



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Villar Rojas, Francisco José

El monopolio en el servicio público de suministro de agua en España: conflictos y tutela

Derecho PUCP, núm. 76, 2016, pp. 207-228

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.008>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533662428010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El monopolio en el servicio público de suministro de agua en España: conflictos y tutela

The monopoly on water supply public service in Spain:
conflicts and legal protection

FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS*

Resumen: En España, la prestación del servicio de suministro de agua potable en régimen de monopolio pugna con la existencia de medios que permiten obtener ese recurso de fuentes alternativas. La viabilidad del servicio público requiere mecanismos de tutela frente a esas conductas. El presente estudio analiza el fundamento y el significado de la declaración de monopolio; las excepciones legales a ese régimen, en particular los supuestos de autoconsumo; y los mecanismos existentes para proteger ese régimen y, en su caso, restablecer el monopolio y sus equilibrios.

Palabras clave: suministro de agua – servicio público – monopolio – autoabastecimiento

Abstract: In Spain, the monopoly provision of potable water supply struggles with means to obtain that resource from other sources. The viability of the public service requires mechanisms of protection against such supplies. This study analyzes the foundation and meaning of the declaration of monopoly; legal exceptions to that regime, particularly self-consumption cases; and mechanisms to protect public service provision and, if necessary, restore the monopoly and its balances.

Key words: water supply – public service – monopoly – self-supply

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN: MONOPOLIO VERSUS AUTOCONSUMO EN EL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA.– II. ALCANCE DE LA EXCLUSIVIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.– II.1. SIGNIFICADO JURÍDICO DEL MONOPOLIO.– II.2. IMPOSIBILIDAD DE QUE OTROS OPERADORES REALICEN LA ACTIVIDAD DE SUMINISTRO.– II.3. MPOSIBILIDAD DE LOS USUARIOS DE OBTENER EL SERVICIO DE OTROS PROVEEDORES.– III. LÍMITE: EL AUTOCONSUMO EN LA LEGISLACIÓN DE AGUAS.– III.1. SUPUESTOS REGULADOS.– III.2. COMPATIBILIDAD CON EL MONOPOLIO, EN PARTICULAR, LAS DESALADORAS.– IV. DEFENSA DEL MONOPOLIO.– IV.1. POTESTADES ADMINISTRATIVAS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO.– IV.2. REQUERIMIENTO DE SUSPENSIÓN Y CESE DE LA ACTIVIDAD ILEGAL Y, EN SU CASO, EJECUCIÓN SUBSIDIARIA.– IV.3. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL GESTOR DEL SERVICIO.–

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Laguna, Islas Canarias, España.
Correo electrónico: fjvillar@ull.es

I. INTRODUCCIÓN: MONOPOLIO VERSUS AUTOCONSUMO EN EL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA

El servicio público de suministro de agua a los vecinos es, tradicionalmente, un servicio municipal que, de ordinario, se presta en régimen de monopolio o exclusividad (véanse Molina Giménez, 2001; Álvarez Fernández, 2004; y Mestre Delgado, 2011a; 2011b). Esta forma de prestación no es un mandato imperativo. Por el contrario, de acuerdo con la legislación, este servicio, aun siendo obligatorio, puede ser prestado en concurrencia o en régimen de exclusividad (artículos 26.1.a y 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en adelante LBRL).

Con todo, lo normal es que esta clase de servicios sean prestados en régimen de monopolio por su condición local y por su dependencia de una infraestructura difícilmente duplicable (algo generalizado en todo el mundo, véase Baldwin, Cave & Lodge, 2011, p. 465). Se trata de una modalidad de gestión que, tradicionalmente, se imponía por el procedimiento de «municipalización» y que, tras la Constitución de 1978, se articula a través de la «reserva» de servicios esenciales (ampliamente Díaz Lema, 1994). Con esta modalidad de gestión se persigue asegurar la universalidad e igualdad en el acceso al servicio, la eficiencia en la implantación y uso de las conducciones y canalizaciones, la redistribución de costes entre todos los usuarios (subvenciones cruzadas) y, en la medida de lo posible, la autofinanciación del servicio (que resultaría más difícil si determinados usuarios pudieran quedar, a su arbitrio, fuera de su ámbito, en particular, los industriales). En suma, las ventajas que se predicen de la prestación por un único proveedor de servicios (por más que no puedan olvidarse sus desventajas en términos de inefficiencia, véase Baldwin, Cave & Lodge, 2011, pp. 444-446).

De otra parte, desde siempre también, el suministro de agua potable ha convivido con medios y fórmulas de autoabastecimiento, de modo significativo en el caso de grandes empresas con medios suficientes para disponer de recursos hidráulicos (extrayéndola de ríos, lagos, pozos o galerías) y medios de transporte propios (conducciones y canalizaciones de su titularidad) para trasladarla hasta los lugares de consumo. Se trata de una realidad que la evolución tecnológica ha ido favoreciendo; el paradigma es la desalación de agua marina, que no solo sirve para atender las necesidades propias, sino también para vender a terceros (es el caso de los hoteles situados en el litoral de zonas con problemas de suministro). La mejor prueba de esta realidad es la evacuación de aguas residuales en cantidad que no se corresponde con los suministros

realizados. Se trata de un fenómeno imparable, con independencia del mayor o menor tiempo que requiera su consolidación.

Pues bien, la viabilidad técnica y la asequibilidad económica de estos modos de captación y suministro de agua constituyen un claro desafío a los servicios públicos prestados en condiciones de exclusividad y a sus fundamentos. El autoconsumo de agua, como de cualquier otro suministro (lo mismo ocurre con la electricidad mediante energías alternativas), pone en cuestión la vinculación tradicional entre esa necesidad básica y una infraestructura para atenderla, que, en buena medida, explica la tendencia a su prestación en régimen de exclusividad (monopolio natural). La tecnología que permite el autoabastecimiento evidencia que esa conexión ya no es tan imprescindible.

A buen seguro, esos cambios tecnológicos llevarán a un replanteamiento en el entendimiento y la ordenación de estos servicios (igual que ocurrió con las telecomunicaciones, también muchos años servicios dependientes de la red de cables). Pero, en tanto ese cambio técnico se consolida y el consiguiente cambio legal se produce, la protección de los intereses públicos que subyacen a la prestación tradicional de ese servicio público (universalidad, reparto de costes, autofinanciación) exige establecer con precisión el alcance, los límites y los mecanismos de tutela del monopolio público; única forma de asegurar su funcionalidad y, al mismo tiempo, de acotar el espacio que corresponde al autoabastecimiento. La explicación de este equilibrio jurídico constituye el objeto de este trabajo.

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

II. ALCANCE DE LA EXCLUSIVIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

II.1. Significado jurídico del monopolio

La declaración de monopolio sobre el servicio público significa que las tareas en que consiste el servicio, su prestación, son asumidas por la Administración con exclusión de cualquier otro sujeto, y ello con independencia del modo en que las gestione (Constitución española, artículo 128.2; LBRL, artículo 86.3; 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, artículo 97, en adelante TRRL).

El monopolio significa «exclusividad» (literalmente, STS 3^a de 10 de abril de 1979, RJ 2059¹). Esta condición se proyecta sobre las dimensiones funcional, territorial, personal y prestacional, del servicio público de que se trate. Para explicar cada una de ellas se toma como

¹ Las sentencias se citan por la referencia de la base de datos Westlaw-Aranzadi.

referencia la regulación contenida en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Ministerio de la Gobernación, 1955, en adelante RSCL), el cual continúa vigente (sobre esta norma, véanse Albi Cholbi, 1960; Sosa Wagner, 2008; y Mestre Delgado, 2011a; 2011b).

Exclusividad funcional (RSCL, artículo 47): el monopolio del servicio de suministro y abastecimiento de aguas, así como del alcantarillado, se proyecta sobre todas las tareas en que consisten estas prestaciones (LBRL, artículo 86.3 en relación con los artículos 25.2.c y 26.1.a y b). En concreto, el abastecimiento supone la provisión de agua a domicilio en las condiciones de calidad reglamentarias, lo que abarca la distribución, el almacenamiento y el suministro hasta las instalaciones propias del usuario (véase, entre otras, STS 3^a, de 23 de febrero de 2015, RJ 943). En cuanto al servicio de alcantarillado, en función de la evolución de la legislación, incluye la evacuación/recogida de las aguas residuales, su tratamiento y depuración (en detalle, sobre este servicio, véanse Setuain Mendía, 2002; y Oller Rubert, 2008). A su vez, esa exclusividad se proyecta sobre los medios e infraestructuras necesarios para su prestación, básicamente, las redes de suministro y de evacuación, y las instalaciones complementarias indispensables, que en virtud de esta vinculación tienen la consideración de bienes de dominio público (Ministerio de Administración Territorial, 1986b, artículo 4; Jefatura del Estado, 2003, artículo 5.1).

Exclusividad territorial (RSCL, artículo 46.1.c): el monopolio del suministro de agua y de alcantarillado se extiende sobre cualesquiera necesidades de los mismos que se produzcan en el término municipal (en este sentido, véase STS 3^a, de 7 de diciembre de 1979, RJ 4209). La jurisprudencia habla del «principio de territorialidad» como límite objetivo del monopolio (entre otras, véanse SSTS 3^a de 8 de noviembre de 1988, RJ 8796, de 5 de febrero de 1991, RJ 1244, y de 9 de mayo de 1996, RJ 4115). No existe ninguna parte del municipio excluido, ni siquiera en los bienes declarados dominio público de titularidad estatal situados en el término municipal como puertos y aeropuertos (así, SSTS 3^a, de 19 de junio de 1970, RJ 3413, de 7 de julio de 1980, RJ 4455, y de 14 de noviembre de 1986, RJ 6199).

Exclusividad personal (RSCL, artículo 128.1, obligación segunda): el monopolio obliga a todos cuantos precisen o demanden esos servicios en el término municipal. El que, normalmente, se hable de «vecinos» no puede llevar a equívoco. La obligación se impone sobre cualesquiera ciudadanos o empresas, personas físicas o jurídicas, que precisen de esos servicios por encontrarse en el ámbito del monopolio, sean o no vecinos en sentido estricto, sin que, por otra parte, tengan libertad para elegir proveedor (en este sentido, véase entre otras, STSJ Valencia de 21 de mayo de 2003, Jur 34629).

Exclusividad prestacional (RSCL, artículos 51 y 128.1): el monopolio determina que el gestor autorizado —claro está, también el Ayuntamiento si lo presta de modo directo— es el único que puede atender la demanda de esos servicios mediante el suministro o provisión de los mismos. Es el único al que pueden dirigirse los demandantes de esos servicios, también el prestador obligado a atender esas demandas en las condiciones reglamentariamente establecidas (véase STSJ Valencia de 15 de diciembre de 2000, RJCA 2757).

Pues bien, de este conjunto de dimensiones del monopolio sobre el servicio público, a los efectos de este análisis y del alcance del autoabastecimiento, las más relevantes son la exclusividad prestacional y la personal.

II.2. Imposibilidad de que otros operadores realicen la actividad de suministro

Como queda dicho, la declaración de monopolio determina que el servicio solo puede ser prestado por el único operador o gestor que tenga título habilitante, cualquiera que sea la modalidad del mismo —encomienda, contrato de concesión, autorización— (LBRL, artículo 86.3; TRRL, artículos 100-108). Lo esencial es que sea único o exclusivo.

En razón de esa dimensión, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales formula la siguiente precisión:

«*Aprobada definitivamente la municipalización o provincialización con monopolio, comportará para la Corporación las siguientes facultades: a) impedir el establecimiento de empresas similares dentro del correspondiente territorio jurisdiccional, y b) expropiar las que ya estuviesen instaladas con rescate de concesiones*» (RSCL, artículo 51; TRRL, artículo 98).

Los términos son gráficos. No se trata tan solo de que el prestador sea único, sino que, además, la Corporación puede impedir que otras empresas se establezcan con el fin de ofrecer/prestar ese mismo servicio. De igual modo queda facultada para rescatar, y con ello extinguir, las concesiones otorgadas con anterioridad a la monopolización (véase, entre otras, STS. 3^a, de 18 de junio de 1986, RJ 5516).

Con el fin de viabilizar esas previsiones, ese reglamento —en línea con la legislación vigente— establece un conjunto de previsiones en orden a la expropiación de empresas similares o incompatibles, así como el rescate de concesiones (RSCL, artículos 52-54; TRRL, artículos 98-99). La consecuencia primaria de este régimen es que cualquier empresa u operador que realice la actividad propia del suministro de agua, proveyendo agua a cualesquiera ciudadanos o empresas en el ámbito municipal, distinta de aquella que ostenta el

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

monopolio, estará actuando sin título habilitante, esto es, de manera ilegal o clandestina.

II.3. Imposibilidad de los usuarios de obtener el servicio de otros proveedores

La otra dimensión relevante que comporta el monopolio es el deber de los usuarios de obtener el servicio del único gestor autorizado sin que puedan hacerlo de otro proveedor diferente, ni siquiera de aquel que preste igual servicio en un municipio colindante (RSCL, artículo 47 en relación con el artículo 34). Como queda dicho, la declaración de monopolio determina para los vecinos la condición de servicio de recepción y uso obligatorio del servicio correspondiente. Esto significa obligatoriedad de usar el servicio implantado cuando lo necesiten.

Ahora bien, esta afirmación no supone, sin más, que el servicio sea de recepción obligatoria, esto es, lo demanden o no los usuarios, que es cuestión diferente relacionada con la naturaleza de la contraprestación económica que se imponga (Ministerio de Hacienda, 2004, artículo 20). Por el contrario, el suministro de agua es de prestación voluntaria en el sentido de que no se recibe sin previa solicitud. De este modo, cuando se necesita agua, si el suministro está ordenado en condiciones de monopolio, el usuario viene obligado a recabarla del titular del servicio, que, a su vez, está legalmente obligado a atenderlo (RSCL, artículo 128.1, obligación segunda). El usuario no tiene libertad de elección de proveedor. Si está establecido el monopolio, su derecho solo puede exigirlo y hacerlo efectivo a través de la entidad o empresa gestora correspondiente. En este sentido se pronuncian los Tribunales:

[...] el servicio público de suministro de agua potable es una competencia municipal que obligadamente debe activar el Ayuntamiento (artículo 26 de la LBRL), y pueden exigir los vecinos (artículo 18 de la misma) su prestación, pero no está en manos de estos proveerse del mismo de espaldas a la organización y control municipales, tratándose de un servicio que al tiempo es de recepción obligatoria en edificaciones susceptibles de uso residencial (y otros), de modo que el ordenamiento no reconoce a los propietarios —por razones sanitarias obvias y aun de otra índole— el derecho a decidir si cuentan o no con él» (STSJ Valencia, de 21 de mayo de 2003, Jur 34629).

La consecuencia de esta exclusividad es la ilegalidad de cualquier suministro que un usuario contrate o reciba de un operador distinto del autorizado en el ámbito del monopolio. No obstante, el autoabastecimiento constituye una forma singular de provisión que,

en determinadas condiciones, es compatible con la reserva pública del servicio.

III. LÍMITE: EL AUTOCONSUMO EN LA LEGISLACIÓN DE AGUAS

III.1. Supuestos regulados

El autoabastecimiento consiste en la atención de las necesidades propias mediante el consumo de agua producida con medios propios ya sea por extracción —pozo o galería—, ya sea por producción industrial —básicamente, desalación—. En ningún caso es autoconsumo la provisión desde otro proveedor o usuario distinto del autorizado, como tampoco el suministro a un tercero. La regulación legal de esta opción de consumo se contiene en las siguientes normas:

- La Ley de Aguas permite utilizar en el propio predio aguas procedentes de manantiales y aguas subterráneas localizadas en el mismo con el límite de 7000 m³ anuales (Ministerio de Medio Ambiente, 2001, artículo 54.2; texto refundido de la Ley de Aguas, en adelante TRLA).
- El derecho transitorio de la legislación de aguas, en tanto admite la subsistencia de derechos de propiedad sobre aguas privadas adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de esas normas, lleva implícito el derecho del propietario a utilizarlas para atender sus necesidades (básicamente, de acuerdo con la disposición transitoria tercera del TRLA).
- Con el antecedente del real decreto 1327/1995, de 28 de julio, sobre instalaciones de desalación, la vigente Ley de Aguas, a partir de su modificación por la ley 11/2005, de 22 de junio, limita el derecho a consumir agua procedente de plantas de desalación de agua salada o salobre en volumen igual al permitido para las aguas procedentes de manantiales y subterráneas.

Estos son los supuestos regulados. En ellos, la idea clave es la extracción o producción para consumo propio, sin que sea admisible utilizar el agua obtenida para la provisión de terceros. Igualmente, el agua o, en su caso, la instalación, debe encontrarse o situarse en el propio predio o finca. Este es el ámbito del autoconsumo. A los anteriores cabe añadir los casos de «suministro privado de agua» (Álvarez Fernández, 2004, pp. 371-382), que se producen cuando el servicio público resulta insuficiente o cuando una urbanización privada asume esa prestación como entidad urbanística

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

de conservación, pero, en todo caso, subordinado al funcionamiento de aquél. Ahora bien, en tanto que provisionales, se trata de situaciones distintas de aquellas en las que se centra este análisis.

III.2. Compatibilidad con el monopolio, en particular las desaladoras

Como queda dicho, el problema que suscita el autoabastecimiento es su compatibilidad con la declaración del suministro o abastecimiento como servicio público en régimen de monopolio. En el caso del consumo de aguas de manantiales o subterráneas, su reconocimiento como derecho por la ley estatal, ya sea sobre aguas públicas (máximo 7000 m³ por año), ya sea sobre aguas de propiedad privada preexistentes, parece difícilmente desplazable por la declaración municipal de monopolio (sobre esta regulación, véase Cantero Martínez, 2002). Por supuesto, este supuesto de autoconsumo se reconoce sin desconocer el problema que, para el titular de este derecho, supone asegurar la potabilidad y calidad de esos caudales en caso de uso para consumo doméstico (los exigidos por los criterios sanitarios de la calidad de agua de consumo humano, Ministerio de la Presidencia, 2003).

En cuanto a la producción industrial —desalación—, como queda apuntado, la cuestión resulta más compleja por la evolución cambiante de la normativa básica del Estado sobre esta técnica y sobre ese recurso (sobre el régimen de la desalación, véanse Jiménez Shaw, 2003; 2007; 2009 y 2010; Agudo González, 2004; Blanquer Criado, 2005; Suay Rincón, 2005; y Plaza Martín, 2015). Inicialmente, el real decreto 1327/1995 sobre las instalaciones de desalación de agua marina o salobre admitía el consumo particular en volumen igual al permitido para las aguas subterráneas o de manantiales (un máximo de 7000 m³ anuales, Ministerio de la Presidencia, 1995, artículo 4.5). Con posterioridad, la ley 46/1999, de modificación de la Ley de Aguas de 1985 (redacción anterior al Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001), amplió con creces esa posibilidad, al establecer una regulación que permitió hablar de un «derecho a la desalación» (Jefatura del Estado, 1999, artículos 2.e y 12 bis). Este entendimiento resultó confirmado por el real decreto 606/2003, de modificación del real decreto 849/1986, del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, para adaptarlo a lo dispuesto por la mencionada ley 46/1999. En concreto, esa reforma derogó de forma expresa el citado real decreto 1327/1995, entendiendo que sus disposiciones se oponían al «carácter de actividad libre» de la desalación (Ministerio de Medio Ambiente, 2003).

Tras la refundición de la legislación estatal de aguas (con la aprobación del TRLA de 2001), el régimen legal de la desalación cambió de modo drástico. La ley 11/2005 (Jefatura del Estado, 2005), sobre el Plan

Hidrológico Nacional, modificó la regulación de las aguas desaladas, incorporando aquellas de plano dentro del dominio público hidráulico y sometiendo su aprovechamiento a las mismas reglas que el resto de esa clase de bienes demaniales (en concreto, la disposición final primera de la ley 11/2005 dio nueva redacción, en el sentido apuntado, a los artículos 2.e y 13 del TRLA). Producido este cambio, cualquier argumento para seguir hablando de un «derecho a la desalación» decayó y, con él, también el reconocimiento del derecho al autoabastecimiento. Desde entonces, la producción industrial de agua —desalación— es igual que la producción conforme al ciclo natural —aguas subterráneas—, esto es, se trata de un aprovechamiento del dominio público hidráulico, sujeto, como todos, a la planificación hidráulica.

Siendo, por tanto, la desalación hoy un modo de producción de agua de igual régimen que cualquier otro aprovechamiento hidráulico, su relación con el servicio público de suministro de agua queda determinada por el orden de usos establecidos por la legislación y planes hidráulicos. En concreto, el criterio rector es el de preferencia o prioridad del abastecimiento de agua a poblaciones sobre cualquier otro uso o destino (TRLA, artículo 60.3). En este sentido, los tribunales se han pronunciado a favor de la preferencia o prioridad del servicio público sobre la desalación para autoconsumo o consumo privado —hotelero— cuando aquél se encuentra disponible (véase STSJ Canarias de 18 de marzo de 2009, Jur 249025; de un modo general, sobre la prioridad de la distribución-suministro domiciliario, véase la STS 3^a, de 5 de marzo de 1991, RJ 1973).

En resumen, el único supuesto regulado con carácter general de autoconsumo es el que deriva del derecho al uso privativo de aguas procedentes de manantiales o subterráneas situadas en el propio predio con un volumen de 7000 m³ anuales (TRLA, artículo 54.2); supuesto que se extiende y engloba también la titularidad de derechos sobre aguas privadas preexistentes, amparados por el derecho transitorio (básicamente, TRLA, disposición transitoria tercera).

Por su parte, en la producción industrial, el autoabastecimiento se limita a las autorizaciones para desalación que hubieran sido otorgadas con anterioridad a la ley estatal 11/2005. Cualquier otra modalidad de producción industrial que, desde entonces, pudiera ser autorizada o concesionada queda vinculada o condicionada por la declaración de monopolio del servicio público —si existiera—, sin que sea posible la entrega, enajenación o distribución del agua producida a terceros/vecinos, puesto que, en estos casos, el suministro es competencia exclusiva municipal, cualquiera que sea la modalidad de gestión. No existen más excepciones. Elegida la gestión del servicio en régimen de monopolio, las únicas excepciones son aquellas que, de forma expresa,

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

admita y delimite el legislador. De otro modo aquella declaración resultaría un *flatus vocis* y, lo más importante, sería un mecanismo incierto como marco jurídico de referencia necesario para la Administración, para el gestor del servicio, así como para los usuarios. En fin, establecido el alcance del monopolio en el suministro e identificados los supuestos admisibles de autoconsumo, se está en condiciones de indagar sobre los mecanismos jurídicos que permiten asegurar la exclusividad inherente a aquél y, con ella, proteger las razones y los fines públicos que la explican.

IV. DEFENSA DEL MONOPOLIO

IV.1. Potestades administrativas sobre el servicio público

La Administración municipal ostenta todas las potestades administrativas que el ordenamiento le atribuye, tanto en su condición de administración territorial como, en particular, en su condición de titular del servicio público. En este caso, como recoge el reglamento de servicios, «*Las Corporaciones locales tendrán plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir, los servicios de su competencia*, tanto en el orden personal, como en el económico, o en cualesquiera otros aspectos» (RSCL, artículo 30). Como administración territorial es titular de todas las potestades que derivan precisamente de tal configuración, enunciadas en el artículo 4 de la LBRL. Entre esas potestades se encuentran la reglamentaria, la de presunción de legalidad y de ejecución de sus actos, las potestades de ejecución forzosa y la sancionadora. Potestades desarrolladas de manera general tanto en la propia LBRL como en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Jefatura del Estado, 1992, en adelante LPAC).

Por lo que respecta a su condición de «*dominus*» de la actividad reservada en condiciones de monopolio (LBRL, artículos 25.2, c), 85.1 y 86.2), la Entidad Local ostenta todas las potestades inherentes a los servicios públicos o esenciales. Entre esas potestades se encuentran, acumulativamente a las que derivan de su condición de administración territorial, la potestad de elegir la forma de gestión, directa o indirecta del servicio (LBRL, artículo 85.2; TRRL, artículo 96; Ministerio de Economía y Hacienda, 2011, artículo 275; texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en adelante TRLCSP), con los límites y facultades previstos en la legislación (LBRL, artículo 85 bis; para la gestión indirecta, TRRL, artículos 103, 104 y 108; para gestión mediante sociedad especializada, TRRL, artículos 101-102; para las sociedades mercantiles, LBRL, artículo 85 ter y TRRL, artículo 105; para los consorcios, LBRL, artículo 87 y TRRL, artículo 110); la facultad de decidir si dicha actividad reservada se presta de manera monopolizada

(LBRL, artículo 86.2; TRRL, artículo 97.2), lo que incluye la declaración de *causa expropriandi* y necesidad de ocupación de los bienes a efectos expropiatorios (TRRL, artículos 98-99) y la posibilidad de actuar con personal directamente dependiente de la corporación (TRRL, artículo 100), además de que el monopolio pueda extenderse a varios municipios si existe acuerdo entre los afectados (TRRL, artículo 109); la administrativización de las relaciones entre el gestor y el usuario del servicio que en todo caso se someten «*a las normas del propio servicio*» y resto de normativa aplicable (TRRL, artículo 106); y la potestad tarifaria (TRRL, artículo 107).

En cuanto a la gestión indirecta del servicio público mediante contrato administrativo, además de las previsiones especiales previstas en la legislación de régimen local, la legislación de contratación del sector público establece las siguientes potestades: la de definir el régimen del servicio en lo que no se oponga a la legislación de contratos (*«y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en lo que no se oponga»*, TRLCSP, artículo 276); la de elección de la modalidad de contratación específica dentro de la gestión indirecta (TRLCSP, artículo 277); la de fijar la duración del contrato (TRLCSP, artículo 278); la de *ostentar los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate* (TRLCSP, artículo 279.2); la potestad de ejercer el *ius variandi* (TRLCSP; artículo 282); la titularidad del derecho de reversión a la extinción del contrato (TRLCSP; artículo 283); la potestad de intervención del servicio cuando exista perturbación grave (TRLCSP, artículo 285); y la potestad de resolución del contrato, incluyendo el rescate o la supresión del mismo (TRLCSP, artículo 286). Ello se completa, desde la perspectiva del contratista-gestor, con el establecimiento de un conjunto de obligaciones, como prestar el servicio con la continuidad convenida; garantizar a los particulares el acceso al mismo en las condiciones establecidas, con derecho al abono de la tarifa aprobada; cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones y sin perjuicio de los poderes de policía que ostenta la administración; indemnizar por los daños causados en el desarrollo del servicio y respetar el principio de no discriminación en los contratos de suministro (TRLCSP, artículo 280). Lo decisivo es que todas estas potestades se proyectan sobre el servicio público con independencia del modo de gestión. Es cierto que la mejor regulación de estas potestades y de su proyección sobre el servicio y el ente gestor se formula en relación con la gestión mediante concesión administrativa, pero no es menos cierto que la jurisprudencia viene entendiendo que esa regulación es aplicable cualquiera que sea la modalidad de gestión. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1981 (RJ 3149) señala lo siguiente:

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

El recurrente argumenta únicamente sobre las cláusulas del pliego de condiciones, y el Reglamento del Servicio de Aguas, como si esta fuera la única normativa a tener en cuenta, *con olvido de las potestades interventoras, que competen a la Administración en las relaciones concesionales, aunque no sean exclusivas de estas sino que se manifiestan en todas las modalidades gestoras que la Administración utiliza, como un poder o potestad derivado de la naturaleza misma de la competencia que le está atribuida* y, al mismo tiempo como una obligación —artículo 60 del Reglamento de Contratación— y que por ser una materia de interés público es irrenunciable como declara de modo expreso el artículo 116-2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; *como una manifestación de tales potestades irrenunciables, además del poder de vigilancia, está el poder de dirección* que se produce mediante la formulación al contratista de órdenes ejecutivas que este está obligado a cumplir, como determina el artículo 127-1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en su norma segunda, que coincide con lo dispuesto de modo general para los Municipios en el apartado d) del artículo 116 de la Ley de Régimen Local al atribuir al Alcalde la facultad de dictar las disposiciones particulares que exija el mejor cumplimiento de los distintos servicios; este poder podrá ejercitarse cuando sea necesario y nada obsta a que se exteriorice, como en este caso, ante una petición del concesionario, por lo que la alegación de incongruencia del actor no es de recibo.

Queda claro, por tanto, que las potestades que ostenta la Administración en una concesión de servicio público son en realidad potestades comunes o generales a todo servicio público.

Pues bien, a la luz de ese entendimiento, el artículo 127 del RSCL enumera como *potestades inherentes a la Administración* sobre el servicio público las siguientes:

Artículo 127.

1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1.^a *Ordenar discrecionalmente*, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras:

a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y

b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.

2.^a *Fiscalizar la gestión* del concesionario, a cuyo efecto podrá *inspeccionar el servicio*, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión, y *dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación*.

- 3.^a Asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo preste o no lo pudiere prestar el concesionario, por circunstancias imputables o no al mismo.
- 4.^a Imponer al concesionario las correcciones pertinentes por razón de las infracciones que cometiere.
- 5.^a Rescatar la concesión.
- 6.^a Suprimir el servicio.
2. *La Corporación concedente deberá:*
- 1.^o Otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente.
- 2.^o Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:
- a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y
- b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.
- 3.^o Indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio, si esta se produjere por motivos de interés público independientes de culpa del concesionario.
- 4.^o Indemnizar al concesionario por el rescate de la concesión o en caso de supresión del servicio.

Por su parte, de conformidad con el siguiente artículo 128.1 del RSCL, el concesionario del servicio público, esto es el *gestor del servicio*, asume las siguientes *obligaciones*:

Artículo 128.

1. Serán obligaciones generales del concesionario:

- 1.^a Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial.
- 2.^a Admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente.
- 3.^a Indemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible.

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

4.^a No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revestir a la entidad concedente, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la Corporación.

5.^a Ejercer, por sí, la concesión y no cederla o traspasarla a terceros sin la anuencia de la Corporación, que sólo podrá autorizarla en las circunstancias que señala el párrafo 2 del artículo 52 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales.

Igualmente, según el artículo 128.2 y 3 del mismo reglamento, el concesionario, por tanto, el gestor, ostenta las siguientes *facultades y derechos*:

Artículo 128.

2. La concesión otorgará al concesionario las facultades necesarias para prestar el servicio.

3. Serán derechos del concesionario:

1.^o Percibir la retribución correspondiente por la prestación del servicio.

2.^o Obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquier de las circunstancias a que se refieren los números 2.^o, 3.^o y 4.^o del párrafo 2 del artículo anterior.

3.^o Utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio.

4.^o Recabar de la Corporación los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo para la adquisición del dominio, derechos reales o uso de los bienes precisos para el funcionamiento del servicio.

4. La Corporación concedente podrá otorgar al concesionario:

1.^o Reconocimiento de vecindad a su persona, dependientes y operarios en el Municipio de la concesión, para el disfrute de los aprovechamientos comunales.

2.^o Utilización de la vía de apremio para la percepción de las prestaciones económicas que adeuden los usuarios por razón del servicio.

Esos son los poderes y los instrumentos con que cuenta la Administración municipal para garantizar la adecuada prestación del servicio público y, en particular, para asegurar el cumplimiento de las normas y reglas que conforman su ordenación jurídica y económica, entre ellas su prestación en monopolio.

Así, cuando un tercero realiza la actividad de provisión propia de esos servicios sin el título jurídico-administrativo necesario, como cuando un usuario recibe el suministro de un prestador no autorizado, la Administración titular del servicio cuenta con potestades suficientes

para responder a esas demandas y para corregir las conductas ilegales y sus efectos. Asimismo, el gestor puede y debe dirigirse a la Administración pidiendo su protección para poder prestar el servicio debidamente, para que se respeten las reglas del servicio público en los términos pactados, para que se restablezca la situación jurídica que está siendo perturbada por actuaciones de hecho y, también, para corregir o compensar el perjuicio económico que de esa infracción se derive para el gestor y para el servicio público (RSCL, artículo 127, apartado 2.1).

IV.2. Requerimiento de suspensión y cese de la actividad ilegal y, en su caso, ejecución subsidiaria

En concreto, cuando la perturbación del servicio se debe a que un operador no autorizado suministra agua y un usuario la recibe, para restablecer el orden jurídico infringido, la Administración está facultada para *requerir de suspensión esa actividad ilegal de suministro y de recepción, con orden de cese de su ejercicio, y clausura, si fuera preciso, de las instalaciones que se utilicen* para ello. Se trata de una conducta ilegal, como quedó explicado más atrás, porque se hace al margen de las reglas del servicio público monopolizado, que se proyectan tanto para el suministro como para la recepción del mismo. La Administración titular del servicio público debe exigir la suspensión de la actividad ilegal a ambos. Esto forma parte de su posición de *dominus* de la actividad; de su poder de dirección y control sobre la actividad, poder ínsito a toda actividad de servicio público, que comporta la posibilidad de inspeccionar el servicio, de dictar órdenes para mantener o restablecer la debida prestación, para otorgar al gestor del servicio la debida protección.

En particular, la posibilidad de que el municipio pueda dictar órdenes (como mandatos de hacer, no hacer o soportar) es clara. La ostenta como Administración pública al disponer que «las entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: e) órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo» (LBRL, artículo 84). Además, se le reconoce, específicamente, cuando, como titular del servicio, debe «dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación» (RSCL, artículo 127.1, segunda potestad).

En función de esos títulos, el municipio puede requerir tanto a la entidad que está prestando la actividad de suministro o introduciendo agua en el municipio sin ser un gestor autorizado para ello, como al usuario que está recibiendo el agua al margen de las reglas del servicio público monopolizado, para que dejen de hacerlo. Esa orden, en cuanto acto administrativo, goza de la presunción de legalidad de todos los actos de la Administración pública y es ejecutiva de conformidad con las reglas aplicables a cualquier acto administrativo (LPAC, artículos 56, 57 y 94).

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

Para garantizar esa orden de suspensión, la administración puede utilizar los medios de ejecución forzosa previstos en el ordenamiento jurídico para ello (LPAC, artículos 93ss.). Una vez que se notifique tanto al gestor no autorizado como al usuario la orden de suspensión, otorgando un plazo para ello y, una vez que se realice el oportuno apercibimiento en la misma orden de suspensión (LPAC, artículo 95), podrá utilizar la ejecución subsidiaria para poner fin al suministro-recepción ilegal del agua en este término municipal. En este sentido, el artículo 98 de la LPAC dispone que «habrá lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto al obligado». Esta ejecución se realizará en los términos previstos en el propio artículo citado, es decir, con la posibilidad de realizarlo directamente por la Administración o por la persona que determine la Administración, todo ello a costa del obligado.

Es importante destacar que, tal y como se preocupa en señalar el propio artículo 98 citado, «el importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto en el artículo anterior», esto es, a través de la vía de apremio. Asimismo, siempre de conformidad con lo previsto en el citado precepto, el importe de los gastos se puede liquidar de manera provisional por la Administración y realizarse antes de la propia ejecución. Los daños y perjuicios derivados de la ejecución de la orden de suspensión de la actividad también quedan cubiertos por dicha previsión legal.

IV.3. Reparación de los daños y perjuicios causados al gestor del servicio

Al margen del requerimiento que la Administración realice tanto al usuario que recibe el servicio alternativo como a la entidad que suministra agua sin título jurídico alguno, se encuentra el problema de la reparación de los daños y perjuicios que puedan haberse causado al gestor por esa conducta ilegal; en particular, las tarifas dejadas de abonar por el usuario al recurrir a un suministro alternativo, de igual modo que los costes vinculados con la obligación reglamentaria y contractual de tener a disposición de esos mismos usuarios el servicio público, así como la consideración de esos suministros en el equilibrio económico financiero del servicio, en la retribución del gestor, y en la estructura tarifaria. Como es sabido, la tarifa es el mecanismo de financiación del servicio público, de ahí que su falta de abono como consecuencia de ese suministro alternativo ilegal pone en peligro la financiación del servicio, que se rige por la regla de la autofinanciación (TRRL, artículo 107) y, en caso de gestión indirecta, el equilibrio económico del contrato administrativo de gestión del servicio público (TRLCSP, artículo 282.2). Por tal motivo, el gestor del servicio público, una vez que cuantifique el importe de los daños y perjuicios que le ha causado ese suministro alternativo ilegal, lo puede poner en conocimiento de la Administración

titular del servicio para que esta, a su vez, reclame dichas cantidades al usuario que ha hecho uso del suministro ilegal alternativo. A estos efectos, la Administración puede utilizar la vía de apremio para hacer efectivas dichas cantidades, en el caso de que el usuario no pague voluntariamente.

Nada impide, por otra parte, que la empresa gestora pueda reclamar en vía civil el pago de esas cantidades en concepto de daños y perjuicios. Su condición de sujeto privado se lo permite, como tiene reconocida alguna jurisprudencia civil menor (véanse Sentencia Audiencia Provincial, SAP de Málaga, 8 de octubre de 1998, AC 7368, SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 21 de mayo de 2002, Jur 189993, SAP de Soria, de 23 de junio de 2004, Jur 226341). No obstante, debe recordarse que, en ese orden jurisdiccional, la apelación a la posición de monopolio, como a otros privilegios administrativos, queda en un segundo plano frente a una relación que se considera *inter privatos* y en la que la empresa prestadora del servicio habrá de acreditar la obligación del usuario de contratar con ella, como la ilegalidad del suministro efectuado por el operador demandado. En casos análogos, el criterio más extendido es el que diferencia la relación jurídico-administrativa de la civil (el ejemplo de la transmisión de viviendas de protección oficial con sobreprecio, nula a efectos administrativos, válida a efectos civiles).

IV.4. Limitaciones del régimen sancionador

Como queda descrito, la Administración cuenta con mecanismos suficientes para restablecer la legalidad propia del monopolio, ordenando la paralización de los suministros ajenos a ese régimen. Sin embargo, cuando se trata de sancionar o reprimir esas conductas, la regulación es claramente insuficiente.

En efecto, si se busca la norma que tipifique esta clase de comportamientos, lo normal es encontrar una referencia en el reglamento del servicio público correspondiente que los califica como infracción administrativa. Así, esa calificación suele proyectarse sobre el suministro de agua sin título habilitante, la recepción por los usuarios de agua de fuentes distintas del servicio público o la conexión de la instalación propia con otras para recibir agua de otra procedencia. Pero, igualmente de ordinario, esas normas carecen de un régimen sancionador o el que recogen resulta inadecuado, por reducido, frente a la conducta tipificada. Lo habitual es que esos reglamentos regulen con detalle el mecanismo de «suspensión del suministro» y omitan sanción alguna, pecuniaria al menos, de las conductas contrarias al régimen de prestación (monopolio).

La razón de esto último no es la falta de títulos legales para establecer ese régimen sancionador. Tanto las leyes autonómicas sobre aguas, como el

Título XI de la LBRL, que faculta a las entidades locales para tipificar infracciones y sanciones en determinadas materias, ofrecen cobertura suficiente para una regulación de esa clase. El motivo, por el contrario, es que la suspensión del suministro se considera mecanismo suficiente para restablecer el servicio y corregir las conductas contrarias al mismo; y ello porque, dentro de la lógica del sistema, es inimaginable que un tercero que no sea el gestor del servicio suministre agua, y menos aun que un usuario pueda recibir el servicio de un operador que no sea el gestor autorizado. El monopolio y la dependencia del servicio público para satisfacer la necesidad de agua potable se estiman bastante para evitar esas situaciones. Pero es claro que no es así. La protección de los intereses públicos requiere un mecanismo para impedir los suministros al margen del monopolio. Pero también precisa un régimen sancionador que castigue esos comportamientos y que, además, cumpla una función preventiva. Por ello, en el caso del suministro municipal de agua potable, la falta de este segundo elemento constituye una debilidad del marco regulatorio necesario para asegurar la exclusividad como modalidad de prestación².

V. CONCLUSIONES: LA OBLIGACIÓN LEGAL DE PROTEGER EL MONOPOLIO

El monopolio en la prestación de servicios públicos, como suele ser lo ordinario en el servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable, constituye un mecanismo regulatorio que, cuando se emplea, debe ser objeto de tutela y protección, en la medida de los intereses públicos que lo legitiman y a los que debe servir. Es indiscutible que no tiene sentido poner puertas al campo y que, de producirse el cambio tecnológico preciso, la organización tradicional del suministro de agua sobre la base de su condición de monopolio natural, como el de energía o, antes, el de telefonía, resultará desplazada y obsoleta, a favor de un sistema de autoprovisión en un contexto de reordenación jurídica de este servicio que parece inevitable (López de Castro, 2014).

Ahora bien, en tanto esa transformación se produce, el normal funcionamiento de los servicios públicos requiere de certidumbre regulatoria y ello implica el adecuado entendimiento de lo que significa el monopolio público, de las obligaciones que comporta, de sus excepciones —como los supuestos legales de autoabastecimiento— y, lo más importante, de los mecanismos que permitan a la Administración reaccionar frente a las conductas que lo debiliten o lo pongan en cuestión.

² La protección de los monopolios estatales de bienes y servicios se efectúa por la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando (modificada sustancialmente por Ley Orgánica 6/2011). Pero se trata de una regulación no aplicable a los monopolios locales (Jefatura del Estado, 1995).

A esos fines, tradicionalmente, el ordenamiento jurídico ha conferido a la Administración titular del servicio potestades y prerrogativas más que suficientes para asegurar la regularidad y continuidad de la prestación en régimen de exclusividad. De modo particular, aquella puede reaccionar frente a las conductas que se opongan al monopolio, ya se trate de suministradores distintos del monopolista autorizado, ya se trate de usuarios que buscan fuentes alternativas de provisión, estando obligados a proveerse del gestor autorizado. En estos casos, la Administración está obligada a actuar y, antes que otra cosa, a restablecer las condiciones de prestación mediante la suspensión y el bloqueo de esos suministros ilegales o clandestinos. Los intereses públicos que sustentan el monopolio así lo imponen; de otro modo, la función redistributiva de esta forma de prestación devendría inútil e, incluso, gravosa e injustificada para aquellos que no pueden escaparse y, en consecuencia, que deben soportar sus cargas y sus pérdidas —las que puedan derivar de aquellas conductas y que bien pueden traducirse en incremento de las tarifas—. El monopolio exige que la Administración intervenga y ejerza sus potestades.

Esto último, el deber de actuar, explica sin solución de continuidad las previsiones normativas que, de modo expreso, habilitan a los gestores de esos servicios —básicamente, empresas mixtas y concesionarios— para recabar de la Administración su tutela con el fin de poder prestar el servicio en las condiciones debidas —reglamentarias y, en su caso, contractuales—. Tutela o protección que consiste en el ejercicio efectivo de aquellas potestades en orden a garantizar el normal funcionamiento del servicio monopolizado. Aquellas prerrogativas no son, por tanto, un poder discrecional, sino que su ejercicio deviene obligado cuando el servicio lo requiere. Consecuencia de este equilibrio es el derecho del gestor a exigir de la Administración la reparación de los daños y perjuicios que puedan derivarse de la pasividad de aquella en reaccionar ante esas conductas. Es cierto que el operador puede ejercer acciones judiciales frente a aquellos suministradores o usuarios que vulneren su estatuto jurídico. Sin embargo, esta posibilidad es secundaria. El primer obligado a proteger el monopolio es el poder público que lo impuso con independencia de cuál sea la acción del gestor. Lo normal es que lo haga a petición del operador autorizado, pero, siendo el monopolio una decisión pública, esa reacción puede y debe ser adoptada por propia iniciativa, cualquiera que sea la actitud de aquel.

La razón del deber que recae sobre la Administración es que la tutela del monopolio sobre el servicio público no es cuestión jurídico privada, tampoco es un asunto de libre competencia —de pugna entre empresas—, ni siquiera de relación entre el prestador y los usuarios. La protección de ese régimen de exclusividad trae causa de la obligación de garantizar el funcionamiento del servicio público en relación con el cual

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

se establece. Siendo ese su fundamento, la aplicación y el entendimiento del monopolio y de la intervención de la Administración en orden a su protección se rigen por el principio *pro servicio*, por ningún otro. Esta es la regla que da sentido y coherencia a la regulación de esta modalidad de prestación, sea el suministro de agua, sea cualquier otro servicio público que se realice en esas condiciones. En fin, la obligación de la Administración de tutelar el monopolio trae causa y debe ser aplicada en razón y en atención al servicio sobre el que se proyecte, primando esta condición sobre la mera exclusividad. Se protege el monopolio como medio para asegurar el servicio público. Esta es la finalidad de ese deber, el que obliga a aquella a actuar; aunque también, debe añadirse, ese es el límite de la intervención pública, sin que pueda ir más allá de lo necesario para cumplir esa misión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Agudo González, Jorge (2004). La desalación de aguas marinas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 38(211), 83-148.

Albi Cholbi, Fernando (1960). *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*. Madrid: Aguilar.

Álvarez Fernández, Mónica (2004). *El abastecimiento de agua en España*. Madrid: Thomson-Civitas.

Baldwin, Robert, Martin Cave & Martin Lodge (2011). *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199576081.001.0001>

Blanquer Criado, David (2005). *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cantero Martínez, Josefa (2002). El régimen transitorio de la Ley de Aguas y los aprovechamientos preexistentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*, 159, 221-256.

Constitución española (1978).

Díaz Lema, José Manuel (1994). *Los monopolios locales*. Madrid: Montecorvo.

Jefatura del Estado (1985). Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. *Boletín Oficial del Estado*, 80(3 de abril), 8945-8964. BOE-A-1985-5392.

Jefatura del Estado (1992). Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Boletín Oficial del Estado*, 285(27 de noviembre). BOE-A-1992-26318.

Jefatura del Estado (1995). Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. *Boletín Oficial del Estado*, 297(13 de diciembre). BOE-A-1995-26836.

Jefatura del Estado (1999). Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. *Boletín Oficial del Estado*, 298(14 de diciembre), 43100-43113. BOE-A-1999-23751.

Jefatura del Estado (2003). Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Pùblicas. *Boletín Oficial del Estado*, 264(4 de noviembre). BOE-A-2003-20254.

Jefatura del Estado (2005). Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. *Boletín Oficial del Estado*, 149(23 de junio), 21846-21856. BOE-A-2005-10622.

Jiménez Shaw, Concepción (2003). *Régimen jurídico de la desalación del agua marina*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jiménez Shaw, Concepción (2007). Desalación y Territorio. En Antonio Embid Irujo (dir.), *Agua y Territorio*. Cizur Menor: Cívitas-Thomson-Aranzadi.

Jiménez Shaw, Concepción (2009). Aspectos jurídicos de la desalación. En José A. Ibáñez Mengual (coord.), *Desalación de aguas. Aspectos tecnológicos, medioambientales, jurídicos y económicos*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.

Jiménez Shaw, Concepción (2010). La desalación. Cuestiones jurídicas que plantea. *Diario La Ley*, 31(7366).

López de Castro García-Morato, Lucía (2014). La configuración jurídica poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el mercado interior: mucho más que un servicio de interés económico general. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, 181-215.

Mestre Delgado, Juan Francisco (2011a). El servicio público de abastecimiento de agua. En Santiago Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tercera edición, tomo II. Madrid: Iustel.

Mestre Delgado, Juan Francisco (2011b). Las formas de prestación de los servicios públicos locales, en particular, la concesión. En Santiago Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tercera edición, tomo II. Madrid: Iustel.

Ministerio de Administración Territorial (1986a). 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. *Boletín Oficial del Estado*, 96(22 de abril). BOE-A-1986-9865.

Ministerio de Administración Territorial (1986b). Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. *Boletín Oficial del Estado*, 161(7 de julio). BOE-A-1986-17958.

Ministerio de Economía y Hacienda (2011). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 276(16 de noviembre). BOE-A-2011-17887.

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÙBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

Ministerio de Hacienda (2004). Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. *Boletín Oficial del Estado*, 59(9 de marzo). BOE-A-2004-4214.

Ministerio de la Gobernación (1955). Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. *Boletín Oficial del Estado*, 196(15 de julio). BOE-A-1955-10057.

Ministerio de la Presidencia (1995). Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio, sobre las instalaciones de desalación de agua marina o salobre. *Boletín Oficial del Estado*, 189(9 de agosto), 24648-24650. BOE-A-1995-19001.

Ministerio de la Presidencia (2003). Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano. *Boletín Oficial del Estado*, 45(21 de febrero), 7228-7245. BOE-A-2003-3596.

Ministerio de Medio Ambiente (2001). Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. *Boletín Oficial del Estado*, 176(24 de julio). BOE-A-2001-14276.

Ministerio de Medio Ambiente (2003). Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos preliminar, I, IV, V, VI y VIII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. *Boletín Oficial del Estado*, 135(6 de junio), 22071-22096. BOE-A-2003-11384.

Molina Giménez, Andrés (2001). *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Oller Rubert, Marta (2008). *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho Administrativo*. Barcelona: Atelier.

Plaza Martín, Carmen (2015). El dominio público hidráulico. En Julio V. González García (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Setuain Mendía, Beatriz (2002). *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*. Valladolid: Lex Nova.

Sosa Wagner, Francisco (2008). *La gestión de los servicios locales*. Sétima edición. Cizur Menor: Civitas.

Suay Rincón, José (2005). La problemática jurídica de las desaladoras. En Santiago González-Varas (dir.), *Aguas y urbanismo*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.

Recibido: 27/03/16
Aprobado: 06/04/16