicio	72
5.2 Aspecto económico de la prestación del servicio de agua.....	75
5.3 Ciudades caso.....	76

CAPÍTULO TRES: ASPECTOS ECONÓMICO, JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA EN LA RELACIÓN ENTRE LA FEDERACIÓN, ENTIDADES FEDERATIVAS Y MUNICIPIOS . 80

3. EL SISTEMA ECONÓMICO EN LA PRESTACIÓN DEL SUMINISTRO SERVICIO PÚBLICO DEL AGUA.....	80
3.1 Sistema económico mundial	80
3.2 Sistema económico de México.....	84
3.3 Intervención del Estado en la economía.....	88
3.4 Influencia del sistema económico nacional en las políticas públicas, en materia de agua.....	88
3.5 Planeación del desarrollo nacional en materia de agua	89
3.6 El sistema económico de corte neoliberal en la prestación del servicio público del agua en México y sus implicaciones en la nueva realidad económica	92
4. LA RELACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA	93
4.1 Distribución constitucional de competencias	93
4.2 Distribución de competencias para el aprovechamiento y utilidad de los recursos naturales.....	96
4.3 Sistema de competencias y concurrencias en materia de agua.....	96
4.4 El papel de los Estados, Distrito Federal y Municipios en la gestión de la prestación del servicio público de suministro de agua. Sus atribuciones.....	98
5. CONCESION Y ASIGNACIÓN DE LAS AGUAS NACIONALES	104
5.1 La Concesión.....	104
5.2 La Asignación	108
5.3 La Concesión y Asignación de las aguas nacionales para la prestación del servicio público de suministro de agua.....	108
6. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA EN MEXICO. CIUDADES CASO.....	110
6.1 Aguascalientes.....	110

6.1.1 Marco jurídico.....	110
6.1.2 Prestación del servicio público de suministro de agua potable	113
6.2 Zona Metropolitana de la Ciudad de México	116
6.2.1 Distrito Federal.....	117
6.2.2 Zona Conurbada	123
CAPÍTULO CUATRO: RÉGIMEN TARIFARIO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA	128
4. POTESTAD TRIBUTARIA NORMATIVA	128
5. INGRESOS DERIVADOS DEL SISTEMA NACIONAL DE COORDINACIÓN FISCAL	131
6. ESTABLECIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS CONTRIBUCIONES	132
7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS.....	133
7.1 Principio de Proporcionalidad.....	133
7.2 Capacidad Contributiva	134
7.3 Principio de Equidad	135
7.4 Principio de Legalidad.....	139
7.5 Principio de Destino de las contribuciones	139
8. DERECHOS	140
8.1 Precisión del concepto	140
8.2 Naturaleza jurídica de los derechos	141
8.3 Clasificación de derechos	145
9. GENERALIDADES DEL FINANCIAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	146
9.1 El derecho en el servicio público y la política tarifaria.....	146
9.2 La tarifa.....	148
10. RÉGIMEN TARIFARIO DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA POTABLE	150
11. LAS TARIFAS DE AGUA POTABLE EN MÉXICO	152
12. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DEL REGIMEN TARIFARIO DEL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA EN MÉXICO, DESDE LA INFLUENCIA DEL SISTEMA ECONÓMICO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	158
CONCLUSIONES.....	159
ANEXO 1	163
ANEXO 2.....	165
FUENTES DE CONSULTA	168