



INFORME FUNCIÓN CONSULTIVA FC 2/2016.- CONSULTA RELATIVA AL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE FORMULADA POR EI AYUNTAMIENTO DE CARNOTA.

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente.

D. Fernando Cachafeiro García, vocal-secretario.

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

Vista la solicitud de Informe efectuada por el Ayuntamiento de Carnota (A Coruña) el 11 de febrero de 2016, relativa al servicio de abastecimiento de agua potable en el marco de la Mancomunidad de Agua de los Ayuntamientos de Carnota y Muros, el Pleno del Consejo Gallego de la Competencia, con la composición expresada y siendo ponente D. Francisco Hernández, presidente, en su reunión celebrada el 21 de abril de 2016, acordó emitir el presente informe al amparo de lo dispuesto en los artículos 7.1 y 24.y) de la *Ley 1/2011, del 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia*.

I.- ANTECEDENTES

1. El 11 de febrero de 2016, se recibió solicitud de informe en este Consejo Gallego de la Competencia, formulada por el Alcalde del Ayuntamiento de Carnota (A Coruña), verbo del servicio de abastecimiento de agua potable en el marco de la Mancomunidad de Agua de los Ayuntamientos de Carnota y Muros.

2. En la referida comunicación se solicitaba la opinión del Consejo gallego de la Competencia respecto a determinadas cláusulas de la concesión administrativa vigente para la prestación del referido servicio.

II.- CONSIDERACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA

3. El abastecimiento de agua potable a domicilio y, como recoge la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local en su artículo 25.2.c) y 26.1.a), es una de las competencias que los ayuntamientos deben ejercer “en todo caso” como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, constituyendo su prestación uno de los servicios básicos que están obligados a prestar a sus vecinos, como el alumbrado público, el cementerio, la recogida de residuos o la limpieza viaria.

4. Tal consideración tiene como consecuencia que dicha actividad había sido asumida bajo la clásica concepción del servicio público, y cuya titularidad había sido considerada cómo pública (*publicatio*), aunque su gestión había podido desarrollarse mismo de manera indirecta.



5. Resulta evidente que la clásica noción de servicio público, aunque se mantiene en nuestra Constitución de 1978, tiene que reinterpretarse desde una nueva perspectiva, inspirada en la concepción del Estado Social que el propio texto constitucional consagra desde lo primero de sus artículos.

6. La lectura constitucional de la clásica visión del servicio público y de la rígida intervención administrativa que la acompañaba se reconduce a una nueva visión en la que el papel de los poder públicos se centra en la función de garantía y regulación, que propugna una mayor dosis de colaboración público-privada a la hora de la gestión de estos servicios públicos.

7. De hecho, el propio Tribunal Supremo, en sentencias como la de 22 de septiembre de 1994, ha admitido, en el campo de los servicios de abastecimiento de agua, situaciones de prestación no publicadas, apelando a la doctrina del servicio público objetivo o del servicio público impropio, respeto del cual el ayuntamiento, sin tener municipalizado el servicio, no aparece despojado de las correspondientes facultades de regulación e intervención (sujeción la licencia operativa, intervención tarifaria, garantías de acceso, e incluso posibilidad de secuestro por razones sanitarias o de interrupción del abastecimiento).

8. Esta evolución en la visión del papel de los poder públicos respecto a ciertos servicios esenciales enlaza con la que desde la Unión Europea se viene a construir a partir de la más amplia noción de servicio de interés general (SIX) y, más concretamente, de la de servicio de interés económico general (SIEX), con la que se definen aquellas actividades de servicio comercial que cumplan misiones de interés general y que, por lo tanto, están sujetas a deberes específicos de servicio público, como sucede en el casos de las redes de transporte, energía, comunicación o en los servicios postales.

9. Se debe recordar que la noción de SIEX es propia del Derecho de la Unión Europea, pues se introdujo en el tratado por lo que se creó la Comunidad Económica Europea, en 1957, en el por aquel entonces artículo 86 TCE, y que se mantiene en el actual artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el marco de las normas sobre la competencia. En el actual artículo 106.2 TFUE se dispone que “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o lo de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.”

10. Debe destacarse, no obstante, que la despublicación de los servicios hidráulicos no es una exigencia impuesta por el Derecho de la Unión Europea. A los servicios hidráulicos se aplican las normas europeas de carácter horizontal, como las protectoras de consumidores y usuarios, las de contratación pública y las medioambientales, en este último caso con presencia de una Directiva sectorial tan importante como la Directiva Marco del agua¹, cuyo ámbito de aplicación no se extiende solo a la protección del recurso, sino

¹ Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas DEL L 327 22/12/2000. Modificada por la Decisión 2455/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001, por la que se aprueba la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas, y por la que se modifica la Directiva 2000/60/CE, DEL L 331 15-12-2001.



también a aspectos organizativos de su gestión y a la vertiente económica de la recuperación de los costes asociados a su utilización.

11. La normativa europea no exige la desaparición de las publicaciones ni los derechos exclusivos para pasar a un sistema de regulación económica en competencia. Al tratarse de SIEG se aplicarán, en el que proceda, las normas y libertades del mercado interior y la normativa de competencia.

12. La Directiva de Servicios² especifica con claridad en su artículo 1.2 que «no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios». Así mismo, en su artículo 17, exceptúa de manera expresa la libre prestación de servicios a los de distribución y suministro de agua y los de aguas residuales.

13. Desde la perspectiva de la competencia, como se recoge en el ya citado artículo 106.2 TFUE, la aplicación de las normas sobre competencia también queda exceptuada en la medida en que la aplicación de tales normas impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general.

14. Desde esta misma perspectiva existen diversos pronunciamientos de las Autoridades de competencia que pueden considerarse relevantes en la concreta materia sobre la que se solicita la consulta. A este respecto, en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 de enero de 1998, en el Expediente r 271/97, Aquagest, en la que se analizaba, desde la perspectiva de la posible existencia de indicio de abuso de posición de dominio (actual artículo 2 LDC), una decisión del Ayuntamiento de Albacete que tenía como consecuencia la ampliación del ámbito del monopolio de la prestación del servicio de suministro domiciliario de agua potable, que consistió en impedir que los aparatos contadores de agua pudieran ser instalados libremente por los usuarios con aparato e instalador de su elección (siempre y cuando el modelo hubiese sido homologado) para sustituirlo por el suministro e instalación exclusiva por el ayuntamiento o el concesionario. En cuyo caso, el TDC señaló con claridad que:

“Es lo cierto que esta actuación produjo el refuerzo del ámbito de actuación del monopolista hasta extremos posiblemente injustificados, ya que si acaso puede encontrarse alguna justificación en el hecho de que la red de suministro domiciliario de agua potable pueda ser prestada en régimen de monopolio por cuanto que puede constituir un monopolio natural, esa justificación termina en el momento en el que la red abandona el espacio público para entrar en la propiedad privada. En ese orden de cosas las razones técnicas aducidas por el Ayuntamiento para justificar que todos los aparatos contadores sean suministrados e instalados en régimen de monopolio no resultan convincentes por cuanto que se puede conseguir el mismo objetivo perseguido por otros conductos tales como el de permitir exclusivamente la instalación de aparatos que estuvieran homologados y con esa decisión existiría más competencia entre operadores. [...]”

² Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376, de 27.12.2006, p. 36)



15. Téngase en cuenta que, respecto de las conductas exentas por ley, que el actual artículo 4 LDC dispone al respecto:

«1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones de este capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. Las prohibiciones de este capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poder públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.»

16. En el presente caso, las cláusulas a las que se hace referencia en el escrito, relativas a la ejecución de las obras de acometida como competencia exclusiva del concesionario y la reserva de la colocación de los contadores a favor del concesionario aparecen recogidas en la correspondiente ordenanza municipal y tienen fijada su correspondiente tarifa por la Xunta de la Mancomunidad de Agua de los ayuntamientos de Carnota y Muros.

17. Tal atribución al concesionario, delimitando el ámbito reservado y por lo tanto la posición de dominio del que se inviste al concesionario, extendiera más allá del que se podría reputar «monopolio natural», por lo que debería estar adecuadamente justificada y ser proporcional al fin o razón que la justifica, entre otras posibles razones, por el equilibrio financiero que garantice la prestación idónea del servicio, extremo este que no es posible conocer con la información aportada con la consulta.

III.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- Corresponde a los poder públicos, en el ámbito de sus respectivas competencia, promover la libre competencia en los mercados

SEGUNDA.- Corresponde a la entidad local que formula la consulta valorar la concreta situación de hecho y derecho que concurren en el presente caso al objeto de adoptar, si fuese preciso, las medidas que considere más adecuadas para conciliar la necesidad de garantizar la prestación de un servicio esencial como el suministro de agua, con las ventajas derivadas de la introducción de una mayor dosis de competencia efectiva en su concreta prestación, evitando las situación de posición de dominio o de poder en el mercado que puedan resultar abusivas o no se encuentren adecuadamente justificadas, poniendo, en su caso, en conocimiento de las autoridades de competencia cualquier indicio de conducta que hubiese podido infringir lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.