

Ref.: SUB/SCC/mvt-jbm

Asunto: Informe 2/2012

INFORME 2/2012, DE 9 DE JULIO DE 2012. SUMINISTRO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE DOMICILIARIA. SOMETIMIENTO A LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de enero de 2012 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe por el Ayuntamiento de Busot, al amparo de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de Junio, del Consell, de creación de la Junta Superior de Contratación Administrativa, con el siguiente tenor literal:

“Asunto: Consulta sobre el procedimiento a seguir para la contratación de la gestión del servicio de suministro de agua/sec.

El Ayuntamiento de Busot se está planteando la conveniencia de gestionar el servicio de suministro de agua en todo el término municipal mediante algunas de las modalidades de gestión indirecta recogidas en el artículo 277 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y más concretamente mediante concierto o mediante concesión, y se nos plantean algunas dudas sobre el procedimiento a seguir.

Por ello, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, les agradecería que nos informaran sobre las cuestiones que seguidamente les planteamos, así como cualesquiera otras que así lo crean conveniente por su importancia e íntima relación con las mismas.

ANTECEDENTES:

En el término municipal de Busot actualmente se está prestando el servicio de suministro de agua domiciliar de la siguiente forma:

- *En una parte del mismo se presta el servicio por el Ayuntamiento de forma directa, utilizando su propia red y abasteciéndose de un pozo municipal.*
- *En la otra parte, la mayoritaria del término municipal, el servicio es prestado por una empresa privada desde hace muchos años, utilizando para ello sus propios pozos y su propia red así como parte de la red municipal que se ha ido construyendo recientemente con motivo de diversas actuaciones urbanísticas. No existe contrato de concesión, ni ningún otro, entre esta empresa y el Ayuntamiento, sino un escrito del año 1969 firmado por el Alcalde en el que se autoriza a la compañía privada ‘a la instalación de tuberías para la conducción de aguas hasta los Depósitos de dicha compañía, por caminos vecinales de este término municipal’.*

CUESTIONES QUE SE PLANTEAN:

A) Para el supuesto de gestión mediante concierto:

1ª) *¿Cuál es el plazo máximo de duración del contrato?: El de 25 años indicado en el artículo 278 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, o el de 10 años indicado en el artículo 144.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL).*

2ª) *En el supuesto de que el plazo máximo fuera de 10 años: ¿Sería posible acudir a las prórrogas que establece el número 2 del mismo artículo, siempre que se dieran las circunstancias indicadas en él?; y si así fuera, ¿la autorización de la que habla el mismo puede ser sustituida por el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento?*

3-) *Una vez acordado el concierto para la gestión del servicio: ¿La única forma de retribución es la recogida en el artículo 146 del RSCL ('El pago de los servicios concertados se fijará en un tanto alzado inalterable, y de carácter conjunto por la totalidad del servicio en un tiempo determinado, o por unidades a precio fijo'), o bien se podría acudir a una retribución fijada en el contrato que sería percibida por el contratista directamente de los usuarios y, en su caso, el pago de alguna cantidad al Ayuntamiento?*

B) *Para el supuesto de gestión mediante concesión:*

1ª) *¿Es necesario el acuerdo de prestación del servicio en régimen de monopolio (lo que comportaría de acuerdo con el artículo 197.5 del Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana 'la declaración de utilidad pública y la necesidad de la ocupación de los bienes o adquisición de los derechos afectados por el servicio') o se podría acudir a esta modalidad acordando la prestación del servicio en régimen de libre concurrencia?*

2ª) *¿Se podría acudir al procedimiento establecido en los artículos 117 y 118 del RSCL y que fuera un particular el que solicite la concesión del servicio y elabore el proyecto correspondiente para que se pronuncie el Ayuntamiento?*

C) *Para ambas formas de gestión:*

- *¿El procedimiento a seguir sería el establecido en los artículos 196 y 197 de la Ley 8/2010, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana y 97 y 98 del RDL 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local?"*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 33, apartado 3), de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana dispone: "Los municipios valencianos tienen competencias propias en las siguientes materias:...h) Suministro de agua, incluyendo la de consumo humano.

Y el artículo 34 de la citada Ley, bajo la rúbrica "*Servicios mínimos obligatorios*", indica claramente que los municipios, por sí mismos o asociados, deberán prestar, como mínimo, los servicios siguientes:.. a) En todos los municipios:....., abastecimiento domiciliario de agua de consumo humano...

Por tanto, hay que concluir de ambos preceptos que el abastecimiento domiciliario de agua potable de consumo humano se define legalmente como un servicio mínimo de los ayuntamientos que están obligados a prestarlo en todo caso, salvo en el supuesto excepcional de dispensa previsto en la misma Ley.

Además de lo anterior, hay que recordar que en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se declara la reserva en favor de las Entidades locales del servicio de abastecimiento de agua, se califica éste como servicio esencial y se prevé la



posibilidad de su prestación en régimen de monopolio previa aprobación del Pleno de la Corporación y del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma

Sometimiento a la legislación de contratos públicos. Modalidades de gestión.

La ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen local, en su artículo 5, ya estableció que las Entidades Locales, en cuanto a procedimiento administrativo, contratos, concesiones y demás formas de prestación de los servicios públicos, se rigen por dicha Ley y, además, por la legislación del Estado y, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, en los términos previstos en el artículo 149.1.18ª de la Constitución española.

En consecuencia, las cuestiones que plantea el Ayuntamiento consultante a esta Junta sólo pueden ser respondidas a la luz de la legislación de contratos públicos. Así, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, modificó la citada Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en particular la referencia a las formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales establecida en su artículo 85, quedando redactado de la siguiente manera: Art. 85...2 *Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:... B) Gestión indirecta, mediante las distintas 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.*

Igualmente, la Disposición final primera de la Ley 30/2007, de 31 de octubre, de Contratos del Sector Público, estableció una nueva redacción del artículo 85.2 de la ya citada Ley 7/1985, de Bases del Régimen local, según la cual dicho artículo reitera el sometimiento de los contratos para la gestión indirecta de los servicios públicos a las formas previstas en aquella:

“2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

.....

B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público.”

El actual artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece como modalidades de gestión indirecta las siguientes:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Pero hay que incidir que la aplicación de los preceptos de la legislación de contratos no es algo novedoso y así el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 diciembre 2000, ya concluía que.

1.- *La responsabilidad de asegurar la prestación de un concreto servicio, impuesta obligatoriamente a un municipio, como puede ser el abastecimiento domiciliario de agua potable, no exime a dicho municipio, cuando opte por su gestión indirecta y por contratar la realización de dicha gestión con un tercero, de la observancia de las exigencias legalmente establecidas para adjudicar esa contratación conforme la legislación*

2.- *La opción de gestionar indirectamente un servicio público, a través de la contratación de su realización con un particular, y de adjudicar dicha contratación mediante concurso, comporta la exigencia de asegurar la libre concurrencia que es inherente a ese procedimiento de adjudicación. Y esta libre concurrencia ha de ser permitida en relación a las concretas condiciones que vayan a regir en la gestión de dicho servicio durante la totalidad del período de vigencia de la contratación adjudicada.*

A mayor abundamiento la STS de 20 de noviembre de 2006 dictaminó:

“El vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP, aquí aplicable por razones temporales, incorpora las distintas modificaciones legales operadas en el texto inicial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995, de 18 de mayo, LCAP, en aras a incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa. Su pretensión de plenitud, a salvo de las peculiaridades que corresponda en el ámbito de las competencias de las distintas Comunidades Autónomas, queda patente desde el texto inicial de la LCAP pues su Disposición Derogatoria única en su apartado 1.b), entre otras disposiciones, abrogó el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953.

No conviene olvidar que la unificación del régimen de la contratación pública tiene una sólida base comunitaria sustentada en los principios fundamentales del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea con la subsiguiente coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios mediante la Directiva 92/50/CEE, del Consejo de 18 de junio de 1992, derogada en lo esencial por la más reciente Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Igualdad, ausencia de discriminación y libre concurrencia (art. 11 TRLCAP) son esenciales para garantizar la transparencia en la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa.

Ninguna duda ha ofrecido desde su redacción inicial, art. 1, que las Corporaciones Locales deben someterse a sus prescripciones.

Tampoco existe incertidumbre acerca de cuáles son los preceptos de carácter básico y, en consecuencia, de aplicación general a todas las Administraciones públicas, incluida, por tanto la local (Disposición Final Primera LCAP y Disposición Final Primera TRLCAP). De la misma forma no cabe vacilar en la afirmación de los artículos que son de aplicación general en defecto de regulación específica dictada por la Comunidad Autónoma.”

Como se puede observar los fundamentos precedentes constituyen un cambio respecto al pronunciamiento de la STS de 22 de junio de 2004, en coherencia con la jurisprudencia de este Tribunal vertida en las diferentes Sentencias.



Igualmente, el Informe 56/2007 de 24 enero 2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se manifestaba en el mismo sentido y afirmaba, además de que la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas era de aplicación a la Administración local, que “evidentemente es norma con pretensión de establecer la regulación íntegra de la materia, razón por la cual debe prevalecer sobre las demás que vinieran regulándola con anterioridad”.

Con lo que es claro que el Ayuntamiento consultante debe reconducir la situación en que se encuentra el suministro domiciliario de agua potable (suministro en baja) a la legislación de contratos, máxime tratándose de un servicio público de cumplimiento mínimo obligatorio y reservado las entidades locales. Pero es más, según se desprende del escrito de consulta, incluso a la legislación que procediere en materia de régimen local al tiempo del inicio de la prestación por la empresa en cuestión, dato este que no figura, por lo que se podría deducir que el suministro de agua potable domiciliaria se ha venido ejerciendo sin título habilitante alguno.

En segundo lugar, se plantea el consultante sobre la aplicación de la concesión o el concierto. A esta cuestión debemos responder que el servicio de abastecimiento de agua potable, por sus características, debe contratarse bajo la modalidad de concesión siempre que, básicamente, la retribución al contratista esté vinculada a la utilización del servicio por los usuarios y, por tanto, asuma el riesgo relacionado con la explotación (la explotación del servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado), sea tarifa, tasa o precio público (no entramos en la polémica doctrinal y jurisprudencial que sobre este tema se ha planteado) el precio pagado al concesionario por los usuarios o por la Administración. Esta Junta, en anteriores informes, ya ha insistido en que lo esencial del contrato concesional es que tales contraprestaciones incluirán, para hacer efectivo el derecho del concesionario a la explotación del servicio objeto del contrato, “una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración. Es decir, en el contrato de concesión la Ley distingue dos posibles clases de contraprestación al concesionario del servicio: una, en función de la utilización del servicio, necesaria y obligatoria por ser donde reside principalmente el “riesgo y ventura” de la explotación, y otra que, en caso de haberla, no estará en función de dicha utilización y dependerá de las prestaciones previstas en el contrato que obliguen al adjudicatario a efectuar inversiones o gastos que no vayan a ser retribuidos por las tarifas o retribuciones por la utilización”.

En este sentido, hay que destacar que en el seno de la Unión Europea se encuentra en tramitación la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, Documento COM (2011) 897 final, de 20.12.2011, que define el derecho a explotar obras o servicios, contemplado en los puntos 2, 4 y 7 del apartado 1, como aquél que *implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. El riesgo económico puede ser de los tipos siguientes:*

- a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio;*
- b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios.*

La concesión supone el acceso de la iniciativa privada a una actividad previamente declarada como de competencia de la administración, y es más, como servicio mínimo obligatorio, siendo objeto de explotación a cambio de un precio que depende significativamente de la utilización o demanda efectiva del servicio. Es decir, no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario esté prefijado y depende exclusivamente de que éste, sea en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor o peor el servicio o, si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación, sino cuando su retribución depende de los rendimientos de su explotación en condiciones de incertidumbre. Eso sí, es indiferente que estos rendimientos provengan directamente de los usuarios del mismo o de la Administración concedente.

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en numerosas sentencias, fija los criterios para la distinción de contratos de servicios y de las concesiones de servicios. Recientemente, la STJUE de 10 de marzo de 2011, en el asunto C-274/09, indica que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.

De otra parte la extinción o resolución culpable o la decisión de rescate en la concesión conlleva la reversión de las obras e instalaciones ya que el concesionario no tiene título para seguir prestando esta actividad que es de competencia de la administración concedente. Como no puede seguir ejerciendo esa actividad competencia de la administración concedente y que evidentemente se debe ver compensado con la explotación. De ahí la indudable e incuestionable necesidad de que el órgano de contratación aporte el anteproyecto de explotación y estudio de viabilidad económica que preceptivamente deben acompañar a los documentos que rigen la licitación en las concesiones, así como el régimen jurídico básico del servicio.

La situación es diferente en el caso del concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones que por la normativa son objeto de servicio público, en general relacionadas con actividades prestacionales. El recurso a los conciertos permite a la Administración aprovechar la experiencia, y la mayor adecuación al tipo de prestación, que poseen las entidades privadas que ya actúan en el mercado en el ámbito de los servicios a concertar (conciertos sanitarios, educativos, de servicios sociales en centros privados, por citar algunos ejemplos). En el concierto la remuneración se fija por servicio prestado sin que exista riesgo y ventura del contratista, bien a tanto alzado fijo o por precios unitarios, pero fijos o predeterminables y percibibles directamente de la administración.



Pero en el caso del abastecimiento del agua para consumo humano nos encontramos ante un servicio esencial legalmente reservado a las entidades locales y obligatorio para éstas, independientemente de que decidan prestarlo en régimen de monopolio o permitan la concurrencia de otros prestadores junto al servicio de titularidad pública, pero garantizando siempre el acceso y la disponibilidad para el usuario de este último. Por esa razón, no puede decirse que en el caso sometido a consulta, ni en general en ningún otro municipio, existan entidades privadas con las que concertar el abastecimiento de agua potable domiciliaria porque vinieran prestando privadamente dicha actividad en núcleos urbanos amplios. Si se da esa situación es muy probable que sea utilizando el dominio público y porque no funciona el servicio municipal o, como parece ser el caso de Busot, porque éste no se ha adaptado al marco legal posterior a la Constitución.

Respecto a la iniciativa privada, ésta únicamente se halla contemplada en la legislación de contratos para el de concesión de obra pública. Y en cuanto al Reglamento de Servicios de las corporaciones locales éste fue derogado por el Real Decreto Ley 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en lo que no se oponga al mismo, así como otras derogaciones de normas específicas locales sobre la materia.

Suministro de agua en baja y suministro de agua en alta.

De lo anteriormente expuesto es necesario diferenciar ambos tipos de suministro para poder comprender la problemática que se plantea.

La situación que se plantea actualmente en el Ayuntamiento consultante, es la relativa a la autorización a que hace referencia el escrito de consulta, y que data de 1969, a la empresa privada en cuestión para *“ la instalación de tuberías para la conducción de aguas hasta los Depósitos de dicha compañía, por caminos vecinales de este término municipal”*. Es decir, el suministro llamado “en alta” que abarca desde la captación, conducción y tratamiento de potabilización del agua hasta su almacenamiento en los depósitos de cabecera. Definido en el RD 140/2003 de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano, como *“cualquier canalización que lleva el agua el agua desde la captación hasta la Estación de tratamiento de agua potable o, en su defecto, el depósito de cabecera”*.

Por la empresa parece que se presta también el suministro en baja, que incluye la distribución, el almacenamiento intermedio y el suministro de agua potable hasta las instalaciones propias para el consumo por parte de los usuarios. De la consulta se deduce que no existe acuerdo, autorización o concesión alguna para la realización o, mejor dicho, la prestación de este servicio. Tratándose de un tema a todas luces irregular no sólo desde el punto de vista de la legislación de contratos sino de la propia normativa local y de Aguas dado el carácter de bien de dominio publico desde la Ley de 1986.

Esta Junta no puede más que recomendar al Ayuntamiento consultante que urja de los órganos competentes en la materia de régimen local y sobre todo de Aguas, informe sobre la situación de esa actividad de abastecimiento en baja a través de conducciones municipales y propias, sin título jurídico para ello, ni siquiera una mera “autorización expresa” criticada por el Tribunal Supremo ya en la STS de 29 de mayo de 2000 citada que infiere una verdadera concesión. Así:

1.- No se admite por tanto, con toda lógica, que los servicios públicos de titularidad municipal, como el de abastecimiento de agua a la población, pueda prestarse en virtud de una simple autorización administrativa. Si en algún supuesto aislado se han dictado sentencias por este Tribunal Supremo, como las dos citadas por la parte recurrente, en que se hayan abordado casos atípicos, en los que el suministro de aguas se prestaba por una empresa en virtud de una autorización tácita. (El subrayado es nuestro)

De ello deduce que, admitiéndose que en algunos casos se ha venido prestando el servicio de abastecimiento de agua en base a meras autorizaciones, no puede afirmarse, como lo hace la sentencia que se impugna, que sean incompatibles los conceptos de gestión del servicio de abastecimiento de agua y autorización administrativa.

La sentencia de instancia, como hemos expresado anteriormente, partiendo de la resolución municipal de 28 de agosto de 1891, y examinando detenidamente los actos de las partes (fundamento de derecho cuarto), llega a la conclusión de que en el caso de autos la relación que vinculaba al Ayuntamiento con Omnium Ibérico, SA era una concesión administrativa del servicio público de aguas potables. De ello se infiere que, aunque existan casos aislados en la jurisprudencia en que se haya utilizado el término de autorización para aplicarlo a la prestación por una empresa del servicio de abastecimiento de aguas, lo cierto es que ello no impide que en el supuesto enjuiciado la referida relación entre el Ayuntamiento de Alzira y la empresa recurrente esté adecuadamente caracterizada por el Tribunal «a quo» como una concesión administrativa, interpretando acertadamente los actos de las partes realizados a lo largo del tiempo de prestación del servicio.

Monopolio o libre concurrencia y procedimiento. Procedimiento a seguir. Cuestiones que son objeto de esta Junta.

En cuanto a estas otras cuestiones que plantea el Ayuntamiento sobre la monopolización o la libre concurrencia y el procedimiento a seguir, esta Junta solo puede informar que el expediente correspondiente debe realizarse con carácter previo al procedimiento de licitación del contrato de gestión de servicios públicos. Respecto de otras cuestiones no es el órgano competente.

Tratándose de un servicio reservado, parece lógico el régimen de monopolio, pero la legislación local valenciana o estatal de aplicación no hace distinciones u afirmaciones radicales sobre cuándo procede tal régimen de monopolio. Por otra parte, el hecho de que no sólo se trate de un servicio reservado, sino también mínimo y obligatorio para las entidades locales, convierte en casi irrelevante la cuestión, ya que aunque la corporación acordara no prestarlo en régimen de monopolio, ello no le eximiría por sí sólo de la obligación de prestarlo.

La libre concurrencia en la gestión de servicios públicos determina la iniciativa privada en servicios de interés económico general. La expresión «servicios de interés económico general», utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. La “naturaleza” económica vendrá ligada a su actividad, así si esta actividad consiste en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado en el marco de la libre competencia y de acuerdo con las reglas de ese mercado, hablaremos de actividad económica y, por ende, de naturaleza económica de la actividad. No olvidemos en este tema la



liberalización de determinados sectores como la electricidad, gas, telecomunicaciones, servicios postales, servicios funerarios.

Debemos entender que, de acuerdo con la legislación local de la Generalitat y la estatal, no parecen distinguir, si bien reservan el monopolio a los servicios mínimo obligatorios, y que la Constitución Española, en su artículo 128, reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, estableciendo que mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio; y con la práctica comunitaria citada, el planteamiento de la libre concurrencia en la gestión indirecta del abastecimiento domiciliario de agua potable centraría la clave en qué entendemos por servicio prestado en libre concurrencia : ¿la liberalización de la actividad -por tanto en concurrencia competitiva de dicho abastecimiento con los ayuntamientos- de empresas en base a la liberalización del sector como ocurre con otros sectores como los servicios funerarios, la energía, los servicios postales, las telecomunicaciones?, ¿la continuidad de competencia municipal reservada pero de libre concurrencia por el principio propio de la contratación pública que rige la gestión indirecta del suministro de abastecimiento domiciliario de agua potable?. Ante ello esta Junta insiste que el Ayuntamiento debe solicitar informe de los órganos competentes en materia de régimen local y de aguas. En todo caso no podemos obviar la reserva y la condición de servicio mínimo obligatorio que necesariamente deben prestar los municipios sobre la base de la legislación de contratos, inexcusablemente.

Asimismo insistimos que en el presente caso el Ayuntamiento consultante, a la vista del abastecimiento de agua potable a la población por redes propias de la empresa prestataria actualmente, querría abocar hacia el monopolio para poder proceder en los términos descritos en la legislación local. Pero como hemos reiterado antes, debe asegurarse del título jurídico que ostenta la empresa para la prestación de suministro en baja y del de las instalaciones por ella realizadas.

A esta Junta solo le compete interpretar la legislación de contratos, la cual se está incumpliendo, debiendo el Ayuntamiento reconducir la prestación del citado suministro en baja a la misma y aplicar en su contratación los principios de la legislación en vigor de igualdad y no discriminación, libre concurrencia, y transparencia, así como los preceptos específicos del contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión, haciendo para este tipo de contrato especial hincapié en el régimen jurídico básico del servicio, el anteproyecto de explotación o estudio de viabilidad económica y, en su caso, el anteproyecto de las obras precisas, el precio del contrato en función de la utilización, es decir, sus tarifas, tasas o precios unitarios. Asimismo, hay que indicar que el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, deja subsistente el Título III del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, sólo en cuanto no se oponga a la ley. Por tanto, informar sobre si procede aplicar el Reglamento de Servicios de las corporaciones locales o la Ley de la Generalitat de régimen local o ambos, no es objeto de informe por esta Junta.

Por último, en cuanto a la iniciativa privada que se consulta, hemos de significar que el vigente Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, como lo hiciera la Ley de Contratos del Sector Público sólo alude a este supuesto en los contratos de concesión de obra pública.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Sobre las cuestiones que plantea el Ayuntamiento consultante a esta Junta, relativas a las formas de prestación indirecta del servicio local de abastecimiento de agua para consumo humano, sólo puede ser responderse a la luz de la legislación de contratos públicos que es, preceptivamente, la normativa básica de aplicación, por lo que a la mayor brevedad debería reconducirse la situación existente, dado que se está incumpliendo manifiestamente. Su contratación debe someterse a los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia e igualdad y no discriminación que rigen la misma, así como a los preceptos particulares del contrato de gestión de servicios públicos.

SEGUNDA.- Dado que el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable que será objeto de la contratación es un servicio propio, obligatorio y reservado a la Entidad Local, y que asimismo es susceptible de explotación a riesgo y ventura del adjudicatario, asumiendo el contratista el riesgo de la explotación así como la remuneración en función de la demanda y la disponibilidad de las instalaciones y expuesto a las incertidumbres del mercado, entendemos que la figura concesional es la modalidad de contratación adecuada y propia de la gestión indirecta de este servicio público.

TERCERA.- De acuerdo con lo datos que figuran en la consulta, la empresa dispone de una autorización únicamente para el suministro de agua en alta. A no ser que la empresa tuviera reconocida una concesión legalmente, lo que de los datos indicados en la consulta no parece y debiendo entonces la entidad municipal actuar para adecuarse a la legislación de contratos, el hecho de que realizare el suministro domiciliario sin concesión alguna, y por tanto haber realizado obras careciendo de título alguno, no parece responder a la legalidad.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

VºBº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA

José Manuel Vela Bargues



LA SECRETARIA DE LA JUNTA

Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 9 de julio de 2012.