



I 02/10 INFORME SOBRE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA EN EL MUNICIPIO DE VEJER DE LA FRONTERA (CÁDIZ), MEDIANTE GESTIÓN DIRECTA Y EFECTIVA EJECUCIÓN EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO.

Consejo:

Gaspar Llanes Díaz-Salazar, Presidente
Ana Isabel Moreno Muela, Vocal Primera
Juan Luis Millán Pereira, Vocal Segundo

Sevilla, a 21 de enero de 2010.

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, con la composición expresada y siendo ponente Juan Luí Millán Pereira, a instancias de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Cádiz y con motivo de la solicitud realizada por el Excmo. Ayuntamiento de Vejer de la Frontera (Cádiz) de aprobación por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la prestación en dicho municipio **del servicio de abastecimiento de agua en régimen de monopolio**, emite presente informe:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 6 de marzo de 2009, el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Vejer de la Frontera acordó incoar expediente para la municipalización del servicio esencial reservado de abastecimiento y depuración de aguas, y constituir una Comisión de Estudio con el objetivo de redactar una Memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de dicha actividad económica, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.
2. En sesión de fecha 19 de mayo de 2009, la Comisión de Estudio acordó por mayoría dictaminar favorablemente la Memoria *relativa a la constitución de una Sociedad Municipal para el abastecimiento de aguas en Vejer de la Frontera* (en adelante, Memoria) donde se propone la gestión directa de este servicio público y su efectiva ejecución en régimen de monopolio.
3. En sesión plenaria de fecha 6 de julio de 2009, se acordó tomar en consideración y aprobar de forma provisional dicha Memoria, así como someter dicho acuerdo a información pública.



4. El Pleno del Ayuntamiento de Vejer de la Frontera, en sesión de fecha 8 de septiembre de 2009, acordó aprobar de forma definitiva la Memoria en la que se proponía la prestación del servicio a través de una sociedad mercantil creada al efecto y de capital social íntegramente municipal denominada *Empresa Municipal de Aguas de Vejer, S.L.*, así como el proyecto de precios del servicio.
5. Según escrito de fecha 21 de octubre de 2009, el Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Vejer de la Frontera remite el expediente completo a la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía con el objeto de que el Consejo de Gobierno resuelva sobre la aprobación de la ejecución efectiva en régimen de monopolio de la actividad propuesta.
6. Con fecha 28 de diciembre de 2009 tuvo entrada en el Registro General de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) escrito de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía por el que solicita la emisión de informe en materia de competencia en relación con la solicitud descrita en el punto anterior.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La elaboración de este informe forma parte de las competencias atribuidas a la ADCA en el artículo 3.f) Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía. En concreto, su emisión corresponde al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, a propuesta de la Dirección del Departamento de Estudios, Análisis de Mercados y Promoción de la Competencia, según se establece en el artículo 8.2) del Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, de la Consejería de Economía y Hacienda, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

III. ANÁLISIS DE COMPETENCIA

1. La Constitución Española reconoce en su artículo 128.2 la iniciativa pública en el ejercicio de la actividad económica, pudiendo mediante Ley reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio.
2. El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece que el municipio ejercerá en todo caso, competencias en materia de suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Por su parte, el artículo 26.1 de la referida Ley, establece la obligatoriedad de que todos los municipios, por sí o asociados, presten servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado. Mientras que el 86 declara la reserva en favor de las Entidades locales en materia de abastecimiento y depuración de aguas.
3. Los entes locales gozan de autonomía de organización en servicios de su competencia, tal y como establece el artículo 30 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Esta autonomía organizativa se concreta en el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, donde se establecen las formas de gestión de los servicios públicos,

señalándose expresamente las directas y remitiendo a la Ley de Contratos del Sector Público en lo referente a las formas de gestión indirectas, en concreto a las previstas para el contrato de gestión de servicios públicos.

4. El referido artículo 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, donde se regula el procedimiento que deberán seguir las entidades locales para el ejercicio de cualesquiera actividades económicas, establece que en la Memoria que se habrá de elaborar al efecto se determinará la forma de gestión y si se pretende su prestación efectiva en régimen de monopolio, se justificará su conveniencia. En otras palabras, en ella deberá quedar acreditado que el sistema de gestión elegido garantiza la consecución de unos niveles adecuados de eficacia y eficiencia; y, en su caso, que la mejor satisfacción del interés general requiere la provisión del servicio mediante estructuras de mercado donde actúe un único oferente. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en diversos asuntos sobre la necesidad de probar que el mantenimiento del monopolio de los servicios públicos es necesario para asegurar adecuados niveles de vida a los ciudadanos.
5. El servicio público de abastecimiento, suministro y saneamiento de agua potable en el municipio de Vejer de la Frontera se venía prestando desde el 1 de julio de 1993 en régimen de gestión indirecta y monopolio, a través de la sociedad *Proyectos, Servicios e Instalaciones, S.A.* (hoy *Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A.*), en virtud del correspondiente contrato de concesión administrativa. Dicho contrato fue denunciado por el Excmo. Sr. Alcalde mediante escrito de 31 de marzo de 2008, decisión que fue ratificada en la sesión extraordinaria y urgente del Pleno Municipal de fecha 30 de junio de 2008. El argumento empleado en la denuncia fue la voluntad del Ayuntamiento de “acometer la gestión integral del agua (prestación del servicio de abastecimiento, saneamiento, tratamiento y depuración de aguas residuales) para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Real Decreto Ley 11/95, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, por el que se traspuso la Directiva 91/271/CEE, del Consejo, de 21 de mayo, en la cual se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las aguas residuales urbanas son tratadas correctamente antes de su vertido” (p.8).
6. En la Memoria explicativa del nuevo modelo de provisión propuesto del servicio se señala que la gestión directa se plantea como la herramienta más oportuna para gestionar el uso eficiente y sostenible de un recurso tan esencial, a la vez que dota al municipio de un papel protagonista en la nueva estrategia del ciclo integral del agua, máxime en un entorno geográfico complejo desde el punto de vista hídrico y que exige la realización de importantes inversiones en materia de infraestructura hidráulicas. En tanto que se considera que la prestación de este servicio público por parte de una empresa de capital íntegramente público constituye el instrumento que mayor inmediatez y flexibilidad proporciona para adaptarse a una realidad económica dinámica y cambiante, por cuanto está exento de la burocracia y de las limitaciones operativas que la estructura administrativa impone (pp.43 y 44).
7. A juicio de este Consejo, la Memoria no contiene un análisis suficientemente detallado de las ventajas e inconvenientes de las distintas formas alternativas de gestión de entre las previstas en la Ley, todo ello desde el punto de vista del

interés de la comunidad beneficiaria del servicio público. Es más, entendemos que afirmaciones como que “esta actuación no pierde de vista el interés público que la mueve, reportando más ventajas a los habitantes del Municipio que a través de la iniciativa privada o la gestión indirecta, porque desde la Administración se atiende mejor las necesidades colectivas, en tanto que representante del interés general” (p.7 de la Memoria), contienen reflexiones inconsistentes desde una perspectiva teórica e insostenibles desde un punto de vista legal, por cuanto la propia Ley establece la posibilidad de que los servicios públicos locales se presten a través de mecanismos de gestión indirecta, dejando a la administración competente la elección del sistema más eficiente y que mejor satisfaga el interés de sus administrados en función de las circunstancias concretas que concurren en cada caso.

Tampoco sobre la conveniencia o necesidad de prestar el servicio en régimen de monopolio.

8. Con respecto a la primera de las deficiencias conviene señalar que si bien no existe obligación legal de realizarla, tan sólo que la Memoria contenga un pronunciamiento explícito sobre la modalidad de gestión elegida, ésta hubiese sido deseable desde el punto de vista de la competencia, máxime cuando la propuesta contiene un cambio de forma de gestión, de indirecta a directa.

Por el contrario, y en relación con la segunda, existe la obligación legal de justificar su conveniencia cuando la prestación de cualquier actividad económica por parte de las entidades locales se decida realizar en régimen de monopolio; y ello incluye el supuesto concreto de gestión directa de los servicios públicos sobre los que se ha realizado reserva en el ámbito municipal, y que constituye el objeto del presente informe.

En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma clara y definido con precisión el contenido de los conceptos servicio público y reserva de servicio locales. En concreto en la Sentencia de 23 de mayo de 1997 (Ar.4065) se manifestó en los siguientes términos:

“El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la ley y que comporta, un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con lo reiterado en el art.85 LRBRL, que considera servicios públicos *a cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales*. Este concepto (servicio público) atiende (en el ámbito local) no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares”.

En tanto que en la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ar.8890) afirmó que supone “una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de Ley a la Administración para que ésta lo dirija, lo reglamente y gestione en forma directa o indirecta, y a través de la cual presta un servicio público de forma regular y continua”.

Con base en ambas sentencias entendemos que la existencia de una reserva legal a favor de una entidad local ni implica titularidad local (monopolio de iure), ni

supone la gestión directa y ni necesariamente el ejercicio en régimen de monopolio de la actividad. Es decir, no determina el modo de gestión, ni condiciona su ejecución al régimen de monopolio, por lo que la justificación de su conveniencia constituye, además de un elemento deseable desde el punto de vista de competencia, una obligación legal insoslayable, como señalábamos más arriba.

Pero la Memoria no contiene ningún análisis de las posibles ventajas de la opción elegida frente a otras más competitivas.

9. Es cierto que esta exigencia legal es, si cabe, aún más necesaria cuando el privilegio del monopolio se le otorgue a una persona física o jurídica para la gestión de un servicio público a través de un contrato administrativo. Pero ello no invalida la necesidad de completar el presente expediente administrativo con un análisis sobre la conveniencia o no de la prestación directa del servicio público en régimen de monopolio. Y es que, como ha señalado la Comisión Nacional de Competencia en su Informe I26/7/08, de Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia, en relación con las normas pero que sería extensible al resto de los actos administrativos:

“En aquellos casos en que la consecución de los objetivos definidos requiera introducir, directa o indirectamente, algún tipo de restricciones a la competencia, debería ser condición necesaria para su aprobación la **justificación de la necesidad de tales restricciones**. Al fin y al cabo (...) la libertad de empresa y el buen funcionamiento del mercado son objetivos a cuya defensa también vienen obligados los poderes públicos” (p.20).

Sin duda se podrían haber esgrimido numerosas razones para justificar la opción elegida, desde el carácter demanial los recursos hídricos o de los espacios necesarios para su prestación; hasta el conocido argumento de que nos encontramos en presencia de una actividad cuyas características se corresponden con las de un monopolio natural.

Entendemos que el hecho de que el referido servicio público ya se viniese prestando de forma efectiva en régimen de monopolio, sólo que mediante gestión indirecta, podría haber sido objeto de interpretación por parte de la Corporación Municipal en el sentido de que no fuese necesaria la justificación de este extremo por cuanto no se modificaba el régimen concurrencial existente.

No obstante, y como consecuencia de los argumentos expuestos con anterioridad e independientemente de las consecuencias que pudiera llevar aparejadas en lo referente a la tramitación del expediente administrativo, consideramos que la falta de justificación de este aspecto en la Memoria, **impide a este Consejo pronunciarse sobre si se justifica con base en criterios de competencia la necesidad de prestar el servicio público del ciclo integral del agua en el municipio de Vejer de la Frontera en régimen de monopolio.**