



MODALIDADES CONTRACTUALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS HIDRÁULICOS. EN PARTICULAR, LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

*Jornada “Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de la
contratación pública en el Derecho de Aguas”
Universidad de Murcia 6 de octubre de 2017*

José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

*Catedrático jubilado de Derecho Administrativo. Profesor Emérito
Universidad de Valladolid*

E-mail: marlomu@der.uva.es

**I. LOS SERVICIOS HIDRÁULICOS URBANOS,
SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: SUS FORMAS DE
GESTIÓN**

**II. APLICABILIDAD LIMITADA DE LAS DIRECTIVAS
DE 2014 A LA CONTRATACIÓN DE LA GESTIÓN
INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS HIDRÁULICOS
LOCALES**

**III. SUJECCIÓN A LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO.**

**IV. NUEVOS TIPOS CONTRACTUALES PARA
ENCAUZAR LA CONTRATACIÓN DE LA GESTIÓN
INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA
PRÓXIMA NUEVA LEGISLACIÓN**

V. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA BAJO LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

VI. PRIORIDAD DE LA GESTIÓN INDIRECTA: FUNDAMENTO Y CONSECUENCIAS

I. 1. LOS SERVICIOS HIDRÁULICOS URBANOS, SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

- El *abastecimiento domiciliario de agua potable y el alcantarillado*, servicios obligatorios en todos los Municipios [LBRL 7/1985 art. 26.1.a)] y
- En los de más de 5.000 habitantes lo es **también el *tratamiento de residuos* [art. 26.1.b)]**, y, por tanto, hay que entender que también las aguas residuales.

I. 1. LOS SERVICIOS HIDRÁULICOS URBANOS, SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

El abastecimiento domiciliario y la depuración de aguas

- son servicios esenciales reservados en favor de las *Entidades Locales*,
- su efectiva ejecución, sin embargo, en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma. (LBRL, art. 86).

I. 2. FORMAS DE GESTIÓN

DIRECTA (art.85.2.A)

- *Por la propia Entidad Local,*
- *Organismo autónomo local,*
- *Entidad pública empresarial local o*
- *Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública*

* * *

Las dos últimas **sólo** cuando quede acreditado que **resultan más sostenibles y eficientes** que las otras

INDIRECTA (art. 85.2.B)

Las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre

[A partir Leyes 57/03 y 27/13]

II. APLICABILIDAD LIMITADA DE LAS DIRECTIVAS DE 2014 A LA CONTRATACIÓN DE LA GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS HIDRÁULICOS LOCALES



II. APLICABILIDAD LIMITADA DE LAS DIRECTIVAS DE 2014 A LA CONTRATACIÓN DE LA GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS HIDRÁULICOS LOCALES

CONCESIONES de servicios - “riesgo operacional”-

Exentas de la Directiva 2014/23 (art. 12.1,a) y b), y 2,b)) y de las otras: sólo sometidas a los principios generales del TFUE

CONTRATOS DE SERVICIOS

Sometidos a la Directiva 2014/25 (arts.1.1 y 2, 4.1. y 10)
Por encima de 414.000 € (art. 15)

III. SUJECCIÓN A LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO de la contratación de la gestión indirecta de servicios públicos hidráulicos locales

**SÍ a la
Ley de contratos
del sector público**

(sustituirá al TR de 2011)

**(Arts.5 Ley 31/2007 y Proyecto
LCSE)**

**NO a la
Ley de
contratación
sectores
especiales**
**(agua, energía,
transportes, ss.
postales)**
**(sustituirá Ley
31/2007)**

III. SUJECCIÓN A LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

de la contratación de la gestión indirecta de servicios públicos hidráulicos locales
EN CUANTO A SUS NORMAS SOBRE CONTRATOS
SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

CONCESIONES
de servicios
- “riesgo operacional”-

CONTRATOS
DE SERVICIOS

SEGUIRÁN SIN
SOMETERSE

(Art.1.2,a) Proyecto LCSE)

Però cabe recurso especial a partir de 3 mill €

(Art.44 Proyecto LCSP tras Congreso)

SE
SOMETERÁN
por encima
de 418.000 €
[arts. 1.1,b y
5.3 Proyecto
LCSE (16 y 6
Ley 31/2007)]
Recurso especial
desde 100 mil €

IV. NUEVOS TIPOS CONTRACTUALES PARA ENCAUZAR LA CONTRATACIÓN DE LA GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA PRÓXIMA NUEVA LEGISLACIÓN

CONCESIONES de servicios (públicos)

- “riesgo operacional”-

Proyecto LCSP art. 15

* * *

Suceden al contrato de gestión de servicios públicos en todas sus formas si transfieren “riesgo operacional”

(Proyecto LCSP, Transitoria 34ª)

(Proyecto LCSP, Adicional 19ª: *conciertos*)

CONTRATOS DE SERVICIOS

a favor de los
ciudadanos

Proyecto LCSP, arts. 17 y 312

* * *

Cauce de
contratos de
gestión de
ss.pcos. sin
“riesgo
operacional”

V. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA BAJO LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

a) POSIBLES ADJUDICATARIAS DE CONCESIONES

Incluso “directamente”

siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado

[Disposición adicional 22ª Proyecto LCSP enviado al Senado, adaptando la adicional 29ª del TR 2011)

- **¿Quid de otras posibilidades del 104 TRRL 1986 y 104 RS 1955?**
- **Aplicabilidad Proyecto LCSP, art. 168: STSJCat 126/2016**

V. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA BAJO LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

b) NATURALEZA

BAJO INFLUENCIA DOMINANTE DE LA ENTIDAD TITULAR DEL SERVICIO: ¿“MEDIO PROPIO”?

¿Adicional 22ª Proyecto LCSP: *concurra mayoritariamente capital público con capital privado?*:

Empresa pública (Ley 4/07, art. 2) v. arts. 85.2.A), d) LBRL, 104.1 TRRL y 89 y 106 RSCL (salvo art. 215 Ley 7/99 de AL de Aragón);

Sector público (Diana de Santiago, 2011);

¿No “medio propio”? Proyecto LCSP, art.32.2.c); SSTJCE Sea 2009

SIN INFLUENCIA DOMINANTE DE LA ENTIDAD TITULAR DEL SERVICIO

Modo gestor indirecto –o “mixto” (RSCL, arts. 102 ss)- de servicios públicos (Legislación estatal de contratos públicos hasta ahora; primitivo 85.4,e) LBRL y 104 TRRL), que se puede constituir de **diversos modos** (104 TRRL y RSCL)

V. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA BAJO LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

c) SU SUMISIÓN A LAS REGLAS DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS

¿SI EMPRESA PÚBLICA?

COMO MODO DE GESTIÓN INDIRECTA DE UN SERVICIO PÚBLICO (con “riesgo operacional”)

¿Adicional 22ª y art. 32.2.c) Proyecto LCSP (24.6 TR 2011)?

- ✓ Por conversión de una sociedad concesionaria enteramente privada en una mixta por adquisición de acciones por la entidad titular (Ad. 34ª Proyecto LCSP y RSCL, 104,1ª)
- ✓ En su constitución como sociedad de la entidad titular con empresa especializada (Ad. 34ª Proyecto LCSP y RSCL, 104, 2ª,b y 3ª)
- ✓ En la contratación de la gestión con sociedad mixta preexistente (Ad. 34ª Proyecto LCSP).

V. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA BAJO LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

d) ADQUISICIÓN Y VENTA POR LA ADMINISTRACIÓN EN MERCADOS REGULADOS, DE CUOTAS DE PARTICIPACIÓN en una sociedad gestora de un servicio público, que no alteren su naturaleza pública o privada concesionaria:

Están exentas de la LCSP

(Arts. 9.2 y 10, y ad. 22ª.3 Proyecto LCSP; 104.1ª RSCL).

V. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA BAJO LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

e) OBJETO Y CONDICIONES DE LA CONCESIÓN

- ✓ **Conformes con los fijados en la selección del socio o socios con publicidad y concurrencia.**
- ✓ **Su modificación ha de someterse a las reglas legales sobre modificación de los contratos administrativos**

[Ad. 22ª.1 Proyecto LCSP]

V. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA BAJO LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

f) PUEDE LICITAR ADICIONALMENTE PARA LA OBTENCIÓN DE LA GESTIÓN DE OTROS SERVICIOS EVENTUALMENTE TAMBIÉN PÚBLICOS PERO DE OTRAS ADMINISTRACIONES, en concurrencia con otras entidades o empresas.

[Ad. 22ª.2 Proyecto LCSP]

VI. PRIORIDAD DE LA GESTIÓN INDIRECTA

De los *servicios*, no de las *funciones públicas* (LBRL, 85.2 *in fine*, TRRL, 95, RSCL, 43.1).

FUNDAMENTO

Principios constitucionales

- *pro libertate* esencial al Estado de Derecho (CE, arts. 1.1, 10.1 y 2, 53.1, etc., DUDH, art. 29) y
- *subsidiariedad* propia del Estado social (CE, arts. 1.1., 9.2, 103.1, 128.2)



Proporcionalidad de la intervención pública

VI. PRIORIDAD DE LA GESTIÓN INDIRECTA

FUNDAMENTO

Legal y reglamentario

LRJCP 40/15, art. 4

- **Proporcionalidad;**
- **Medida menos restrictiva;**
- **Adecuación al interés público**

RSCL 1955, art. 45.2

La [gestión directa] tenderá a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que (...) la iniciativa particular y la gestión indirecta

VI. PRIORIDAD DE LA GESTIÓN INDIRECTA: CONSECUENCIAS

EFFECTIVA EJECUCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO

[Excluyendo COMPETENCIA “POR EL MERCADO”]

LBRL 7/86, art. 86.2

**Requiere aprobación por el órgano
competente de la Comunidad
Autónoma**

TRRL 1986, art. 97.2

(Tras Ley 23/2013)

**Previo informe de la autoridad de la
competencia**

AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE LA COMPETENCIA

- **Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, 2008: Nerja y 2010: Vejer de la Frontera**
- **Autoridad Catalana de la Competencia , 2015: Sta.M^a de Oló: *la gestión directa provoca un cierre de mercado (así que tampoco existe **competencia por el mercado**): puede provocar pérdida de eficiencia; 2017, Vidreres.***

ÓRGANOS CONSULTIVOS

- **COMISIÓN JURÍDICA ASESORA** (Cataluña),
Dictamen 232/2017, 7 septiembre,
Abastecimiento de agua potable de Vidreres,
acogiendo criterio de la Autoridad Catalana de
la Competencia –sobre necesidad de justificar
la restricción de la competencia por el
mercado-, aunque finalmente fuese favorable
a la aprobación de la decisión municipal