

Ref.: SUB/SCC/mvt-jbm
Assumpte: informe 2/2012

INFORME 2/2012, DE 9 DE JULIOL DE 2012. SUBMINISTRAMENT D'ABASTIMENT D'AIGUA POTABLE DOMICILIÀRIA. SOTMETIMENT A LA LEGISLACIÓ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

ANTECEDENTS

Amb data 20 de gener de 2012 ha entrat en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Busot, a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de juny, del Consell, de creació de la Junta Superior de Contractació Administrativa, que diu literalment:

“Assumpte: Consulta sobre el procediment que s'ha de seguir per a la contractació de la gestió del servei de subministrament d'aigua/sec.

L'Ajuntament de Busot s'està plantejant la conveniència de gestionar el servei de subministrament d'aigua en tot el terme municipal per mitjà d'algunes de les modalitats de gestió indirecta arrellegades en l'article 277 del RDL 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, i més concretament per mitjà de concert o per mitjà de concessió, i se'ns plantegen alguns dubtes sobre el procediment que s'ha de seguir.

Per això, i en virtut del que disposa l'article 3 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana i es regulen els registres oficials de Contractes i de Contractistes i Empreses Classificades de la Comunitat Valenciana i les garanties globals, els agrairia que ens informaren sobre les qüestions que a continuació els plantejem, així com qualssevol altres que així ho creguen convenient per la seua importància i íntima relació amb estes.

ANTECEDENTS:

En el terme municipal de Busot, actualment s'està prestant el servei de subministrament d'aigua domiciliària de la manera següent:

- *En una part d'este presta el servei l'Ajuntament de forma directa, utilitzant la seua xarxa i abastint-se d'un pou municipal.*
- *En l'altra part, la majoritària del terme municipal, el servei és prestat per una empresa privada des de fa molts anys, que utilitza per a això els seus pous i la seua xarxa, així com part de la xarxa municipal que s'ha construït recentment amb motiu de diverses actuacions urbanístiques. No hi ha contracte de concessió, ni cap altre, entre esta empresa i l'Ajuntament, sinó un escrit de l'any 1969, firmat per l'alcalde, en què s'autoritza la companyia privada 'a la instal·lació de canonades per a la conducció d'aigües fins als dipòsits de la dita companyia per camins veïnals d'este terme municipal'.*

QÜESTIONS QUE ES PLANTEGEN:

A) Per al supòsit de gestió per mitjà de concert:

1a) Quin és el termini màxim de duració del contracte? El de 25 anys indicat en l'article 278 del RDL 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, o el de 10 anys indicat en l'article 144.1 del Reglament de Servicis de les Corporacions Locals (RSCL).

2a) En el cas que el termini màxim fora de 10 anys: seria possible acudir a les pròrrogues que establíx el número 2 del mateix article, sempre que es donaren les circumstàncies indicades en este? I si fóra així, l'autorització de què hi parla pot ser substituïda per l'acord del Ple de l'Ajuntament?

3a) Una vegada acordat el concert per a la gestió del servici: l'única forma de retribució és l'arreglada en l'article 146 del RSCL ('El pagament dels servicis concertats es fixarà en un tant alçat inalterable, i de caràcter conjunt per la totalitat del servici en un temps determinat, o per unitats a preu fix'), o bé es podria acudir a una retribució fixada en el contracte que seria percebuda pel contractista directament dels usuaris i, si és el cas, el pagament d'alguna quantitat a l'Ajuntament?

B) Per al supòsit de gestió per mitjà de concessió:

1a) És necessari l'acord de prestació del servici en règim de monopoli (cosa que comportaria d'acord amb l'article 197.5 de la Llei 8/2010, de 23 de juny, de la Generalitat, de Règim Local de la Comunitat Valenciana 'la declaració d'utilitat pública i la necessitat de l'ocupació dels béns o adquisició dels drets afectats pel servici'), o es podria acudir a esta modalitat acordant la prestació del servici en règim de lliure concurrència?

2a) Es podria acudir al procediment establert en els articles 117 i 118 del RSCL i que fóra un particular el que sol·licita la concessió del servici i elabore el projecte corresponent perquè es pronuncie l'Ajuntament?

C) Per a ambdós formes de gestió:

- El procediment que s'ha de seguir seria l'establert en els articles 196 i 197 de la Llei 8/2010, de Règim Local de la Comunitat Valenciana, i 97 i 98 del RDL 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local?"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'article 33, apartat 3) de la Llei 8/2010, de 23 de juny, de la Generalitat, de Règim Local de la Comunitat Valenciana, disposa: "Els municipis valencians tenen competències pròpies en les matèries següents : ... l) Subministrament d'aigua, incloent-hi la de consum humà.

I l'article 34 de l'esmentada llei, sota la rúbrica "Servicis mínims obligatoris", indica clarament que *els* municipis, per si mateixos o associats, hauran de prestar, com a mínim, els servicis següents:.. a) En tots els municipis:..... , abastiment domiciliari d'aigua de consum humà...

Per tant, cal concloure d'ambdós preceptes que l'abastiment domiciliari d'aigua potable de consum humà es definix legalment com un servici mínim dels ajuntaments que estan obligats a prestar-lo en tots els casos, excepte en el supòsit excepcional de dispensa previst en la mateixa llei.

A més d'això anterior, cal recordar que en l'article 86.3 de la Llei 7/1985, Reguladora de les



Bases del Règim Local, es declara la reserva a favor de les entitats locals del servici d'abastiment d'aigua, es qualifica este com a servici essencial i es preveu la possibilitat de la seua prestació en règim de monopoli amb l'aprovació prèvia del Ple de la corporació i de l'òrgan de govern de la comunitat autònoma.

Sotmetiment a la legislació de contractes públics. Modalitats de gestió

La Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local, en l'article 5 ja va establir que les entitats locals, quant a procediment administratiu, contractes, concessions i la resta de formes de prestació dels servicis públics, es regixen per l'esmentada llei i, a més, per la legislació de l'Estat i, si és el cas, la de la comunitat autònoma, en els termes que preveu l'article 149.1.18a de la Constitució espanyola.

En conseqüència, les qüestions que planteja l'Ajuntament consultant esta Junta només poden ser respostes a la vista de la legislació de contractes públics. Així, la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de Mesures per a la Modernització del Govern Local, va modificar l'esmentada llei 7/1985, Reguladora de les Bases del Règim Local, i en particular la referència a les formes de gestió indirecta dels servicis públics locals establida en l'article 85, que queda redactat de la manera següent: article 85... 2. *Els servicis públics de la competència local podran gestionar-se per mitjà d'alguna de les formes següents:...* B) *Gestió indirecta, per mitjà de les distintes formes previstes per al contracte de gestió de servicis públics en l'article 156 del text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny.*

Igualment, la disposició final primera de la Llei 30/2007, de 31 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, va establir una nova redacció de l'article 85.2 de la ja esmentada Llei 7/1985, de Bases del Règim Local, segons la qual el dit article reitera el sotmetiment dels contractes per a la gestió indirecta dels servicis públics a les formes previstes en aquella:

"2. Els servicis públics de la competència local podran gestionar-se per mitjà d'alguna de les formes següents:

....

B. Gestió indirecta, per mitjà de les distintes formes previstes per al contracte de gestió de servicis públics en la Llei de Contractes del Sector Públic."

L'actual article 277 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, establix com a modalitats de gestió indirecta les següents :

- a) Concessió, per la qual l'empresari gestionarà el servici pel seu compte i risc.
- b) Gestió interessada, en virtut de la qual l'Administració i l'empresari participaran en els resultats de l'explotació del servici en la proporció que s'establisca en el contracte.

- c) Concert amb persona natural o jurídica que realitzi prestacions anàlogues a les que constitueixen el servei públic de què es tracte.
- d) Societat d'economia mixta en què participe l'Administració, per si o per mitjà d'una entitat pública, en concurrència amb persones naturals o jurídiques.

Però, cal incidir que l'aplicació dels preceptes de la legislació de contractes no és quelcom nou i així, el Tribunal Suprem, en Sentència de 21 desembre 2000, ja conclouia que:

1. La responsabilitat d'assegurar la prestació d'un servei concret, imposada obligatòriament a un municipi, com pot ser l'abastiment domiciliari d'aigua potable, no eximix el dit municipi, quan opte per la seua gestió indirecta i per contractar la realització de la dita gestió amb un tercer, de l'observança de les exigències legalment establides per a adjudicar eixa contractació d'acord amb la legislació

2. L'opció de gestionar indirectament un servei públic, a través de la contractació de la seua realització amb un particular, i d'adjudicar la dita contractació per mitjà de concurs, comporta l'exigència d'assegurar la lliure concurrència que és inherent a eixe procediment d'adjudicació. I esta lliure concurrència ha de ser permesa en relació amb les condicions concretes que hagen de regir la gestió del dit servei durant la totalitat del període de vigència de la contractació adjudicada.

Amb més motiu, la STS de 20 de novembre de 2006 va dictaminar:

“El vigent text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny,, TRLCAP, ací aplicable per raons temporals, incorpora les distintes modificacions legals efectuades en el text inicial de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, Llei 13/1995, de 18 de maig, LCAP, a fi d'incrementar la concurrència i augmentar la transparència i l'objectivitat en els procediments d'adjudicació en la contractació administrativa. La seua pretensió de completesa, sense menyscar de les peculiaritats que corresponga en l'àmbit de les competències de les distintes comunitats autònomes, queda patent des del text inicial de la LCAP perquè la seua disposició derogatòria única en l'apartat 1.b), entre altres disposicions, va abrogar el Reglament de Contractació de les Corporacions Locals, aprovat per Decret de 9 de gener de 1953.

No convé oblidar que la unificació del règim de la contractació pública té una sòlida base comunitària sustentada en els principis fonamentals del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea amb la subsegüent coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis per mitjà de la Directiva 92/50/CEE, del Consell, de 18 de juny de 1992, derogada en allò essencial per la més recent Directiva 2004/18/CE, del Parlament Europeu i del Consell de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis. Igualtat, absència de discriminació i lliure concurrència (art. 11 TRLCAP) són essencials per a garantir la transparència en la contractació administrativa com a mitjà per a aconseguir l'objectivitat de l'activitat administrativa.

Cap dubte ha oferit des de la seua redacció inicial, article 1, que les corporacions locals han de sotmetre's a les seues prescripcions.

Tampoc hi ha incertesa sobre quins són els preceptes de caràcter bàsic i, en conseqüència, d'aplicació general a totes les administracions públiques, inclosa, per tant la local (disposició final primera LCAP i disposició final primera TRLCAP). De la mateixa manera, no cal vacil·lar en l'afirmació dels articles que s'apliquen en general en defecte de regulació específica dictada per la comunitat autònoma.”

Com es pot observar, els fonaments precedents constitueixen un canvi respecte al pronunciament de la STS de 22 de juny de 2004, en coherència amb la jurisprudència d'este Tribunal utilitzada en les diferents sentències.

Igualment, l'Informe 56/2007, de 24 gener 2008, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat es manifestava en el mateix sentit i afirmava, a més, que la llavors vigent Llei de Contractes de les Administracions Públiques s'aplicava a l'Administració local, que "evidentment és norma amb pretensió d'establir la regulació íntegra de la matèria, raó per la qual ha de prevaldre sobre les altres que la regulaven amb anterioritat".



Amb la qual cosa, és clar que l'Ajuntament consultant ha de reconduir la situació en què es troba el subministrament domiciliari d'aigua potable (subministrament en baixa) a la legislació de contractes, màximament tractant-se d'un servici públic de compliment mínim obligatori i reservat a les entitats locals. Però és més, segons es desprén de l'escrit de consulta, inclús a la legislació que procedira en matèria de règim local al temps de l'inici de la prestació per l'empresa en qüestió, dada esta que no hi figura, per la qual cosa es podria deduir que el subministrament d'aigua potable domiciliària s'ha exercit sense cap títol habilitador.

En segon lloc, es planteja el consultant sobre l'aplicació de la concessió o el concert. A esta qüestió hem de respondre que el servici d'abastiment d'aigua potable, per les seues característiques, ha de contractar-se en la modalitat de concessió sempre que, bàsicament, la retribució al contractista estiga vinculada a la utilització del servici pels usuaris i, per tant, assumisca el risc relacionat amb l'explotació (l'explotació del servici sotmés a la incertesa de la demanda i dels preus de mercat) siga, tarifa, taxa o preu públic (no entrem en la polèmica doctrinal i jurisprudencial que sobre este tema s'ha plantejat) el preu pagat al concessionari pels usuaris o per l'Administració. Esta Junta, en anteriors informes, ja ha insistit en el fet que l'essencial del contracte concessional és que estes contraprestacions inclouran, per a fer efectiu el dret del concessionari a l'explotació del servici objecte del contracte, "una retribució fixada d'acord amb la seua utilització, que es percebrà directament dels usuaris o de la mateixa Administració. És a dir, en el contracte de concessió la llei distingix dos possibles classes de contraprestació al concessionari del servici: l'una, segons la utilització del servici, necessària i obligatòria per ser on residix principalment el "compte i risc" de l'explotació, i l'altra que, en cas que n'hi haja, no estarà en funció de la dita utilització i dependrà de les prestacions previstes en el contracte que obliguen l'adjudicatari a efectuar inversions o gastos que no seran retribuïts per les tarifes o retribucions per la utilització".

En este sentit, cal destacar que en el si de la Unió Europea es troba en tramitació la proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, document COM (2011) 897 final, de 20.12.2011, que definix el dret a explotar obres o servicis, previst en els punts 2, 4 i 7 de l'apartat 1, com aquell que *implica la transferència al concessionari del risc operacional substancial. Es considerarà que el concessionari assumix el risc operacional substancial quan no estiga garantit que recuperarà les inversions realitzades ni cobrirà els costos que haja assumit per a explotar les obres o els servicis que siguen objecte de la concessió. El risc econòmic pot ser dels tipus següents:*

a) *Risc relacionat amb la utilització de les obres o la demanda de prestació del servici.*

b) Risc relacionat amb la disponibilitat de les infraestructures proporcionades pel concessionari o utilitzades per a la prestació de servicis als usuaris.

La concessió implica l'accés de la iniciativa privada a una activitat prèviament declarada com de competència de l'Administració, i és més, com a servici mínim obligatori, que és objecte d'exploració a canvi d'un preu que depén significativament de la utilització o demanda efectiva del servici. És a dir, no hi ha concessió quan el major o menor volum dels ingressos de l'empresari estiga prefixat i depén exclusivament que este, siga en compliment de les seues obligacions o no, preste millor o pitjor el servici o, si es preferix, s'acomode o no a determinats estàndards o indicadors de control de qualitat en la seua prestació, sinó quan la seua retribució depén dels rendiments de la seua exploració en condicions d'incertesa. Això sí, és indiferent que estos rendiments vinguen directament dels usuaris d'este o de l'Administració concedent.

La jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en nombroses sentències, fixa els criteris per a la distinció de contractes de servicis i de les concessions de servicis. Recentment, la STJUE de 10 de març de 2011, en l'assumpte C-274/09, indica que el risc d'exploració econòmica del servici ha d'entendre's com el risc d'exposició a les incerteses del mercat, que pot traduir-se en el risc d'enfrontar-se a la competència d'altres operadors, el risc d'un desajust entre l'oferta i la demanda dels servicis, el risc d'insolvència dels deutors dels preus pels servicis prestats, el risc que els ingressos no cobrisquen íntegrament els gastos d'exploració o inclús el risc de responsabilitat per un perjuí causat per una irregularitat en la prestació del servici.

En canvi, riscos com els vinculats a una mala gestió o a errors d'apreciació de l'operador econòmic no són determinants als efectes de qualificar un contracte com a contracte públic o com a concessió de servicis, ja que estos riscos, en efecte, són inherents a qualsevol contracte, ja es tracte d'un contracte públic de servicis o d'una concessió de servicis.

D'una altra part, l'extinció o la resolució culpable o la decisió de rescat en la concessió comporta la reversió de les obres i instal·lacions, ja que el concessionari no té títol per a continuar prestant esta activitat, que és de competència de l'administració concedent. Com que no pot continuar exercint eixa activitat, competència de l'administració concedent, evidentment s'ha de veure compensat amb l'exploració. Per això, la indubtable i inqüestionable necessitat que l'òrgan de contractació aporte l'avantprojecte d'exploració i l'estudi de viabilitat econòmica que preceptivament han d'acompanyar els documents que regixen la licitació en les concessions, així com el règim jurídic bàsic del servici.

La situació és diferent en el cas del concert amb persona natural o jurídica que realitze prestacions que per la normativa són objecte de servici públic, en general relacionades amb activitats prestacionals. El recurs als concerts permet a l'Administració aprofitar-ne l'experiència, i la major adequació al tipus de prestació, que posseïxen les entitats privades que ja actuen en el mercat en l'àmbit dels servicis a concertar (concerts sanitaris, educatius, de servicis socials en centres privats, per citar alguns exemples). En el concert, la remuneració es fixa per servici prestat sense que hi haja compte i risc del contractista, bé a un tant alçat fix o per preus unitaris, però fixos o predeterminables i percibibles directament de l'Administració.

Però en el cas de l'abastiment de l'aigua per a consum humà ens trobem davant d'un servici essencial legalment reservat a les entitats locals i obligatori per a estes, independentment que decidisquen prestar-lo en règim de monopoli o permeten la concurrència d'altres prestadors junt amb el servici de titularitat pública, però garantint sempre l'accés i la disponibilitat per a l'usuari d'este últim. Per eixa raó, no pot dir-se que en el cas sotmés a consulta, ni en general en cap altre municipi, hi haja entitats privades amb què concertar l'abastiment d'aigua potable domiciliària perquè estigueren prestant privadament la dita activitat en nuclis urbans amplis. Si es dóna eixa situació, és molt probable que siga utilitzant el domini públic i perquè no funciona el servici municipal o, com pareix el cas de Busot, perquè este no s'ha adaptat al marc legal posterior a la Constitució.

Respecte a la iniciativa privada, esta únicament es troba prevista en la legislació de contractes per al de concessió d'obra pública. I quant al Reglament de Servicis de les corporacions locals este va ser derogat pel Reial Decret Llei 1.098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques en allò que no s'opose a este, així com altres derogacions de normes específiques locals sobre la matèria.

Subministrament d'aigua en baixa i subministrament d'aigua en alta

De l'anteriorment exposat, cal diferenciar ambdós tipus de subministrament per a poder comprendre la problemàtica que es planteja.

La situació que es planteja actualment en l'Ajuntament consultant és la relativa a l'autorització a què fa referència l'escrit de consulta, i que data de 1969, a l'empresa privada en qüestió per a "*la instal·lació de canonades per a la conducció d'aigües fins als depòsits de la dita companyia, per camins veïnals d'este terme municipal*". És a dir, el subministrament denominat "en alta" que comprén des de la captació, conducció i tractament de potabilització de l'aigua fins al seu emmagatzematge en els depòsits de capçalera. *Definit* en el RD 140/2003, de 7 de febrer, pel qual s'establixen els criteris sanitaris de la qualitat de l'aigua de consum humà, com "*qualsevol canalització que porta l'aigua des de la captació fins a l'estació de tractament d'aigua potable o, si no n'hi ha, el depòsit de capçalera*".

L'empresa, sembla que presta també el subministrament en baixa, que inclou la distribució, l'emmagatzematge intermedi i el subministrament d'aigua potable fins a les instal·lacions pròpies per al consum per part dels usuaris. De la consulta, es dedueix que no hi ha acord, autorització o cap concessió per a la realització o, millor dit, la prestació d'este servici, ja que es tracta d'un tema, sense cap dubte irregular, no sols des del punt de vista de la legislació de contractes sinó de la mateixa normativa local i d'aigües, atés el caràcter de bé de domini públic des de la Llei de 1986.

Esta Junta no pot més que recomanar a l'Ajuntament consultant que urgisca als òrgans competents en la matèria de règim local i sobretot d'aigües, a emetre informe sobre la situació d'eixa activitat d'abastiment en baixa a través de conduccions municipals i pròpies, sense títol jurídic per a això, ni tan sols una mera "autorització expressa" criticada pel Tribunal Suprem ja en la STS de 29 de maig de 2000 esmentada, que inferix una verdadera concessió. Així:

1. No s'admet per tant, amb tota lògica, que els servicis públics de titularitat municipal, com el d'abastiment d'aigua a la població, puga prestar-se en virtut d'una simple autorització administrativa. Si en algun supòsit

aïllat ha dictat sentències este Tribunal Suprem, com les dos esmentades per la part recurrent, en què s'hagen abordat casos atípics, en els quals el subministrament d'aigües era prestat per una empresa en virtut d'una autorització tàcita. (El subratllat és nostre)

D'això deduïx que, admetent-se que en alguns casos s'ha prestat el servici d'abastiment d'aigua basant-se en simples autoritzacions, no pot afirmar-se, com ho fa la sentència que s'impugna, que siguen incompatibles els conceptes de gestió del servici d'abastiment d'aigua i autorització administrativa.

La sentència d'instància, com hem expressat anteriorment, partint de la resolució municipal de 28 d'agost de 1891, i examinant detingudament els actes de les parts (fonament de dret quart), arriba a la conclusió que en el cas d'interlocutòries la relació que vinculava a l'Ajuntament amb Omnium Ibèrico, SA era una concessió administrativa del servici públic d'aigües potables. D'això s'inferix que, encara que hi haja casos aïllats en la jurisprudència en què s'haja utilitzat el terme d'autorització per a aplicar-lo a la prestació per una empresa del servici d'abastiment d'aigües, la veritat és que això no impediex que en el supòsit enjudiciat la indicada relació entre l'Ajuntament d'Alzira i l'empresa recurrent estiga adequadament caracteritzada pel tribunal «a quo» com una concessió administrativa, interpretant encertadament els actes de les parts realitzats al llarg del temps de prestació del servici.

Monopoli o lliure concurrència i procediment. Procediment que s'ha de seguir. Qüestions que són objecte d'esta Junta

Quant a estes altres qüestions que planteja l'Ajuntament sobre la monopolització o la lliure concurrència i el procediment que s'ha de seguir, esta Junta només pot informar que l'expedient corresponent ha de realitzar-se amb caràcter previ al procediment de licitació del contracte de gestió de servicis públics. Respecte d'altres qüestions, no és l'òrgan competent.

Com que es tracta d'un servici reservat, sembla lògic el règim de monopoli, però la legislació local valenciana o estatal aplicable no fa distincions o afirmacions radicals sobre quan és procedent tal règim de monopoli. D'altra banda, el fet que no sols es tracte d'un servici reservat, sinó també mínim i obligatori per a les entitats locals, convertix en quasi irrellevant la qüestió, ja que encara que la corporació acordara no prestar-lo en règim de monopoli, això no l'eximiria, per si només, de l'obligació de prestar-lo.

La lliure concurrència en la gestió de servicis públics determina la iniciativa privada en servicis d'interés econòmic general. L'expressió «servicis d'interés econòmic general», utilitzada en l'article 16 i en l'apartat 2 de l'article 86 del tractat, no apareix definida ni en el tractat ni en el dret derivat. No obstant això, en la pràctica comunitària, se sol designar amb este terme aquells servicis de naturalesa econòmica a què els estats membres o la comunitat imposen obligacions específiques de servici públic en virtut d'un criteri d'interés general. La “naturalesa” econòmica estarà lligada a la seua activitat; així, si esta activitat consistix a oferir béns o servicis en un determinat mercat en el marc de la lliure competència i d'acord amb les regles d'eixe mercat, parlarem d'activitat econòmica i, per tant, de naturalesa econòmica de l'activitat. No oblidem en este tema la liberalització de determinats sectors com l'electricitat, el gas, les telecomunicacions, els servicis postals, els servicis funeraris.

Hem d'entendre que, d'acord amb la legislació local de la Generalitat i l'estatal, no pareixen distingir-hi, si bé reserven el monopoli als servicis mínim obligatoris, i que la Constitució Espanyola, en l'article 128, reconeix la iniciativa pública en l'activitat econòmica, i establix que



mitjançant una llei es podrà reservar al sector públic recursos o servicis essencials, especialment en cas de monopoli; i amb la pràctica comunitària esmentada, el plantejament de la lliure concurrència en la gestió indirecta de l'abastiment domiciliari d'aigua potable centraria la clau en què entenem per servici prestat en lliure concurrència: ¿la liberalització de l'activitat -per tant en concurrència competitiva del dit abastiment amb els ajuntaments- d'empreses basant-se en la liberalització del sector, com ocorre amb altres sectors com els servicis funeraris, l'energia, els servicis postals, les telecomunicacions? ¿la continuïtat de competència municipal reservada però de lliure concurrència pel principi propi de la contractació pública que regix la gestió indirecta del subministrament d'abastiment domiciliari d'aigua potable? Davant d'això, esta Junta insisteix que l'Ajuntament ha de sol·licitar l'informe dels òrgans competents en matèria de règim local i d'aigües. En tot cas, no podem obviar la reserva i la condició de servici mínim obligatori que necessàriament han de prestar els municipis sobre la base de la legislació de contractes, inexcusablement.

Així mateix, insisteix que, en este cas, l'Ajuntament consultant, a la vista de l'abastiment d'aigua potable a la població per xarxes pròpies de l'empresa prestatària actualment, voldria dirigir-se cap al monopoli per a poder procedir en els termes descrits en la legislació local. Però com hem reiterat abans, ha d'assegurar-se del títol jurídic que té l'empresa per a la prestació de subministrament en baixa i del de les instal·lacions realitzades per esta.

A esta Junta només li competix interpretar la legislació de contractes, la qual s'està incomplint, i l'Ajuntament ha de reconduir la prestació de l'esmentat subministrament en baixa a esta i aplicar en la seua contractació els principis de la legislació en vigor d'igualtat i no-discriminació, lliure concurrència i transparència, així com els preceptes específics del contracte de gestió de servicis públics en règim de concessió, i fer per a este tipus de contracte especial insistència en el règim jurídic bàsic del servici, l'avantprojecte d'explotació o l'estudi de viabilitat econòmica i, si és el cas, l'avantprojecte de les obres precises, el preu del contracte segons la utilització, és a dir, les seues tarifes, taxes o preus unitaris. Així mateix, cal indicar que el Reial Decret 1.098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, deixa subsistent el títol III del Reglament de Servicis de les Corporacions Locals, aprovat per Decret de 17 de juny de 1955, només en allò que no s'opose a la llei. Per tant, informar sobre si és procedent aplicar el Reglament de Servicis de les Corporacions Locals o la Llei de la Generalitat de Règim Local, o ambdós, no és objecte d'informe per esta Junta.

Finalment, quant a la iniciativa privada que es consulta, hem de comunicar que el vigent text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, com ho fera la Llei de Contractes del Sector Públic només al·ludix a este supòsit en els contractes de concessió d'obra pública.

CONCLUSIONS

PRIMERA. Sobre les qüestions que planteja l'Ajuntament consultant a esta Junta, relatives a les formes de prestació indirecta del servici local d'abastiment d'aigua per a consum humà, només es poden respondre a la vista de la legislació de contractes públics que és, preceptivament, la normativa bàsica d'aplicació, per la qual cosa, com més prompte millor, hauria de reconduir-se la situació existent, atés que s'està incomplint manifestament. La seua

contractació ha de sotmetre's als principis de publicitat, transparència, lliure concurrència i igualtat i no-discriminació que regixen la regixen, així com als preceptes particulars del contracte de gestió de servicis públics.

SEGONA. Atés que el servici d'abastiment domiciliari d'aigua potable que serà objecte de la contractació és un servici propi, obligatori i reservat a l'entitat local, i que així mateix és susceptible d'explotació per compte i risc de l'adjudicatari, assumint el contractista el risc de l'explotació, així com la remuneració segons la demanda i la disponibilitat de les instal·lacions i exposat a les incerteses del mercat, entenem que la figura concessional és la modalitat de contractació adequada i pròpia de la gestió indirecta d'este servici públic.

TERCERA. D'acord amb les dades que figuren en la consulta, l'empresa disposa d'una autorització únicament per al subministrament d'aigua en alta. Llevat que l'empresa tinguera reconeguda una concessió legalment, la qual cosa, de les dades indicades en la consulta, no sembla, i com que l'entitat municipal, llavors, ha d'actuar per a adequar-se a la legislació de contractes, el fet que realitzara el subministrament domiciliari sense cap concessió i, per tant, d'haver realitzat obres no tenint cap títol, no pareix respondre a la legalitat.

Este informe s'emeta a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Vist i plau
EL PRESIDENT DE LA JUNTA

Margarita Vento Torres

José Manuel Vela Bargues

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 9 de juliol de 2012