Contaminación y tratamiento del agua: el papel de los concesionarios de servicios de saneamiento en el control de los vertidos a la red municipal

Jesús Conde Antequera
Universidad de Granada

1. Introducción
2. Ordenación y control de los vertidos indirectos a la red de saneamiento
3. La participación de las entidades concesionarias de los servicios municipales de saneamiento de aguas residuales en el control municipal de los vertidos indirectos
4. La necesidad de colaboración de las entidades concesionarias de servicios municipales de saneamiento en la actividad de control e inspección de los vertidos indirectos
5. Conclusiones: las posibilidades de participación o colaboración de los concesionarios en las actividades de control e inspección
6. Bibliografía

Resumen

La competencia administrativa de tratamiento de aguas residuales conlleva implícita la potestad de control de los vertidos indirectos a la red municipal de saneamiento. La modalidad de gestión de los servicios municipales de saneamiento más generalizada en la actualidad es la gestión indirecta, a través de concesionarios, principalmente privados. En la práctica, pues, es habitual que esas empresas concesionarias co-

laboren en las actuaciones de inspección necesarias para el ejercicio de dicho control, a efectos del otorgamiento de autorizaciones de vertido o de vigilancia del cumplimiento efectivo de la legalidad de los vertidos, e incluso que desarrollen efectivamente dichas actividades, lo cual plantea una problemática importante respecto a la validez de sus actuaciones que, a veces, implican el ejercicio de potestades administrativas. Con este trabajo pretendemos delimitar dicha problemática, y plantear las posibilidades de participación o colaboración de los concesionarios en las actividades municipales que concretan el control administrativo sobre los particulares usuarios de los servicios de tratamiento.

Palabras clave: *servicio de tratamiento de aguas; saneamiento; aguas residuales; vertidos indirectos; concesión administrativa; remunicipalización; potestades administrativas; inspección y control; autorizaciones de vertido; declaraciones responsables; actividad de comprobación; colaboración público-privada*.

Water pollution and its treatment: the role of concessionaries of water treatment services in the control of municipal waste

Abstract

The administrative competence over waste water treatment implies the power to control the indirect discharge in the municipal sewage network. Normally, this network is managed by private concessionaries. In practice, therefore, it is common that private companies collaborate in this control activity through the issue of waste authorizations or the effective control of the legality of waste, even they may develop directly these activities. This situation entails serious dangers regarding the validity of these actions because sometimes they imply administrative powers or prerogatives. First, this article pursues to determine the scope of the challenges in this field and, second, it explores the possibilities regarding the participation or collaboration of concessionaries in municipal activities which are the exercise of true administrative powers over the individuals/customers of the water treatment services.

Keywords: water treatment services; water treatment; waste water; indirect discharge; administrative concession; remunicipalization; administrative

powers or prerogatives; inspection and control; waste authorizations; administrative affidavit; administrative control; public-private collaboration.

1
Introducción

La incorporación de los particulares a la gestión pública tiene una de sus principales manifestaciones en el ámbito de la prestación de servicios públicos, especialmente a través de las fórmulas de gestión indirecta[1].

En el caso del servicio municipal de evacuación y tratamiento de aguas residuales (que denominaremos, en adelante, de saneamiento), en 2016 este se desarrolló a través de la gestión indirecta para más del 58 % de la población española, frente al 42 % que recibió el servicio en régimen de gestión directa. Principalmente, la fórmula empleada dentro de esta modalidad de gestión indirecta es la concesión administrativa a empresas privadas (43 %) o empresas mixtas[2] (15 %), y, según los estudios realizados por la

1. Según el artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pueden determinarse cuatro modalidades de gestión indirecta perfectamente diferenciadas: a) la concesión; b) la gestión interesada; c) el concierto, y d) la sociedad de economía mixta. Este Texto Refundido ha sido recientemente derogado por la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, que entrará en vigor el próximo día 9 de marzo de 2018, y que va a suponer la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el referido artículo 277, si bien se mantiene la posibilidad de la gestión indirecta de servicios públicos a través del contrato de concesión de servicios definido en el artículo 284 de dicha Ley.

2. La reforma de la Ley de contratos de 28-12-1999 resolvió la duda acerca de si la prestación de un servicio a través de una sociedad mixta podría considerarse como gestión directa y no requerir contrato de concesión. Queda claro hoy día que solo se excluye de la necesidad del contrato administrativo a las sociedades con capital 100 % público. De este modo, encontramos multitud de ejemplos de ciudades españolas importantes que han suscrito un contrato de concesión con empresas mixtas, como Alicante, Granada o Murcia. Sobre sus ventajas, *vid.* Molina Giménez, *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 320, donde expone lo positivo de esta gestión y justifica la importante rebaja de costes que supuso el cambio a esta forma de gestión en Murcia. También, respecto a las oportunidades de la concesión como modalidad de gestión de los servicios públicos, *vid.* Tornos Mas, "Los contratos de colaboración público privada en la gestión de los servicios públicos del agua", en Benito

Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamiento (AEAS), son los municipios de menor tamaño en cuanto a población (hasta 100 000 habitantes) los que mayoritariamente han elegido el modelo de concesión administrativa a empresas privadas[3]. Por lo tanto, aunque en general podemos observar un período de tendencia a la gestión directa de los servicios municipales de abastecimiento de agua potable (la mal llamada "remunicipalización" del servicio)[4], respecto al servicio de saneamiento la tendencia parece ser la contraria.

Al debate sobre las ventajas o desventajas de esta llamada "remunicipalización" hemos de añadir actualmente los planteamientos que hace la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL, en adelante), determinantes de una reducción de la discrecionalidad administrativa en la elección de la forma de prestación de los servicios públicos locales con base en los principios de

López (dir.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 58 a 61.

3. Datos todos ellos ofrecidos por AEAS en su página web y publicados en el XIV Estudio Nacional de Suministro de Agua Potable de Saneamiento en España, realizado por AEAS-AGA en 2016 y consultable en http://www.aeas.es/servlet/mgc?pg=ListSurveys&ret=next&surveyCategory=Past%20Encuestas&surveyId=23&areaCode=publicarea. Se trata de un estudio bastante significativo, ya que abarca el 100 % de los municipios de más de 100 000 habitantes y cerca del 80 % de municipios entre 20 000 y 100 000 habitantes. Además, según estos estudios realizados por AEAS, en los municipios de menos de 100 000 habitantes, es la empresa privada la que predomina, llegando a un 60 % de los casos en municipios de entre 20 000 y 10 000 habitantes.

4. Por remunicipalización de los servicios se entiende aquella actuación desarrollada por un organismo público tendente a recuperar la gestión directa de servicios públicos que hasta el momento venia gestionando de forma indirecta a través de entes privados o sociedades de carácter mixto. Así, la remunicipalización, también llamada reinternalización, no supone la creación de un nuevo servicio. Véase al respecto el artículo del profesor Tornos Mas publicado en el número 58-59 de la revista *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, febrero-marzo 2016. Asimismo, véase al respecto el informe *Llegó para quedarse: La remunicipalización del agua como tendencia global*, publicado por el *Transnacional Institute* (TNI), la Unidad de Investigación de la Internacional de Servicios Públicos (PSIRU) y el *Multinational Observatory*. Con este informe se quiere poner de relieve que la remunicipalización de los servicios es una tendencia en alza para la integridad del ciclo del agua, tanto para el suministro de las áreas urbanas como para el saneamiento y la depuración de vertidos. Puede obtenerse en https://www.tni.org/files/download/heretostay-es.pdf. Así, en el ámbito de la gestión de los servicios del agua, se observa una reducción del porcentaje de entidades que prestan indirectamente el servicio de abastecimiento de agua potable, que pasó de un 46 % en 2008 a un 32 % en 2016.

sostenibilidad financiera y de eficiencia, configurando dicha elección más bien como un supuesto de discrecionalidad técnica, al fundamentar la decisión acerca de la adopción de la forma de gestión de estos en presupuestos técnicos basados en el coste de los servicios y en criterios económicos y de eficiencia. La consecuencia, de este modo, es que, en el ámbito local, solo se podrán prestar los servicios municipales a través de fórmulas de gestión indirecta cuando se acredite que el coste de prestación sea inferior al que correspondería en caso de gestión directa, y viceversa. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL, en adelante), en su actual redacción dada por la referida Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

En cualquier caso, parece que esta tendencia a la gestión indirecta del servicio de saneamiento, contraria a las corrientes remunicipalizadoras, es debida, sobre todo, al eminente carácter técnico de muchas actuaciones de dicha gestión, entre las que se incluyen las relacionadas con la actividad de control de los vertidos de aguas residuales generadas en el ámbito urbano a la red municipal, con carácter previo a su vertido final al dominio público hidráulico. Y dicho carácter técnico es el que hace difíciles de abordar determinadas cuestiones relativas al desenvolvimiento efectivo de dichos servicios a través de los propios medios municipales, e impone la necesidad de colaboración privada especializada para su eficaz prestación; principalmente, desde la perspectiva de la disciplina de esos vertidos de aguas residuales a las redes municipales. Estas características condicionan así, incluso, los planteamientos de la LRSAL, al integrar también este aspecto técnico en el contenido del concepto de "eficiencia", junto al criterio económico.

Sobre este marco, nos planteamos pues la necesidad de valorar la naturaleza, legitimidad y límites de la participación de los concesionarios públicos en los aspectos disciplinarios relacionados con el servicio de saneamiento de aguas, especialmente en materia del ejercicio de las actividades de control de vertidos, con el objetivo de revisar la adecuación a derecho de la tendencia observada al apoderamiento de las empresas concesionarias, en la práctica, para el ejercicio de los actos de autoridad que supone la disciplina de los vertidos; especialmente en cuanto a las autorizaciones de vertidos a la red municipal de saneamiento y a las actuaciones de inspección sobre los vertidos, ya sean estos autorizados o ilícitos. Asimismo, desde otra perspectiva de dicha actividad de control, también hemos de analizar el posible papel de estas empresas concesionarias en el ejercicio de las actividades de control a posteriori de la presentación de comunicaciones o declaraciones responsables, en los supuestos en que así

se están admitiendo actualmente en determinadas ordenanzas municipales, con ocasión de la actual tendencia a la simplificación administrativa en el ámbito de dicha actividad de control; o el posible papel de estas entidades en aquellos ámbitos en los que pudiera tener cabida en nuestro ordenamiento esa actividad de control a posteriori, derivada de la sustitución de las autorizaciones de vertidos por comunicaciones o declaraciones responsables.

2
Ordenación y control de los vertidos indirectos a la red de saneamiento

El principio básico del que parte nuestro ordenamiento jurídico para la ordenación de los vertidos al dominio público hidráulico es su prohibición con carácter general, y así se dispone expresamente en el artículo 100.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA), y el 245.2 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH)[5], salvo la oportuna autorización previa de estos. De ello, deducimos una serie de consecuencias:

En primer lugar que, por lo tanto, no se reconoce *ab initio* un derecho de las personas a realizar vertidos al dominio público hidráulico, y, en consecuencia, la autorización previa de los mismos no se limitaría a declarar o reconocer tal derecho una vez constatado el cumplimiento de determinados requisitos para su ejercicio, como es el caso de la mayoría de las autorizaciones reguladas en nuestro ordenamiento jurídico[6], sino que, en este caso,

5. Dispone este precepto que "queda prohibido con carácter general el vertido directo o indirecto de aguas y productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización. Dicha autorización corresponde a la Administración hidráulica competente, salvo en los casos de vertidos efectuados en cualquier punto de la red de alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales o por entidades dependientes de las mismas, en los que la autorización corresponderá al órgano autonómico o local competente".

6. En este sentido, García-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1991, pág. 249, habla así de "autorización-concesional". Casado Casado, *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*, Comares, Granada, 2004, págs. 386 y ss., la considera un acto híbrido que, si bien no es una verdadera concesión, es algo más que una autorización.

la autorización da origen al derecho a realizar el vertido[7]. Se trata, por lo tanto, de autorizaciones constitutivas y operativas que corresponde otorgar a diferentes órganos en función de la naturaleza o forma del vertido[8]. Hemos de considerar, por lo tanto, que, en este ámbito, no es posible la sustitución de la autorización por las comunicaciones o declaraciones responsables como alternativas de control administrativo de la procedencia de los vertidos, puesto que es una norma con rango de ley la que ha previsto la autorización como forma de control de unos vertidos al dominio público que han de entenderse como excepcionales a ese principio general de prohibición de vertidos.

Será, por lo tanto, el órgano administrativo competente en cada caso quien deba valorar si procede o no excepcionar tal regla general de la prohibición de vertidos a través de la oportuna "autorización". Así, la autorización para efectuar vertidos directos es competencia de los organismos de cuenca ("Administración hidráulica competente", según dicción del apartado 2 del artículo 101 TRLA), mientras que, en el caso de los vertidos indirectos (los efectuados a la red de alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales o por entidades dependientes de las mismas), la autorización corresponde al órgano autonómico o local competente (artículos 101.2 TRLA y 245.2 RDPH)[9], si bien el Real Decreto 606/2003 exige un informe vinculante de los organismos de cuenca en el caso de que estos vertidos presenten una especial incidencia[10]. Asimismo, el Reglamento del Dominio Público Hidráulico prevé la existencia de "entidades colaboradoras" de los organismos de cuenca en las actividades de control, respecto de las que hemos de advertir que no se trata de empresas "concesionarias" de un servicio público, que ejercen las funciones de los

7. *Vid.* Embid Irujo, A., "La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua", en Embid Irujo (dir.), *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 80.

8. Sobre esta naturaleza operativa de la autorización véase, por ejemplo, la STS 13-4-2000 (Ar. 3857) o la STS 3-5-1994 (Ar. 4106). Según estas, el acto autorizatorio no se agota con su emisión, sino que el ente público cumple una función de vigilancia respecto a la actividad autorizada a lo largo del tiempo, lo que aproxima estas autorizaciones a la figura de la concesión.

9. Redacción por Real Decreto 606/2003, 23 mayo. Sobre las competencias locales en materia de aguas, véase González-Antón Álvarez, *El uso del agua por las Administraciones locales*, Cedecs, Barcelona, 2000, págs. 168 y ss.

10. Sin perjuicio de la reflexión crítica que se podría hacer sobre si el carácter vinculante del informe realmente supone un control competencial por parte de la Administración hidráulica estatal.

organismos de cuenca en virtud de un contrato administrativo, sino que son entidades normativamente previstas a las que se encarga esa misión de colaborar con los órganos a los que se atribuyen tales competencias autorizatorias[11].

Entre estas autorizaciones nos interesa ahora resaltar las que se otorgan a los ayuntamientos para los vertidos de las aguas residuales generadas en el ámbito municipal al dominio público hidráulico, directamente o desde los colectores municipales, que implican la obligación municipal de tratar y depurar las aguas vertidas en el ámbito urbano a la red de saneamiento interna municipal, antes de proceder a dicho vertido general a los cauces de ríos u otros bienes de dominio público receptores (artículo 101.5 TRLA)[12]. Estos vertidos entrarían, por lo tanto, en el concepto de vertidos indirectos a que se refiere el artículo 245.1 del RDPH. Posteriormente, y tras el tratamiento que dichos ayuntamientos han de dar a tales aguas residuales internas recolectadas, se producirá un segundo control previo de las mismas cuando son devueltas por los ayuntamientos al dominio público hidráulico (en tal caso, un vertido directo). Por lo tanto, una vez autorizados los ayuntamientos para realizar el vertido al dominio público hidráulico, estos son los legalmente competentes y responsables de gestionar los vertidos indirectos previos de los usuarios municipales a la red de saneamiento, que luego deberán tratar antes de producirse el vertido conjunto al dominio público hidráulico conforme a la autorización otorgada a tales ayuntamientos. Se produce así un doble control administrativo a través del instrumento autorizatorio, que, en nuestra opinión, podría ser desproporcionado. Quizá, como luego veremos, la autorización del vertido directo fuera suficiente para garantizar la finalidad de su regulación en el TRLA, pudiendo sustituirse la

11. Art. 255.1 RDPH: "Son entidades colaboradoras las que, en virtud del título correspondiente, están habilitadas para las labores de apoyo a la Administración hidráulica en materia de control y vigilancia de la calidad de las aguas. Constituirá la actividad fundamental de estas entidades la certificación de los datos a que se refiere el artículo 101.3 del texto refundido de la Ley de Aguas". El régimen jurídico de estas entidades colaboradoras con la Administración hidráulica en materia de control y vigilancia de la calidad de las aguas y gestión de los vertidos al dominio público hidráulico, se desarrolló mediante la Orden MAM/985/2006, de 23 de marzo, en cuyo artículo 3.2 se establecen las actividades que dichas entidades pueden desarrollar en el ámbito de la gestión del dominio público, exclusivamente de apoyo a la Administración hidráulica.

12. Hemos de resaltar que, por incumplimiento de estos deberes, la Comisión Europea ha abierto a España más de 800 causas, algunas de las cuales han llegado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

autorización municipal del vertido indirecto por otros instrumentos de control menos restrictivos.

Por lo que respecta a estos vertidos indirectos y a las competencias locales en materia de los mismos, hemos de referirnos a la consideración que hace la LBRL de los servicios de alcantarillado, evacuación y tratamiento de aguas residuales como servicios públicos locales de prestación obligatoria [artículo 26.1.a) y 26.2 b) de la LBRL]. Estos servicios y el tratamiento de las aguas residuales urbanas han sido objeto de regulación específica, a raíz de la Directiva 91/271/CEE sobre tratamiento de las aguas residuales urbanas, por el Real Decreto-ley 11/1995, de 28 diciembre, por el que se establecen las normas sobre tratamiento de aguas residuales urbanas.

Si retomamos los datos mencionados facilitados por AEAS, recordaremos que la forma de gestión del servicio municipal de tratamiento de aguas residuales que mayoritariamente se ha adoptado (especialmente en municipios de menos de 100 000 habitantes) era la gestión indirecta, con tendencia incluso a una generalización de esta forma de gestión, sin perjuicio de las últimas tendencias "remunicipalizadoras" comentadas respecto a la gestión del servicio de abastecimiento; y, dentro de las formas de gestión indirecta, la concesión administrativa a empresas privadas hemos dicho que es la fórmula más utilizada.

Entre las actividades inherentes a la prestación de este servicio, nos interesa ahora destacar, específicamente, las actividades de ordenación y control municipal de los vertidos a la red municipal de saneamiento, y las cuestiones derivadas de la gestión indirecta –a través de concesionarios– de tales actividades de control.

En atención a estas competencias mencionadas, y conforme se ha indicado anteriormente, si el vertido se produce en cauces de saneamiento a poblaciones, corresponde habitualmente a su ayuntamiento la autorización[13], y así se ha corroborado jurisprudencialmente[14], sin que en el TRLA ni en la legislación local, o en la normativa específica sobre tratamiento de aguas

13. En este sentido, anteriormente la Orden de 23 de diciembre de 1986 (actualmente derogada) dictó normas complementarias en relación con las autorizaciones de vertido de las aguas residuales.

14. Por ejemplo, en el Fundamento Jurídico 10 de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 1999 (ponente Requero Ibáñez) se reconocen las facultades de los municipios en relación con la autorización de vertidos a la red municipal de saneamiento.

residuales urbanas, encontremos previsión alguna que convierta en excepción a la figura de la autorización administrativa.

Por otro lado, es interesante destacar también, a efectos de lo que posteriormente se dirá, que las autorizaciones de vertidos al dominio público hidráulico se otorgan con un plazo de caducidad (su vigencia es de 5 años, según dispone el artículo 101.3 TRLA), lo que requerirá un nuevo procedimiento autorizatorio para su "renovación" una vez cumplido dicho plazo; es decir, se deberá tramitar un nuevo procedimiento administrativo de control y una nueva comprobación, por parte de la Administración competente, de las circunstancias concretas y del cumplimiento de la normativa de calidad de las aguas y objetivos ambientales exigibles en cada momento, a efectos de poder seguir realizando los vertidos anteriormente autorizados.

Finalmente, la atribución de la competencia sobre los vertidos conlleva también la asignación a dichas Administraciones de las potestades de control o disciplina y de programación. E inherente a esta potestad disciplinaria y de programación es la potestad sancionadora, por lo que la gestión del servicio ha de conllevar la realización de actividades de disciplina respecto a los usuarios del mismo. Así se corrobora, por ejemplo, por el Tribunal Supremo, que considera la atribución a los ayuntamientos de la potestad sancionadora sobre la base de las competencias en materia de salubridad pública, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales[15]. Y esta potestad les permite incorporar a los reglamentos correspondientes sobre la gestión de estos servicios la tipificación de infracciones en la materia, en las condiciones y con los límites que establece el artículo 139 de la LBRL[16].

De este modo, respecto al servicio municipal de tratamiento de las aguas residuales, las actividades disciplinarias ejercidas por los municipios (que necesariamente será tanto un control previo como continuado y también posterior a la realización de los vertidos) serán, principalmente:

15. *Vid.* STS 24-11-1987, ponente Mariano de Oro-Pulido y López (Ar. 9302), o STS 7-10-1992 (Ar. 7767), sobre las competencias en relación con los vertidos indirectos, que reconocen a los municipios facultades de policía administrativa, como potestad sancionadora, sobre la base de sus competencias sobre salubridad pública, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Véase al respecto Casado Casado, *Los vertidos en aguas continentales*, Comares, Granada, 2004, pág. 195.

16. Según este precepto, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local, las entidades locales pueden tipificar infracciones y sanciones en determinadas materias mediante ordenanzas, siempre y cuando no exista normativa sectorial al respecto y sea necesario para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos.

1. El control previo a la realización de vertidos mediante el otorgamiento de la autorización de vertidos en los supuestos de su competencia, así como la renovación de las autorizaciones una vez transcurrido el plazo de caducidad de las mismas, tras un nuevo procedimiento autorizatorio. Si, desde esta perspectiva, existieran ámbitos en el orden municipal del control en los que se estableciera la procedencia de comunicaciones o declaraciones responsables, como forma de conocimiento por parte de la Administración de actuaciones privadas con incidencia sobre el dominio público hidráulico, tal control administrativo habría de producirse, pues, a posteriori a la presentación por los interesados de esas comunicaciones o declaraciones responsables. Pero, como decimos, actualmente no cabría, *ex lege*, este sistema de control a posteriori de los vertidos en detrimento de la licencia.
2. El ejercicio de las potestades administrativas de inspección del uso del dominio público y de las actividades potencialmente contaminantes, tanto autorizadas como ilícitas, incluida, como actividad necesaria, la correspondiente toma de muestras de las aguas receptoras de los vertidos y de los propios vertidos contaminantes en los focos de emisión.
3. La sanción, tras la tramitación de los correspondientes expedientes sancionadores, de las conductas infractoras de la normativa de protección.

3
La participación de las entidades concesionarias de los servicios municipales de saneamiento de aguas residuales en el control municipal de los vertidos indirectos

Como hemos adelantado en parte, la disciplina en el ámbito competencial de la evacuación y el tratamiento de las aguas residuales municipales incluye, entre otras actuaciones, la autorización –y su renovación– de los vertidos indirectos (es decir, de los vertidos de aguas residuales urbanas a las redes municipales de saneamiento, que, previamente a su vertido final directo al dominio público hidráulico, habrán de ser objeto de un tratamiento previo en colectores y depuradoras), así como el control y seguimiento de los vertidos realizados a dicha red de saneamiento a través de las inspecciones y tomas de muestras necesarias, que pueden dar lugar a la tramitación de expedientes sancionadores en los supuestos de detección de infracciones administrativas.

También podríamos incluir en esta actividad el establecimiento de medidas o programas de reducción de la presencia de sustancias peligrosas en dicha red, como, por ejemplo, la configuración de las correspondientes tasas de vertido, en buena parte de cuantías basadas en las referidas inspecciones y tomas de muestras.

En consecuencia, en los casos en los que dichas entidades locales prestan estos servicios de forma indirecta, a través de concesión administrativa a entidades privadas, es habitual que se planteen diversas cuestiones relativas al ejercicio de estas potestades públicas de carácter disciplinario cuando, en la práctica, en las mismas participa el personal de estas entidades concesionarias de un modo u otro. La cuestión que se plantea consecuentemente es si, en los supuestos de gestión indirecta de este servicio a través de concesión administrativa, asumen también los concesionarios el ejercicio de estas actividades de control de los vertidos a la red municipal y las potestades de inspección y sanción inherentes, como un aspecto más de la gestión del servicio que se les ha concedido. Es decir, ¿podrían los concesionarios tramitar las autorizaciones de vertido y sus renovaciones? ¿Pueden ejercer actos de autoridad y potestades administrativas de inspección o sanción? ¿Qué efectos jurídicos puede tener la actuación inspectora realizada por personal laboral de los concesionarios?

Las deficiencias técnicas de las Administraciones locales se emplean como clara justificación de una respuesta afirmativa al ejercicio de estas actividades por parte de los concesionarios, si bien esta es una práctica no exenta de problemática y de complejidad jurídica cuando, como ocurre mayoritariamente en nuestro país, tales concesionarios son entidades privadas o mixtas. Los propios responsables municipales no ocultan la confusión que les genera actualmente esta situación.

Así, por ejemplo, se plantean dudas acerca del valor jurídico y la eficacia de los documentos redactados por el personal de la entidad concesionaria en los que se recogen o describen hechos constatados por estos que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa y que no pueden ser legítimamente calificados como “actas de inspección” a efectos sancionadores. O de la articulación de la colaboración de los concesionarios con el personal de la Administración municipal que sí tenga atribuida la condición de autoridad a tales efectos, pero que carezca de los medios y conocimientos técnicos para evaluar o determinar la calificación de las actuaciones con incidencia sobre la red de alcantarillado o saneamiento.

Al respecto, hemos realizado un estudio de la situación actual, siquiera simbólico, con el fin de detectar y delimitar la problemática real que deriva de este planteamiento, específicamente respecto a la participación de los

concesionarios en el ejercicio de la actividad autorizatoria y sancionadora. Dejamos sin tratar, por lo tanto, las repercusiones tributarias de dicha actividad, a pesar de que la cantidad y la carga contaminante del vertido, reflejadas en los documentos redactados por el personal de las entidades concesionarias, son parámetros configuradores de las tasas municipales de tratamiento o depuración de aguas residuales.

En primer lugar, por lo que se refiere al control de la actividad de vertido, como decíamos anteriormente, no procedería la sustitución, en virtud de una ordenanza local, de la autorización de vertido por una declaración responsable o comunicación, y, por lo tanto, del control administrativo a priori de la legalidad del vertido que supone la autorización por el control posterior a tal declaración o comunicación, dada la previsión legal actual (artículo 100.1 del TRLA). No obstante, podemos observar determinados casos en los que se ha sustituido la autorización de vertido por una declaración responsable a través de dichas ordenanzas o reglamentos, como es el caso, por ejemplo, del artículo 32 del *Reglament metropolità d'abocament d'aigües residuals de Barcelona*[17], así como otros casos de algunas ordenanzas municipales que han dado entrada en este ámbito a las declaraciones responsables, en coexistencia con el régimen autorizatorio, para cuestiones relacionadas con la autorización principal. Por ejemplo:

- Para sectores determinados, con carácter excepcional. Así, por ejemplo, se establece en el artículo 9.7 de la Ordenanza Municipal Reguladora de los Vertidos a la Red de Alcantarillado del Ayuntamiento de Granada, que solo exige acuerdo de la Junta de Gobierno Local para sustituir la autorización de vertido, para uno o varios sectores de actividad, por el régimen de declaración responsable, cuyo incumplimiento, según establece dicho precepto, "implicará la aplicación del régimen de responsabilidad establecido para las autorizaciones de vertido".
- Como instrumento para instar la revisión o renovación de la autorización cuando no haya habido cambio de circunstancias res-

17. Según dicho artículo 32, *"Les activitats (usuaris no domèstics) contemplades a l'article 28.2 i que aboquin a la xarxa de clavegueram exclusivament aigües residuals sanitàries han de presentar una declaració responsable"* (apartado 1). Asimismo, según el apartado 2 de dicho artículo, *"El titular, en la declaració, manifestarà que les seves aigües residuals abocades estan constituïdes únicament per aigües residuals procedents dels serveis sanitaris de l'empresa i de les neteges habituals de les instal·lacions, sense incloure en cap moment les neteges de procés, les aigües de refrigeració ni de cap altre ús de caràcter industrial ni les substàncies prohibides a l'annex 1"*.

pecto a las existentes en el momento en que se concedió inicialmente la autorización, quedando sustituida de este modo la tramitación de un nuevo procedimiento administrativo autorizatorio, para la renovación de la autorización, por el simple control administrativo a posteriori de la presentación de la declaración responsable con la que se justifica la renovación. Este modelo, que en esencia no es más que una solicitud de renovación de la autorización caducada, lo utiliza, por ejemplo, EMASA en la ciudad de Málaga[18].

- Como herramienta para la aportación de documentación adicional a la solicitud de autorización. Es el caso, por ejemplo, de la Ordenanza Municipal Reguladora de los Vertidos a la Red de Alcantarillado del Ayuntamiento de Granada, en la que se pide que la solicitud de autorización de vertido incluya "una declaración responsable firmada en todas las hojas por el titular o representante de la persona física o jurídica que solicita el vertido, por medio de la que declara el cumplimiento de esta Ordenanza; especialmente en cuanto a que no se vierte ninguna sustancia de las catalogadas como prohibidas ni se sobrepasan las concentraciones máximas permitidas para las sustancias que se especifican en el Anexo 2". En este caso, parece haberse confundido el instrumento de la declaración responsable con una de las tradicionales declaraciones juradas.

Observamos, por lo tanto, con estos ejemplos, los diferentes niveles de incorporación de la "declaración responsable" al elenco de instrumentos de control de los vertidos indirectos municipales que queremos destacar, con consecuencias, entendemos, diversas. Así, encontramos casos en los que la declaración responsable sustituye literalmente a la autorización, aunque sea para determinadas actividades, de forma expresamente regulada con carácter general (caso del Reglamento barcelonés) o específicamente aprobada *ad hoc* (caso de la Ordenanza granadina), de cuya validez dudamos conforme al TRLA actual, y supuestos en los que se produce una confusión sobre la naturaleza de la declaración responsable y esta se utiliza a modo de instancia o de declaración jurada (caso de Málaga, por ejemplo, en el que se utiliza este sistema solo una vez que hay una autorización previa y se pretende únicamente mantener la operatividad inicialmente autorizada sin

18. Véase el modelo de declaración responsable publicado al efecto en https://www.emasa.es/wp-content/uploads/2013/02/DECLARACIÓN-RESPONSABLE.docx.

cambio de circunstancias). El resto de supuestos planteados no merece mayor interés que como mera anécdota.

Pero lo interesante de la existencia de un ámbito de control a través de la declaración responsable sería la consecuencia para la legalidad de la actuación ejercida por los concesionarios. Mientras que una autorización administrativa únicamente puede concederla la Administración competente, conforme a lo anteriormente indicado, sí habría mayor cabida para la participación de las concesionarias en la realización de las tareas de comprobación posteriores a la presentación de una declaración responsable o una comunicación, si entendemos que dicha actividad de comprobación es una actividad diferente a la de inspección y no comporta el ejercicio de autoridad.

Procedería ahora, entonces, delimitar claramente la naturaleza de tal actividad de comprobación, posterior a la presentación de una comunicación previa o declaración responsable, para determinar si se trata de un acto de autoridad administrativa o más bien de una simple actuación administrativa de tramitación. Esta cuestión no es ahora objeto principal de este trabajo y, por ello, no la abordamos en detalle, pero entendemos que es esencial para las opciones de participación de las entidades concesionarias en la actividad de control correspondiente. En nuestra opinión, el ejercicio de la actividad de inspección, tendente a controlar la infracción administrativa o el mantenimiento de las condiciones impuestas por la autorización, no permitiría una actuación de control o inspección por parte de los concesionarios con consecuencias sancionadoras, pero sí que permitiría a estos una actuación de comprobación o de verificación de lo comunicado o declarado responsablemente, que más que una actividad inspectora podría considerarse una actividad administrativa de simple comprobación o verificación.

En nuestra opinión, aunque, dada la previsión legal, no sería sustituible la autorización de vertido por una declaración responsable, una modificación del TRLA podría dar cabida a esta modalidad de control a posteriori, en casos en los que no exista una razón imperiosa de interés general que imponga el mantenimiento de la autorización. Y dichos casos, en el ámbito del control de los vertidos indirectos a la red municipal, y conforme al principio de proporcionalidad, entendemos que podrían ser los siguientes:

1. Los vertidos de escasa capacidad contaminante, o de carácter inocuo en relación con la actividad productora, que se producen en el ámbito municipal interno a la red de saneamiento, y que posteriormente serán objeto de recepción en colectores o depuradoras municipales con carácter previo a su vertido final al dominio público hidráulico (vertidos indirectos). Tengamos en cuenta asimismo que

ya ha quedado sujeto a autorización y a un deber de tratamiento, otorgado a los ayuntamientos, el vertido general que posteriormente realizan estos al dominio público hidráulico. En tales casos, podría encontrarse cobertura suficiente con una declaración responsable sin perjuicio del control administrativo posterior esos vertidos indirectos previos.

2. Los supuestos de renovación de las autorizaciones por caducidad, cuando no haya habido cambio de circunstancias.

No obstante, como decíamos, actualmente la previsión del artículo 100 del TRLA compromete la legalidad de ordenanzas o reglamentos que se aventuran a introducir estas declaraciones responsables en sustitución de la autorización, aunque sea de forma excepcional, y dar cabida a estos dos supuestos supondría la revisión del TRLA en este sentido.

Pero quizá la situación más controvertida con que nos encontramos actualmente en este ámbito, desde el punto de vista jurídico, sea la que con más habitualidad se lleva a la práctica. Es el caso del ejercicio de las potestades disciplinarias de inspección y sanción por parte de entidades concesionarias del servicio de saneamiento; o, más específicamente, el desarrollo de actuaciones inspectoras y de toma de muestras por parte de personal laboral contratado por las empresas concesionarias para la detección, y posterior sanción, de las infracciones administrativas en materia de vertidos a la red municipal de saneamiento.

El artículo 116.3 del TRLA considera infracciones administrativas, entre otras, la realización, sin autorización, de vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor (apartado f), o la inexactitud, falsedad u omisión en los datos manifestados (apartado j). Y las ordenanzas municipales suelen tipificar también como infracciones, con base en este precepto del TRLA y conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de Bases del Régimen Local, en el estricto ámbito del interés municipal, el vertido no autorizado o no declarado a la red municipal, la causación de daños a infraestructuras para la prestación de los servicios del agua, la manipulación no autorizada de dichos bienes e infraestructuras, o los usos no autorizados de agua, como la captación o vertido o la alteración de condiciones de la autorización, el uso incorrecto o negligente, la negativa a facilitar datos sobre usos del agua o el suministro de datos falsos, entre otras conductas.

Para la detección de estas infracciones los medios y los conocimientos técnicos con los que cuentan las entidades locales de menor población (y también algunos grandes ayuntamientos) son escasos y, habitualmente, no especializados o capacitados frente al carácter eminentemente técnico

de estas actuaciones, que requieren de una especialización del personal que las lleva a cabo. Y, en los casos en los que se prestan los servicios municipales del agua a través de empresas concesionarias, se produce además, en la práctica, a veces, una errónea "delegación", consistente en dejar en manos de la empresa cualquier actuación relacionada con la materia concedida, por lo que, más bien, se trataría de una "dejación", incluyéndose en tal dejación, a veces, las labores de investigación e inspección. Pero realmente ¿pueden los concesionarios ejercer actos de autoridad y potestades administrativas de inspección o sanción porque así lo hayan dispuesto las ordenanzas o reglamentos municipales reguladores de estos servicios?

Si recordamos la teoría de las potestades administrativas[19] y damos por supuesto, dada su obviedad, que la potestad de inspección es una de ellas, podríamos considerar que esta potestad de inspección sería una potestad específica de otras más genéricas cuales son la potestad de control y la potestad sancionadora. Y, además, esta potestad de inspección englobaría otras más específicas aún, en actuaciones concretas, como la de acceso a instalaciones, la de toma de muestras, suspensión de servicios, etc.

La potestad de inspección sería así una de esas potestades-función a las que se refería el maestro García de Enterría, y que, como función pública, comporta el ejercicio de autoridad[20] y conlleva implícita la obligación de sujeción por parte de los afectados a la misma[21]. Además, es

19. Las potestades administrativas pueden definirse como los poderes jurídicos otorgados por el ordenamiento jurídico a la Administración pública para el cumplimiento de sus fines o funciones (Santi Romano), y que le permiten ejercer tales funciones desde una posición de preeminencia jurídica que se concreta en la sujeción, general o especial, de los administrados a los actos que la Administración dicta en ejercicio de estas potestades. Tales potestades quedan aparejadas, por lo tanto, a la condición de Administración pública, veladora del interés general, y, en consecuencia, son inalienables, irrenunciables e indisponibles; lo que hace preciso, por lo tanto, que se habilite legalmente su alteración o extinción. Al respecto, véase Recuerda Girela, "El principio de legalidad y las potestades administrativas", en Arana García y otros (dirs.), *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo I en el Grado*, 5.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 153 y 154.

20. Tema que, entre otros de interés para esta cuestión, trata Fernández Ramos en *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002.

21. *Vid.*, en este sentido, De la Cuétara Martínez, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 41, y Rivero Ortega, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 74 y ss.

considerada (Rivero Ortega o Rebollo Puig)[22] como una de las técnicas que configuran la actividad administrativa de policía o limitación, y la atribución de tal potestad se debería a la importancia de su finalidad, que, en este caso en concreto, sería la comprobación de situaciones de hecho en relación con la normativa sectorial de aplicación; comprobación que, en estos supuestos de vertidos residuales, tendría un claro carácter técnico, como decíamos.

Pero, si entendemos que la actividad inspectora, cuya finalidad es comprobar la adecuación a la normativa de las conductas de los usuarios de la red de saneamiento, supone una función que comporta el ejercicio de autoridad y es manifestación de una potestad administrativa, entonces hemos de concluir que su ejercicio es irrenunciable e intransmisible[23], como el de cualquier potestad administrativa, y que rige el principio de reserva de ley para el otorgamiento de dicha potestad de control y de inspección. Sin embargo, ni el TRLA, ni la LBRL, ni la legislación de contratos públicos disponen la posibilidad de otorgar esta potestad de inspección a los concesionarios o a cualquier entidad de naturaleza privada, sino todo lo contrario: que la gestión indirecta a través de concesionarios encuentra su límite en el ejercicio de los actos de autoridad.

A pesar de ello, en el supuesto de los vertidos son también muchos los ejemplos que encontramos en la práctica en los que las entidades concesionarias son las que realizan materialmente las actividades de inspección y de toma de muestras. Y así suele reconocerse sin reparos en multitud de ordenanzas y reglamentos reguladores de estos servicios locales, como es el caso del artículo 24 de la anteriormente citada Ordenanza de vertidos de Granada, según la cual "las labores de vigilancia, inspección y control de los vertidos e instalaciones del ciclo integral del agua de las entidades causantes de los mismos podrán ser realizadas a través de la empresa EMASAGRA"[24]; el artículo 49 del Reglamento del Servicio Municipal de

22. Rebollo Puig, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, y Rivero Ortega, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1999.

23. Como bien expone Molina Giménez, *op. cit.*, pág. 306, al indicar que el ejercicio de las potestades públicas es irrenunciable para la Administración, considera que, por lo tanto, es intransmisible a la concesionaria.

24. Señala asimismo el artículo 21.2 de esta Ordenanza que "corresponde al Ayuntamiento de Granada, o en quien este tenga delegadas las competencias en materia del ciclo integral del agua, desarrollar las tareas de vigilancia, 'inspección y control', sin perjuicio de las que correspondan a otros órganos de la Administración de la Junta de Andalucía y

abastecimiento de agua y saneamiento de Vigo, que expresamente prevé la posibilidad del concesionario de levantar actas de infracción por vertidos irregulares, disponiendo en el artículo 82, además, que es el concesionario quien acredita a los inspectores que levantan tales actas; el artículo 81 del Reglamento de Prestación del Servicio de Aguas de la Mancomunidad de Municipios de la Costa Tropical de Granada, que, después de anunciar que es el concesionario quien asume la potestad autorizatoria del vertido, reconoce también a aquel la potestad de inspección, libre acceso a instalaciones, sancionadora y de suspensión de la autorización[25]; el artículo 11 de la Ordenanza de vertidos del servicio municipal de alcantarillado de Alicante, que apodera para estas funciones indistintamente al Ayuntamiento y al personal de la entidad gestora; los artículos 37 y 43 de la Ordenanza de saneamiento de Valencia, que se refieren igualmente a inspectores municipales y a personal autorizado para la inspección por el Ayuntamiento, como personal habilitado para levantar acta de la infracción; o el artículo 37 de la Ordenanza reguladora de vertidos a la red de alcantarillado del municipio de Marbella, en semejante sentido, entre otros muchos y por citar algunos ejemplos. Es más, en algunos casos, incluso las Administraciones autonómicas han redactado modelos de ordenanzas a disposición de los municipios, en los que se recoge la previsión de asignación de potestades públicas de inspección a las empresas concesionarias. Es el caso, por ejemplo, del artículo 18 del modelo de ordenanza en esta materia elaborado por la Generalitat Valenciana.

a otras Administraciones en sus respectivos ámbitos de competencias". Y el 21.3 que "en el ejercicio de sus funciones, tendrán la consideración de agentes de la autoridad todas aquellas personas que realicen las tareas de vigilancia, inspección y control", concretando el 21.7 que "las labores de vigilancia y control son llevadas acabo por la entidad EMASAGRA u otra en que se pueda delegar, de forma independiente o coordinada con el Ayuntamiento de Granada, debiendo sus empleados ir provistos y exhibir la documentación que los acredite".

25. Este artículo 81, titulado "Inspección y control de los vertidos", dice que "con independencia de la autorización de vertido emitida por el Concesionario, este, como la Mancomunidad y otras Administraciones competentes en la materia, tendrán el derecho y la obligación de inspeccionar las instalaciones del abonado, teniendo la potestad de sancionar e incluso suspender la autorización. Para poder realizar su misión correctamente, el personal autorizado tendrá acceso libre a cualquier hora, a las instalaciones de cada abonado titular de una autorización de vertido, así como derecho a portar los equipos que considere necesarios, para realizar su labor de inspección".

4
La necesidad de colaboración de las entidades concesionarias de servicios municipales de saneamiento en la actividad de control e inspección de los vertidos indirectos

La situación descrita en el apartado anterior, caracterizada, en resumen, por la falta de capacidad técnica de los ayuntamientos y la de capacidad jurídica (autoridad) de las empresas concesionarias, plantea una serie de disfunciones en el ejercicio de la actividad de control, que se traducen en una ineficacia práctica generalizada de la disciplina de los vertidos en los supuestos de gestión indirecta a través de tales concesionarios de servicios públicos locales del agua, encontrándonos con situaciones tanto de ayuntamientos que no ejercen medidas disciplinarias en la materia porque han dejado en manos de los concesionarios la total gestión, incluida la autorización y la inspección, como de concesionarios que tampoco las ejercen porque carecen de la necesaria habilitación legal para ello, al no estar investidos de dicha potestad. Así, por ejemplo, hay ayuntamientos que confiesan que, en cuanto se formulan alegaciones en contra, proceden directamente al archivo de los procedimientos sancionadores que inician con base únicamente en "actas" confeccionadas por personal laboral de la empresa concesionaria; y empresas concesionarias que, únicamente, se dedican a comunicar a los ayuntamientos las situaciones ilícitas que detectan y, además, se ven obligadas a solicitar tomas de muestras "dirimentes" (que a veces obligan incluso a costear a los interesados) a terceros laboratorios para compensar, en cierto modo, la falta de reconocimiento legal del valor probatorio de sus actuaciones, siquiera *iuris tantum*.

Y esas razones de eficacia, ante la escasa cualificación técnica del personal de la Administración que existe en muchos municipios, son las que se esgrimen para justificar el recurso a la colaboración de las entidades privadas concesionarias para el desarrollo de estas actividades de control, argumentándose que los ayuntamientos carecen de esos medios materiales y personales propios con los conocimientos especializados adecuados que les capaciten para abordar la complejidad técnica, cada vez mayor en esta materia, que requiere el ejercicio eficaz de la actividad de inspección y control; deficiencia técnica que hace a la Administración municipal incapaz de adoptar decisiones precisas, ya que solo el conocimiento especializado permite la constatación de determinados hechos y la capacidad de subsumir el supuesto de hecho detectado en la norma jurídica[26].

26. En este sentido, véase Casado Casado, *Los vertidos en aguas continentales*, *op. cit.*, pág. 229, quien considera necesaria la valoración de los hechos desde la especia-

Sin embargo, un extenso corpus normativo claramente sostiene la imposibilidad de que dichas empresas concesionarias ejerzan potestades administrativas o dispongan de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Así, el artículo 85 de la LBRL dispone que "en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta servicios que impliquen ejercicio de autoridad"; y tanto el artículo 275 del actualmente vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como el 284 de la recientemente publicada Ley de Contratos del Sector Público de 2017 establecen que, aunque la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares, se excluye de esta posibilidad de gestión indirecta únicamente a aquellos "[…] servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos". También el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, reserva la posibilidad de ejercicio de funciones de autoridad en exclusiva a funcionarios públicos; y, referido a las sociedades mercantiles estatales (en las que más del 50 % del capital social es público), el artículo 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, establece que estas en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que, excepcionalmente, *la ley* pueda atribuirles el ejercicio de potestades administrativas.

Además, también es clara la normativa respecto al valor de la materialización de la actividad inspectora, estableciendo únicamente la presunción de veracidad de los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad a efectos de procedimientos sancionadores[27]; por lo que las actas de "inspección" del personal del concesionario, que es personal privado ajeno a los ayuntamientos y no puede tener

lización técnica para poder fundamentar una ulterior decisión administrativa. También véase la interesante opinión de Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, 1999, págs. 117, 125 y 205, donde indica que se ha producido una inversión de los roles de la Administración y de los particulares en los casos ordinarios de colaboración (concesionarios de servicios públicos), pues no es la Administración la que decide y el particular quien ejecuta materialmente la decisión, sino que es la entidad privada la que, legitimada por el conocimiento de la técnica, declara la conformidad o no a la legalidad de la actividad sujeta a control, y la Administración la que ejecuta en consecuencia, por ejemplo, concediendo o renovando la autorización.

27. Artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

la condición de funcionario ni de autoridad pública, no tienen más valor probatorio que una mera manifestación, no pudiendo instruirse expediente sancionador con dicha prueba. Y ello, sin perjuicio de buenos intentos doctrinales (Fernández Ramos, Canals i Ametller[28]) o jurisprudenciales[29] de extender tal validez como medio de prueba a estas "actas" en virtud de la cualificación técnica del personal que las emite.

Por lo tanto, partiendo de esa imposibilidad clara de asumir potestades o funciones que impliquen el ejercicio de la autoridad administrativa por parte de las empresas privadas o mixtas concesionarias de los servicios de saneamiento municipal, pero también del interés en la participación de estas en el ejercicio de la potestad de control e inspección y sancionadora, nos quedaría plantearnos qué tipo de participación o colaboración podrían llevar a cabo dichas empresas concesionarias para cubrir esas deficiencias técnicas municipales, y cuáles serían los límites de tal colaboración privada en el ejercicio de las potestades administrativas de control; sobre todo, ante la falta de una regulación adecuada de esta cuestión. Es decir, se justifica la realización de actividades técnicas por estas entidades (análisis, comprobación de datos, etc.), pero no la realización de funciones inspectoras –de *imperium*– en sustitución de la Administración.

5
Conclusiones: las posibilidades de participación o colaboración de los concesionarios en las actividades de control e inspección

En cualquier caso, concluimos que sería preciso partir de una necesaria delimitación y revisión de determinados conceptos jurídico-administrativos

28. Tanto Fernández Ramos, *La actividad administrativa de inspección:…*, *op. cit.*, pág. 562, como Canals i Ametller, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Comares, Granada, 2003, pág. 322, son partidarios de extender la presunción de certeza y efectos probatorios a estas actas como si de auténticos documentos administrativos se tratara.

29. Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de enero de 1998 (RJ 1109/1998), ponente López Vázquez. Según se dice en la misma, las actas o certificaciones expedidas por estas entidades no gozan de la presunción de veracidad, pero, por la cualificación técnica de quienes las emiten y la objetividad de su actuación, ofrecen garantías para su valoración por los tribunales como medios de prueba "cuya destrucción requiere bien demostrar irregularidades en la obtención y valoración de los datos, bien la aportación de pruebas que por contraste con aquellas, pongan en duda su eficacia".

ya asentados conforme a la nueva realidad, tanto respecto de las instituciones como de las formas de control de las actividades correspondientes (los conceptos de inspección, control, verificación o comprobación), así como de la naturaleza de tales actividades. Es evidente que el alcance y la legitimidad de la colaboración de estas entidades privadas serán diferentes si tal participación lo es respecto al ejercicio de una potestad pública, o a la realización de actos de autoridad, que si se trata de actuaciones públicas que no derivan del ejercicio de potestades administrativas.

Desde el punto de vista de las formas de control, la autorización administrativa supone una forma de control a priori que, como hemos comentado, se plasma en una resolución dictada en virtud de tal potestad autorizatoria, que únicamente puede ser dictada por el órgano administrativo competente. No cabe en tal caso la autorización directa por parte de los concesionarios públicos. Pero sí sería interesante una revisión de los supuestos en los que tendría cabida la declaración responsable (vertidos indirectos a la red y sus renovaciones), que ofreciera opciones a una mayor colaboración de los concesionarios.

Asimismo, en el caso de la comisión de infracciones administrativas, las labores de inspección han de ser ejercidas necesariamente por funcionarios públicos, sin perjuicio de la colaboración del personal de los concesionarios. La actividad de inspección se considera una técnica de control del cumplimiento de la normativa por los obligados a cumplirla[30], y por lo tanto, en general, se trata de una actividad administrativa de policía en sentido estricto, dado que comporta el ejercicio de autoridad, de potestad pública. Además, como expone Casado Casado, en tanto que proporciona datos sobre los vertidos y su legalidad que definen si existe o no infracción administrativa, queda vinculada al ejercicio de la potestad sancionadora y la potestad de revisión o revocación de las autorizaciones de vertido[31], y por lo tanto, como decía Molina Giménez, es intransmisible a las concesionarias.

Sin embargo, sí sería más factible la colaboración del concesionario en una actividad de comprobación o verificación que no tuviera como efecto la tramitación de un expediente sancionador, sino la simple tramitación administrativa de la revisión de los datos declarados responsablemente o comunicados a la Administración en los supuestos en los que no se mantu-

30. *Vid.* Rivero Ortega, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 67, que la define como la "actividad pública de acopio de datos dirigida a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico mediante la obligada colaboración de los sujetos privados".

31. *Op. cit.*, pág. 465.

viera la sujeción al control mediante autorización. Por lo tanto, en los casos en que se pudiera dar cabida a la comunicación o declaración responsable, cabrían más posibilidades de colaboración por parte de tales concesionarios, sin perjuicio de las potestades correspondientes a la Administración concedente[32].

A partir de esta idea, si nos planteamos cuáles pudieran ser las opciones de colaboración por parte de las entidades concesionarias en el ejercicio de las potestades de control e inspección, algunas de esas opciones en las que pudiéramos pensar inicialmente pierden su posible aplicabilidad de forma inmediata.

Una de esas opciones sería, por ejemplo, plantear la posibilidad de que las empresas concesionarias obtuvieran una autorización como entidades de colaboración a las que se refiere el artículo 252 del RDPH[33], como entidades para el apoyo a los órganos administrativos competentes en cuanto a la realización de la actividad de verificación y control de los vertidos (artículo 101.3 TRLA). Pero hay que tener en cuenta que las empresas concesionarias no son las entidades colaboradoras a las que se refiere este precepto (art. 255.1 RDPH, en relación con el 101.3 TRLA), ni podrían asumir potestades públicas, a pesar de su estatus singular, como ha declarado expresamente el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de noviembre de 2000[34]. Comparto al respecto las conclusiones de Casado Casado, que entiende que se justifica la realización de actividades técni-

32. En este sentido, es destacable la Ley catalana 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, en cuanto distinguió entre el régimen de inspección y el régimen de control, en el que los controles se llevan no ya mediante inspecciones administrativas, sino mediante "verificaciones" a cargo de entidades colaboradoras de la Administración (artículos 43 y 44). La actividad de inspección pasa así a un segundo plano, con carácter subsidiario, en los casos de desacuerdo entre los ciudadanos y las entidades colaboradoras.

33. De otra naturaleza diferente son las entidades colaboradoras en las funciones de control a que se refiere alguna normativa autonómica, como por ejemplo el artículo 22.3 del Decreto catalán 130/2003, de 13 de mayo –Reglamento de los servicios públicos de saneamiento–, que prevé la intervención de entidades colaboradoras en las funciones de control.

34. Según esta sentencia, "se debe remarcar que de modo alguno, aun ejercitando determinadas atribuciones competenciales por delegación son Administraciones públicas, […] por lo que por ende tampoco se le pueden irrogar potestades ni atribuciones que le son únicamente inherentes a la condición de ente público, por lo que existen determinadas esferas de la potestad publica que se encuentran vedadas para su ejercicio por entes privados, debiendo ejercerse un control exhaustivo de las atribuciones que se ejercen por lo entes privados […]".

cas por estas entidades (análisis, comprobación de datos, etc.), pero no la realización de funciones inspectoras –de *imperium*– en sustitución de la Administración[35].

Otra opción que podría plantearse es la de la delegación competencial por parte de la Administración al concesionario de este servicio municipal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 126.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por decreto de 17 de junio de 1955, del que se deduce la posibilidad de que las corporaciones locales deleguen funciones al concesionario para dictar actos que serían recurribles ante la "corporación concedente", generándose así una relación de especial sujeción. Sin embargo, esta posibilidad, que hemos de leer con reservas y limitada a funciones que no comporten el ejercicio de la autoridad administrativa, se vería muy limitada en cuanto a la delegación de potestades, ya que las potestades, como decíamos, no son transmisibles.

En tercer lugar, cabría la posibilidad de que, mediante norma con rango de ley necesariamente[36], se realice una apertura que permita a estas actividades concesionarias el ejercicio de una labor de inspección estricta, como ha ocurrido ya en otros ámbitos tales como el transporte, en cuanto se refiere a la Inspección Técnica de Vehículos[37]. En tanto no se produjera tal regulación legal, mantenemos la imposibilidad del ejercicio de estas funciones por parte de las entidades concesionarias de servicios públicos.

Sin embargo, caben actualmente otras opciones menos problemáticas, pero más simples, como, por ejemplo, la de información o denuncia. La denuncia o la comunicación de información por parte del concesionario a la Administración, a efectos de que esta actúe de oficio ante infracciones administrativas, no reviste problemática jurídica en el sentido que tratamos. O el establecimiento de un modelo concurrencial en el que se distinguieran claramente las actividades de inspección de otras de simple control técnico,

35. Esto supondría el ejercicio por privados de las funciones públicas. Al respecto, véase Casado Casado, *op. cit.*, págs. 469 y 471, que observa que esta asunción de funciones técnicas por privados es un fenómeno en expansión en materia de aguas.

36. *Vid.* SSTS 13-10-1997, Ar. 7439, o 7-5-1999, Ar. 5615: "La ITV se configura como ejercicio de una potestad pública".

37. Al respecto, *vid.* Arana García, "Naturaleza jurídica de la actividad de inspección técnica de vehículos", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999, págs. 9 a 41, y "La reforma del régimen jurídico de la inspección técnica de vehículos. Comentario al Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio", *Revista de Administración Pública de Andalucía*, núm. 43, 2001, pp. 95-124.

de tal suerte que se realice por estos concesionarios el ejercicio de verificaciones o control técnico, a modo de una inspección auxiliar, y fuera la Administración la que tramitara las actuaciones de inspección derivadas de dichos controles y los expedientes sancionadores.

En cualquier caso, de la situación planteada concluimos que resulta imprescindible, dada la realidad actual, abordar normativamente, a través de una regulación adecuada, la cuestión de la participación o colaboración de las empresas concesionarias de estos servicios en el desarrollo de las actividades de autorización e inspección de los vertidos indirectos a la red de saneamiento, de forma que se garantice la eficacia en la prestación de estos servicios.

Y esta es una cuestión que es necesario individualizar y escindir del debate sobre las formas de gestión del servicio de saneamiento y la "remunicipalización" de los servicios locales del agua que se viene produciendo actualmente, pero que se debe incorporar paralelamente, con carácter preferencial, a dicho debate. No se puede abogar por el mantenimiento de la gestión indirecta, a través de concesiones administrativas del servicio, sin tener en cuenta el necesario papel de la Administración concedente en el control de los vertidos, pensando que una vez concedido el servicio la Administración puede desentenderse de sus responsabilidades en dejación de sus funciones de autoridad en manos de dichos concesionarios, ni se puede plantear una vuelta a la gestión directa sin tener en cuenta el carácter técnico de estos controles y la necesidad de contar con la colaboración de especialistas o expertos técnicos en esta materia. Esta cuestión del papel de los concesionarios del servicio de saneamiento de aguas residuales en el ejercicio de las potestades de control, podría tratarse como un argumento a favor o en contra de la gestión directa frente a la indirecta, o viceversa, pero, en cualquier caso, impondría la necesidad de deslindar actuaciones de carácter jurídico y técnico y de articular su interrelación para delimitar claramente el papel de dichos concesionarios.

No es este sino otro ejemplo más que pone de manifiesto la falta de una regulación normativa adecuada de la colaboración entre sector público y privado.

6
Bibliografía

Arana García, E., "Naturaleza jurídica de la actividad de inspección técnica de vehículos", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999, págs. 9 a 41.

– "La reforma del régimen jurídico de la inspección técnica de vehículos. Comentario al Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio", *Revista de Administración Pública de Andalucía*, núm. 43, 2001, págs. 95-124.

Canals i Ametller, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Comares, Granada, 2003.

Casado Casado, L., *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*, Comares, Granada, 2004.

Cuétara Martínez, J. M. de la, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.

Cueto Pérez, M., *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

Embid Irujo, A., "La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua", en Embid Irujo, A. (dir.), *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998.

Esteve Pardo, J., *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, 1999.

Fanlo Loras, A., "Dominio público hidráulico y saneamiento de aguas residuales", en Esteve Pardo, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 303-352.

– "La protección de la calidad de las aguas en el ordenamiento jurídico español: algunas consideraciones en relación con el régimen jurídico de los vertidos", en Sosa Wagner, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 3517-3541.

Fernández Ramos, S., *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002.

Fortes Martín, A., *Vertidos y calidad ambiental de las aguas. Regulación jurídico-administrativa*, Atelier, Barcelona, 2005.

– "La autorización de vertidos y el empleo de las mejores técnicas disponibles: retos e incertidumbres", en Embid Irujo, A. (dir.), *Usos del agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 343-374.

Galán Galán, A., "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 2,2009, págs. 63-104.

García-Trevijano Fos, J. A., *Los actos administrativos*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1991.

Gimeno Feliu, J. M.ª, Sala Sánchez, P. y Quintero Olivares, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada.*

Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica, Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona, Barcelona, 2017.

González-Antón Álvarez, C., *El uso del agua por las Administraciones locales*, Cedecs, Barcelona, 2000.

Mestre Delgado, J. F., "Las formas de prestación de los servicios públicos locales, en particular, la concesión", en Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tercera edición, tomo II, Iustel, Madrid, 2011.

Molina Giménez, A., *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Oller Rubert, M., *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2008.

Rebollo Puig, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.

Recuerda Girela, M. Á., "El principio de legalidad y las potestades administrativas", en Arana García, E. y otros (dirs.), *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo I en el Grado*, 5.ª edición, Tecnos, Madrid, 2017.

Rivero Ortega, R., *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1999.

Ruiz de Apodaca Espinosa, Á. M.ª, "La protección de la calidad de las aguas frente a los vertidos de aguas residuales urbanas a través de su saneamiento y depuración", en González-Varas Ibáñez, S. (dir.), *Nuevo derecho de aguas*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 557-604.

– "Las obligaciones de los entes locales en relación con la protección de la calidad de las aguas", en Embid Irujo, A. (dir.), *Agua y ciudades*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 427-474.

Setuáin Mendía, B., *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

Tornos Mas, J., "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58 y 59, 2016.

– "Los contratos de colaboración público privada en la gestión de los servicios públicos del agua", en Benito López, M. Á. (dir.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 57 a 66.