

**ANÀLISI DELS EFECTES JURÍDICS DE LA NUL·LITAT  
DELS ACORDS DEL CONSELL METROPOLITÀ DE L'ÀREA  
METROPOLITANA DE BARCELONA SOBRE ELS SERVEIS  
INCLOSOS EN EL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA A L'EMPARA  
DELS QUALS FOU CONSTITUÏDA LA SOCIETAT D'ECONOMIA  
MIXTA "AIGÜES DE BARCELONA, EMPRESA METROPOLITANA  
DE GESTIÓ DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA, S.A."**

**Barcelona, diciembre de 2019**



## SUMARI

ABREVIATURES.....	5
I.- ANTECEDENTS .....	7
I.1.- Els acords del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona de 6 de novembre de 2012 i de 21 de maig de 2013 que donaren cobertura a la constitució de la "AIGÜES DE BARCELONA, EMPRESA METROPOLITANA DE GESTIÓ DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA, S.A., (AB-SEM)" .....	7
I.2.- Les sentències del TSJCAT que anul·laren els acords del Consell Metropolità de l'AMB indicats. En especial, la Sentència del TSJCAT. núm. 126/2016, de 9 de març.....	12
II.- LA SOCIETAT AB-SEM .....	20
II.1.- El procés constitutiu de la societat AB-SEM.....	20
II.2.- Les aportacions i la compravenda d'actius .....	22
II.2.1.- Les aportacions de l'AMB .....	22
II.2.2.- Les aportacions d'SGAB i la compravenda d'actius en termes de "fundació retardada" .....	24
II.2.3.- El finançament de la fundació retardada.....	28
II.3.- Anàlisi dels títols d'SGAB a l'àmbit metropolità i municipal .....	32
II.3.1. Títol d'àmbit metropolità .....	32
II.3.2. Títols municipals.....	35
III.- EFECTES DE L'ANUL·LACIÓ DELS ACORDS.....	37
III.1.- Introducció .....	37
III.2.- La situació de la SGAB segons les sentències del TSJCAT .....	40
III.2.1.- La situació provisòria o a precari anterior a l'empresa mixta .....	40
III.2.2.- La manca de títol d'abastament en baixa " <i>ratio decidendi</i> " de la sentència.....	43
III.2.3.- No hi ha justificació per tornar a la situació provisòria .....	51



III.3.- Efectes respecte al servei metropolità del cicle integral i la seva gestió .....	53
III.3.1.- No es pot retornar a la situació anterior als acords anul·lats amb dos gestors perquè cap d'ells pot continuar.....	53
III.3.2.- El procediment per a l'establiment, la prestació i elecció de la forma de gestió d'un servei públic.....	55
III.3.3.- Recapitulació: un nou projecte d'establiment del servei de cicle integral de l'aigua .....	67
III.4. Efectes respecte al conveni/contracte de gestió del servei signat entre l'AMB i la SGAB.....	68
III.4.1. Consideracions prèvies .....	68
III.4.2.- Efectes de l'anul·lació del conveni sobre la prestació del servei... 71	
III.4.3.- La liquidació del contracte i restitució a les parts de les seves aportacions.....	77
III.4.4.- Conseqüències econòmiques de l'anul·lació .....	83
III.5.- Efectes sobre la societat mixta .....	108
III.5.1.- Nul·litat vs. dissolució d'AB-SEM .....	108
III.5.2.- Sobre la nul·litat d'AB-SEM. Necessitat de declaració judicial expressa.....	109
III.5.3.- Sobre la liquidació d'AB-SEM, com a conseqüència de la dissolució per conclusió de l'empresa o per la impossibilitat manifesta d'aconseguir el fi social (Arts. 363 i ss. de la LSC) .....	115
III.5.4.- La remoció de la causa de dissolució d'AB-SEM i la reconfiguració de la base subjectiva d'aquesta societat.....	125
III. 6.- La satisfacció dels bons emesos per ABF-SAU .....	130
IV.- MESURES PER OBTENIR EL CONTROL IMMEDIAT D'AB-SEM I DEL SERVEI .....	132



IV.1.- L'adopció de mesures provisionals en el marc del procediment de liquidació del contracte i d'establiment del nou servei i de canvi de gestor	132
IV.1.1.- Finalitat de les mesures provisionals .....	132
IV.1.2.- Caràcter obert de les mesures.....	134
IV.1.3.- Elements definitoris .....	137
IV.1.4.- Pressupòsits, principis i límits .....	138
IV.1.5.- Òrgan competent per la seva adopció .....	140
IV.2.- Facultats de direcció i control de l'AMB.....	141
IV.2.1.- La fiscalització de la gestió del concessionari (control extern) ...	143
IV.2.2.- La intervenció del servei (control intern) .....	144
IV.3.- Recapitulació i recomanació d'actuacions.....	158
V.- CONCLUSIONS .....	161





## ABREVIATURES

<b>AB-SEM:</b>	Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua.
<b>ACA:</b>	Agència Catalana de l'Aigua.
<b>AMB:</b>	Àrea Metropolitana de Barcelona.
<b>BOPB:</b>	Butlletí Oficial de la Província de Barcelona.
<b>CMB:</b>	Corporació Metropolitana de Barcelona.
<b>EMSSA:</b>	Empresa Metropolitana de Sanejament.
<b>FJ:</b>	Fonament Jurídic.
<b>LCSP17:</b>	Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic.
<b>LEF:</b>	Llei de 16 de desembre de 1954, d'Expropiació Forçosa.
<b>LPACAP:</b>	Llei 39/2015, de 1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques.
<b>LRBRL:</b>	Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local.
<b>LRJPAC:</b>	Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques y del Procediment Administratiu Comú.
<b>LRJSP:</b>	Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic.
<b>LSC:</b>	Reial Decret Legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, per el que s'aprova el Text Refós de la Llei de Societats de Capital.
<b>RGC:</b>	Reglament General de Contractació de l'Estat, aprovat pel Decret 3410/1975, de 25 de novembre.
<b>ROAS:</b>	Reglament d'obres i serveis dels ens locals, aprovat pel Decret 179/1995, de 13 de juny.
<b>RSCL:</b>	Reglament de Serveis de les Corporacions Locals, aprovat pel Decret de 17 de juny de 1995.
<b>SGAB:</b>	Societat General d'Aigües de Barcelona, S.A.
<b>STC:</b>	Sentència del Tribunal Constitucional.
<b>STS:</b>	Sentència del Tribunal Suprem.
<b>TRLA:</b>	Text refós de la Llei d'Aigües, aprovat per Reial Decret Legislatiu 1/2001, de 20 de juliol.



- TRLAC:** Text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya aprovat pel Decret 3/2003, de 4 de novembre.
- TRLCAP:** Text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (vigent fins el 16 de desembre de 2011) aprovat pel Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny.
- TRLCSP:** Text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.
- TRLHS:** Reial Decret Legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals.
- TRLMRLC:** Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat pel Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril.
- TRRL:** Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de Règim Local, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril.
- TSJ:** Tribunal Superior de Justícia.
- TSJCAT:** Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.



## I.- ANTECEDENTS

### **I.1.- Els acords del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona de 6 de novembre de 2012 i de 21 de maig de 2013 que donaren cobertura a la constitució de la "AIGÜES DE BARCELONA, EMPRESA METROPOLITANA DE GESTIÓ DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA, S.A., (AB-SEM)"**

En el present subapartat realitzarem una breu descripció del contingut i procediment que es seguí per a l'adopció dels acords del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona de 6 de novembre de 2012 i de 21 de maig de 2013, posteriorment anul·lats pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJCAT) el mes de març de 2016.

L'acord de Consell Metropolità de l'AMB de 6 de novembre de 2012 (BOPB de 20 de novembre de 2012) aprovà definitivament:

- i) L'establiment i prestació del servei del cicle integral de l'aigua, la memòria justificativa, el projecte d'establiment i el reglament del règim jurídic de la prestació annex a l'acord.
- ii) L'establiment de la forma 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.
- iii) Els estatuts de la nova societat de capital mixt i el conveni amb la SGAB previst a l'article 283.1.b) del Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, aprovat pel Decret 179/1995 de 13 de juny (ROAS), en el que es regulen, entre altres aspectes, els requisits i condicions per a la constitució de la societat de capital mixt.
- iv) L'operació de cessió global d'actiu i passiu d'Empresa Metropolitana de Sanejament, S.A., (EMSSA) que actuaria en qualitat de societat cedent a favor de l'AMB, que actuaria en qualitat d'entitat cessionària. EMSSA,



empresa participada íntegrament per l'AMB, era fins aleshores la gestora del servei públic de depuració d'aigües residuals i de regeneració d'aigües residuals.

v) L'aportació d'actius de l'AMB a favor d' AB-SEM.

L'acord de 6 de novembre de 2012 és l'acte que posà fi a l'expedient anomenat "*establiment i gestió del servei metropolità del cicle integral de l'aigua, i determinació de la forma de gestió per societat d'economia mixta*" incoat el 10 de juliol de 2012 i que es tramità segons els art.158 i següents del ROAS, que regulen el procediment per a l'establiment de serveis i els art. 282 i següents també del ROAS, que regulen la modalitat de gestió de serveis públics per mitjà de societats mercantils d'economia mixta.

L'expedient contenia una memòria justificativa, que incloïa el projecte d'establiment, – aprovat per l'acord de 6 de novembre – i que fonamentava la conveniència de l'establiment del servei en els avantatges tècnics i econòmics de crear el cicle integral de l'aigua des de la captació fins la regeneració, passant per la distribució domiciliaria i el sanejament de les aigües residuals. (La inclusió de la captació i en definitiva de l'abastament en alta va generar problemes competencials amb la Generalitat com a titular d'aquest servei que es resoldrien, al menys sobre el paper, amb l'acord de 21 de maig de 2013).

La citada Memòria-Projecte justificava l'adjudicació directa de la condició de soci privat de la societat mixta a la SGAB per tractar-se d'una "*societat única ja existent*" (art. 283 ROAS) o "*empresari determinat*" (art. 170 d) del TRLCSP). Obviant d'aquesta manera, no només la manca per part d'SGAB de concessió de gestió del servei públic d'abastament d'aigua potable en baixa –fet que era prou conegut-, sinó també un fet absolutament incontestable – que es reconeixia a la Memòria i la resta de documentació –, com és que fins aleshores el servei de sanejament d'aigües residuals el prestava una societat pública metropolitana. Dit amb altres paraules, era evident que l'excepció a la licitació que es volia i es va aplicar, no concorria, atès



que no hi havia una “*societat ja existent*” que estigués prestant el servei metropolità de nova creació que inclogués tant l’abastament com el sanejament.

El pretès fonament de l’exclusivitat era la titularitat per part d’SGAB d’una sèrie de concessions d’aigües públiques (i per tant demaniales) per a l’abastament de poblacions, i molt en particular, la concessió d’aigües superficials del riu Llobregat per a l’abastament de Barcelona i el seu cinturó urbà, concedida per Ordre del Ministre d’Obres Públiques de 24 de juny de 1953 (i les seves posteriors ampliacions el 1957 i 1960), en virtut de la que es va construir l’Estació de Tractament d’Aigua Potable de Sant Joan Despí que, com era notori, des de l’any 1990 formava part del servei d’abastament en alta Ter-Llobregat, titularitat de la Generalitat (a més, també es feia esment a la titularitat de drets d’aprofitament d’aigües privades i autoritzacions municipals per a dur a terme les canalitzacions necessàries a la via pública); i d’altra banda, també es pretenia fonamentar en els protocols subscrits entre la SGAB i la CMB arrel de la metropolitanització del servei d’abastament en baixa que, de forma inversemblant no hi eren a l’expedient administratiu.

En base a tot això, segons la pròpia Memòria, la SGAB hauria vingut gestionant històricament el servei d’abastament d’aigua en baixa a l’AMB en virtut dels esmentats títols i, des de l’any 1982, “*en una situació jurídica perfectament assimilable a una concessió de servei públic*” (pàg. 63).

Per tant, sempre segons la Memòria d’establiment del nou servei del cicle integral, va ser aquesta posició jurídica de la SGAB respecte al servei d’abastament domiciliari o en baixa (en la major part del territori metropolità) la qual cosa justificava l’excepció a la lliure concurrència i l’aplicació del procediment negociat sense publicitat.

La Memòria-Projecte contenia 5 annexos, que consistien en la proposta de Reglament del servei, el plec de condicions i els seus annexos, el conveni a



subscriure entre l'AMB i SGAB juntament amb la proposta d'Estatuts d'AB-SEM, la descripció dels elements patrimonials i la proposta de despeses.

La valoració de les aportacions de l'AMB i de la SGAB a la societat mixta es realitzà a l'apartat 5.3.3 de la Memòria-Projecte d'establiment. (Les aportacions seran analitzades a l'apartat II del present informe).

El **8 d'agost** va ser publicada l'aprovació inicial (acord del Consell Metropolità de 24 de juliol de 2012), i l'expedient es va sotmetre a informació pública per un termini de trenta dies, període en el qual es varen presentar diverses al·legacions que, en general, invocaven la vulneració de les competències de la Generalitat de Catalunya respecte l'abastament d'aigua en alta, l'absència de l'excepció a la lliure concurrència que justificués l'adjudicació directa a la SGAB, la manca de concessió de gestió de servei de la citada societat, l'absència de justificació econòmica de tota l'operació i, en general, la vulneració de la normativa de contractació pública.

L'informe de la Secretaria General de l'AMB de 28 de setembre de 2012 desestimà les al·legacions presentades i amplià la informació econòmica de l'operació amb un document complementari anomenat "*informació addicional sobre els aspectes econòmics i financers de la creació del servei metropolità del cycle integral de l'aigua i de la seva forma de gestió mitjançant una societat d'economia mixta*".

A més, davant de les múltiples al·legacions formulades en el sentit que la SGAB no tenia concessió de servei ni en definitiva cap dret d'exclusivitat per la prestació del servei d'abastament en baixa, i destacant que el sanejament d'aigües residuals el gestionava una empresa pública, a partir de l'esmentat informe de resposta a les al·legacions l'AMB va començar a defensar amb més èmfasi que la impossibilitat de promoure la concurrència es devia també a motius econòmics, si bé de forma incomprensible no hi havia cap estudi sobre el cost de la indemnització que en el seu cas s'hagués de satisfer a la SGAB.



Finalment, el 6 de novembre de 2012 el Consell Metropolità de l'AMB adoptà l'acord definitiu ja descrit, sense la preceptiva autorització de l'ACA per a la transmissió a AB-SEM de les concessions d'aprofitament d'aigües públiques titularitat de la SGAB que aquesta havia d'aportar a la nova societat. (Com és sabut l'esmentada autorització de l'Administració hidràulica està configurada a la normativa d'aigües com un requisit previ a la transmissió; art. 63 del Text Refós de la Llei d'Aigües, aprovat per RDLeg 1/2001, de 20 de juliol, TRLA).

Mitjançant escrit de 14 de desembre de 2012, la SGAB sol·licità a l'ACA la citada autorització; i l'ACA per escrit de 14 de maig de 2013 li va comunicar que l'autorització no es podia atorgar atès que les concessions que es pretenien transmetre (en particular la ja esmentada de 1953) estaven vinculades a les instal·lacions relacionades a l'annex 1 del decret legislatiu 3/2003, de 4 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya (TRLAC), i per tant afectes a la prestació del servei d'abastament en alta mitjançant la xarxa Ter-Llobregat, competència de la Generalitat.

L'acord de 21 de maig de 2013, d'aprovació de precisions interpretatives no substancials en relació a l'acord de 6 de novembre de 2012 s'adoptà per a donar solució al problema competencial suscitat. L'acord es va publicar en el BOPB de l'1 de juliol de 2013 i, posteriorment, el dia 10 de juliol de 2013 es va publicar una correcció d'errades materials, de difícil comprensió.

L'esmentat acord, d'una banda, modificava el Reglament del servei, els Estatuts de la societat mixta de nova creació i el conveni amb la SGAB, **eliminant qualsevol referència a l'abastament en alta com activitat del servei del cycle integral;** i d'altra es **substituïa la transmissió dels títols de la SGAB – que segons l'ACA no podien ser transmesos ni molt menys integrar-se en un servei públic diferent (i a més d'una altra administració) – per la constitució d'un dret real d'usdefruit a favor d'AB-SEM,**



D'altra banda, els esmentats canvis no van implicar cap modificació de la valoració de les aportacions de la SGAB a AB-SEM (fet destacat com veurem per la sentència núm. 126/2016).

**I.2.- Les sentències del TSJCAT que anul·laren els acords del Consell Metropolità de l'AMB indicats. En especial, la Sentència del TSJCAT. núm. 126/2016, de 9 de març.**

Els acords del Consell Metropolità de 6 de novembre de 2012 i de 21 de maig de 2013 foren anul·lats pel TSJCAT en 4 sentències dictades entre el 9 i 10 de març de 2016 (sentències núm. 126/2016, de 9 de març, 127/2016, 128/2016 i 129/2016, de 10 de març).

Les citades sentències tenen una part comuna (on el TSJCAT es pronuncia sobre els al·legats compartits per tots els recurrents) i una part específica on es tracten els motius d'impugnació concrets dels recursos interposats per Acciona Agua, S.A., (sentència núm. 126/2016) y Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. (sentència núm. 129/2016). L'examen del motius comuns a tots els recursos constitueix el gruix de les sentències i és idèntic en totes elles, sent la de referència la sentència núm. 126/2016, de 9 de març, que és literalment transcrita en la resta.

Amb caràcter previ a entrar en el fons de l'assumpte, la citada sentència dedica el seu Fonament jurídic Quart a sintetitzar el que anomena "*Cronologia de l'abastament d'aigua a Barcelona i poblacions*", en el que de forma resumida exposa els antecedents administratius i legals de l'abastament d'aigua potable a Barcelona i a les poblacions del seu entorn, que posteriorment es constitueixen en uns ens supralocal que avui és l'AMB.





D'aquesta síntesi interessa destacar dos extrems, sobre els que tornarem en un apartat posterior del present informe: en primer lloc, l'al·lusió a la concessió demanial del Ter per l'abastament a Barcelona atorgada a l'Ajuntament de Barcelona a l'any 1961, **atesa la insuficiència dels cabals del Llobregat** (malgrat les ampliacions de la concessió del 53, produïda en els anys 1957 i 1960).

I, en segon lloc, l'explicació del contingut dels protocols de 1983, a conseqüència de l'aprovació al gener de 1982 per la Corporació Metropolitana de Barcelona del Pla Coordinat d'establiment i prestació del servei del subministrament d'aigua, i en particular, del motiu pel qual amb la creació del servei públic d'abastament en alta mitjançant la xarxa Ter-Llobregat per la llei autonòmica 4/1990, d'ordenació de l'abastament a Barcelona, no es va poder perfeccionar el protocol signat entre la CMB d'una banda i la SGAB, SAUR i SOREA per l'altra que tenia per objecte l'adquisició per part de la CMB de l'ETAP de Sant Joan Despí (*"compraventa de los derechos, terrenos, instalaciones, bienes y Construcciones afectos al tratamiento de agua potables y red primaria de aducción, conducción e impulsión hasta la entrada en los depósitos de cabecera"*), així com de les concessions d'aigües públiques per l'abastament de les poblacions compreses en l'àmbit de la CMB de les que eren titulars les esmentades societats; **les quals rebrien la concessió per la gestió del servei de distribució domiciliària per un termini de 50 anys, per "concierto directo"**.

Com bé diu la sentència del TSJCAT, el perfeccionament d'aquest protocol estava condicionat a la construcció per part d'SGAB de la interconnexió entre les ETAP de Sant Joan Despí i Abrera, interconnexió que no es produí fins el juny de 1997.

Convé recordar que el Pla de la CMB i els protocols que el desenvolupaven preveïen la gestió directa de l'abastament en alta (mitjançant les ETAPS d'Abrera i Sant Joan Despí), i que l'abastament en baixa es gestionés per la SGAB mitjançant concessió de servei. No obstant, en paraules de la pròpia sentència, amb la creació del servei públic autonòmic a l'any 1990 *"el convenio de 1983 devino irrealizable cuando se*



*produce la interconexión de redes contemplada como condición suspensiva el 2 de junio de 1997”.*

En els seus fonaments Cinquè i Sisè, la sentència analitza el que anomena els principis i la normativa aplicable, tot començant per una qüestió tan òbvia, com ho és l'aplicació al cas enjudiciat del Text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, **que era negada de manera rotunda per la SGAB i AB-SEM en els seus escrits**, malgrat que el propi Conveni signat l'esmentava com a norma aplicable. I després de transcriure sentències del Tribunal Justícia de la Unió Europea i una Comunicació de la Comissió Europea sobre l'aplicació del dret comunitari en matèria de contractació pública, concessions i col·laboració pública-privada, la sentència conclou el seu Fonament de dret Cinquè ("*Principis i marc normatiu*") amb les següents paraules:

*“En consecuencia, y de acuerdo al marco expuesto, los principios de igualdad de trato, concurrencia y transparencia se proyectan en la actividad administrativa de contratación en el caso de concesión de servicios públicos, incluso en el caso de selección de socio privado, lo que debe ser analizado en el ámbito de la actividad administrativa impugnada” (Pág. 11/48).*

I en aquesta línia en el FJ Sisè, després de repassar els articles del TRLCSP que estableixen els principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments i no discriminació i igualtat de tracte entre els candidats declara que:

*“En cualquier caso, el carácter excepcional y tasado del procedimiento negociado sin publicidad exige que su utilización se funde en la concurrencia y acreditación clara e irrefutable de que se da un supuesto de hecho de exclusividad o de razones impositivas de la concurrencia que lleven a aplicar la excepción de licitación”. (12 final i 13/48)*



Per finalitzar posant de manifest que la decisió de seleccionar la SGAB com a soci privat d'AB-SEM sense acudir a la licitació es fonamentà principalment en la concessió d'aigües públiques del riu Llobregat 1953 (ampliada el 1957 i 1960), sobre la base de la qual es va construir l'ETAP de Sant Joan Despí, i per això la sentència diu que, per determinar la posició jurídica que fins a l'aprovació dels acords impugnats ostentava la SGAB en el servei metropolità d'abastament d'aigua potable, calia examinar els títols aportats i, en particular, la concessió de 1953. Anàlisi que du a terme en el seu FJ Setè.

Concretament, la sentència destaca que en el moment que es va atorgar la concessió d'aigües superficials del riu Llobregat de 1953 ja estava en vigor la Llei de Règim Local de 1950 que **atribuïa al municipi la competència** sobre salubritat i higiene, aigües potables, fonts, abeuradors, clavegueram, piscines i banys públics (art. 101.1.a)), fent obligatori, amb caràcter general, el subministrament d'aigua potable en fonts públiques, abeuradors i safareigs (art. 102 b)) i, **en municipis de més de 5.000 habitants, l'abastament domiciliari d'aigua potable** (art. 103), i tot seguit conclou que:

*“Por tanto, la entrada en vigor de la Ley de Régimen Local de 1950 produjo el efecto de fragmentar la competencia en materia de abastecimiento de aguas para poblaciones diseñado en la Ley de Aguas de 1879, de manera que la concesión demanial de aprovechamiento de aguas superficiales seguía siendo competencia del Estado, **pero el municipio ostentaba la competencia sobre el abastecimiento domiciliario como servicio mínimo obligatorio**”.*

Resumidament -atès que l'anàlisi de la situació de la SGAB segons la sentència serà tractada detalladament a l'apartat III.2 del present informe-, **el TSJCAT conclou que la SGAB no disposa de títol concessional per a la prestació del servei d'abastament d'aigua en baixa a Barcelona i la major part de les poblacions de l'AMB, per la qual cosa, fins als acords de l'AMB impugnats, venia actuant com**



**a un concessionari tàctic o prestador de fet, constituint la concessió de 1953 una concessió demanial atorgada sota l'empareda de la Llei d'aigües de 1879 que li permet distribuir un determinat cabal de manera provisional, atès que no va ser atorgat per l'administració amb competència sobre el servei d'abastament d'aigua potable, que era la local** (aquest incís final és del FJ Nové, pág.20/48).

Al FJ Vuité, la sentència exposa el motiu pel que considera que a la concessió de 1953 no li és d'aplicació el termini de caducitat de 50 anys:

*“Hemos visto que la concesión de 1953 tiene una doble vertiente: (i) por una parte, es una concesión demanial de aprovechamiento de aguas superficiales, cuya duración se fijó con arreglo a la ley de 1879, la cual se respetó en la Ley de Aguas de 1985 ... y sobre la que posteriormente ha incidido la legislación catalana en materia de aguas, asumiendo la competencia la administración hidráulica catalana; **es evidente que el aprovechamiento del caudal queda fuera del ámbito de la legislación de régimen local**; y (ii) la segunda vertiente es la de abastecimiento domiciliario del caudal concedido que se otorgó con arreglo a la Ley decimonónica por la Administración del Estado, de manera provisoria, puesto que el servicio de abastecimiento de aguas ya era de competencia local, de modo que la única Administración que podía otorgar la concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable como tal era la local”.*

I després de citar normes i sentències sobre el termini màxim de la concessió de servei públic conclou:

*“pero en el caso aquí examinado no existe título concesional hasta el momento en que se dictan las resoluciones impugnadas de tal manera que no puede aplicarse el límite de 50 años”.*

És a dir, la sentència separa nítidament el que seria el dret a captar i distribuir aigua en alta, i a prestar el servei de distribució domiciliària o en baixa, el qual no va ser atorgat per la concessió del 53. Per tant, i en altres paraules, si la concessió del 53



fos títol habilitant per la prestació del servei local d'abastament domiciliari o en baixa, el seu termini hagués finalitzat a l'any 2003.

Al FJ Nové *“Posición jurídica de SGAB”*, la sentència reitera la manca de títol per la prestació del servei públic d'abastament, i la seva situació *“provisoria”*, tot destacant que tractant-se d'una prestació precària *“cabe su extinción en cualquier momento”*.

En el seu FJ Desè, i en base als arguments desenvolupats en els anteriors fonaments, la sentència conclou que SGAB no tenia cap dret d'exclusiva que exigís a l'AMB atorgar-li la condició de soci privat d'AB-SEM de nova creació. I destaca el fet que qualsevol excepció a la publicitat de la licitació s'ha d'interpretar de forma estricta.

En l'anàlisi concret de les diferents qüestions plantejades per les parts sobre la concurrència o no de l'excepció de licitació per l'existència prèvia de drets d'exclusiva, o per raons tècniques i/o econòmiques que impedissin promoure concurrència en l'oferta, la sentència comença per deixar clara que **les instal·lacions aportades incloses a l'Annex I TRLAC i en particular la concessió del 53 i l'ETAP de Sant Joan Despí, són infraestructures que queden fora de l'objecte del servei públic de competència metropolitana, i en conseqüència, de cap manera poden ser un element obstatiu de la concurrència, i rebla el clau amb les següents paraules:**

*“Por consiguiente, mal se puede tomar en consideración una instalación externa al servicio para valorar una eventual posición exclusiva de un tercero respecto a dicho servicio” (pàg. 25/48)*

Per afegir tot seguit:

*“La decisión de incorporar la ETAP de Sant Joan Despí tiene un peso notable en la opción elegida por la AMB, especialmente por el método de valoración*



*seguido, de descuento de flujos de caja. Aunque puede afirmarse que este método de valoración es genéricamente idóneo para determinar el valor de empresas a la vista del resultado de la prueba pericial practicada, tiene el inconveniente de que no permite fraccionar los rendimientos derivados de los distintos elementos patrimoniales aportados, por lo que no podemos conocer cuál es la incidencia real de la explotación de la ETAP de Sant Joan d’Espí (sic) sobre el conjunto de la valoración. Y aquí debemos subrayar que la explotación de esta infraestructura se integra por la concesión demanial de aprovechamiento de agua en alta, derivada de los títulos de 1953 y ampliaciones, lo cual también queda fuera del objeto del contrato de gestión de servicio público que aquí se concierta.”*

I també posa de relleu que, atès que la SGAB és un concessionari o gestor indirecte tàcit, no té en el seu patrimoni el dret a la concessió de subministrament d'aigua en baixa per Barcelona i la major part de municipis de l'àrea metropolitana fins l'any 2047, de manera que els fluxes de caixa futurs es calculen sobre un actiu patrimonial que no pertany a la SGAB, i la sentència continua:

*“En este sentido, el derecho a prestar el servicio no puede ser objeto de valoración a estos efectos, puesto que es la AMB quien lo ostenta”*

Finalment, pel que fa a la justificació de l'excepció de licitació, en el FJ Onzè, després de negar l'existència de raons tècniques i drets d'exclusiva (art. 170 d TRLCSP), la sentència analitza si concorren raons econòmiques, i comença per afirmar en base a jurisprudència comunitària que les raons econòmiques són les més febles per justificar l'esmentada excepció. Tot seguit afegeix que **no existeixen elements que permetin quantificar quin és el cost econòmic que justifica la renúncia a la competència** (art. 172 a TRLCSP). Concretament, declara que el cost de l'operació que justificaria la renúncia a la competència no s'ha acreditat, doncs no consta a l'expedient una valoració a efectes expropiatoris de la xarxa de distribució i d'altres drets exclusius que poguessin concórrer. L'anàlisi dels



conceptes indemnitzatoris segons la sentència es realitzarà a l'apartat III.1.4 del present informe.

D'altra banda, la sentència considera que no s'ha justificat el termini de 50 anys de durada de la concessió ni la presa com a referència de l'inici del còmput la data de la interconnexió d'Abrera (2 de juny de 1997).

Atès tot l'exposat, la sentència conclou que no concorren raons tècniques, drets d'exclusiva o motius econòmics que justifiquin l'adjudicació directa del contracte a la SGAB i, en conseqüència, anul·la els acords impugnats per infracció de les normes i principis en matèria de contractació pública. Concretament, d'acord amb el seu FJ Dotzè (pàg. 36/48):

*“(ix) De acuerdo a lo anterior, no aparecen razones justificativas de la aplicación de la excepción licitación, pues no se expresan razones técnicas bastantes ni hay derechos de exclusiva impeditivos de la concurrencia competitiva ni existe una valoración fiable del coste económico que, por su efecto disuasorio, justifique la renuncia a la competencia.*

*(x) Por todo lo expuesto, procede anular las resoluciones impugnadas en tanto que no se han respetado los principios que rigen la contratación pública, al adjudicar directamente el contrato por medio de un procedimiento sin publicidad, con infracción de las normas que se han expresado anteriormente”.*

Respecte als motius d'impugnació específics del recursos, s'analitzen en el FJ Tretzè de les respectives sentències.

La sentència núm. 126/2016, que resol el recurs interposat per Acciona, sintetitza els motius concrets d'impugnació en *“(i) qüestions de procediment i decisió de privatitzar l'empresa pública metropolitana de sanejament (en endavant, “EMSSA”)*



*i prestar en servei en règim de monopoli; i (ii) vicis de l'acord de 21 de maig de 2013 al qual es va ampliar el recurs”.*

Resumidament, la sentència considera que s'han respectat les regles del procediment pel que fa a l'establiment del servei públic del cicle integral de l'aigua i l'elecció de la forma de gestió indirecta i que únicament s'han vulnerat les normes de contractació en la selecció del soci privat. Respecte a l'acord de 21 de maig de 2013, declara que resulta afectat per l'anul·lació de l'acord de 6 de novembre de 2012, i que en tot cas *“las modificaciones introducidas revisten carácter sustancial y en este sentido no es razonable que la valoración de la infraestructura resulte inalterada con independencia de que se transmita la propiedad o el usufructo. En este punto, no es razonable desproveer de todo valor económico a la nuda propiedad, ni tan siquiera en un derecho temporal como es la concesión administrativa”.*

Per la seva banda, la sentència núm. 129/2016, que resol el recurs interposat per Aqualia, no entra a analitzar la pretensió plantejada per la recurrent -que s'ordeni la tramitació d'un nou procediment per a subjectar-lo a licitació-, per haver-se formulat de manera subsidiària i haver estat estimada la pretensió principal.

## **II.- LA SOCIETAT AB-SEM**

### **II.1.- El procés constitutiu de la societat AB-SEM**

A l'empara dels acords adoptats pel Consell Metropolità de l'AMB de 6 de novembre de 2012 i de 21 de maig de 2013, el 30 de juliol de 2013 fou constituïda, com hem dit, AB-SEM.





L'objecte social d'aquesta societat era, i segueix sent, la gestió dels serveis del cicle integral de l'aigua i, en particular, l'execució d'obres hidràuliques, l'explotació, el manteniment i la gestió dels serveis (a) de l'abastament d'aigua en baixa, (b) de sanejament en alta i la depuració d'aigües residuals urbanes, així com la seva regeneració per a d'altres usos, i (c) del subministrament d'aigües regenerades.

A més, constitueix també l'objecte social, entre d'altres activitats, la coordinació i la gestió integrada de l'evacuació de les aigües pluvials i residuals i de les xarxes de clavegueram, així com, l'assistència tècnica en funcions d'intervenció dels abocaments d'aigües residuals a sistemes de sanejament, i l'explotació dels drets i instal·lacions afectades als serveis senyalats amb les lletres (a), (b) i (c) anteriors<sup>1</sup>. El capital social d'AB-SEM es fixà en 337.000.000 Euros, dividit en 337.000 accions de valor nominal 1.000 Euros cadascuna. A efectes organitzatius es distingiren dues classes d'accions: una Classe A constituïda per 50.550 accions i una altra Classe B constituïda per les 286.450 accions restants. La totalitat de les accions de la Classe A fou subscripta per l'AMB i la totalitat de les accions de la Classe B per la SGAB<sup>2</sup>.

La singularitat de la constitució d'aquesta societat rau en el fet, com veurem, d'integrar el capital productiu amb aportacions no dineràries al capital social unida a una simultània compravenda d'actius (*rectius*, d'una quota indivisa sobre un conjunt patrimonial) en virtut de l'anomenat sistema de fundació retardada previst a l'art. 72 de la LSC.

---

<sup>1</sup> La sentència del TSJCAT núm. 126/2016 de 9 de març, disposant l'anul·lació dels acords del Consell Metropolità de l'AMB de 6 de novembre de 2012 i de 21 de maig de 2013, atès el vici en el procediment de selecció del soci privat amb qui havia estat constituïda AB-SEM, afecta directament, entre d'altres coses, a l'objecte social d'aquesta societat.

Sens perjudici de l'anàlisi exhaustiva que farem més endavant, ja volem senyalar des d'ara que, essent els acords anul·lats els d'establiment i prestació del servei del cicle integral de l'aigua formant part d'aquest cicle el servei 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 també el servei de la regeneració d'aigües residuals per a altres usos, jurídicament aquesta anul·lació posa en qüestió la possibilitat que aquesta societat pugui continuar desplegant les activitats que integren el seu objecte social.

<sup>2</sup> Ulteriorment, el 31 d'octubre de 2014, Criteria Caixaholding va adquirir d'SGAB 50.550 accions d'AB-SEM, de manera que des d'aquesta data i fins avui, la composició accionarial d'aquesta societat està formada per AMB, Criteria Caixaholding i SGAB amb uns percentatges respectiu de 15 %, 15 % i 70 %.



## **II.2.- Les aportacions i la compravenda d'actius**

### **II.2.1.- Les aportacions de l'AMB**

Com diem l'AMB va subscriure totes les accions de la Classe A i, segons es manifestà en l'escriptura pública de constitució, les desemborsà íntegrament amb càrrec a l'aportació no dinerària consistent en la cessió fins el 2 de juny de 2047 del dret d'ús de les instal·lacions i infraestructures vinculades als serveis públics de depuració d'aigües residuals i de reutilització d'aigües depurades. A aquesta aportació li fou atribuït el valor de 50.550.000 Euros, corresponent exactament, la qual cosa en abstracte és òbvia, al valor nominal del conjunt de les accions subscrietes.

La titularitat de l'AMB sobre les instal·lacions i infraestructures, el dret d'ús de les quals fou aportat, procedia, segons es diu en l'escriptura pública de constitució, de la cessió global de l'actiu i passiu de la societat unipersonal EMSSA que s'havia efectuat el mateix dia de la constitució d'AB-SEM en benefici de l'AMB que n'era, com és sabut, el seu únic soci. És per aquest motiu que la constitució d'aquesta societat es sotmeté a la condició suspensiva consistent en la inscripció en el Registre Mercantil de l'escriptura que recollia l'esmentada cessió global de l'actiu i passiu a l'AMB, a fi que aquesta cessió tingués efectes (art. 89.2 de la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils).

No obstant, des de la perspectiva estricta (mercantil) de la integració del capital social mitjançant aquesta aportació no dinerària, sorprenen diverses circumstàncies, que ulteriorment poden afectar al procediment en virtut del qual, si escau, hauria d'afrontar-se la liquidació d'aquesta societat.

En efecte, en l'escriptura de constitució d'AB-SEM, com hem dit, es senyala que l'aportació no dinerària realitzada per l'AMB consisteix en la cessió, fins el 2 de juny de 2047, d'un dret d'ús de les instal·lacions i infraestructures de la seva titularitat



necessàries i vinculades als serveis públics de depuració d'aigües residuals i de reutilització d'aigües depurades, i que pertanyien a l'AMB a conseqüència de la indicada cessió global de l'actiu i passiu d'EMSSA produïda en favor de l'AMB. Aquestes instal·lacions i infraestructures, el dret d'ús de les quals es deia que s'aportava, consistien, en les diverses Estacions Depuradores d'Aigües Residuals (EDARs) rellevants en aquest àmbit (EDAR Gavà Viladecans, EDAR Sant Feliu de Llobregat, EDAR Sant Adrià del Besòs, EDAR Vallvidrera i EDAR Prat del Llobregat).

Ara bé, des de l'any 2000 l'EDAR Besòs disposava d'unes instal·lacions específiques de tractament de fangs que havien estat construïdes i eren gestionades per una societat mixta l'objecte social de la qual era, precisament, la gestió, durant 15 anys (des de l'1 d'abril de 2001 i fins el 30 de març de 2016) del servei públic consistent en la construcció, administració i explotació de les instal·lacions pel tractament dels fangs en l'EDAR de Sant Adrià del Besòs de la qual era titular l'Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de Residus, ara AMB.

Aquesta societat mixta era "Tractament Metropolità de Fangs, S.L." (en endavant METROFANG) i els seus socis l'any 2013 eren EMSSA (10%), Agència Catalana de l'Aigua (5%), Institut Català de l'Energia (5%) i la UTE Tramfang integrada OHL Medio Ambiente INIMA, S.A.U., SUFI, S.A. i Gas Natural SDG, S.A. (80%).

Doncs bé, en el moment de la constitució d'AB-SEM, el 30 de juliol de 2013, METROFANG era una empresa en funcionament, de manera que les instal·lacions relatives al tractament dels fangs en l'EDAR de Sant Adrià del Besòs pertanyien a METROFANG qui les havia construït, i en tenia l'explotació i òbviament l'ús, en el benentès, però, que, acabat el termini de la concessió, aquestes instal·lacions haurien de revertir a l'AMB sense cap dret d'indemnització.

En la Memòria elaborada per l'AMB sobre *"la gestió del servei metropolità del cicle integral de l'aigua mitjançant la Constitució d'una societat d'economia mixta"*, en el punt 5.3.1. es deia que l'AMB valorava *"el fet que les activitats de Metrofang passin*



*a ser realitzades per la nova societat d'economia mixta, a partir de la data de finalització de l'actual concessió, ja que l'assecatge i la disposició final dels llots forma part de l'activitat de depuració”.*

La sorpresa al·ludida inicialment no resideix en el fet que en l'escriptura pública de constitució d'AB-SEM no es fes referència a aquesta circumstància, sinó en el fet que en la valoració de tota l'aportació no dinerària efectuada per l'AMB, xifrada en 50.550.000 Euros com hem dit, no es tenia en compte el valor comptable dels actius originàriament d'EMSSA, el dret d'ús dels quals s'aportava, sinó exclusivament els fluxos de caixa que generaven.

D'aquests fluxos de caixa considerats per a la valoració de l'aportació, el principal, a efectes d'establir la xifra de 50.550.000 Euros citada, provenia de l'activitat de METROFANG, i, paradoxalment, ni en l'escriptura pública de constitució ni en el preceptiu informe de l'expert independent que demana l'article 67 de la LSC en cas d'aportacions no dineràries es feia cap consideració significativa<sup>3</sup> sobre la circumstància que aquest factor valoratiu (els fluxos de caixa associats a METROFANG) només pogués imputar-se a AB-SEM, si s'esqueia, a partir de l'1 d'abril de 2016, i no en el moment de la constitució de la societat d'economia mixta.

## **II.2.2.- Les aportacions d'SGAB i la compravenda d'actius en termes de “fundació retardada”**

SGAB va subscriure les 286.450 accions de la Classe B. No obstant la contribució d'SGAB a AB-SEM fou una mica “sofisticada”. A la documentació de la que

---

<sup>3</sup> L'observació no és irrellevant, doncs ens consta que AB-SEM té ara plantejat un contenciós a fi que li sigui reconegut el dret d'ús de les instal·lacions del tractament dels fangs en l'EDAR de Sant Adrià del Besòs a partir de l'1 d'abril de 2016, data d'acabament de la concessió de METROFANG, la qual cosa es determinant del valor i la realitat de l'aportació efectuada per l'AMB. A més ens consta que el 27 de novembre de 2018 el Consell Metropolità de l'AMB, havent acabat la concessió esmentada, ha procedit a adjudicar el contracte de servei consistent en l'explotació, conservació i manteniment de la Planta de tractament de fangs de Sant Adrià de Besòs a favor de l'empresa UTE AQUAMBIENTE SERVICIOS PARA ELÑ AGUA, SAU – NORDVERT, SL.



disposem, es descriu aquesta contribució de dues formes. La primera consistia en posar de manifest l'existència d'un deute associat "genèricament" al conjunt de la contribució que efectuava SGAB a AB-SEM<sup>4</sup>. La segona era una imaginativa forma de combinar aportacions a capital amb allò que s'anomena una fundació retardada i que es regula a l'art. 72 de la LSC<sup>5</sup>.

La primera forma de descriure la contribució partia de la xifra que representava el valor total de la contribució d'SGAB. Aquesta xifra era exactament de 476.450.000 Euros, resultant d'haver valorat aquesta contribució mitjançant el mètode de descompte dels fluxos de caixa, aplicant una taxa d'actualització (WACC) del 7,18%. L'aportació de 50.550.000 Euros efectuada per l'AMB confrontada amb aquest valor de l'aportació d'SGAB, significava una relació de 1 a 9,4. Ara bé si es tenia en compte el deute associat a la totalitat de la contribució d'SGAB que es va xifrar, sense acreditació rigorosa, en 190.000.000 Euros, i aquest deute associat es restava del valor inicial, el valor net de la contribució quedava reduït a la xifra de 286.450.000 Euros. En aquest cas, confrontant el valor de l'aportació de l'AMB amb aquest valor de l'aportació d'SGAB, la relació resultant era de 1 a 5,6, la qual projectada en l'àmbit del capital social de d'AB-SEM representava una participació relativa dels dos socis d'aquesta societat del 15% front el 85%.

Això s'hagués pogut fer, sens perjudici de la cura amb que s'establien les xifres. No obstant, aleshores s'hagués hagut de determinar a quins elements de l'actiu corresponien els diferents sumands del passiu que integraven els 190.000.000 Euros deguts i qui eren els relatius creditors. Com que es va optar per una forma distinta d'actuar res d'això es va haver de fer, i, com veurem, sense haver de

---

<sup>4</sup>Aquesta descripció es trobava en l'informe de la Secretaria General de l'AMB a "*les al·legacions presentades durant el termini d'informació pública de l'acord d'aprovació inicial de l'establiment del servei del cicle integral de l'aigua i de la determinació de la modalitat de gestió per societat d'economia mixta, de 28 de setembre de 2012*".

<sup>5</sup> Vegeu directament la ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA MERCANTIL "AIGÜES DE BARCELONA EMPRESA METROPOLITANA DE GESTIÓ DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA, S.A.", de 30 de juliol de 2013, pp.19 i ss. i ESCRITURA DE COMPRAVENTA Y CONSTITUCIÓN DE USUFRUCTO SOBRE CUOTA INDIVISA, de la mateixa data.



discernir cap sumand dels 190.000.000 Euros, tot aquest deute aparegué com una xifra acreditada exclusivament per SGAB com el preu d'una compravenda.

En efecte, aquesta segona forma de descriure la contribució efectuada per SGAB en la constitució d'AB-SEM és la recollida finalment en l'escriptura de constitució d'aquesta societat de 30 de juliol de 2013 i en la complementària de la mateixa data anomenada *“ESCRITURA DE COMPRAVENTA Y CONSTITUCIÓN DE USUFRUCTO SOBRE CUOTA INDIVISA”*.

D'entrada es procedí a la delimitació del conjunt de béns i drets que havien de ser assignats a la societat mixta per a dur a terme les activitats corresponents a l'objecte social. A aquest conjunt de béns i drets li fou atorgat un nom: *“Patrimoni aportat d'SGAB”*. I també un valor: el de 476.450.000 Euros abans indicat. Sobre aquest *“Patrimoni aportat”* el seu titular, SGAB, delimità idealment dues quotes: una del 60,12173% i una altra del 39,87827% restant. La primera quota la transmeté a AB-SEM com efectiva aportació no dinerària al capital de la societat, i medi de desemborsar les 286.450 accions de la Classe B subscrites, ja que el 60,12173% del valor indicat es corresponia exactament amb la xifra de 286.450.000 Euros. La segona quota la transmeté com a compravenda, i, atès que el 39,87827% % del valor indicat era casualment 190.000.000 Euros, el preu d'aquesta compravenda es fixà en aquesta xifra.

D'aquesta manera el deute de 190.000.000 Euros associat a tot el *“Patrimoni aportat”*, en la primera versió, ara es transformava, en aquesta nova forma de descriure-ho, en deute d'AB-SEM, titular del 100% d'aquest patrimoni, com a deute del preu de la compravenda de la quota del 39,87827% d'aquest, i si no es satisfieia immediatament, com així es va establir, sinó en qualsevol moment dintre d'un termini que finalitza l'1 d'agost de 2023, esdevenia un crèdit en favor d'SGAB a un interès anual fixe del 7,25 % durant el primer any, i a partir d'aquest, a un interès descrit amb termes imprecisos: *“la mitjana de la cotització de les obligacions de l'Estat*



*espanyol a 10 anys més una prima de risc calculada en base a productes equivalents (sic)*”.

Aquesta segona manera de descriure i d'efectuar la contribució patrimonial demanava, d'una banda, un informe d'expert independent designat pel Registrador Mercantil en relació a l'aportació no dinerària efectuada (article 67 de la LSC), tal com ho demanava, com hem vist l'aportació de l'AMB; informe que havia de recollir una descripció de l'aportació, la valoració d'aquesta, els criteris utilitzats i si la valoració es corresponia amb el valor nominal subscrit.

I d'una altra banda també requeria d'un altre informe, també elaborat per un expert independent designat pel Registrador Mercantil, en relació a la compravenda de la quota del 39,87827% del *“Patrimoni aportat”*, atès que, com es sabut, una adquisició d'aquesta mena, superior a la dècima part del capital social, efectuada dintre del termini de dos anys des de la constitució d'una societat, té el risc de vulnerar significativament l'adequada integració del capital. Aquest altre informe ha de tenir un contingut anàleg a l'anterior relatiu a les aportacions no dineràries, i l'adquisició ha de ser acordada per la Junta General (art. 72 de la LSC que regula això que es denomina fundació retardada).

Doncs bé, l'expert designat pel Registre Mercantil fou el mateix pels dos casos (i el mateix que s'ocupà de l'aportació no dinerària de l'AMB) i, en un concís únic informe, es va limitar a sancionar la valoració efectuada per SGAB del *“Patrimoni aportat”* i a senyalar que el valor d'aquest es corresponia amb el valor nominal de l'aportació no dinerària i amb el preu de l'adquisició onerosa. Els informes de l'expert independent, que fou l'entitat BDO, no van analitzar les valoracions de les aportacions de les parts.

Sens perjudici dels considerables errors en la valoració del *“Patrimoni aportat”* per SGAB que ja es varen posar de manifest davant del TSJCAT en el recurs que donà lloc a la sentència d'aquest Tribunal núm. 126/2016, de 9 de març, i sense entrar



aquí en masses detalls, tota aquesta comptabilització de les contribucions patrimonial és altament apriorística.

A més, el fet de contribuir amb un amplíssim conjunt de béns i drets, però, sobretot, el fet d'aportar-ne a capital una quota indivisa sobre aquest conjunt, pot haver vulnerat l'art. 58.2 de la LSC que prohibeix l'aportació a capital de serveis, en la mesura que, segons la forma finalment adoptada, allò que podrien ser serveis contractats amb la societat, hagin passat en part subreptíciament a integrar directament el capital d'AB-SEM.

I si això és així hauria de reconsiderar-se la revisió del valor de les aportacions als efectes de fixar clarament la posició relativa de cada soci en la liquidació de la societat en el termes que més endavant veurem, tot això sens perjudici de la responsabilitat que pugui afectar als experts, en virtut de l'article 68 de la LSC i als fundadors (ex art. 77 de la LSC: "*el fundadors respondran solidàriament davant de la societat, els accionistes i els tercers de la realitat de les aportacions socials i de la valoració de les no dineràries*").

### **II.2.3.- El finançament de la fundació retardada**

La SGAB cobrà els 190.000.000 d'Euros que li devia AB-SEM per la quota del 39,87827% del "Patrimoni aportat" venuda, en el marc de la fundació retardada, gairebé immediatament. Això es produí de la manera que expliquem a continuació.

El 15 de juny de 2014 AB-SEM constituí la societat "Aigües de Barcelona Finance, S.A.U." (d'ara endavant ABF-SAU), un "*Special Purpose Vehicle*" SPV, en la terminologia usual, amb un capital de 60.000 Euros subscrit i desemborsat íntegrament per la fundadora, AB-SEM.

El 15 de setembre de 2014 aquesta societat constituïda procedí a una emissió de bons (*Notes*) xifrada en 200.000.000 Euros (2.000 títols iguals de 100.000 Euros





valor nominal cadascun), amb un interès fix del 1,944 % anual, a abonar el 15 de setembre de cada any i fins a la data de venciment fixada pel 15 de setembre de 2021. Les dades que referim aquí, i recollides a l'escriptura d'emissió, són públiques i estan extretes del Prospecte d'emissió corresponent<sup>6</sup>.

Doncs bé, una vegada subscripta i desemborsada aquesta emissió pels inversors als quals es destinava (inversors institucionals i clients professionals en el sentit tècnic dels mercats de valors), amb la quantia resultant ABF-SAU procedí a efectuar un préstec a AB-SEM a fi que aquesta societat pogués satisfer el deute de 190.000.000 Euros deguts a la SGAB, i destinés la resta a satisfer altres necessitats financeres de la societat. Així fou com la SGAB rebé el preu de la compravenda. En conseqüència ara la creditora d'AB-SEM ja no és la SGAB, sinó ABF-SAU i en última instància, com a creditors garantits, els titulars dels bons. Vegem-ho.

Aquest préstec, concedit per ABF-SAU a AB-SEM, està viu i està xifrat en 196.000.000 Euros<sup>7</sup>. El venciment està datat el 15 de setembre de 2021, i l'interès anual inicial correspon a l'interès de l'1,944 % meritat pels bons en benefici dels seus titulars, més 40 punts bàsics (és a dir 1,944 % + 0,40 = 2,344 %). Aquest interès ha estat modificat des del 15 de setembre del 2016, fixant-se en el 2,386 %.

Els bons estan admesos a negociació en el mercat de valors de Luxemburg (*Luxembourg Stock Exchange*), exclusivament. En concret, són negociats en el denominat "Multilateral Trading Facility" (MTF) [és a dir el «Sistema Multilateral de Negociació» (SMN)] que gestiona la Borsa de Luxemburg de conformitat a allò previst a la Directiva 2014/65/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 15 de maig de 2014<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Vegeu *Prospectus-Offering Circular* (Aigües de Barcelona Finance, S.A.U.), d'ara endavant el Prospecte d'emissió, a <https://www.bourse.lu/security/XS1107552959/214229>.

<sup>7</sup> Vegeu l'actiu no corrent del balanç d'ABF-SAU tancat a 31 de desembre de 2018 d'ABF-SAU i el punt 5 de la Memòria corresponent.

<sup>8</sup> Aquest mercat es descriu en l'article 4 sobre definicions de la Directiva esmentada així: un «sistema multilateral de negociació» (SMN) es un sistema multilateral, operat per una empresa de serveis d'inversió o per un organisme rector del mercat, que permet reunir —dins del sistema i segons normes no



L'obligat a la satisfacció dels bons, és, naturalment, l'entitat emissora, ABF-SAU<sup>9</sup> la qual té al respecte una obligació pura (no sotmesa a cap condició), irrevocable i de caràcter preferent. El garant d'aquesta obligació és AB-SEM. En termes materials, la previsió és que aquesta societat satisfaci a la seva filial el deute que té contret, i aquesta, per la seva banda, procedeixi al pagament als titulars dels bons en el moment del venciment d'aquests; tot això sens perjudici de la complexa estructura d'agents que intervenen tant per a permetre la transmissió dels bons, com per a liquidar-los en el moment del venciment.

Als efectes de garantia del pagament final dels bons s'ha establert que l'atorgada per AB-SEM és també pura (no sotmesa a cap condició), irrevocable, i té caràcter preferent en relació a d'altres atorgades, la qual cosa ve reforçada per les habituals clàusules *pari passu* i *negative pledge*.

No obstant, de forma específica s'ha establert en el Prospecte de l'emissió dels bons que si es produeix una reestructuració corporativa o una liquidació d'AB-SEM i SGAB, o una societat del seu grup, recupera el servei d'abastament d'aigua en baixa, aleshores la pròpia SGAB o la societat que recuperi aquest servei esdevindrà la garant de l'emissió en els mateixos termes abans indicats en què ho és AB-SEM.

Exactament es diu en l'apartat (b) del punt 4, titulat "*Guarantee*", dels *Terms and Conditions of the Notes* del Prospecte d'emissió:

*"If the Water Supply Business and the Sewage Transport, Treatment and Reuse Business carried out by the Guarantor are segregated **and the Water Supply Business is returned or repatriated or otherwise reverts to AGBAR [SGAB] or is transferred to any subsidiary thereof (except for AB) for any reason (the***

---

discrecionals— els diversos interessos de compra de venda sobre instruments financers de múltiples tercers per donar lloc a contractes, de conformitat a allò establert en el títol II de la Directiva esmentada.

<sup>9</sup> Vegeu el punt 3 dels *Terms and Conditions of the Notes* en el Prospecte d'emissió, "*Status of the Notes*".



*“Transfer Event”), each of the Issuer and the Guarantor undertakes to cause AGBAR [SGAB] or the subsidiary assuming the Water Supply Business, as soon as practicable (but in any event no later than 60 calendar days) after the date on which the Transfer Event is effective, to:*

*(i) execute and deliver to the Trustee a deed supplemental to the Trust Deed (the “Supplemental Deed”) pursuant to which **AGBAR [SGAB] or such other subsidiary thereof (except for AB) will become vested with all the duties and obligations of the Guarantor under the Notes and the Trust Deed, as if originally named a guarantor hereunder and thereunder and, therefore, will unconditionally and irrevocably guarantee to the maximum extent permitted by law the Issuer’s obligations under the Notes and the Trust Deed [...]**”*

Coherent amb això és la disposició en virtut de la qual, només una substitució de la societat garant com l’anterior, en la qual és SGAB, o una societat del seu grup, qui recupera el servei d’abastament d’aigua en baixa, no constitueix un dels “*Events of Default*”, del punt 11 dels *Terms and Conditions of the Notes*, del Prospecte d’emissió, que condueixen al venciment anticipat dels bons. Sobre això tornarem més endavant.

Finalment convé advertir que en el Prospecte d’emissió es contempla, com a risc (“*Litigation*”) un resultat desfavorable a “AIGUES DE BARCELONA-SEM” del contenciós deduït contra ella i que ja coneixem. Doncs bé, en el mateix sentit fins ara indicat es manifesta que, només si a conseqüència d’això, SGAB, o una societat del seu grup, recupera el servei d’abastament d’aigua en baixa, s’alliberarà a “AB-SEM” de les obligacions de garantia assumida.

Sens perjudici d’una anàlisi més aprofundida, volem deixar consignades aquí algunes consideracions al respecte:



- i) La decisió sobre la forma d'afrontar la liquidació/reconfiguració d'AB-SEM, que examinarem més endavant, no hauria de resultar influïda per això que hem vist en aquest apartat, en la mesura que front a tercers difícilment aquesta societat podrà evitar la responsabilitat darrera de la satisfacció d'aquest bons, arribant àdhuc a produir-se la possibilitat d'haver de fer front a un venciment anticipat dels mateixos.
- ii) Que en la liquidació de la posició d'SGAB, en el seu cas, és el moment en que aquesta societat hauria de compensar la part dels 190.000.000 Euros corresponents a la quota del 39,87827% del "Patrimoni aportat" per SGAB, satisfeta en excés, atesa la valoració d'aquesta quota.
- iii) Que és a més discutible la forma condicionada d'SGAB de subrogar-se en la posició d'AB-SEM com a garant de l'emissió, quan aquesta emissió respon al preu ajornat de la quota indicada del conjunt del "Patrimoni aportat", i, per tant, en el millor dels casos, només a una part d'un servei (el de l'abastament d'aigua en baixa) que d'altra banda pot quedar acreditat que no n'era la titular en el moment de la constitució.

### **II.3.- Anàlisi dels títols d'SGAB a l'àmbit metropolità i municipal**

#### **II.3.1. Títol d'àmbit metropolità**

Abans dels acords de 6 de novembre de 2012 i 21 de maig de 2013, la SGAB no tenia un títol d'àmbit metropolità per la prestació del servei de distribució domiciliària o en baixa d'aigua potable.

En el procediment administratiu per a l'establiment del servei del cicle integral metropolità, la determinació de la seva forma de gestió i adjudicació directa a la SGAB de la condició de soci privat amb un 85% de l'empresa mixta de nova creació,



com ja s'ha dit, es va voler justificar el dret d'exclusiva de l'esmentada societat per la prestació del servei d'abastament en qüestió i per tant l'excepció al principi de concurrència, en el fet que la SGAB ostentava la titularitat de la concessió d'aigües superficials del riu Llobregat, en el terme municipal de Sant Joan Despí, atorgada a l'any 1953 (i posteriorment modificada als anys 1957 i 1960), en base a la que es va construir l'Estació de Tractament d'Aigua Potable (ETAP) de Sant Joan Despí; i en uns protocols signats a l'any 1983 entre l'extinta Corporació metropolitana de Barcelona i l'empresa.

### ***La concessió de 1953 i les seves ampliacions***

Aquesta concessió és una concessió d'aprofitament d'aigües públiques per l'abastament a Barcelona i les poblacions del seu cinturó urbà, i no pas una concessió de gestió del servei públic d'abastament domiciliari d'aigua potable.

El títol originari és l'Ordre de 24 de juny de 1953, per la qual el Ministeri d'Obres Públiques va atorgar a la SGAB una concessió d'aigües superficials del riu Llobregat en el terme municipal de Sant Joan Despí, per l'abastament de la ciutat de Barcelona, amb un cabal màxim de 2.200 l/s (equivalents a 2,2 m<sup>3</sup>/s). Aquesta concessió contemplava la construcció d'una Estació de Tractament d'Aigua Potable (ETAP). La primera modificació, atorgada al març de 1957 amplia el cabal màxim amb 1.100 l/s, el que fa un total de 3.300 l/s, i el destí també s'amplia passant a ser l'abastament a Barcelona **i el seu cinturó urbà**. I la tercera ampliació es va atorgar al maig de 1960 per un cabal de 2.000 l/s, el que feia un total de 5.300 l/s (5,3 m<sup>3</sup>/s).

A partir de la Llei 4/90, de 9 de març, d'ordenació de l'abastament a Barcelona, la concessió del 53 i les seves instal·lacions, resten afectes la prestació del servei d'abastament **en alta** mitjançant la xarxa Ter-Llobregat, de titularitat autonòmica i, per tant, de cap manera podia ser aportada e integrada en un servei públic diferent. I així ho va declarar el TSJCAT en les sentències ja esmentades, que com s'ha dit



també va afirmar que aquest títol no donava a SGAB el dret a la prestació del servei d'abastament domiciliari o en baixa.

D'altra banda, i sense necessitat d'entrar a detallar els diferents incompliments d'aquest títol per part de la SGAB -acreditats per la pròpia ACA en l'expedient CC2012000286 de revisió de les concessions d'aquesta empresa en l'àmbit del servei Ter-Llobregat- convé posar de relleu que **la concessió de 1953 i les seves ampliacions eren insuficients des dels anys 60 del segle passat per l'abastament de Barcelona i el seu cinturó urbà.**

Aquest notòria insuficiència de cabal es va pal·liar, en un primer moment, amb la **portada d'aigües del Ter** que de fet ja estava prevista als anys 50. El primer Avantprojecte de la Confederació Hidrogràfica del Pirineu Oriental és de 1950; al setembre de 1958 es va aprovar l'expedient d'informació pública, avantprojecte i projecte amb un cabal de 8 m<sup>3</sup>/s; per Decret de 14 de novembre de 1958 es va crear la Junta Administrativa del Nou Abastament d'Aigües a Barcelona, encarregada de l'execució del projecte que comptaria amb una subvenció de l'Estat equivalent al 50% del cost de les obres, i el 50% restant aniria a càrrec dels Ajuntaments beneficiats. Les obres van començar al setembre de 1960 i l'aigua del Ter va arribar a Barcelona l'any 1966 (les proves de posada en marxa per donar un subministrament provisional es van fer al juliol de 1966; les obres de la primera etapa van acabar al 1967).

Per resolució de la Direcció General d'Obres Hidràuliques de 26 d'octubre de 1961 es va atorgar a l'Ajuntament de Barcelona un cabal de 6'5 m<sup>3</sup>/s (dels 8 m<sup>3</sup>/s de capacitat de la canonada) destinats a l'abastament de la ciutat de Barcelona.

I posteriorment, i també per garantir l'abastament a Barcelona es va a procedir a construir el pantà de La Baells (inaugurat a l'any 1975) amb la finalitat de regular el riu Llobregat, i posteriorment a construir l'ETAP d'Abrera.



### ***Els protocols de 1983***

Si alguna cosa demostren aquests protocols, i en particular el signat entre la CMB i les empreses SGAB, SAUR i SOREA, el 18 d'abril de 1983, és que cap d'aquestes societats disposava d'un títol habilitant per la prestació del servei d'abastament domiciliari d'aigua potable d'àmbit metropolità, atès que l'esmentat protocol en el seu article 17 contemplava l'atorgament a les mateixes *“por concierto directo”* d'una concessió per termini de cinquanta anys de l'anomenat *“Servicio de Abonados”*, una vegada s'hagués executat la interconnexió entre les ETAPs d'Abrera i Sant Joan Despí.

De fet, l'article 4 del protocol que portava per títol *“Perfección del contrato”*, deia que les transferències previstes en els articles anteriors en favor de la CMB (bàsicament l'ETAP de Sant Joan Despí, i les concessions d'aigües públiques per l'abastament de les poblacions metropolitanes) es formalitzarien en document públic *“transcurridos 90 días desde la fecha en que sea adjudicado a las “Sociedades” el “Servicio de Abonados”, según lo previsto en el Artículo 17 del presente Protocolo, y siempre y cuando se disponga de las interconexiones con las redes a que hace referencia la Disposición Transitoria 1ª”*. És a dir, que la concessió de servei en qüestió no existia, com hem vist que van declarar les sentències del TSJCAT, que ahora destaquen que la perfecció del protocol no es va poder produir ja que, quan l'obra de interconnexió es va executar (any 1997), la captació d'aigües i les instal·lacions de tractament ja formaven part del servei públic autonòmic d'abastament en alta Ter-Llobregat, creat a l'any 1990.

### **II.3.2. Títols municipals**

En diferents documents que s'han pogut consultar, la conclusió de la manca de concessió o qualsevol altre contracte per a la gestió del servei públic d'abastament domiciliari o en baixa en la gran majoria dels municipis metropolitans és pacífica.



(Una altra qüestió és la interpretació que se'n faci de la concessió demanial de 1953 o de diferents autoritzacions o concessions d'obres relacionades amb el servei, en especial per passar canonades per vies públiques, atorgades pels Ajuntaments).

I sobre aquesta qüestió, la sentència del TSJCAT núm. 126/2016, de 9 de març de 2016, en el seu FJ Desè referint-se als títols aportats per la SGAB a la societat mixta diu que *“bajo la denominación genérica “títulos de la SGAB” se incluyen un conjunto de títulos de diferente naturaleza que no resultan valorados para justificar la excepción de licitación. En este sentido, y al margen de la concesión de 1953, no existe ninguna referencia a cuáles de estos títulos se consideran relevantes o esenciales, ni tampoco a su alcance o importancia económica, de todo lo cual resulta una insuficiente motivación para justificar la falta de publicidad”* (pàg. 29/48)

Per la seva especial rellevància ens aturarem al municipi de **Barcelona** per confirmar que la SGAB mai ha sigut el concessionari o gestor indirecte per qualsevol altre títol habilitant atorgat pel municipi del servei d'abastament d'aigua potable. El document que en alguna ocasió s'ha volgut fer passar com a tal, són les anomenades *“Bases para el Convenio con la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. para la organización del servicio de abastecimiento de agua a la Ciudad”*, aprovades el 31 de març de 1966, però sense necessitat d'entrar en el contingut de les pròpies Bases, el cert és que, tal com recull la sentència del TSJCAT, el Conveni no es va arribar a signar.

De fet, segons la pròpia Memòria d'establiment del servei, anul·lat pel TSJCAT, els únics municipis metropolitans en els que SGAB disposava de concessió de gestió del servei públic eren Begues (1993), El Papiol (1992), Pallejà (1992), Sant Climent de Llobregat (1993), Santa Coloma de Cervelló (1989) i Torrelles de Llobregat (1993). I a Sant Vicenç dels Horts la concessió va ser atorgada a l'any 2010 a una UTE formada per SGAB i Sorea, però en aquest municipi AB-SEM no presta el servei.





### III.- EFECTES DE L'ANUL·LACIÓ DELS ACORDS

#### III.1.- Introducció

Els acords del Consell Metropolità de l'AMB de 6 de novembre de 2012 i de 21 de maig de 2013, com s'ha avançat a l'apartat I.2, del present informe tenen un contingut múltiple que, concretament, consisteix en:

*“APROVAR DEFINITIVAMENT l'establiment i prestació del servei del cicle integral de l'aigua, que inclou la memòria justificativa, el projecte d'establiment i el reglament del regim jurídic de la prestació, segons la documentació que obra a l'expedient i que s'annexa a aquest acord, de conformitat amb els articles 158 i següents del Reglament d'obres, activitats i serveis (ROAS), aprovat per Decret 179/1995, de 13 de juny. El servei del cicle de l'aigua integra el actuals 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 també inclou el servei de la regeneració d'aigües residuals per a altres usos.*

*APROVAR DEFINITIVAMENT 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, i d'acord amb la documentació que figura a l'expedient. L'establiment d'aquesta modalitat gestora comporta la integració que en cada cas sigui escaient dels títols derivats de les modalitats gestores del servei de subministrament d'aigua vigents, a partir de la data de l'efectiva posta en marxa la modalitat gestora.*

*APROVAR DEFINITIVAMENT els estatuts de la nova societat de capital mixt 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”.*



Doncs bé, la confirmació de les sentències del TSJCAT pel Tribunal Suprem, des d'una **perspectiva jurídica administrativa**, tindrà les següents conseqüències:

- L'anul·lació de l'establiment del servei del cicle integral de l'aigua i del reglament d'abastament. El reglament metropolità d'abocament d'aigües residuals es va aprovar separatament i es va publicar al BOP de 9 de febrer de 2015 i no resulta afectat per les sentències.
- L'anul·lació de l'elecció de la forma de gestió mitjançant societat d'economia mixta.
- L'anul·lació dels estatuts de la societat d'economia mixta i del conveni entre l'AMB i la SGAB.

Juntament amb això, la confirmació de les sentències del TSJCAT pel Tribunal Suprem també implicarà des de la **perspectiva jurídica mercantil** que la societat d'economia mixta no podrà continuar duent a terme l'activitat per la qual va ser constituïda, aspecte que veurem més endavant amb deteniment.

Atès que estem en presència del servei públic bàsic del cicle integral de l'aigua, la confirmació de les sentències no comporta el cessament de la seva prestació, però és obligat analitzar quines actuacions administratives s'han de realitzar per garantir la seva continuïtat. Per raons de sistemàtica separarem entre els efectes sobre el servei i la seva forma de gestió (III.3), sobre el contracte anul·lat (III.4) i el que podríem anomenar efectes mercantils o sobre la societat (III.5).

Al analitzar els efectes derivats de l'anul·lació del contracte (art. 35 TRLCSP), es posarà de manifest que no cal la restitució dels actius aportats per la SGAB i, en definitiva, dels béns afectes a la prestació del servei d'abastament en baixa d'aigua potable, dels que disposava aquesta empresa privada abans de l'adopció dels acords anul·lats, sinó que s'ha de retornar el seu valor. Aquesta precisió és molt



important ja que impedirà que després de la liquidació del contracte es restableixi la “prestació precària” o la “situació provisoria” de la SGAB, que ha declarat el TSJCAT com a *ratio decidendi* (III.2).

Amb caràcter general, i d'altra banda, s'ha de dir que d'acord amb l'art. 104.1 de la Llei 29/1998 de la Jurisdicció contenciós administrativa, la fermesa de la sentència es notifica a l'òrgan que hagués adoptat les decisions anul·lades:

*“Luego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo **indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél**”.*

Per, tant, correspon al Consell Metropolità indicar a la Sala del Contenciós Administratiu del TSJCAT, quin és l'òrgan responsable de l'execució de la sentència en virtut de les normes organitzatives de l'AMB. Pel contingut plural dels Acords, en cada subapartat es faran les oportunes referències a quin és l'òrgan competent, si bé podem anticipar que tant el procediment de liquidació com el d'establiment del servei i determinació de la forma de gestió ha de ser incoat i resultat pel Consell Metropolità, sense perjudici de que, com veurem més endavant, correspongui a la Presidenta de l'AMB l'impuls dels serveis metropolitans.



## **III.2.- La situació de la SGAB segons les sentències del TSJCAT**

### **III.2.1.- La situació provisòria o a precari anterior a l'empresa mixta**

Les sentències del TSJCAT núm. 126/2016 de 9 de març i núms. 127/2016 i 128/2016 de 10 de març, declaren que fins que no es van dictar els acords de 6 de novembre de 2012 i 21 de maig de 2013, la SGAB no disposava de cap títol concessional que l'habilités per a prestar el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable a Barcelona ni a la major part de les poblacions de la seva àrea metropolitana:

*“En este punto, ninguna incidencia tuvo la legislación posterior en materia de aguas en cuanto a la titularidad del servicio, y en este sentido si bien tanto la Llei 4/1990 como el art. 35.2 del TRLAC mantuvo "la titularidad actual" de la gestión del servicio público de abastecimiento de agua, lo cierto es que no existía ningún título concesional otorgado por la Administración competente sobre el abastecimiento en baja en Barcelona y la mayor parte de las poblaciones de su área metropolitana hasta que se dictan las resoluciones aquí impugnadas”.*  
(Pàg. 18/48).

Per arribar a la conclusió que la SGAB era un concessionari tàcit o prestador de fet, el TSJCAT analitza la seva situació jurídica prèvia als acords, aturant-se especialment en l'examen de la concessió de 1953 i les seves posteriors ampliacions, així com en Protocols signats entre l'AMB i la SGAB el 1983.

Segons el Tribunal, la concessió d'aigües públiques de 1953 va ser atorgada sobre la base de la Llei d'Aigües de 1879, i per això, a més de la concessió demanial (posteriorment d'abastament en alta quan es crea el servei públic de la Generalitat l'any 90), també portava implícita la distribució domiciliària o abastament en baixa **“pero tal concesión de abastecimiento domiciliario debía entenderse otorgada de**



***forma provisoria***, en tanto que la Administración que otorgó la concesión (Estado) ya no ostentaba la competencia sobre el servicio, que era de titularidad municipal desde la promulgación de la Ley de régimen local de 1950, de manera que el Ayuntamiento podía asumir o municipalizar la prestación del servicio”. (Pàg. 15/48, primer paràgraf).

La sentència conclou així en el seu FJ Setè:

*“En el caso de Barcelona y las poblaciones de su entorno, es evidente que la red de distribución tanto la preexistente a la concesión de 1953, como la posterior, así como el suministro domiciliario, fueron gestionados por SGAB. **Pero el título concesional de 1953, como ha quedado expuesto, amparaba de forma provisoria, la distribución de un determinado caudal, de manera que no alcanzaba a una exclusiva en el suministro domiciliario de todas las concesiones de aguas para el abastecimiento de Barcelona y poblaciones de su entorno.** Por otra, como hemos relatado en el fundamento de derecho cuarto, **la Administración competente -local primero y después metropolitana- no llegó a otorgar concesión del servicio de abastecimiento domiciliario hasta que se dictan las resoluciones aquí impugnadas**”.* (Pàg. 17/48, primer paràgraf).

En el següent FJ la sentència insisteix en el caràcter provisorio de la concessió de 1953 respecte el que seria el dret a prestar el servei de subministrament domiciliari o en baixa, atès que aquest servei ja era de competència local “de modo que la única Administración que podía otorgar la concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable como tal era la local” (darrer paràgraf “in fine” pàg. 17/48). I a la pàgina següent, desenvolupant aquest argument, diu:

*“Desarrollando este argumento, y como se ha indicado, la Administración local tenía atribuida la competencia exclusiva sobre el servicio público de*



*abastecimiento domiciliario desde la Ley de Régimen Local de 1950, por lo que la concesión de 1953 era un título apto para la prestación del servicio con arreglo a la legislación de 1879, **pero provisorio en el sentido de que la Administración local era la competente, y por ello mismo, podía asumir la titularidad del servicio en cualquier momento.***” (Pàg. 18/48)

A continuació, raona per què la SGAB mai ha tingut títol concessional atorgat per l'Administració competent sobre l'abastament en domiciliari o en baixa a Barcelona i la majoria de les poblacions del seu entorn. I com hem exposat als Antecedents del present informe (I.2), en aquest punt nega el caràcter de concessió de servei d'abastament en baixa, als Protocols signats entre l'AMB i la SGAB l'any 1983 que no es van perfeccionar, pels motius ja adduïts.

Per tot això, la sentència considera que fins a la metropolitanització del servei l'any 1982 a partir de la qual la CMB i posteriorment l'AMB (pel mig faltaria l'EMSHTR) comencen a exercir competències pròpies del titular del servei com la tarifària, la reglamentària i la de policia, **“SGAB presta el servicio en régimen privado”**. I és a partir del moment en que l'Administració metropolitana metropolitanitza el servei i comença a actuar com a titular, que la posició jurídica d'SGAB passa a ser de **quasi concessionari o concessionari tàcit**:

*“A partir de este momento, la CMB y, posteriormente, la AMB han ejercitado las competencias reglamentaria, tarifaria o de policía propias del titular del servicio, dictando sucesivas disposiciones generales respecto de la prestación del servicio, como fueron los reglamentos aprobados en fecha 9 de abril de 1987, 27 de enero de 1994, 2 de octubre de 2004 y 5 de abril de 2010. Esta situación jurídica se contempla en distintas resoluciones judiciales [...]. Sin, embargo, como hemos expresado no hay título habilitante para la prestación del servicio público, **por lo que debemos considerar la existencia de una relación de***



**concesión entre SGAB y la AMB, que se ha de calificar de carácter tácito.”**

(Pàg. 21/48)

Per tant, la sentència reconeix l'existència del que anomena **“concesión de hecho”** i que aquesta genera una relació jurídica entre la SGAB i l'AMB, tot afegint **“si bien con la particularidad de que al ser una prestación precaria cabe su extinción en cualquier momento”**. (Pàg. 21/48).

**III.2.2.- La manca de títol d'abastament en baixa “ratio decidendi” de la sentència**

La manca de títol que habiliti a la SGAB per a prestar el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable a l'AMB forma part de la “ratio decidenci” de la sentència.

La “ratio decidenci” d'una sentència està constituïda per les raons decisives o fonaments jurídics en els quals el Tribunal basa la seva decisió. En contraposició, són “obiter dictum” els arguments que desenvolupa el Tribunal de manera complementaria i que són prescindibles. Aquests arguments o observacions són incidentals i no tenen repercussió en la part dispositiva de la sentència.

En aquest sentit, el Tribunal Suprem, a la sentència de 22 de gener de 2010 (RJ 2010\160) definia “ratio decidenci” com a “raó bàsica per a adoptar la decisió” mentre que qualificava com a “obiter dictum” les afirmacions de caràcter incidental, argumentacions subsidiàries o que es fan a més a més:

*“Es necesario que los criterios o doctrinas hayan sido utilizados como razón básica para adoptar la decisión (“ratio decidendi”). No tiene, por consiguiente, valor de jurisprudencia las afirmaciones que el Tribunal Supremo puede haber hecho con carácter incidental o como argumentaciones subsidiarias o a mayor abundamiento (“obiter dicta”).”*



I, també el Tribunal Suprem, a la interlocutòria de 5 de juliol de 2012 (JUR 2012\311099) definia “*obiter dictum*”, en contraposició a la “*ratio decidendi*” de la següent manera:

*“De la lectura íntegra de la sentència recorrent en casació flueix amb evidència que les consideracions de la Sala de instància sobre aquesta qüestió de la improcedència de la alçada **no passen de ser un simple obiter dictum, formulat amb caràcter purament expositiu, dogmàtic i, si se vol, didàctic, sense transcendència alguna sobre el sentit del fallo;** si bé cal recordar que segons jurisprudència constant el recurs de casació no pot dirigir-se davant d’argumentacions de la Sentència recorrent que constitueixen “*obiter dicta*” però no la “*ratio decidendi*” de la sentència (ATS de 17 de maig de 2012 (JUR 2012, 202904), recurs de casació núm. 6317/2011, amb cita de resolucions anteriors en el mateix sentit).*”

*El fet de que aquesta aseveració es formulés com un **simple obiter dictum de caràcter pedagògic, sense repercussió sobre el fallo,** lluny de mereixer censura (per implicar un quebramentament de les formes essencials del judici), resulta inòcua des de la perspectiva dels drets processals de la part ara recurrent, per la senzilla raó de que aquesta era una qüestió que no havia estat plantejada per cap de les parts en el curs del debat processal, per la qual cosa el Tribunal no tenia obligació alguna de suscitar-la d’ofici per basar en ella una sentència de inadmissió”.*

En el cas que ens ocupa, com hem vist a l’apartat I.2 del present informe, el motiu principal de l’anul·lació dels acords impugnats és l’absència de drets d’exclusiva de la SGAB per a la prestació del servei d’abastament domiciliari d’aigua potable a l’àrea metropolitana de Barcelona, juntament amb la manca d’acreditació de la





concurrència de raons tècniques o motius econòmics impeditius de la lliure concurrència; el que determina la vulneració de la normativa de contractació pública per haver acudit al procediment negociat sense publicitat.

Dit amb altres paraules, no treure a licitació la condició de soci privat de la societat mixta de nova creació es va fonamentar en els presumptes drets d'exclusiva que ostentava la SGAB per prestar el servei metropolità d'abastament domiciliari d'aigua potable, i així ho recull la sentència en diferents Fonaments. Només a tall d'exemple:

*“La decisión de seleccionar a SGAB como socio privado sin acudir a licitación se funda, en síntesis, en la posición que ostenta en el servicio metropolitano de abastecimiento de agua potable en virtud de un conjunto de títulos y, en particular: (i) concesión de aprovechamiento de aguas del año 1953, así como sus ampliaciones de 1957 y 1960; (ii) derechos de aprovechamiento sobre aguas privadas; (iii) autorizaciones municipales para llevar a cabo canalizaciones necesarias en la vía pública; y (iv) protocolos, contratos y convenios suscritos entre SGAB y AMB, así como con diversos municipios del área metropolitana”. (Pàg. 13/48, FJ 6).*

El FJ Setè (pàgines 13 a 17) es dedica exclusivament a l'anàlisi de la concessió del 53 i les seves ampliacions. En el seu FJ Novè, qualifica l'examen de la posició jurídica de la SGAB respecte a la prestació del servei d'abastament en baixa a Barcelona i a la major part de poblacions de l'àrea metropolitana **com a imprescindible** per a valorar l'activitat administrativa impugnada (pàg.20/48). I per si no fos prou clar, que ho és, al FJ Desè “*Razones justificativas de la excepción de licitación en las resoluciones impugnadas*” comença amb les següents paraules:

*“La determinación de la posición jurídica de SGAB como concesionario tácito, con unos derechos sobre el abastecimiento y distribución del agua potable, era*



***necesaria para examinar la valoración que se realiza por la AMB de la situación preexistente para justificar la excepción de licitación, que se refleja en la Memoria inicial e informes, donde se expresan las razones que llevan a la AMB a establecer el sistema de gestión del servicio público del ciclo integral del agua mediante sociedad con capital social mixto y a seleccionar a SGAB para el abastecimiento en baja, las cuales constituyen los puntos nucleares donde radica la controversia". (Pàg.22/48).***

En definitiva, respecte a d'altres qüestions tractades a la sentència, es podrien plantejar dubtes sobre el seu caràcter de raó o fonament de la decisió adoptada pel TSJCAT però, és evident que no és el cas de la manca de títol habilitant per la prestació del servei d'abastament domiciliari d'aigua potable i, en conseqüència, de la manca de drets d'exclusiva de qui havia de ser el soci privat que constitueix el motiu principal de l'anul·lació dels acords impugnats. I així queda reflectit en el FJ Dotzè "Conclusiones" en els següents termes:

*"(i) El objeto central de los motivos de impugnación examinados es la viabilidad de una excepción licitatoria en la adjudicación del servicio de abastecimiento de agua en baja. ...*

*(iii) La Administración no razona suficientemente sobre los derechos de SGAB como gestor indirecto del servicio de abastecimiento en baja ni motiva cuáles son los títulos que determinan su consideración de gestor único, al margen de la concesión de 1953 y sus ampliaciones. En conclusión de la Sala, la concesión de SGAB de 1953 y sus ampliaciones no le otorgan un derecho exclusivo de abastecimiento en baja en Barcelona y poblaciones de su entorno, sino que se trata de una concesión demanial otorgada al amparo de la Ley de Aguas de 1879 que le permite distribuir un determinado caudal de manera provisoria.*



(iv) SGAB ha venido prestando el servicio de abastecimiento domiciliario de agua en Barcelona y en la mayor parte de las poblaciones del área metropolitana, antes y después de la concesión de 1953, **si bien carece de título concesional otorgado por la Administración competente**. Al menos a partir del año 1982, en que se produce la metropolitanización del servicio, SGAB viene actuando como concesionario tácito del servicio de abastecimiento de agua.

(v) **Esta posición jurídica de SGAB no ha sido valorada adecuadamente por la Administración**. En la justificación efectuada por la AMB, se parte de una estimación global de todo lo aportado por SGAB, incluyendo la empresa como tal, sin consideración a otras alternativas de concurrencia competitiva. **Esta inadecuada consideración de la posición jurídica de SGAB se ha proyectado en la valoración del patrimonio al seguirse el método de flujos de caja, de manera que se ha incluido el activo concesional (derecho a prestar el servicio hasta 2047) en el patrimonio valorado, cuando dicho activo pertenece a la Administración y no al concesionario**".

(...)

"(ix) De acuerdo a lo anterior, no aparecen razones justificativas de la aplicación de la excepción [de] licitación, pues no se expresan razones técnicas bastantes **ni hay derechos de exclusiva impeditivos de la concurrencia competitiva** ni existe una valoración fiable del coste económico que, por su efecto disuasorio, justifique la renuncia a la competencia.

(x) Por todo lo expuesto, procede anular las resoluciones impugnadas en tanto que no se han respetado los principios que rigen la contratación pública, al adjudicar directamente el contrato por medio de un procedimiento sin publicidad, con infracción de las normas que se han expresado anteriormente." (La negreta i subratllat és nostre).



És molt clar doncs que, **quan la sentència analitza la posició jurídica de la SGAB respecte a l'abastament domiciliari o en baixa i argumenta que no té títol habilitant i per tant és un concessionari tàcit**, aquesta conclusió no té un caràcter incidental o és merament expositiva, sinó que **el resultat d'aquest anàlisi és determinant del sentit de la seva decisió** (no hi ha dret d'exclusiva) **i, per tant, forma part de la "ratio decidendi" de la sentència.**

La conclusió anterior és rellevant atès que, d'acord amb la jurisprudència, els efectes de la cosa jutjada s'estenen tant a la dispositiva de la sentència com a la seva "ratio decidendi".

En efecte, d'acord amb el Tribunal Suprem (sentència de 30 de desembre de 2013, RJ 2013\8367), l'efecte positiu o perjudicial de la cosa jutjada material comprèn tant la part dispositiva de la sentència com els seus raonaments quan siguin determinants d'aquesta:

*"Como esta Sala ha precisado, entre otras, en sentencia núm. 307/2010 de 25 mayo (RJ 2010, 3719) (Rc. 931/05 ), «el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria ( SSTS de 28 de febrero de 1991 , 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000 (RJ 2007, 2817) ). La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003 , 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000 )»".*

I en el mateix sentit, la sentència també del Tribunal Suprem de 7 de maig de 2007 (RJ 2007\2817):



*“Antes bien, la función prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo no a los razonamientos (sentencia de 17 de julio de 1987 [RJ 1987, 5804]) **salvo en la medida en que constituyan la ratio de la decisión** (sentencia de 28 de febrero de 1991 [ RJ 1991, 1610])”.*

Per contra, d'acord amb la sentència del Tribunal Suprem de 17 de desembre de 2012 (RJ 2013\1549), les afirmacions formulades “*obiter dicta*” no tenen la consideració de cosa jutjada:

*“Pero lo juzgado, la “res iudicata”, se proyecta sobre la concreta cuestión sustantiva sometida a litigio y decidida definitivamente por el órgano jurisdiccional, esto es, lo que efectivamente ha decidido el órgano jurisdiccional y plasmado en la sentencia de acuerdo con las pretensiones formuladas por las partes, sin que el efecto de “cosa juzgada” - negativo o positivo- alcance a simples razonamientos de la sentencia, y menos a la interpretación interesada que de los mismos pueda hacer la parte, cuando no integran la “ratio decidendi” ni tienen reflejo en el “fallo”.”*

L'efecte de cosa jutjada material, en la seva vessant positiva o prejudicial, determina que qualsevol procés posterior quedarà condicionat pel decidit a la sentència ferma, havent de partir, doncs, l'òrgan judicial del resultat a la sentència anterior. Així, d'acord amb la sentència del Tribunal Suprem de 20 de novembre de 2014 (RJ 2014\6479), amb cita a jurisprudència constitucional i del propi Tribunal Suprem:

*“El que “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, conlleva, como ha puesto de manifiesto el mismo Tribunal Constitucional, “un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye una verdad jurídica y un efecto negativo que determine la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema”. Cuestión sobre la que se ha pronunciado este Tribunal Supremo en numerosas*



ocasiones, entre otras en su Sentencia de 27 de abril de 2006 (rec. cas. en interés de ley núm. 13/2005) "[l]a cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, **el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su "thema decidendi" cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida**". Lo cual, trasladado al ámbito que nos ocupa significa que una vez conocida y resuelta un asunto por un órgano judicial previamente a la que lo haga un órgano administrativo, este viene obligado a respetar la base fáctica determinada por aquel y la cosa juzgada derivada del pronunciamiento judicial".

I a la seva sentència de 16 de novembre de 2015 (RJ 2015\5273), el Tribunal Suprem definia la "funció positiva" de la cosa jutjada de la següent manera:

"En efecto, como dijimos en sentencia de 23 de abril de 2010 , acogiendo en este orden contencioso-administrativo el mismo criterio expresado, en el ámbito civil, por la Sala Primera de este Alto Tribunal , la «función positiva» de la cosa juzgada consiste «en la vinculación que produce en los Jueces respecto de un fallo futuro, que en caso de conocer de una misma cuestión vendrían vinculados a dictar una idéntica resolución», asimismo la Sentencia de igual Sala de 16 marzo 1992, precisó que «el efecto positivo, vinculante o prejudicial de la cosa juzgada» implica que no puede «decidirse en otro proceso un tema o punto litigioso de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto en sentencia firme en otro proceso precedente»".



En conclusió, la manca de títol habilitant per la prestació del servei d'abastament domiciliari o en baixa d'aigua potable i la condició de concessionari tàcit de la SGAB com a part integrant de la part dispositiva de la sentència, un cop aquesta sigui ferma, permet a l'Administració actuar conforme a allò resolt i no podrà ser modificada ni contradita per pronunciaments judicials posteriors. El contrari vulneraria el principi de cosa jutjada positiva i, en definitiva, el principi de seguretat jurídica, atès que implicaria desconèixer un pronunciament judicial ferm que expressament resol que la SGAB no té cap títol que l'habiliti per a prestar el servei metropolità d'abastament domiciliari d'aigua potable.

### **III.2.3.- No hi ha justificació per tornar a la situació provisòria**

Com bé diu la sentència, la SGAB es trobava en una situació provisòria no prevista per l'ordenament jurídic a la que l'AMB podia posar fi en qualsevol moment. En aquest punt la sentència es limita a recollir la doctrina i la jurisprudència que associen la manca de títol habilitant a una situació de precari a la que l'Administració pot, o fins i tot en casos com el que ens ocupa en els que mai s'ha licitat la gestió del servei, hauria de posar fi.

En el cas de concessionaris tàcits o de facto del servei, existeixen diferents pronunciaments aïllats que, atesa la "al·legalitat" de la figura, fan o intenten fer el que s'anomena justícia del cas concret, i tenen en compte les singularitats específiques de cadascun. En el supòsit que ens ocupa, la principal singularitat deriva de que el que ha posat fi a la situació provisòria és un contracte que s'ha de liquidar: el conveni entre l'AMB i la SGAB per la creació de l'empresa mixta. No hem trobat cap pronunciament judicial que abordi un cas com aquest o similar, i el que sense cap mena de dubte podem afirmar és que no hi ha doctrina jurisprudencial.



Respecte a la manera de posar fi al precari en l'abastament metropolità, si el gestor actual fos el concessionari tàcit, és a dir, la SGAB –i no l'empresa mixta-, seria suficient una comunicació del cessament de l'activitat, realitzada en el marc del procediment d'establiment del servei i elecció de la forma de gestió, amb requeriment del lliurament de la documentació i informació necessària per tal de garantir la correcta prestació del servei. També haurien d'adoptar-se les mesures adients per tal que els béns i drets de la SGAB afectats al servei, ho continuessin estant, amb la indemnització que correspongués en favor del concessionari tàcit.

Ara bé, com és prou conegut, l'actual prestador del servei ja no és la SGAB sinó l'empresa mixta, la qual àdhuc si la sentència és confirmada pel Tribunal Suprem existirà fins que no es liquidi i s'extingeixi, o alternativament, si escau, es reconfiguri la seva base subjectiva, com apuntarem més endavant. És a dir, la situació provisorial de la SGAB va desaparèixer amb els acords del Consell metropolità anul·lats pel TSJC, de manera que ara ja no se li ha de posar fi, ni per suposat té cap sentit que l'AMB restitueixi al que era gestor precari en la seva situació provisorial, ja que el que s'haurà de fer en execució de la sentència és tramitar el procediment d'establiment del servei i de determinació de la seva forma de gestió.

En coherència amb l'exposat, els béns vinculats al servei d'abastament d'aigua titularitat de l'AMB ni estan en possessió de la SGAB, ni són de la seva titularitat. Ara són de titularitat d'AB-SEM, empresa mixta en la qual a més ha entrat un altre soci privat. És per això que els drets dels socis privats -la SGAB i Criteria Caixaholding- han d'esser respectats en el procediment de liquidació del contracte d'acord amb allò que preveu l'art. 35 TRLCSP. (La liquidació del contracte es tractarà a l'apartat III.4 del present informe)





### **III.3.- Efectes respecte al servei metropolità del cicle integral i la seva gestió**

#### **III.3.1.- No es pot retornar a la situació anterior als acords anul·lats amb dos gestors perquè cap d'ells pot continuar**

*a) El punt de partida per la determinació dels efectes sobre el servei: a la pràctica els acords anul·lats no van establir un nou servei sinó que van optar per un gestor comú per l'abastament i el sanejament*

La memòria de l'Acord metropolità anul·lat portava per títol “*Memòria i Projecte **sobre la gestió del servei** metropolità del cicle integral de l'aigua*”; el seu objecte era establir el servei del cicle integral de l'aigua i, en conseqüència, afirma que aplica tant la regulació del ROAS sobre l'establiment del servei (arts. 158 ss.) com la que té per objecte la selecció de la forma de gestió (arts. 188 ss.).

No obstant, el que realment feia no era establir un nou servei, sinó l'elecció d'una forma de gestió comuna per l'abastament i el sanejament que, en endavant, serien prestats per un sola empresa gestora. En aquest sentit, el fet que la prestació del nou servei es considerés compatible amb la coexistència de dos reglaments diferents, un per regular l'abastament i un altre pel sanejament, ho confirma.

Per aquest motiu, ni la Memòria, ni cap dels documents que l'acompanyaven contenia realment un projecte per a l'establiment d'un nou servei, i quan havien de descriure les seves característiques es limitaven a reflectir les instal·lacions preexistents per l'abastament (Annex 4 de la Memòria), el sanejament (Annex 2 de la Memòria) i les fonts de provisió d'aigua no potable (Annex 5 de la Memòria).

En la mateixa línia s'incorporen al nou servei els anomenats “*drets d'abastament*” de la SGAB (Annex 3 de la Memòria). Existeix un informe teòric, molt genèric, sobre els avantatges de la gestió integrada de l'aigua i la seva aplicació a l'àrea metropolitana



(Annex 1 de la Memòria), però tampoc és pròpiament un projecte d'establiment del servei del cicle integral.

A més, com per aplicació de l'article 160.3 ROAS, era preceptiva l'aprovació d'un reglament del servei, s'incorpora un que reproduceix en termes pràcticament idèntics el que estava vigent fins aleshores, que era el Reglament General del Servei Metropolita d'Abastament Domiciliari d'Aigua a l'àmbit metropolità, aprovat definitivament el 15 d'abril de 2010. El sanejament és objecte d'un reglament independent aprovat al 2015 que, com ja s'ha dit, no resulta afectat per la sentència.

En aquest context, la confirmació pel Tribunal Suprem de l'anul·lació dels Acords metropolitans, potencialment conduiria a una situació caracteritzada per la coexistència de dos formes de gestió diferents i dos gestors diferents (i dos reglaments diferents).

Ara bé, **el titular del servei a l'hora de prendre les seves decisions no podrà obviar de cap manera dos fets ja inqüestionables**: el gestor anterior a AB-SEM de l'abastament d'aigua potable, la SGAB, era un concessionari de fet i per tant a precari, la situació del qual no pot regularitzar-se a conseqüència de la liquidació del contracte; i que d'altra banda, l'anterior gestor del sanejament, EMSSA, ja no existeix.

*b) L'interès públic exigeix el manteniment d'un gestor únic*

Amb la sentència del TSJCAT declarada ferma, és evident que recuperar la situació prèvia als acords metropolitans anul·lats tampoc resulta convenient per l'interès públic.

En primer lloc, perquè implicaria eliminar la integració subjectiva en un únic gestor de tots els serveis que, malgrat no ser la única, és una opció que la pròpia sentència va donar per bona. En efecte, encara que l'establiment del servei del cicle integral



va ser anul·lat, el TSJCAT va considerar que tant el cicle integral com el gestor únic per tot el territori metropolità (amb les excepcions ja conegudes), estaven prou justificats a la Memòria (motivació que en tot cas pot ser reforçada en el nou procediment).

El segon motiu és que, una vegada confirmada judicialment la manca de títol habilitant de la SGAB per prestar el servei d'abastament d'aigua potable i, en definitiva, la seva situació provisòria, tindria molt difícil per no dir cap justificació que l'AMB que, a més va consentir les sentències del TSJCAT (no les va recórrer davant del Tribunal Suprem), mantingués un concessionari tàcit o precari. L'estricta legalitat i les regles de la competència, obligatòries pel dret comunitari i intern, impedeixen que sense la celebració i adjudicació prèvia de cap concurs, el gestor del nou servei sigui altra vegada la SGAB (ni per si mateixa ni integrada sense licitació en una societat de economia mixta).

### **III.3.2.- El procediment per a l'establiment, la prestació i elecció de la forma de gestió d'un servei públic.**

Atès que la sentència anul·la tots els acords adoptats resulta imprescindible establir el servei i determinar la seva forma de gestió.

#### *a) Regles de procediment*

El **ROAS** aprovat pel Decret 179/1995, de 13 de juny distingeix entre l'establiment dels serveis públics locals, la prestació i la forma de gestió d'aquests serveis. No obstant això, en els supòsits com el que aquí ens ocupa en que s'ha d'implantar o crear un servei, el procediment és únic, tal com veurem a continuació.

El **procediment per a l'establiment dels serveis** es regeix pels articles 243 a 250 del TRLMC i pels articles 159 i 160 del ROAS.



Els tràmits són els següents:

- a) Iniciativa dels òrgans competents dels ens locals o els veïns per a l'establiment del servei. Tractant-se en aquest cas de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, l'òrgan competent és el Consell Metropolità (art 243.2 a) TRLMC), si bé l'article 11.3.f) de la Llei 31/2010, de 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona atribueix a la seva Presidenta l'impuls dels serveis públics, el que es pot traduir en una proposta d'inici.

De tota manera, en el present supòsit, la iniciativa serà d'alguna manera forçosa si el Tribunal Suprem confirma les sentències del TSJC, ja que aquestes s'hauran d'executar. En aquest sentit, s'haurà de notificar a AB-SEM, SGAB i Criteria Caixaholding que s'ha iniciat el procediment d'execució de la sentència.

- b) En l'acord inicial s'haurà de designar una comissió d'estudi integrada per membres de l'ens local, personal tècnic i representants dels usuaris. Si bé el ROAS només preveu la designació de la comissió d'estudi per als supòsits d'exercici d'activitats econòmiques i d'implantació de serveis en règim de monopoli (art. 143 i 183), no en règim de lliure concurrència (art.159), el TRLMC l'exigeix en tots els supòsits (art. 243 i 244). En qualsevol cas, la comissió d'estudi s'hauria de crear igualment atès que s'exigeix també per a l'elaboració del reglament del servei (art. 62 ROAS).

Malgrat que l'art. 145 del ROAS preveu que la comissió d'estudi ha de lliurar la memòria en el termini màxim de 3 mesos i que l'incompliment d'aquest termini comporta el cessament automàtic dels seus membres i la caducitat del procediment si no es designa una nova comissió, aquest article només resulta aplicable al procediment d'establiment del servei en règim de monopoli (art.143.2 i 183.1 ROAS). A més, tal i com veurem més



endavant, no es donen els requisits previstos a la legislació bàsica reguladora del procediment administratiu comú perquè es produeixi la caducitat del procediment.

- c) Redacció dels documents necessaris per part de la comissió d'estudi designada: memòria justificativa, un projecte d'establiment (al contingut dels quals ens referirem específicament en el subapartat c) del present apartat de l'informe) i un reglament que estableixi el règim jurídic de la prestació amb el contingut de l'article 159 del ROAS. L'expedient s'ha d'acompanyar amb els informes preceptius. Segons l'art. 54 del TRRL serà necessari informe previ del Secretari i, a més, de l'Interventor (art. 4.1 b) 5º del Reial decret 128/2018, de 16 de març, pel qual es regula el règim jurídic dels funcionaris d'Administració local amb habilitació de caràcter nacional).
- d) El ROAS (art. 262.2) preveu el nomenament d'un interventor tècnic perquè les obres i les instal·lacions afectades passin a la corporació; en el nostre supòsit això pot no ser necessari en funció de les mesures provisionals que s'adoptin per assegurar l'eficàcia dels procediments de liquidació del contracte i establiment del servei (veure apartat IV del present informe).
- e) Presa en consideració dels documents elaborats per la comissió d'estudi per part del Consell Metropolità, el que es tradueix en una aprovació inicial i informació pública de l'expedient per un termini de trenta dies.
- f) Simultàniament al tràmit anterior, audiència als interessats i informe dels municipis afectats (art. 79 d) del Reglament Orgànic Metropolità).
- g) Específicament, notificació a AB-SEM, SGAB i Criteria Caixaholding de l'aprovació inicial amb tots els documents de l'expedient, incloent el llistat



dels béns que resultin afectats al servei i que s'han de valorar als efectes de la liquidació del contracte.

Si es tractés d'un rescat, l'art. 265.3 ROAS preveu que s'insti al concessionari perquè formuli una valoració de la indemnització que cregui que li correspon percebre. Tot i que aquesta regla no es troba prevista per a la situació que ens ocupa, es podria, si es considerés oportú, convidar a AB-SEM, l'SGAB i Criteria Caixaholding a realitzar la valoració per si es pogués arribar a un acord.

Per les peculiaritats del supòsit de fet, el resultat de la valoració es reflectirà a la liquidació del contracte, de forma que ambdós procediments han d'estar coordinats. Seria raonable que la valoració que resulti d'aquest procediment no sigui definitiva, sinó que ocupi el valor d'una proposta a efectes de la liquidació.

- h) Resposta als suggeriments formulats en fase d'informació pública, informes municipals i al·legacions.
- i) Sotmetiment de l'expedient a l'òrgan competent –Consell Metropolità segons articles 8.1.n) i 15 d la Llei 31/2010- per acordar l'establiment del servei, aprovació del projecte i el reglament i preveure els efectes econòmics que se'n derivin, amb remissió a la liquidació del contracte.

El ROAS no exigeix per a l'aprovació de l'establiment del servei majoria absoluta (art. 160.2). La majoria absoluta només s'exigeix quan s'estableix el servei en règim de monopoli (art. 183.2 ROAS, art.114.2 h) TRLMC).

L'aprovació de l'establiment del **servei en règim de monopoli**, requereix, a més de majoria absoluta del nombre legal dels membres, previ informe de



l'autoritat de la competència i dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya<sup>10</sup>, com a òrgan consultiu, d'acord amb l'article 97.2<sup>11</sup> del TRRL; l'aprovació final correspon al Govern de la Generalitat. **No obstant, tal com s'exposarà al següent subapartat, aquest tràmit no és necessari en el nostre cas.**

En el procediment d'establiment del servei també s'ha de determinar la seva forma de gestió (art. 159.2 b) ROAS). **Si fos gestió directa, s'hauria de donar compliment a l'art. 85.2 LRBRL:**

*"2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*

*A) Gestión directa:*

*a) Gestión por la propia Entidad Local.*

*b) Organismo autónomo local.*

*c) Entidad pública empresarial local.*

*d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

---

<sup>10</sup> Ens consta emès per la Comissió Jurídica Assessora el Dictamen 232/2017, de 7 de setembre, sobre l'establiment en règim de monopoli del servei d'abastament domiciliari d'aigua potable al municipi de Vidreres.

<sup>11</sup> La redacció de l'art. 97.2 modificat per la llei 27/2013 de racionalització de la Administració local és la següent:

*"2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.*

*Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses.*

*Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta".*



*Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante **memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes** que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente 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”.*

No és objecte d'aquest informe analitzar la forma de gestió que, d'altra banda, és una elecció de l'Administració titular del servei, en exercici de la seves potestats. En qualsevol cas, la legislació local exigeix que l'opció escollida ha de ser la més sostenible, exigència que pot servir per recolzar el manteniment d'un gestor únic per l'abastament i el sanejament.

El procediment d'establiment del servei i determinació de la forma de gestió no té un termini específic de resolució, per la qual cosa és d'aplicació el termini general de 3 mesos previst a l'art. 21.3 LPACAP. No obstant, no resultaria d'aplicació l'art. 25.1 b) LPACAP conforme el qual “*En els procediments en què l'Administració exerceixi potestats sancionadores o, en general, d'intervenció, susceptibles de produir efectes desfavorables o de gravamen, es produeix la caducitat. En aquests casos, la resolució que declari la caducitat ha d'ordenar que s'arxivin les actuacions, amb els efectes que preveu l'article 95*”, atès que es tracta d'establir un servei públic, és a dir, d'una activitat prestacional. Per tant, atès que no s'exerceixen potestats sancionadores o d'intervenció susceptibles de produir efectes desfavorables o de gravamen, la superació del termini de 3 mesos no comporta la caducitat del





procediment. El canvi de forma de gestió tampoc pot produir efectes desfavorables atès que el soci privat no té cap dret a que es mantigui una gestió privada.

En qualsevol cas, per raons de seguretat jurídica el procediment no pot estar indefinidament obert i, en la mesura que fos possible, s'hauria d'acudir a les possibilitats legals de suspensió de terminis (art. 22 LPACAP).

*b) No han de realitzar-se els tràmits d'una metropolitanització en règim de monopoli.*

En la nostra opinió, no resulta necessari realitzar els tràmits propis de la municipalització, o en aquest cas metropolitanització, en règim de monopoli.

En efecte, no es tracta únicament que ara AB-SEM i abans SGAB actuessin en règim de monopoli en el seu àmbit, sinó també i de forma especial que, com és sabut, dintre del territori metropolità no existeix un monopoli atès que tant abans d'AB-SEM, com després, hi ha diferents municipis que tenen altres gestors tant de caràcter públic com privat. Evidentment, això canviaria si en el projecte d'establiment de nou servei es pretengués unificar la gestió en tots i cadascun dels municipis de l'AMB.

A més, hi ha un altre argument de pes en favor de la tesi aquí sostinguda, com és que **el procediment que es va seguir per l'adopció dels acords del Consell Metropolità de novembre de 2012 i maig de 2013 no va ser el de l'establiment del servei en règim de monopoli, i això no va ser criticat per les sentències del TSJCAT que van anul·lar els esmentats acords, que a més van declarar que el procediment per l'AMB va ser ajustat a dret.**

L'anterior conclusió no impedeix assenyalar que, atesa la manca de claredat de la regulació legal i la manca d'una jurisprudència que es pugui qualificar estrictament de tal (línia jurisprudencial única i consolidada) la qüestió de l'existència o no de prestació en règim de monopoli pugui ser debatuda.



La sentència del Tribunal Suprem de 23 de febrer de 2015 ja contempla l'aplicació d'aquest precepte, però no resulta concloent doncs es tractava d'un supòsit en el que es considera que no hi ha establiment del servei sinó només un canvi en el forma de gestió:

*“El Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local señala en su artículo 97 que para el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales se requiere acuerdo inicial de la Corporación, la redacción por una comisión de estudio de una Memoria, su exposición pública y la aprobación del proyecto por el Pleno de la entidad, trámites a los que se añade en ciertos casos, según el apartado segundo de aquel precepto, otro más, pues " para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas (...) se exigirá aprobación del órgano competente de la Comunidad Autónoma e informe de la autoridad de competencia correspondiente ".*

*La sentencia recurrida entiende no aplicable este segundo apartado del artículo 97 porque, según afirma, "el modo de gestión no ha afectado a la prestación del servicio en régimen de monopolio (...) pues la efectiva ejecución del monopolio se realizó hace más de 50 años". Y esa misma sentencia añade después que el acuerdo de todos los Ayuntamientos afectados resulta exigible " porque el servicio sigue siendo un monopolio, aunque pase a depender de una empresa mixta".*

*Con independencia de que estas dos afirmaciones resultan contradictorias entre sí, es lo cierto que el tantas veces citado artículo 109 del Texto Refundido está pensado para el caso en el que varios municipios deciden de mutuo acuerdo municipalizar su servicio de aguas, sea por medio de un consorcio o por alguna otra forma de mancomunidad; **pero no para cambiar el modo de gestión de un servicio ya municipalizado y prestado en régimen de monopolio desde el año 1954.***

*El precepto en estudio señala expresamente, insistimos, que el acuerdo de todos los Ayuntamientos resulta imprescindible " si el monopolio de un servicio*



*afecta a varios términos municipales ", sin que se contenga referencia alguna (ni en ese, ni en otros artículos) a la necesidad de que se suscriba ese mismo acuerdo cuando cambie el régimen de gestión (indirecta) del servicio en cuestión, precisamente porque, como señala la propia sentencia recurrida, el modo de gestión (directa o indirecta) no afecta a la prestación del servicio en régimen de monopolio."*

Sense perjudici que s'hagi de seguir la jurisprudència que pugui recaure des de la data de lliurament d'aquest informe, es tracta d'una qüestió que ha de ser abordada de forma expressa per la memòria del nou servei del cicle integral; i s'haurà de decidir si l'establiment del nou servei queda restringit a l'àmbit territorial en el que presta el servei AB-SEM, o es vol estendre a tot el territori metropolità. Si la intenció es continuar amb el mateix àmbit actual, la defensa o explicació de la inexistència de prestació en règim de monopoli serà fàcil, i vindrà recolzada pel fet ja apuntat que el procediment seguit per l'adopció dels acords anul·lats, no era el previst pel monopoli, i el TSJCAT el va considerar correcte.

A més, en la mesura que pugui justificar-se que el nou projecte contempli externalitzar diferents prestacions per crear una competència pel mercat dins del servei metropolità, la innecessarietat de tramitar el procediment per la prestació en règim de monopoli, es veurà reforçada.

### *c) Contingut dels documents que integren l'expedient*

Com hem anunciat a l'apartat a), l'expedient s'integra d'una memòria, un projecte d'establiment i un reglament del servei.

D'acord amb l'art. 243 TRLMC, la memòria ha de tenir en compte els aspectes socials, financers, tècnics i jurídics del servei i determinar la seva forma de gestió.



En la memòria hauran de consignar-se els motius que condueixen a les decisions adoptades, en especial l'anul·lació dels acords 2012-2013 per les sentències del TSJC, l'interès públic en el manteniment del cicle integral, i la impossibilitat de retornar a la situació provisòria de la SGAB pel que fa a l'abastament i a la gestió del sanejament per part d'EMSSA. A més, haurà de justificar-se la forma de gestió escollida i contenir les raons de l'àmbit territorial escollit, les referències imprescindibles a la liquidació del contracte -que necessàriament hauran de ser provisionals-, a l'obligació de l'AMB de conservar els béns afectes al servei i amb això, singularitzar-los, amb una referència expressa als que poguessin pertànyer als municipis inclosos en l'àmbit de la gestió.

La memòria també ha de contenir un projecte de tarifes del servei (art. 244 c) TRLMC).

En aquest cas també s'han de valorar els béns i drets aportats per la SGAB i per l'AMB al procés de constitució d'AB-SEM per a determinar el valor real de la seva contribució a la societat.

En relació amb aquestes instal·lacions d'abastament en alta i la seva gestió, l'AMB després que la Generalitat obligués a excloure-les del servei metropolità –fet que al menys formalment, es va dur a terme mitjançant l'acord del Consell Metropolità de 21 de maig de 2013-, va exercir el que el Títol IV del ROAS anomena *Exercici d'activitats econòmiques per les entitats local en règim de lliure concurrència (arts. 136 i ss)*. En què beneficia això a l'interès públic metropolità, atès que estan adscrites a la prestació d'un altre servei públic, es desconeix, però en tot cas també és un aspecte a analitzar per l'AMB. El cessament d'una activitat econòmica local no es subjecta a cap requisit formal especial. I, d'altra banda, pel que fa als béns de l'Annex I TRLAC, s'hauria d'arribar a un acord amb l'Administració autonòmica titular del servei públic d'abastament en alta.



També s'ha de contemplar de manera singular la problemàtica dels municipis de Begues, El Papiol, Pallejà, Sant Climent de Llobregat, Santa Coloma de Cervelló i Torrelles de Llobregat. En aquests municipis la SGAB tenia concessions de servei – atorgades per l'Ajuntament– i les va aportar en el moment en que es va constituir l'empresa mixta metropolitana i que en el context de la creació d'un servei metropolità s'haurà d'analitzar si podrien reviuire, sense perjudici que en l'anàlisi de l'import de la liquidació que pugui correspondre al soci privat, s'hagin d'estudiar les esmentades concessions i el seu valor econòmic, incloent és clar l'anàlisi de la legalitat de la seva adjudicació i la intervenció de l'AMB.

Així doncs, l'establiment del servei també servirà per determinar els béns d'AB-SEM afectats al servei i, amb això es farà possible la liquidació del contracte sense menyscabament del servei.

Per la seva banda, el Projecte d'establiment del servei, d'acord amb l'art. 159.2 ROAS, ha de contenir els aspectes següents:

- Les característiques del nou servei
- La seva forma de gestió.
- Les obres, béns i les instal·lacions necessàries per a la prestació amb indicació si s'escau de les que hagi de realitzar el contractista
- L'estudi econòmic-financer i si s'escau les tarifes a percebre
- En el supòsit de gestió indirecta el cànon o la participació que hagi de percebre l'ens local, i la compensació econòmica que si s'escau aquest hagi de satisfer.
- El règim estatutari dels usuaris.

El Projecte ha de delimitar nítidament les instal·lacions del subministrament domiciliari o en baixa que integren el servei del cicle integral metropolità, per tal de distingir-les de les instal·lacions de l'Annex I TRLAC que formen part del servei



d'abastament en alta mitjançant la xarxa Ter-Llobregat, de competència autonòmica, i que per tant no formen part del servei metropolità.

Davant la íntima vinculació entre el contingut de la memòria i el projecte d'establiment es podria elaborar un únic document que inclogui tota la informació preceptiva.

Pel que fa al reglament del servei, ha de preveure el règim jurídic de la prestació las contraprestacions econòmiques a percebre dels usuaris si es tracta de tarifes (art. 20 del TRLRHL, en redacció donada per la LCSP17).

Finalment, s'ha de fer un advertiment pel que fa al reglament de sanejament. A diferència del que passa amb el d'abastament –que contempla la prestació del servei per gestors diferents d'AB-SEM en alguns municipis–, aquest parteix de l'existència d'un únic gestor a tot l'àmbit metropolità (art. 3)<sup>12</sup> i regula les autoritzacions<sup>13</sup> i sancions que corresponen a l'Administració metropolitana.

En varis preceptes es fa referència a funcions que corresponen a la pròpia AMB o al seu “òrgan de gestió indirecta” (arts. 13.3, 14,2, 17.4, 19, 41, 50.1, 53.2, 57). L'adaptació o ajustament d'aquest reglament a un eventual canvi en la forma de

---

<sup>12</sup> Aquest Reglament és d'aplicació en els termes de tots els municipis compresos en l'àmbit territorial definit per l'article 2 de la Llei 31/2010, de 3 d'agost, per la qual es crea l'Àrea Metropolitana de Barcelona, l'AMB. A l'annex 3 estan anomenats per sistemes de sanejament. Aquest Reglament també és d'aplicació a totes aquelles actuacions que, sent exteriors a l'àmbit territorial de l'AMB, per raons hidràuliques i previ acord amb les administracions competents, aboquin a clavegueram o a col·lectors tributaris dels sistemes públics de sanejament en alta metropolitans.

<sup>13</sup> Article 7.- Competències de l'AMB i de les altres administracions.

7.1.- L'AMB exerceix sobre les xarxes municipals de clavegueram i la xarxa metropolitana de sanejament les competències que li atribueixen la Llei 31/2010, de 3 d'agost i el text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya aprovat per Decret legislatiu 3/2003, de 4 de novembre -en concret, les assenyalades en l'article 53 d'aquest Decret legislatiu, és a dir, atorgar les autoritzacions d'abocaments, inspeccionar, sancionar i rescabalar-se dels eventuals sobre costos d'explotació en els sistemes públics de sanejaments del seu àmbit, així com la disposició addicional segona com a entitat local d'aigua bàsica de subministrament d'aigua en baixa i de sanejament-, i el Reial decret llei 11/1995, de 28 de desembre, com a ens representatiu dels municipis de l'aglomeració urbana a l'efecte del sanejament de les seves aigües residuals. Tot això sense perjudici de les competències dels ajuntaments dels municipis de l'àmbit metropolità i de les de l'Administració Hidràulica i Sanitària de la Generalitat de Catalunya.



gestió del servei és molt senzill: n'hi hauria prou amb que en el procediment que es segueixi per l'establiment del servei del cicle integral totes les referències a l'òrgan de gestió indirecta es facin al nou gestor. Una altra qüestió és que es volgués aprofitar l'establiment d'un nou servei per introduir les modificacions que es considerin oportunes en la regulació del sanejament.

### **III.3.3.- Recapitulació: un nou projecte d'establiment del servei de cicle integral de l'aigua**

Com a recapitulació, el procediment que s'ha de seguir és el d'establiment del servei i determinació de la forma de gestió abans exposat.

El projecte d'establiment del nou servei i la seva memòria han de servir per definir correctament les diferents prestacions que configuren el servei del cicle integral metropolità i les seves instal·lacions; evitar qualsevol confusió amb l'abastament en alta i les seves instal·lacions en benefici de la transparència en l'elaboració i aprovació de les respectives tarifes, i la seguretat jurídica.

Aquest procediment ha de tramitar-se de manera coordinada amb el procediment de liquidació del contracte, atès que serà en aquest últim on s'estableixi el valor definitiu de les aportacions del soci privat.



## **III.4. Efectes respecte al conveni/contracte de gestió del servei signat entre l'AMB i la SGAB**

### **III.4.1. Consideracions prèvies**

Atès que la sentència anul·la els acords en la seva integritat, també anul·la l'aprovació del Conveni que posteriorment es signaria entre l'AMB i la SGAB, en aquest cas, al constatar que existien “*motivos de anulación por vicios en el proceso de contratación*”.

El Conveni es regeix pel Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (clàusula 20).

Els efectes de l'anul·lació es regulen a l'art. 35 TRLCSP:

*Artículo 35. Efectos de la declaración de nulidad.*

*1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.*

*2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.*

*3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.*





Com es pot observar, aquest precepte no distingeix entre els efectes de l'anul·lació en funció de que concorri un causa de nul·litat radical o relativa i és d'aplicació en els dos supòsits, amb independència de la gravetat del vici<sup>14</sup>. D'acord amb Baca Oneto, el que recull és la conseqüència normal de la declaració d'invalidesa d'un contracte públic, que es tradueix en **la impossibilitat que generi els efectes que pretenia o la supressió d'aquells que hagi produït, excepte que aquests puguin fonamentar-se en altres principis de l'ordenament jurídic** (*La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pàg. 343).

D'acord amb aquesta regla, si la sentència del TSJCAT es confirma, els efectes de l'anul·lació del contracte serien els següents:

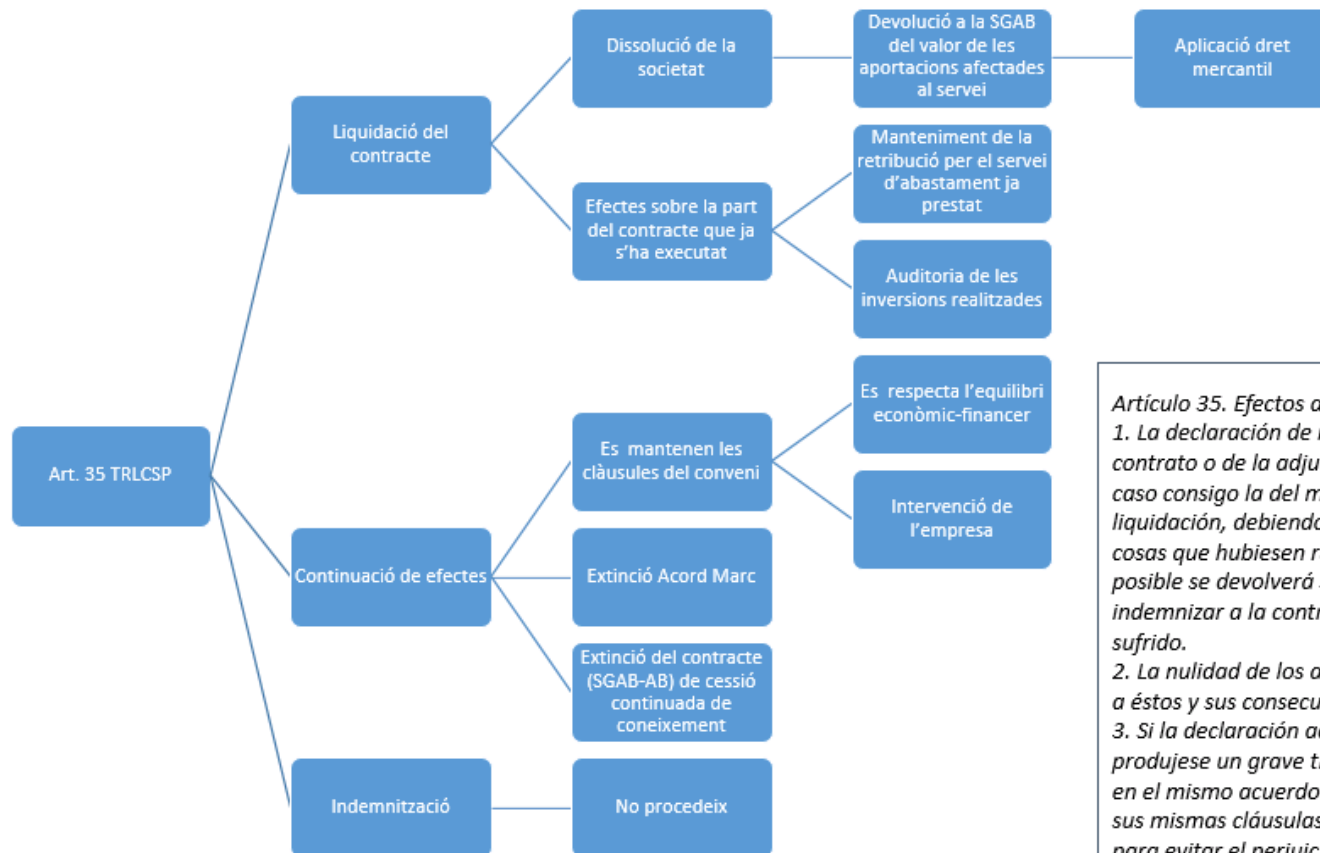
- 1) El contracte entra en liquidació i les parts s'han de restituir recíprocament les coses que haguessin rebut i, si això no fos possible, es retornarà el seu valor.
- 2) Si hi hagués una part culpable, aquesta haurà d'indemnitzar a la contraria pels danys soferts.
- 3) Si l'anul·lació determinés la impossibilitat de prestar el servei, es podran mantenir els efectes del contracte, sota les seves mateixes clàusules fins que hi hagi un nou gestor.

La figura 1 conté un quadre sinòptic dels efectes de l'anul·lació.

---

<sup>14</sup> La redacció de l'art. 35 és diferent de la que tenia l'art. 47 del Reial Decret núm. 3410/1975, de 25 novembre, d'aprovació del Reglament general de contractació de l'Estat (RGC), en el que quedava clar que tant la nul·litat com l'anul·labilitat dels actes preparatoris comportava la nul·litat del mateix contracte. Amb la redacció actual, l'empresa adjudicatària podria intentar defensar que, al no declarar la sentència la nul·litat radical de l'aprovació del conveni, els vicis de l'adjudicació podrien ser convalidats per aplicació del règim comú de la legislació de procediment administratiu. No obstant, aquest tesi no pot prosperar atès que, en el cas que ens ocupa, en el que la manca de drets d'exclusiva de la SGAB és *ratio decidendi* de la sentència, la convalidació d'aquest vici no és possible. La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic recupera la redacció del art. 47 RGC (vegeu art. 42).

Figura 1. Conseqüències de l'anul·lació del contracte



**Artículo 35. Efectos de la declaración de nulidad.**  
 1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.  
 2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.  
 3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.



### III.4.2.- Efectes de l'anul·lació del conveni sobre la prestació del servei

#### a) Continuació provisional dels efectes del contracte sota les mateixes clàusules

L'article. 35.3 TRLCSP ja transcrit anteriorment preveu que:

*“3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”.*

La previsió de l'art. 35.3 TRLCSP és una habilitació a l'Administració perquè mantingui els efectes del contracte provisionalment i només fins que s'adoptin amb caràcter urgent les mesures imprescindibles perquè hi hagi un altre prestador. Aquesta continuació d'efectes és similar a una pròrroga forçosa i el que implica és que el servei es continuarà prestant per ordre de l'Administració i sota les clàusules del contracte anul·lat.

Com que l'art. 35 TRLCSP assenyala que el contracte es manté sota les seves mateixes clàusules, per concretar a què es refereix ha d'analitzar-se quin és el seu contingut, perquè el Conveni signat entre l'AMB i l'SGAB el 30 de juliol de 2013 acorda *“la institució de la societat d'economia mixta com a forma de gestió indirecta del servei públic metropolità del cicle integral de l'aigua”*, i regula les relacions entre les parts, però va més enllà d'un contracte administratiu. Sistemàticament s'articula en tres seccions que creen un marc triangular de relacions entre tres subjectes diferents: SGAB-AMB (primera secció), AMB-AB-SEM (segona secció) i AB-SEM-SGAB (tercera secció). El contracte administratiu de concessió, els efectes de la qual poden perllongar-se és el d'AMB-AB-SEM.



No procedeix perllongar els efectes de la primera secció ja que fixa els pactes SGAB-AMB per la fundació d'AB-SEM i l'anul·lació del contracte suposa que s'ha de procedir a l'extinció d'AB-SEM sense perjudici de que la societat pugui continuar la prestació del servei temporal i provisionalment. De la mateixa manera, l'art. 35.3 TRLCSP no afecta a les relacions entre AB-SEM i SGAB (tercera secció) ja que aquest no és un contracte administratiu de gestió de servei públic, sinó un contracte entre una societat mixta i una empresa privada.

La secció segona del Conveni estableix els drets i deures respectius de les parts: l'AMB com a titular del servei i AB-SEM com a prestador. Aquesta part és equivalent al contingut d'un contracte de gestió del servei públic<sup>15</sup>: drets i obligacions, característiques de la prestació del servei, drets retributius d'AB-SEM i potestats de direcció de l'AMB. El Conveni invoca l'art. 280 TRLCSP<sup>16</sup> que recull les obligacions de qualsevol concessionari i que són aplicables també en supòsits de gestió del servei mitjançant societat d'economia mixta.

**La continuació dels efectes del contracte sota les seves mateixes clàusules implica que la prestació del servei ha de mantenir-se igual: mateixes prestacions i mateixa retribució.** Segons la clàusula 3 del Conveni, el servei es prestarà d'acord amb el plec de prescripcions tècniques i el reglament del servei: doncs bé, malgrat que el plec i el reglament s'hagin anul·lat, també es poden aplicar

<sup>15</sup> Vegeu art. 182 del RGLC: “En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos.”

<sup>16</sup> “El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.
- b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.
- c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.
- d) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos”.



per assegurar la continuïtat del servei, sense que sigui necessària la reviviscència del reglament anterior. En l'essencial, el règim tarifari ha de romandre inalterat durant la continuació dels efectes del contracte, respecte al vigent en el moment de la confirmació de l'anul·lació del contracte pel Tribunal Suprem. Com ja s'ha dit, el projecte d'establiment del servei implicarà l'aprovació d'unes noves tarifes.

La continuïtat es refereix a la prestació del servei, **però no ha d'impedir que es reforci el control públic sobre la societat.**

Al nostre parer, no hi ha dubte que les potestats de direcció s'han d'intensificar atès que les que estableix del Conveni són molt febles, probablement perquè el Conveni es va redactar, de forma incomprensible, sense un plec de clàusules administratives. Només la clàusula 2 del Conveni diu que la prestació del servei es farà *“d'acord amb les clàusules del present Conveni, els seus Estatus Socials, la Memòria i Projecte tècnic per la gestió dels serveis (en endavant la Memòria), i d'acord amb les disposicions legals i reglamentàries d'aplicació, en especial, el Decret 179/1995, de 13 de juny, pel que s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis de les entitats locals (en endavant “ROAS”)*”.

De forma específica, el Conveni fa remissió als arts. 237 ROAS<sup>17</sup> i 249 ROAS<sup>18</sup>, relatius a les obligacions de l'Administració concedent; però ni tan sols s'invoquen

---

<sup>17</sup> “Article 237 Obligacions de l'administració

L'administració contreu les obligacions que es deriven del contracte i, en general, les següents:

a) Satisfer al contractista les prestacions econòmiques en la quantia i els terminis convinguts, i la seva revisió, si s'escau.

b) Indemnitzar l'empresari en cas d'assumir directament l'administració la gestió del servei o de la supressió d'aquest.

c) Posar a disposició del contractista els béns i les instal·lacions que s'hagin convingut.

d) Atorgar al contractista la protecció adequada per a la prestació del servei.

e) Respondre davant tercers, amb caràcter subsidiari, dels danys derivats del funcionament del servei, en cas d'insolvència del contractista”.

<sup>18</sup> “Article 249 Deures de l'ens concedent

L'ens local titular del servei objecte de la concessió ha de:

a) Atorgar al concessionari la protecció adequada per tal que pugui prestar-lo degudament.

b) Mantenir l'equilibri financer de la concessió. A aquest efecte, ha de compensar econòmicament el concessionari, per raó de les modificacions que li ordeni introduir al servei que incrementin les despeses o disminueixin la retribució, i ha de revisar les tarifes i subvencions



expressament els arts. 238<sup>19</sup> i 248<sup>20</sup> ROAS que concreten les potestats de l'Administració, malgrat que això no vol dir que no siguin d'aplicació al cas, ja que es refereixen a competències de l'Administració per a la direcció del servei.

Per contra, i amb l'excepció d'allò previst a l'art. 10.8. g) dels Estatuts<sup>21</sup>, no són aplicables les previsions del arts. 287 o 293 ROAS que haguessin admès una intervenció de l'AMB qualificada des dels òrgans de Govern de la societat mixta<sup>22</sup> o

---

*quan, encara que no hi hagi modificacions del servei, circumstàncies anormals i imprevisibles sobrevingudes determinin, en qualsevol sentit, la ruptura de l'equilibri econòmic.*

*c) Indemnitzar el concessionari pels danys i perjudicis que li ocasioni l'assumpció directa de la gestió del servei quan es produeix per motius d'interès públic que determinen el rescat de la concessió, independentment de la culpa de l'empresari, o en cas de supressió del servei”.*

<sup>19</sup> “Article 238

*Potestats de l'administració*

*Correspon als ens locals la potestat de direcció i control del servei públic, en virtut de la qual el poden modificar i suprimir, i, en la concessió, també exercir les facultats que estableix l'article 248 d'aquest Reglament”.*

<sup>20</sup> “Article 248

*Potestats de l'ens concedent*

*L'ens concedent té les potestats següents:*

*a) Ordenar discrecionalment les modificacions que l'interès públic exigeix, de la mateixa manera que quan es gestiona directament el servei i, entre d'altres, la variació de la qualitat, la quantitat, el temps o el lloc de les prestacions en què consisteix el servei, i l'alteració de la retribució del concessionari, sens perjudici del règim específic en aquest supòsit, en especial quan la modificació de les tarifes depèn de l'autorització d'una altra administració.*

*b) Fiscalitzar la gestió del concessionari. A aquest efecte, l'ens local pot inspeccionar el servei, les obres, les instal·lacions i els locals, i la documentació relacionada amb l'objecte de la concessió, i dictar les ordres per mantenir o restablir la prestació corresponent.*

*c) Assumir temporalment la gestió directa del servei en els casos en què no el presti o no el pugui prestar el concessionari per circumstàncies que li siguin o no imputables.*

*d) Imposar al concessionari les sancions pertinents per raó de les infraccions que hagi comès en la prestació del servei.*

*e) Rescatar la concessió.*

*f) Suprimir el servei.*

*g) Extingir el contracte per qualsevol de les causes previstes a l'ordenament.”*

<sup>21</sup> “En compliment dels articles 287 i 288.1 del Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels Ens Locals (ROAS), serà necessari el vot favorable del capital de titularitat pública per l'adopció d'acord destinats a l'**emissió d'obligacions, augment o reducció del capital social, transformació, fusió, o dissolució de la Societat** i, en general, per qualsevol tipus d'augment que directa o indirectament pugui alterar la posició participativa en el capital social del capital de titularitat pública”.

<sup>22</sup> “Article 287

*Necessitat del vot de l'ens local i autorització administrativa prèvia*

*287.1 En l'acord de constitució de la societat o en els estatuts es pot preveure la necessitat d'un quòrum especial que, en tot cas, exigeixi el vot de l'ens local per a l'adopció d'acords sobre l'emissió d'obligacions, augment o reducció del capital social, transformació, fusió o dissolució de la societat i, en general, per a qualsevol modificació dels estatus socials.”*



nomenament d'un delegat<sup>23</sup>, ja que exigeixen la inclusió de les corresponents regles als Estatuts d'AB-SEM.

En qualsevol cas, durant el període de prestació del servei per continuació dels efectes del contracte, i malgrat que no procedeixi modificar les clàusules del contracte, sí que es poden adoptar provisionalment i sobre la base de l'article 56 de la LPACAP totes les mesures necessàries per garantir l'adequat funcionament del servei i per assegurar la transició fins a l'entrada del nou gestor del servei. No sembla raonable que, sent la *ratio decidendi* de la sentència la manca de títol habilitant previ, per part del soci privat d'AB-SEM, l'Administració titular del servei no pugui adoptar les mesures adients per garantir que AB-SEM no prengui decisions que dificultin la seva dissolució i la liquidació del contracte, fins i tot en determinades circumstàncies la intervenció de l'empresa. Sobre aquesta qüestió, tracta l'apartat IV de l'informe.

En resum, **s'ha d'entendre que el conveni continuarà sota les mateixes condicions econòmiques sense perjudici de la intensificació del control públic.**

#### *b) La compra del know how de la SGAB*

L'expressió "*bajo sus mismas cláusulas*" no comporta que s'hagi de seguir comprant a la SGAB el seu coneixement atès que aquesta va ser una prestació accessòria que les parts van pactar fora del contracte administratiu, sense que formi part d'aquest.

---

<sup>23</sup> "Article 293

Control extern

293.1 Els estatuts de la societat poden preveure, quan l'ens local tingui una participació minoritària en el capital social, la designació d'un delegat, amb les funcions que s'hi estableixin.

293.2 Els estatuts han d'incorporar, d'acord amb el que estableix la legislació mercantil, la facultat de l'ens local de fiscalitzar i inspeccionar la comptabilitat i les instal·lacions de la societat".





Les clàusules 18 i 19 del Conveni (secció tercera) ordenen la celebració de dos contractes diferents:

- el de compravenda del valor del 40% dels actius de la SGAB, que ja s'ha executat (clàusula 18) i
- un contracte de prestació de serveis de la SGAB a AB-SEM, que té per objecte el *know how* de la SGAB (clàusula 19).

Aquests dos acords estan formalment separats de les previsions relatives a la prestació del servei públic (secció segona).

Pel que fa al contracte de serveis de la compra del *know how*, des d'una perspectiva administrativa, s'hauria d'entendre directament anul·lat; a aquestes efectes no suposa cap obstacle que l'art. 9 dels Estatuts de la mixta ("*prestacions accessòries obligatòries*") també contempli aquest contracte, atès que com és sabut els Estatuts també han estat anul·lats.

### c) *L'adopció de mesures urgents*

D'altra banda, atès que l'art. 35.3. TRLCSP admet l'adopció de mesures urgents per tal d'evitar el perjudici greu al servei, aquesta previsió permetria realitzar una tramitació d'urgència del procediment d'establiment de servei i de canvi de gestor, d'acord amb l'art. 33 de la LPACAP, que disposa el següent:

*"1. Cuando razones de interés público lo aconsejen, se podrá acordar, de oficio o a petición del interesado, la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos.*





*2. No cabrá recurso alguno contra el acuerdo que declare la aplicación de la tramitación de urgencia al procedimiento, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento”.*

L'aplicació d'aquest precepte exigeix una valoració política. La reducció dels terminis a la meitat suposarà que el tràmit d'informació pública i l'audiència als interessats es redueix a 15 dies, enlloc dels 30 que estableix el ROAS.

### **III.4.3.- La liquidació del contracte i restitució a les parts de les seves aportacions**

#### *a) El procediment de liquidació*

Un dels efectes de la declaració de nul·litat del contracte, quan sigui ferma, és que aquest entrarà en fase de liquidació, havent de restituir-se les parts recíprocament les coses que hagin rebut en virtut del mateix i, si no fos possible, retornar-se el seu valor (art. 35.1 TRLCSP)

Ni la legislació de contractes de l'Estat ni el ROAS contenen una regulació específica del procediment de la liquidació dels contractes de gestió dels serveis públics, i per tant són d'aplicació les regles generals de procediment administratiu local que, en essència, exigeixen un acord d'inici del procediment que ateses les particularitats del cas ja inclourà una valoració dels béns aportats per l'AMB i la SGAB i dels venuts per aquesta, l'elaboració dels informes facultatius que es considerin necessaris, tràmit d'audiència als interessats (AB-SEM, SGAB i La Caixa), informe de valoració de les al·legacions formulades per aquests i la resolució.

Tant l'acord d'inici com la resolució de l'expedient correspon al Consell Metropolità, com a òrgan de contractació i es requereix majoria simple.



b) *No es pot restituir a la SGAB els béns afectats al servei del cicle de l'aigua*

Tant la l'extinció d' AB-SEM, com la restitució recíproca de les coses rebudes estan subjectes, en tot cas, a les disposicions de dret administratiu que regeixen el funcionament dels serveis públics; i d'acord amb aquestes regles, com ja s'ha dit, **no serà possible retornar a la SGAB tots els actius aportats per la constitució de la societat**, atès que part d'aquests béns, en concret, els afectats al servei públic local d'abastament d'aigua en baixa, hauran de romandre en mans de l'AMB que cedirà el seu ús al nou gestor del servei.

En aquest sentit, el respecte al principi de continuïtat del servei públic, es contempla a l'art. 35.1 TRLCSP quan estableix una **garantia de valor** pels supòsits en que no procedeixi la devolució de les coses rebudes (*"debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor"*): els drets patrimonials de la SGAB no es vulneren ja que es garanteix el seu valor als substituir-se els béns aportats per l'SGAB pel seu equivalent econòmic.

**La liquidació del contracte afecta a la pròpia societat, i la dissolució d'aquesta s'ha de fer partint de la premissa que l'Administració ha de retenir tots els actius afectes a la prestació del servei.**

Aquesta interpretació deriva dels arts. 289.2 i 290 ROAS, d'acord amb els quals els béns que gestioni una societat mixta i estiguin afectes a la prestació del servei han de romandre sota la titularitat de l'Administració local:

*"289.2 Acabat el període fixat, **reverteix íntegrament a l'ens local l'actiu i el passiu de la societat**, en condicions normals d'ús, pel que fa a les instal·lacions, béns i materials afectats al servei, sense que això comporti dret a cap indemnització"*



Malgrat que l'article transcrit es refereix als supòsits de cessament d'activitat pel transcurs del termini, també és d'aplicació a qualsevol supòsit de dissolució de la societat, com es preveu a l' art. 290 ROAS:

**“La modificació o la supressió per l'ens local del servei públic que presta la societat, que comportin el cessament de l'activitat o la dissolució d'aquella abans del termini fixat, produeixen els efectes previstos a l'article anterior. En aquest cas s'ha d'indemnitzar el capital privat pendent d'amortització.”**

L'aplicació d'aquest article permet donar compliment a l'art. 35.1 TRLCSP que contempla la devolució del valor econòmic de les aportacions, romanent els béns afectats en el servei públic. (L'usdefruit sobre la concessió del 53 i les seves ampliacions, i la resta d'aprofitaments destinats a l'abastament en alta, no estan afectats al servei metropolità, ja que, com s'ha dit i és sabut, l'abastament d'aigua potable en alta mitjançant la xarxa Ter-Llobregat, és un servei de titularitat autonòmica.)

Com veurem més endavant, la liquidació per l'Administració del contracte ha de vincular les decisions que s'adoptin en el si de la societat mixta, de manera que existeixi una **equivalència entre la quota de liquidació a percebre pel soci privat amb la restitució del béns realment aportats**: retornant els béns que no siguin necessaris pel servei i el valor de la part no amortitzada d'aquells afectats al nou servei.

Per això, un cop fixat el resultat de la valoració, s'ha de traslladar a la societat, en un procés paral·lel i invers al que es va seguir per a la seva constitució. Paral·lel, perquè hi ha una decisió administrativa que després es trasllada a un acord societari i invers, perquè ara no es tracta de constituir la societat sinó de liquidar-la.



Al subapartat III.5 veurem, però, les passes que cal donar, d'acord amb la legislació mercantil que afecta a l'AB-SEM.

*c) Pronunciaments obiter dicta de la sentència sobre la valoració dels béns aportats i venuts a la societat*

Malgrat que aquests pronunciaments siguin obiter dicta i per tant no tenen força de cosa jutjada, pel càlcul de la valoració/quota de liquidació convé tenir en compte les consideracions de la sentència del TSJCAT núm. 126/2016, de 9 de març de 2016.

Així, en primer lloc, critica la valoració efectuada perquè el dret a prestar el servei no pot ser objecte de valoració, atès que la SGAB no el té ni el tenia en el seu patrimoni:

*“Y aquí es evidente que el método de valoración empleado no es adecuado puesto que, de acuerdo a la interpretación que hemos realizado en el anterior fundamento, SGAB tiene la condición de concesionario o gestor indirecto tácito, de manera que no tiene en su patrimonio el derecho a la concesión de suministro de agua en baja para Barcelona y la mayor parte de los municipios del área metropolitana hasta el año 2047, de manera que los flujos de caja futuros se calculan sobre un activo patrimonial que no pertenece a SGAB” (pàg.29/42).*

És més, **afirma que aquest dret correspon a l'AMB com a titular del servei**: *“En este sentido, el derecho a prestar el servicio no puede ser objeto de valoración a estos efectos, puesto que es la AMB quien lo ostenta” (pàg. 30/48, primer paràgraf); “dicho activo pertenece a la Administración y no al concesionario” (pàg. 36/48, primer paràgraf).*



D'acord amb el Tribunal, tampoc podia ser objecte de valoració a efectes de determinar la concurrència de motius econòmics impeditius de la concurrència per suposar un cost de compensació o expropiació inassumible la concessió demanial de 1953 sobre l'abastament en alta i les seves instal·lacions, per quedar al marge del servei públic competència de l'AMB. Ara bé, això no implica que aquests béns no s'hagin de valorar en el procediment de liquidació del contracte i la societat, atès que van ser efectivament aportats.

La sentència també diu que aquells actius que la SGAB no ostenta amb caràcter exclusiu i que poden ser aportats per altres empreses del sector, com és el cas del “*know how*” (pàg. 31/48), no havien de ser valorats als mateixos efectes; en aquest cas haurà de ser l'AMB la que determini si dintre dels actius aportats i venuts per la SGAB no estava inclòs el know how, i en conseqüència, aquest és mereixedor d'una valoració independent.

Finalment la sentència, als efectes que aquí interessen també destaca que no consta a l'expedient una valoració del que hagués costat expropiar els drets d'SGAB. I en seu FJ Onzè dedicat a analitzar el cost econòmic justificatiu de la renúncia a obrir el servei a la competència, exposa quins drets “*principalment*” haurien d'haver estat objecte de valoració per tal justificar la renúncia a la competència:

*“(ii) también hemos indicado que SGAB tiene unos derechos sobre el inmovilizado que constituye la red de distribución de agua potable y unos derechos de distribución de un caudal determinado amparados principalmente en el título concesional de 1953. Unos derechos que están en situación de ser expropiados al menos desde el Acuerdo de la CMB de 1982. El rescate o recuperación de estos derechos es el dato esencial a los efectos de la excepción licitatoria que nos ocupa. Sin embargo, ni en la actividad preparatoria ni en las resoluciones impugnadas se incluye ninguna referencia.*

(...)



*(iv) asimismo, existe una red de distribución de agua potable que es titularidad de SGAB, que en parte podría resultar afectada por el rescate de la concesión de 1953, puesto que el rescate supone la reversión de las instalaciones de abastecimiento en baja ligadas a esa concesión, y en otra parte puede ser expropiada y objeto de indemnización en la medida que se trata de un inmovilizado material y en tanto que no esté amortizado.*

*Por tanto, el real coste económico impeditivo de la concurrencia se integraría principalmente por estos dos conceptos, rescate del título concesional de 1953 y expropiación de la red de distribución titularidad de la concesionaria tácita, aspectos éstos que no han resultado valorados en la actividad administrativa impugnada". (pàg. 34/48).*

En qualsevol cas, convé insistir, com bé diu el propi Tribunal, les consideracions que realitza les fa als efectes de determinar si hi ha una valoració del cost econòmic justificatiu de la renúncia a la competència. És a dir, la sentència no realitza un anàlisi exhaustiu dels béns o drets econòmics de la SGAB que haurien d'haver estat indemnitzats, ni molt menys de la valoració dels béns realment aportats, que com ja hem dit haurà de fer l'AMB.

*d) La liquidació de la societat: remissió*

Aquest aspecte es tracta a l'apartat III.5 del present informe.



### III.4.4.- Conseqüències econòmiques de l'anul·lació

#### a) Sobre la part del contracte ja executada

Com el contracte s'ha executat durant varis anys i l'art. 35 TRLCSP ordena la restitució de les aportacions i si això no és possible la devolució del seu valor, es planteja la qüestió de si s'ha d'exigir a l'empresa privada la devolució del benefici empresarial obtingut durant la vigència del contracte.

Per tal d'abordar aquesta qüestió, hem de partir de la distinció clàssica entre els vicis d'anul·labilitat i els de nul·litat de ple dret, atès que, com a regla general, els seus efectes tenen un abast diferent, tal i com recull la recent sentència del Tribunal Suprem de 17 de juliol de 2018 (recurs núm. 3908/2015):

*“Lo que resulta incuestionable es que el acto de interpretación del contrato, la resolución de 1 de junio de 2011, del que por otra parte deriva aquel de ordenación de pago, era un acto plenamente ejecutivo, y desplegaba todos sus efectos, y por tanto vinculaba a la propia Administración en tanto no resultare anulado, y esta anulación solo produce efecto hacia el futuro, según resulta del art. 63 de la LPAC (RCL 1992, 2512) y la constante jurisprudencia de nuestra Sala, entre las que cabe citar las de 29 de junio de 2015 (rec. cas. núm. 3723/2014), en la que hemos declarado que los efectos ex tunc de la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo permiten la ficción jurídica de considerarlo inexistente, mientras que no sucede lo mismo con su anulación como consecuencia de estar afectado de un vicio determinante de anulabilidad, porque sus efectos son ex nunc [en el mismo sentido, sentencias de 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 4048) (rec. cas. núm. 3570/1994 ); de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8641) (rec. cont-advo. núm. 41/1992) y de 29 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6612) (rec. cont-advo. núm. 9811/1990)”.*



D'acord amb la jurisprudència resumida en la citada sentència, trobant-nos davant un supòsit d'anul·labilitat, difícilment es podria actuar com si el conveni anul·lat per sentència ferma mai hagués existit ni produït cap efecte, doncs els efectes de l'anul·lació només són cap el futur. Així doncs, el contractista hauria percebut el preu del contracte en aplicació d'unes clàusules plenament vigents fins a la data de seva anul·lació, el que inclou el benefici industrial. **Una altra qüestió, és que el contracte o conveni es podés qualificar de nul de ple dret.**

En principi, en els supòsits de nul·litat de ple dret, l'aplicació d'acord amb els principis de seguretat jurídica, confiança legítima, prohibició de l'enriquiment injust i continuïtat del serveis públics de la regla de l'art. 35.1 TRLCSP, que obliga a l'abonament del valor de les prestacions que no s'han pogut restituir, **conduïx igualment a la consolidació dels efectes del contracte en la part que ja ha estat executada**, i per tant a mantenir el benefici industrial.

Sobre aquesta qüestió De Solas Rafecas (*Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas Tomo III La Gestión del Contrato*, Comares 2005, pàg. 1080), conclou que:

*“La justificación de pagar al contratista la prestación realizada y no restituida ha de extraerse de la regulación aplicable a la ineficacia contractual, que no es otra que la contenida en el art. 65.1 TRLCAP [actual 35.1 TRLCSP] así como en el Código Civil [...] en efecto, si conforme a dicho art. 65.1 TRLCAP las partes han de restituirse las prestaciones recibidas y si esto no fuere posible se devolverá su valor, es evidente que si la prestación realizada por el contratista es por su propia naturaleza irrestituible o, aún siéndolo, la Administración, no realiza la restitución (en ninguna de las muchas sentencias analizadas el Tribunal Supremo se plantea esto como cuestión), **parece obvio que el carácter sinalagmático o del vínculo entre la Administración y el contratista, por muy nulo que sea, obligará a la Administración a pagar su valor, que no es otro que el precio pactado**”.*





En aquest sentit, s'ha pronunciat molt recentment la Comissió Jurídica Assessora en el seu dictamen 9/2019, de 10 de gener, en el que informa favorablement la revisió d'ofici d'un contracte de serveis per a l'assistència tècnica per a l'enginyeria d'integració dels sistemes i infraestructures i coordinació de proves de la línia 9 de metro de Barcelona, durant l'exercici 2011, però malgrat la concurrència de causes de nul·litat de ple dret i dels seus efectes "ex tunc" es pronuncia a favor del manteniment dels seus efectes:

*“En el cas del contracte objecte del dictamen, la prestació de la contractista consistia a redactar un projecte d'ampliació de l'alimentació elèctrica de la línia 9 de metro de Barcelona. El projecte es va redactar, es va lliurar i es va realitzar l'obra en qüestió. Això fa que la restitució que resulta de la nul·litat de l'acte d'adjudicació i del contracte de serveis, en aquest cas, no sigui possible; tampoc no és procedent la restitució del valor de la prestació, ja que la contractista va percebre la remuneració corresponent pel servei que va prestar.*

*Això suposa que escau declarar la nul·litat del contracte adjudicat, per bé que l'esgotament dels seus efectes jurídics determina que les parts no hagin de restituir les prestacions respectives.”*

No obstant, **en els supòsits de nul·litat de ple dret (no en els de simple anul·labilitat)**, és criteri d'alguns òrgans consultius, com el Consell Consultiu d'Andalusia i la Comissió Jurídica Assessora de la Comunitat de Madrid -compartit com veurem, per alguna sentència d'algun Tribunal Superior de Justícia-, que no s'ha de retribuir el benefici industrial quan s'aprecia que el contractista ha actuat amb culpabilitat o sent coneixedor de la il·legalitat de la contractació. A tall d'exemple, podem citar el dictamen del Consell Consultiu d'Andalusia 307/2016, d'11 de maig:



*“Las consecuencias que produce la nulidad del contrato se encuentran previstas en el artículo 35.1 de la LCSP, de manera que “la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.*

*Sin embargo, partiendo de la premisa de la nulidad del contrato por haberse prescindido total y absolutamente de procedimiento legalmente previsto, la propuesta de resolución debe modificarse en este punto, de conformidad con la doctrina de este Consejo Consultivo, ya que en su actual formulación reconoce a don Á.G.E. el derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones efectivamente realizadas y no abonadas.*

***A este respecto, a nivel de principio, el Consejo Consultivo ha venido declarando que la restitución sólo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla legal (en este caso artículo 35 de la LCSP) que determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo los mismos) soportados por quien la efectuó. Ya en su primera etapa expuso este Consejo Consultivo (dictamen 2/1995), que «no sólo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad (...)». Así, este Órgano Consultivo ha señalado en reiteradas ocasiones que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre él***



**mismo las consecuencias negativas de tales vicios. En esta dirección el Consejo ha insistido en que resulta improbable que quien contrata con la Administración desconozca, por mínima que sea su diligencia, que no puede producirse una contratación prescindiendo de todo procedimiento.**

Asimismo, este Consejo Consultivo ha declarado que cualquier otra partida de carácter indemnizatorio habría de ampararse, en su caso, en dicho régimen legal, debiendo tenerse en cuenta que el inciso final del artículo 35.1 de la LCSP precisa que “La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido

**La aplicación de dicha doctrina, que comporta el abono de los servicios prestados descontando el “beneficio industrial”, sólo se ha exceptuado cuando se aprecian circunstancias que justifican el abono íntegro de la prestación, tal y como fue convenida, sobre todo cuando no puede calificarse al contratista como copartícipe de la nulidad; circunstancias que no se aprecian en el presente caso, por lo que no procede el abono del beneficio industrial.”**

En el mateix sentit, el dictamen 0011/2019, de 10 de gener, que confirma la nul·litat de ple dret de diversos contractes menors de serveis de control presencial d'una estació de bombeig ja que segons el Consell “Es evidente que nos encontramos ante un único contrato de servicios que responde a una unidad de objeto y de propósito de la contratación, de donde se colige que se ha producido fraccionamiento indebido de la cuantía contractual que, realmente, es la suma de todos los contratos celebrados al amparo de la modalidad de contrato presuntamente menor”, conclou que concorre la causa de nul·litat de l'article 62.1 e) de la Llei 30/92, consistent en que s'hagi prescindit total i absolutament del procediment legalment establert, i que per tant, en aplicació de l'article 35.1 TRLCSP:



*“El valor de la prestaciones ha de ser calculado precisamente en el momento inicial en que se produjeron los pactos, pues hay que tener presente que, por el carácter originario, estructural e insubsanable de la nulidad, la propia naturaleza de la acción restitutoria determina que el momento de dicho calculo debe ser el del pacto. Junto a lo anterior, y como ha declarado este Consejo de forma reiterada (por todos, dictámenes 18/95, 23/1996 y 48/1997), la restitución sólo debe comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye los costes efectivos, pero sin que quepan los demás resarcimientos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen los efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el reiterado artículo 35.1 del TRLCSP, el cual determina la extensión de la restitución únicamente por el valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo los mismos) soportados por quien la efectuó, excluyendo el beneficio industrial”.*

En uns termes gairebé idèntics s’havia pronunciat el dictamen 0730/2018, de 18 d’octubre, que negava el dret al benefici industrial al contractista que havia executat unes obres que s’apartaven del projecte primitiu, malgrat que havia seguit les instruccions i ordres de l’Administració:

*“En este caso, la disconformidad del contratista radica, en esencia, en la petición de inclusión en la liquidación del beneficio industrial, lo cual es improcedente con arreglo al criterio mantenido por este Órgano en múltiples dictámenes (entre ellos, el 384/2018, de 23 de mayo, de entre los múltiples que se reflejan en la propuesta de resolución), ya que **no es asumible** que quien participe en una contratación en libre concurrencia –como le sucede a todo contratista que presta sus servicios en virtud de contratación verbal o simples órdenes de la Administración- ejecutando unidades de obra al margen de las previstas en el proyecto inicial, obtenga beneficio y **se enriquezca con actuaciones nulas que, en la práctica, generan un claro fraude de ley en detrimento de otros eventuales concursantes o competidores en la licitación**”.*



És evident que la redacció no és clara però la idea que vol transmetre sí que ho és: si no hi va haver licitació no pot haver benefici industrial.

Finalment, pel que fa al Consell Consultiu Andalus, interessa citar, en la mateixa línia, però conclouent que en el cas examinat les circumstàncies permeten reconèixer el dret a percebre tots els conceptes retributius (això sí, amb un vot particular en contra), el dictamen 331/2016, de 17 de maig. El supòsit analitzat és la revisió d'ofici d'un contracte verbal que es considera nul de ple dret per manca total i absoluta del procediment legalment establert, i el raonament del Consell Consultiu d'Andalusia és en aquest cas el següent:

*“En cuanto a la procedencia del abono del beneficio industrial, hemos de señalar que es cierto que este Consejo, ha declarado que **en los casos de nulidad**, la restitución sólo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el art. 35 de la Ley, el cual determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo por consiguiente, todos los costes (y tan sólo los mismos) soportados por quien la efectuó.*

*Pero también ha declarado que cualquier otra partida de carácter indemnizatorio habría de ampararse en su caso, en el inciso final del art. 35.1 de la LCSP, conforme al cual, la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.*

*Los antecedentes del supuesto objeto de dictamen **permiten estimar el derecho a que se abone íntegramente el servicio prestado. Y ello es así porque, tal y como este Consejo ha venido argumentando (entre otros,***



**dictamen 64/2009), para que resulte procedente el abono del beneficio industrial, es necesario que concurren determinadas circunstancias que afectan tanto al concepto de interés público concurrente en el servicio objeto de la contratación como en la actitud mantenida por la empresa con la que se celebró el contrato.** En el presente expediente, el interés público aconsejaba el mantenimiento del servicio de vigilancia del Museo, como se indica en el informe de 24 de febrero de 2014 el sistema de vigilancia instalado por el Ministerio de Cultura fue proyectado para vigilancia activa y pasiva, es decir, el Museo no podría permanecer sin vigilancia activa a riesgo de poner en peligro el patrimonio ya almacenado para la ejecución museográfica en el nuevo edificio destinado a ser ampliación del Museo Arqueológico de Córdoba. La seguridad, se explica, tenía que ser atendida de forma pasiva (instalaciones de seguridad) y también activa (vigilancia), circunstancia que no se conoció hasta la efectiva entrega del edificio, siendo la previsión inicial de poner en marcha el sistema habitual de sistema de seguridad conectado a central receptora de alarma con servicio acuda. Por su parte, la empresa mantiene una actitud colaboradora con la Administración para facilitar ese período de transición y evitar los posibles perjuicios que podrían derivar de la falta de vigilancia del edificio. La empresa participa, como un licitador más, en el procedimiento de contratación tramitado mientras que se presta ese servicio sin cobertura contractual.

*En conclusión, a juicio de este Consejo Consultivo, procede la restitución íntegra en los términos consignados en la propuesta de resolución.”*

No obstant, com s'ha avançat, hi ha un Vot particular que considera que no procedia la restitució íntegra atès que “la empresa irregularmente contratada era consciente de la improcedencia de la contratación verbal efectuada, de tal modo que cabe calificar al contractista como copartícipe de la nulidad. Distinto hubiese sido el caso si la única causa de nulidad que operase en este expedientes fuese la insuficiencia de Crédito, desconocida por el contractista. Pero tratándose de una contratación verbal, con ausencia absoluta de procedimiento, sólo la actitud connivente por parte



de la empresa puede explicar que llegara a materializarse. Y siendo así, no cabe excepcionar en este caso la doctrina del Consejo sobre la detracción del beneficio industrial”.

Pel que fa a la Comissió Jurídica Assessora de la Comunitat de Madrid, en el seu dictamen de 92/2018, de 22 de febrer segueix el criteri de l'òrgan consultiu andalús al que cita expressament, sobre els efectes de la declaració de nul·litat del contracte:

*“Asimismo convenimos con la propuesta de resolución en el sentido de que, **atendidas las circunstancias del caso y en especial el conocimiento que había de tener la empresa contratista sobre la ilegalidad de la contratación, el abono del precio de dichos suministros se haga con exclusión del beneficio industrial,** postura que ha sido adoptada también por el Consejo Consultivo de Andalucía en los dictámenes que citan los informes jurídicos obrantes en el procedimiento, y que asumimos en nuestro Dictamen 513/17, de 14 de diciembre”.*

Aquest mateix criteri és assumit pel Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia (seu a Málaga) a la seva sentència núm. 3512/2003 de 28 noviembre (RJCA 2004\319), on es transcriu el dictamen del Consell Consultiu d'Andalusia, que informava en contra del reconeixement del benefici industrial, declarant que **únicament s'ha de tenir en consideració el valor dels serveis prestats “mas no el beneficio industrial, pues éste sería una consecuencia de los contratos, y al ser nullos, la obligación de devolver no nace del contrato,** sino de lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento General de Contratación, que determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación; valor que podría concretarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 del Reglamento General de Contratación”.

No obstant, a la seva sentència de 9 de maig de 2008 (recurs núm. 1661/2003) el mateix Tribunal i seu va declarar que:





*“el abono del beneficio industrial, aún en supuestos como el presente, en que la restitución se produce a consecuencia de la declaración de nulidad de los actos en virtud de los que se ejecutaron las obras correspondientes, debe ser objeto de pago por parte de las administraciones; así, es doctrina jurisprudencial reiterada la relativa a que iría en contra del principio de la buena fe contractual, del enriquecimiento injusto, de la equidad, y seguridad jurídica la no satisfacción por la Administración del importe económico de las obras o servicios que los particulares le realicen o presten con fundamento o amparo exclusivo en el carácter eminentemente formal de la contratación administrativa. Con relación a una posible modificación de los proyectos originales de obra, si bien es cierto que debe ajustarse al procedimiento establecido e los artículos 48 y 50 de la Ley de Contratos del Estado, 150 de su Reglamento y 53 y 54 del reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, también lo es que defectos procedimentales, y en virtud de los principios expuestos, no pueden constituir obstáculo para el abono del importe de las obras realizadas, siempre que estas fueran ordenadas o contratadas por persona que tuviera apariencia de efectiva potestad, **máxime teniendo en cuenta que los defectos de forma contractuales no son imputables al contratista** y por todo ello, sin perjuicio de la responsabilidades a que hubiera lugar (STS 28-5-96).*

**No aparecen en los autos datos que permitan afirmar que existe mala fe en las empresas demandantes.** En efecto, es un hecho notorio que la Administración, por razones de urgencia explicables muchas veces, dispone la ejecución de obras prescindiendo, en un primer momento, de ciertos requisitos formales o incluso de la contratación escrita conforme a la legislación. Sin embargo, la obra es recibida por la Administración que interviene en su ejecución dirigiéndola a veces, o pacíficamente, permitiendo su realización. (...)





*(...) debe estimarse la pretensión porque de otra forma no se produciría la reparación necesaria ya que la Administración se encontraría con una obra que le ha costado sensiblemente menos que su valor de mercado, y el que la ejecuta se ve perjudicado porque habría trabajado a cambio sólo del importe de los materiales empleados y de los sueldos pagados (...)” (sentencias de esta Sala de fechas 4 de julio de 2003, 7 de octubre de 2002, y de 30 de marzo de 2001, 17 de enero de 2006 o de 22 de abril de 2008, entre otras).”*

I en la seva sentència de 18 de juliol de 2017 (recurs núm. 78/2013), el mateix Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia (en aquest cas en la seu de Granada), després de concloure que havia estat la pròpia Administració demandada, en la resolució impugnada, la que havia reconegut expressament el benefici industrial, com a part del preu del contracte, afegeix que:

*“No es posible oponer a lo expuesto anteriormente el hecho de que el contrato fue declarado nulo, y que, por tanto, la cantidad reconocida no trae causa del abono del precio del contrato sino de una indemnización, que se estaría amparando un provecho de la Administración por causas sólo imputables a la misma. En efecto, se declaró la nulidad del contrato como consecuencia de la falta de dotación presupuestaria, circunstancia cuyo conocimiento o aquiescencia por parte de la reclamante no se ha acreditado, ni es posible su inferencia a la vista de los elementos probatorios unidos a los autos. Como ha indicado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones -por todas, STS Sala 3ª de 20 junio de 2017 - « aceptar esa validez a todo trance sería tanto como quebrantar el principio jurídico general conforme al cual nadie puede beneficiarse de sus propias torpezas, condensado en el aforismo latino *allegans turpitudinem propriam non auditur*, pues la Administración se vería beneficiada en sus intereses como organización». **En consecuencia, este tribunal entiende que la falta de diligencia de la Administración no puede deparar***



**un perjuicio para el administrado, y, por tanto, resulta más conforme al principio general señalado entender que el concepto económico reconocido debe calificarse como el precio del contrato y no como una indemnización”.**

En contra del reconeixement del dret al benefici industrial en supòsits de nul·litat de ple dret del contracte trobem una sentència el Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó, de 15 d'abril de 2013 (recurs núm. 796/2011). Com es pot apreciar, la sentència no raona la seva decisió més enllà dels efectes “ex tunc”, però és interessant perquè en contra d'altres decisions probablement majoritàries arriba a l'anterior conclusió malgrat que el vici de nul·litat només es atribuïble a l'Administració:

*“Con arreglo a las premisas fijadas, se ha de considerar que la nulidad del acuerdo es primordialmente atribuible al órgano administrativo que acordó el acuerdo no ajustado a Derecho que, como toda Administración pública, ha de preservar que su actuación sea conforme con el ordenamiento jurídico, por lo que deberá ello conllevar que se deba indemnizar a la contratista apelante por todas los desembolsos y prestaciones que se han efectuado a consecuencia de la adjudicación contractual realizada.*

(...)

*Otros apartados como el beneficio industrial por las prestaciones existentes en la vida del contrato tampoco pueden ser acogidos, pues una vez que se declara la nulidad del contrato, con efectos "ex tunc", desde tal momento no ha existido prestación contractual alguna, sin que por, otro lado, se haya acreditado en período probatorio que hayan existido otras prestaciones contractuales que fueran susceptibles de compensación por el Ayuntamiento de Zamora”.*



Per la seva banda, també és interessant la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 19 de gener de 2010 (recurs núm. 862/2005) atès l'anàlisi que realitza de la participació del contractista en l'actuació il·lícita de l'Administració.

El cas era el d'unes empreses que reclamaven a la Conselleria de Salut i Consum del Govern Balear el pagament d'unes factures, amb els corresponents interessos, per la realització d'unes campanyes publicitàries. Aquestes prestacions es va fer en virtut de diferents contractes menors que l'Administració reconeix (tant els contractes com la seva execució), però afegeix que, sense negar la culpa de la Conselleria, les empreses no van actuar d'acord amb el principi de bona fe, sinó que es van aprofitar d'una actuació administrativa no ajustada a la normativa de contractació, per *"con pleno conocimiento de ello"* crear una aparença de contractació que els permetès obviar el principis de concurrència i publicitat i ser de facto els adjudicataris directes (mitjançant els esmentats contractes menors) d'unes prestacions que havien d'haver sortit a concurs. I que per tant, no es poden beneficiar de la il·legal actuació.

Doncs bé, més enllà que el que es discuteix són honoraris professionals (les factures relatives al costos havien estat pagades per l'Administració) i de les valoracions que el TSJ realitza sobre l'actuació de l'Administració que el porta a concloure que no hi havia contracte, el que interessa destacar és el raonament de la sentència per desestimar les pretensions de les empreses recurrents. Així, després de reconèixer que aquestes pretensions de cobrament també s'havien d'analitzar sota la perspectiva de l'enriquiment injust (*"pues al ser pacífico entre las partes que los trabajos efectivamente se hicieron, resulta que una de las partes ha realizado una prestación en favor de la otra, ... debe examinarse si esa prestación debe ser remunerada para no perjudicar económicamente a quien a hecho esa prestación en favor de la otra"*) afegeix el següent:



*“Pero se exige algo más con el fin de que esas situaciones no sean un remedio fácil de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa: el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa, **ni revelen una voluntad maliciosa del mismo**, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que te incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.*

*Pues bien, en el supuesto de autos y concordando la postura de la defensa de la administración se vislumbran elementos suficientes para inferir un concierto de voluntades maliciosa en la que las hoy recurrentes tuvieron una clara y directa actuación que trasciende el deber de colaboración con la Administración, **todo ello con el fin de soslayar y obviar los procedimientos de igualdad y libre concurrencia que rigen en materia de contratación.** Por ello la distinción hecha por Conselleria demandada en cuanto a atender las facturas que han supuesto para las recurrentes los gastos soportados por ellas para hacer frente a esas campañas, que además han sido del gusto de la administración, de las facturas que constituyen el pago de los honorarios derivados de esas campañas publicitarias, que son las que en autos se reclaman, debe compartirse plenamente, puesto que ello obedece al principio alterum non ladere.*

*En efecto, la Conselleria demandada es responsable de los gastos generados a las actoras por esas campañas, pues debió impedir que aquellas tuvieran lugar ante la manifiesta ausencia de soporte presupuestario y ausencia de cumplimiento de la normativa de contratación que ampara estos trabajos, de forma que la omisión de esa diligencia la coloca en una situación de culpa in vigilando y ha de responder del perjuicio que ello causó a las actoras y a terceros.*



*Pero la cuestión cambia cuando se trata de los honorarios profesionales de las recurrentes por la realización de esas campañas publicitarias, porque **en ellas se aprecia una voluntad maliciosa y una consciente y deliberada actuación para eludir los principios de libre competencia y sortear los mecanismos de contratación administrativos exigibles. En ese caso, quien se aventura a una actuación de ese tipo trasciende los mecanismos que rigen la contratación asume un claro riesgo, y queda exenta de la protección de la teoría del enriquecimiento sin causa, de forma que no puede exigir a la Conselleria, el pago de sus honorarios ya que no puede resultar beneficiada por un comportamiento claramente malicioso** (Subratllat i negreta nostres).”*

Així doncs, en els supòsits en el que s’ha privat al contractista del seu benefici, és, generalment, perquè s’han produït vicis flagrants de nul·litat de ple dret en l’adjudicació que impedeixen que jugui el principi de confiança legítima, atès que es considera que, o havia participat de l’actuació administrativa il·legal, o que, en tot cas, un contractista mínimament diligent no podia desconèixer la il·legalitat de l’adjudicació.

En el supòsit que ens ocupa, a banda de que les sentències del TSJCAT no declaren la nul·litat de ple dret de l’Acord impugnat -primera dificultat-, tant l’afirmació de la sentència sobre els dubtes que presentava el cas per justificar que no s’imposin les costes segons el criteri legal del venciment, així com l’existència del vot particular, suposen una dificultat afegida alhora d’acreditar l’actitud conscient i deliberada d’SGAB per a eludir els principis de la contractació pública. Malgrat que també hi ha elements que permeten sostenir la tesi contrària com, sense anar més lluny, la prèvia sentència d’un Jutjat de Barcelona que –si bé com a obiter dicta- havia declarat que la SGAB no tenia títol habilitant per la prestació del servei ni a l’AMB ni a Barcelona, i les diferents al·legacions en aquest mateix sentit formulades en el tràmit



d'informació pública previ a l'adopció dels acords anul·lats. Tot això sense perjudici que els termes en els que es pronunciï el Tribunal Suprem al resoldre els recursos de cassació interposats per AB-SGAB poden ser decisius i en tot cas aportar elements de judici importants a tenir en consideració, per resoldre la qüestió plantejada.

*b) Eventuals drets indemnitzatoris dels danys soferts*

L'article 35 del TRLCSP, després d'advertir que el contracte entrarà en fase de liquidació, afegeix que la part que resulti culpable haurà d'indemnitzar a la contraria dels danys i perjudicis soferts:

*“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. **La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.**”*

No s'han de confondre aquests danys, que són els perjudicis econòmics derivats de l'anul·lació del contracte, amb l'import que correspongui a la SGAB per a compensar la impossibilitat jurídica de la devolució dels béns afectes al servei i que hagués pogut aportar (apartat anterior). Com es veurà immediatament, la possibilitat que aquests danys derivats de l'anul·lació existeixin és limitada.

Segons la frase final de l'article 35.1, la indemnització requereix que concorrin dos requisits: **a) que s'hagin produït danys i perjudicis; i b) que hi hagi una part culpable.**



La doctrina, entre d'altres Baca Oneto<sup>24</sup>, considera en general que, no sempre que es produeixi la nul·litat d'un contracte una de les parts contractants ha de ser culpable i, per tant, indemnitzar. És evident que sí ambdues parts van actuar de bona fe, no serà possible que una part exigeixi a l'altra el rescabament dels danys soferts.

D'altra banda, Martínez López-Muñiz<sup>25</sup>, sobre els efectes indemnitzatoris davant l'adjudicatari i citant a Huergo Lora, considera que el requisit de culpabilitat s'ha d'entendre como una exigència d'**imputabilitat a l'Administració del fet danyós**, de manera que l'anul·lació del contracte només generaria l'obligació d'indemnitzar al contractista quan el dany fos imprevisible per ell, com exigència del principi de confiança legítima.

Seguint les consideracions de Huergo Lora, i amb relació al dany, estima que la indemnització s'hauria de limitar a l'interès negatiu, compensant a l'adjudicatari per les despeses que li generi la conclusió del contracte, i **no l'interès positiu, que comportaria col·locar al contractista en la mateixa situació que si el contracte fos vàlid i es donés compliment. Això, en el nostre cas, és absolutament clar: si es confirmen les sentències que anul·len el contracte així com la seva ratio decidendi (la SGAB, no tenia dret d'exclusiva; era un concessionari de fet i per tant precari) resulta evident que no se l'ha de indemnitzar perquè l'anul·lació del contracte li hagi impedit obtenir el benefici empresarial que s'hauria derivat de la completa execució del mateix.**

Per la seva banda, la jurisprudència confirma que l'anul·lació del contracte no pressuposa un dret a la indemnització o dit en altres termes, la responsabilitat indemnitzatòria no és automàtica, tal i com s'exposa tot seguit.

<sup>24</sup> *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tomo II. La Gestión del Contrato, Comares, , 2003, pág. 1081.

<sup>25</sup> *La invalidez de los contratos públicos*, Aranzadi, págs. 371 i següents.



Particular interès té la sentència de 8 d'abril de 2014 de l'Audiència Nacional (recurs núm. 393/2012) en relació amb un contracte de subministrament, que posa de manifest que han d'aplicar-se els requisits generals de la responsabilitat patrimonial de l'Administració i en particular la regla segons la qual l'anul·lació d'actes administratius no genera drets indemnitzatoris perquè en aquests casos no hi ha un dany antijurídic o que el particular no tingui el deure jurídic de suportar:

*“En consecuencia, cuando, como ocurre en el presente caso, los daños y perjuicios reclamados son consecuencia de la nulidad de un contrato celebrado entre la Administración y el perjudicado, su resarcimiento habrá de tener lugar en el marco jurídico previsto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y con arreglo a las normas que al efecto se establezcan, previa declaración de la nulidad de dicho contrato (...)*

Conviene precisar que **la nulidad del contrato significa una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos, y al estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno, lo que se traduce en la inexistencia de las obligaciones contractuales propias de la modalidad contractual de que se trate**, mientras que la resolución del contrato supone el ejercicio de una potestad o prerrogativa que el Legislador otorga a la Administración para dejar sin efecto unas obligaciones perfectamente vàlidas.

*En efecto, dispone el artículo 65.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable a los hechos que nos ocupan, pues el suministro de material y equipos a la Administración tuvo lugar en septiembre de 2007 -ex disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público , en relación con los efectos de la nulidad de los contratos, lo siguiente: "1. La declaración de nulidad de los*





*actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido".*

*Por consiguiente, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, **la legislación de contratos prevé la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo de la declaración de nulidad de los contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio del deber, impuesto a las partes específicamente en la normativa contractual examinada, de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo (...)***

**Las normas citadas remiten, por tanto, a los preceptos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y en esta materia se debe partir de que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización (artículo 142.4 LRJAP ) y que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas ( artículo 139.2 LRJAP )".**

El Tribunal Suprem en la sentència de 23 de maig de 2012 (recurs núm. 7113/2010), sobre una concessió de servei públic de transport marítim de viatger, transcriu part de la sentència recorreguda on es determina que la indemnització en supòsits de



nul·litat del contracte no és automàtica **i exclou, pel cas de procedir la indemnització, els beneficis futurs deixats de percebre:**

*“(...) lo **relevante son los efectos, pues en el supuesto de la nulidad lo que procede es que las partes se restituyan lo que hubieran recibido o, en su defecto, su valor, así como los daños y perjuicios ocasionados por quien resulte culpable,** mientras que en el supuesto de la resolución del contrato inicialmente válido el efecto es más gravoso, pues es obligado indemnizar al contratista por los daños y perjuicios irrogados, "incluidos los **beneficios futuros** que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir" (...)*

*Como se ha avanzado, la demanda cifra el importe indemnizatorio que surge de la resolución del contrato, lo que no se puede acoger, **pues lo correcto no era resolverlo, sino anularlo de pleno derecho, lo que no impide que surja una responsabilidad indemnizatoria, aunque no de forma automática; así lo declara la constante jurisprudencia** cuando señala que la antijuricidad del daño surge cuando el administrado no tiene el deber jurídico de soportarlo, lo que, en el caso de la nulidad del acto administrativo previo, admite el matiz del "margen de tolerancia" que se da según que la nulidad del acto o disposición fuese manifiesta o simple, reputando sólo la primera como causa de imputación de responsabilidad, añadiéndose que, en otro caso, se llegaría a la conclusión inaceptable de que toda anulación judicial de un acto administrativo comportaría siempre la indemnización, lo cual supondría tanto como sentar un principio que, excediendo de los límites propios del sistema legal de la responsabilidad patrimonial administrativa, haría normalmente imposible el normal ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico concede a la administración (así, las SsTS de 07.06.84 (RJ 1984, 3449), 02.06.86 (RJ 1986, 4484), 20.02.89 (RJ 1989,*



1278), 18.03.91 (RJ 1991, 2243), 01.02.99 (RJ 1999, 1506), 11.03.99, 24.05.99 (RJ 1999, 4023) o 12.07.01 (RJ 2001, 6692)).”

En la Sentència del Tribunal Suprem de 22 de maig de 2001 [RJ 2001\4860], en relació amb la declaració de nul·litat d'un contracte de subministrament, tampoc s'indemnitza pel lucre cessant i al mateix temps es compensa la indemnització:

*“ (...) se razona que hay que descartar el lucro cesante reclamado sobre la base de no haberse podido utilizar las vallas publicitarias en el tiempo de duración del contrato; y que, al ser similares las cuantías que para el valor de las vallas dieron el Consejo Superior de Deportes y el perito judicial, es de apreciar que son «equitativas» las cantidades recíprocamente debidas por las partes, y esto hace que deba admitirse su compensación.”*

En relació amb el cas que en ocupa, resulta especialment rellevant la sentència del Tribunal Suprem d'11 de gener de 2013 (recurs núm. 5082/2010) que analitza els **efectes econòmics que es deriven de la declaració de nul·litat d'un contracte de gestió de servei públic** d'exploració d'una estació depuradora d'aigües residuals, que tenia una durada prevista de 15 anys però va transcórrer gairebé un any des de la seva adjudicació fins la declaració de nul·litat, i al que li resultava d'aplicació el TRLCAP.

Com la sentència d'abril de 2014 de l'Audiència Nacional ja citada, el Tribunal Suprem considera que l'art. 65 TRLCAP (avui art. 35 TRLCSP) i l'article 102.4 de la LRJPAC (avui art. 106.4 LPACAP), sobre la revisió de disposicions i actes nuls, remetent als preceptes de la responsabilitat patrimonial però no pressuposen un dret a la indemnització i, el dany al·legat haurà de ser efectiu, avaluable econòmicament i individualitzat:

*“Las normas citadas remiten a los preceptos sobre **responsabilidad patrimonial de la Administración Pública** y en esta materia se debe partir*



***de que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización (artículo 142.4º LRJAP) y que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2º LRJAP).”***

Al mateix temps, distingint els efectes entre la resolució i la nul·litat del contracte, determina que en el segon cas no procedeix indemnitzar pel lucre cessant:

*“(...) el efecto del incumplimiento de una obligación y el efecto de la nulidad de un contrato, del que, en su caso, pudiera nacer una obligación, no son equiparables. De lo contrario, se llegaría a la situación paradójica de que desde el punto de vista de las obligaciones nacidas del contrato la anulación de éste y su validez generarían iguales efectos, **pues si la anulación del contrato y en consecuencia la de las obligaciones derivadas del mismo, produce en cuanto a estos el efecto de establecer como indemnización por su incumplimiento el deber de abono del lucro cesante que se hubiese obtenido del cumplimiento de la obligación, a la postre la parte perjudicada por la anulación del contrato percibiría de la contraria el mismo beneficio que si el contrato hubiese sido válido;** y ello sin la carga sinalagmática que representa para ella el cumplimiento de las prestaciones del contrato. Sin negar que el artículo 65 cuestionado determine el deber legal de indemnizar, no solo daños, sino también perjuicios, lo que no cabe es que, para la identificación de éstos, con todo el problematismo que ello pueda acarrear, dichos perjuicios puedan establecerse acudiendo al régimen legal de algo diferente a la nulidad de la obligación, como es su incumplimiento (...)*



*En el presente caso la Sala de instancia parte del planteamiento acertado de que en los supuestos de anulación del contrato no es procedente el abono del lucro cesante, en una irreprochable interpretación del artículo 65.1º de la TRLCAP, y como consecuencia de esa interpretación no entra a valorar el informe pericial que cuantifica el lucro cesante.”*

Tot i no admetre el lucre cessant quantificat per l'actora en 2.257.856,58 euros, el Tribunal Suprem confirma la sentència d'instància que havia estimat la indemnització en 224.467,38 euros:

*“(...) los 144.467,38 euros por la demora en la entrega de la estación depuradora, los 80.000,00 euros por los daños y perjuicios estimados, y la cifra indeterminada por los otros eventuales daños o perjuicios que la empresa contratista acreditara, prueba que no ha ofrecido, de modo que el importe indemnizatorio alcanzará la suma de 224.467,38 euros, importe que debe ser actualizado a fin de conseguir que la reparación sea integral y le deje indemne a la perjudicada (STS de 24.01.97 , 27.03.98 , 08.10.98 , 04.02.99 , 05.02.00 , 27.10.01 o 28.09.04 ), lo que supone que se actualice desde la fecha en que se calculó (14.02.06), con el interés legal del dinero hasta su completo pago»”*

La sentència té un vot particular que, considerant que dins del concepte “perjudicis” s’ha d’incloure el benefici industrial i que el contracte havia estat declarat nul per culpa imputable exclusivament a l’Administració, entén que s’hauria d’haver reconegut a la recurrent el benefici industrial reclamat.

En atenció a tot l'exposat, es pot concloure amb caràcter general que la indemnització per la declaració de nul·litat d'un contracte públic no opera de forma automàtica, doncs caldrà determinar en primer terme si existeix un culpable en els termes que preveu la LPACAP i la LRJSP i acreditar-se la concurrència del



pressupòsits que exigeixen. Això s'haurà de fer preferentment en el mateix procediment de liquidació del conveni.

Aquests requisits són bàsicament l'existència d'un dany efectiu i avaluable econòmicament, que es derivi de l'anul·lació del conveni. En tot cas, la determinació de l'import a indemnitzar dependrà de cada cas concret, tenint en compte que segons la jurisprudència majoritària analitzada no s'indemnitza pel lucre cessant.

*c) L'anul·lació del contracte, en principi, no produeix danys i perjudicis a la SGAB ni genera drets indemnitzatoris*

En el present supòsit no sembla que pugui advertir-se culpa o com a mínim de manera exclusiva de l'Administració, doncs com afirma la sentència del TSJCAT que va anul·lar els acords metropolitans, l'AMB va concertar amb la SGAB els termes dels acords i fins i tot l'opció estratègica escollida:

*“Básicamente, estos trámites procedimentales se han seguido, según consta en el expediente. En primer lugar, se alega que entre la incoación de expediente y la propuesta de aprobación inicial transcurrieron 24 horas alegando que la decisión ya estaba tomada de antemano. En relación a ello, es indudable que una iniciativa como la presente, de tanta trascendencia económica y social para el AMB, obedeciera a la selección de una opción estratégica determinada, en este caso la de gestión integrada del servicio y gestión indirecta por sociedad de economía mixta, lo que se plasmó en la Memoria y demás documentos acompañados. El problema que plantea no es tanto que se seleccionara esta opción, sino que no se manejaran otras alternativas **que no fueran la de concertar la SEM con un socio privado determinado sin publicidad, lo cual se aprecia en todas las actuaciones preparatorias.** cuestión ésta a la que ya hemos dado respuesta en los fundamentos precedentes.” (pàg. 38/48, segon paràgraf)*



De fet com diu la sentència, això s'aprecia en les actuacions preparatòries recollides a l'expedient administratiu.

Havent-hi concurrència de culpes, la jurisprudència pot minorar o moderar la quantia de la responsabilitat, encara que es tracta d'una qüestió molt casuística. En el nostre supòsit, pel ja exposat, és molt clar que el lucre cessant s'ha de descartar. I si l'SGAB podés demostrar que l'anul·lació dels acords metropolitans li ha produït un dany efectiu i avaluable econòmicament, el dret a la indemnització del mateix exigiria que no existís culpa per part de l'esmentada mercantil.

En aquest sentit, el dictamen del Consell d'Estat 1422/2011, de 22 de setembre de 2011, en relació amb la indemnització reclamada pel contractista arrel de la declaració de nul·litat de ple dret de l'acte d'adjudicació de tres contractes municipals diu el següent:

*“Efectivamente no existe obstáculo para fijar en este expediente la indemnización que pudiera corresponder al contratista, que debería asumir la Administración a título de responsabilidad contractual. Pero lo cierto es que **el contratista no ha acreditado suficientemente los daños que dice sufridos. ... Entiende, por tanto, el Consejo de Estado que en este momento no es posible un pronunciamiento sobre la posible responsabilidad de la Administración. Será preciso que se tramite un expediente en que se aporten pruebas de los eventuales daños y perjuicios causados a la empresa adjudicataria, y en el que se valore la buena o mala fe de los contrantes.”***



### **III.5.- Efectes sobre la societat mixta**

#### **III.5.1.- Nul·litat vs. dissolució d'AB-SEM**

És evident que la fermesa de la sentència del TSJCAT, núm. 126/2016, de 9 de març ha d'afectar, com venim dient, al funcionament ordinari d'AB-SEM.

Acabem de veure com, de conformitat amb allò que preveu l'article 35.1 del TRLCSP, la declaració de nul·litat de l'adjudicació d'un contracte, quan sigui ferma, implica la del mateix contracte que entrarà en fase de liquidació, havent de restituir-se les parts recíprocament les coses rebudes en virtut del contracte o, si això no fos possible, el seu valor. En aquestes darreres paraules ressonen les de l'article 1303 del Codi civil, perfectament ajustades als contractes sinal·lagmàtics.

Tenint en compte aquestes normes seria fàcil, des d'una perspectiva estrictament formal, al·legar que la fermesa de l'anul·lació dels acords adoptats pel Plenari del Consell Metropolità de l'AMB de 6 de novembre de 2012 i 21 de maig de 2013, els quals, en síntesi, com estem veient, estableixen el servei del cycle integral de l'aigua i determinaven el mode de gestió indirecta mitjançant la creació d'aquesta societat d'economia mixta, triant com a soci privat a SGAB, implica la nul·litat del contracte de societat establert i la seva ulterior liquidació.

Això, materialment també pot acabar essent així, però el contracte de societat celebrat, com tots els contractes d'aquesta mena, ha donat lloc a allò que metafòricament anomenem una persona jurídica, la qual s'ha constituït per assolir un fi que els socis han hagut de promoure en comú, efectuant les aportacions corresponents, que actua en el tràfic i ha entrat en relacions amb tercers, per la qual cosa la conseqüència de la nul·litat dels actes administratius originaris no es pot propagar tan immediatament sobre el subjecte jurídic constituït com sembla deduir-se de la literalitat de l'article 35.1 del TRLCSP.





En qualsevol cas ha de resultar clar que la fermesa de la nul·litat dels acords adoptats pel Plenari del Consell Metropolità de l'AMB esmentats aboca a la liquidació d'AB-SEM. Ara bé tenint en compte la singularitat al·ludida del supòsit, des de la perspectiva societària convé esbrinar si aquesta liquidació ha de derivar-se de la nul·litat de la societat o es tracta de la materialització d'una causa de dissolució de la mateixa.

A continuació veurem que aquí no estem davant d'un supòsit de nul·litat de la societat AB-SEM, sinó d'una causa de dissolució, a la vista de la qual, una vegada constatada, verificarem si la liquidació necessària pot ser estalviada remonent la causa existent i procedint a una reconfiguració de la base subjectiva d'aquesta societat, en qualsevol sentit: eliminant l'existència de qualsevol soci privat o incorporant socis de bell nou, de conformitat a una licitació jurídicament impecable.

### **III.5.2.- Sobre la nul·litat d'AB-SEM. Necessitat de declaració judicial expressa**

La sentència del TSJCAT, núm. 126/2016 de 9 de març en la part dispositiva, com ja hem vist, diu literalment:

*“FALLO: Estimar el recurso interpuesto (...) contra el Acuerdo adoptado el 6 de noviembre de 2012 por el Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, arriba expresado, y contra el Acuerdo del día 21 de mayo de 2013 adoptado por el citado Consell, que se anulan”.*

També hem vist més amunt quins són els acords anul·lats. Interessa ara tornar a recordar que entre aquests acords hi ha el relatiu a l'aprovació definitiva de “l'establiment i prestació del servei del cicle integral de l'aigua”; servei que integra 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 també inclou el servei de la regeneració d'aigües residuals per a altres usos.



I també hi figura com acord anul·lat, l'acord d'aprovació definitiva de *“l'establiment del sistema de gestió del servei públic del cycle integral de l'aigua mitjançant societat amb capital social mixt, sota la modalitat de conveni amb societat existent”*.

I finalment, hi figura l'acord d'aprovació definitiva dels *“estatuts de la nova societat de capital mixt i el conveni de l'art. 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”*.

L'anul·lació dels tres acords que acabem d'al·ludir afecta òbviament a la societat AB-SEM, la qual, com bé sabem, fou constituïda mitjançant escriptura pública atorgada el 30 de juliol de 2013 i adequadament inscrita en el Registre Mercantil de Barcelona. No obstant la part dispositiva d'aquesta sentència de cap manera declara expressament la nul·litat d'aquesta societat, la qual cosa, com veurem, és determinant d'aquesta circumstància.

En efecte, de conformitat amb l'art. 56 de la LSC, la nul·litat d'una societat *“inscrita”* –el qualificatiu és essencial-, com és el cas d'AB-SEM, requereix (i) la concurrència d'una de les causes que aquest article indica i (ii) d'una sentència que la declari (art. 57 de la LSC).

Cal recordar que les causes de nul·litat són estrictes i circumscrites, responent a una opció de política jurídica europea (expressada ja en la Primera Directiva de Societats del 9 de març de 1968) de garantir al màxim la seguretat jurídica dels subjectes que estan actuant en el tràfic mercantil i dels qui amb ells contracten, reblada, a més, pel fet que la nul·litat hagi de ser declarada per una resolució judicial.

Doncs bé, és evident que la sentència del TSJCAT, núm. 126/2016 de 9 de març no ha declarat la nul·litat d'AB-SEM: només cal llegir la part dispositiva per verificar-ho. A més cal recordar que aquesta sentència tampoc podia fer-ho en la mesura que sobre aquesta matèria només són competents els Jutjats mercantils segons l'art. 86



ter. 2.a) de la Llei Orgànica del Poder Judicial, essent recurribles les resolucions d'aquests davant de la secció especialitzada de l'Audiència Provincial corresponent (art. 82.2.2º de la mateixa LOPJ).

No obstant, la pregunta pertinent és: per bé que la sentència que ens ocupa no ha declarat la nul·litat d'AB-SEM, pot donar empara a l'exercici d'una acció (civil) declarativa de la nul·litat d'aquesta societat, la qual cosa conduiria, si es produís aquesta declaració, a la liquidació d'AB-SEM de conformitat amb allò previst per la dissolució de les societats, com així ho disposa l'art. 57 de la LSC? Vegem-ne la dificultat d'una resposta afirmativa a aquesta pregunta.

L'art. 56.1 de la LSC disposa que només es pot exercir l'acció de nul·litat d'una societat inscrita (és a dir, d'una societat que gaudeixi de la publicitat constitutiva en el tràfic com a societat d'un tipus específic), quan es produeix alguna de les causes que enuncia aquest article de la manera següent:

- a) *Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.*
- b) *Por la incapacidad de todos los socios fundadores.*
- c) *Por no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.*
- d) *Por no expresarse en los estatutos la denominación de la sociedad.*
- e) *Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público.*
- f) *Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social.*
- g) *Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, en las sociedades de responsabilidad limitada; y por no haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley, en las sociedades anónimas.*

I afegeix l'article esmentat a l'apartat 2, per a confirmar el caràcter circumscrit d'aquests supòsits:



**“2. Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco declararse su anulación.”**

A la vista d'aquesta llista tancada de causes considerem que és difícil sostenir una acció de nul·litat de la societat AB-SEM a l'empara de la sentència del TSJCAT núm. 126/2016, de 9 de març.

Per arribar a aquesta conclusió no cal afegir res al propi enunciat de les causes senyalades amb les lletres b), c), d), e), f) i g) doncs amb la simple lectura d'aquestes resulta clar que aquesta sentència no permet deduir l'existència de cap d'elles.

Altra cosa és considerar si la sentència al·ludida determina l'existència o no de la causa senyalada amb la lletra a): és a dir que en el acte constitutiu d'AB-SEM no hi va concórrer la *“voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal”*.

En aquest cas la nul·litat d'AB-SEM hauria de ser la conseqüència de l'anul·lació per la sentència del TSJCAT núm. 126/2016, de 9 de març de tots els acords que habilitaven a l'AMB per expressar la voluntat constitutiva d'aquella societat, ja que entre d'altres extrems, els acords del Plenari del Consell Metropolità anul·lats havien aprovat el mode de gestió del servei establert mitjançant una societat amb capital social mixt, i els requisits i condicions per a constituir-la, la qual cosa fou la que permeté que l'AMB concorregués a l'atorgament de l'escriptura pública constitutiva on hi va figurar, entre d'altres mencions, la voluntat de tots els fundadors de constituir-la amb l'elecció del tipus social de societat anònima (article 22.1.b de la LSC); escriptura que fou inscrita en el Registre Mercantil perquè la societat adquirís la personalitat jurídica corresponent al tipus elegit amb els seus estatuts.



La consideració seriosa d'aquesta causa de nul·litat podria resultar gràficament més convincent si es té en compte que entre els acords del Consell Metropolità de l'AMB de 21 de maig de 2013 també anul·lats per la sentència hi figurava expressament el següent:

*FACULTAR el Vicepresident executiu i el **gerent** de l'Àrea Metropolitana de Barcelona perquè qualsevol d'ells, indistintament, o sigui, sense la necessària concurrència de cap altre, en representació de l'Àrea Metropolitana de Barcelona i en relació amb l' acord precedent i amb els acords del Consell Metropolità de 6 de novembre de 2012, pugui: 1) publicar els acords precedents segons disposa la normativa vigent; **2) comparèixer davant notari amb l'objecte d'elevant-los a públic, com també atorgar la corresponent escriptura pública, amb els pactes i declaracions que siguin convenients i es derivin, directament o indirectament, dels esmentats acords, inclús per a la determinació de la data precisa d'inici d'operacions de la societat d'economia mixta;** 3) efectuar tots els aclariments o esmenes que siguin necessàries o convenients i, en general, atorgar aquells documents privats i/o públics necessaris per a l'execució dels acords precedents, com també els actes necessaris per a la inscripció en els registres públics corresponents dels esmentats acords; i, en general, 4) aclarir, precisar i completar el que sigui necessari o convenient, fins i tot atorgar escriptures aclaridores o que esmenin tots els defectes i omissions que impedeixin o obstaculitzin l'efectivitat dels acords precedents o la seva inscripció en qualssevol registres públics.*

A l'acte d'atorgament de l'escriptura pública de constitució d'AB-SEM, celebrat el 30 de juliol de 2013 hi comparegué el seu gerent, en nom i representació de l'AMB, tal com resultava facultat per aquest acord, i en representació de l'altre soci fundador de la societat, un apoderat anomenat adequadament.

Doncs bé, vist que aquest acord del Consell Metropolità de l'AMB també ha estat anul·lat per la sentència citada, qui hi concorregué ha resultat que no estava facultat, la qual cosa implicaria que a banda de no estar habilitat un dels dos socis fundadors,



l'AMB, al manifestar la voluntat constitutiva de la societat amb eficàcia, qui procedí a expressar-la formalment tampoc estava facultat per fer-ho. En definitiva: sembla que en la constitució d'AB-SEM només es recollí la “voluntat efectiva” d'un soci i no dels dos necessaris.

Si tot aquest raonament fos acceptable, aleshores caldria deduir la corresponent acció declarativa de la nul·litat de la societat inscrita, i cas d'obtenir una sentència favorable, s'obriria la liquidació, tot seguint el procediment previst per a la dissolució de les societats de capital (art. 57.1 de la LSC), com ja hem advertit abans.

Ara bé, considerem que això no és possible, doncs més enllà de la literalitat, la causa de nul·litat recollida a la lletra a) de l'art. 56.1 de la LSC, sembla, pels seus antecedents, redacció i interpretació jurisprudencial i doctrinal més habitual, que està referida als casos de simulació, on els fundadors d'una societat manifesten una voluntat distinta de la requerida pel negoci jurídic que realment pretenen, essent la raó de preveure aquesta causa poder expurgar el mercat de societat fictícies<sup>26</sup>.

En canvi, hi ha raons que ens semblen inequívokes per a demostrar la necessitat de procedir a la liquidació d'AB-SEM si ens desplaçem envers a l'àmbit de la dissolució. I és que l'anul·lació declarada dels acords del Consell Metropolità de l'AMB com ara veurem provoca la materialització d'una causa de dissolució d'aquesta societat.

---

<sup>26</sup> Vegeu, per tots, inicialment, Guillermo Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno, *Comentario al Régimen Legal de las sociedades mercantiles*, Tom III, Vol. 2º (Dir. per URIA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA), Ed. Civitats, Madrid, 1995, pp. 99 i ss. i ara Ana Maria Gallego Sánchez en *Tratado de sociedades de Capital*, Tomo I (Dir. per Pedro Prendes Carril *et altri*), Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 373 i ss.



### **III.5.3.- Sobre la liquidació d'AB-SEM, com a conseqüència de la dissolució per conclusió de l'empresa o per la impossibilitat manifesta d'aconseguir el fi social (Arts. 363 i ss. de la LSC)**

Ja hem dit que la declaració de nul·litat de l'adjudicació d'un contracte, quan sigui ferma, implica la del mateix contracte que entrarà en fase de liquidació, havent de restituir-se les parts recíprocament les coses rebudes en virtut del contracte o, si això no fos possible, el seu valor. Aquesta és la previsió de l'article 35.1 del TRLCSP, i en el nostre cas, ara intentarem mostrar com, en relació a la societat constituïda aquesta previsió s'ha de vehicular com a causa de dissolució de la mateixa. Vegem-ho.

#### *a) Delimitació de la causa de dissolució.*

El 21 de maig de 2013 el Plenari del Consell Metropolità de l'AMB aprovà *“les precisions interpretatives no substancials [...], amb relació a l'acord del Consell Metropolità de 6 de novembre de 2012, referent a l'establiment del servei metropolità del cicle integral de l'aigua, a l'aprovació del corresponent reglament, a l'aprovació de la seva gestió mitjançant societat d'economia mixta i a l'aprovació dels seus estatuts, així com del conveni amb SGAB als efectes de l'article 283,2,b) del Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, aprovat per Decret 179/1995, de 13 de juny”*.

Sobre l'objecte social que figurava en els estatuts de la societat d'economia mixta que havia de ser constituïda per a la prestació del servei metropolità del cicle integral de l'aigua, aquestes *“precisions interpretatives no substancials”* consistien, entre d'altres coses<sup>27</sup>, en depurar la delimitació d'aquest objecte social, efectuada per acord del Consell Metropolità de 6 de novembre de 2012 que ara es modificava, de

---

<sup>27</sup> Amb això al·ludim al fet d'haver modificat també la redacció inicial de l'objecte social de la societat a constituir com a conseqüència dels termes en què s'havien de produir les aportacions no dineràries corresponents, a la vista de la resolució de l'Agència Catalana de l'Aigua de 26 de juliol de 2013.



qualsevol referència explícita o implícita a l'abastament d'aigua en alta com activitat integrant d'aquest objecte, ocupant-se doncs a emfasitzar que en el servei del cicle integral de l'aigua, l'abastament d'aigua que comprenia era només l'abastament d'aigua en baixa, amb coherència amb les competències que ostentava l'AMB, com ja hem advertit a l'inici d'aquest informe. Així la redacció resultant de l'objecte social de la societat, establerta a l'article 2 dels estatuts socials, era:

*Article 2n.- Objecte Social.*

*La Societat té per objecte la gestió dels serveis del cicle integral de l'aigua i, en particular, l'execució d'obres hidràuliques, l'explotació, el manteniment i la gestió dels serveis següents: (els "Serveis").*

- a) L'abastament d'aigua en baixa.*
- b) El sanejament en alta i la depuració d'aigües residuals urbanes, així com la seva regeneració per a d'altres usos.*
- c) El subministrament d'aigües regenerades.*
- d) La coordinació i la gestió integrada de l'evacuació de les aigües pluvials i residuals i de les xarxes de clavegueram, així com, l'assistència tècnica en funcions d'intervenció dels abocaments d'aigües residuals a sistemes de sanejament.*
- e) Qualsevol altra activitat encaminada a satisfer les necessitats d'abastament d'aigua en baixa, sanejament i depuració i, en particular, qualsevol activitat relacionada amb el control, detenció i qualitat de l'aigua depurada i de les aigües residuals, a través de tècniques d'anàlisis en laboratoris.*
- f) La realització d'estudis i projectes i execució d'obres d'infraestructura hidràulica i de qualsevol altres obres relacionades amb els serveis d'abastament en baixa, sanejament i depuració.*





Aquest és ara l'objecte social d'AB-SEM i és clar que, tal com s'estableix, la principal activitat que el forma, lògicament, és la gestió dels serveis del cicle integral de l'aigua.

Doncs bé la confirmació de la sentència del TSJCAT, núm. 126/2016, de 9 de març implica l'anul·lació dels acords d'establiment d'aquest servei i, per descomptat, en qualsevol cas la impossibilitat de que continuï essent gestionat per una societat mixta en la qual el soci privat sigui la SGAB.

Si això és així aleshores des de la fermesa de la sentència del TSJCAT, núm. 126/2016, de 9 de març resultarà manifest que AB-SEM **no pot aconseguir el seu fi social**; la qual cosa constitueix causa de dissolució d'aquesta societat tal com ho preveu l'art. 363 de la LSC.

En efecte, la circumstància que la sentència referida anul·li l'acord d'aprovació de l'establiment del servei del cicle integral de l'aigua, en la mesura que és un extrem comprès en els acords de 6 de novembre de 2012 i de 21 de maig de 2013 del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, anul·lats, i que per la mateixa raó resulti anul·lat l'acord d'aprovació de la gestió d'aquest servei per la societat d'economia mixta constituïda, afecta a la possibilitat de continuar desplegant les activitats que integren l'objecte social d'aquesta societat.

La LSC disposa que la dissolució d'una societat de capital es produeix gairebé automàticament quan es donen determinades causes objectives (quan ha transcorregut el termini de durada, quan no s'han fet els ajustos necessaris en determinats casos de reducció del capital i quan s'inicia la fase de liquidació d'una societat declarada en concurs). La dissolució en aquests casos es denomina "dissolució de ple dret" (arts. 360 y 361 de la LSC).

D'altra banda, la dissolució de la societat es produeix també quan els socis senzillament consideren oportú posar fi a la societat constituïda, sense que hi hagi necessitat de justificar-ne la causa. Aquesta dissolució es denomina "dissolució per



acord de la Junta general” el qual per adoptar-lo es requereix el compliment dels requisits establerts per la modificació estatutària (art. 368 de la LSC).

Entre aquest dos extrems la LSC estableix un conjunt de supòsits, alguns clarament patològics pel funcionament normal de la societat, que determinen la necessitat d'acordar la seva dissolució o d'afrontar la remoció dels motius que impedeixen el normal funcionament. Els termes de la LSC són comminatoris: si es dóna qualsevol de les causes enunciades, “la societat haurà de dissoldre's” (art. 363 de la LSC), i si no ho fa, la LSC estableix mecanismes per obligar-la a fer-ho llevat, com diem, que s'acordi remoure la causa de dissolució (arts. 365 a 367 de la LSC).

Les causes de dissolució, en aquest cas, són:

- a) *Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.*
- b) *Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.*
- c) *Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.*
- d) *Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.*
- e) *Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.*
- f) *Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.*
- g) *Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.*
- h) *Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.*



L'enunciat de les causes de dissolució ha experimentat un procés d'ajust conceptual per a poder discernir els diversos casos que justifiquen que la societat no hagi de subsistir en el mercat, iniciï la seva liquidació i s'extingeixi. Especial rellevància ha tingut en aquest procés el debat doctrinal sobre les distintes situacions que poden afectar a la l'assoliment del fi comú que es proposa la societat.

La Llei de Societats Anònimes derogada disposava a l'article 260 en un únic punt, atesa la suposada coincidència en la naturalesa de l'impediment funcional, que eren causes de dissolució: *“la conclusión de la Empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento”*.

Ara, com hem vist, això s'articula en tres causes distintes, reconeixent no només la singularitat de la paralització dels òrgans socials, sinó també la diferència relativa entre la conclusió de l'empresa que constitueix l'objecte de la societat i l'impossibilitat manifesta de realitzar (aconseguir, es diu ara) el fi social.

Si el fi social fos equivalent a l'objecte social, satisfer-lo plenament (concloent-lo) o no poder-lo satisfer per raons objectives, podrien constituir les dues cares de la mateixa moneda que conduiria a la dissolució.

Però, com és ben sabut, dogmàticament cal reconèixer que el “fi social” és la causa lucrativa del contracte de societat mercantil, el qual, però, es produeix duent a terme les activitats que integren l'objecte social: la societat és rendible realitzant les activitats per les quals ha estat constituïda. En altres termes, i si això és així, una cosa és concloure l'empresa que constitueix l'objecte (acabar l'obra que ha de realitzar, ...) i una altra és no poder assolir el fi lucratiu atès que no es poden dur a terme les activitats establertes en el objecte. En aquest sentit un nou fil ve a unir les dues causes de dissolució enunciades, per bé que ara ubicades en apartats distintes.



Pel reconeixement de l'existència d'aquesta causa de dissolució de les societats mercantils de capital (“la impossibilitat manifesta d'aconseguir el fi social”), la doctrina emfasitza el caràcter “manifest” d'aquesta impossibilitat.

Doncs bé, en el cas que ens ocupa, en virtut de la sentència del TSJCAT núm. 126/2016, de 9 de març, és manifest que AB-SEM no pot aconseguir la causa típica del tipus societari mercantil adoptat (la finalitat lucrativa), duent a terme les activitats previstes en el seu objecte social, ja que és clar que ha estat anul·lat l'acord que establia i li atorgava la gestió del servei públic del cycle integral de l'aigua, en tots els seus extrems.

Ara bé, si a més advertim que en les societats d'economia mixta, el fi social està també associat al fet d'haver de materialitzar l'interès públic manifest en el servei que ha de dur a terme, també haurem de convenir, per la mateixa raó (anul·lació) indicada, que *AB-SEM es troba en la causa de dissolució consistent en “la impossibilitat manifesta d'aconseguir el fi social”*.

La conseqüència d'això és la necessitat de procedir a la dissolució de la societat tal com ho disposa l'art. 363 de la LSC, la qual cosa, en principi, conduirà a la liquidació de la societat i conclourà amb la seva extinció.

*b) Arribant a la fase de liquidació per la via societària i no per la via convencional.*

D'entrada convé advertir que per a realitzar tot això no es poden seguir les regles previstes en el Conveni celebrat entre l'AMB i SGAB el 30 de juliol de 2013.

Com es recordarà, en el punt 15.1 d'aquest es disposa que “[e]n cas d'extinció anticipada del Conveni per qualsevol motiu diferent de la resolució per incompliment o rescat [...] es reintegraran les parts les aportacions que hagin efectuat a [AB-SEM] per tal que quedin en la situació jurídica de partida descrita en el punt 5.1.1 de la Memòria. L'AMB gestionarà la depuració i SGAB continuarà mitjançant la societat



constituïda com a gestor indirecte de l'abastament en baixa [...]". Doncs bé, aquest escenari futur és impossible de realitzar. La raó no només radica en que la fermesa de la sentència del TSJCAT núm. 126/2016, de 9 de març, confirmaria la nul·litat dels acords que varen aprovar en el seu dia aquest Conveni i la Memòria referida, sinó en la impossibilitat que SGAB pugui esdevenir gestor indirecte de l'abastament en baixa, en la inexistència d'EMSSA i en la conveniència del manteniment del cicle integral.

En efecte, la forma d'extingir el Conveni segons els termes que acabem de recordar implica inequívocament una mutació de la base subjectiva de la societat mixta, excloent l'AMB com a soci, a fi que aquesta societat resti en mans exclusives d'SGAB i prestant de mode indirecte el servei d'abastament d'aigua en baixa. La fórmula és assenyada, atès que tendeix a reduir notablement els costos de la reestructuració de la societat economia mixta conseqüència de l'extinció del Conveni. Ara bé, la dificultat d'aquesta fórmula radica simplement en que, tal com disposa la sentència citada, la SGAB era un simple concessionari tàcit del servei d'abastament d'aigua en baixa i com a conseqüència dels ja exposats efectes de cosa jutjada de la manca de títol habilitant, l'AMB no pot consentir que segueixi en aquesta situació. Tampoc pot fer-ho perquè implicaria tornar-li béns afectes a la prestació del servei, facilitant per tant el retorn a una situació provisoriosa anterior, que en res beneficia a l'interès públic.

La dissolució de la societat AB-SEM d'entrada ha de conformar-se, per tant, al règim establert com a règim general únic aplicable (per bé que també ho disposi l'article 20 dels Estatuts de la societat i el punt 16 del Conveni de 30 de juliol de 2013, tots ells anul·lats). Això, succintament significa que:

- a) El Consell d'administració d'AB-SEM, a la vista de la confirmació de la sentència, ha de convocar la Junta General en el termini de dos mesos, perquè aquesta acordi la dissolució per la "*impossibilitat manifesta d'aconseguir el fi social*" (art. 363. 1.c de la LSC), i designi als liquidadors (arts. 365.1 de la LSC). És clar que atès el reduït número de socis, la Junta



General es pot celebrar, sense convocatòria, com Junta Universal. No obstant convé advertir que si el Consell d'administració no convoca la Junta general o no es celebra de la forma indicada, qualsevol soci pot sol·licitar que l'òrgan d'administració la convoqui (art. 366 de la LSC).

- b) En la Junta General, tots els socis haurien de votar favorablement a la dissolució, atesa la naturalesa de la causa que l'origina i la impossibilitat objectiva que la pròpia Junta General remogui la causa que la provoca; dit en altres termes, no hauria de ser imaginable que la SGAB impedís l'adopció d'aquest acord, considerant que tot deriva de la impossible permanència d'SGAB en aquesta societat. Tanmateix, cal recordar que si la Junta general no adopta l'acord de dissolució, qualsevol interessat podrà sol·licitar la dissolució Judicial, a banda que el Consell d'administració està obligat a efectuar aquesta sol·licitud de dissolució judicial (art. 366 de la LSC).
- c) L'acord de dissolució obre el període de liquidació (art. 371.1 de la LSC). L'obertura de la liquidació comporta el cessament dels administradors (art. 374.1 de la LSC). Si la Junta general no es pronunciés al respecte, el Consell d'administració vigent es convertiria en òrgan de liquidació. No obstant aquí la Junta General hauria de procedir al nomenament de liquidadors (bé articulats amb estructura de Consell, bé en forma mancomunada variada). I la raó és molt senzilla: **els consellers actuals, la majoria dels quals han estat nomenats a proposta d'SGAB, estan en un conflicte d'interès permanent**, atès que, insistim, la causa de dissolució té en el seu origen el fet que la SGAB no pot ser el soci d'aquesta societat d'economia mixta, i fins a l'extinció aquesta societat conserva la seva personalitat jurídica. Ara bé, tots els Consellers actuals estan obligats a col·laborar en la liquidació, si els liquidadors ho sol·liciten (art. 374.2 de la LSC).
- d) L'acord de dissolució i la designació del liquidadors ha de constar en escriptura pública i inscriure's en el Registre Mercantil (art. 369 de la LSC).



- e) Durant la liquidació, la societat conservarà la seva personalitat jurídica i seguirà actuant amb l'objectiu de poder arribar a la seva extinció. Els comptes anuals s'hauran d'elaborar de conformitat amb les previsions establertes en la Resolució de 18 d'octubre de 2013 de l'ICAC, sobre el marc d'informació financera quan no resulta adequada l'aplicació del principi d'empresa en funcionament.
- f) És lògic que els liquidadors elaborin un pla de liquidació. La Llei demana, però, que els liquidadors ...
- en el termini de tres mesos des de l'inici de la liquidació, formulin un inventari i un balanç datats al dia d'adopció de l'acord de dissolució (art. 383 de la LSC),
  - que concloguin les operacions pendents i que realitzin les necessàries per a la liquidació (art. 384 de la LSC),
  - que cobrin els crèdits i paguin els deutes (art. 385 de la LSC); en aquest punt serà molt rellevant aquí tenir en compte el problema de l'emissió de bons per la xifra de 200.000.000 d'Euros, que té com antecedent el preu de la compravenda d'actius efectuada en el moment de la constitució d'AB-SEM, tal com hem vist a l'apartat II.2.3.,
  - que procedeixin a la alienació dels béns de la societat (art. 387 de la LSC), la qual cosa es pot dur a terme singularment, bé a bé, o formant conjunts ben delimitats d'actius i passius associats, o mitjançant la cessió global de l'actiu i el passiu (la qual cosa aquí pot ser molt rellevant tal com veurem més endavant);
  - i que, una vegada concloses les operacions de liquidació, elaborin un informe complet sobre aquestes operacions, un *balanç de liquidació* i un projecte de divisió de l'actiu resultant entre els socis i sotmetin tot això a l'aprovació de la Junta General (art. 390 de la LSC).



- g) Al final, com veiem es tracta, en principi i en abstracte, que els socis rebin el resultat de la seva inversió (la quota de liquidació). Si, satisfet tot el passiu, resta actiu disponible, es procedirà a assignar la part corresponent (proporcional) a cadascun dels socis: la quota de liquidació. No obstant aquí la LSC ofereix un ampli ventall de possibilitats.

La quota de liquidació, disposa la Llei, s'ha de satisfer en diner, llevat acord unànime dels socis per a que es satisfaci en espècie (art. 393 de la LSC). En aquest extrem, entenem que no és possible considerar la satisfacció de la quota de liquidació mitjançant la devolució de les aportacions a l'empara d'allò que també preveu aquest article. Més endavant però senyalarem que la devolució d'aportacions es pot realitzar, en canvi, en virtut d'altres disposicions.

- h) Finalment els liquidadors han de procedir a l'atorgament de l'escriptura pública d'extinció de la societat, en la qual, segons l'art. 395 de la LSC hi ha de figurar ...
- que l'acord d'aprovació del balanç de liquidació és ferm,
  - que s'han satisfets a tots els creditors i
  - que s'ha satisfet la quota de liquidació als socis.
- i) El darrer acte és la inscripció d'aquesta escriptura pública en el Registre Mercantil i la cancel·lació dels assentaments registrals (article 396 LSC).





### **III.5.4.- La remoció de la causa de dissolució d'AB-SEM i la reconfiguració de la base subjectiva d'aquesta societat**

La impossibilitat manifesta d'aconseguir el fi social de la societat AB-SEM, com a causa de dissolució, condueix a la liquidació societària en els termes generals que acabem de veure. Convé senyalar que, si simplement és declarés la nul·litat d'aquesta societat, en virtut de l'art. 57.1 de la LSC, el resultat acabaria sent exactament el mateix, com ja hem avançat: haver de procedir a la liquidació societària, alienant els actius, satisfent el passiu, pagant la quota de liquidació i extingint la societat.

**No obstant és necessari ajustar aquest plantejament, atès que aquesta societat és la prestadora dels diversos serveis públics que formen el cicle integral de l'aigua a l'àmbit metropolità** (el servei de subministrament d'aigua potable o l'abastament d'aigua en baixa, el servei públic de sanejament en alta, la depuració d'aigües residuals i el servei de la regeneració d'aigües residuals per a altres usos) i que aquests serveis s'han de seguir prestant per qui en sigui competent.

Ara bé, aquesta primera observació obligaria a ajustar el procediment de liquidació simplement considerant que l'alienació d'actius ha de realitzar-se tenint en compte els que han de quedar afectes al servei d'acord amb el seu projecte d'establiment; la qual cosa significaria la necessitat de transmetre grups alienables d'actius i passius coherents amb això i a qui correspongui i pel preu que correspongui, el qual serà el fixat al procediment de liquidació del conveni.

Aquest és un extrem especialment significatiu en el cas dels actius afectes al servei de l'abastament d'aigua en baixa. Per les raons exposades a l'apartat II.3.1 del present informe, aquests actius no es poden transmetre a la SGAB sinó que se li ha de retornar a aquesta °el seu valor.



Si bé es mira, probablement era per a fer front a un gènere de dificultats i costos similars que, tal com hem dit, en el Conveni celebrat entre l'AMB i SGAB el 30 de juliol de 2013 s'establí que, en cas d'extinció anticipada del mateix, no es dissoldria la societat, sinó que s'exclouria d'ella a l'AMB, restituint-li els actius aportats afectes al servei de sanejament, mentre que la SGAB romandria com a soci d'AB-SEM, retenint aquesta societat sense dissoldre's tots els actius afectes al servei d'abastament d'aigua en baixa.

No obstant, per bé que això no és possible –doncs, a banda de l'anul·lació de l'acord que va aprovar aquest Conveni, la SGAB mitjançant aquesta societat, i com a gestor indirecte del servei indicat, en el millor dels casos, només recuperaria una situació provisòria com a concessionari tàcit–, ens pot indicar un mode d'actuar raonable, ajustat a la situació jurídica d'AB-SEM derivada de la confirmació de la sentència del TSJCAT núm. 126/2016, de 9 de març, i compatible amb el tractament adequat a la causa de dissolució existent.

En síntesi, i anticipant la solució: es tractaria de promoure una solució simètricament inversa a l'anunciada en el punt 15.1 del Conveni de 30 de juliol de 2013, coherent amb l'al·ludida posició claudicant d'SGAB, i en virtut de la qual l'AMB romandria com soci únic d'aquesta societat, amb la corresponent separació d'ella d'SGAB, a fi de gestinar directament el servei mitjançant aquesta societat mercantil, esdevinguda unipersonal.

Perquè això sigui possible és necessari procedir a remoure la causa de dissolució en què es troba AB-SEM.

En la Junta general convocada per acordar la dissolució d'una societat, l'art. 365.2 de la LSC disposa que es podran adoptar –alternativament a la dissolució– *“aquell o aquells acords necessaris per la remoció de la causa”*. Com que en el nostre cas la causa de dissolució es *“la impossibilitat manifesta d'aconseguir el fi social”* derivada de la impossibilitat de dur a terme les activitats que integren l'objecte social actual



d'AB-SEM, tal com hem vist, la Junta general no és competent per adoptar cap acord per a remoure aquesta causa, per la senzilla raó que no és ella la instància per a determinar quin és el servei que, en substitució d'aquell que ha estat anul·lat, podria dur a terme aquesta societat.

Si que és competent en canvi, és clar, l'AMB, la qual mitjançant el procediment ja esmentat a l'apartat III.3.3 d'aquest informe, ha d'aprovar el nou servei i la seva forma de gestió, podent ser aquesta, si així resulta del procediment, la gestió directa mitjançant societat mercantil amb capital social íntegrament públic, p. ex.: "AIGÜES DE BARCELONA, SAU".

Si es fes això, aleshores l'adequació de la societat d'economia mixta existent a les conseqüències de la fermesa de la sentència del TSJCAT núm. 126/2016, de 9 de març, per bé que igualment complicada en termes de comptabilització que en qualsevol altra fórmula, resultaria molt clara des del punt de vista conceptual i operatiu.

De forma orientativa podem dir que es tractaria que la Junta General d'AB-SEM considerés la causa de dissolució existent, però, a la vista dels acords que prèviament hauria pres l'AMB en el sentit que hem avançat, adoptés totes les mesures necessàries per remoure aquella causa<sup>28</sup>. Aquestes mesures, succintament serien:

- a) Procedir a la modificació dels estatuts socials tal i com resultés dels acords de l'AMB, determinant, especialment, el nou objecte social.
- b) Procedir a delimitar, d'acord amb el projecte d'establiment del servei, el conjunt d'actius i passius afectes al servei (o serveis) que gestionaria la societat unipersonal i que romandrien, per tant, en el seu patrimoni.

---

<sup>28</sup> Advertim que la Junta General que procedeixi a adoptar les mesures alternatives que permetin remoure la causa de dissolució pot ser tant la prevista a l'article 365 de la LSC com una ulterior que disposi la reactivació de la societat dissolta a l'empara de l'article 370 de la LSC a la vista dels acords d'establiment del servei i de determinació del mode de gestionar-lo.



- c) Procedir a la reducció del capital amb l'amortització del capital privat, perquè la societat esdevingui íntegrament pública, satisfent als socis privats el valor que els hi correspongués, en el benentès que aquest valor és pot satisfer de forma dinerària o en espècie. En aquest punt caldria considerar aquells actius que la societat posseís i que fossin innecessaris per a dur a terme les activitats inherents al nou objecte social de la societat. (P. ex.: tots els actius afectes als serveis d'abastament d'aigua en alta)

En tot això, com diem, la complexitat és d'ordre comptable i radica en la delimitació dels actius afectes al servei confiat a la societat (i també la dels actius innecessaris al respecte) i en la seva valoració. També pot resultar complex determinar el valor de la societat per a fixar el valor a satisfer a cada soci, sobretot tenint en compte que la SGAB té una participació sobredimensionada, atès que no es correspon amb el valor que va aportar en la constitució de la societat d'economia mixta, tal com hem vist. Aquestes dificultats, però, no militen en contra de la proposta que fem, doncs són dificultats que en qualsevol cas són inherents a les actuacions administratives necessàries per l'establiment del servei i la liquidació del conveni, tal com s'ha exposat anteriorment, i per tant, no s'estalviarien en qualsevol altra fórmula alternativa de liquidació.

El recolzament normatiu d'aquesta proposta, i la via que permetria instrumentar-la, es troba, en primer lloc, en la previsió que conté l'art. 317 de la LSC, quan, referint-se a les modalitats de reducció de capital possibles indica que la reducció pot tenir per finalitat *“la devolució del valor de les aportacions”*.

Aquesta reducció de capital pot articular-se mitjançant l'adquisició de les pròpies accions per amortitzar-les, la qual cosa permet, que la solució que proposem trobi empara expressa en l'art. 212 del ROAS que, enunciant les formes de creació de les societats mercantils amb capital íntegrament públic, com a mode de gestió directe dels serveis, indica a la lletra c) que aquestes societats es poden instituir,



*“per l’adquisició de totes les accions o participacions de titularitat privada d’una societat mercantil amb capital parcialment públic del qual és titular l’ens local”.*

En coherència amb el que s’ha exposat al llarg de l’informe, la valoració de les esmentades accions vindrà predeterminada per les decisions administratives adoptades en el procediment d’establiment del servei i canvi de forma de gestió, i en el de liquidació del contracte.

Finalment aquesta proposta és plenament coherent amb allò que preveu l’art. 290 del ROAS quan regula la indemnització per cessament de l’activitat que presta la societat d’economia mixta o la dissolució d’aquella abans del termini fixat. Quan es dóna aquest cas, aquest article es remet a l’art. 289 anterior, que, com és sabut, estableix la necessitat de preveure el règim d’amortització progressiva del capital privat durant el període de gestió del servei, atès que al final d’aquest període l’actiu i el passiu de la societat, en condicions normals d’ús, pel que fa a les instal·lacions, béns i material afectats al servei, han de revertir íntegrament a l’ens local, sense liquidació.

Doncs bé acabat el termini de durada, si està adequadament amortitzat el capital privat, la reversió no comporta dret a cap indemnització; però si, en canvi, el cessament és anterior a la finalització d’aquest termini, l’article 290 citat, adverteix que “s’ha d’indemnitzar el capital privat pendent d’amortització”. I aquí, això és allò que proposem articular mitjançant una reducció del capital que afecti a totes les accions que es troben en mans privades.

Una observació complementària: si a conseqüència de tot això es produís la conversió de la societat d’economia mixta considerada en societat unipersonal pública, res impediria que, ulteriorment i a l’empara d’allò que disposa l’article 87 LRJSP, en relació a l’article 85 bis de la LRBRL, la societat mercantil de capital íntegrament públic es transformés en una “entitat pública empresarial” seguint el



procediment establert en aquestes disposicions, les quals, en qualsevol cas, serien aplicables supletòriament.

### **III. 6.- La satisfacció dels bons emesos per ABF-SAU**

Els bons emesos per ABF-SAU per a nodrir de recursos a AB-SEM a fi que aquesta societat pogués satisfer a la SGAB el preu de la compravenda de la quota del 39,87827% del anomenat "Patrimoni aportat" per SGAB, han de ser satisfets a la data de venciment ("*Maturity Date*") fixada pel 15 de setembre de 2021.

Tant en la liquidació com en la reestructuració corporativa d'AB-SEM s'haurà de tenir present aquesta circumstància, que de moment només significa l'existència d'un deute de 196.000.000 Euros que acredita ABF-SAU a aquella societat, funcionalment destinat a satisfer aquells bons a la data del venciment.

Ara bé, sens perjudici de la satisfacció deguda dels bons en el moment del venciment, convé tenir present que segons quina sigui la forma de procedir en relació als efectes de la confirmació de la sentència del TSJCAT núm. 126, de 9 de març sobre AB-SEM, els canvis que aquesta societat experimenti poden conduir al venciment anticipat dels bons indicats.

En efecte, en el Prospecte de l'emissió d'aquests bons, i com és habitual en casos semblants, es disposa que, es pot produir el venciment anticipat dels bons emesos quan resulti alguna circumstància que pugui incrementar el risc de no satisfer el deute existent en el moment del seu venciment. Aquestes circumstàncies s'anomenen "*Events of Default*", i es poden referir tant a les relacions directes entre els creditors i el deutor (ABF-SAU) o el garant (AB-SEM), com a circumstàncies d'aquests darrers que s'entenen que incrementen el risc al·ludit ("*Cross Default*") pels creditors. Si es produeix algun d'aquests "*Events of Default*" aleshores els bons esdevenen "*due and repayable in each case at their principal amount together with accrued interest*". Entre els "*Events of Default*" recollits punt 11 dels *Terms and*



*Conditions of the Notes*, del Prospecte d'emissió ja citat, hi figura a la lletra (g) l'anomenat “*Winding-up*” de l'emissor (ABF-SAU) o del garant (AB-SEM), és a dir la dissolució, liquidació o qualsevol modificació estructural no interna d'aquestes societats.

Dit en d'altres termes: si es decideix procedir a la liquidació i extinció de AB-SEM és clar que, sens perjudici de l'obligació general de satisfer tots els deutes que tingui la societat, el punt de partida en relació al degut per l'emissió d'aquest bons seria el del seu venciment anticipat.

No obstant, en el Prospecte de l'emissió d'aquests bons es preveu, que en cas de “*Winding Up*”, si en la reestructuració conseqüent, SGAB reb el servei d'abastament d'aigua en baixa, o el reb alguna societat del seu grup, aleshores no es produirà el venciment anticipat dels bons, en la mesura que, la societat del grup SGAB que rebí el servei indicat esdevindrà garant de l'emissió, motiu pel qual l'“*Event of Default*” deixarà de tenir efecte.

En el punt 4 dels *Terms and Conditions of the Notes*, del Prospecte d'emissió es diu literalment:

*“If the Water Supply Business and the Sewage Transport, Treatment and Reuse Business carried out by the Guarantor are segregated and **the Water Supply Business is returned or repatriated or otherwise reverts to AGBAR or is transferred to any subsidiary thereof (except for AB) for any reason (the “Transfer Event”)**, each of the Issuer and the Guarantor undertakes to cause AGBAR or the subsidiary assuming the Water Supply Business, as soon as practicable (but in any event no later than 60 calendar days) after the date on which the Transfer Event is effective, to execute and deliver to the Trustee a deed supplemental to the Trust Deed (the “Supplemental Deed”) pursuant to which AGBAR or such other subsidiary thereof (except for AB) will become vested with all the duties and obligations of the Guarantor under the Notes and the Trust Deed, as if originally named a guarantor hereunder and thereunder and, therefore, will unconditionally and irrevocably guarantee to the maximum extent permitted by law the Issuer's obligations under the Notes and the Trust Deed [...]*”



A la vista d'això queda clar que si el servei d'abastament en baixa no és assignat SGAB o a qualsevol societat del seu grup la garantia assumida per AB-SEM al respecte no es podrà transferir en els termes d'aquest Prospecte d'emissió (i de l'escriptura d'emissió corresponent, l'anomenat "*Trust Deed*") a la SGAB, atès que aquesta transferència de responsabilitat només pot ocórrer, com acabem de veure, si la SGAB, o qualsevol societat de les pertanyents al seu grup, recuperés, com a conseqüència de la reorganització, el servei d'abastament d'aigua en baixa.

Com a corol·lari podem afirmar que la proposta de modificar exclusivament la composició subjectiva de l'AB-SEM, per a convertir-la en una societat unipersonal gestora directa, entre d'altres, del servei d'abastament d'aigua en baixa, atesa la continuïtat de la personalitat jurídica, no produiria, per aquesta raó, el venciment anticipat del bon, per bé que, lògicament, romandria l'obligació de garantir la seva satisfacció.

L'efecte pal·liatiu d'aquesta obligació hauria d'articular-se en virtut de la responsabilitat d'AB-SEM per l'excés del preu de la compravenda efectuada en forma de fundació retardada.

#### **IV.- MESURES PER OBTENIR EL CONTROL IMMEDIAT D'AB-SEM I DEL SERVEI**

##### **IV.1.- L'adopció de mesures provisionals en el marc del procediment de liquidació del contracte i d'establiment del nou servei i de canvi de gestor**

###### **IV.1.1.- Finalitat de les mesures provisionals**

L'art. 56 LPACAP (art. 72 de la antiga Llei 30/92) permet, un cop iniciat un procediment administratiu, adoptar de manera motivada les mesures provisionals





que es considerin oportunes per assegurar l'eficàcia de la resolució que es pugui dictar:

*“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, **las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad**”.*

Així doncs, tractant-se d'un procediment de liquidació d'un contracte de gestió de servei públic -i per tant, en principi de liquidació de la societat mixta- i d'un procediment d'establiment d'un nou servei públic amb canvi de forma de gestió, en el marc dels que s'hauran de valorar els béns afectes al servei, l'AMB podrà adoptar les mesures provisionals que tingui per objecte garantir o assegurar l'eficàcia i utilitat de les resolucions que posin fi als esmentats expedients.

A més, s'ha de tenir en compte que la doctrina (per tots, Rebollo Puig, M. *Medidas provisionales en el procedimiento administrativo* a l'obra col·lectiva *Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas 1993, Tom I, pàg. 694) **proposa un interpretació en sentit ampli de l'expressió “assegurar l'eficàcia de la resolució” que ha d'incloure més que la garantia de la seva execució, l'assoliment efectiu dels interessos públics perseguits amb aquesta.**

De manera més contundent es pronuncia Marina Jalvo, B. en la seva monografia *Medidas provisionales en la actividad administrativa* (Lex Nova, Valladolid 2007, pàg 18): *“un breve repaso de la legislación sectorial es suficiente para comprobar que la finalidad de la gran mayoría de dichas medidas excede de la mera garantía de ejecución de la resolución que pone fin al procedimiento y se extiende a la protección de los derechos e intereses –fundamentalmente públicos- que podrían resultar dañados durante la tramitación del procedimiento o en caso de que se frustrase la efectividad de la resolución”.*



I a partir d'aquí, la mateixa autora proposa el següent concepte de mesures provisionals:

*“las medidas provisionales pueden ser definidas como actos administrativos de carácter urgente e interino acordados antes o durante la tramitación de un procedimiento **con el fin de evitar que en tanto éste concluya puedan mantenerse situaciones o conductas que, de forma directa o indirecta, privarían de efectividad práctica a la resolución final**”.*

En aquesta línia, les mesures poden tenir per finalitat l'obtenció de la prova necessària per dictar la resolució que correspongui, evitar el manteniment dels efectes de la infracció o de la situació perjudicial per l'interès públic protegit i, en definitiva, satisfer les exigències dels interessos generals durant la tramitació dels procediments.

#### **IV.1.2.- Caràcter obert de les mesures**

L'apartat tercer de l'art. 56 enumera, en un llistat obert, les mesures provisionals que es poden adoptar, entre les que es troben la suspensió temporal d'activitats i “i) *Aquelles altres mesures que, per protegir els drets dels interessats, prevegin expressament les lleis, **o que es considerin necessàries per assegurar l'efectivitat de la resolució**”.*

Aquest incís final del precepte transcrit, malgrat la relació de mesures que conté l'art. 56.3 LPACAP, **confirma** (l'art. 56.1 ja parla de “*las medidas provisionales **que estime oportunas** para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”), **el caràcter obert de les mesures.***



En aquest sentit, **són diversos els autors es pronuncien expressament sobre la possibilitat que l'Administració adopti com a mesures provisionals, mesures concretes de policia previstes a la normativa sectorial, com en el cas que ens ocupa pot ser la de règim local, serveis públics i contractació.**

A tall d'exemple, Tardío Pato, J.A. (*Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*. Revista Jurídica de Navarra, núm. 38, 2004, pàg 115), després de tractar la distinció doctrinal entre les mesures provisionals, i mesures de policia per restablir l'ordre jurídic alterat, diu que aquestes darreres *“pueden utilizarse perfectamente como medidas provisionales a las que se refiere el art. 72 de la Ley 30/92, porque pueden declararse al comienzo de un procedimiento, o incluso antes del mismo (las denominadas medidas provisionalísimas), como prevé el citado artículo de la ley procedimental administrativa, con carácter provisional, no definitivo, e instrumental, para garantizar la eficacia en sentido amplio de la resolución final, especialmente en los procedimientos encaminados a la revocación del título administrativo habilitante de determinadas actividades o de funcionamiento del establecimiento (autorizaciones y concesiones) **o, incluso, en resoluciones administrativas finales que no tengan carácter de sanción y que tampoco tengan el carácter de revocación del título habilitante, porque éste no existe**”*.

I a continuació, l'autor esmentat, després de fer un repàs de les diferents mesures instrumentals de resolucions sancionadores i policials, com a exemple de mesures provisionals, conclou amb les següents paraules (pàg. 117, ob. cit.):

*“Y, en este sentido, pueden utilizarse con carácter general las enumeradas en el art. 15.2 del RD 1398/1993: suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, así como la retirada de productos o suspensión temporal de servicios por razón de sanidad, higiene o de seguridad, y de las demás previstas en las correspondientes normas específicas. Como también las recogidas en la LGS, en la LOTT y en el artículo 36 de la LOSC, y las*



*demás previstas en la legislación sectorial, sin perjuicio de su necesaria adecuación al caso en cuestión (...) y de su carácter proporcional”.*

L'art. 56 permet a l'AMB controlar determinades decisions d'AB-SEM que puguin afectar a la liquidació del contracte així com al futur servei que s'estableixi, com la suspensió d'AB-SEM de la facultat de prendre determinades decisions l'eficàcia de les quals s'estengui més enllà del període transitori o subjectar-les a l'aprovació prèvia de l'AMB.

**Una mesura provisional més onerosa i que permetria un major control de l'AMB sobre AB-SEM és la intervenció del servei.** Sense perjudici que aquesta figura serà abordada en un subapartat posterior (IV.3), convé avançar que, malgrat que es troba regulada en el ROAS i subjecta a un determinat procediment que inclou la necessitat d'acreditar la causa justificativa de la intervenció en un informe tècnic i l'audiència a l'interessat, per tot el que s'acaba d'exposar també es pot adoptar com a mesura provisional de l'art. 56, en el sí dels procediments lligats a la liquidació del contracte, sense perjudici que es pugui fer una aplicació harmonitzada o integrada amb les previsions del ROAS sobre la figura, i sempre amb la deguda justificació tant de la seva necessitat como de la seva adequació a la finalitat perseguida.

La jurisprudència de vegades de manera implícita i en ocasions expressa, ha reconegut tant l'adopció de mesures de policia en general com de la intervenció o segrest del servei en particular, en base a l'article 72 de la Llei 30/92 (avui art. 56 de la Llei 39/2015). De fet, fins i tot alguna sentència afirma que, malgrat que la cita del fonament jurídic concret pugui ser discutible, si concorren els elements exigits, la intervenció es pot dur a terme en base a l'esmentat article 72. És el cas de la sentència del TSJC de Múrcia, de data 31 de maig de 2010 (RCA 631/2008), que confirmà la del Jutjat de instància (JCA núm. 3 de Múrcia) que va declarar ajustat a dret el segrest del servei de residència i centre de dia per a persones grans de Ceutí, adoptat en el marc d'un procediment de resolució del contracte:



*“En este caso la Administración había iniciado el procedimiento de resolución y, además, acordó el secuestro. La sentencia apelada razona correctamente que carece de sentido que la Administración en caso de incumplimientos gravemente perjudiciales para el interés general no pudiera intervenir el servicio y asegurar su efectiva prestación por el hecho de haber iniciado el procedimiento para la resolución del contrato.*

*Parece que lo que aquí se produce es un problema de habilitación legal y elección correcta de la norma habilitante. La Administración eligió el artículo 116 TRLACAP que da problemas interpretativos, pero podía haber citado, quizá con menos dificultades, el artículo 72.1 de la Ley 30/92, aplicable supletoriamente de acuerdo con el art. 7.1 TRLCAP, para la adopción de las correspondientes medidas provisionales.*

*En definitiva, lo que está fuera de duda es que la habilitación administrativa para la adopción de la medida existe aunque la cita de la norma de cobertura pueda ser discutible.”*

#### **IV.1.3.- Elements definitoris**

El primer element definitori d'aquestes mesures és el seu **caràcter urgent i sumari**, com a conseqüència del perill que suposa el transcurs del temps necessari per la tramitació del procediment. I en relació a aquest primer element sorgeix el seu **caràcter instrumental**: la seva finalitat és garantir la eficàcia de la resolució que posa fi al procediment o la integritat de l'interès públic inherent al mateix.

En tercer lloc, les mesures tenen **caràcter provisional** en el sentit que la seva eficàcia temporal és limitada, ja que queden sense efecte quan es dicta la resolució que posa fi al procediment. Si bé, un altre tret definitori és la seva **mutabilitat**, atès que poden ser modificades o aixecades d'ofici o a instància de part durant la



tramitació del procediment, en atenció a circumstàncies sobrevingudes (art. 56.5 LPACAP)

#### IV.1.4.- Pressupòsits, principis i límits

El primer requisit per l'adopció de mesures provisionals és l'existència d'elements de judici suficients a tal efecte. Aquests elements s'han interpretat per la doctrina com els que permeten decidir sobre la necessitat, contingut i abast de la mesura; i també es considera que concorren quan s'aprecia **motiu raonable o possibilitat de frustració de la finalitat del procediment**. És a dir, ha de concórrer el que jurisprudència i doctrina anomenen "periculum in mora", entès en seu de mesures provisionals com existència de risc imminent d'un resultat lesiu i d'urgència inajornable en l'adopció de les mesures.

Malgrat que l'adopció d'aquestes mesures ha d'estar justificada **no s'exigeix una certesa absoluta sobre el fet que la seva manca d'adopció comportarà la pèrdua d'eficàcia de la resolució definitiva, o perjudicis per l'interès públic a protegir**. En aquest sentit Blanquer Criado, D. (*Introducción al Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch 2015, pàg.434) afirma que: "*Para adoptar la medida provisional no se exige la certeza absoluta de que si no se toma alguna medida se privará a la resolución de su efecto útil. Basta un juicio de probabilidad que resulta del "periculum in mora", que el juicio sea razonable, y que vaya más allá de la mera conjetura o de la simple hipótesis abstracta de futuro. El grado de verosimilitud del juicio de probabilidad depende de la intensidad de la medida y de la dosis de restricción o limitación de derechos que comporte.*"

Així doncs, fet el raonable judici de probabilitat, l'Administració haurà d'adoptar les mesures necessàries per impedir els riscos que puguin privar d'utilitat al procediment.

Ara bé, com també s'ha vist, qualsevol mesura provisional ha de respectar els principis d'efectivitat, proporcionalitat i menor onerositat (art. 56.1 de la LPACAP); i



l'apartat 4 de l'art. 56 estableix com a límit, que les mesures puguin causar un perjudici de difícil o impossible reparació als interessats o que impliquin violació de drets emparats per les lleis.

Aquest conjunt del que podríem anomenar requisits, **obliguen a l'Administració a justificar la necessitat i l'adequació de la mesura a la seva finalitat** -assegurar l'eficàcia de la resolució final o la integritat dels interessos públics implicats en el procediment-, i a realitzar una ponderació entre l'interès públic que es tracta de satisfer amb l'adopció de la mesura i els perjudicis que es podrien causar a l'afectat per la mateixa, havent de justificar la seva elecció preferent respecte d'altres mesures menys lesives.

Concretament, d'acord amb el Tribunal Constitucional (STC 43/2014, de 27 de març) l'observança de principi de proporcionalitat es concreta en les següents condicions:

*“si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); sí, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7).*

En conclusió, les mesures provisionals, a més de necessàries, han de ser idònies i adequades per la finalitat perseguida; i no han de causar perjudicis de impossible o difícil reparació als interessats o comportar la violació de drets emparats per les lleis. En el ben entès, pel que fa als perjudicis d'impossible reparació als interessats, que l'Administració haurà de realitzar la ponderació entre aquests i els que s'ocasionarien a l'interès públic si la mesura provisional no s'adoptés doncs, si els perjudicis a l'interès públic fossin irreparables, la mesura seria proporcionada.



I, finalment, i malgrat que es desprèn del que s'ha exposat fins aquí, les mesures provisionals han de ser motivades (arts. 35.1.d) i 56.1 de la LPACAP)

#### **IV.1.5.- Òrgan competent per la seva adopció**

**L'òrgan competent** per a adoptar les mesures provisionals **és el competent per resoldre el procediment administratiu de que es tracti**, en aquest cas, el Consell Metropolità, atès que li correspon la competència per a contractar serveis públics no atribuïts a la presidenta i per a resoldre els procediments d'assumpció de nous serveis públics i de determinació de llur forma de gestió (art.8.1 p) i n) de la Llei 31/2010, de 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona).

Ara bé, hi ha autors que, recolzant-se en l'art. 15.1, paràgraf segon del RD 1398/1993, de regulació de l'exercici de la potestat sancionadora (derogat per la Llei 39/2015), que preveia que, per raons d'urgència inajornable l'òrgan competent per incoar el procediment o l'instructor poguessin adoptar les mesures provisionals que resultessin necessàries, defensen que, en circumstàncies excepcionals d'urgència i risc, les mesures puguin ser adoptades fins i tot per l'instructor del procediment, sempre que aquestes siguin ratificades per l'òrgan competent, en un termini breu<sup>29</sup>.

L'actual 64.1 LPACAP, que regula l'acord d'inici d'expedient en els procediments sancionadors, preveu que l'adopció de mesures provisionals la faci l'òrgan competent per incoar el procediment. **I el propi 56.2 LPACAP preveu que, en el cas de mesures anticipades a l'inici del procediment, siguin adoptades bé per l'òrgan competent per la seva incoació o bé per l'instructor, si bé hauran de ser confirmades, modificades o aixecades a l'acord d'inici del procediment en un termini màxim de quinze dies.**

<sup>29</sup> Tardío Pato, J.A. op. cit., pàg. 123; i Narbón Laínez, J. "Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo. Especial referencia a la suspensión en vía administrativa", *Libro colectivo, Valoración de la Ley 30/1992 tras cinco años de vigencia*, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pàg. 198.





**En resum, l'art. 56 permet doncs, a l'AMB a adoptar amb el límit dels principis de proporcionalitat, efectivitat i menor onerositat, aquelles mesures provisionals necessàries per assegurar l'efectivitat de les resolucions que recaiguin en els procediments de liquidació del conveni amb la SGAB d'establiment del servei i del canvi de la forma de gestió, entenent com a tal garantia, que les mesures siguin adients per aconseguir el compliment efectiu dels interessos públics perseguits amb els esmentats procediments i resolucions.**

#### **IV.2.- Facultats de direcció i control de l'AMB**

Com s'ha exposat en l'anterior subapartat del present informe, entre les mesures provisionals a adoptar, estan les previstes específicament en la normativa sectorial, no com a tals mesures provisionals sinó com a mesures de policia i control del servei.

S'ha de tenir present que, durant aquest període transitori, **les potestats de l'AMB sobre el servei es mantenen i fins i tot s'intensifiquen.** Aquestes potestats es troben formulades en el TRLMRLC i en el ROAS en termes molt amplis.

D'acord amb el Tribunal Suprem (STS de 20 de juny de 1986, RJ\1986\4743, STS de 10 de juliol de 1985, RJ\1985\3895), la modalitat de gestió que s'adopti no incideix en les potestats que ostenta l'ens local sobre la gestió del servei públic, atès que aquest conserva sempre la titularitat del servei i per tant, les competències que hi són inherents, que són de caràcter irrenunciable.



La principal competència que es reitera en la normativa local és la potestat de direcció i de control del servei públic (art. 251 del TRLMRLC<sup>30</sup>, 229<sup>31</sup> i 238<sup>32</sup> ROAS i 279 del TRLCSP<sup>33</sup>) que, a l'àmbit metropolità correspon al president o presidenta (art. 11.3 f) de la Llei 31/2010, del 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.

L'art. 248 del ROAS desenvolupa amb més detall les concretes potestats de l'ens concedent:

*“L'ens concedent té les potestats següents:*

- a) Ordenar discrecionalment les modificacions que l'interès públic exigeix, de la mateixa manera que quan es gestiona directament el servei i, entre d'altres, la variació de la qualitat, la quantitat, el temps o el lloc de les prestacions en què consisteix el servei, i l'alteració de la retribució del concessionari, sens perjudici del règim específic en aquest supòsit, en especial quan la modificació de les tarifes depèn de l'autorització d'una altra administració.*
- b) Fiscalitzar la gestió del concessionari. A aquest efecte, l'ens local pot inspeccionar el servei, les obres, les instal·lacions i els locals, i la documentació relacionada amb l'objecte de la concessió, i dictar les ordres per mantenir o restablir la prestació corresponent.*
- c) Assumir temporalment la gestió directa del servei en els casos en què no el presti o no el pugui prestar el concessionari per circumstàncies que li siguin o no imputables.*
- d) Imposar al concessionari les sancions pertinents per raó de les infraccions que hagi comès en la prestació del servei.*

---

<sup>30</sup> L'art. 251 del TRLMRLC atorga als ens locals **“la potestat de direcció i de control del servei públic, que comporta l'exercici de la potestat de modificació i la inclusió implícita de la clàusula d'actualització del servei d'acord amb els estàndards econòmics i socials”**.

<sup>31</sup> L'art. 229 del ROAS, preveu que **“L'ens local manté sobre els serveis la gestió dels quals es contracta, la titularitat i les potestats de direcció i de control que es deriven de la mateixa ordenació legal del servei i d'aquest Reglament, per preservar-ne el bon funcionament”**.

<sup>32</sup> L'art. 238 del ROAS, que porta per títol **“Potestats de l'administració”**, **“correspon als ens locals la potestat de direcció i control del servei públic, en virtut de la qual el poden modificar i suprimir, i, en la concessió, també exercir les facultats que estableix l'article 248 d'aquest Reglament”**.

<sup>33</sup> L'art. 279 del TRLCSP preveu que: **“En tot cas, l'Administració ha de conservar els poders de policia necessaris per assegurar la bona marxa dels serveis de què es tracti”**.



- e) *Rescatar la concessió.*
- f) *Suprimir el servei.*
- g) *Extingir el contracte per qualsevol de les causes previstes a l'ordenament”.*

D'aquestes facultats, durant el període extraordinari de manteniment dels efectes del contracte, únicament hi ha dues que són d'aplicació: la fiscalització del concessionari (lletra b) i la possibilitat d'assumir la gestió directa del servei a través d'una intervenció (lletra c).

#### **IV.2.1.- La fiscalització de la gestió del concessionari (control extern)**

Aquesta potestat es correspon, principalment amb una obligació del concessionari *“d'informar l'administració del funcionament del servei i, quan calgui, de l'execució de les obres i instal·lacions al seu compte, com també dels comptes d'exploració i de la situació patrimonial en relació amb la gestió del servei”* (art. 235 e) ROAS).

Però també i al final de la concessió, l'art. 262 del ROAS preveu la designació d'un interventor tècnic, que s'encarrega de vigilar la conservació de les obres i del material i d'informar en aquest cas a l'AMB sobre les reparacions necessàries pel seu manteniment:

*“262.2 Amb anterioritat a la reversió, durant el termini que assenyali el plec de clàusules i, en tot cas, com a mínim, en el d'un mes per cada any de duració de la concessió, la gestió del servei es regula de la manera següent: a) L'ens local designa un interventor tècnic a l'empresa concessionària, el qual ha de vigilar la conservació de les obres i del material i ha d'informar la corporació sobre les reparacions necessàries per tal de mantenir-les en les condicions previstes”.*

Com es pot observar, aquesta potestat de fiscalització no permet exercir un control efectiu i directe sobre la gestió ordinària del concessionari, sinó que es limita a la possibilitat de sol·licitar informació i a realitzar una inspecció tècnica no substitutiva



dels òrgans de direcció de l'empresa. Aquestes dues facultats poden resultar insuficients en aquest moment atès que, segons la informació facilitada, AB-SEM sempre s'ha mostrat reticent a col·laborar amb l'Administració.

Aquesta aparent inadequació del control extern per aquesta fase extraordinària de continuació dels efectes del contracte es confirmaria a la vista dels mecanismes de reacció dels que disposa l'Administració pels casos d'incompliment. La desobediència sistemàtica del concessionari a les instruccions donades per l'ens local sobre la conservació de les obres i les instal·lacions o la mala fe en l'execució es consideren faltes greus i justifiquen la intervenció del servei en el cas de perturbació que posi en perill la gestió adequada o lesioni els interessos dels usuaris, d'acord amb l'art. 262.2 b) del ROAS. És a dir, la desobediència conduiria a una posterior intervenció del servei, el que suposaria a la pràctica que es perllongaria més enllà del necessari el període d'interinitat excepcional que obre l'art. 35.3 TRLCSP.

#### IV.2.2.- La intervenció del servei (control intern)

##### a) *Concepte i abast*

**La intervenció o segrest consisteix en que l'AMB, de manera temporal, s'encarrega de forma directa del funcionament del servei (art 254.4 ROAS), i pot tenir un abast total o parcial (art. 256 ROAS).** És clar que la intervenció no impedeix que la prestació material del servei es continuï realitzant per l'empresa intervinguda.

De fet, l'article 258.1 del ROAS estableix que durant el temps que duri la intervenció, l'Administració titular del servei percep els drets establerts dels usuaris i **utilitza el mateix personal i material adscrit**, sense alterar les condicions de prestació d'acord amb l'ordenació jurídica del servei. Es tracta de la possibilitat de nomenar



**un interventor tècnic que substitueixi total o parcialment els elements directius de l'empresa** (art. 258.2 ROAS).

Respecte a l'ordenació del servei, s'ha de tenir en compte que el Reglament estarà anul·lat i, per tant, és possible que s'hagin d'adoptar determinades mesures provisionals al respecte.

I, d'acord amb l'art. 258.3 del ROAS, *“L'explotació temporal s'efectua per compte i risc del concessionari, al qual s'ha de lliurar, en finalitzar la intervenció, el saldo actiu que resulti després d'haver-se satisfet totes les despeses, incloses les retribucions i els emoluments de l'interventor”*. Aquesta previsió és important perquè posa de manifest que la intervenció permet la continuació del contracte *“sota les mateixes clàusules”* (art. 35.3 TRLCSP), entenent-se que es manté l'equilibri econòmic de l'empresa, percebent el contractista els mateixos drets com si estigués gestionant el servei.

L'abast de la intervenció dependrà del l'objectiu d'interès públic que es persegueixi i haurà de respectar el principi de proporcionalitat.

**La intervenció podrà comportar la substitució total o parcial dels administradors de la societat pels interventors de l'Administració i la revocació dels poders atorgats pels primers així com la designació per part del soci públic dels liquidadors de la societat, la designació d'un delegat de l'administració amb facultats decisòries, el dret de vet d'AB-SEM per a l'adopció de determinats acords, etc. L'abast de la intervenció és una decisió política i dependrà del control que es necessiti obtenir, tenint en compte que la decisió haurà d'estar motivada i respectar el principi de proporcionalitat.**

Podria ser que el servei ja estigues intervingut, supòsit en el qual simplement podrien continuar els efectes de la intervenció o bé, modificar l'acord d'intervenció per fer aquesta més intensa.



## b) Fonament jurídic i justificació de la mesura d'intervenció

Com ja hem vist, l'art. 248 del ROAS preveu, dins les potestats dels ens locals la de "c) Assumir temporalment la gestió directa del servei en els casos en què no el presti o no el pugui prestar el concessionari per circumstàncies que li siguin o no imputables". En idèntics termes es pronuncia l'art. 127.1.3<sup>a</sup> del RSCL.

El TRLCSP dedica a la intervenció un sol precepte, que fa referència a la intervenció per causa d'incompliment del contractista:

*"Article 285. Incompliment del contractista.*

*Si de l'incompliment per part del contractista deriva pertorbació greu i no reparable per altres mitjans en el servei públic i l'Administració no decideix la resolució del contracte, en pot acordar la intervenció fins que aquella desaparegui. En tot cas, el contractista ha de pagar a l'Administració pels danys i perjudicis que efectivament li hagi irrogat"*

Els art. 254 a 259 del ROAS i els art. 133 a 135 del RSCL també preveuen la intervenció del servei com a reacció front a **incompliments del concessionari que pertorbin el servei o lesioni els interessos dels usuaris** (art. 254.1 ROAS), **si bé l'art. 254.3 del ROAS conté una referència a la intervenció per cas fortuït i força major afirmant que, en aquests casos, no tindrà caràcter sancionador:**

*"254.2 La intervenció del servei té caràcter sancionador quan suposi una reacció de l'ens concedent enfront d'un incompliment contractual greu imputable al concessionari.*

*254.3 Quan el servei sigui pertorbat per causes fortuïtes o de força major que el concessionari no pugui superar pels seus propis mitjans, l'actuació substitutòria de l'ens local no tindrà caràcter sancionador".*



Així doncs, si el fonament jurídic de la intervenció fos únicament el ROAS, la intervenció del servei s'hauria de fonamentar en la situació de pertorbació o risc de pertorbació del servei públic o la lesió dels interessos dels usuaris, ja fos per causes imputables com no imputables al concessionari i es trobaria dirigida a garantir la continuïtat i bona qualitat del servei així com a la defensa dels interessos legítims dels usuaris.

En aquest punt, interessa destacar el fet que la intervenció per incompliment del concessionari o la societat mixta no està justificada únicament quan es produeixi una pertorbació greu del servei sinó també quan es lesionin –s'ha d'entendre també de forma greu- els interessos dels usuaris.

Un exemple d'intervenció de la societat mixta gestora del servei d'abastament d'aigua potable per lesió dels interessos dels usuaris, el trobem a la **sentència del Tribunal Superior de Justícia de Cantàbria de 20 de setembre de 2004** (JUR\2004\281993) que analitza la legalitat dels acords de Ple de l'Ajuntament de Torrelavega (soci de l'empresa mixta amb una participació del 49%) pels que, **en un primer moment, s'intervé l'empresa mixta per un termini de 6 mesos, i posteriorment es modifica el primer acord per tal d'assumir les competències del Consell d'Administració per un Interventor Delegat nomenat pel Ple.**

Com es pot apreciar en la sentència, que la causa principal de la intervenció no és la pertorbació greu en la prestació pròpiament dita del servei, es desprèn sense cap mena de dubte de l'expedient administratiu d'intervenció que, en paraules de la sentència *“arranca de los informes del Tesorero Municipal de fecha 22 de enero de 2002, del Letrado Municipal de 31 de enero de dicho año, y del Interventor municipal de 14 de marzo de 2002”*, és a dir, no té el seu origen en informes que posin de relleu deficiències sanitàries, talls de subministrament, mal estat d'instal·lacions, en definitiva, el que s'entendria per deficiències en la prestació del servei.



Concretament, les causes esgrimides per la intervenció, per part de l'Ajuntament de Torrelavega, que segons la sentència han de ser ponderades en conjunt i no de forma aïllada, també són clares:

- obstrucció de la labor inspectora de l'Ajuntament (*“De tales hechos existe cumplida prueba en el Acta levantada por el Interventor municipal y el Ingeniero de Caminos municipal ... pone de manifiesto que se hurtó al conocimiento municipal documentación relevante para el ejercicio de la labor inspectora municipal, respondiendo con evasivas el Sr. Gerente de Aguator, S.A. y el Director financiero sobre la documentación contable que les era requerida ... Tal obstrucción a la labor inspectora culmina con la expulsión de dichos funcionarios de las dependencias de la empresa el 7 de junio de 2002, lo que además de revelar la tensión existente entre el Ayuntamiento y los directivos de la empresa mixta, constituye un grave incumplimiento del pliego de condiciones, siendo uno de los mínimos exigibles para una correcta relación de los dos socios de aquélla el acceso a la documentación, sin que difícilmente puede el socio municipal obtener un conocimiento cabal de la situación real de aquélla de todo punto necesaria para la consiguiente labor de fiscalización”*).
- Discrepàncies en la retribució del soci privat pel concepte de *know how*.
- L'adquisició de comptadors a un preu superior en un 20% al preu de mercat; defectes d'amidament dels caudalímetres, metres cúbics registrats dels abonats i facturacions excessives dels mateixos.
- Subcontractacions a empreses del grup empresarial del soci privat
- Tot el personal directiu de l'empresa mixta pertanyia al soci privat, i el deteriorament de les relacions entre els dos socis exigia una política de





personal diferent que garantís el compliment dels requisits del Plec sobre contractació de persona.

- Prestació de serveis a d'altres municipis sense autorització de la Junta General (requisit del Plec de condicions administratives).
- Incompliment dels Plans d'inversions.

Atès que eren qüestions que estaven sent analitzades en un procediment penal, la sentència descarta pronunciar-se sobre les causes relatives a la retribució del *know how*, i dels comptadors, així com respecte a les discrepàncies sobre les comptes anuals que també eren objecte del procés penal. En aquest sentit la sentència declara que, en tot cas, el Tribunal contenciós no podia pronunciar-se sobre l'acte d'aprovació dels comptes anuals per part de l'òrgan societari però si respecte "*las operaciones subyacentes a dichas cuentas*", però que no obstant la qüestió prejudicial penal impedia el seu anàlisi en el cas concret ("*nos encontramos ante cuestión prejudicial penal que impide que la Sala se inmiscuya en la misma al estar a resultas de lo que en dicho proceso se determine*").

Tota la resta de causes d'intervenció són validades pel TSJ de Cantàbria que declara els acords municipals ajustats a dret. Certament la sentència parla de pertorbació greu del servei i no d'una manera expressa de lesió als interessos dels usuaris, circumstància que obre la porta a considerar que quan la normativa parla de pertorbació greu del servei, no s'ha d'interpretar de forma estricta i per tant limitada a l'activitat prestacional en si mateixa, sinó que inclou altres aspectes com els incompliments i actuacions de caràcter econòmic i de contractació (si bé des del nostre punt de vista aquests, per regla general, lesionaran els interessos dels usuaris), així com la obstrucció al control del titular del servei.



**En qualsevol cas, si el fonament legal és l'article 56 de la Llei 39/2015 i per tant s'adopta como a mesura provisional, malgrat que també en aquest cas la intervenció perseguiria garantir la continuïtat i bona qualitat del servei i la defensa dels interessos legítims dels usuaris, s'ha de recordar que la seva finalitat seria assegurar l'eficàcia de les resolucions que es dictin en els procediments de liquidació del contracte, establiment d'un nou servei i aprovació d'una nova forma de gestió.**

La mesura o mesures, d'altra banda, permetrien la correcta execució de la sentència, doncs l'aprovació de la constitució d'AB-SEM amb majoria de participació d'un soci privat, i la sobrevaloració de les seves aportacions, hauran estat anul·lats.

Les **circumstàncies concurrents que podrien justificar la mesura provisional d'intervenció** serien les següents:

**i) L'existència d'una sentència ferma que anul·la l'acord de constitució d'AB-SEM, el conveni amb la SGAB i els estatuts que han de regir AB-SEM.**

És *ratio decidendi* d'aquesta sentència que la SGAB no pot ser soci privat d'AB-SEM atès que se li ha adjudicat la condició de soci privat en base a uns drets d'exclusiva que no ostenta. Segons la sentència, la SGAB no té títol per a prestar el servei d'abastament d'aigua en baixa a l'AMB per la qual cosa la seva continuïtat en la gestió d'AB-SEM perllonga la situació de provisionalitat sense cap justificació.

**ii) El control efectiu d'AB-SEM es troba en mans del soci privat-SGAB.**

Si bé AB-SEM és una empresa mixta, el control de la societat es troba en mans del soci privat atès que la participació de l'AMB és minoritària i no s'han configurat mecanismes significatius per compensar-la.



Cal advertir que el ROAS preveu la possibilitat, com a regla general, atesa la composició públic-privada de les societats d'economia mixta, de que l'ens públic, malgrat la seva participació minoritària, es reservi una major intensitat en el control de la gestió de la societat.

En efecte, com s'ha avançat, l'art. 293.1 del ROAS possibilita preveure en els estatuts la designació d'un delegat de l'ens local, amb les funcions que s'hi estableixin i l'art.287.1 del ROAS, d'acord amb la regla tradicional de l'art.106 del RSCL<sup>34</sup>, permet incorporar en els estatuts la necessitat d'un quòrum especial que exigeixi en tot cas el vot de l'ens local per a l'adopció d'acords sobre l'emissió d'obligacions, augment o reducció del capital social, transformació, fusió o dissolució de la societat i, en general, per a qualsevol modificació dels estatuts socials (com ja hem vist a l'apartat III.4.2 del present informe, aquesta és l'única previsió d'aquest tipus que es va incorporar en els estatuts d'AB-SEM). Finalment, l'art. 104.2 TRRL preveu la possibilitat d'incloure en l'acord constitutiu especialitats internes estructurals i funcionals que exceptuïn la legislació societària en la mesura necessària per a promoure i desenvolupar l'empresa mixta.

**En el cas d'AB-SEM, la participació minoritària de l'AMB, juntament amb l'absència de previsió de mecanismes que permetin compensar aquesta participació minoritària, determina que la presa de decisions quedi en mans del soci privat i per tant, que sigui necessària l'adopció de mesures interventores per aconseguir un control efectiu per part de l'AMB que garanteixi els interessos públics en la situació excepcional en la que es troba AB-SEM.**

La intervenció permet, en aquest sentit, conjugar l'execució de la sentència ferma amb l'obligació d'assegurar la continuïtat del servei, permetent a AB-SEM seguint

---

<sup>34</sup> "1. En la constitución o Estatutos de Empresas mixtas podrá establecerse que el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración sea inferior a la proporción del capital con que participare en la Empresa, salvo en los cinco años anteriores al termino de la misma, en que deberá ser igual o superior".



prestant el servei mentre es realitza el canvi de gestor però sense que aquesta continuï estant controlada pel soci privat il·legalment designat, situació clarament contrària a l'interès públic.

### **iii) L'existència d'interessos contraposats entre la SGAB i l'AMB**

L'execució de la sentència exigeix la dissolució de la societat. La sentència declara que en la valoració de les aportacions de la SGAB no es va utilitzar un mètode de valoració fiable i que va aportar drets que no podia aportar (bé perquè no n'era titular, bé perquè es troben afectes a un altre servei públic).

L'existència d'interessos contraposats entre el soci privat i públic és clara. No obstant, l'AMB no disposa del control intern necessari per a fer valer els interessos públics durant un període que és decisiu per a la futura gestió del servei. En efecte, el Consell d'Administració es troba dominat per la SGAB i la quota de participació de l'AMB no li permet tenir capacitat de decisió.

### **iv) L'existència d'un historial de conflictivitat de la SGAB amb l'AMB**

La desobediència de la SGAB de les ordres de l'AMB, l'oposició a donar determinada informació lligada amb la concessió i, en general, els obstacles constants que posa la SGAB al normal exercici de les potestats de fiscalització i control de l'AMB podrien justificar per sí mateixa la intervenció atès que es tractaria d'incompliments greus del concessionari.

En aquest punt convé recordar la ja esmentada sentència del TSJ de Cantàbria de l'any 2004, que responent als arguments de l'actora contra la substitució del Consell d'Administració en el sentit que el que pretén l'Ajuntament és el control dels òrgans directius i del personal de la societat mixta, amb el consegüent desapoderament del soci privat, declara aquesta substitució dels càrrecs i en definitiva la presa de control municipal, no és un fi en si mateix, sinó *“un instrumento para la adecuada gestión*



*del servicio que no puede descansar exclusivamente en las decisiones de una de las partes del contrato, máxime cuando ambas no actúan de consuno sino que existent graves diferencias entre las mismas”.*

Les diferències entre concessionari i Administració titular com a causa de la intervenció o segrest del servei, les trobem també a la sentència del TSJ D'Andalusia (seu de Sevilla) de 29 de maig de 2007 (rca núm. 550/2004) que va declarar ajustada la pròrroga de l'acord de segrest de la concessió administrativa del por esportiu anomenat “Puerto Sherry”, en el terme municipal del Puerto de Santa María.

En aquest cas l'empresa concessionària s'havia declarat en fallida voluntària, amb sol·licitud de continuació de l'activitat, i la fallida encara no havia estat declarada i per tant, encara no concorria causa de resolució de la concessió. L'Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz va decidir intervenir o segrestar el servei, i la sentència considera acreditat que **la situació de conflicte permanent entre els membres del comitè d'incautació, i d'aquests amb l'Administració que el presidia**, afectaven greument al servei.

En qualsevol cas, les dificultats en la relació entre el soci privat i el públic és un altre element que justifica la necessitat d'adoptar aquesta mesura per tal d'assegurar – en compliment de la sentència – una ordenada liquidació i prompte canvi de gestor sense la obstrucció per part del soci privat.

En conclusió, atès que tant el conveni amb la SGAB com la constitució de la mixta i els seus estatuts es trobarien anul·lats per sentència ferma, cal adoptar mesures immediates per a donar fi a la situació privilegiada i contraria a la legalitat de la SGAB com a soci privat, assumint l'AMB el control durant el període transitori fins a la seva extinció o, si escau, reestructuració corporativa en els termes que hem vist, per tal d'assegurar els interessos públics durant els últims mesos de vida de la societat i el correcte traspàs de la gestió del servei al nou gestor.



L'AMB haurà d'acreditar que la mesura és proporcionada, en el sentit que és necessària i que no existeix un altre mitjà menys oneros que permeti aconseguir idèntic objectiu. És a dir, que l'interès públic que justifica la mesura no es pot aconseguir ni mitjançant l'exercici de les potestats de fiscalització externa que preveu el ROAS, esmentades en l'anterior subapartat, ni mitjançant els mecanismes de control intern que permet el dret mercantil. En aquest darrer sentit una raó poderosa al respecte és la necessitat que és garanteixi l'abstenció necessària del soci privat en el conflicte d'interès permanent en què es trobarà a conseqüència de la resolució judicial.

*c) Procediment i òrgan competent per acordar la intervenció*

Si la intervenció s'adopta com a mesura provisional en virtut de l'article 56 LPACAP, el procediment i l'òrgan competent per la seva adopció són els que resultin de la seva regulació. En tot cas, s'ha de tenir en compte que, si per l'adopció de la mesura provisional s'atorga tràmit d'audiència, les diferències de tramitació respecte a les previsions de l'article 255 del ROAS són mínimes.

En efecte, segons l'art. 56 LPACAP, les mesures provisionals es poden adoptar, tant iniciat el procediment (a l'acord d'inici o posteriorment), com abans de la seva iniciació. En aquest darrer cas, i com ja s'ha avançat, serà necessari acreditar que concorre una "urgència inajornable" i que la seva adopció és necessària "per a la protecció provisional dels interessos implicats". **A més, també pel cas de que s'adoptin abans de l'inici del procediment, el precepte exigeix que aquestes siguin confirmades, modificades o aixecades en l'acord d'iniciació, que s'ha d'efectuar dins dels 15 dies seqüents a la seva adopció,** i podrà ser objecte del recurs que escaigui. En cas que no es compleixin aquests dos requisits (pronunciament exprés sobre les mesures i inici del procediment en 15 dies), les mesures quedaran sense efecte:



*“2.- Abans de la iniciació del procediment administratiu, l'òrgan competent per iniciar o instruir el procediment, d'ofici o a instància de part, en els casos d'urgència inajornable i per a la protecció provisional dels interessos implicats, pot adoptar de manera motivada les mesures provisionals que siguin necessàries i proporcionades. Les mesures provisionals han de ser confirmades, modificades o aixecades en l'acord d'iniciació del procediment, que s'ha d'efectuar dins dels quinze dies següents a la seva adopció, el qual pot ser objecte del recurs que escaigui. En tot cas, les mesures esmentades queden sense efecte si no s'inicia el procediment en el termini esmentat o quan l'acord d'iniciació no contingui un pronunciament exprés sobre aquestes mesures”*

**Com es pot apreciar, l'art. 56 no preveu un tràmit d'audiència previ a l'adopció de la mesura provisional**, ni en el supòsit d'adopció anticipada -el que és perfectament comprensible atès que estem davant de casos que presenten una **urgència inajornable**- ni tampoc quan s'adopta amb l'acord d'inici o durant la tramitació del procediment.

Davant d'aquest manca de previsió legal (tampoc l'article 72 de la Llei 30/92 preveia el tràmit) es poden trobar pronunciaments judicials (i també doctrinals) en els dos sentits. I així ho recull Marina Jalvo, B. a la seva monografia ja esmentada (*Medidas provisionales en la actividad administrativa*, pàg. 103): *“En la jurisprudencia, y en ausencia de pronunciamiento legal al respecto, es posible encontrar pronunciamientos muy distintos sobre este particular”*. No obstant, tot seguit afirma que, per regla general, la necessitat del tràmit només s'afirma quan no existeixen elements de judici suficients que permetin decidir sobre l'oportunitat de la mesura; és a dir, que en cas contrari, quan aquests elements si existeixen, els Tribunals es decanten per la manca de necessitat d'atorgar audiència a l'interessat.

En moltes ocasions el Tribunals justifiquen l'absència del tràmit d'audiència previ a l'adopció de la mesura, entre d'altres arguments, per tal d'assegurar que la mesura



provisional no perdi la seva eficàcia; i en tot cas, segons el Tribunal Suprem, **l'adopció de mesures provisionals sense audiència a l'interessat no vulnera per sí mateixa el dret de defensa** *“pues encuentra justificación en su propia naturaleza, ante la hipótesis no descartable de situaciones urgentes en que sea necesaria su adopción para prevenir la lesión de los bienes jurídicos en peligro salvaguardándose los referidos derechos en los trámites procedimentales posteriores...”* (STS de 17 de juliol del 2000, recurs núm. 2757/1993).

Per la seva banda, el Tribunal Constitucional, en la seva sentència 14/1992 que a la vegada invoca la interlocutòria 186/1983 del mateix TC- declara el següent al seu FJ Setè:

*“el embargo preventivo decretado “inaudita parte deuditoris” no merece reparo de inconstitucional, pues no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido, **ni es forzoso que se oiga con antelación a quien lo sufre.***

*... la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar y siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a una tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución, pues la tutela judicial, no es tal sin las medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.”*

No obstant, **s'haurà de justificar que existeix la urgència que impedeix escoltar l'interessat** (STS de 15 de juliol de 2009, recurs núm. 5357/2004):

*“La necesaria audiencia previa aparece directamente relacionada con el deber de motivar la medida, que sólo por razones de inaplazable urgencia cabría adoptar inaudita parte, pero siempre mediante explícita justificación, de la que,*





*según hemos señalado en el fundamento anterior, carece la decisión impugnada...”*

La doctrina de forma molt majoritària entén que excepte que concorri aquesta urgència, s'ha de donar audiència a l'interessat. Si bé hi ha alguna sentència, com la ja esmentada del TSJ d'Andalusia (Seu a Sevilla) de 29 de maig de 2007, que va declarar ajustada a dret la pròrroga d'un segrest d'una concessió de servei d'un port esportiu, sense procediment i sense tràmit d'audiència, en base a la manca d'indefensió material, i a que no es tractava d'una sanció. En aquest cas, no s'esmentava l'art. 72 de la Llei 30/92, como a fonament legal de la mesura, i potser per això el Tribunal no analitza la concurrència de l'element de la urgència, però el que és clar és que declara ajustat a dret l'acte impugnat, adoptat sense audiència de l'interessat.

També hi ha sentències que supediten la seva decisió a la naturalesa, caràcter i funció de cada procediment o actuació **atenent al cas concret**, de manera que no en tots els casos són possibles els mateixos tràmits i garanties (STS de 20 de març de 2012, recurs núm. 1501/2008).

Així doncs, la conclusió seria que **l'absència del tràmit d'audiència previ a l'adopció de la mesura provisional es justificaria únicament en casos d'urgència inajornable (a vegades es parla fins i tot d'immediatesa), ben motivada.**

**No obstant, tampoc es pot obviar que l'article 56 LPACAP no la preveu i que la jurisprudència ha declarat que el tràmit d'audiència no ha de posar en risc l'efectivitat de la mesura, que si existeixen elements de judici suficients per prendre la decisió la mesura provisional es pot adoptar sense audiència, i que la seva adopció sense aquest tràmit, no suposa per definició o de manera automàtica la vulneració del dret de defensa l'art. 24 CE.**



Per la seva banda, l'art. 255 del ROAS regula el procediment per a la intervenció de la següent manera:

*“255.1 La circumstància o el fet que determina la intervenció del servei han de ser acreditats en un informe tècnic que adverteixi de la situació de la pertorbació o de la lesió que posa en perill la bona prestació del servei.*

*255.2 Aquest informe, juntament amb la resolució del president de la corporació d'iniciació de l'expedient, s'ha de traslladar al concessionari perquè, en el termini de quinze dies, al·legui el que consideri convenient als seus interessos.*

*255.3 Si el ple de la corporació atengués les circumstàncies tècniques i jurídiques que poden determinar la intervenció, com a conseqüència de l'incompliment del concessionari, li ha d'advertir que, en el cas que no corregeixi la situació irregular en el termini de temps adequat i suficient que per a això es fixi, portarà a terme la intervenció”.*

Així doncs, el procediment s'inicia amb una resolució d'incoació del president o presidenta de l'AMB, acompanyada d'un informe tècnic acreditatiu de la situació justificadora de la intervenció. El procediment continua amb un tràmit d'audiència al concessionari de 15 dies i acaba amb un acord del Consell Metropolità que en aquest cas, no haurà de contenir advertiment al concessionari atès que el risc de pertorbació del servei no deriva d'un incompliment contractual.

### **IV.3.- Recapitulació i recomanació d'actuacions**

Tant la regulació del procediment administratiu comú com la normativa en matèria de serveis locals preveuen mecanismes que permeten a l'AMB controlar en major o menor intensitat la gestió del servei per part d'AB-SEM.



L'art. 56 LPACAP, del procediment administratiu comú, habilita a l'AMB a adoptar mesures provisionals en el marc dels procediments de liquidació del Conveni amb la SGAB i d'establiment del servei i canvi del mode de gestió del servei que permetin controlar l'adopció de determinades decisions en el sí d'AB-SEM per tal d'assegurar l'eficàcia de la resolució final i la protecció dels interessos públics implicats en els citats procediments.

La garantia o assegurament de l'eficàcia de les resolucions definitives, s'ha d'interpretar en sentit ampli, és a dir, que les mesures poden tenir per finalitat: assegurar l'obtenció de la prova necessària per dictar les resolucions, que no es mantinguin els efectes de les infraccions (en aquest cas, la violació de la competència per l'adjudicació directa del contracte), i en definitiva l'efectivitat de l'assoliment dels interessos generals perseguits amb els diferents procediments. En resum, la funció de les mesures provisionals no es limita a garantir l'execució o efectivitat de la resolució que posa fi al procediment, sinó que també s'estén a la protecció dels interessos públics perseguits i tutelats durant aquest o dit, en altres paraules, les mesures provisionals tenen per finalitat garantir l'exercici de les potestats i funcions atribuïdes a l'Administració de manera que l'interès públic que es vol protegir o defensar en un determinat procediment no es vegi perjudicat.

Les mesures de policia o de control previstes a la legislació sectorial - en aquest cas, règim local en general, ROAS, i contractació- es poden adoptar com a mesures provisionals de l'article 56 LPACAP, per a garantir l'eficàcia de les resolucions que s'hagin d'adoptar en els diferents procediments. I entre aquestes mesures està la intervenció del servei.

L'adopció de qualsevol mesura provisional ha de respectar els principis d'efectivitat, proporcionalitat i menor onerositat, i ha d'estar motivada (especialment si s'adopta abans de l'inici del procediment i sense atorgar tràmit d'audiència a l'interessat); per tant, l'informe o informes previs justificatius de la mesura tant pel que fa a la seva



necessitat per garantir l'eficàcia de la resolució que es dicti en els esmentats procediments, com al compliment dels esmentats principis, resulta imprescindible.

La mesura es pot adoptar abans de l'inici dels procediments per l'òrgan competent per incoar-los o l'instructor, però haurà de ser ratificada, modificada o aixecada en el termini màxim de 15 dies des de la seva adopció, a l'acord d'inici del procediment. En aquests supòsits, que tenen la seva justificació en l'existència **d'urgència inajornable**, que haurà de ser degudament motivada, no és necessari atorgar el tràmit d'audiència a l'interessat.

En el cas que la mesura s'adopti a l'acord d'inici del procediment, l'òrgan competent per a la seva adopció és el competent per resoldre el procediment, i l'article 56.1 LPACAP tampoc preveu la celebració del tràmit d'audiència, però en aquests casos tant la jurisprudència com la doctrina no són unànimes. El resum que podríem fer és que, amb caràcter general, si no hi ha urgència que ho justifiqui, s'ha de donar audiència. Ara bé, la jurisprudència diu que la seva pràctica no pot posar en perill l'efectivitat de la mesura provisional, i que la manca del tràmit (especialment al no estar legalment previst) no suposa *per se* la vulneració del dret defensa. També s'ha de destacar que recents sentències així com la doctrina defensen l'anàlisi cas per cas.

Si com aquí es proposa, el fonament legal de la intervenció és l'article 56 LPACAP i per tant s'adopta como a mesura provisional, malgrat que també en aquest cas la intervenció perseguiria garantir la continuïtat i bona qualitat del servei i la defensa dels interessos legítims dels usuaris, la seva finalitat principal seria assegurar l'eficàcia de les resolucions que es dictin en els procediments de liquidació del contracte, establiment d'un nou servei i aprovació d'una nova forma de gestió.



## V.- CONCLUSIONS

**Primera.-** En el procés de creació de la societat AB-SEM, en allò que correspon a la fase estrictament de constitució de la societat mitjançant la celebració del contracte de societat, l'atorgament de l'escriptura pública corresponent i la inscripció en el Registre Mercantil, resulten sobretot elements crítics la realitat i valoració de les aportacions socials no dineràries efectuades per les entitats fundadores, AMB i SGAB, a la vista del caràcter apriorístic i convencional en què es va produir la determinació del valor d'aquestes aportacions.

**Segona.-** Aquest fet és significatiu per raons diverses en relació a la integració del capital duta a terme per cadascuna de les entitats fundadores. En el cas de l'AMB resulta impropí que la valoració de l'aportació no dinerària efectuada (la cessió des del moment de la constitució de la societat i fins el 2 de juny de 2047 del dret d'ús de les instal·lacions i infraestructures vinculades als serveis públics de depuració d'aigües residuals i de reutilització d'aigües depurades) s'efectués principalment tenint en compte el descompte dels fluxos de caixa d'un negoci (el de la societat "Tractament Metropolità de Fangs, S.L.") el qual ni es podia aportar en el moment de la fundació d'AB-SEM, ni hi havia un compromís nítid d'ulterior aportació. A més també resulta impropí que no es fes cap esment en l'informe preceptiu dels experts independents.

**Tercera.-** En relació a les aportacions no dineràries efectuades per SGAB es detecten, com a mínim, dos extrems discutibles. El primer és la possible infracció de l'article 58.2 de la LSC que prohibeix l'aportació de serveis a capital, en la mesura que aquestes s'han pogut produir, atès que en el cas que ens ocupa ha estat aportada una quota indivisa d'un conjunt patrimonial en el qual poden haver-hi elements d'aquesta mena. El segon és el fet de recórrer a la fundació retardada (adquisició d'actius del soci) en lloc d'aportació a capital, amb l'efecte de no haver de discernir, ni acreditar, els passius associats als actius aportats, substituint-los pel preu degut per una compravenda.



**Quarta.-** La sentència del TSJCAT núm. 126/2016, de 9 de març de 2016 declara que, abans dels acords anul·lats, la SGAB no tenia títol habilitant per la prestació del servei d'abastament domiciliari o en baixa en l'àmbit metropolità ni tampoc en la major part dels seus municipis, inclòs Barcelona.

**Cinquena.-** La posició de la SGAB respecte a l'esmentat servei és qualificada pel Tribunal de concessionari tàcit o de fet, tot afegint que genera una relació jurídica amb l'AMB, i que tractant-se d'una prestació precària, l'Administració titular del servei la podia extingir en qualsevol moment.

**Sisena.-** La manca de títol habilitant de la SGAB és determinant de la decisió de les sentències (*ratio decidendi*) i per tant, una vegada aquestes siguin fermes, és cosa jutjada material.

**Setena.-** Els acords metropolitans anul·lats van posar fi a la situació provisoriosa de la SGAB i per tant ja no cal posar fi a aquesta. No hi ha cap justificació perquè l'AMB amb la liquidació del contracte retorni a la SGAB a la seva posició de concessionari tàcit o precari. L'estricta legalitat i les regles de la competència, obligatòries pel dret comunitari i intern, impedeixen que sense celebració i adjudicació prèvia de cap concurs, el gestor del nou servei metropolità sigui la SGAB, ni per si mateixa ni integrada sense licitació en una societat d'economia mixta.

**Vuitena.-** És necessari tramitar un procediment d'establiment del servei i determinació de la forma de gestió. L'expedient ha de constar d'una memòria justificativa, un projecte d'establiment i un reglament que estableixi el règim jurídic de la prestació.

**Novena.-** La memòria i el projecte de servei han de contenir les justificacions de conveniència i interès públic, socials, tècniques, jurídiques i financeres; les característiques del servei i el seu àmbit territorial, la seva forma de gestió; les obres,



béns i instal·lacions que en formen part, delimitant les instal·lacions de subministrament domiciliari o en baixa que integren el servei, i distingint-les de les instal·lacions de l'Annex I TRLAC que pertanyen a la xarxa Ter-Llobregat, de titularitat autonòmica; l'estudi econòmic financer i, si s'escau, les tarifes a percebre dels usuaris; en el supòsit de prestació per gestió indirecta, el cànon o la participació que ha de percebre l'ens local, i la compensació econòmica que, si s'escau, aquest hagi de satisfer; així com el règim estatutari dels usuaris.

**Desena.-** El procediment d'establiment del servei s'ha de coordinar amb el de la liquidació del contracte. Aquesta coordinació és complexa però pot resumir-se en que en la memòria per a l'establiment del servei i determinació del mode de gestió ha de fer-se una valoració de les aportacions efectivament realitzades en el moment de constitució de d'AB-SEM i una proposta del que serà la restitució de les aportacions respectives o quota de liquidació. Aquesta proposta es trasllada a la liquidació del contracte i, aprovada definitivament, vincularà els acords societaris.

**Onzena.-** Les sentències que anul·len els acords metropolitans declaren com a *obiter dictum que* l'AMB hauria d'indemnitzar a la SGAB la xarxa de distribució en baixa en la part no amortitzada d'aquest immobilitzat. Òbviament no es pot entendre mai com no amortitzada la part d'aquesta xarxa que hagués estat cedida a l'Administració o hagués estat finançada pels usuaris a través de les tarifes. Això és coherent amb les sentències sobre la indemnització al concessionari tàcit pel cessament de la seva activitat, que es pronuncien en el sentit que dita indemnització ha de comprendre les instal·lacions i béns afectes al servei que no hagin estat amortitzats, però en cap cas el lucre cessant, per l'exercici futur d'una activitat per la que no es disposa de títol habilitant i per tant de cap dret.

**Dotzena.-** En la valoració dels béns s'ha de contemplar de manera singular la problemàtica dels municipis de Begues, El Papiol, Pallejà, Sant Climent de Llobregat, Santa Coloma de Cervelló i Torrelles de Llobregat. En aquests municipis la SGAB tenia concessions de serveis -atorgades per l'Ajuntament- a les que va



renunciar en el moment en que es va constituir l'empresa mixta metropolitana i que en el context de la creació d'un servei metropolità s'ha d'analitzar si poden reviure, sense perjudici que en l'anàlisi de la indemnització que pugui correspondre a la SGAB s'hagin d'estudiar les esmentades concessions i el seu valor econòmic, incloent és clar l'anàlisi de la legalitat de la seva adjudicació i la intervenció de l'AMB.

**Tretzena.-** Els efectes immediats de l'anul·lació del contracte són que aquest entra en liquidació i ha d'ordenar-se la restitució recíproca entre les parts de les coses que haguessin rebut i, si com és el cas, atès que determinats béns aportats per la SGAB estan afectats al servei, això no fos possible, el seu valor.

**Catorzena.-** Malgrat l'anul·lació del contracte o conveni, per tal de garantir la prestació del servei es podran mantenir els efectes del contracte, sota les seves mateixes clàusules (mateixes prestacions i mateixa retribució) fins que hi hagi un nou gestor. Aquesta continuïtat, no impedeix que es reforci el control públic sobre la societat.

**Quinzena.-** Ara bé la fermesa de la sentència del TSJCAT, núm. 126/2016, de 9 de març que declara la nul·litat d'uns acords en virtut dels quals ha estat constituïda la societat AB-SEM, malgrat allò que disposa l'article 35.1 del TRLCSP (la declaració de nul·litat de l'adjudicació d'un contracte, quan sigui ferma, implica la del mateix contracte que entrarà en fase de liquidació) no es pot propagar immediatament sobre la referida societat, entrant en liquidació. La substantivitat subjectiva d'una societat actuant en el tràfic requereix que, per a procedir a la seva liquidació, es determini si la sentència al·ludida representa una causa de nul·litat o constitueix una causa de dissolució.

**Setzena.-** Segons la nostra anàlisi, la fermesa de la resolució judicial no constitueix una causa de nul·litat, sinó de dissolució (*"impossibilitat manifesta d'aconseguir el fi social"*) que condueix a la liquidació de la societat i finalment a la seva extinció. No obstant, i per bé que hi ha diverses formes d'executar la liquidació, si l'AMB arriba a





la conclusió que la forma de gestió del nou servei establert ha de ser una societat anònima íntegrament metropolitana, aleshores per aplicació del ROAS s'ha de conservar la societat existent (i) remouent la causa de dissolució, (ii) assignant-li un nou objecte (la prestació del servei del cicle integral de l'aigua renovat) i (iii) procedir a convertir-la en una societat de capital íntegrament públic, amortitzant el capital privat prèvia devolució de les aportacions que corresponguin. Ulteriorment aquesta societat de capital íntegrament públic pot ser transformada, si escau, en una "Entitat Pública Empresarial Local" conservant la seva personalitat jurídica.

**Dissetena.-** En el marc de la liquidació o en el d'aquesta reorganització corporativa, AB-SEM haurà de satisfer el passiu corresponent a l'emissió de bons efectuada per disposar dels fons necessaris per pagar el preu de la fundació retardada a la SGAB, doncs resulta difícil transferir aquesta responsabilitat a la SGAB atès que, de conformitat amb el Prospecte d'emissió d'aquests bons, la SGAB només hauria d'assumir-la si recuperés la prestació del servei d'abastament d'aigua en baixa, la qual cosa, com hem analitzat, és impossible.

**Divuitena.-** L'art. 56 LPACAP, habilita a l'AMB a adoptar mesures provisionals en el marc dels procediments de liquidació del Conveni amb la SGAB i d'establiment del servei i canvi del mode de gestió del servei que permetin controlar l'adopció de determinades decisions en el sí d'AB-SEM per tal d'assegurar l'eficàcia de la resolució final i la protecció dels interessos públics implicats en els citats procediments.

**Dinovena.-** Les mesures de policia o de control previstes a la legislació sectorial - en aquest cas, règim local en general, ROAS, i contractació- es poden adoptar com a mesures provisionals de l'esmentat article 56. I entre aquestes mesures està la intervenció del servei.

**Vintena.-** L'adopció de qualsevol mesura provisional ha de respectar els principis d'efectivitat, proporcionalitat i menor onerositat, i ha d'estar motivada (especialment



si s'adopta abans de l'inici dels procediments per a l'establiment del servei i canvi de forma de gestió i de liquidació del contracte i sense atorgar tràmit d'audiència a l'interessat); per tant, l'informe o informes previs justificatius de la mesura tant pel que fa a la seva necessitat per garantir l'eficàcia de la resolució que es dicti en els esmentats procediments, com al compliment dels esmentats principis, resulten imprescindibles.

Barcelona a 20 de desembre de 2019

Carlos Menéndez

Isabel Caro-Patón

Joaquim Bisbal

## **LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO ESTIMATORIAS DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN DE SGAB-AB CONTRA LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA POR LAS QUE SE ANULARON LOS ACUERDOS METROPOLITANOS DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2012 Y 21 DE MAYO DE 2013**

Las cuatro sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2019, estiman el recurso de casación interpuesto por la SGAB y Aigües de Barcelona, empresa metropolitana del ciclo del agua (AB) contra las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de marzo de 2016 que habían anulado los Acuerdos del Área Metropolitana de Barcelona de 6 de noviembre de 2012 y 21 de mayo de 2013.

Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia, ahora casadas por el Tribunal Supremo, habían declarado que no se había justificado que concurrieran razones suficientes para realizar una adjudicación directa y que existían claras insuficiencias de motivación del estudio económico-financiero del expediente tanto en lo relativo a la valoración de las aportaciones, como al no haberse valorado en modo alguno el coste que hubiera tenido para la Administración sacar a concurso la condición de socio privado, en lugar de adjudicársela directamente y sin concurso a la SGAB.

Además, en el proceso ante el TSJC, había quedado probado (de hecho lo declaró ante la Sala uno de los firmantes de la Memoria del servicio, aunque no lo recoja expresamente la sentencia) que la valoración efectiva de las aportaciones de la SGAB no la había hecho la Administración titular del servicio sino la propia SGAB y que la atribución de las participaciones en la sociedad mixta no obedecía realmente ni al método de descuentos de flujos de caja ni a la valoración de los activos aportados, sino a un acuerdo entre las partes o, para ser más precisos, a la “*decisión*” del AMB que quería un 15% (de ahí la increíble coincidencia exacta del resultado de la valoración por uno y otro de los métodos mencionados).



## Síntesis de las cuatro sentencias

Las cuatro sentencias del Tribunal Supremo tienen una redacción y una estructura prácticamente idénticas. Esto resulta llamativo porque cada sentencia resuelve un recurso de casación distinto y tiene un magistrado ponente distinto, pero es injustificable cuando, en dos de los cuatros recursos, las empresas de la competencia favorecidas por la sentencia de instancia presentaron escritos de oposición a los recursos de casación obviamente distintos. De hecho, las sentencias estiman el recurso de casación sin analizar en absoluto los motivos de oposición formulados por Aqualia y Acciona Agua, a cada uno de los recursos.

Al no analizar los motivos de oposición, el TS ha confirmado la validez de los acuerdos impugnados sólo en atención al escrito del recurso de casación presentado por el Grupo Agbar. Esto ha determinado, por un lado, que acepte su relato de hechos de forma acrítica sin contrastarlo ni con el expediente administrativo ni con los hechos probados según la sentencia de instancia. Y, por otro, que el TS se ha limitado a analizar si la SGAB tenía o no derecho de exclusiva, pero no efectúa pronunciamiento alguno sobre la absolutamente insuficiente motivación económico-financiera de los acuerdos, pese a que era un aspecto destacado por la sentencia de instancia, que se declara probado y que tuvo relevancia anulatoria. Y tampoco se pronuncia sobre los distintos motivos de anulación de los acuerdos aducidos en la instancia por las empresas recurrentes.

Es más, el auténtico objeto del debate (si la excepción licitatoria era o no de aplicación) queda alterado, llegando incluso a obviar el contenido de los propios actos impugnados que partían sin ningún género de dudas de la metropolitanización del servicio de abastecimiento domiciliario o en baja de agua potable, y a partir del acuerdo de 21 de mayo de 2013 de que la concesión de 1953 y la ETAP de Sant Joan Despí no formaban parte del servicio del ciclo integral metropolitano sino del servicio público autonómico de abastecimiento en alta Ter-Llobregat.



Finalmente, las sentencias del TS tampoco hacen la más mínima mención al hecho harto significativo de que el AMB había aceptado las sentencias del TSJCAT y no se había personado en la casación a defender la legalidad de sus acuerdos.

**La primera contradicción: el TS dice que no puede entrar en los hechos probados y sin embargo posteriormente declara ajustados a derecho los acuerdos impugnados pese que el TSJC declaró que no se había analizado el coste que tendría licitar la condición de socio privado de la empresa mixta**

La sentencia dictada en la instancia anuló los acuerdos, fundamentalmente, por vulneración de la normativa de contratación pública al no estar acreditado que la SGAB tuviera derechos de exclusiva que impidieran promover la competencia. Pero la sentencia también constata -y declara que es un hecho probado- **la insuficiencia de la motivación económico-financiera de los acuerdos.** Para el TSJC la ausencia de motivación se debía principalmente a que no se había valorado el coste de promover la concurrencia, así como al modo en que se habían valorado los derechos de la SGAB; insuficiencia de valoración que se proyectaba también sobre otras cuestiones y, particularmente, sobre el canon concesional y sobre la adquisición a la SGAB de un *know how* que podría ser aportado por otras empresas del sector en un procedimiento de concurrencia competitiva.

Pues bien, concretamente respecto a la falta de valoración del coste que hubiera tenido expropiar los derechos de la SGAB con el fin de promover la concurrencia **resulta abiertamente contradictorio que el Tribunal Supremo declare que no puede alterar la valoración probatoria del TSJC y que, sin embargo, considere ajustados a derecho los acuerdos impugnados sin matices de ningún tipo.**

Las expresiones utilizadas por el TS cuando analiza esta cuestión no dejan lugar a dudas (páginas 19 a 22 STS 162/2019, FJ Sexto):

*“Insistimos, pues, en que cualquiera que sea nuestro parecer sobre los razonamientos jurídicos de la sentencia, sin embargo, **la valoración probatoria llevada a cabo por la***



***misma no podemos alterarla***, por lo que el motivo decae”. Y antes ya ha dicho que “Los razonamientos jurídicos de la sentencia sobre estos extremos los encontramos en el Fundamento Jurídico dedicado a la “Valoración del coste económico justificativo de la renuncia a la competencia” en el que la sentencia reclama, para la aplicación de los citados preceptos de excepción, “una motivación sobre cuál es el coste económico que permite aseverar de antemano que los posibles competidores no pueden estar interesados en concurrir a la licitación”.

Y añade que **“No podemos proceder a variar las conclusiones –en este supuesto de carácter negativo- de la Sala de instancia ... bastando al respecto con la reiteración de nuestra conocida jurisprudencia sobre estos extremos probatorios”,** reproduciendo a continuación diversas sentencias que declaran la imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, en un recurso de casación.

Así pues, si los hechos probados no se podían alterar, los acuerdos metropolitanos debían permanecer anulados si bien sólo por uno de los motivos declarados por el TSJC: la falta de justificación de la posibilidad de promover la concurrencia.

### **El Tribunal Supremo deja sin analizar importantes cuestiones relativas al contenido económico del Convenio**

Al no entrar en los hechos probados de la sentencia, ni en la prueba practicada, el Tribunal Supremo omite analizar todos los motivos de impugnación relativos al contenido económico del Convenio que habían sido puestos de manifiesto por los recurrentes en la instancia, limitándose a declararlos ajustados a derecho sin más.

Así, no se analiza la valoración de las aportaciones no dinerarias a la nueva sociedad, cuando es indiscutido que más allá del derecho de exclusiva que pudiera ostentar la SGAB, la ETAP de Sant Joan Despí forma parte de un servicio público distinto. Y tampoco se analiza el hecho indiscutido de que, como ni la concesión ni sus



instalaciones (en particular la ETAP de SJD) se podían transferir, en lugar de transmitir la titularidad de las mismas se constituyó un derecho real de usufructo a favor de la empresa mixta. Nada se dice tampoco respecto al hecho también acreditado en la instancia consistente en que la ósmosis inversa de la ETAP de Sant Joan Despí, cuyo coste superaba los 60 millones de euros, y sin la que no podía cumplirse la normativa sanitaria, fue pagada no por la SGAB, sino por motivos que se desconocen por la empresa pública ATLL, tal como puso de relieve la Sindicatura de Comptes de la Generalitat en su informe 14/2015, Aguas Ter Llobregat, ejercicios 2010 y 2011, aprobado el 22 de junio de 2015

Particular gravedad reviste el hecho de que el Tribunal Supremo omita por completo que tanto el Convenio en su artículo 14, como los Estatutos de la Sociedad Mixta en su cláusula 19.2 segundo párrafo aprobados por los acuerdos del Consejo Metropolitano establezcan que a la finalización del contrato de gestión los títulos e instalaciones afectados a la actividad de abastecimiento en alta (actividad que, no se olvide, en virtud del acuerdo de 21 de mayo no se realiza como parte del servicio público) *“revertiran a la Generalitat de Catalunya, de conformitat amb la Legislació hidràulica de Catalunya, i segons el que preveu l'article 3 d'aquests Estatuts”*.

**Por tanto, era plenamente ajustado a derecho que el TSJC “no tomase en consideración a efectos de su valoración como integrante de los activos patrimoniales de SGAB al objeto de la protección de sus derechos de exclusiva” una concesión y unas instalaciones adscritas a la prestación de un servicio público distinto -el abastecimiento en alta mediante la red Ter-Llobregat-, y cuya titularidad correspondía a la Generalitat y no al AMB.** Si a ello se le añade el hecho pacífico de que el caudal de la concesión de 1953 era notoria e históricamente insuficiente para abastecer el ámbito metropolitano, la arbitrariedad en la motivación del Tribunal Supremo resulta, si cabe, más evidente.

También ha quedado imprejuizada la privatización del servicio de saneamiento, que fue una cuestión que no llegó a abordar el TSJC, pues anuló los acuerdos impugnados en atención a la falta de derechos de exclusiva de la SGAB y a que no se hubiera valorado la posibilidad de promover la concurrencia. **Esta privatización se llevó a cabo**



**mediante una cesión de activos a la sociedad de economía mixta por 50 millones de euros, cuando estaba demostrado que el valor patrimonial de dichos activos era de 176,465 millones de euros y estaba acreditado que en los 20 años anteriores a la adjudicación se habían realizado inversiones por valor de prácticamente 1000 millones de euros.**

No obstante, como se ha dicho, las SSTS no se pronuncian sobre el contenido económico de los acuerdos puesto que el Tribunal Supremo admite que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha declarado probado que no se ha hecho una valoración sobre el real coste económico de renuncia a la concurrencia y, en un recurso de casación, no cabe modificar la valoración de la prueba hecha en la instancia. Lo que hace el Tribunal Supremo es corregir la valoración jurídica que hizo el TSJC sobre la concesión de aguas de 1953 y declara que este título atribuye a la SGAB un derecho exclusivo a la prestación del servicio de abastecimiento, que se considera suficiente para la adjudicación directa. Esta apreciación es contraria al derecho de la Unión Europea, para el que el procedimiento negociado sin publicidad (o adjudicación directa) es excepcional y exige una valoración transparente de los derechos de exclusiva y de la renuncia a la competencia (o falta de sustituto razonable).

En esta misma línea, la sentencia tampoco aborda las críticas al contenido económico del Convenio que habían realizado los recurrentes en la instancia, pese a que las sentencias del TSJC, sin entrar en todos ellos al considerar que no se daba la excepción licitatoria, sí que proyectaban sus dudas tanto sobre el know-how como sobre el canon concesional de 20 millones de euros anuales en los términos establecidos en la cláusula 7.2 del Convenio, que es la cantidad que revierte en la Administración en tanto que titular del servicio público. Concretamente lo que indicó el TSJC es que produce una situación de duplicidad o doble gravamen que se carga sobre los usuarios. *“Así, por una parte, la SEM adquiere el patrimonio de SGAB, mediante aportación y compraventa del 40%, el cual ha sido valorado por el método de flujos de caja futuros que incorpora el derecho a prestar el servicio hasta 2047.... Y, por otra parte, la SEM abona un canon concesional a la AMB como titular del servicio público cuyo derecho a prestarlo hasta 2047 adquiere de forma constitutiva en virtud del citado Convenio. Todo ello pone de manifiesto que los valores resultantes no son fiables”.*





**En contra del propio contenido de los acuerdos impugnados el Tribunal Supremo se apoya en que el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable no estaba metropolitanizado en 2012**

El Tribunal Supremo se apoya en que la SGAB era la prestadora del servicio de abastecimiento de agua en baja en virtud de una concesión de aguas públicas del río Llobregat que le otorgó el Estado en 1953 según lo previsto en el art. 170 de la Ley de aguas de 1879, y en que el Área Metropolitana de Barcelona, hasta los acuerdos impugnados, no había asumido la titularidad del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable.

Este punto de partida es absolutamente erróneo porque **para todos los actores -y así se desprende de forma inequívoca del expediente administrativo-, era pacífico** que el servicio estaba metropolitanizado con anterioridad a los acuerdos impugnados y era de titularidad pública. Así lo recoge la sentencia de instancia como hecho no controvertido, pues no solo resulta de los acuerdos impugnados sino que la propia SGAB lo afirma expresamente en su escrito de contestación a la demanda.

Las sentencias TSJC califican la metropolitanización como “*cuestión no controvertida*”, y describe como el Consejo Metropolitano en su sesión de 28 de enero de 1982, aprobó el Plan Coordinado de establecimiento y prestación del servicio de suministro de agua, declaró la utilidad pública a los efectos de la Ley de Expropiación Forzosa y ratificó la declaración del interés metropolitano del servicio; y desde ese momento y pese a que no se llegó a otorgar la concesión de servicio a la SGAB, la administración metropolitana empezó a actuar como titular del servicio en baja, lo cual continuó haciendo en adelante, y así lo reconocieron no sólo las partes en la instancia, sino que era el punto de partida de los acuerdos impugnados.

En efecto, hasta el recurso de casación la metropolitanización era pacífica. Y en el mismo sentido, es público y notorio que desde 1987, que es cuando se aprueba el primer reglamento metropolitano de abastecimiento domiciliario (BOP de 16 de mayo de 1987), los sucesivos reglamentos -aprobados en 2003 (BOP de 10 de octubre de 2003) o 2010



(BOP de 06 de mayo de 2010)- han reconocido a la SGAB, en su condición de prestador del servicio o entidad suministradora -si se prefiere de “concesionario de hecho”, la obligación (y por tanto derecho) de prestar el servicio o ampliarlo a quien lo solicite (cfr. art. 13.a) del reglamento de 1987 o art. 10.1 del reglamento de 2003 o art. 11 del reglamento de 2010) e incluso los derechos sobre los nuevos ramales o nuevas infraestructuras que costearan los propietarios en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa urbanística (ver arts. 4 y 35 del Reglamento del servicio metropolitano de abastecimiento domiciliario de 1987). Y es también claro que estas obligaciones no se hubieran podido cumplir en los términos o desde el clausulado de la concesión demanial de 1953.

Por tanto, **constituye una muestra de motivación irracional sostener que, puesto que nunca se ha llegado a regularizar la situación de SGAB como concesionario del servicio municipal y posteriormente metropolitano de distribución en baja de agua potable, el servicio no existió como tal servicio público.**

Para el Tribunal Supremo esta regularización habría exigido necesariamente la expropiación de los derechos de la SGAB y obvia por completo que los intentos de regularización de 1966 y 1983 preveían no la expropiación sino la adjudicación directa de un contrato a la SGAB. Y de hecho, para los acuerdos impugnados la exclusividad de los derechos de la SGAB se apoyaba en los derechos otorgados a la SGAB por los pactos o protocolos de 1983 (para la sentencia del TSJC la situación de la SGAB era precaria o provisoria porque estos pactos o protocolos estaban sujetos a una condición que no se produjo).

En todo caso, con su interpretación, las sentencias del Tribunal Supremo ignoran que la SGAB lleva decenios beneficiándose de toda una serie de actuaciones públicas, en especial el acceso a un importantísimo volumen de agua del que no disponía ni podía disponer, la aprobación de tarifas e inversiones, la atribución de las redes de suministro de agua costeadas por los propietarios en nuevas urbanizaciones, la existencia de sucesivos reglamentos metropolitanos etc.



## **La concesión demanial de 1953 no era el título habilitante para la prestación del servicio**

En contra de lo declarado por el TJSC que consideró que la concesión de 1953 no otorgaba el derecho a la prestación del servicio o, mejor dicho, que lo hacía de forma provisoria y precaria, puesto que la Ley de Régimen Local de 1950 atribuía la titularidad sobre el servicio a los entes locales, la STS dice que para asumir esa competencia era preciso tramitar un expediente de municipalización del servicio y que si eso no se había hecho, correspondía a la SGAB gracias a su concesión de aguas de 1953 la titularidad del servicio de abastecimiento.

Dicha afirmación carece del más mínimo fundamento jurídico puesto que, en el momento en que se otorgó la concesión de aguas públicas, la Ley de Régimen Local de 1950 establecía que la titularidad del servicio de abastecimiento domiciliario o en baja correspondía a los entes locales y por tanto sólo estos podían otorgar el título habilitante para prestar el servicio. Es obvio, y el TSJC no lo niega en modo alguno (y por ello no vulnera ni el artículo 170 de la Ley de Aguas de 1879 ni la DT 1ª del Texto Refundido de la Ley de Aguas) que en 1953 el Estado, o mejor dicho el organismo de cuenca, tenía competencia para otorgar la concesión demanial para abastecimiento a población a una empresa privada que no tuviera título habilitante para prestar el servicio, pero igual de obvio o elemental es que ya no la tenía para otorgar dicho servicio.

El razonamiento del TSJC que, ni niega la competencia del organismo de cuenca para otorgar la concesión de 1953, ni mucho menos sostiene que ésta se haya anulado, era el siguiente: puesto que el agua captada en virtud de dicha concesión, así como la ETAP en la que se trata con carácter previo a su distribución no forman parte del servicio del ciclo integral metropolitano, sino del servicio público autonómico de abastecimiento alta (tal como se desprende sin ningún género de dudas de la legislación autonómica y del propio acuerdo metropolitano de 21 de mayo de 2013 que modifica precisamente en este punto el de noviembre de 2012), ni las propias instalaciones, ni la actividad de producción de agua para su abastecimiento en alta podían ser valoradas para aplicar la excepción licitatoria.



Y, en este sentido, sólo de motivación irracional puede calificarse que la sentencia del Tribunal Supremo pretenda derivar de la Ley autonómica 4/1990 de ordenación del abastecimiento a Barcelona (cuya regulación consta actualmente incorporada al Texto Refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña, aprobado por el decreto legislativo 3/2003) que la concesión de 1953 y la ETAP de Sant Joan Despí formen parte del servicio metropolitano. Esto resulta desmentido por los propios actos administrativos impugnados, que establecen que a la finalización del contrato de gestión los títulos e instalaciones afectados a la actividad de abastecimiento en alta revertirán a la Generalitat.

Es decir, la sentencia de 20 de noviembre no sólo está casando la sentencia de instancia sino que también está de algún modo anulando o dejando sin efecto el acuerdo metropolitano de 21 de mayo de 2013, fruto del pacto entre la Generalitat y el AMB, y por el que se reconocía que la concesión del 53 y la ETAP de Sant Joan Despí quedaban claramente excluidas del servicio del ciclo integral metropolitano, y su titularidad no podía transmitirse a la empresa mixta.

Resulta inexplicable que el TS desconozca la situación del abastecimiento de agua en el ámbito de la AMB, cuando además formaba parte del relato de hechos probados de la sentencia del TSJC.

Además, tampoco queda razonado por qué el Tribunal Supremo se aparta de las consideraciones jurídicas de la sentencia de instancia sobre *la dilución de la equivalencia entre concesionario-distribuidor* (esto es, que la tenencia de una concesión de aguas no habilita para prestar el servicio), cuando estaba probado que los caudales de la concesión de 1953 eran notoriamente insuficientes para el abastecimiento de Barcelona y su cinturón urbano. En 2012, la concesión de 1953 aportaba el 35 % del caudal abastecido y la mayor parte del agua restante derivaba del agua de que disponía la entidad metropolitana y que la SGAB distribuía por aplicación parcial de los protocolos de 1983 respecto de los cuales el TS afirma a estos efectos que *“no llegaron a tener efectividad alguna”*.



## La cuestión del plazo: la segunda contradicción del TS

La sentencia también resulta abiertamente contradictoria cuando niega la eficacia a los protocolos del 83 a los efectos de la metropolitanización y, sin embargo, se la otorga para sostener que la SGAB tenía el servicio de abonados.

Para el TSJC el plazo de 35 años de la concesión no era razonable. Su razonamiento partía de que el art. 23 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2011, dentro de las disposiciones generales aplicables a los contratos del sector público, exige que, para la determinación del plazo, se atiende no sólo a la naturaleza de las prestaciones y a las características de su financiación, sino también a la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las prestaciones. El TSJC constata el incumplimiento del art. 23 TRLCSP y encuentra ahí un vicio de invalidez del contrato. Es importante señalar que el TSJC se limita a aventurar que la razón de la especial duración se vincula a la necesidad de financiar la compra de Sant Joan Despí, pero el vicio que advierte es estrictamente formal y consiste en que no se habían ponderado los criterios legales para la determinación del plazo concesional.

Las sentencias del Tribunal Supremo, sin embargo, señalan que el plazo de 35 años es razonable y se basan para ello, incurriendo en una flagrante contradicción, en los protocolos de 1983 a los que habían negado cualquier tipo de efecto.

Así, como se puede comprobar, tras afirmar en un Fundamento anterior que *el acuerdo de la CMB de 28 de enero de 1982 y el Protocolo de 1983, si bien pusieron de manifiesto la voluntad administrativa de asumir la gestión del servicio, lo cierto es que la propia Administración la sujetó a condiciones que no llegaron a cumplirse y, por lo tanto, **no llegaron a tener efectividad alguna** y solo a través de los actos aquí impugnados, llevados a cabo ya por el AMB y como prestación del servicio del ciclo integral del aguas, se produjo la asunción del servicio ...*” en el Fundamento en el que se defiende la legalidad del plazo el Tribunal Supremo dice que “La recurrida toma como fecha inicial aquella en que efectivamente la Administración metropolitana comenzó su actuación como concedente, **por lo que habrá de estarse al contenido del contrato entre la**



**Corporación Metropolitana de Barcelona y las sociedades hasta entonces titulares del servicio -18 de abril de 1983-**, que acordó que se transfiriera por las sociedades a la CMB la titularidad de las concesiones de aprovechamiento de las aguas públicas para el abastecimiento”.

Barcelona a 20 de diciembre de 2019