

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1.612/2019

Fecha de sentencia: 20/11/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1434/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 30/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera

Bajo

Transcrito por:

Nota:

Resumen

CONSTITUCIÓN DE ENTIDAD PARA SUMINISTRO DEL SERVICIO DE
AGUA. SELECCIÓN DE SOCIO POR PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.
CONCESIÓN PREVIA. VALORACIÓN.

RECURSO CASACION núm.: 1434/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera

Bajo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1612/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 20 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación 1434/2016, formulado por las entidades Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB) y Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Cicle Integral de l'Aigua (AB), representada por el procurador don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal y asistida de los letrados don Santiago Muñoz Machado y doña Marta José Carro Marina, contra la sentencia 126/2016, de 9 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5^a), que estima el Recurso 27/2013, interpuesto por Acciona Agua, S. A., contra:

1. Acuerdo del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), adoptado en su sesión de 6 de noviembre de 2012, por el que se aprobaba (i) el establecimiento y prestación del servicio del ciclo integral del agua, (ii) el establecimiento del sistema de gestión de ese servicio público mediante sociedad de capital mixto bajo la modalidad de convenio con sociedad existente, (iii) los estatutos de la nueva sociedad de capital mixto Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Cicle Integral de l'Aigua (AB), y (iv) el convenio suscrito por Área Metropolitana de Barcelona (AMB) y la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB).

2. El Acuerdo del citado Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), adoptado en su sesión de 21 de mayo de 2013, por el que se aprueban precisiones interpretativas no sustanciales al establecimiento del ciclo integral del agua, modificando parcialmente el anterior Acuerdo de 6 de noviembre de 2012.

La ampliación del recurso contencioso administrativo a este segundo Acuerdo fue admitida por la Sala de instancia mediante Auto de 22 de julio de 2013.

Ha sido parte recurrida la entidad Acciona Agua, S. A., representada por la procuradora doña Gloria Messa Teichman, y asistida de los letrados don Carlos Menéndez Martínez y doña Isabel Caro-Patón Carmona.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se ha seguido el Recurso contencioso administrativo 27/2013, promovido por Acciona Agua, S. A., contra los Acuerdos del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), adoptados en sus sesiones de 6 de noviembre de 2012 y 21 de mayo de 2013, de precedente cita.

SEGUNDO.- El citado Tribunal dictó sentencia 126/2016, de 9 de marzo, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“PRIMERO. Estimar el recurso interpuesto por ACCIONA AGUA, S.A. 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.

SEGUNDO. No procede hacer imposición de costas.”.

La sentencia contiene un Voto Particular formulado por uno de los Magistrados de la Sala en el que se considera que procedía desestimar el recurso y confirmar las resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB) y Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, S. A. (AB), comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formularon, en fecha 31 de mayo de 2016, escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los argumentos que consideraron oportunos, solicitaron a la Sala que, teniendo por presentado el escrito se sirviera admitirlo, se dictara en su día sentencia por la que, estimándolo, case la referida sentencia y, en su lugar, desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los Acuerdos de 6 de noviembre de 2012 y de 21 de mayo de 2013 del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB).

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a la Sección Cuarta de la Sala, por providencia de 7 de julio de 2016 se admitió a trámite el recurso, así como la remisión de los autos a la Sección Séptima de esta Sala para su sustanciación, conforme a la regla de reparto de asuntos.

Mediante nueva providencia de 18 de julio de 2018, y en aplicación de las normas de reparto de la Sala, fueron remitidas las actuaciones nuevamente a la Sección Cuarta.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 11 de octubre de 2016, se procedió a entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera formalizar escrito de oposición al recurso, lo que llevó a cabo la entidad Acciona Agua, S. A. en escrito de fecha 28 de noviembre de 2016, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó a la Sala sentencia por la que se inadmitieran los motivos de casación 1, 2, 3, 4, 5 y 7 y se desestiman los motivos 6 y 8; y, subsidiariamente, se desestimara el recurso en su integridad, confirmándose, en todo caso, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia en el recurso ordinario 27/2013, condenando en costas a las partes recurrentes.

SEXTO.- Mediante providencia de 17 de julio de 2018, rectificada por Diligencia de Ordenación de 11 de octubre de 2018, y en aplicación de las normas de reparto de la Sala fueron remitidas las actuaciones a esta Sección Quinta.

Por providencia de 11 de septiembre de 2019 se señaló para votación y fallo el día 30 de octubre de 2019, fecha en la que, efectivamente, se comenzó la misma, habiendo concluido en fecha de 12 noviembre de 2019.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso de casación 1434/2016 interpuesto por las entidades Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB) y Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, S. A. (AB), contra la sentencia 126/2016, de 9 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5ª), estimatoria del Recurso 27/2013, interpuesto por Acciona Agua, S. A., contra:

1. Acuerdo del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), adoptado en su sesión de 6 de noviembre de 2012, por el que se aprobaba (i) el establecimiento y prestación del servicio del ciclo integral del agua, (ii) el establecimiento del sistema de gestión de ese servicio público mediante sociedad de capital mixto bajo la modalidad de convenio con sociedad existente, (iii) los estatutos de la nueva sociedad de capital mixto Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Cicle Integral de l'Aigua (AB), y (iv) el convenio suscrito por Área Metropolitana de Barcelona (AMB) y la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB). Y contra,

2. El Acuerdo del citado Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), adoptado en su sesión de 21 de mayo de 2013, por el que se aprueban precisiones interpretativas no sustanciales al establecimiento del ciclo integral del agua, modificando parcialmente el anterior Acuerdo de 6 de noviembre de 2012.

La ampliación del recurso contencioso administrativo a este segundo Acuerdo fue admitida por la Sala de instancia mediante Auto de 22 de julio de 2013.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia estimó el Recurso contencioso administrativo formulado por Acciona Agua, S. A., y, se fundamentó para ello, en síntesis, y, por lo que en el recurso de casación interesa, en las siguientes consideraciones, dadas en respuesta al escrito de demanda de la recurrente:

1º. En el Fundamento Jurídico Primero la sentencia concreta la actividad impugnada, así como las alegaciones de las partes intervinientes en el recurso, rechazando, a continuación, en el Segundo, la alegación de inadmisibilidad parcial, que formulara la demandada, por falta de legitimación de la actora.

2º. En el Fundamento Tercero la sentencia de instancia expone la sistemática de análisis de los motivos de impugnación, dejando constancia de

los otros tres recursos seguidos ante la misma Sala, respecto del Acuerdo de 6 de noviembre de 2012 (364, 371 y 404 de 2012), y deliberados conjuntamente.

3º. En el Fundamento Jurídico Cuarto la sentencia realiza un relato histórico, o estudio cronológico, sobre los antecedentes de la distribución de agua en Barcelona y en las localidades de su entorno, desde principios del siglo XX hasta los Acuerdos impugnados, del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), en los que, en síntesis, se constituye la empresa mixta Aguas de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Ciclo Integral del Agua S. A..

4º. Por su parte, en el Fundamento Quinto, deja constancia de la normativa catalana conforme a la cual se inició el expediente (Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, ROAS) ---que se dice controvertida por las codemandadas en la instancia---; así como de las normas de contratación pública de aplicación al caso, cuál era el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

5º. Igualmente, en el mismo Fundamento Quinto, cita la normativa europea de aplicación (Directiva 92/50/CEE, del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, sustituida por la Directiva 2004/18/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004; igualmente, se hace referencia a la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. La aplicación de dicha normativa europea la avala con la cita de las SSTJUE de 6 de abril de 2006 (C-410/04) y 15 de octubre de 2009 (C-196/08), así como con la STC 103/2015, de 28 de mayo, llegando, por todo ello, a la conclusión de que *“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, incluido el caso de selección de socio privado”*.

6º. En el Fundamento Sexto, concreta los preceptos de aplicación al caso del TRLCSP (138.2, 170 a 175, y 180), reproduciendo los dos apartados

de los artículos 170 y 172 del TRLCSP en los que se fundamenta el Acuerdo impugnado del Área Metropolitana de Barcelona para seguir el “*procedimiento negociado*”:

a) 170.d): “*Cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado*”.

b) 172.a): “*Cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta*”.

Partiendo de dichos preceptos, la sentencia expone que la razón en la que se fundó la selección, como socio, de Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB) fue “*la posición que ostenta en el servicio metropolitano de abastecimiento de agua potable en virtud de un conjunto de títulos diversos*”, que particulariza en los siguientes términos:

a) La concesión de aprovechamiento de aguas de 1953 a SGAB (Orden del Ministerio de Obras Públicas de 24 de junio de 1953), con sus ampliaciones de 1957 y 1960.

b) Los derechos de aprovechamientos de aguas privadas de la misma SGAB.

c) Las autorizaciones municipales para llevar a cabo canalizaciones necesarias en la vía pública; y,

d) Protocolos, contratos y convenios suscritos entre SGAB y AMB, así como con diversos municipios del área metropolitana.

La sentencia considera que, sin duda, el título principal determinante de la posición de SGAB, por el que fundamentalmente fue elegida como socio mediante el procedimiento negociado seguido, es la citada concesión de aprovechamiento de aguas de 1953 a SGAB (Orden del Ministerio de Obras Públicas de 24 de junio de 1953), con sus ampliaciones de 1957 y 1960.

7º. Pues bien, en el Fundamento Jurídico Séptimo la sentencia de instancia analiza el citado “*título concesional principal de SGAB*”, que fuera otorgado mediante la Orden ministerial, y en la fecha, mencionadas “*para la captación de aguas superficiales del río Llobregat con destino al abastecimiento*”

de la ciudad de Barcelona con un volumen de 2200 litros por segundo y condicionada a la realización de determinadas obras hidráulicas para la captación y potabilización del agua”.

Se deja constancia en la sentencia que “[e]sta concesión se amplió posteriormente en los años 1957 y 1960, tanto en relación al aprovechamiento (1100 litros y 2000 litros por segundo, respectivamente), como en cuanto al ámbito geográfico (abastecimiento de Barcelona y las poblaciones de su cinturón urbano). El plazo de duración de la concesión es de 99 años”. De la citada concesión, la sentencia de instancia destaca:

1. Que la misma fue otorgada bajo la vigencia de la Ley de Aguas de 1879, norma que ---citando y reproduciendo sus artículos 169, 170 y 171--- “*vinculaba los aprovechamientos de aguas para abastecimiento de poblaciones al servicio de suministro domiciliario, de manera que la concesión de aguas públicas podía ser otorgada a los Ayuntamientos o a empresas privadas, en este caso con la condición de no superar el límite de 99 años y de revertir las obras e instalaciones al Ayuntamiento a la finalización del plazo*”.

2. La incidencia, sobre la Ley de Aguas de 1879, de “*determinadas disposiciones de régimen local*” ---con cita de la Ley Municipal de 1877 y del Real Decreto de 12 de abril de 1924---, de las que destaca la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 ---artículos 101.1.a), 102.b) y 103---, a través de las cuales “*el municipio vino expandiendo sus competencias en materia de captación, potabilización y distribución domiciliaria de aguas, inicialmente en función del tamaño de las poblaciones, pero con tendencia a una progresiva universalización de ciertos servicios mínimos*”. De tal incidencia normativa, fundamentalmente de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Local, la sentencia extraía la siguiente consecuencia:

“... *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*”.

3. Proyectando la citada evolución normativa sobre la concesión de 1953, la Sala alcanza la siguiente conclusión:

Que *“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”*.

4. A continuación, la sentencia de instancia deja constancia del Proyecto de Convenio de 31 de marzo de 1966, que no llegó a suscribirse, entre el Ayuntamiento de Barcelona y SGAB, destacando, no obstante, que en el mismo se incluía *“la distribución domiciliaria de la concesión de aguas superficiales del río Ter para el abastecimiento de Barcelona y poblaciones de su zona de influencia otorgada a favor del Ayuntamiento de Barcelona por resolución del Ministerio de Obras Públicas de fecha 26 de octubre de 1961 (BOE 16 de noviembre de 1961), con un caudal de 6,5 metros cúbicos por segundo, que estaba condicionada al pago de determinadas obras y, por lo que aquí interesa, a la presentación de un estudio de la red de suministro y a la elaboración de un reglamento al que había de ajustarse el servicio de agua potable”*. De ello, la sentencia deduce, pese a no suscribirse el convenio ---y no elaborarse el reglamento--- que *“el título de la SGAB de 1953, de carácter instrumental para la distribución o abastecimiento domiciliario del caudal de dicha concesión y sus ampliaciones de 1957 y 1960, no alcanzaba a la distribución domiciliaria de otros aprovechamientos especiales, como es el caso de la concesión sobre el caudal del Ter a favor del Ayuntamiento, la cual había sido otorgada con el mismo carácter instrumental para el suministro domiciliario de la misma población, lo que redundaba en la debilidad del título esgrimido en el sentido que del mismo no puede derivarse una exclusiva del abastecimiento en baja para Barcelona y algunas poblaciones del área metropolitana, y en este punto resulta notorio que SGAB ha venido distribuyendo caudales que no están incluidos en su concesión demanial”*.

5. La sentencia considera que el aprovechamiento especial regulado en la Ley de Aguas de 1879 (artículo 169) partía del *“presupuesto de*

concesionario único, donde la concesión era instrumental para el abastecimiento, lo cual facultaba al concesionario a realizar la distribución domiciliaria”, considerándolo como “un sistema fragmentario”; modelo de concesionario único que se trasladó a la Ley de Aguas de 1985 y al Reglamento del Dominio Público Hidráulico y que se vio superado por el progresivo aumento de las dotaciones mínimas de garantía por habitante, por el aumento poblacional y por la insuficiencia de las aguas subterráneas.

6. Por todo ello, la sentencia alcanza las siguientes conclusiones sobre este extremo de la concesión de 1953:

a) Que SGAB prestaba el servicio de suministro de aguas al área metropolitana de Barcelona con anterioridad al año 1953.

b) Que, no obstante, la red de distribución se vio ampliada con la concesión de 1953.

c) Que, posteriormente, tal red vino nutriéndose con otras concesiones demaniales (como la de 1961, de titularidad municipal).

d) Que la utilización, de la misma red, para toda la distribución de todos los recursos, diluía la equivalencia concesionario-distribuidor, lo cual se amplía con la normativa posterior y con la desaparición de la fragmentación por municipios de los títulos concesionales. Y, por todo ello concluye el Fundamento Jurídico Séptimo señalando:

“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 parte, como hemos relatado en el fundamento 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”.

8º. En el Fundamento Jurídico Octavo la sentencia impugnada se pronuncia sobre la cuestión relativa al plazo de los derechos concesionales de SGAB, concluyendo en los siguientes términos:

“Por tanto, y si bien la asunción de la titularidad del servicio metropolitano se produce en el Acuerdo de 1982, no se llegó a instaurar la gestión del servicio público de abastecimiento de agua al no poder llevarse a efecto el convenio de 1983. De ello se deriva que no puede aplicarse el límite de 50 años previsto para los contratos de gestión de servicio público, porque no hubo tal contrato, convenio o concesión. La titular del servicio, CMB y después AMB, no estaba vinculada por el título concesional de 1953 de la SGAB, al margen que desde luego puedan existir derechos derivados del título, pues la concesión no había sido otorgada por la Administración con competencia para el servicio de abastecimiento de aguas, tal como ha quedado expuesto”.

9º. Acerca de la posición jurídica de SGAB la sentencia, en su Fundamento Jurídico Noveno, insiste en que SGAB presta el servicio en régimen privado hasta que en 1982 declara dicho servicio de interés metropolitano, siendo, a partir de ese momento, cuando la CMB y luego el AMB han ejercido competencias reglamentarias, tarifarias o de policía propias de la titularidad del servicio; por todo ello, la sentencia señala que *“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”.* Y llega a la conclusión de que *“Esta situación jurídica lógicamente concede unos derechos económicos a SGAB derivados de su titularidad de la red de abastecimiento y de la existencia de un título concesional para la distribución de un caudal determinado de agua, pero en ningún caso le otorga derecho a ser concesionario exclusivo sobre el servicio público de abastecimiento de agua”.*

10º. En relación, en concreto, con las razones justificativas de la excepción de licitación de las resoluciones impugnadas, la sentencia, en su Fundamento Jurídico Décimo, analiza si la situación descrita en la Memoria y en el resto de las actuaciones puede ser impeditiva de la publicidad de la licitación, destacando como puntos controvertidos específicos los siguientes: La inclusión de la ETAP de Sant Joan Despí, el plazo de concesión, la

consideración de SGAB como gestor indirecto del abastecimiento en baja así como la valoración del patrimonio de dicha entidad, llegando a la conclusión de que *“el método de valoración no resulta adecuado para apreciar si la apertura del contrato a la licitación y la eventual selección de un contratista tercero habría de suponer un coste de compensación o expropiación inasumible para la Administración o para el contratista seleccionado por cuanto que: (i) por el método de valoración empleado se incluye el activo intangible que es la concesión que no está en el patrimonio de la sociedad que se valora; (ii) la inclusión de la concesión demanial de 1953 sobre abastecimiento en alta y sus instalaciones, que queda al margen del servicio público competencia de la AMB, impide apreciar la real entidad del coste económico impeditivo de la concurrencia; y (iii) no pertenece al coste económico valorable a estos efectos aquellos activos que SGAB no ostenta con carácter exclusivo y puede ser aportado por otras empresas del sector (v.gr. know how).*

11º. De ello, a continuación, la sentencia deduce (Fundamento Jurídico Décimo Primero) que *“no se ha valorado adecuadamente cuál es la entidad económica de la operación, no a los efectos generales de valorar las aportaciones patrimoniales, sino a los concretos efectos de justificar la decisión administrativa de renuncia a la competencia”, reclamando “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”, insistiendo en la inexistencia de elementos que permitan cuantificar cuál es el coste económico que justifica la renuncia a la competencia, exponiendo los concretos motivos al respecto y señalando: “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.*

Todas estas consideraciones se realizan a los efectos de determinar si hay una valoración del coste económico justificativo de la renuncia a la competencia, motivación que concluimos que no se da en el caso. Ello en modo alguno condiciona a la Administración competente en cuanto a la forma en que ha de proceder a la adjudicación del servicio público objeto de licitación en la

hipótesis de firmeza de un pronunciamiento anulatorio. Desde esta perspectiva de imposibilidad de concurrencia en la oferta exigida en el art. 172.a) TRLCSP, concluimos que no se expresan motivos que justifiquen la aplicación de esta excepción a la publicidad del procedimiento de adjudicación del contrato.

12º. Por último (Fundamento Jurídico Décimo Segundo), la sentencia, a modo de recapitulación alcanza las siguientes conclusiones, que reproducimos:

(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. Estamos ante un contrato de gestión del servicio público donde es aplicable el TRLCSP que integra la normativa local en materia de gestión indirecta de servicios públicos.

(ii) La excepción de licitación ha de ser interpretada restrictivamente, especialmente cuando la imposibilidad de concurrencia competitiva deriva de motivos económicos, teniendo la Administración la carga de motivar las razones justificativas de la adjudicación directa sin publicidad.

(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.

(vi) Además de la indebida inclusión del activo concesional de abastecimiento en baja, la Administración incluye conceptos económicos que no justifican la aplicación de la excepción licitatoria: 1) debe excluirse lo que objetivamente no constituye objeto del servicio en baja y forma parte de un servicio público diferente (servicio en alta Ter Llobregat), como la ETAP de Sant Joan Despí; y 2) debe asimismo excluirse lo que, aun siendo aportado a la sociedad por SGAB, no ostenta con carácter exclusivo y puede ser aportado por otras empresas del sector (v.gr. know how).

(vii) Tampoco resulta justificado el plazo de duración de la concesión de 35 años, el cual toma como fecha de referencia la interconexión Ter-Llobregat en base a un convenio de 1983 que no llegó a tener eficacia. En cualquier caso, una correcta valoración del coste de la operación sería indispensable para determinar la duración de la adjudicación de acuerdo con los criterios del art. 23 TRLCSP. El plazo de duración no resulta justificado en ningún momento en la actividad impugnada.

(viii) El coste económico de la operación que justificaría la renuncia a la competencia no está acreditado. SGAB ostenta unos derechos en la red de distribución como en la concesión de 1953, los cuales están en situación de ser expropiados al menos desde el acuerdo AMB de 1982. No consta en el expediente una valoración a efectos expropiatorios de la red y de los otros derechos exclusivos que pudieran concurrir que permita a la Administración valorar en qué medida tienen suficiente intensidad para justificar la excepción licitatoria.

(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”.

TERCERO.- Contra esta sentencia han interpuesto las entidades Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB) y Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Cicle Integral de l’Aigua. S. A. (AB), el presente recurso de casación en el que esgrimen **ocho motivos de impugnación**, articulándolos, el tercero y el octavo, al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LRJCA), esto es, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte; y, los seis restantes, al amparo del apartado d) del mismo precepto, esto es, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Por razones de lógica procesal, analizaremos, en primer lugar, los dos motivos fundados en el artículo 88.1.c) de la LRJCA.

CUARTO.- El **motivo tercero** denuncia la incongruencia de la sentencia, por extralimitación, porque sin haber sido objeto de impugnación ni de debate, la sentencia priva de efectos a la Orden del MOP de 24 de junio de 1953 (por la que se otorgó a SGAB la concesión de caudales del río Llobregat, con destino al abastecimiento de la ciudad de Barcelona por plazo de 99 años) “con el objeto de evitar la valoración de los derechos que se derivaban de la concesión de 1953 para el socio de la sociedad de economía mixta, dando lugar al vicio de incongruencia (contrario al art. 218 LEC) así como a la infracción de los artículos 25 y siguientes de la LJCA

(actividad administrativa impugnada) y del artículo 46 de la LJCA (por extemporaneidad manifiesta del recurso respecto de dicho acto), con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de mis representadas (art. 24.1 y .2 CE, y 6 del CEDH)”.

El vicio de incongruencia, en cualquiera de sus manifestaciones, es el desajuste entre el fallo judicial y lo que pidieron las partes, luego presupone la confrontación entre la parte dispositiva de la sentencia y el objeto del proceso, y, dados los términos en los que se plantea es obvio que no se da tal desajuste, pues como dice el recurrente no es en el fallo de la sentencia donde se priva de efectos a la Orden de 1953, sino que el fallo se funda en esa privación de efectos.

La Sala no priva de efectos a la concesión demanial para abastecimiento de agua a la ciudad de Barcelona que la meritada Orden otorgó a SGAB, entre otras razones y como bien dice el recurrente, porque no se había recurrido (ni se podía ya impugnar dado el tiempo transcurrido).

Lo que hace la sentencia, a efectos de determinar la posición jurídica de SGAB, es interpretar ---con mayor o menor fortuna--- la evolución legislativa en materia de distribución domiciliar del agua (suministro en baja) y los títulos que ostentaba SGAB, entendiéndose que no quedaba acreditado que tuviera la posición de gestor porque, a juicio de la Sala de instancia, la concesión de 1953 y sus ampliaciones no le otorgaban un derecho exclusivo de abastecimiento en baja en Barcelona y poblaciones de su entorno, sino que se trataba de una concesión demanial otorgada al amparo de la Ley de Aguas de 1879 que le permitía distribuir un determinado caudal “de manera provisoria”.

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- El **motivo octavo**, también como vicio “*in procedendo*”, denuncia que la sentencia tiene una motivación arbitraria, voluntarista y, por tanto, no fundada en Derecho al no contener valoración alguna de la extensa prueba y del contenido del expediente: “*No se justifica mínimamente la utilización de la institución del precario: una cosa es que una concesión válidamente otorgada pueda ser expropiada o rescatada en cualquier momento, y otra muy distinta que no deba ser indemnizada.*”

- *Atribuye la sentencia efectos "debilitadores" de la concesión de SGAB a cuestiones manifiestamente irrelevantes, como el hecho de que tenga que adquirir caudales de distribuidores de agua en alta para poder atender el servicio*", por ello considera que la motivación no cumple las exigencias del art. 24.1 CE y de la jurisprudencia.

El deber de motivación se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.

Y la sentencia contiene un exhaustivo relato de antecedentes y de las disposiciones vigentes en cada momento y los títulos que ostenta SGAB, extrayendo unas determinadas conclusiones argumentadas en Derecho, que pueden no ser acertadas, pero ello no quiere decir que la motivación sea irrazonable o voluntarista, y, desde luego, tanto sus destinatarios como este Tribunal de casación, con su lectura conocen y sin género de dudas, la "*ratio decidendi*" de la Sala de Barcelona, que es la finalidad que cumple el deber de motivación.

Este motivo tampoco puede prosperar.

SEXTO.- En el **primer motivo** (88.1.d de la LRJCA) se denuncia por la entidad recurrente la vulneración de los artículos 85.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) y 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), así como de los artículos 31 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y 40.3.c) de la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (actualmente artículos 32.2.b de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, 31 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y 50 de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, en cuanto la

sentencia recurrida viene a sostener que la opción establecida en los anteriores preceptos es subsidiaria o secundaria respecto a la expropiación forzosa de las instalaciones y al recate de la concesiones, imponiendo trámites no exigidos legalmente y motivaciones específicas en relación con dichos trámite (lo que implica, a su vez, la vulneración del artículo 71.2 de la LRJCA); igualmente considera la recurrente infringidos en este motivo los artículos 218.2 y 319.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (LEC), por cuanto sí consta en el expediente la motivación específica reclamada.

El motivo no puede prosperar.

Entiende, en síntesis, la parte recurrente, que el artículo 85.2.b) de la LBRL posibilita la gestión de los servicios públicos locales se lleve a cabo a través de la *“gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos”* en el TRLCSP, que, en su artículo 277, al relacionar las diferentes modalidades de contratación para la gestión de los citados servicios, incluye, en su apartado d), la *“Sociedad anónima de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*. Pues bien, considera la recurrente que la selección de este “socio privado” ha de llevarse a cabo, en el supuesto de autos, de conformidad con los artículos 170.d) y 172.a) del TRLCSP, que, en síntesis, vienen a coincidir, en su contenido de excepción, con los preceptos citados de las diversas Directivas de contratos ---tanto las vigentes cuando los hechos, como las posteriores---. Si bien se observa, la impugnación de estos preceptos no viene determinada por el concreto contenido de los mismos, como causas que posibilitarían la elección del procedimiento negociado para la selección del contrato ---para cuyo análisis se remite a otros motivos del recurso---, sino por la desconsideración, que imputa a la sentencia de instancia, de los criterios legales contenidos en los mismos, al exigir la sentencia que la Administración deba acreditar la *“inviabilidad de utilizar el instrumento expropiatorio”*. De ello, deduce la recurrente que la sentencia está corrigiendo, por motivos no previstos en la ley, una opción de la Administración competente, adoptada en un procedimiento con todas las garantías y en el marco de una discrecionalidad admitida por el legislador, y, por ello, está infringiendo el artículo 71.2 de la LRJCA conforme al cual los

órganos jurisdiccionales no pueden determinar el contenido discrecional de los actos administrativos anulados. Por último, la recurrente considera que sí existen pruebas en el expediente para la valoración de los “derechos de exclusiva del contrato” que hubieran posibilitado el descarte de la expropiación y la viabilidad de los preceptos de excepción de precedente cita del TRLCSP.

Los razonamientos 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”*. Dado el carácter de excepción ---a la regla general de la libre competencia--- que se contempla en el artículo 172.a) del TRLCSP, la sentencia señala que *“la Administración debe justificar cual es el coste económico que le lleva a descartar la hipótesis de licitación y de interés de otros competidores, renunciando con ello a la competencia”*, poniendo de manifiesto, la misma sentencia, a continuación, la existencia de elementos o motivos que hubieran permitido la determinación del coste económico que hubiera justificado la viabilidad de la excepción prevista en el citado 172.a) del TRLCSP. Entre ellos, en el apartado (ii) del citado Fundamento Jurídico, la sentencia reconoce que SGAB cuenta con unos derechos sobre el inmovilizado que constituye la red de distribución de agua potable, así como unos derechos de distribución de un caudal determinado amparados principalmente en el título concesional de 1953, aunque ---según afirma la sentencia--- los citados *“derechos están en situación de ser expropiados al menos desde el Acuerdo de la CMB de 1982”*. La sentencia insiste en que sobre *“el rescate o recuperación de estos derechos ... ni en la actividad preparatoria ni en las resoluciones impugnadas se incluye ninguna referencia”*.

La sentencia no está imponiendo, como se afirma por la recurrente, que para la viabilidad de las excepciones contempladas en los artículos 170 y 172 del TRLCSP, tendría que descartarse la posibilidad de la expropiación, del rescate, o de la recuperación ---bien de los derechos de SGAB, bien de sus instalaciones---, pues las tres expresiones son utilizadas por la sentencia. Lo

que, realmente, pone de manifiesto la sentencia es que la posibilidad de aplicar dichos preceptos pasa, necesariamente, por una correcta y adecuada valoración de los activos de SGAB, más no con la finalidad de proceder a su expropiación, sino con la de poder considerar si concurrían “razones económicas” suficientes que obligaran a encomendar el contrato a un empresario determinado (170.d) o que hacían imposible promover la concurrencia (172.a). La sentencia, pues, no impone la expropiación ---aunque la deje abierta como posibilidad---, pues se limita a exigir una “valoración específica”, no para ser la base de una expropiación, sino para servir de fundamento a la aplicación de los preceptos de excepción.

Si bien se observa, la sentencia se ocupa de este tema en el Fundamento Jurídico que denomina “*Valoración del coste económico justificativo de la renuncia a la competencia*” ---no justificativo de la expropiación---, y, a la conclusión que llega, en el mismo Fundamento Jurídico, es que “[t]ampoco ... existen elementos que permitan cuantificar cuál es el coste económico que justifica la renuncia a la competencia”, expresando, a continuación, diversos motivos por los que ---según la sentencia--- no se ha acreditado el “*real coste económico impeditivo de la concurrencia*”. En consecuencia, el Fundamento Jurídico que nos ocupa termina expresándose en los siguientes términos: “*Desde esta perspectiva de imposibilidad de concurrencia en la oferta exigida en el art. 172.a) TRLCSP, concluimos que no se expresan motivos que justifique la aplicación de esta excepción a la publicidad del procedimiento de adjudicación del contrato*”, sin referencia alguna a la ---ni siquiera posibilidad--- de la expropiación, y, aunque al final del Fundamento Jurídico siguiente (apartado viii) se contienen expresiones similares (“*No consta en el expediente una valoración a efectos expropiatorios de la red y de los derechos exclusivos que pudieran concurrir*”), sin embargo, la auténtica finalidad de tal valoración es que “*permita a la Administración valorar en qué medida tienen suficiente intensidad para justificar la excepción licitatoria*”; finalidad que se ratifica en el siguiente apartado (ix) cuando concluye señalando que “*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 viable del coste económico que, por su efecto disuasorio, justifique la renuncia a la competencia”.

Tampoco el 71.2 de la LRJCA podemos considerarlo infringido por la sentencia de instancia, pues con la referencia a la expropiación (de forma indistinta a la del rescate y recuperación) la sentencia no está imponiendo, que habría que justificar la imposibilidad de la expropiación, pues a lo que en realidad hace referencia la sentencia es a la necesidad de valoración de los activos de SGAB al objeto de la aplicación de las excepciones previstas en los artículos 170.d) y 172.a) del TRLCSP. Esto es, está anulando los Acuerdos impugnados por falta de motivación económica de las excepciones legales de referencia, no porque no se haya descartado, previamente, la expropiación, el recate o la recuperación.

Tampoco podemos acoger el motivo por falta de una “motivación específica” para descartar la expropiación citando al efecto el informe obrante en el expediente (del Secretario de AMB de 30 de octubre de 2012, de la Agencia Catalana del Agua), de lo que deduce que no puede afirmarse que no existiera motivación alguna sobre la opción expropiatoria, ya que la misma --- según el informe de referencia--- se descartó expresamente por ser notoriamente gravosa para los intereses económicos del Área Metropolitana.

No podemos proceder a variar las conclusiones ---en este supuesto de carácter negativo--- de la Sala de instancia, aunque otra cosa será nuestro parecer sobre las consideraciones jurídicas de la misma, bastando, al respecto con la reiteración de nuestra conocida jurisprudencia sobre estos extremos probatorios. Así, en nuestras SSTS de 18 de mayo (RC 1763/2015) y 1400/2016, de 14 de junio (RC 802/2015) hemos expuesto, una vez más, que *“la jurisprudencia ha recordado una y otra vez ---como por ejemplo, entre otras muchas, en la Sentencia de esta Sala y Sección de 17 de febrero de 2012, recurso nº 6211/2008---, que la naturaleza de la casación tiene como finalidad corregir los errores en que haya podido incurrir el Tribunal a quo en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y encuentra uno de sus límites en la imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, lo cual implica que cualquier alegación referida a una desacertada apreciación de la prueba debe partir de la premisa de que los medios probatorios aportados al proceso, su valoración, y la convicción resultante sobre los hechos relevantes para decidirlo incumben en exclusiva a la Sala sentenciadora, que no puede ser suplantada o sustituida en tal*

actividad por esta Sala de casación, pues el defecto en la valoración de la prueba no constituye motivo de casación en este orden contencioso-administrativo. En concreto (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 20 de marzo de 2012), hemos recordado unos principios, más que conocidos en el ámbito casacional y aplicados en multitud de sentencias:

"a) Que es reiterada la doctrina de esta Sala, a la que se refiere, entre otras muchas la STS de 30 de octubre de 2007, según la cual "la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en este cometido por el este Tribunal de casación".

b) Que, como regla general (STS de 3 de diciembre de 2001) "la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia". Y, como consecuencia de ello.

c) Que no obstante dicha regla general, en muy limitados casos declarados por la jurisprudencia, y por el cauce procesal oportuno, pueden plantearse en casación ---para su revisión por el Tribunal ad quem--- supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba; o como la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba ---ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o a las reglas que disciplinan la carga de la prueba, o a la formulación de presunciones---; o, en fin, cuando se alegue que el resultado de dicha valoración es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad".

Pues bien, estas excepciones, como tales, tienen carácter restrictivo, por lo que no basta su mera invocación para franquear su examen por el Tribunal Supremo. Al contrario, partiendo del principio de que la valoración de la prueba queda excluida del análisis casacional, su posibilidad de su revisión únicamente procederá cuando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración efectuada por la Sala a quo se revele patente o manifiesta, siendo carga de la parte recurrente en casación aportar las razones que permitan a este Tribunal llegar a la convicción de que así efectivamente ha sido".

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.

SÉPTIMO.- En el **segundo motivo** (88.1.d de la LRJCA) la recurrente considera infringidos el artículo 170 de la Ley de Aguas de 1879, la disposición

transitoria primera de la vigente Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), los artículos 56, 57 y 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPA), así como 25 y siguientes, y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa (LRJCA).

Fundamenta tal infracción en los razonamientos de la sentencia recurrida, según los cuales la Administración demandada debió ---sin necesidad de intervención judicial--- privar de eficacia a la concesión que el Estado otorgó en 1953 por 99 años para el abastecimiento de aguas en la zona de Barcelona, a efectos de evitar la valoración de los derechos que se derivan de dicha concesión para el socio de la sociedad de economía mixta; conclusión a la que la sentencia llega, según la recurrente, en virtud de una interpretación irrazonable según la cual el Estado carecía en 1953, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Local de 1950, de competencia para otorgar a SGAB el título habilitante para la prestación del servicio de abastecimiento durante el plazo de 99 años.

Esto es, la recurrente considera que la sentencia de instancia entiende que la concesión de 1953 fue otorgada cuando el Estado carecía de competencias para ello desde la aprobación de la Ley de Régimen Local de 1950, de ahí que califique la misma de "*título provisional*" y no computable hasta el término de los 99 años para los que fue otorgada, motivo por el cual no puede ser considerada como "*derechos de exclusiva*" en cuya existencia se fundamenta la posibilidad de la utilización del procedimiento negociado

La recurrente parte de las siguientes afirmaciones, realizadas en las alegaciones previas a los motivos que examinamos:

a) La prestación por parte de SGAB, desde finales del siglo XIX, con instalaciones propias (500 kilómetros de canalizaciones para el transporte de agua potable y 4.600 kilómetros para su suministro) el suministro de aguas a los municipios de Barcelona y su entorno; la prestación abarca, en la actualidad a la casi totalidad del territorio gestionado por el AMB.



b) Que tal prestación del servicio ha venido contando con la tolerancia de las Administraciones publicas que, por otra parte, han procedido a otorgar las autorizaciones de obras a tal efecto pertinentes, así como a aprobar las correspondientes tarifas. Par ello ha contado con la concesión de 1953, de aguas superficiales del río Llobregat, para el abastecimiento de poblaciones por un plazo de 99 años.

c) Que existieron varios intentos de municipalizar, o supramunicipalizar, el servicio, que no llegaron a consumarse: en 1966 por el Ayuntamiento de Barcelona y en 1982 por la Corporación Metropolitana de Barcelona (CMB) predecesora de la actual AMB.

d) Que, mediante el Acuerdo impugnado ---y anulado--- en la instancia (adoptado por el AMB en sesión de 6 de noviembre de 2012), se procedió a crear, para la gestión del servicio del ciclo integral del agua una sociedad de economía mixta (Aguas de Barcelona, AB) participada por SGAB, que fue seleccionada por el procedimiento negociado ---por tratarse, según expresa, el empresario único susceptible de ser el adjudicatario del contrato---, y con una duración hasta 2047 (esto es, antes de la finalización de la concesión de 1953, 99 años, y coincidiendo con el término de la concesión de 50 años, contados a partir *“de 1997 que debió derivarse del procedimiento iniciado en 1982”*).

e) Y, frente a las afirmaciones de la sentencia de que desde 1950 (Ley de Régimen Local) el Estado (i) carecía de competencia para otorgar la concesión de 1953, (ii) que la misma carece de validez en su vertiente de concesión de servicio público, y (iii) que se trata de una *“concesión provisoria”*, o *“concesión tácita”* o *“concesión en precario”* ---motivo por el cual *“ni atribuye derechos exclusivos a SGAB, ni puede ser valorada a efectos de eliminar la competencia de otras empresa interesadas ni computar el valor de las aportaciones de SGAB a la sociedad de economía mixta”*---, la recurrente señala que *“[l]a concesión de 1953 nunca fue impugnada, anulada ni revocada”*.

Por todo ello señala que la *“cuestión vital”* del presente recurso de casación consiste en determinar si *“la concesión otorgada por el Estado a*

SGAB para 99 años es válida, no ha sido anulada, expropiada, rescatada ni revocada”.

Desde esta perspectiva, el sentido de la infracción que se imputa a la sentencia es claro, y el artículo 170 de la Ley de Aguas de 1879, fue la disposición conforme a la cual se otorgó la concesión que se considera provisoria o tácita, y, por otra parte, la disposición transitoria primera de la vigente Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), es la disposición que, como veremos reconoce la continuidad de la misma; por ello la inadmisibilidad del motivo no puede ser acogida.

El motivo, por el contrario, debe de ser acogido, de conformidad con los razonamientos que realizamos, y que completaremos en el desarrollo de los siguientes motivos de impugnación:

1. La primera afirmación que procede realizar es que la competencia exclusiva de las entidades locales en materia de abastecimiento de aguas ---ya recogido en los textos legales anteriores a la Ley de Régimen Local de 1950, y que ha continuado en los posteriores, hasta los vigentes en la actualidad---, en modo alguno implicaba, ni implica, la asunción automática y *ope legis* del servicio de abastecimiento de aguas, ni la supresión o eliminación de los derechos que vinieran ostentando las entidades privadas, a las que tales derechos les servía de fundamento para la prestación del servicio. Obviamente, todos los textos legales contemplaban la municipalización del servicio ---con carácter, o no, de monopolio---, y la posibilidad de expropiación a las entidades que lo prestaban, previo pago del correspondiente justiprecio. Pero lo que resulta evidente, y en lo que insistimos, es que tal titularidad competencial, en modo alguno, implicaba ni la municipalización automática, ni su monopolización, pues lo único que otorgaba, tal atribución competencial, era la posibilidad de municipalización y expropiación del servicio, previa la correspondiente indemnización.

2. La competencia estatal para la concesión de aguas públicas de 1953 se deduce con claridad del propio texto de la concesión (cláusula 9ª), texto del que también se deduce el carácter instrumental de la misma, ya que la finalidad

con la que fue otorgada era la de *“aprovechar aguas del río Llobregat en términos de San Baudilio de Llobregat, San Juan Despí y Cornellá de Llobregat, con destino al abastecimiento de Barcelona y poblaciones de su cinturón urbano”*, señalándose en la citada cláusula 9ª que *“[e]l agua derivada no podrá ser destinada a otro aprovechamiento distinto del concedido sin tramitación de nuevo expediente, como si se tratara de nueva concesión”*. La propia sentencia impugnada así lo reconoce cuando manifiesta que la misma *“llevaba implícita la distribución domiciliaria por cuanto que el aprovechamiento sobre aguas superficiales es instrumental para el abastecimiento domiciliario (lo que hoy integra el abastecimiento en bajo)”*. La cuestión discutida, sin embargo, surge cuando la sentencia, a continuación, considera que *“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”*.

3. Obviamente que el Ayuntamiento ---o las entidades supramunicipales sucesivamente implicadas--- podían haber procedido a la asunción o municipalización del servicio, como ponen de manifiesto los intentos llevados a cabo tanto por el Ayuntamiento de Barcelona en 1966 (mediante la aprobación de unas Bases para el Convenio con SGAB para la organización del servicio de abastecimiento de aguas de la ciudad, que no se llegó a formalizar), como por la Corporación Metropolitana de Barcelona (CMB) en 1982 (con la aprobación del Plan coordinado de establecimiento y prestación del servicio de suministro de aguas, la ratificación del interés general metropolitano del servicio, y la suscripción de determinados protocolos o contratos entre la CMB, SGAB y otras entidades; contratos que no llegaron a perfeccionarse hasta el 2 de junio de 1997 por cuanto estaban condicionados a la interconexión de la redes Ter y Llobregat). Sin embargo, lo cierto es que la culminación de aquellos reiterados intentos no llegaría hasta la adopción de los Acuerdos aquí impugnados, adoptados por el Área Metropolitana de Barcelona (AMB), que había sustituido a la CMB.

4. Pero no puede afirmarse que, ni la evolución normativa en materia de aguas, ni la sucesión competencial ---a la que se ha hecho referencia (Ayuntamiento de Barcelona, CMB y AMB)---, ni los dos intentos frustrados de municipalización o supramunicipalización, ni, en fin, tampoco los actuales Acuerdos impugnados, hubieran afectado a la titularidad de la concesión de 1953 ---que lo es de la entidad SGAB---, o, a su valoración como parte del patrimonio de dicha entidad, al objeto de tomar en consideración sus “*derechos de exclusiva*” con la finalidad de poder utilizar la vía excepcional del procedimiento negociado para la selección del socio privado de la entidad que procedería a la gestión del servicio de aguas. Esto es, que, por ninguno de los motivos expresados, se transformó su naturaleza ---deviniendo la concesión provisoria, tácita o en precario---, o se produjo la nulidad de la misma, habiéndose mantenido, con plenitud de efectos, desde su otorgamiento hasta la municipalización del servicio. Por tanto, ni el Estado, en 1953, actuó extracompetencialmente otorgando una concesión “provisoria, tácita o en precario”, ni el contenido de la “plena” concesión, por un período de 99 años, se vio afectada, en su contenido, ámbito, titularidad o temporalidad, por la incidencia que sobre la misma pudieran haber tenido las sucesivas modificaciones legislativas, bien materia de aguas, bien en materia de gestión de servicios públicos por las entidades locales. Ello impedía que la sentencia de instancia no la tomase en consideración a los efectos de su valoración como integrante de los activos patrimoniales de SGAB al objeto de la protección de sus derechos de exclusiva, utilizando la vía prevista en el artículo 170.d) del TRLCSP en relación con el procedimiento negociado para seleccionar a SGAB como socio privado de la entidad a constituir para la gestión del servicio.

5. Varias razones avalan esta inmutabilidad de la concesión de 1953:

a) En primer lugar varias resoluciones judiciales, como la STSJ de Cataluña 604/2001, de 20 de junio, que considera a AGBAR como “*concesionario de un servicio metropolitano y de un derecho de dominio público hidráulico*”, o las relacionadas con la aprobación de tarifas aplicables a la concesión.

b) El reconocimiento expreso de la vigencia de la concesión en 1953, por parte de la CMB, en el contrato de 18 de abril de 1983, suscrito entre la

CMB y SGAB (y otras dos sociedades de su grupo, SAUR y SOREA), que tenía por objeto tanto la compraventa de los derechos, terrenos, instalaciones, bienes y construcciones afectos al tratamiento de aguas potables y red primaria de aducción, conducción e impulsión hasta la entrada de los depósitos, como la transferencia gratuita de las concesiones de aprovechamiento de aguas públicas para el abastecimiento de las poblaciones contenidas en el área de la CMB. Pues bien, expresamente se señala en el mismo que las citadas sociedades contaban con la *“titularidad del servicio de abonados, que continuarán ostentando las Sociedades después de las transferencias contempladas”* y en la disposición transitoria primera del contrato se reconocía, de forma expresa, la continuidad de la prestación del servicio de abastecimiento, hasta tanto no se cumpliera la condición a la que se sometía el contrato, cuál era la interconexión de las redes Ter-Llobregat, que no se produciría hasta 1997, cuando ya las competencias en materia de agua habían sido asumidas por la Generalidad de Cataluña, lo que imposibilitaría la ejecución del contrato suscrito en 1983. Y,

c) El reconocimiento por el propio legislador, tanto autonómico como estatal:

i) Ley 4/1990, de 9 de marzo, de Ordenación del abastecimiento de agua en el área de Barcelona, que en su Anexo II, donde se relacionan las “Instalaciones de titularidad privada integradas en la red básica de abastecimiento”, se incluyen:

“Planta de tratamiento de San Joan Despí (tratamiento, captación superficial e instalaciones de recarga y extracción de Cornellá de Llobregat y San Feliú de Llobregat). Titular: «SGAB, Sociedad Anónima».

Conducción diámetro 800/700, sifón Besós. Estación de bombeo de Cerdanyola. Titular. «SGAB, Sociedad Anónima».

Desdoblamiento diámetro 1.200 de la conducción anterior (en construcción). Titular «SGAB, Sociedad Anónima».

ii) Ley 29/1985, de 2 de agosto, que en su disposición transitoria primera, apartado 1, de forma expresa señaló que los titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de concesión *“seguirán disfrutando de sus derechos, de acuerdo con el contenido de sus títulos*

administrativos y lo que la propia Ley establece”, lo cual continuó en el posterior Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; disposición transitoria primera que, en consecuencia, consideramos infringida.

OCTAVO.- En el **motivo cuarto**, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA, se denuncia la infracción del art. 170 de la Ley de Aguas de 1879, los artículos 132 del TRLCSP, 160 de la LRL de 1950, Capítulo Primero del Título III del RSCL, 97 del TRRL y 86 de la LBRL, manteniendo que los efectos del procedimiento supramunicipal de 1982 no pueden consistir en el decaimiento de los títulos de SGAB sin su previo rescate o expropiación y sin que culminaran las transferencias de títulos y activos que se programaron.

Se cuestiona en este motivo el criterio de la Sala de instancia de la existencia de *publicatio* del servicio en 1992, y como consecuencia la transformación del título habilitante de la SGAB en una concesión tácita, que posteriormente viene a considerar como una situación de precario que puede extinguirse en cualquier momento, lo que permite al Tribunal considerar que dicho *"precarista"* carece de derechos exclusivos hacia el futuro que pudieran computarse a efectos de determinar la aplicabilidad de los artículos 170 y 172 del TRLCSP, de modo que no habría quedado acreditada la imposibilidad de promover la concurrencia para la selección de socio privado para constituir la sociedad de economía mixta gestora del servicio del ciclo del agua: el cómputo de los derechos de quien era mero precarista, por parte de los actos administrativos recurridos, determina la anulación de estos últimos.

Frente a dicho criterio de la Sala de instancia, las entidades recurrentes señalan que la municipalización constituye un paso previo e imprescindible para la prestación directa o indirecta del servicio por parte de la Administración local y, en consecuencia, para la adjudicación de un contrato de prestación del servicio de abastecimiento de agua y a tal efecto, al menos desde 1924 era posible que los ayuntamientos ejercieran la iniciativa económica y asumieran la titularidad los servicios de interés o competencia municipal, aunque para ello era imprescindible que se formalizase de forma expresa y conforme a un procedimiento reglado esa iniciativa económica, con un acuerdo de

municipalización, ya fuera para prestar el servicio en régimen de concurrencia o de monopolio; y en este último caso, para su prestación directa con los medios de la propia entidad local o bien indirecta con la intermediación de un concesionario, a cuyo efecto podría procederse a la expropiación de la empresa suministradora preexistente, o bien al otorgamiento de un contrato de concesión del servicio público de suministro durante el tiempo que permitiese un beneficio equivalente al precio de expropiación. Se refiere a la definición de la municipalización por el art. 45 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955, RSCL), como una forma de desarrollo de la actividad de la corporación para la prestación de los servicios económicos de su competencia, asumiendo en todo o en parte el riesgo de la empresa mediante el poder de regularla y fiscalizar su régimen. Puede efectuarse la municipalización en régimen de libre concurrencia o de monopolio (art. 47), lo cual permite impedir el establecimiento de empresas similares en el mismo territorio (art. 51.a) y *"expropiar las que estuvieren instaladas con rescate de las concesiones"* (art. 51.b), pudiendo autorizarse el monopolio, entre otros, para el servicio de abastecimiento de agua según los arts. 48.a y 49.a en relación con el 166.1 del Texto articulado y refundido de las Leyes de bases de régimen local de 1945 y 1953, que también establecía detalladamente (en su artículo 168) qué procedimiento debía seguirse *"para municipalizar un servicio"*. Añade que tal requisito de acuerdo de municipalización se mantiene en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, en la redacción aplicable al caso; artículo 97 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (Real Decreto legislativo 781/1986). Por otro lado, el artículo 132 del TRLCSP (RD 3/2011) dispone que *"Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio"*.

Invoca al efecto la sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 2000 (RC 6448/1996).

Y ya en relación con el caso concreto, señala que queda fuera de toda discusión que en 1953 no había habido municipalización, suscitándose cuestión sobre si ello tuvo lugar con ocasión del Acuerdo de la Corporación Metropolitana de Barcelona de 28 de enero de 1982 y del protocolo o contrato suscrito el 18 de abril de 1983 entre la misma entidad metropolitana y SGAB, pero tal planteamiento no pudo llevarse a cabo, como reconoce la propia sentencia recurrida, de modo que siguió todo como hasta entonces: SGAB mantuvo la plena titularidad de sus instalaciones y de sus concesiones (la de 1953 con sus ampliaciones sucesivas), que no fueron transferidas a la CMB y cuyo plazo siguió siendo el de 99 años establecido en 1953 por la autoridad concedente conforme a lo dispuesto en la Ley de Aguas de 1879.

Concluye que si la sentencia recurrida entiende que tuvo lugar una transformación del título concesional a partir de 1982 como consecuencia de una *publicatio*, habría incurrido en una interpretación errónea de la legislación de régimen local (especialmente los artículos 86 de la LBRL y 97 del TRRL, además de los ya citados artículos 132 del TRLCSP, 160 de la LRL de 1950, y el Capítulo Primero del Título III del RSCL) pues tal *publicatio*, en caso de producirse, no tiene como efecto la asunción inmediata de la gestión del servicio por la Administración ni excluye automáticamente a las entidades que lo vinieran prestando con un título en vigor, que no se convierte desde luego en tácito ni provisorio sino que ha de ser expropiado para su utilización o aprovechamiento por el ente local debiendo computarse, a los efectos de la valoración expropiatoria, todos los años en que tuviera reconocido el derecho.

Resolviendo el motivo y de la misma forma que el reconocimiento, contenido y alcance de los derechos y titularidades jurídicas viene determinado por las disposiciones legales que los regulan, su modificación, extinción y, en su caso privación, ha de sujetarse a las reglas y procedimientos establecidos al efecto, unos de carácter general, como es el caso de la expropiación forzosa, y singularmente los que se refieran la correspondiente legislación sectorial específica a la que se sujeta el derecho o titularidad de que se trate, como son las normas cuya infracción se denuncia en este motivo de casación.



En el motivo segundo nos hemos pronunciado sobre el contenido y alcance del derecho y titularidad de la SGAB que le habilitaba para prestar el servicio en cuestión.

En este motivo se cuestiona que en la sentencia de instancia se mantiene que la asunción del servicio por la Administración (*publicatio*) se produjo con el acuerdo de la CMB de 28 de enero de 1982, aunque posteriormente no se materializara la contratación de la gestión del servicio, a cuyo efecto se había optado por la vía del convenio en lugar de la expropiación, lo que determinó la suscripción del Protocolo de 1983, que no se llegó a perfeccionar por no llegar a cumplirse las condiciones establecidas (interconexión de las redes Ter-Llobregat, que se produjo en 1997) y no poderse cumplir después dada la promulgación de la Ley de Cataluña 4/1990, que incluyó en la red básica de abastecimiento la planta de tratamiento de San Joan Despí, lo que lleva a la Sala a considerar que no se llegó a instaurar la gestión del servicio público de abastecimiento de agua, y que a partir de año 1982 la CMB y después la AMB han ejercitado las competencias reglamentarias, tarifarias y de policía propias del titular del servicio, entendiendo que el título habilitante de la SGAB para la prestación del servicio ha de considerarse como una concesión de carácter tácito, que los *facta concludentia* de la actuación administrativa determinan que esta concesión de hecho sea un verdadero contrato de gestión del servicio público por gestión indirecta y por tanto goce de eficacia jurídica, si bien con la particularidad de que al ser una prestación precaria cabe su extinción en cualquier momento.

Pues bien, este planteamiento de la instancia ha sido rechazado en lo esencial (título provisorio, concesión tácita, situación de precario) al responder al motivo segundo, de manera que en este motivo solo cabe añadir, que como se desprende de toda la legislación local, la municipalización de un servicio no se produce de manera automática por la atribución legal de la competencia, sino que exige, como resulta del art. 168 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, la aprobación del correspondiente acuerdo por el Ayuntamiento, siguiendo el procedimiento establecido, en el que ha de tenerse en cuenta, en su caso, la necesidad de proceder a la expropiación de derechos patrimoniales. Por su parte, el

Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en sus arts. 45 y siguientes, se refiere a la municipalización y provincialización como formas de desarrollo de la actividad de las Corporaciones locales, que podrán efectuarse en régimen de concurrencia o monopolio, precisando en caso de monopolio el alcance de la expropiación de empresas y el rescate de concesiones, señalando el procedimiento al efecto, recogiendo en todo caso un prolijo procedimiento de municipalización hasta su aprobación definitiva. La situación se mantiene tras el año 1982, como se refleja en el art. 86 de la 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local, en la redacción aplicable, según el cual:

1. Las Entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución.

2. Cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

3. Se declara la reserva en favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.”

En semejantes términos, en lo que aquí interesa, se pronuncian los arts. 97 y siguientes del Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 28 de noviembre, en los que se reitera la necesidad de llamar al expediente a

los interesados, cuando se requiera la expropiación de empresas industriales o comerciales o el rescate de concesiones.

Desde estas consideraciones normativas y, además de lo ya expuesto en el motivo segundo, ha de entenderse 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 agua, se produjo la asunción del servicio en la forma que dicha Administración consideró más adecuada para la satisfactoria prestación del mismo. Hasta este momento el título del que disponía la SGAB mantenía su contenido y efectos, sin que resultara modificado o afectado por los referidos acuerdo de 1982 y Protocolo de 1983, situación en la que habrá de valorarse para la justificación del procedimiento negociado aplicado y, en su caso, aportación a la sociedad de capital social mixto a la que se atribuye la gestión del servicio, por los actos impugnados.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado.

NOVENO.- En el **quinto motivo**, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, se denuncia la infracción de los artículos 169 y 170 de la Ley de Aguas de 1879 y disposición transitoria 1ª de la Ley vigente, 33.3 CE y 41 LEF como de la jurisprudencia aplicable, que no admite la expropiación tácita y sin compensación de una concesión otorgada para 99 años que no ha sido anulada, ni rescatada, ni tampoco ha caducado.

Alega que no permiten esos preceptos ni la jurisprudencia aplicable la conversión automática de un título concesional en una situación de mero precario no indemnizable. ¿Vía de hecho judicial? Como mínimo, vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) por el apartamiento inmotivado del criterio manifestado en sentencias precedentes que reconocen a SGAB como concesionaria del servicio de abastecimiento de agua.

A tal efecto señala: que no existió nunca expropiación ni rescate de los títulos concesionales de SGAB; que resulta manifiestamente irrazonable que se considere que la Administración debió incurrir en vía de hecho, privando a SGAB de sus derechos sin procedimiento y sin indemnización, con vulneración del art. 33.3 CE y concordantes; que es irrazonable y hasta contradictorio desconsiderar unos derechos concesionales porque fueran susceptibles de ser expropiados; que se aparta inmotivadamente del precedente, pese a mencionar expresamente las sentencias previas que reconocen a SGAB como concesionaria del servicio, con vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) estrechamente vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE; que es irrazonable la consideración de que la concesión otorgada a SGAB en 1953, con sus ampliaciones, es una concesión tácita. Lo tácito sería una expropiación, o más bien vía de hecho operada *ex sententia*; y que es irrazonable la asimilación de la concesión a una situación de precario.

Las alegaciones que se formulan en este motivo de casación han sido examinadas con ocasión de la resolución de los motivos anteriores, por lo que basta con remitirnos a lo allí dicho, que pone de manifiesto la inexistencia de procedimiento expropiatorio en relación con los derechos y titularidades de la SGAB; que los mismos no habían sido objeto de modificación, extinción o rescate con anterioridad al momento en que se dictaron los actos impugnados, por lo que han de ser valorados de acuerdo con su contenido en ese momento; que la posible municipalización del servicio exige la adopción del correspondiente acuerdo, tras la tramitación del oportuno procedimiento, en el cual han de tomarse en consideración los derechos de contenido patrimonial y, en particular, las concesiones que hayan de ser rescatadas, de manera que la municipalización en modo alguno se produce de manera automática ni autoriza a desconocer los derechos y titularidades afectados o atribuirles una naturaleza, como la situación de precario, que no tienen; que los títulos que habilitaban a la SGAB para la prestación del servicio en cuestión se reconocieron en sentencias ya antiguas, a las que se refiere la parte recurrente y otras que se citan por la Sala en la sentencia ahora recurrida y, en todo caso, ha de estarse a lo expuesto al resolver el segundo motivo de casación, sobre su alcance y contenido, que no se corresponde con una concesión tácita ni

puede asimilarse a una situación de precario; es significativo a este respecto que en la sentencia recurrida, tras reconocer que *“esta concesión de hecho es un verdadero contrato de gestión de servicio público por gestión indirecta y por tanto goza de eficacia jurídica”*, en el mismo reglón añade que *“si bien con la particularidad de que al ser una prestación precaria cabe su extinción en cualquier momento”*, situación de precario que no se corresponde con el reconocimiento de un título que goza de eficacia jurídica para la prestación del servicio y, por lo tanto, delimita el alcance del derecho reconocido.

Por todo ello, también este motivo ha de ser estimado.

DÉCIMO.- El **motivo sexto** se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la LRJCA, por vulneración, de forma relevante y determinante del fallo, de los artículos 23 y 278 del TRLCSP, al considerar la sentencia que el plazo de duración de la sociedad de economía mixta establecido en el Acuerdo de la AMB de 6 de noviembre de 2012 (35 años frente al legal de 50) carecía de justificación. Vulneración de los arts. 218.2 y 319.2 de la LEC ya que la motivación constaba expresada en el expediente administrativo.

El art. 278.a) del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (3/2011) establece, por lo que aquí interesa, que el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de 50 años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público. Y conforme al artículo 23 del mismo texto legal, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse *“teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas”*.

Pues bien, considera la sentencia recurrida que se ha incumplido este precepto, por cuanto *“Tampoco resulta justificado el plazo de duración de la concesión de 35 años, el cual toma como fecha de referencia la interconexión Ter-Llobregat en base a un convenio de 1983 que no llegó a tener eficacia. En*

cualquier caso, una correcta valoración del coste de la operación sería indispensable para determinar la duración de la adjudicación de acuerdo con los criterios del art. 23 TRLCSP. El plazo de duración no resulta justificado en ningún momento en la actividad impugnada”.

Como pone de relieve la parte recurrente, sin embargo, la propia sentencia admite, que por el volumen de inversiones y la amortización de la aportación de SGAB, se requiere un plazo de actividad prolongado.

El motivo debe ser estimado, dado que lo que la sentencia afirma, no es propiamente la ausencia de motivación de la fijación del plazo, sino una discrepancia con dicha motivación, discrepancia que surge, por una parte de la *“incidencia de la inclusión de la concesión demanial de la ETAP de Sant Joan Despí”*, inclusión que se afirma incrementa el precio y con ello las necesidades de financiación, y, por otra de la consideración de SGAB como gestor indirecto del abastecimiento en baja, cuestiones que como ya hemos afirmado han quedado resueltas en anteriores fundamentos.

Por otro lado, del examen de las actuaciones, se desprende que sí consta practicada por la Administración una valoración del plazo concesional. En efecto, tal y como resulta de los informes obrantes en el expediente la decisión se basa en dos consideraciones principales: a) que la duración de la nueva sociedad de economía mixta en la modalidad de convenio con una sociedad única ya existente debe abarcar estrictamente el término de duración contractual de la actual situación de la sociedad única que justifica precisamente este mecanismo excepcional; b) que la interpretación de la duración ha de ser restrictiva y no extensiva pues, en definitiva, se exceptúa la aplicación de los mecanismos de publicidad y competencia.

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, de 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, por ello entiende la Secretaría

General de la AMB que ha de seleccionarse como fecha de referencia el 2 de junio de 1997, que era la prevista para instrumentar la titularidad del servicio de abonados mediante su concesión a 50 años, lo que comportaría que la concesión vigente y la nueva concesión mediante empresa de economía mixta tendría una vigencia hasta el 2 de junio de 2047. Por tanto, con este criterio se respeta el plazo máximo de la concesión reconocido en el contrato de 1983 y también el plazo máximo de la concesión de 1953 que justifica la situación de derechos exclusivos aplicada.

Por todo ello, también este motivo ha de ser estimado.

DÉCIMO PRIMERO.- El **motivo séptimo** se formula al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA, por vulneración del art. 170 de la Ley de Aguas de 1879 y artículos 170 y 172 del TRLCSP así como el art. 32.b) de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 31 de la Directiva 2014/23/UE, y 288.4 del TRLCSP, y los artículos 33.3 CE y 41 LEF; todo ello en cuanto niega la sentencia la concurrencia de los presupuestos de la aplicabilidad del primer grupo de preceptos citados (la exclusividad de los títulos de SGAB y las razones técnicas) en base a una motivación no razonable que contraviene las normas aplicadas, además de los artículos 218.2 y 319.2 de la LEC.

Debemos partir de la consideración, aceptada por la sentencia de instancia, de que la selección del socio privado en una sociedad de economía mixta ha de efectuarse de conformidad con las normas establecidas en el propio TRLCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto (disposición adicional 29ª del TRLCSP), y entre tales normas figuran las establecidas en los artículos 170.d) y 172.a) del mismo Texto refundido, referidos al procedimiento negociado del artículo 169 que puede utilizarse, entre otros supuestos, *“Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado”* (170.d del TRLCSP) y *“Cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta”* (art. 172.a del TRLCSP).

A los efectos de un correcto entendimiento de estos supuestos de excepción, conviene señalar que el supuesto de la protección de derechos de exclusiva, no significa que la misma excluya la posible existencia de otros posibles concurrentes, sino que, como afirma el siguiente precepto, la existencia de tales derechos haga imposible promover la concurrencia en la oferta, esto es, como precisa la Administración *“no es necesario que se trate de un suministrador único posible en el mercado, sino que es suficiente con que se trate de un empresario concreto y determinado aunque no sea el único”*.

En definitiva, lo que se plantea en el presente motivo es la existencia en este caso de los requisitos legales para la aplicación de las excepciones a los principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública, por aplicación de los supuestos contemplados en los referidos preceptos, esto es, si concurría o no el requisito de la inexistencia de sustituto razonable o alternativo.

La sentencia recurrida no afirma que el contrato pudiera haberse encomendado a un empresario distinto, o que era posible promover la concurrencia, la respuesta negativa la fundamenta la Sala de instancia en negar la concurrencia en la adjudicataria de una serie de títulos concesionales y propiedad sobre infraestructuras que fueron las valoradas en el momento de establecer la excepción a los principio de publicidad y concurrencia, sin embargo tal apreciación, ha quedado desvirtuada en la respuesta dada a los anteriores motivos de casación, esencialmente en el segundo, al referirse al título concesional de 1953.

A la vista de todo lo anterior, se puede concluir que concurre la justificación de la necesidad de otorgar el contrato a un empresario determinado, sin que existiera una alternativa o sustituto razonable, y sin que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de adjudicación de la concesión, por lo que el motivo debe ser estimado.

DÉCIMO SEGUNDO.- La estimación de los motivos indicados y con ello del recurso formulado, conduce a la casación de la sentencia recurrida y determina que haya de resolverse el recurso contencioso administrativo en los

términos que aparece planteado el debate (artículo 95.2.d de la LRJCA), que en este caso conduce a su desestimación por las razones expuestas, en relación con la pretensión principal de anulación de los actos impugnados, y con más razón, de la pretensión subsidiaria de una nueva tramitación del procedimiento.

DÉCIMO TERCERO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto conlleva que no formulemos expresa condena al pago de las costas causadas en el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la LRJCA, sin que, por otra parte, existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes, conforme a lo dispuesto en los artículos 68.2, 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 y 107.2 de la misma LRJCA.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al Recurso de casación 1434/2016 interpuesto por Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. y Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Cicle Integral de l'Aigua contra la sentencia 126/2016, de 9 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5ª), estimatoria del Recurso 27/2013, interpuesto por Acciona Agua, S. A., contra:

1. Acuerdo del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, adoptado en su sesión de 6 de noviembre de 2012, por el que se aprobaba (i) el establecimiento y prestación del servicio del ciclo integral del

agua, (ii) el establecimiento del sistema de gestión de ese servicio público mediante sociedad de capital mixto bajo la modalidad de convenio con sociedad existente, (iii) los estatutos de la nueva sociedad de capital mixto Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Cicle Integral de l'Aigua, y (iv) el convenio suscrito por Área Metropolitana de Barcelona y la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. Y contra,

2. El Acuerdo del citado Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), adoptado en su sesión de 21 de mayo de 2013, por el que se aprueban precisiones interpretativas no sustanciales al establecimiento del ciclo integral del agua, modificando parcialmente el anterior Acuerdo de 6 de noviembre de 2012.

2º.- Que debemos anular, y anulamos y casamos, la citada sentencia.

3º.- Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso contencioso-administrativo 27/2013, interpuesto por Acciona Agua, S. A., contra los Acuerdos de precedente cita del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.

4º.- Que declaramos que dichos Acuerdos son ajustados al Ordenamiento jurídico.

5º. Que no hacemos expresa imposición de las costas causadas en la instancia y en casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. José Manuel Sieira Míguez D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina D^a. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño D. Fco. Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA