Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5
15707 Santiago de Compostela
Tfno.: 981 957 561. Fax: 981 957 560
www.consellogalegodacompetencia.es

INFORME FUNCIÓN CONSULTIVA FC 2/2016.- CONSULTA RELATIVA AO RÉXIME DE PRESTACIÓN DO SERVIZO DE ABASTECEMENTO DE AUGA POTABLE FORMULADA POLO CONCELLO DE CARNOTA.

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente.
D. Fernando Cachafeiro García, vogal-secretario.

En Santiago de Compostela, a 21 de abril de 2016.

Vista a solicitude de Informe efectuada polo Concello de Carnota (A Coruña) o 11 de febreiro de 2016, relativa ao servizo de abastecemento de auga potable no marco da Mancomunidade de Auga dos Concellos de Carnota e Muros, o Pleno do Consello Galego da Competencia, coa composición expresada e sendo relator D. Francisco Hernández, presidente, na súa reunión celebrada o 21 de abril de 2016, acordou emitir o presente informe ao abeiro do disposto nos artigos 7.1 e 24.e) da *Lei 1/2011, do 2*8 de *febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia*.

I.- ANTECEDENTES

1. O 11 de febreiro de 2016, recibiuse solicitude de informe neste Consello Galego da Competencia, formulada polo Alcalde do Concello de Carnota (A Coruña), verbo do servizo de abastecemento de auga potable no marco da Mancomunidade de Auga dos Concellos de Carnota e Muros.

2. Na referida comunicación solicitábase a opinión do Consello Galego da Competencia respecto de determinadas cláusulas da concesión administratia vixente para a prestación do referido servizo.

II.- CONSIDERACCIÓNS DENDE A PERSPECTIVA DA COMPETENCIA

3. O abastecemento de auga potable a domicilio e, como recolle a Lei 7/1985, do 2 de abril, Reguladora das Bases de Réxime Local no seu artigo 25.2.c) e 26.1.a), é unha das competencias que os concellos deben exercer “en todo caso” como competencias propias, nos termos da lexislación do Estado e das Comunidades Autónomas, constituíndo a súa prestación un dos servizos básicos que están obrigados a prestar aos seus veciños, como o alumeado público, o cemiterio, a recollida de residuos ou a limpeza viaria.

4. Tal consideración ten como consecuencia que dita actividade fora asumida baixo a clásica concepción do servizo público, e cuxa titularidade fora considerada como pública (publicatio), aínda que a súa xestión puidera desenvolverse mesmo de xeito indirecto.

5. Resulta evidente que a clásica noción de servizo público, aínda que se mantén na nosa Constitución de 1978, ten que reinterpretarse desde unha nova perspectiva, inspirada na concepción do Estado Social que o propio texto constitucional consagra desde o primeiro dos seus artigos.

6. A lectura constitucional da clásica visión do servizo público e da ríxida intervención administrativa que a acompañaba recondúcese a unha nova visión na que o papel dos

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5
15707 Santiago de Compostela
Tfno.: 981 957 561. Fax: 981 957 560
www.consellogalegodacompetencia.es

poderes públicos se centra en la función de garantía e regulación, que propugna unha maior dose de colaboración público-privada a hora da xestión destes servizos públicos.

7. De feito, o propio Tribunal Supremo, en sentencias como a de 22 de setembro de 1994, ten admitido, no campo dos servizos de abastecemento de auga, situacións de prestación non publificadas, apelando á doutrina do servizo público obxectivo ou do servizo público impropio, respecto do cal o concello , sen ter municipalizado o servizo, non aparece despoxado das correspondentes facultades de regulación e intervención (suxeición a licencia operativa, intervención tarifaria, garantías de acceso, e incluso posibilidade de secuestro por razóns sanitarias o de interrupción do abastecemento).

8. Esta evolución na visión do papel dos poderes públicos respecto de certos servizos esenciais enlaza coa que desde a Unión Europea vense a construír a partir da máis ampla noción de servizo de interese xeral (SIX) e, máis concretamente, da de servizo de interese económico xeral (SIEX), coa que se definen aquelas actividades de servizo comercial que cumpran misións de interese xeral e que, polo tanto, están suxeitas a obrigas específicas de servizo público, como acontece no casos das redes de transporte, enerxía, comunicación ou nos servizos postais.

9. Débese lembrar que a noción de SIEX é propia do Dereito da Unión Europea, pois introduciuse no tratado polo que se creou a Comunidade Económica Europea, en 1957, no por aquel entón artigo 86 TCE, e que se mantén no actual artigo 106 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), no marco das normas sobre a competencia. No actual artigo 106.2 TFUE se dispón que "As empresas encargadas da xestión de servizos de interese económico xeral ou que teñan o carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas ás normas dos Tratados, en especial ás normas sobre competencia, na medida en que a aplicación de ditas normas non impida, de feito ou o de dereito, o cumprimento da misión específica a elas confiada. O desenvolvemento dos intercambios non deberá quedar afectado en forma tal que sexa contraria ao interese da Unión."

10. Debe destacarse, non obstante, que a despublificación dos servizos hidráulicos non é unha esixencia imposta polo Dereito da Unión Europea. Aos servizos hidráulicos aplícanse as normas europeas de carácter horizontal, como as protectoras de consumidores e usuarios, as de contratación pública e as medioambientais, neste último caso con presencia dunha Directiva sectorial tan importante como a Directiva Marco da Auga[1], cuxo ámbito de aplicación non se estende so á protección do recurso, senón tamén a aspectos organizativos da súa xestión e á vertente económica da recuperación dos custes asociados á súa utilización.

11. A normativa europea non esixe a desaparición das publificacións nin os dereitos exclusivos para pasar a un sistema de regulación económica en competencia. Ao tratarse de SIEG se aplicarán, no que proceda, as normas e liberdades do mercado interior e a normativa de competencia.

12. A Directiva de Servicios[2] especifica con claridade no seu artigo 1.2 que «non trata a liberalización de servizos de interese económico xeral reservados ás entidades públicas ou privadas nin a privatización de entidades públicas prestadoras de servizos». Asemade,

---

[1] Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 23 de outubro de 2000, pola que se establece un marco comunitario de actuación no ámbito da política de augas DO L 327 22/12/2000. Modificada pola Decisión 2455/2001/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 20 de novembro de 2001, pola que se aproba a lista de sustancias prioritarias no ámbito da política de augas, e pola que se modifica a Directiva 2000/60/CE, DO L 331 15-12-2001.

[2] Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior (DO L 376, de 27.12.2006, p. 36)

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5
15707 Santiago de Compostela
Tfno.: 981 957 561. Fax: 981 957 560
www.consellogalegodacompetencia.es

no seu artigo 17, exceptúa de maneira expresa a libre prestación de servizos aos de distribución e subministro de auga e os de augas residuais.

13. Desde a perspectiva da competencia, como se recolle no xa citado artigo 106.2 TFUE, a aplicación das normas sobre competencia tamén queda exceptuada na medida en que a aplicación de tales normas impidan, de feito ou de dereito, o cumprimento da misión específica confiada ás empresas encargadas da xestión de servizos de interese económico xeral.

14. Desde esta mesma perspectiva existen diversos pronunciamentos das Autoridades de competencia que poden considerarse relevantes na concreta materia sobre a que se solicita a consulta. A este respecto, na Resolución do Tribunal de Defensa da Competencia, do 30 de xaneiro de 1998, no Expediente r 271/97, Aquagest, na que se analizaba, desde a perspectiva da posible existencia de indicios de abuso de posición de dominio (actual artigo 2 LDC), unha decisión do Concello de Albacete que tiña como consecuencia a ampliación do ámbito do monopolio da prestación do servizo de subministro domiciliario de auga potable, que consistiu en impedir que os aparatos contadores de auga puideran ser instalados libremente polos usuarios con aparato e instalador da súa elección (sempre e cando o modelo fora homologado) para substituílo polo subministro e instalación exclusiva polo concello ou o concesionario. Nese caso, o TDC sinalou con claridade que:

> "É o certo que esta actuación produciu o reforzo do ámbito de actuación do monopolista ata extremos posiblemente inxustificados, xa que se acaso pode encontrarse algunha xustificación no feito de que a rede de subministro domiciliario de auga potable poda ser prestada en réxime de monopolio por canto que pode constituír un monopolio natural, esa xustificación termina no momento no que a rede abandona o espazo público para entrar na propiedade privada. Nese orde de cousas as razóns técnicas aducidas polo Concello para xustificar que todos os aparatos contadores sexan subministrados e instalados en réxime de monopolio non resultan convincentes por cuanto que pódese conseguir o mesmo obxectivo perseguido por outros condutos tales como o de permitir exclusivamente a instalación de aparatos que estiveran homologados e con esa decisión existiría máis competencia entre operadores. [...]."

15. Téñase en conta que, respecto das condutas exentas por lei, que o actual artigo 4 LDC dispón ao respecto:

> «1. Sen prexuízo da eventual aplicación das disposicións comunitarias en materia de defensa da competencia, as prohibicións deste capítulo non se aplicarán ás condutas que resulten da aplicación dunha lei.
> 2. As prohibicións deste capítulo aplicaranse ás situacións de restrición de competencia que deriven do exercicio doutras potestades administrativas ou sexan causadas pola actuación dos poderes públicos ou as empresas públicas sen o dito amparo legal.»

16. No presente caso, as cláusulas ás que se fai referencia no escrito, relativas á execución das obras de acometida como competencia exclusiva do concesionario e a reserva da colocación dos contadores a favor do concesionario aparecen recollidas na correspondente ordenanza municipal e teñen fixada a súa correspondente tarifa pola Xunta da Mancomunidade de Auga dos concellos de Carnota e Muros.

17. Tal atribución ao concesionario, delimitando o ámbito reservado e polo tanto a posición de dominio do que se inviste ao concesionario, estendese máis aló do que poderíase reputar «monopolio natural», polo que debería estar adecuadamente xustificada e ser proporcional ao fin ou razón que a xustifica, entre outras posibles razóns, polo equilibrio

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5
15707 Santiago de Compostela
Tfno.: 981 957 561. Fax: 981 957 560
www.consellogalegodacompetencia.es

financeiro que garanta a prestación axeitada do servizo, extremo este que non é posible coñecer coa información aportada coa consulta.

III.- CONCLUSIÓNS

PRIMEIRA.- Corresponde aos poderes públicos, no ámbito das súas respectivas competencia, promover a libre competencia nos mercados

SEGUNDA.- Corresponde a entidade local que formula a consulta valorar a concreta situación de feito e dereito que concorren no presente caso ao obxecto de adoptar, se fora preciso, as medidas que considere máis axeitadas para conciliar a necesidade de garantir a prestación dun servizo esencial como ó subministro de auga, coas vantaxes derivadas da introdución dunha maior dose de competencia efectiva na súa concreta prestación, evitando as situación de posición de dominio ou de poder no mercado que poidan resultar abusivas ou non se atopen axeitadamente xustificadas, poñendo, no seu caso, en coñecemento das autoridades de competencia calquera indicio de conducta que puidera infrinxir o previsto na Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia.