
TODA & NEL-LO
ADVOCATS

**NOTA-INFORME SOBRE L'EVENTUAL ESCENARI QUE TERSA
OPERI EN EL MERCAT OBERT AMB UN IMPORT QUE ASSOLEIXI
O SUPERI EL 20% DEL SEU VOLUM GLOBAL DE NEGOCI.**

TODA & NEL-LO
ADVOCATS

1. Plantejament i objecte de la present Nota-Informe.....	3
2. Conseqüències jurídiques de l'eventual excés de l'activitat en el mercat obert que assoleixi o superi el 20%.....	4
3. Fórmula per evitar el límit del 20%.....	5
4. Possibles fórmules per regular l'excés de demanda privada a TERSA de subministrament elèctric.	6
5. Conclusions.....	7

1. Plantejament i objecte de la present Nota-Informe.

TERSA, participada per l'Ajuntament de Barcelona a través de Barcelona de Serveis Municipals, S.A. (BSM) -amb un 58,64% del seu capital social- i per l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB) -amb un 41,36% del seu capital social-, té la condició legal de mitjà propi de l'Ajuntament de Barcelona, de Barcelona de Serveis Municipals, S.A. (BSM), de l'AMB i dels seus respectius poders adjudicadors.

Com a conseqüència de l'anterior, tant l'Ajuntament de Barcelona com l'AMB han encomanat a TERSA diversos encàrrecs de gestió, els quals venen relacionats a la pàgina web de TERSA, Portal de Transparència, a l'apartat Informació de Rellevància Jurídica.

El darrer encàrrec de gestió encomanat per l'Ajuntament de Barcelona consisteix en la comercialització d'energia elèctrica, encàrrec que ha formalitzat després d'haver tramitat i finalitzat un expedient d'iniciativa econòmica.

En aquest sentit, l'Ajuntament de Barcelona ha encarregat directament a TERSA la comercialització d'energia elèctrica a la ciutat de Barcelona i als poders adjudicadors de l'Ajuntament, atesa la doble condició de TERSA de mitjà propi de l'Ajuntament i de societat pública municipal que desenvolupa l'activitat econòmica de comercialització d'energia elèctrica.

Així mateix, és intenció de l'Ajuntament de Barcelona que TERSA comercialitzi energia elèctrica als usuaris particulars que així ho sol·licitin.

Ara bé, conforme a allò previst a l'art. 32.2 i 4 de la LCSP, TERSA només pot realitzar activitat com operador econòmic en el mercat obert (subministraments i serveis a usuaris particulars o públics diferents dels poders adjudicadors dels qui depèn) per dessota del 20% del seu volum global de negoci, tot entenent-se que dit percentatge s'hauria de referir al volum total de les seves activitats, tenint en compte també les que realitza per encàrrec tant de l'Ajuntament de Barcelona com de l'AMB.

Així resulta de l'article 12.4.c) i 12.5 de la Directiva 2014/24/UE i de l'article 32.4.b) LCSP, atès que TERSA és mitjà propi personificat de dos o més poders adjudicadors, de manera que TERSA ha de dur a terme més del 80% de la seva activitat respecte del conjunt dels poders adjudicadors que la controlen.

D'aquesta manera, l'objecte d'aquesta Nota-Informe és, d'una banda, determinar les conseqüències jurídiques d'un eventual excés de l'activitat comercialitzadora d'energia elèctrica de TERSA en el mercat obert que assoleixi o superi l'expressat 20% i, d'altra banda, indicar possibles mesures per evitar superar aquest límit legal o alternatives per poder superar-lo sense que TERSA perdi la condició de mitjà propi de l'Ajuntament de Barcelona i de l'AMB.

2. Conseqüències jurídiques de l'eventual excés de l'activitat en el mercat obert que assoleixi o superi el 20%.

Aquestes conseqüències venen clarament establertes en l'art. 32.5 de la LCSP.

En efecte, aquest precepte legal estableix que **l'incompliment de qualsevol dels requisits** establerts per poder tenir la qualificació jurídica de mitjà propi personificat (entre ells, participar en el mercat obert amb un import sempre per dessota del 20% del seu volum global de negoci) **comportarà automàticament la pèrdua de la condició de mitjà propi** i, per tant, la impossibilitat de seguir realitzant encàrrecs a la persona jurídica afectada, sense perjudici de la conclusió dels encàrrecs que estiguessin en fase d'execució.

Això significa que si l'activitat de TERSA com operador en el mercat obert fos igual o superior al 20% del seu volum global de negoci, TERSA perdria de forma automàtica la condició de mitjà propi de l'Ajuntament de Barcelona, de BSM, de l'AMB i dels seus respectius poders adjudicadors, de manera que cap d'aquestes entitats podria encarregar directament a TERSA el subministrament d'energia elèctrica, sinó que haurien de licitar públicament aquest subministrament, tot havent d'aplicar el règim general de contractació de la LCSP.

En altres paraules, si l'activitat de TERSA en el mercat obert assolís o superés el 20% (és a dir, si superés el 19,9%) del seu volum total de negoci, TERSA només podrà subministrar energia elèctrica a l'Ajuntament de Barcelona, a BSM o a l'AMB si resulta prèviament adjudicatària dels contractes licitats a aquest efecte per les esmentades entitats.

3. Fórmula per evitar el límit del 20%.

El referit límit del 20% de l'activitat comercialitzadora de TERSA en el mercat obert deriva de la seva condició de mitjà propi personificat de l'Ajuntament, de BSM i de l'AMB.

Per això, aquest límit del 20% no operaria si es creés o adquirís una nova societat que, sense tenir la condició de mitjà propi, es destinés exclusivament a la comercialització d'energia elèctrica en el mercat, no subministrant, per tant, energia elèctrica a l'Ajuntament de Barcelona, a BSM, a l'AMB ni als seus respectius poders adjudicadors si no resultés adjudicatària dels contractes licitats amb dit objecte.

Aquesta constitució o adquisició d'una societat per l'Ajuntament de Barcelona dedicada exclusivament a la comercialització d'energia elèctrica en el mercat seria possible **si es complissin**, sense caràcter exhaustiu (doncs no és objecte de la present Nota-Informe), els següents requisits:

- (i) Que l'Ajuntament de Barcelona no tingui vigent un pla econòmic financer (PEF) o un pla d'ajustament, doncs en aquest cas concorre la prohibició de constituir o adquirir entitats jurídiques de la Disposició addicional 9a, apartat 1, de la LBRL.¹
- (ii) Que la societat que es constituís o adquirís obtingués l'acreditació administrativa d'entitat comercialitzadora d'energia elèctrica, d'acord amb la normativa vigent reguladora del sector elèctric.
- (iii) Que es tramités un nou expedient d'iniciativa econòmica municipal per a la realització de l'activitat de comercialització d'energia elèctrica, que atribuís a la nova societat aquesta activitat econòmica.
- (iv) Que la nova societat constituïda o adquirida desenvolupés la seva activitat en règim de lliure concurrència i en condicions de mercat, sense que pogués rebre o ser beneficiari de cap tipus d'ajut públic que pugui considerar-se ajut d'estat.

¹ La Disposició addicional 9a de la LBRL estableix:

*"1. Las Entidades Locales del artículo 3.1 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.
(...)"*

4. Possibles fórmules per regular l'excés de demanda privada a TERSA de subministrament elèctric.

De no ser possible la constitució o adquisició d'una societat merament comercialitzadora en el mercat, en cas d'excés de demanda privada de subministrament elèctric a TERSA, és a dir que, inclosa dita activitat, assolís o superés el 20% de la seva activitat global, es podrien articular uns instruments, validats per les administracions matrius, en que caldrà preveure mesures en que es fixin els criteris per a la contractació de nous usuaris, que consistiria en l'aprovació d'un reglament del servei (i la difusió apropiada per donar una màxima transparència) que prevegi:

- (i) Determinar l'import o el topall màxim de l'activitat comercialitzadora dels subministraments en el mercat de cada exercici anual atenent al volum global de negoci previst i al límit legal establert i, en funció d'aquesta variable, establir el percentatge en què es fixa el nivell de risc a partir del qual caldrà implementar mesures de regulació obligatòria per a noves contractacions de subministraments d'energia elèctrica.
- (ii) Les mesures de prioritat per a noves contractacions, una vegada arribat al nivell de risc prèviament fixat, poden raure en els criteris socials que es determinin, dins les normes de mercat, introduint variables de caràcter social i de vulnerabilitat severa o extrema dels usuaris, o concertant les contractacions de mode provisional, sempre que no hi hagi altre peticionari de necessitat prioritària segons els criteris socials marcats i que permeti la màxima transparència en aquesta contractació. En definitiva, activar un mecanisme de control i seguiment de l'activitat de comercialització de l'energia que permeti evitar unes conseqüències de pèrdua de la condició de mitjà propi.
- (iii) Determinar que, en aquests supòsits, es limitarà el consum energètic per a nous subministraments als llindars màxims que es determinin.
- (iv) També es poden preveure llistes d'espera o registres de nous peticionaris o usuaris als efectes de contractació per atendre'ls per rigorós ordre de petició o per altre criteri que es cregui convenient que es determini sigui prevalent, tal com s'ha expressat anteriorment.

5. Conclusions.

La comercialització d'energia elèctrica per part de TERSA en el mercat obert ve limitada taxativament per l'art. 32.2 i 4 de la LCSP, limitació que es fixa per dessota del 20% del volum global de negoci d'aquesta entitat, atesa la seva configuració legal com a mitjà propi personificat de l'Ajuntament de Barcelona, de BSM, de l'AMB i dels seus respectius poders adjudicadors.

Les conseqüències jurídiques de la contravenció d'aquest límit legal també venen taxativament regulades en l'art. 32.5 de la LCSP, i consisteixen en la pèrdua automàtica de la seva condició de mitjà propi personificat i la impossibilitat legal, des d'aquell moment, que l'Ajuntament de Barcelona, BSM i l'AMB puguin encarregar-li directament subministraments sense necessitat de licitar conforme a la LCSP.

La creació o adquisició d'una societat mercantil a la que es pugui adscriure la prestació de l'activitat econòmica és una solució possible per aconseguir l'objectiu d'entrar en el mercat obert de la comercialització elèctrica sense limitació, sempre que es compleixin els condicionants legals abans referits.

En el supòsit de no ser possible la creació o adquisició d'una nova entitat, caldrà tenir cura de no depassar el límit màxim del subministrament elèctric en el mercat obert, ateses les conseqüències automàtiques en les relacions contractuals posteriors a la data de constatació de la superació del topall, que passarien per una licitació del subministrament per part de les Administracions i entitats públiques que controlen TERSA, sens perjudici dels encàrrecs anteriors que transitòriament seguirien fins a la seva extinció.

Per a la regulació de l'excés de demanda de subministrament elèctric en el mercat obert es suggereix l'aprovació d'un reglament intern del servei, validat per les administracions públiques titulars de TERSA, en el que es regulin les situacions de nivell de risc del subministrament establint criteris de prioritat a usuaris de vulnerabilitat severa o extrema o altres criteris de modulació social.

Barcelona, 23 de gener de 2019