

NOTES SOBRE LA INTERVENCIÓ DE L'AJUNTAMENT DE BARCELONA EN LA GESTIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA EN L'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA.

Introducció

1. L'Àrea Metropolitana de Barcelona (en endavant AMB), en matèria d'aigües, té la competència i la titularitat, entre d'altres, dels serveis de subministrament domiciliari d'aigua potable o l'abastament d'aigua en baixa, del sistema públic de sanejament en alta i la depuració d'aigües residuals, i també de la regeneració d'aquestes aigües per a altres usos (article 14.C de la Llei 31/2010, de 3 d'agost de l'AMB).
2. A l'empara d'aquesta previsió, l'any 2013 l'AMB va establir el servei del cicle integral de l'aigua en una part molt àmplia del seu territori, determinant la seva gestió de forma indirecta mitjançant una societat d'economia mixta, "Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, S.A." (en endavant ABEMGICIA), que fou constituïda el 30 de juliol de 2013, essent els seus dos únics fundadors la pròpia AMB i la "Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A." (en endavant la SGAB).
3. No obstant ens informen que darrerament l'AMB està considerant la possibilitat de gestionar aquest servei del cicle integral de l'aigua de forma **directa** preferentment mitjançant una **societat anònima local**: una societat metropolitana gestora del servei del cicle integral de l'aigua (en endavant SMGSCIA).
4. Com és sabut l'AMB és un ens local supramunicipal integrat pels municipis de la conurbació de Barcelona, entre els quals, òbviament s'hi troba el de Barcelona.
5. Doncs bé l'Ajuntament de Barcelona, en aquest escenari que està contemplant l'AMB, voldria formar part d'aquesta societat metropolitana, com a soci de la mateixa, bé directament o bé actuant a través dels seus organismes públics dependents o societats íntegrament participades.
6. Per a materialitzar aquest propòsit cal avaluar diversos extrems, com el temporal, relatiu al moment de la participació en la SMGSCIA, el competencial relatiu a la prestació dels serveis implicats en el cicle integral de l'aigua, el corporatiu o el relatiu a la intensitat i la naturalesa de la participació de l'Ajuntament de Barcelona en la SMGS. Segons la informació de la qual disposem alguns d'aquests extrems han estat objecte de debat i de diversos informes, altres es susciten per primera vegada.



7. No obstant, abans de tractar aquests extrems cal efectuar unes consideracions preliminars destinades a establir el marc hipotètic en què es produiria la constitució de la SMGSCIA.

El marc hipotètic.

1. La circumstància que l'AMB estigui considerant, com hem dit, la possibilitat de gestionar el cicle integral de l'aigua de forma **directa** preferentment mitjançant una **societat anònima local**, és coherent amb la hipòtesi de treball de que el Tribunal Suprem desestimi els recursos de cassació deduïts per ABEMGCIA i la SGAB contra les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya dictades el 9 de març i el 10 de març de 2016 (sentències núm. 126/2016 de 9 de març, i núms. 127/2016, 128/2016 i 129/2016, de 10 de març), i per tant confirmi aquestes quatre sentències en tots els seus extrems.
2. En efecte les quatre sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya esmentades, totes elles i en termes idèntics, estimaren els corresponents recursos formulats contra els acords adoptats en relació al cicle integral de l'aigua pel Consell Metropolità de l'AMB en les sessions celebrades el 6 de novembre de 2012 i el 21 de maig de 2013, els quals acords foren anul·lats.
3. Els acords del Consell Metropolità de l'AMB de 6 de novembre de 2012 anul·lats eren en síntesis els següents:
 - a. El d'aprovació definitiva de **l'establiment i prestació del servei del cicle integral de l'aigua**, que incloïa, entre d'altres coses, el projecte d'establiment i el reglament del regim jurídic de la prestació, determinant que el servei del cicle de l'aigua integrava els serveis de subministrament d'aigua potable o l'abastament d'aigua en baixa, el servei públic de sanejament en alta i la depuració d'aigües residuals i el servei de la regeneració d'aigües residuals per a altres usos.
 - b. El d'aprovació definitiva de l'establiment del sistema de **gestió del servei públic del cicle integral de l'aigua mitjançant societat amb capital social mixt**, sota la modalitat de conveni amb societat existent.
 - c. El d'aprovació definitiva dels **estatuts de la nova societat** de capital mixt (és a dir de la futura ABEMGCIA) i el **conveni** de l'article 283.1.b., del ROAS, en el que es regulen, entre altres aspectes, els requisits i condicions per a la constitució de la societat de capital mixt (és a dir, altre cop, de la futura ABEMGCIA).

4. Mentre que els acords ulteriors de 21 de maig del Consell Metropolità de l'AMB, també anul·lats pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya estaven adreçats a aprovar unes precisions interpretatives que es deien "no substancials" dels acords anteriors; precisions degudes a la necessitat d'haver de reconèixer la indisponibilitat de les instal·lacions d'abastament d'aigua en alta i, en conseqüència, a circumscriure el seu gaudi al mer usdefruit de les mateixes, tenint en compte, a més que aquest abastament en alta no forma part del cicle integral de l'aigua establert.
5. A la vista de l'anul·lació de tots els acords indicats i acceptant, com diem, la hipòtesi de la confirmació pel Tribunal Suprem d'aquestes sentències, hi ha arguments sòlids per afirmar que l'AMB estaria en condicions de tornar a dissenyar, pràcticament *ab initio*, l'establiment i la gestió del servei cicle integral de l'aigua a l'empara de les competències i titularitats que ostenta sobre els distints serveis que en formen part d'aquell servei.
6. Dit en d'altres termes, en la hipòtesi de la confirmació pel Tribunal Suprem d'aquestes sentències, l'AMB podria procedir tant a establir la gestió directa del servei del cicle integral de l'aigua, sense necessitat de transitar, és clar, per la tècnica del rescat, com a restablir la gestió indirecta, amb la singularitat en aquest cas, però, que la SGAB no podria esdevenir ni concessionari del servei, ni soci privat d'una societat mixta, si aquest fos el cas, sense participar en la licitació corresponent.
7. La raó d'això està en l'abast de la part dispositiva d'aquestes sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i en els fonaments determinants (la *ratio decidendi*, si es vol dir amb més precisió tècnica) en què es sustenta aquesta part dispositiva.
8. En efecte, com hem dit les sentències indicades han anul·lat els acords d'establiment i prestació dels serveis del cicle integral de l'aigua (reglament, etc.), l'acord de gestionar aquest servei indirectament mitjançant societat amb capital social mixt, i l'acord d'aprovació definitiva dels estatuts de la societat mixta corresponent i del conveni entre l'AMB i la SGAB, regulador, entre altres aspectes, dels requisits i condicions per a la constitució de la societat de capital mixt (és a dir, de la futura ABEMGICIA), i, per la seva importància per allò que direm més endavant, el règim aplicable en cas d'extinció anticipada d'aquest propi conveni.
9. Per bé que un principi d'economia operacional permetria apuntalar alguns aspectes sobre els que es projecta l'anul·lació declarada, hi ha un extrem que ho penetra tot i que no es pot negligir a l'hora de considerar l'eventual conservació d'aquests aspectes. Ens referim a la vulneració dels principis de

concurrència igualtat de tracte i transparència que conformen la contractació de les administracions públiques i que, en aquest cas, constitueix la base de la reprovació radical i absoluta del procediment d'adjudicació de la gestió del servei del cycle integral de l'aigua, declarada pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

10. La naturalesa d'aquesta vulneració és particularment significativa per la delimitació futura de l'escenari disponible per a l'actuació de l'AMB, cas que, com insistim, el Tribunal Suprem confirmés les quatre sentències; doncs resulta que, la vulneració dels principis de la contractació pública que arrossega l'anul·lació de l'adjudicació de la gestió del servei del cycle integral de l'aigua resideix aquí en haver efectuat aquesta adjudicació directament, mitjançant un procediment negociat i sense publicitat (és a dir, sense concurrència), quan, segons el raonament que es fa en aquestes sentències, no hi concorrien les causes que permetien, i permeten, prescindir de la licitació.
11. Aquesta reprovació del procediment d'adjudicació afecta de ple a la continuïtat de la intervenció de la SGAB en la gestió d'aquest servei. Com es recorda en les sentències, les excepcions a *"la publicidad en la licitación [...] ha[n] de asentarse en la preexistencia de derechos de exclusiva o en razones técnicas o económicas que impidan promover la concurrencia en la oferta, tal como establecen los artículos 170.d) y 172.a) del TRLCSP (del Texto Refundido de Ley de Contratos del Sector Público de 2011)"*. Doncs bé, en el cas que ens ocupa, resulta que l'exclusió de la licitació no era admissible atès que no existien drets d'exclusiva, raons tècniques o raons econòmiques en les quals sostenir-la.
12. Efectivament, les sentències demostren que la SGAB, en el moment de l'establiment dels servei del cycle integral de l'aigua i de la constitució d'ABEMGCIA no tenia el dret a ser el concessionari exclusiu del servei d'abastament d'aigua en baixa, significadament en el municipi de Barcelona, i, per tant, no tenia dret a dur a terme aquesta activitat fins la hipotètica data d'acabament l'any 2047 d'aquesta concessió, doncs era una mera precarista, una entitat que l'estava desplegant com a concessionària tàcita.
13. Aquesta impossibilitat de reconèixer que SGAB disposava d'un títol, que sense ser expropiat, impedís concórrer a la licitació a qualsevol tercer, està a més, estretament associada a la inexistència de l'altra raó que podria haver justificat procedir sense licitació a l'adjudicació del servei: la raó econòmica. I és que, com diuen també les sentències indicades, el cost a comparar per obrir la concurrència no estava justificat en absolut, ja que el valor de la SGAB havia estat determinat mitjançant el mètode de descompte de fluxos; mètode que, sens perjudici de la seva aplicabilitat, aquí produïa resultats, en qualsevol cas inacceptables, en la mesura que prenia en compte un corrent d'ingressos que

es projectava sobre un període (el concessional) en el qual no existia cap dret per obtenir-los, precisament per la seva condició de precarista en aquest període.

14. La causa de l'anul·lació dels acords del Consell Metropolità de l'AMB relatius al servei del cicle integral de l'aigua, que acabem de descriure succintament, permeten afirmar que si el Tribunal Suprem confirma les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, resulta impossible pal·liar els efectes d'aquesta anul·lació mantenint la societat mixta constituïda o retornant a la situació anterior a la constitució d'aquesta.
15. L'impossibilitat de mantenir la societat mixta constituïda, no deriva de la seva eventual nul·litat, sinó de la impossibilitat d'aconseguir el fi social que l'aboca inexorablement a la dissolució.
16. L'impossibilitat de retornar a la situació anterior, en cas de confirmació de les sentències citades, podria explicar-se per la circumstància que aquestes sentències de referència han anul·lat també el conveni signat per l'AMB i SGAB on es contemplava el mode de procedir en cas d'extinció anticipada d'aquest conveni. Però resulta, que sens perjudici, com diem, de l'anul·lació d'aquest conveni, el procediment que s'estableix en el punt 15 del mateix és, en certa mesura, impossible d'acomplir, doncs aquest procediment, dit metafòricament, significa retornar a la casella de sortida, la qual cosa és impracticable. En efecte seguir el conveni en aquest punt implica que l'AMB torni a gestionar la depuració i SGAB continuï com a gestor indirecte de l'abastament d'aigua en baixa, mitjançant la societat constituïda (és a dir ABEMGCIA) que, aleshores, posseiria sense la presència accionarial de l'AMB, la qual cosa, precisament per les raons decisòries de les sentències esmentades no és factible, com diem, doncs l'AMB tindria la facultat (i l'obligació) d'acabar immediatament amb la condició de precarista en la que es trobaria SGAB.
17. Si això és així aleshores, en la hipòtesi que el Tribunal Suprem desestimi els recursos de cassació deduïts per ABEMGCIA i la SGAB contra les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya senyalades, i en la mesura en que el cicle integral de l'aigua ja està metropolitanitzat, com ho confirmen totes aquestes sentències, aleshores l'AMB ha de procedir fonamentalment a establir el sistema de gestió del cicle integral de l'aigua, essent aquí on en virtut de la potestat d'autoorganització de la que gaudeixen tots els ens locals, se li obre l'alternativa gestió directa vs. gestió indirecta.
18. Nosaltres, però, hem de prendre com a referència el sistema de gestió directa, doncs, sense perjudici que aquestes Notes estan circumscrites a esbrinar la fórmula per a la participació activa de l'Ajuntament de Barcelona en la societat

metropolitana que es pogués constituir en el marc d'aquest mode de gestió (la que més amunt hem anomenat SMGSCIA), i com a soci de la mateixa, bé directament o bé actuant a través dels seus organismes públics dependents o societats íntegrament participades, resulta difícil considerar una participació de l'Ajuntament de Barcelona d'aquest gènere, si el marc fos el de la gestió indirecta atès que avui les formes de gestió emparades en aquest sistema graviten exclusivament sobre la concessió.

Les formes de gestió directa

1. Suposem doncs, que l'AMB decideix gestionar el servei directament. Si aquesta és la decisió de l'AMB, aleshores les formes disponibles per a aquest sistema de gestió, de conformitat amb l'article 249.3 del Text Refós de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya, aprovat pel Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril (en endavant TRLMRLCat) són:
 - a) La gestió del mateix ens local.
 - b) L'organisme autònom local.
 - c) L'entitat pública empresarial local. (EPEL)
 - d) La societat mercantil local amb capital social íntegrament públic.

2. A la vista d'això, és evident que l'AMB pot decidir gestionar el servei del cycle integral de l'aigua mitjançant una societat mercantil local amb capital social íntegrament públic (l'anunciada SMGSCIA). No obstant la facultat de triar entre els sistemes de gestió (directa o indirecta) o entre les formes disponibles en el primer d'aquests modes el TRLMRLCat. la subjecta a un criteri consistent en que els serveis s'han de gestionar de la manera més sostenible i eficient; la qual cosa a més, quan es tracta de decidir quina forma elegir entre les disponibles per a la gestió directa es tradueix en aquests termes: l'ens local només pot fer ús de l'EPEL o d'una societat mercantil local amb capital social íntegrament públic, "si queda acreditat, amb una memòria justificativa elaborada a aquest efecte, que són més sostenibles i eficients que" la gestió pel mateix ens local o l'organisme autònom local, "tenint en compte els criteris de rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió, en els termes de la normativa de règim local".

3. Aquests criteris de sostenibilitat i eficiència es recullen en el TRLMRLCat. procedents de les modificacions establertes per Llei 16/2015, del 21 de juliol, de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat i dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica, Llei catalana que ha seguit l'estela marcada per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'administració local, que va fixar aquests criteris en la *Ley Reguladora de Bases de Régimen Local* de 1983 (LBRL), amb

l'afegitó a l'article 85 reformat d'aquesta (equivalent a l'article 249 del TRLMRLCat.) que per a poder recórrer a una EPEL o a una societat mercantil amb capital social íntegrament públic és necessari que consti en l'expedient:

“la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.”

4. Doncs bé, si això és així, aleshores la opció de l'AMB per una societat mercantil local amb capital social íntegrament públic (la SMGSCIA considerada) hauria de poder satisfer tots aquests criteris. La nostra presumpció es que els satisfaria. Tanmateix convé examinar dues possibles objeccions, a la vista dels debats que s'han suscitat fins ara en aquest àmbit.
5. La primera es podria formular d'aquesta manera: si l'anul·lació dels acords del Consell Metropolità relatius a l'establiment del servei del cycle integral de l'aigua, que inclou el servei del subministrament domiciliari d'aigua potable (aigua de consum humà, si es vol) resulta ser efectiva ¿no seria més sostenible i eficient que aquest darrer servei fos prestat i gestionat separatament en cadascun dels municipis en el mode i amb la forma existent amb anterioritat als acords anul·lats, quan això sigui possible, bé a l'empara de les competències pròpies reconegudes al respecte als municipis pels articles 66 i 67 del TRLMRLCat. (anàlegs als articles 25 i 26 de la LRBRL), bé per delegació de la pròpia AMB?
6. La segona objecció es podria expressar en els següents termes: ¿Quina és la raó per a preferir una societat mercantil local amb capital social íntegrament públic, abans de qualsevol de les altres formes de gestió directa, especialment per a preferir-la per davant d'una EPEL?

Sobre la intervenció en la gestió del servei del cycle integral de l'aigua per delegació.

1. D'entrada convé deixar dit que la possibilitat que els municipis que componen l'àmbit territorial de l'ABM procedeixin a gestionar separatament els serveis que integren el cycle integral de l'aigua, i en particular el de l'abastament d'aigua en baixa, considerem que, si escau, no pot fonamentar-se en l'assignació d'aquesta competència als municipis que efectuen les disposicions del TRLMRLCat. I de la LRBRL citades, doncs hi ha molts arguments per excloure aquesta fonamentació a la vista d'allò que disposa l'article 14.C de la Llei 31/2010, de 3 d'agost de l'AMB, en el qual es reconeix exclusivament aquesta

competència a l'ABM en l'àmbit metropolità, tot desplaçant-la, per tant, dels municipis que l'integren.

2. Altra cosa és reconèixer que aquesta competència de l'AMB és delegable i en virtut d'això procedir a delegar-la a cadascun dels municipis que en formen part, restant l'AMB com a mera coordinadora del servei.
3. Vigents els acords d'establiment del servei del cicle integral de l'aigua i en funcionament ABEMGCIÀ, es va plantejar aquesta qüestió, quan l'any 2016 es pretengué reformar el Reglament del Servei Metropolità del Cicle Integral de l'Aigua (RSMCIÀ), que havia estat aprovat pels acords ara anul·lats pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.
4. La versió primera d'aquesta reforma, aprovada inicialment, contenia el següent apartat de l'article 3 del Reglament indicat:

“Per motius de millorar l'eficàcia en la gestió del servei, l'Àrea Metropolitana de Barcelona podrà delegar en un municipi metropolità la competència per a la gestió del servei d'abastament en el seu territori. Aquesta delegació s'ajustarà als criteris i determinacions de l'article 27 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril. La delegació ha de motivar-se en una memòria tècnica i econòmica que concreti els criteris i abast de la delegació.”

5. Davant d'aquest intent de reforma del RSMCIÀ, molts, entre d'altres la pròpia ABEMGCIÀ, sostingueren, amb energia i contundència, que les competències atribuïdes a l'AMB en matèria d'aigües a l'article 14.C) la Llei 31/2010, de 3 d'agost de l'AMB eren indelegables. Aquesta tesi recolzava, sobretot, en el propi sentit institucional que havia guiat la creació de l'AMB i en la modificació de l'article 27 de la LRBRL, efectuada per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local (en endavant LRSAL), que havia circumscrit a l'Administració de l'Estat i a les Comunitats Autònomes el conjunt de subjectes habilitats per a delegar en els municipis llurs competències, eliminant la possibilitat que també poguessin procedir a la delegació altres Entitats locals, com figurava en la LRBRL abans de la reforma produïda per la LRSAL; essent d'altra banda la LRSAL la llei que havia desactivat la previsió continguda a l'article 13.5 de la citada Llei 31/2010, de 3 d'agost de l'AMB (“L'Àrea Metropolitana de Barcelona pot col·laborar en l'exercici d'activitats pròpies de l'Administració de la Generalitat, dels altres ens supramunicipals i dels *municipis*, per mitjà d'informació, convenis, encàrrecs de gestió, delegació de competències i qualsevol altre instrument que sigui adequat”).
6. La reforma del RSMCIÀ, aprovada finalment l'any 2017, no va incorporar l'apartat relatiu a la possible delegació als municipis de la competència del

servei d'abastament d'aigua de consum humà, inicialment projectat. Potser una de les raons per a no incorporar-lo era la virtualitat reduïda d'aquest precepte estant operativa ABEMGICIA com a forma de gestió indirecta per la pròpia AMB en la majoria dels municipis que integren el seu àmbit territorial.

7. Ara bé, nosaltres entenem que aquest circumstància en cap cas implica acceptar les tesi de la indelegabilitat de la competència que ens ocupa, doncs a banda del valor normatiu del RSMCIA, hi ha també sòlids arguments en favor de la tesi contrària, sobretot considerant l'abast reduït de la modificació de l'article 27 de la LRBRL produït la LRSAL, i sobretot el fet que aquesta llei ha deixat intacte l'article 9.3 del TRLMRLCat. específicament referit a les competències municipals a Catalunya: "Els ens locals supramunicipals" – i l'AMB ho és– "poden delegar competències en els ens d'àmbit territorial inferior, en els termes establerts per aquesta Llei".
8. De fet en un informe anterior nosaltres ja havíem sostingut aquesta tesis favorable a la possibilitat de delegar la competència de l'AMB relativa al subministrament domiciliari d'aigua potable, limitada exclusivament aquesta possibilitat al fet de coordinar-se atesa la forma vigent de gestió del servei per l'AMB.
9. En el "DICTAMEN JURÍDIC SOBRE EL RÈGIM COMPETENCIAL DEL SERVEI DE SUBMINISTRAMENT DOMICILIARI D'AIGUA POTABLE A L'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA. ESPECIAL REFERÈNCIA A LES COMPETÈNCIES MUNICIPALS" del 24 de maig de 2018, havíem dit:

"La delegació de competències entre dues administracions territorials (anomenades delegacions intersubjectives envers aquelles que es produeixen dins de l'estructura d'una mateixa administració) és una figura comunament admesa en el nostre ordenament jurídic, si bé està mancada d'una regulació de caràcter general. En tot cas, cal tenir en compte que la delegació, per si mateixa, no suposa mai la transferència de la titularitat d'una competència (la qual cosa requeriria d'una norma de rang legal) sinó únicament la transferència d'alguna o totes les facultats que integren l'exercici d'aquesta competència. En l'àmbit local, la delegació de competències entre administracions ha estat històricament recollida tant a l'article 27 de la LRBRL com, en l'àmbit de Catalunya, a l'article 9 del TRLMRLCat. [...] La supressió de la referència a d'altres entitats locals en l'enunciat de l'article 27 de la LRBRL podria arribar a interpretar-se en el sentit que, a partir de l'aprovació de la LRSAL, ja no és possible la delegació de competències entre entitats locals. No obstant, al nostre entendre, aquesta és una interpretació excessivament restrictiva de l'abast d'aquest precepte, que no troba empara en altres disposicions del nostre ordenament jurídic. D'entrada, perquè ni aquesta norma ni cap altre precepte estableixen de forma expressa una prohibició de delegació de competències entre entitats locals [...].

En segon lloc, no és només que no existeixi una prohibició general que impedeixi la delegació entre entitats locals, sinó que la desaparició de la referència a les entitats locals en l'enunciat de l'article 27 respon únicament a la redistribució de

les competències locals que s'ha produït arran de la LRSAL, sense que això impliqui una prohibició genèrica de delegació entre entitats que formen part de l'administració local. Així, cal tenir en compte que l'article 7 de la LRBRL, després de la reforma, limita les competències dels municipis a les competències pròpies definides a l'article 26 de la LRBRL i a aquelles que, inicialment atribuïdes a l'Estat o les Comunitats Autònomes, aquestes decideixin delegar als ens locals. Per aquest motiu l'article 27 de la LRBRL regula escrupolosament els requisits als que s'ha de subjectar aquesta delegació per part de l'Estat o les Comunitats Autònomes i estableix també el llistat de competències que són susceptibles de ser delegades als ens locals. Ara bé, com és evident, quan la delegació es produeix entre administracions locals, les competències susceptibles de ser delegades es circumscriuen a les competències pròpies dels ens locals indicades a l'article 26 de la LRBRL. Precisament per aquest motiu, entre les competències susceptibles de ser delegades als ens locals que s'assenyalen a l'article 27.4 només s'assenyalen les estatals o autonòmiques i no es fa cap referència a les que ja estan legalment atribuïdes als municipis, que poden ser susceptibles de delegació intersubjectiva entre els diversos nivells en els que s'articula l'administració local. Així doncs, és evident que aquest tipus de delegació de competències totalment fora de l'àmbit d'aplicació de l'article 27 de la LRBRL.

Sens perjudici de l'anterior, cal tenir en compte que, en qualsevol cas, a més a més, l'article 9 del TRLMRLCat preveu amb total rotunditat «Els ens locals supramunicipals poden delegar competències en els ens d'àmbit territorial inferior, en els termes establerts per aquesta Llei» [...].

A això s'hi ha d'afegir que l'article 13.5 de la Llei 31/2010, de 3 d'agost de l'AMB expressament preveu que «L'Àrea Metropolitana de Barcelona pot col·laborar en l'exercici d'activitats pròpies de l'Administració de la Generalitat, dels altres ens supramunicipals i dels municipis, per mitjà d'informació, convenis, encàrrecs de gestió, delegació de competències i qualsevol altre instrument que sigui adequat». Per la seva banda, l'article 8.1, apartat o) de la Llei 31/2010, de 3 d'agost de l'AMB habilita al Consell Metropolità per a la transferència i delegació de funcions o activitats a altres administracions públiques, circumstància que permet afirmar que no existeix cap impediment en aquesta disposició legal per a procedir, en cas que s'acordés, a la delegació de competències de l'AMB a un ajuntament del seu àmbit territorial. Per tant, cal concloure que la vigent legislació admet sense cap mena de dubte la delegació de competències entre un ens supramunicipal com pot ser l'AMB i els municipis que l'integren. La delegació de competències seria possible tant en relació amb els municipis en els que actualment presta servei la societat d'economia mixta creada mitjançant l'acord de 6 de novembre de 2012 com en relació amb la resta de municipis exclosos inicialment del seu àmbit d'actuació, per tenir una concessió vigent amb un tercer o prestar el servei de forma directa. El fet que el servei s'estigui prestant amb una o altra modalitat de gestió no determina la possibilitat de delegació prevista per la llei. I és que, a més de no comportar la transferència de la titularitat, la delegació no té perquè abastar totes les facultats que integren l'exercici de la competència, de forma que seria plenament viable que aquesta fos parcial, afectant únicament determinats aspectes de la competència general que ostenta l'AMB. Així, per exemple, la delegació es podria limitar a les facultats d'inspecció del servei o de control de les inversions, sense que necessàriament hagués d'englobar la totalitat de les competències i potestats que ostenta l'AMB en relació amb el servei. Des d'aquesta perspectiva, és evident que no qualsevol

delegació de competències de l'àrea metropolitana envers els Ajuntaments hauria de comportar una modificació del contracte subscrit amb la societat d'economia mixta, ni tampoc hauria de tenir transcendència econòmica ni, per tant, constituir una modificació del conveni subscrit entre l'AMB i SGAB per a la constitució de la indicada societat. Una delegació parcial no afectaria per si mateixa a la vigència del vincle concessional existent entre l'AMB i la societat d'economia mixta que gestiona el servei ni, en principi, hauria de comportar conseqüències indemnitzatòries. No obstant, en la mesura en que la delegació comportes una modificació de l'àmbit territorial en el que la societat d'economia mixta presta actualment el servei, caldria preveure les mesures adients per procedir al reequilibri de la concessió en els termes inicials. [...]"

10. Aquesta darrera observació s'esvairia, deixant expedida la via de la delegació de la competència relativa al servei d'abastament de subministrament domiciliari d'aigua potable o l'abastament d'aigua en baixa, a cadascun dels municipis que formen l'àmbit territorial de l'AMB, per a que fossin aquest qui el gestionessin, si el Tribunal Suprem confirmés les quatre sentències que aquí ens interessien.
11. Tanmateix aquesta conclusió cal prendre-la *cum grano salis*, doncs fer gravitar exclusivament la prestació dels serveis relatius al cicle integral de l'aigua sobre la figura de la delegació de les competències corresponents a l'AMB als diferents municipis, per bé que possible, no només sembla contrari a l'eficiència necessària sinó que, usada amb exhaustivitat, es contradir obertament les finalitats perseguides amb la institucionalització de l'AMB i probablement fer una pas enrere en la conformació de la ciutat metropolitana. I és que l'Exposició de motius de la Llei 31/2010, de 3 d'agost de l'AMB, és inequívoca al respecte:

"La institucionalització de l'Àrea Metropolitana de Barcelona respon a la voluntat de millorar l'eficiència i l'eficàcia de les administracions que actuen en el territori metropolità, garantint la prestació d'uns serveis públics de qualitat, per mitjà de la configuració d'una administració propera i capaç d'incrementar la implicació i la participació ciutadanes en una realitat de continuïtat urbana, densitat demogràfica i característiques econòmiques i socials que ho facin necessari.

[...]

L'Àrea Metropolitana de Barcelona assumeix competències que exerceixen les actuals entitats metropolitanes del transport, de serveis hidràulics i tractament de residus i la Mancomunitat de Municipis i, en matèria d'urbanisme, les competències establertes per la legislació urbanística vigent."

Societat mercantil local amb capital social íntegrament públic vs. EPEL.

1. La gestió directa del servei del cicle integral de l'aigua per l'AMB, atès que no sembla oportú la integració absoluta en l'administració, requereix, entre moltes altres coses, triar sobretot entre dur-la a terme mitjançant una EPEL (és a dir, com ja hem senyalat, una Entitat Pública Empresarial Local) o una societat mercantil local amb capital íntegrament públic. Segons quina sigui la opció elegida, la possible intervenció de l'Ajuntament de Barcelona serà diferent.
2. D'entrada convé recordar que una EPEL és una entitat de dret públic, amb personalitat jurídica pròpia, patrimoni propi i autonomia de gestió, creada per un ens local, que es finança majoritàriament amb ingressos de mercat i que, sens perjudici de l'exercici de potestats administratives, pot dur a terme activitats de prestació, de gestió de serveis o de producció de béns d'interès públic susceptibles de contraprestació. Aquesta és la definició que prové de l'article 103 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic, que és la llei que regula les EPEs de l'àmbit estatal, i que per remissió expressa de l'article 86 bis de la LRBRL regula també les EPEs d'àmbit local.
3. Ja comencen a existir, certament, alguns municipis en els quals la gestió del cicle integral de l'aigua s'efectua de forma directa mitjançant una EPEL, sens perjudici dels contractes que aquesta celebri ulteriorment per a l'externalització d'alguns extrems de la seva activitat. Ara bé, si, verificada la confirmació de les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que aquí ens ocupen, l'AMB acordés usar aquesta forma de gestió, la intervenció de l'Ajuntament de Barcelona s'hauria de fer o bé mitjançant la constitució conjunta d'aquesta o, potser millor, amb un conveni.
4. És cert que es podria pensar en una fórmula similar a la de Comunitat de Madrid on el cicle integral de l'aigua el gestiona directament a partir d'una Entitat pública de la Comunitat, denominada "Canal de Isabel II" en la qual estan integrats la majoria dels municipis del seu àmbit territorial; però això no estalvia la constitució d'una societat.
5. Efectivament, i també per destacar les singularitats, convé tenir present que la Comunitat de Madrid no té la titularitat del servei d'abastament d'aigua en baixa sinó que aquesta correspon als municipis que l'integren (article 3 de la Llei 17/1984, de 20 de desembre, reguladora de l'abastament i sanejament d'aigua a la Comunitat de Madrid), per bé que la majoria d'ells, en virtut de distints convenis, havien vingut encarregant la gestió d'aquest servei a l'Entitat pública esmentada.
6. Avui, però, i des de el 27 de juny de 2012, la gestió del servei del cicle integral de l'aigua en la majoria dels municipis de la Comunitat de Madrid la dur a terme una

societat anònima, amb capital íntegrament públic: “Canal Isabel II, S.A.”, constituïda 27 de juny de 2012 a l’empara de l’habilitació atorgada a l’Entitat pública indicada per l’article 16 de la Llei 8/2008, de 29 de desembre, de mesures fiscals (modificada ulteriorment, per la Llei 6/2011), el capital de la qual, íntegrament públic, pertany a l’Entitat pública “Canal de Isabel II” i, des de el 30 de novembre de 2012, a 111 municipis de la comunitat de Madrid (l’Entitat pública té el 82,40 %, l’Ajuntament de Madrid el 10 % i el conjunt de la resta de municipis el 7,60 % del capital social).

7. És clar que aquest no es el model que sembla que vulgui (i pugui) tenir present l’AMB; doncs d’entrada, com hem deixat dit, aquest ens supramunicipal és qui té aquí la competència i la titularitat de tots els serveis que formen el cicle integral de l’aigua, sens perjudici que, a l’empara de l’article 18.1 de la Llei 31/2010, de 3 d’agost de l’AMB, a més aquest ens supramunicipal, directament, sense constituir una EPEL prèvia, pot constituir “ens públics i societats mercantils conjuntament amb els municipis per a prestar els serveis metropolitans”.
8. La qüestió és doncs en primer lloc, com avançàvem ¿per què optar per constituir una societat mercantil en lloc de triar una EPEL? Aquí la resposta, des de la perspectiva de la sostenibilitat i l’eficiència, potser es troba en un principi de conservació: en que l’execució de les sentències del Tribunal Suprem confirmatòries, si escau, de les quatre del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, podria partir de la societat mixta existent, transformant-la en unipersonal en mans de l’AMB per diverses formes, àdhuc amb l’expropiació de les accions del soci privat.
9. Doncs bé, si finalment la fórmula és la de procedir a gestionar directament el cicle integral de l’aigua mitjançant una societat mercantil de capital social íntegrament públic, aleshores la intervenció en aquesta societat de l’Ajuntament de Barcelona hauria de tenir present les observacions que farem a continuació.

La participació de l’Ajuntament de Barcelona en una societat metropolitana gestora del servei del cicle integral de l’aigua.

A) El moment de la participació.

1. La participació de l’Ajuntament de Barcelona en la hipotètica SMGSCIA pot produir-se, en abstracte, des del moment inicial de la constitució d’aquesta societat. En aquest cas es tractaria de formar una societat pluripersonal pública originària. Això està previst inequívocament en el Reglament d’obres, activitats i serveis dels ens locals aprovat pel DECRET 179/1995, de 13 de juny (en endavant ROAS). Ara bé cal recordar que, si es procedeix d’aquesta forma, tant l’Ajuntament de Barcelona com l’AMB hauran de complir en paral·lel, però coordinadament, el procediment constitutiu (i de dissolució quan

correspongui). Diu l'article 227 del ROAS: *"En el cas que es constitueixi una societat amb capital íntegrament públic aportat per diverses corporacions locals, cadascuna d'elles ha de complir el tràmit escaient per a la constitució i la dissolució, si s'escau, que preveu aquest Reglament. En el supòsit de dissolució, ha de resoldre, a més, sobre la continuïtat i la manera de prestar el servei"*.

2. Ara bé si la participació de l'Ajuntament de Barcelona en la SMGSCIA es preveu efectuar-la en un moment ulterior, quan aquesta societat ja estigui constituïda, formalment el procediment serà distint: (i) constitució/transformació de la SMGSCIA com a societat unipersonal de l'AMB; (ii) expedient d'incorporació de l'Ajuntament de Barcelona a aquesta societat; (iii) modificació de la SMGSCIA per a que esdevingui pluripersonal, amb un impacte clar sobre l'estructura orgànica (cal recordar, entre d'altres coses que el Plenari del Consell Metropolità haurà de deixar d'actuar com a Junta general *ex* article 220.2 del ROAS). No obstant, com es pot intuir, les dificultats *materials* de tot aquest procediment, si existeixen, seran similars a les que la constitució pluripersonal de la SMGSCIA des de l'origen hauria d'afrontar.

B) La competència del servei.

3. L'altre extrem a considerar és el vinculat a l'àmbit competencial doncs sembla paradoxal que, si es tracta de la prestació d'un servei de competència i titularitat metropolitana i no municipal, com hem vist, l'Ajuntament de Barcelona, que ja participa en l'AMB en la forma orgànica tipificada en la Llei 31/2010, de 3 d'agost de l'AMB, vulgui adquirir singularitat establint una participació directa en la SMGSCIA.
4. No obstant això, cal considerar que aquesta paradoxa es dissipa si es té en compte, com ja em senyalat que l'article 18 de la llei citada disposa que l'AMB pot emprar les formes de gestió de serveis establertes per la legislació de règim local, i pot crear ens públics i societats mercantils conjuntament amb els municipis per a prestar els serveis metropolitans.

C) Corporatiu.

5. Un aspecte important de la participació de l'Ajuntament de Barcelona en la SMGSCIA radica en la forma d'adquirir la titularitat del capital. Això es pot produir subscriuint accions de la SMGS en el moment constitutiu o en un moment ulterior, en el marc d'una ampliació de capital, o, finalment, adquirint una part de les accions de la SMGSCIA de les quals en sigui titular l'AMB.
6. En qualsevol cas l'estructura corporativa derivada de l'existència de dos socis ha de regular-se de forma específica en els Estatuts o en un conveni entre socis,

preveient especialment les regles de govern de la societat i les expectatives en relació a les modificacions del capital que siguin necessàries.

7. Sobre el cas de la incorporació d'altres municipis en la SMGSCIA (*mutatis mutandis* article 3.2 del REGLAMENT DEL SERVEI METROPOLITÀ DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA vigent).

D) Intensitat de la participació.

8. La intensitat de la participació, en principi, pot oferir diverses formes i pot oscil·lar des del grau mínim (una participació minoritària en el capital de la SMGS) fins al grau que permeti a l'Ajuntament de Barcelona tenir una posició de referència. En el cas d'una participació mínima en el capital, tots els extrems que hem considerat es redueixen a la perspectiva d'una mera operació patrimonial d'adquisició de valors.
9. En el segon cas, que sembla que és el que es desitja, la participació s'ha d'analitzar des de les restriccions derivades de la Disposició Addicional novena de la LRBRL redactada per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local (en endavant LRSAL).
10. Com és sabut la LRSAL té la finalitat d'adaptar l'organització i el funcionament de l'Administració Local al principi d'estabilitat pressupostària recollit per la modificació de 2011 de l'article 135 de la Constitució i desplegat per la Llei Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera. En aquest sentit, i de manera específica, la LRSAL, entre d'altres coses, té el propòsit de revisar tot el sector institucional de les Administracions Locals, restringint la participació dels ens locals en entitats instrumentals, tot sanejant a més les que tinguin la necessitat de ser-ho.
11. A aquests efectes la disposició més significativa és l'al·ludida nova Disposició novena de la LRBRL, establerta per la LRSAL, la qual, a banda d'establir mesures de reestructuració temporalment circumscrites pels ens instrumentals que es trobessin en desequilibri patrimonial a l'entrada en vigor de la LRSAL, a l'apartat 1 disposa que *"Las Entidades Locales del artículo 3.1 (els municipis entre elles) de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste"*. I afegeix que aquestes entitats *"durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que*

tengan necesidades de financiación. Excepcionalmente las Entidades Locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad”.

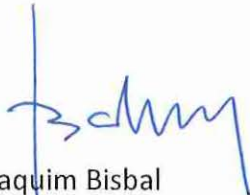
12. La restricció de les possibilitats de participar l’Ajuntament de Barcelona en la SMGSCIA que produeix aquesta disposició sembla molt clara. Tanmateix aquest precepte no està exempt d’ambigüitats que requereixen l’assistència del criteri interpretatiu de les intervencions de l’Ajuntament de Barcelona i de l’AMB al respecte.

E) Naturalesa de la participació.

13. Un aspecte ulterior a tenir en compte és el relatiu a l’aportació patrimonial necessària pel desemborsament del capital de la SMGSCIA, cas que la via d’accés per a la intervenció de l’Ajuntament de Barcelona sigui la subscripció del capital corresponent i en particular la possibilitat que aquesta aportació, en lloc de ser dinerària, sigui no dinerària, consistent en la infraestructura de xarxa titularitat de l’Ajuntament.
14. L’Ajuntament de Barcelona és titular d’aquella part de la xarxa d’abastament d’aigua que ha obtingut com a conseqüència de les actuacions urbanístiques que s’han dut a terme, essent l’Ajuntament de Barcelona l’administració actuant.
15. Aquesta infraestructura constitueix un bé de domini públic afecta al servei d’abastament domiciliari d’aigua potable, del qual n’és titular l’AMB, com hem vist, i en conseqüència és una infraestructura necessàriament adscrita a aquest servei.
16. Aquesta afectació d’uns béns titularitat d’una administració (l’Ajuntament de Barcelona) a un servei del qual n’és titular una altra administració (aquí l’AMB) no implica un canvi en la titularitat dominical del bé: és suficient amb l’adscripció al servei.
17. És cert que el canvi de titularitat és sempre possible, duent a terme la corresponent “mutació demanial” subjectiva (atès que el canvi només afectaria a la titularitat del bé demanial i no a llur destinació). Ara bé per a ser eficaç aquest “mutació demanial” ha d’ajustar-se al procediment previst (bé a l’article 27 del Reglament del patrimoni dels ens locals aprovat pel Decret 336/1988, de

17 d'octubre, bé a l'article 72 de la Llei 33/2003, de 3 de novembre), la qual cosa, segons ens consta no s'ha produït encara.

- 18.** Doncs bé, aquí aquesta qüestió només és rellevant per a la integració del capital social de la SMGSCIA en la mesura que es reconegui que la mutació demanial subjectiva entre dues administracions (Ajuntament de Barcelona i AMB) és un negoci onerós i que l'AMB, administració titular del servei, accepti també ser titular dels béns, resultant-li insuficient la mera adscripció obligatòria, la qual cosa ens sembla actualment i en l'escenari hipotètic amb el què hem confegit aquestes Notes, absolutament discutible.



Joaquim Bisbal
Catedràtic de Dret Mercantil
Advocat

Barcelona, 28 de maig de 2019