

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recurso nº 27/2013

SENTENCIA Nº 126/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente:

DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA

Magistrados:

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

DOÑA ANA RUBIRA MORENO

DON EDUARDO PARICIO RALLO

En la ciudad de Barcelona, a nueve de marzo de dos mil dieciséis.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA), ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo número 27/2013, interpuesto por **ACCIONA AGUA, S.A.**, representada por el Procurador DON ÁNGEL JOAQUINET TAMBURINI y dirigida por el Letrado DON CARLOS MENÉNDEZ MARTÍNEZ, contra **ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA**, representada y dirigida por el Letrado DON JORDI VENTAYOL LÀZARO y contra la **SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A** y **AIGÜES DE BARCELONA, EMPRESA METROPOLITANA DE GESTIÓ DEL CICLE INTEGRAL DE L`AIGUA, S.A.**, representadas por el Procurador DON IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO y dirigidas por el Letrado DON ESTEBAN ARIMANY LAMOGLIA.

Ha sido Ponente el Magistrado Don Francisco José Sospedra Navas, quien expresa el parecer de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la parte actora, por escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, interpuso recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo adoptado el 6 de noviembre de 2012 por el Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, que aprobaba el establecimiento y prestación del servicio del ciclo integral del agua, el establecimiento del sistema de gestión de ese servicio público mediante sociedad de capital social mixto bajo la modalidad de convenio con sociedad existente, los estatutos de la nueva sociedad de capital mixto "Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, Societat Anònima", y el convenio suscrito por Àrea Metropolitana de Barcelona y la Sociedad General d'Aigües de Barcelona, S.A., y contra la Resolución de fecha 13 de diciembre de 2012 del Organ Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya por el que se inadmitía, por extemporáneo, el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el citado Acuerdo del Consell Metropolità.

Admitida la interposición, por escrito presentado el día 21 de junio de 2013 la parte actora amplió el recurso al Acuerdo de fecha 21 de mayo de 2013 por el que se aprueban precisiones interpretativas no sustanciales al establecimiento del ciclo integral del agua, modificando parcialmente el Acuerdo de 6 de noviembre de 2012, la cual fue admitida por auto de fecha 22 de julio de 2013.

SEGUNDO.- Seguido el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta Jurisdicción, la actora dedujo demanda en la que, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba solicitando que se dictara sentencia anulando los acuerdos de 6 de noviembre de 2012 y 21 de mayo de 2013, con condena en costas a las demandadas.

La Administración demandada en la contestación a la demanda solicitó la desestimación del recurso y la confirmación de la validez de los actos administrativos impugnados.

Las partes codemandadas contestaron a la demanda en tiempo y forma solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de los acuerdos impugnados.

TERCERO.- Se prosiguió el trámite correspondiente y, practicadas las pruebas que propuestas fueron declaradas pertinentes, con el resultado que obra en las actuaciones, se pasó al trámite de conclusiones sucintas, señalándose para votación y fallo el 10 de febrero de 2016.

CUARTO.- En la sustanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Actividad impugnada y alegaciones de las partes:* Como se ha adelantado en los antecedentes de hecho, el presente recurso contencioso administrativo se interpuso contra:

1) Acuerdo de 6 de noviembre de 2012 del Consell Metropolità de Barcelona por el que se crea el servicio integral del agua el establecimiento y prestación del servicio del ciclo integral del agua, el establecimiento del sistema de gestión de ese servicio público mediante sociedad de capital social mixto bajo la modalidad de convenio con sociedad existente, los estatutos de la nueva sociedad de capital mixto "Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, Societat Anònima, y el convenio suscrito por Àrea Metropolitana de Barcelona y la Sociedad General d'Aigües de Barcelona, S.A.

2) Resolución de fecha 13 de diciembre de 2012 del Organ Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya por el que se inadmitía, por extemporáneo, el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el citado Acuerdo del Consell Metropolità.

3) Acuerdo de 21 de mayo de 2013 se aprueban unas "precisiones interpretativas no sustanciales" en relación al anterior Acuerdo de 6 de noviembre de 2012, en cuanto al Reglamento, Estatutos de la SEM Aigües de Barcelona y Convenio con Sociedad General Aguas de Barcelona.

En la demanda, la parte recurrente dirige la pretensión de anulación contra los Acuerdos de 6 de noviembre de 2012 y 21 de mayo de 2013, de manera que queda

fuera del objeto del recurso la Resolución dictada por el Organ Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya de 13 de diciembre de 2012.

En la demanda se desarrollan muy ampliamente diferentes motivos de impugnación que podemos sistematizar en los siguientes bloques: (i) motivos de nulidad referidos a la infracción del procedimiento para la implantación del servicio; (ii) motivos de nulidad referidos a la decisión de prestar el servicio en régimen de monopolio; (iii) motivos de nulidad relativos a la privatización de la codemandada EMSSA; (iv) motivos relativos a la invalidez del convenio por vulneración de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato; y (v) motivos de nulidad del Acuerdo de 21 de mayo de 2013 al que se amplió el recurso.

Tanto la Administración como las partes codemandadas, asimismo con un amplio desarrollo argumental, se oponen por motivos de fondo. Como óbice de naturaleza procesal se alega por las codemandadas la inadmisibilidad de las pretensiones de anulación referentes a cuestiones formales y procedimentales que no guardan relación con la legitimación activa alegada por Acciona Agua, lo cual debe ser examinado con carácter previo.

SEGUNDO.- Alegación de inadmisibilidad parcial por falta de legitimación: Se opone por las codemandadas la inadmisibilidad parcial del recurso por falta de legitimación de la parte actora, en relación a determinados motivos de los que se aduce que la recurrente carece de interés legítimo, concretados en los motivos de invalidez referentes a aspectos estrictamente formales y procedimentales, y aspectos relativos a la configuración económica del expediente administrativo, invocando la causa de inadmisibilidad parcial recogida en el artículo 69.b) de la LJCA.

En relación a este óbice debe indicarse que la pretensión anulatoria que formula la parte actora es única, y respecto de la cual aparece con un interés legítimo en tanto que empresa que opera en el sector del agua y por ello interesada en la actividad económica que es objeto de adjudicación directa. Desde esta perspectiva se cumplen los requisitos de legitimación del art. 19.a) de la LJCA que sustentan la pretensión anulatoria de los Acuerdos impugnados, de acuerdo a lo establecido en el art. 31.1 de la LJCA.

En esta perspectiva cabe afirmar la legitimación activa para sostener la pretensión anulatoria de los Acuerdos impugnados, que por otra parte no es cuestionada por las

codemandadas, de manera que la posición legitimadora de la recurrente se proyecta sobre la relación jurídico-procesal y debe ser considerada como una e indivisible, puesto que, como indica la STS de 21 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5498), cuando se esgrime una diversidad de motivos para justificar el interés legitimador basta acreditar uno sólo para que quede superado el obstáculo de la inadmisibilidad, tras lo que se debe entrar en el examen total de la cuestión de fondo planteada. En este sentido, no es aceptable desde la perspectiva procesal una decisión de inadmisión parcial o de fraccionamiento de la decisión cuando existe, como ocurre en este caso, legitimación por interés legítimo.

Por tanto, la parte legitimada puede articular los motivos que tenga por conveniente para combatir la conformidad a Derecho de la actividad recurrida, sin perjuicio de que se analice la oponibilidad y procedencia de los mismos como cuestión de fondo, por lo que debe desestimarse la excepción de inadmisibilidad parcial esgrimida por las codemandadas.

TERCERO.- Sistemática de análisis de los motivos de impugnación: Despejado el óbice de admisibilidad y para ordenar el análisis de los motivos de impugnación alegados en este proceso, debemos tomar en consideración que el Acuerdo de 6 de noviembre de 2012 está recurrido en otros tres procesos interpuestos por otras empresas que operan en el sector del agua (Recursos ordinarios número 364/12, 371/12 y 404/12).

La intensa vinculación de estos recursos ha determinado el señalamiento conjunto para votación y fallo, y aconseja que esta Sala, sin perjuicio de que dicte las correspondientes sentencias para cada recurso contencioso-administrativo, los contemple conjuntamente, pues existe un bloque principal de motivos que constituye un denominador común en todos los recursos concretados en la denuncia de la falta de concurrencia competitiva e infracción de los principios de igualdad de trato, publicidad y transparencia en la adjudicación directa al socio privado, con una coincidencia alegatoria muy amplia, por lo que deben ser tratados y solventados de manera unitaria.

Por ello, el estudio de los motivos de impugnación de este recurso debe empezar por el examen del bloque de motivos referidos a la invalidez del convenio por vulneración de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato en el contrato de gestión del servicio público, los cuales están conectados con el resto de infracciones formales y de fondo alegadas, para posteriormente dar

respuesta al resto de las cuestiones planteadas específicamente en esta demanda.

CUARTO.- Cronología del abastecimiento de agua en Barcelona y poblaciones de su entorno: Antes de entrar en el examen de los motivos de impugnación, debemos hacer referencia a los antecedentes sobre la distribución domiciliaria de agua potable en Barcelona y poblaciones de su entorno para la mejor comprensión de la controversia planteada en este proceso, En este fundamento exponemos una síntesis descriptiva, ordenada cronológicamente, sobre la que no existe controversia entre las partes, a partir de la cual se entrará a valorar posteriormente los diferentes aspectos, fácticos y jurídicos, que son objeto de controversia. Desde esta perspectiva descriptiva, las etapas a considerar son las siguientes:

(i) A lo largo de los primeros años del siglo XX, en incluso antes, el abastecimiento de agua a la ciudad de Barcelona se garantizó mediante las actuaciones de Sociedad General de Aguas de Barcelona (en adelante SGAB) principalmente con los recursos hidráulicos procedentes de aguas subterráneas.

(ii) En el año 1953, por Orden Ministerial de 24 de junio de 1953 del Ministerio de Obras Públicas, se otorga a SGAB una concesión de 2.200 litros por segundo del río Llobregat con destino al abastecimiento de la ciudad de Barcelona. La concesión es por el plazo de 99 años, a partir de la fecha en que se autorice su explotación parcial o total, pasado el cuál revertirá al Ayuntamiento de Barcelona.

Esta concesión fue ampliada por Orden de 12 de marzo de 1957, que otorga a la SGAB una nueva derivación de 1.100 litros por segundo de aguas del río Llobregat, ampliando el abastecimiento a las poblaciones del entorno de Barcelona, y por Orden de 25 de mayo de 1960 del Ministerio de Obras Públicas que amplió la autorización para aprovechar 2.000 litros por segundo con destino al abastecimiento de Barcelona y poblaciones del cinturón urbano. El plazo de la concesión y ampliaciones finaliza el 9 de diciembre de 2053.

En el marco de esta concesión, la SGAB, entre otras obras, construyó la Estación de Tratamiento de Agua Potable (en adelante, ETAP) de Sant Joan Despí.

(iii) En el año 1966, el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona acordó, en sesión de 31 de marzo de 1966, aprobar las 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. En este proyecto de convenio se incluía la distribución del agua

procedente de la concesión del Ter, otorgada al Ayuntamiento de Barcelona en el año 1961. Este Convenio no se llegó a formalizar.

(iv) Por Decreto-Ley 5/1974, de 24 de agosto, se crea la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona que incluye el abastecimiento de aguas entre los servicios públicos de interés metropolitano, desarrollado por Decreto 3276/1974, de 28 de noviembre, por el que se desarrolla el Decreto-ley 5/1974, sobre organización y funcionamiento de la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona.

Constituida la Corporación Metropolitana de Barcelona (en adelante, CMB), en fecha 28 de enero de 1982 se acordó aprobar el Plan Coordinado de establecimiento y prestación del servicio de suministro de agua y se ratifica la declaración de interés metropolitano del mencionado servicio, así como gestionar provisionalmente el mismo con órgano especial de administración con facultad de sustituir esta forma de gestión por la creación de una Sociedad Metropolitana, así como aprobar el Reglamento de Servicios y protocolos a suscribir con la SGAB.

A fin de materializar la gestión del servicio de abastecimiento del agua en los términos acordados por el CMB el 28 de enero de 1982, con fecha 18 de abril de 1983 se firman los siguientes protocolos:

1) Contrato entre la CMB y el Consorcio de Abastecimiento del río Llobregat para la adquisición por parte de la CMB de la ETAP de Abrera a cambio de un pago. Las obras complementarias para concluir la conexión entre la Planta de Abrera y las instalaciones de Sant Joan Despí corresponderían ejecutarlas y financiarlas a SGAB.

2) Contrato entre CMB y SGAB, SAUR (Sociedad de Abastecimientos Urbanos y Rurales, S.A) SOREA (Sociedad Regional de Abastecimiento de Aguas, S.A) (en adelante, Sociedades) que tiene por objeto la adquisición de la ETAP de Sant Joan Despí por parte de la CMB (compraventa de los derechos, terrenos, instalaciones, bienes y construcciones afectos al tratamiento de aguas potables y red primaria de aducción, conducción e impulsión hasta entrada en los depósitos de cabecera), así como la transferencia gratuita de la titularidad de las concesiones de aprovechamiento de las aguas públicas para el abastecimiento de las poblaciones comprendidas en la CMB de las que eran titulares las Sociedades. En el mismo contrato se contemplaba que las Sociedades permanecerían en la gestión indirecta de la distribución de agua hasta los abonados o "servicio de abonados", después de

las transferencias contempladas en el presente protocolo, y que se instrumentaría, cuando resultare procedente, mediante la concesión por 50 años del "servicio de abonados" a las sociedades "por concierto directo" en virtud de lo dispuesto en el punto 1º del artículo 117 de la Ley 41/1975 (desarrollado por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre)".

3) Contrato entre la CMB y SGAB de venta de agua en alta para el abastecimiento domiciliario.

El perfeccionamiento de estos contratos estaba condicionada a la interconexión de las redes Ter-Llobregat. Esta interconexión se produjo el 2 de junio de 1997.

(v) En 1990 se dictaron dos leyes relativas a la actuación de la Administración hidráulica de Cataluña: la Llei 4/1990, de 9 de marzo, sobre ordenación del abastecimiento de agua al área de Barcelona, materia que, por su singularidad, fue objeto de tratamiento especial, y la Llei 5/1990, de 9 de marzo, de infraestructuras hidráulicas de Cataluña.

El art. 4 de la Llei 4/1990 establecía la competencia de la Generalitat para la producción y el suministro de agua potable para abastecimiento de poblaciones mediante la red básica: El Anexo II de la Llei integraba en la red básica la Planta de tratamiento (ETAP) de San Joan Despí (tratamiento, captación superficie e instalaciones de recarga y extracción de Cornellá de Llobregat y San Feliú de Llobregat) titularidad de SGAB.

Por tanto, y como consecuencia de este cambio normativo, el convenio de 1983 devino irrealizable cuando se produce la interconexión de redes contemplada como condición suspensiva el 2 de junio de 1997.

QUINTO.- Principios y marco normativo. Partiendo de estos antecedentes, el análisis de la impugnación de los Acuerdos de la Autoridad Metropolitana de Barcelona (en adelante, AMB) de fecha 6 de noviembre de 2012 y 21 de mayo de 2013 por los que se constituye la empresa mixta Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, S.A. (en adelante, SEM, siglas de Sociedad Economía Mixta), debe partir necesariamente del marco normativo aplicable a la actividad impugnada.

El expediente se inicia al amparo de los artículos 159 y siguientes del Decret

179/1995, de 13 de junio, del Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels ens locals (en adelante, ROAS) para establecer y gestionar el servicio metropolitano del ciclo integral del agua, y determinar la forma de gestión por empresa de economía mixta.

La primera cuestión que se plantea es la de la aplicación de las normas de contratación pública al citado expediente, la cual resulta controvertida en la contestación de las codemandadas SGAB y SEM, en la que se sostiene en síntesis que las propias previsiones del Derecho de la Unión Europea sobre la imposibilidad de promover la concurrencia en relación con los mecanismos específicos del sector del agua determina la aplicación matizada de los principios de la contratación pública al presente caso y que la base jurídica para constituir la sociedad de economía mixta es el art. 283.1 del ROAS que contempla la posibilidad de constituir sociedades de economía mixta con la "sociedad única existente". No obstante, debe señalarse que en la actividad impugnada se parte de la aplicación del TRLSCP y así resulta reflejado expresamente en el Convenio suscrito por la SGAB, cuya cláusula 20 recoge su régimen jurídico estableciendo que el mismo se rige, entre otras normas, por el TRLCSP.

En relación a esta cuestión, y partiendo del marco comunitario, debemos indicar que, como expresa la STJCE de 6 de abril de 2006 (*asunto C-410/04, c. Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contra Comune di Bari y AMTAB Servizio SpA*), las concesiones de servicios públicos estaban excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, sustituida por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, si bien las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (*apartados 17 y 18*).

Más concretamente, la STJCE (Sala Tercera) de 15 de octubre de 2009 (*asunto C-196/08, c. Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*), en relación a la adjudicación de un servicio público local de gestión integrada de aguas, afirma que la misma podría considerarse incluida, según las características específicas de la contrapartida de dicho servicio, en la definición de los «contratos públicos de servicios» o en la de la «concesión de servicios», establecidas respectivamente en el apartado 2, letra d), del artículo 1 de la Directiva 2004/18 y en el apartado 4 de dicho artículo, o incluso, en su caso, en las

definiciones establecidas, respectivamente, en el apartado 2, letra d), del artículo 1 de la Directiva 2004/17 y en el apartado 3, letra b), del mismo artículo de esta última Directiva, cuyo artículo 4, apartado 1, letra a), dispone que la Directiva es aplicable a la puesta a disposición o a la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable, o al suministro de agua potable a dichas redes (*apartado 37*). Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (*apartado 46*), el principio de igualdad de trato de los licitadores (*apartado 48*), lo que implica en particular una obligación de transparencia, que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (*apartado 49*), añadiendo que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores (*apartado 56*), con el matiz de que no es necesario acudir a la doble licitación si se selecciona al socio privado respetando las exigencias de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta (*apartado 57*).

Este mismo marco normativo comunitario se mantiene tras la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (la denominada Directiva de Concesiones), cuyo art. 12 excluye las concesiones de transporte, distribución y suministro de agua potable.

En idéntica línea, la STC 103/2015, de 28 de mayo 2015 se pronuncia en relación a la competencia que asiste a los municipios para el abastecimiento de agua potable a domicilio, evacuación y tratamiento de aguas residuales [art. 25.2 c) LBRL], y a la necesidad de gestionar de forma integrada los servicios de aducción, depuración y reutilización del agua, expresando que la excepción contemplada en el art. 4 n)

TRLCSP no permite excluir las encomiendas de los Ayuntamientos a una sociedad mixta -en el caso a la creada por la Ley de la Comunidad de Madrid 3/2008 -pues el precepto sólo excluye las que se realicen a medios propios y el art. 24.6 TRLCSP, al regular los medios propios, exige, entre otros requisitos, que cuando se trate de una sociedad mercantil, sea de capital íntegramente público. En la referida STC 103/2015 se cita la Comunicación de la Comisión Europea interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones o la colaboración pública y privada institucionalizada (2008/C 91/02), que explica que la creación de una empresa mixta se traduce o bien en la creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora -administraciones y poderes adjudicadores que no son administración pública- y la adjudicación de un contrato público a esa entidad de nueva creación de capital mixto, o bien en la participación de un socio privado en una empresa pública ya existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna. La Comisión considera que una doble licitación, la primera para la selección del socio privado de la empresa mixta, y la segunda para la adjudicación del contrato, no resulta muy práctica, por lo que una de las formas de actuar conforme al Derecho europeo es seleccionar al socio privado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo, cuyo objeto es el contrato público que se ha de adjudicar a la empresa mixta, de manera que no resulte necesario licitar también la adjudicación del contrato.

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.

SEXTO.- *Legislación aplicable.* Desde la perspectiva de la legislación interna, el art. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) establece los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Dicha normativa básica se proyecta sobre las diferentes disposiciones sectoriales de rango legal y, con mayor intensidad, en las de rango reglamentario, de manera que el art. 283.1 ROAS ha de integrarse con las normas legales sobre contratación

pública contenidas en el TRLSCP. Por tanto, y tratándose de un contrato de gestión de servicios públicos, la excepción de licitación ha de asentarse en algunos de los casos tasados en la Ley en los que se permite acudir a procedimientos de adjudicación sin publicidad. En consecuencia, la posibilidad contemplada en el art. 283.1 ROAS de constitución de una sociedad de economía mixta mediante convenio con una sociedad única existente mediante un procedimiento de adjudicación sin publicidad, ha de tener encaje en algunos de los casos contemplados legalmente en la legislación de contratos del sector público.

En el caso ahora contemplado, se acude al procedimiento negociado sin publicidad que está configurado como un procedimiento excepcional en la medida que supone una quiebra a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de publicidad, consagrados en el art. 1 del TRLSCP. En este sentido, el art. 138.2 establece que "la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo".

En este punto, el supuesto legal en el que se ampara la AMB es inicialmente el del art. 170.d) TRLSCP (v.gr. *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*), para posteriormente aplicar el art. 172.a) TRLSCP (v.gr. *a) Cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta*). Ambos supuestos son aplicables a los contratos de gestión de servicios públicos, puesto que el art. 172 admite acudir al procedimiento negociado en los supuestos previstos en el art. 170. 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.

La decisión de seleccionar a SGAB como socio 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 diversos 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.

De todos estos títulos, sin duda el principal es la concesión de 1953, ampliada en los años 1957 y 1960, según se constata del examen de lo actuado y en ello no hay controversia por las partes. Por tanto, la determinación de la posición jurídica de SGAB en el servicio metropolitano de abastecimiento de agua potable debe partir necesariamente del examen de los títulos y, singularmente, de la concesión de 1953 y sus ampliaciones.

SÉPTIMO.- La concesión de 1953 y sus ampliaciones. El título concesional principal de SGAB es la concesión otorgada por el Ministerio de Obras Públicas, por Orden de 24 de junio de 1953, 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. Esta 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.

La concesión se otorgó bajo la vigencia de la Ley de Aguas de 1879 que 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. Así, el art. 169 de la Ley de Aguas de 1879 establecía que *“cuando la concesión se otorgue a favor de una empresa particular (..) se fijará en la misma concesión la tarifa de precios que pueda percibirse por suministro de agua y tubería”*, en tanto que el art. 170 establecía que *“estas concesiones serán temporales, y su duración no podrá exceder de 99 años, transcurridos los cuales quedarán todas las obras, así como la tubería, en favor del común de los vecinos, pero con la obligación por parte del Ayuntamiento de respetar los contratos entre la empresa y los particulares para el suministro de agua a domicilio”*. Finalmente, el art. 171 de la Ley de 1879 contemplaba la potestad del Ayuntamiento de formar los reglamentos para el régimen y distribución de las aguas, antes del otorgamiento de las concesiones; una vez hecha la concesión, sólo podían alterarse los reglamentos de común acuerdo entre el Ayuntamiento y el concesionario y, si no lo hubiere, resolverá el Ministerio de Fomento.

Sobre este marco legislativo, donde se daba un papel muy relevante a la iniciativa privada, incidieron determinadas disposiciones de régimen local, especialmente la Ley de régimen local de 1950, la cual ya estaba en vigor cuando se otorga esta concesión. Así, 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. La Ley Municipal de 1877 ó el Real Decreto de 12 de abril de 1924 son ejemplos de esta progresiva asunción de competencias por parte del municipio, pero es la Ley de régimen local de 16 de diciembre de 1950 la que atribuye a la Administración municipal la competencia sobre salubridad e higiene, aguas potables, fuentes, abrevaderos, alcantarillados, piscinas y baños públicos (art. 101.1.a)), haciendo obligatorio, con carácter general, el surtido de agua potable en fuentes públicas, abrevaderos y lavaderos (art. 102.b)) y, en municipios de más de 5000 habitantes, el abastecimiento domiciliar de agua potable (art. 103). 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 domiciliar como servicio mínimo obligatorio.

El análisis de la evolución legislativa era necesario para concretar los términos y alcance de la concesión otorgada a SGAB en el año 1953, en la cual podemos distinguir dos partes: (i) es una concesión demanial de aprovechamiento de aguas superficiales del río Llobregat a favor de una empresa particular, condicionada a realización de determinadas obras hidráulicas (lo que hoy integraría el abastecimiento en alta); y (ii) la concesión, en tanto que integrada en el ámbito del aprovechamiento especial de la Ley de Aguas de 1879, llevaba implícita la distribución domiciliar por cuanto que el aprovechamiento sobre aguas superficiales es instrumental para el abastecimiento domiciliar (lo que hoy integraría el abastecimiento en baja), pero tal concesión de abastecimiento domiciliar 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.

Esto fue precisamente lo que se intentó en un primer momento en el Proyecto de Convenio de 31 de marzo de 1966 entre el Ayuntamiento de Barcelona y SGAB, que hemos descrito en el fundamento cuarto, el cual ha sido alegado por todos los recurrentes, y que no se llegó a concluir según convienen las partes. Aquí debemos llamar la atención que en este Proyecto de Convenio se incluía asimismo 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. Aunque no se llevó a efecto ni el reglamento del servicio ni tampoco el Convenio de 1966, lo que se pone de manifiesto es que el título de la SGAB de 1953, de carácter instrumental para la distribución o abastecimiento domiciliaria 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 domiciliaria 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.

-

En realidad, el aprovechamiento especial regulado en la Ley de 1879 partía del presupuesto de concesionario único, donde la concesión era instrumental para el abastecimiento, lo cual facultaba al concesionario a realizar la distribución domiciliaria. Así se infiere del tenor literal del art. 169 de la Ley de 1879 cuando dice cuando la concesión se otorgue "*a favor de una empresa particular...*". Se trataba de un sistema fragmentario, donde cada población disponía de sus propios caudales, ya por concesión, ya por utilización consolidada, que eran distribuidos por el concesionario. Este mismo modelo de concesionario único en el aprovechamiento especial para abastecimiento de poblaciones se trasladó a la Ley de Aguas de 1985 (cfr. arts. 51.3 y 81.1) y a la regulación de los artículos 122 a 125 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, limitada en este último caso al abastecimiento de poblaciones y de urbanizaciones aisladas que no puedan ser abastecidas desde la red municipal.

Sin embargo, el contexto en que se promulga la Ley de 1879 se vio pronto superado por el progresivo aumento de las dotaciones mínimas de garantía por habitante (de 50 litros, de los que 20 han de ser de agua potable, por habitante y día, previstos en la Ley de 1879 se pasa a 150 en el Reglamento de Sanidad Municipal de 1925; el estudio para el abastecimiento de Barcelona y su zona de influencia aprobado en 1950 (Decreto de 31 de marzo) se marcaba el objetivo de “*suministrar una dotación comprendida entre un máximo de 250 litros y un mínimo de 150 por habitante y día*”), así como por el aumento poblacional y por la insuficiencia de las aguas subterráneas, de manera que la equivalencia concesionario-distribuidor se fue diluyendo al incorporarse progresivamente concesiones de aguas superficiales con el mismo objeto correspondientes a titulares distintos. Esto fue lo que pasó en el área metropolitana de Barcelona, donde, con anterioridad al año 1953, SGAB ya estaba prestando el servicio de suministro de la ciudad desde muchos años antes, según es notorio y aceptan todas las partes, el cual se vio ampliado con la concesión de 1953. Pero esa red de distribución domiciliaria vino nutriéndose posteriormente de otras concesiones demaniales, como la de 1961 de titularidad municipal, en la que se utilizaba la misma red de distribución, por lo que se diluye la equivalencia concesionario-distribuidor de la que partía la legislación decimonónica. La posterior evolución normativa todavía diluye más esta equivalencia, especialmente al desaparecer la fragmentación por municipios de los títulos concesionales sobre aguas, e introducirse la distinción entre abastecimiento en alta y abastecimiento en baja dentro del ciclo integral del agua.

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 domiciliar, 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 domiciliar 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 domiciliar hasta que se dictan las resoluciones aquí impugnadas.

OCTAVO.- Plazo de los derechos concesionales de SGAB. Las anteriores consideraciones nos permiten ya responder a una primera cuestión planteada por los recurrentes cual es la aplicación del plazo de caducidad de la concesión por el

transcurso de cincuenta años, el cual estaba establecido en el art. 163,1 de la Ley de 1950 y, en los mismos términos, en la Ley de Régimen Local de 24 junio 1955, para los casos de arrendamiento, de concesión y empresa mixta, donde el término del convenio nunca podía exceder de cincuenta años; término igualmente contemplado en el artículo 10 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 enero 1953 y en el artículo 111.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955.

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 (cfr. disposición transitoria primera que limitó la duración a 75 años desde su entrada en vigor, por lo que no resultó afectada) 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.

De acuerdo a ello, y en esta segunda vertiente, no podemos aplicar el límite de cincuenta años establecido en la legislación de régimen local, pues tal límite juega en contratos de gestión de servicio público local y lo cierto es que, como veremos, la Administración local no llevó a cabo la concesión del servicio domiciliario de abastecimiento de agua. En este punto, debemos indicar que el Tribunal Supremo ha aplicado el límite de 50 años fijado en el art. 163.1, a) de la Ley de Régimen Local de 24 junio 1955, así como en el artículo 10 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 enero 1953 y en el artículo 111.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955, con arreglo al régimen transitorio establecido en la disposición transitoria segunda del Reglamento de Contratación de 1953 y del de Servicios de 1955 en relación a títulos otorgados por las Administraciones locales (SSTS 4 de Noviembre de 1980 (RJ 1980, 4257), 28 mayo 1986 (RJ 1986,4601) y 31 octubre 1995 (RJ 1995, 7718)), 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.

Desarrollando este argumento, y como ya 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 es 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. 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.

En este sentido, y conforme a la teoría administrativa del servicio público, entendido en sentido estricto en cuanto implica una actividad, función o competencia administrativa, es necesaria la previa asunción de ésta por la Administración de que se trate, lo que se denomina doctrinalmente "publicatio" de la actividad, a la que se refería el art. 156.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el vigente art. 132 del TRLCSP, de manera que, antes de proceder a la contratación de la gestión de un servicio público, la Administración competente debe establecer su régimen jurídico básico y declarar expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma. En el ámbito de la legislación de régimen local, la asunción del servicio por parte de la Administración local es requisito previo a la contratación como ya se establecía en el art. 160 en relación con los arts. 158 y 164 y ss de la Ley de régimen local de 1950 y 1955, lo que está asimismo contemplado, en el ámbito de la legislación estatal, en el art. 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, art. 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, arts. 30 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y, en el ámbito de la legislación catalana, en los arts. 243 y ss del Decret Legislatiu 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, y arts. 159 y siguientes del ROAS.

Si examinamos las diferentes actuaciones municipales y de la entidad metropolitana, podemos constatar que la declaración de asunción de titularidad del servicio

-metropolitanización- y determinación de su régimen jurídico básico se produce en el Acuerdo de la CMB de fecha 28 de enero de 1982, aunque posteriormente no se materializaría la contratación de la gestión del servicio público como hemos expuesto en el fundamento cuarto.

Examinando el Acuerdo de 1982 observamos que en el mismo se declara de interés metropolitano del servicio de abastecimiento de agua y se aprueba el plan coordinado de establecimiento y prestación del servicio público, el cual era requisito necesario para el establecimiento del servicio público conforme a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto Ley 5/1974 y en los arts. 26 y 27 del Decreto 3276/1974, lo cual implicaba la declaración de utilidad pública prevista por el art. 10 de la Ley de Expropiación Forzosa.

A la hora de materializar la gestión del servicio, la CMB optó 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 al no llegar a cumplirse las condiciones allí establecidas, en un primer momento, y ser de imposible cumplimiento después a raíz de la promulgación de la Ley catalana 4/1990, de 9 de marzo, de Ordenación del Abastecimiento de Agua en el Area de Barcelona, que incluyó en la red básica de abastecimiento la planta de tratamiento de San Joan Despí, titularidad de la SGAB (Anexo II), cuya compraventa integraba uno de los objetos principales del Protocolo de 1983 (artículos 1º y 2º).

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.

NOVENO.- Posición jurídica de SGAB. A la vista de todo lo expuesto, resulta imprescindible definir la situación jurídica respecto de la prestación del servicio de abastecimiento en baja por parte de SGAB a Barcelona y a la mayor parte de las poblaciones del área metropolitana, como presupuesto previo para valorar la

actividad administrativa impugnada.

Como se ha venido expresando, en el año 1953, SGAB distribuía el agua en Barcelona y otras poblaciones en virtud de títulos de aprovechamientos de aguas, según la legislación de la época, con su red de distribución. En el año 1953 se concede el aprovechamiento sobre las aguas superficiales del río Llobregat, de manera que SGAB ostenta un título concesional que alcanza a la distribución final de un determinado caudal, posteriormente ampliado en las resoluciones de 1957 y 1960. A este título ya hemos hecho referencia anteriormente y lo hemos calificado como provisorio en tanto que no está otorgado por la Administración con competencia sobre el servicio de abastecimiento de agua potable que era la local. Paralelamente, se otorga otro aprovechamiento sobre aguas superficiales en el año 1961, en este caso del río Ter y a favor del Ayuntamiento de Barcelona, cuyo abastecimiento en baja gestiona SGAB, al no cumplirse la condición establecida en la propia concesión de 1961 que era la de que se elaborara un reglamento municipal ordenando la distribución del agua.

En todo este tiempo, y según lo que consta en autos, SGAB presta el servicio en régimen privado, hasta que en el año 1982 la CMB, entonces competente para la gestión del servicio de abastecimiento de agua, declara dicho servicio de interés metropolitano y, posteriormente, firma un convenio con las sociedades que gestionan el servicio de abastecimiento de agua que no se llevó finalmente a efecto como se ha expuesto. 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 diferentes resoluciones judiciales como es ejemplo la STS de 30 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2438), que desestima un recurso contra la aprobación de las tarifas del año 1986 del suministro de agua de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, donde se considera a ésta como concesionaria; o la STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2001 (JUR 2001, 321023) que afirma que la condición de concesionaria de la gestión del servicio de suministro de agua de la SGAB ha sido reconocida en Sentencias de esta Sala y Sección de 6 de mayo de 1997 y 5 de junio de 1997. 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.

La doctrina científica defiende la naturaleza contractual de las denominadas concesiones de hecho o tácitas, así como su validez y eficacia, en base al tiempo de prestación del servicio, unido a la tolerancia de la Administración y su participación activa, para los casos en que, como el presente, apruebe tarifas o ejercite la potestad sancionadora, o bien reglamente el servicio mediante la aprobación de la ordenanza o reglamento correspondiente, de manera 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.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo venía manejando estos criterios interpretativos y, así, la STS 5 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6261), en relación al servicio domiciliario de agua potable, prestado de modo permanente y con el pleno consentimiento del ente municipal, que requería a la empresa para que restableciera el suministro a los usuarios en caso de irregularidades, cobraba las correspondientes tasas por la apertura de zanjas relacionadas con el servicio de aguas y ejercía la potestad tarifaria, afirmaba que a todo este conjunto de actos de sentido inequívoco no puede ser indiferente el Derecho porque revelan una intención por parte de la Administración, tácita, pero no por ello menos expresiva, de admitir la realidad de una relación jurídica amparadora de la empresa suministradora, situación jurídica que necesariamente ha de predicarse a la vista de los constantes actos aludidos, impensables sin un soporte legal; en el mismo sentido, la STS de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5492) afirma que cuando una empresa presta un servicio público a su riesgo y ventura, reteniendo la Administración municipal la titularidad del servicio y percibiendo la empresa una tarifa de los usuarios, la figura jurídica que se constituye es la de una concesión administrativa.

Como se ha venido exponiendo, la SGAB tenía un título demanial, instrumental para el abastecimiento de aguas a Barcelona y las poblaciones de su entorno, que data de 1953 y que le habilitaba de forma provisoria a suministrar un caudal total de 5,3 metros cúbicos por segundo al usuario final, de acuerdo a lo dispuesto en la legislación decimonónica, y hasta tanto la Administración competente, la local primero y después la metropolitana, asumiera la gestión del servicio de abastecimiento domiciliario. Al amparo de este título limitado, SGAB ha venido distribuyendo la totalidad del agua de Barcelona y la mayor parte de las poblaciones de su entorno, 23 sobre 36 según consta en la Memoria, al margen de que el agua

proceda del aprovechamiento demanial del que es concesionaria o de otros aprovechamientos distintos, de manera que cabe considerar que está actuando como concesionario tácito, en tanto que está ejerciendo la exclusiva del abastecimiento en baja en dicho ámbito geográfico sin un título que le habilite para la prestación de dicho servicio público metropolitano.

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.

DÉCIMO.- Razones justificativas de la excepción de licitación en las resoluciones impugnadas. 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.

Este análisis debe realizarse desde la perspectiva de que cualquier excepción a la publicidad de la licitación debe interpretarse de manera estricta. La STJCE de 11 de enero de 2005 (*Stadt Halle. Asunto C-26/03*), respecto al recurso al procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación, expresa que el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, que prevé este procedimiento, como disposición que autoriza una excepción a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de servicios, debe ser objeto de una interpretación estricta, y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ello, con cita de la Sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania, asuntos acumulados C20/01 y C28/01, Rec. p. I3609, apartado 58. Este criterio exegético es proyección de los principios generales de igualdad de trato y transparencia que informan el marco comunitario en materia de contratación y nuestra legislación interna.

Desde esta perspectiva, y para analizar si estas razones esgrimidas en la actividad administrativa impugnada justifican la excepción de licitación debemos definir los límites del servicio público competencia de la AMB que debía ser adjudicado. El art. 14.c) de la Ley catalana 31/2010, de 3 de agosto, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, define las competencias del AMB en materia de aguas que son las siguientes: a) El suministro domiciliario de agua potable o el abastecimiento de agua en baja; la gestión directa o indirecta del agua; la regulación, previa autorización de la Comisión de Precios de Cataluña, de los precios de las tarifas de agua de conformidad con los costes que la prestación del servicio requiere, que comprende la estructura tarifaria y los tratamientos especiales o bonificaciones, y otras funciones que corresponden al ente local titular del servicio; b) el sistema público de saneamiento en alta y la depuración de aguas residuales, así como la regeneración de dichas aguas para otros usos, sin perjuicio de las competencias de la Agencia Catalana del Agua (ACA) para otorgar los correspondientes títulos habilitantes, concesión y autorización, para la reutilización de las aguas regeneradas; y c) la coordinación de los sistemas municipales de saneamiento en baja y, en particular, la planificación y gestión integrada de la evacuación de aguas pluviales y residuales y de las redes de alcantarillado.

El objeto del expediente se integraba por los servicios de suministro de agua potable o abastecimiento de agua en baja, el servicio público de saneamiento en alta y la depuración de aguas residuales, incluyendo también la regeneración de aguas residuales para otros usos. En la Memoria, tras exponer las ventajas técnicas y económicas en la gestión del ciclo integral del agua, describe la situación preexistente distinguiendo entre: (i) servicio público de depuración y regeneración de aguas residuales gestionado directamente por la AMB a través de la empresa EMSSA; y (ii) servicio de abastecimiento en baja, en la que la mayor parte de los municipios son gestionados por la SGAB, relacionados en las páginas 22 y 23 de la Memoria, que estima que la SGAB distribuye el 86% del agua potable -un 93% si se incluyen las empresas grupo- y tiene 9 de cada 10 abonados del área metropolitana de Barcelona.

En nuestra perspectiva de análisis en este proceso, debemos examinar si esta situación que aparece en la Memoria y en el resto de las actuaciones puede erigirse en impeditiva de la publicidad en la licitación, lo cual ha de asentarse en la preexistencia de derechos de exclusiva o en razones técnicas y/o económicas que impidan promover concurrencia en la oferta, tal como establecen los arts. 170.d) y 172.a) TRLCSP.

Como principales puntos de controversia específicos planteados por las partes, debe valorarse lo siguiente:

(i) *Inclusión de la ETAP de Sant Joan Despí*. La primera cuestión que se plantea es la inclusión de esta infraestructura, titularidad de la SGAB en virtud del título concesional de 1953, según resulta expresado en la Ley catalana 4/1990 y en el Anexo I del vigente TRLAC.

En la Memoria se destaca que esta infraestructura es la más notable de las que tiene la SGAB, con canalizaciones de una longitud de 500 Km, destacándose la experiencia de la empresa y su solvencia técnica y su importancia en relación al territorio.

La controversia que se plantea es que se trata de una infraestructura para el abastecimiento de agua en alta o aducción, que, como es sabido, incluye la captación, el alumbramiento y el embalse de los recursos hídricos, el tratamiento de la potabilización, el transporte por arterias y el almacenamiento en depósitos reguladores de cabecera de los núcleos de población, de tal manera que esta infraestructura queda fuera del objeto del servicio público que se pretende gestionar competencia de la AMB.

Desde el punto de vista de estrategia de gestión, la incorporación de esta infraestructura ya se contempló en el Acuerdo de 1982 de la Corporación Metropolitana de Barcelona y en el Protocolo de 1983, interés que se mantiene por la AMB como elemento optimizador de la gestión del ciclo integral del agua, según se expresa, si bien en aquella época el abastecimiento en alta estaba en el ámbito competencial de la entidad metropolitana. En este punto, nadie niega que puedan incorporarse a una sociedad de economía mixta infraestructuras, bienes o derechos que optimicen la gestión, siempre y cuando se respete el marco competencial establecido (como veremos, el conflicto competencial con la Generalitat se solventó con la constitución de un derecho de usufructo sobre esta infraestructura). Pero no es ésta la perspectiva de análisis que debemos manejar, pues lo que se trata es de dirimir si la titularidad de esta infraestructura por parte de SGAB es un elemento obstativo a la concurrencia en la oferta, y aquí la respuesta ha de ser negativa desde el momento que queda fuera del ámbito del contrato de gestión del servicio público que es objeto de contratación. En efecto, ni en la Memoria ni a lo largo de las actuaciones encontramos razones específicas, técnicas o económicas, por las

cuales esta infraestructura impida la concurrencia en la oferta de la gestión del servicio público de abastecimiento en baja que se pretende contratar, a lo que debe añadirse que se trata de una infraestructura de abastecimiento en alta que es de competencia de la Generalitat. Dicho en otras palabras, la instalación de referencia se integra en un servicio público diferente al que nos ocupa; en este sentido el Anexo I en relación al art. 34 del TRLAC son claros. Por consiguiente, mal se puede tomar en consideración una instalación externa al servicio para valorar una eventual posición exclusiva de un tercero respecto de dicho servicio.

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 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.

Como se ha indicado, la falta de concurrencia en la oferta ha de estar fundada en motivos tasados que sean impositivos y estén relacionados con el objeto del contrato, y es en este sentido que no se expresan motivos -ni tampoco se aprecian- por los cuales el valor económico derivado de la inclusión de la explotación de la ETAP de Sant Joan Despí en el contrato de gestión del servicio competencia de la AMB pueda erigirse en elemento obstativo de la licitación pública.

(ii) *Plazo de la concesión.* El plazo de la concesión se fija hasta el día 2 de junio de 2047 tomando como referencia 50 años desde la fecha de la interconexión de Abrera (2 de junio de 1997).

Al igual que en el caso anterior, se vuelve a dar valor referencial al Acuerdo de 1982 y Protocolo de 1983, que condicionaban la compraventa de la ETAP de Sant Joan d'Espí a que se produjera interconexión Ter-Llobregat, si bien en la Memoria se expresa que tales pactos no llegaron a tener eficacia por el cambio normativo operado por la Ley catalana 4/1990 (pág. 64 de la Memoria), en lo cual no hay

controversia por las partes.

En la Memoria no se expresan motivos concretos por los que se toma como referencia esta fecha del 2 de junio de 1997 en un contrato que se ha de concertar transcurridos quince años, en el año 2012. Incluso se aprecia cierta contradicción entre la inclusión de la ETAP de Sant Joan Despí y de la concesión demanial que ostenta la SGAB, cuyo plazo finaliza el 9 de diciembre de 2053, y el que se fije la finalización el día 2 de junio de 2047, lo cual no resulta explicado en ningún momento.

Tampoco se explica la aplicación del plazo referencial de 50 años, aunque por el "dies a quo" elegido el plazo real sea de 35. Es cierto que este plazo de 50 años juega como límite, el cual está establecido en el art. 278.a) TRLCSP para los contratos de gestión de servicios públicos, pero ello no significa que deba aplicarse dicho periodo máximo como referencia, sin consideración a otras variables como las prórrogas.

En este punto, el art. 23 TRLSCP, dentro de las disposiciones generales aplicables a los contratos del sector público, preceptúa atender 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 apartado 2 del precepto establece que el contrato puede prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga; la prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.

En la actividad impugnada, no existe ninguna ponderación concreta sobre estas circunstancias legalmente establecidas, ni en las actuaciones preparatorias ni en las resoluciones impugnadas. Implícitamente, podría apreciarse la incidencia del propio diseño de la operación en el plazo de duración fijado, puesto que la sociedad constituida, SEM, ha de abonar a SGAB la cantidad de 190 millones de euros por la adquisición del 40% del valor del patrimonio aportado por la SGAB, lo cual evidentemente requiere de un plazo de actividad prolongado para hacer frente a dicha cantidad y a su financiación.

Pero aquí debemos volver a insistir en la incidencia de la inclusión de la concesión demanial de la ETAP de Sant Joan Despí, que forma parte del patrimonio aportado -y que debe ser satisfecho por la SEM- lo cual se proyecta también en el plazo de duración del contrato, puesto que es obvio que incrementa el precio y, con ello, las necesidades de financiación. El criterio de amortización de inversiones como justificativo de la ampliación de la duración temporal de la concesión resulta asimismo manejado en las Directivas Comunitarias, y encaja en el concepto legal de "necesidades de financiación" recogido en el art. 23 del TRLCSP. Y en este sentido, la inclusión de la infraestructura de la ETAP de Sant Joan Despí tiene una proyección sobre la duración de la concesión, en la medida que aumenta las necesidades de financiación de la operación, cuando, como hemos dicho, queda extramuros del servicio que es objeto de contratación.

(iii) *Consideración de SGAB como gestor indirecto del abastecimiento en baja.* La Memoria expresa la opción de elección del socio en la consideración de SGAB como gestor indirecto del abastecimiento en baja en unos porcentajes que se sitúan alrededor del 90% del suministro del área metropolitana, como se ha expresado anteriormente, y con fundamento en diferentes Sentencias del Tribunal Supremo y de este Tribunal de las que se derivaría dicha condición.

Esta consideración se expresa en diferentes apartados de la Memoria fundada en lo que se denomina "Títulos del SGAB", afirmándose que es titular del abastecimiento en baja y que tiene la condición de gestor indirecto. En cuanto al plazo en que se proyecta dicho título concesional, se recoge una referencia expresa al Convenio de 1982, donde se contemplaba la gestión del servicio de abonados por un plazo de 50 años (pág. 62 del Memoria), si bien, como hemos indicado, dicho convenio no se llevó a efecto.

Esta cuestión de los títulos SGAB sobre abastecimiento en baja y su proyección temporal resultaba esencial, especialmente si tomamos en consideración el método de valoración empleado que se proyecta sobre los resultados futuros de la explotación. Así, si se valora un espacio temporal hasta 2047 debe ser porque los títulos concesionales amparan la actividad económica futura, aspecto éste que no resulta suficientemente valorado ni explicado en el expediente de contratación. Al respecto, cuando el art. 283.1.b) del ROAS contempla la creación de sociedad de economía mixta mediante "convenio con una sociedad única ya existente" es obvio que lo hace en consideración a que dicha sociedad tiene unos derechos que se proyectan a futuro, al menos en la mayor parte del periodo temporal en que se

pretende concertar el contrato, puesto que sólo esta condición permite exceptuar la publicidad en la licitación conforme al TRLSCP, ya sea por la existencia de unos derechos de exclusiva (art. 170.d), ya sea por la imposibilidad de promover la concurrencia en la oferta (art. 172.a).

En ningún apartado de la Memoria encontramos una referencia expresa a la proyección futura de los derechos concesionales del SGAB sobre el abastecimiento en baja, al margen de las referencias a la concesión de 1953. La cuestión parece que debía ponderarse, especialmente después de que se dictara la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, en recurso 298/2010, de 5 de octubre de 2010, alegada por diferentes interesados en el expediente, donde se constató la controversia sobre el título concesional de la SGAB, al aportarse en dicho proceso el convenio de 1966, al que se ha hecho referencia, que era simplemente un proyecto, sobre lo que no hay controversia por las partes en este recurso. Es evidente que esta conclusión fáctica sobre la inexistencia de concesión, que se emite “*obiter dicta*” en un proceso por impago de suministro, tomó en consideración la prueba practicada en el citado recurso, como ordena el art. 33.1 de la LJCA, por lo que en nada afecta a que puedan existir otros títulos distintos que no se aportaron en dicho proceso, como aquí se ha acreditado. No obstante, este precedente pone de relieve la existencia de una controversia sobre los títulos concesionales de SGAB para el abastecimiento en baja, por lo que debió valorar al menos el alcance objetivo y temporal de los derechos amparados por dichos títulos, especialmente si se pretendía concertar un convenio con una duración de 35 años, lo cual no aparece expresado en la actividad preparatoria previa.

Del mismo modo, 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.

(iv) *Valoración del patrimonio de SGAB.* Como se ha apuntado anteriormente, el método de valoración empleado es el de descuento de flujos de caja, donde es esencial el periodo que se contempla para realizar la valoración, pues la misma resulta del descuento de los flujos de caja libres futuros esperados para una empresa. Ya hemos dicho que dicho método aparece como adecuado para valorar empresas en funcionamiento, pero aquí lo esencial, desde la perspectiva de la libre

conurrencia, es si el valor económico asignado puede considerarse fiable, de manera que se erija en una razón económica obstativa de la concurrencia en la oferta.

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. 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; se trata de un servicio municipal desde el año 1950, servicio además reservado a las Entidades locales en los términos del art. 128.2 CE, según dispone el vigente art. 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Luego, la conclusión fáctica es obvia: si se valora un elemento patrimonial que no se tiene, el resultado de la valoración no es fiable.

Desarrollando este punto, parece claro que la concesión es un activo patrimonial y por ello mismo es susceptible de ser gravado y debe ser objeto de expropiación, en su caso, y al efecto el art. 41 de la Ley de Expropiación Forzosa fija las reglas para la determinación del justo precio en el caso de expropiación de concesiones administrativas. La propia legislación de régimen local contempla el valor patrimonial de las concesiones y, así, el art. 104.3 Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en relación a la gestión indirecta por sociedad mercantil o cooperativa de economía mixta, establece que *“las Entidades locales podrán aportar exclusivamente la concesión, debidamente valorada a efectos de responsabilidad económica, u otra clase de derechos, así como instalaciones, equipamientos o numerario, siempre que tengan la condición de bienes patrimoniales”*. En el mismo sentido el art. 285.3 ROAS establece que los entes locales puede aportar a la sociedad de economía mixta *“la concesión del servicio debidamente valorada”*.

En este caso, al utilizar el método de valoración de flujos de caja se está incluyendo como aportación el activo intangible que es la concesión -esto es, la actuación futura de SGAB como empresa, o sea, su derecho a seguir prestando el servicio- derecho que no está en el patrimonio de la sociedad valorada. En efecto, y al margen del

título demanial de 1953, hemos concluido que SGAB es un concesionario tácito, por lo que es evidente que el flujo de caja pretérito está amparado por su posición jurídica, pero en modo alguno lo está el flujo futuro en tanto que no ostenta derecho concesional para desarrollar esa actividad. En otras palabras, la concesión no es preexistente, sino que se incorpora al patrimonio de SGAB -o más precisamente al de la SEM- después de perfeccionarse el contrato de gestión del servicio público; sin embargo, en nuestro caso, ya había sido incluida en el valor patrimonial de SGAB, por lo cual la valoración del patrimonio no es correcta al incluirse derechos no preexistentes, sino que nacen posteriormente cuando se suscribe el Convenio para constituir la Sociedad de Economía Mixta. En efecto, el título de concesión de abastecimiento en baja hasta el año 2047 se otorga cuando se constituye la SEM, y no antes, por lo que no estaba en el patrimonio de SGAB.

A ello no es óbice que se pacte un 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. Aquí observamos que quien paga este canon concesional es la SEM, de tal manera que se produce una situación de duplicidad o doble gravamen. 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 que hemos concluido que no está en su patrimonio como tal derecho concesional. 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.

Finalmente, dentro de lo que es el valor económico a efectos de justificar la excepción licitatoria, no pueden incluirse aquellos activos empresariales que no son exclusivos de SGAB en tanto que pueden ser aportados por otras empresas del sector en un procedimiento de concurrencia competitiva.

En conclusión, 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*).

DECIMOPRIMERO.- Valoración del coste económico justificativo de la renuncia a la competencia. Por todo lo expuesto podemos concluir 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.

En primer lugar, debemos indicar que no se expresan razones técnicas bastantes ni hay derechos de exclusiva impeditivos de la concurrencia competitiva. En cuanto a las razones técnicas, no se exteriorizan motivos en la Memoria, ni en las resoluciones impugnadas, para excluir la competencia por estas razones, a lo que debe añadirse que todas las partes recurrentes son empresas del sector del agua que desarrollan tales actividades. Y en cuanto a la inexistencia de derechos de exclusiva, ya hemos dado respuesta a esta cuestión al valorar la posición jurídica de SGAB en el fundamento octavo.

Por tanto, la imposibilidad de promover la concurrencia en la oferta sólo podría estar fundada en razones económicas lo cual, aun admitiéndose la viabilidad jurídica de tal motivo, exigiría 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.

En este punto debemos indicar que de los tres elementos justificativos de la excepción de licitación que venimos manejando -derechos de exclusiva, razones técnicas, razones económicas- sin duda este último presenta mayor debilidad para justificar la excepción de licitación, tal como resulta de la ordenación de las Directivas comunitarias en materia de contratación. El TJUE ha matizado la procedencia de aplicar la excepción de licitación por motivos económicos; así, en la Sentencia de 14 de noviembre de 2013 (*Sala de Casación, C-221/2012*) indica que los motivos de carácter económico no son razones imperiosas de interés general que puedan justificar la adjudicación directa de una concesión de servicios sobre esa actividad o de un derecho exclusivo a desarrollar tal actividad y que tiene un interés transfronterizo cierto, como excepción a los principios de igualdad de trato y no

discriminación consagrados en dichos preceptos (en referencia a los arts. 49 y 56 TFUE)” (apartado 44). En el mismo sentido, en la Sentencia de 14 de noviembre de 2013 (*Sala de Casación, C-388/2012*) al afirmar que “el hecho que una concesión no pueda generar ingresos netos cuantiosos ni proporcionar una ventaja indebida a una empresa o a un organismo público, por sí solo, no permite concluir que tal concesión carece de interés económico para empresas establecidas en Estados miembros distintos del de la autoridad concedente”, añadiendo que en el marco de una estrategia económica de ampliación de mercado, “una empresa puede tomar la decisión táctica de solicitar, en dicho Estado miembro, la adjudicación de una concesión, pese a que ello no pueda, como tal, generar beneficios adecuados:” (*apartado 51*).

Este criterio exegético se proyecta asimismo en nuestra legislación interna al residenciar los motivos económicos que justifican la excepción de licitación en el apartado a) del art. 172 TRLCSP que, en términos absolutos, exige la “imposibilidad” de concurrencia en la oferta. Ello significa que la Administración debe justificar cuál 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. Pero, además y tal como resulta de la línea interpretativa seguida por la jurisprudencia comunitaria, el coste ha de tener eficacia disuasoria de la concurrencia, lo cual no se produce por la falta de expectativa de ganancias que pueda tener el licitador, pues puede subsistir el interés económico, de tal manera que las razones económicas sólo pueden aparecer con eficacia disuasoria cuando el coste de la licitación produce un efecto antieconómico sobre los competidores interesados.

Tampoco en este punto existen elementos que permitan cuantificar cuál es el coste económico que justifica la renuncia a la competencia, por los siguientes motivos:

(i) ya hemos indicado que la valoración patrimonial de las aportaciones de SGAB no resulta fiable, por incorporar la concesión a su patrimonio, puesto que SGAB no tiene un título concesional exclusivo de abastecimiento en baja que ampare la explotación de esta actividad hasta el año 2047. Tampoco esta valoración resulta equivalente al coste económico de renuncia a la competencia, puesto que se incluye el valor de la explotación de las instalaciones de abastecimiento en alta de las que es concesionaria SGAB, elemento que no puede erigirse en elemento obstativo para impedir la concurrencia al quedar fuera del servicio de abastecimiento en baja de titularidad metropolitana; la inclusión de los rendimientos económicos del abastecimiento en alta en la valoración final supone un elemento distorsionador del

coste económico de la licitación.

(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.

(iii) el art. 99 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, autoriza a la Administración al rescate de concesiones, estableciendo en su apartado 2 que para la determinación del justo precio se seguirán las reglas y el procedimiento establecidos en el Capítulo III del Título II de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Pues bien, no hay ninguna referencia o cálculo al importe económico del rescate de la concesión de 1953 y sus ampliaciones de 1957 y 1960 si ello fuera imprescindible para la operación. Aquí debemos considerar que la concesión de SGAB está fragmentada en dos partes (abastecimiento en alta y abastecimiento en baja), de manera que el coste económico de la expropiación afecta a la parte de abastecimiento en baja, puesto que el abastecimiento en alta no resulta afectado por el servicio público de competencia metropolitana.

(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.

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.

DECIMOSEGUNDO.- Conclusiones. La extensión de la sentencia y el tratamiento de cuestiones heterogéneas aconsejan hacer una recapitulación sistemática de todo lo que se ha razonado, fijando las conclusiones a que llega la Sala que son las siguientes:

(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 impositivos 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.

DECIMOTERCERO.- *Motivos de impugnación específicos de este recurso.* El examen previo de los motivos de impugnación comunes a los diferentes recursos contra la actividad impugnada da respuesta implícita a gran parte del resto de las cuestiones planteadas en este recurso, que podemos sistematizar en dos apartados: (i) cuestiones de procedimiento y decisión de privatizar la empresa pública metropolitana de saneamiento EMSSA y prestar en servicio en régimen de monopolio; y (ii) vicios del acuerdo de 21 de mayo de 2013 al que se amplió el recurso.

(i) En relación a la decisión de la Administración de gestión del servicio público, de las actuaciones practicadas resulta que se justifica ampliamente la opción elegida de establecer el servicio público del ciclo integral del agua, así como hacerlo por gestión indirecta. Otra cuestión es que la selección del socio privado no haya respetado las normas de contratación pública aplicables como hemos expuesto anteriormente.

El procedimiento debía seguir los trámites establecidos en el art. 159.1 del ROAS que establece que la creación de un servicio se instrumentará mediante una memoria justificativa, un proyecto de establecimiento y un reglamento que establezca el régimen jurídico de la prestación del servicio. El apartado 2 del art. 159 dispone que el proyecto de establecimiento y de prestación del servicio contendrá los extremos siguientes: a) Características del servicio. b) Forma de gestión. c) Obras, bienes e instalaciones necesarias para su prestación, con indicación, cuando proceda, de las que deba realizar el contratista. d) Estudio económico financiero y, en su caso, las tarifas a percibir de los usuarios. e) En el supuesto de prestación por gestión indirecta, el canon o la participación a percibir por la entidad local y la compensación económica que, en su caso, ésta deba satisfacer.

El art. 160 del ROAS regula el procedimiento para el establecimiento de los

servicios, disponiendo que los documentos a que se refiere el artículo anterior se someterán a información pública por el plazo de treinta días, mediante anuncios que se insertarán en el Boletín Oficial de la provincia, DOGC y en el tablón de anuncios de la Corporación. Simultáneamente se dará audiencia a los interesados y a las entidades que, si procede, hayan ejercido la iniciativa. El Pleno de la Corporación, previa la resolución de las sugerencias, en su caso formuladas, acordará el establecimiento del servicio aprobará el proyecto de establecimiento y el reglamento que regule su prestación, y preverá los efectos económicos que se deriven de su implantación, en especial, en el presupuesto.

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. La opción de gestión integrada e indirecta del servicio público mediante constitución de economía mixta, con aportación de la empresa metropolitana EMSSA, resulta justificada a lo largo del expediente y en las resoluciones recurridas, si bien no hay motivación suficiente sobre la falta de licitación y sobre el plazo de duración de la concesión como se ha expuesto.

En la Memoria se recogen los diferentes extremos relacionados en el art. 159.2 ROAS, incluyendo los diferentes aspectos económicos y financieros, que fueron informados favorablemente en el informe de la Intervención de fecha 20 de julio de 2012. En la Memoria se recogen las diferentes cuestiones de tipo económico que plantea la operación, con previsión de ingresos y gastos, y exponiendo los criterios de valoración de las aportaciones. En cuanto a la necesidad de estudio tarifario, en el curso del expediente se refiere que las tarifas de suministro serán las autorizadas por la Comisión de Precios, sin perjuicio de su revisión y sin que se prevea una repercusión de costes económicos sobre las tarifas. En principio, la opción de la gestión integrada del agua supone unas ventajas económicas según la Memoria, en

el Convenio consta la finalidad de las tarifas y su estructura se establece en el Reglamento de Servicio. En este punto del estudio económico-financiero estimamos que, si bien se respetaron los trámites esenciales, existen claras insuficiencias de motivación, tanto en la valoración de los aspectos jurídicos de los títulos aportados, como en la utilización del método de flujos de caja para valorar el patrimonio, el cual considera la totalidad de ingresos relacionados con la actividad, en este caso de SGAB, hasta el año 2047, lo cual suponía incorporar el derecho a la prestación del servicio a la valoración patrimonial, el cual no existía hasta tanto se dictan los acuerdos impugnados y se firma el Convenio.

En el procedimiento, los documentos a que se sometieron a información pública por el plazo de treinta días y se dio audiencia a los interesados, resolviéndose motivadamente las alegaciones y aprobándose el proyecto por el Pleno.

Por tanto, y sin perjuicio de que hay graves deficiencias de motivación como hemos venido exponiendo, los trámites procedimentales esenciales se cumplieron, y la opción de gestión del servicio público se encuentra debidamente motivada, sin perjuicio de que concurren motivos de anulación por vicios en el proceso de contratación.

(ii) En cuanto a las modificaciones del Acuerdo de 21 de mayo de 2013, aquí observamos que efectivamente se constata la falta de la debida valoración de los diferentes aspectos fácticos y jurídicos de la operación diseñada con la inclusión de una infraestructura de abastecimiento en alta que es competencia de la Generalitat. Ello distorsionó el contrato desde la perspectiva de la competencia y, además, hubo de acudir a esta vía modificativa para transformar el derecho de propiedad en derecho de usufructo, lo cual se proyecta sobre la duración de la sociedad.

Este Acuerdo resulta afectado por el pronunciamiento de anulación del Acuerdo de 6 de noviembre de 2012, por lo que no es necesario profundizar en el mismo, pero debe indicarse en todo caso que 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.

En definitiva, todo lo expuesto nos lleva a estimar el recurso y anular las

resoluciones impugnadas.

DECIMOCUARTO.- Costas. Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA no procede hacer imposición de costas por tratarse de un caso de especial complejidad que presentaba serias dudas de derecho, como se aprecia de la lectura de esta resolución.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Quinta, ha decidido:

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.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se preparará ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, que será notificada a las partes, llevándose testimonio de la misma a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. ALBERTO ANDRÉS PEREIRA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO Nº 27/2013

ANTECEDENTES DE HECHO

Me remito a los de la propia sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Comparto los razonamientos que se contienen en la decisión mayoritaria sobre la procedencia de desestimar la invocada falta de legitimación activa de la entidad recurrente, por lo que resulta innecesario añadir cualquier comentario al respecto. De igual modo, también entiendo que no cabe apreciar defectos formales sustanciales que puedan justificar la anulación de lo actuado.

Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, la sentencia realiza un análisis exhaustivo y profundo de los distintos aspectos que se suscitan en los escritos de alegaciones de las partes. Aun compartiendo las líneas generales de la argumentación, lamento discrepar de algunas de las valoraciones que se realizan, lo que, en mi opinión, hubiera debido conducir a un pronunciamiento distinto.

En esencia, mi desacuerdo se centra en tres aspectos fundamentales. Por una parte, el relativo a la naturaleza y alcance de los títulos de que dispone la Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (SGAB). En segundo lugar, sobre la valoración de la aportación que dicha entidad realiza a la sociedad de economía mixta. Por último, sobre la concurrencia en este caso de las circunstancias legales que justifican que se haya prescindido del procedimiento de licitación.

SEGUNDO.- *Sobre los títulos de SGAB*

Todas las partes se hallan de acuerdo en el hecho de que, pese a los diversos intentos realizados a lo largo de los años, en ningún momento llegó a consumarse la municipalización o la “metropolitanización” del servicio de suministro de agua a la Ciudad de Barcelona y a determinados municipios de su cinturón. El último intento, realizado en el año 1982, tampoco llegó a buen fin, puesto que, cuando se cumplió la condición suspensiva que incorporaba el convenio del año siguiente, sus previsiones habían devenido inviables, principalmente por el hecho de que el suministro de agua en alta había sido declarado de interés de la Generalitat de Catalunya. La sentencia admite este hecho y recoge la inexistencia de una publicación o *publicatio* del servicio, conforme a lo previsto en la actualidad el artículo 132 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

A partir de este hecho indiscutido, las partes sostienen criterios discrepantes sobre la calificación jurídica que debía atribuirse a la actividad de suministro domiciliario de agua potable que venía desarrollando SGAB. Mientras que la parte actora defiende que se trataba de una situación sin amparo legal alguno, el Área Metropolitana de Barcelona (AMB) afirma que existía una relación concesional tácita, y la propia SGAB sostiene que, ante la inexistencia de una *publicatio* del servicio, ha venido desarrollando una actividad privada sujeta a intervención administrativa, en virtud de los títulos de que dispone, que consisten, en resumen, en las concesiones hidráulicas de aprovechamiento de agua para el abastecimiento de poblaciones, los derechos de aprovechamiento de aguas privadas, las autorizaciones municipales para realizar las canalizaciones necesarias en la vía pública y, finalmente, los diversos convenios suscritos con varios municipios metropolitanos. Entre estos títulos, los más relevantes son las concesiones para el aprovechamiento de aguas superficiales del río Llobregat, otorgada en primer lugar el año 1953 y ampliada en los años 1957 y 1960.

La sentencia considera que estas concesiones tienen una naturaleza demanial y que, aunque llevaban implícita la distribución domiciliaria del agua conforme a las previsiones de la Ley de Aguas de 1879, este último aspecto tenía un carácter meramente provisorio, puesto que la competencia para la prestación del servicio había pasado a ser municipal, de acuerdo con la Ley de Régimen Local de 1950. De este modo, existía una relación concesional de carácter tácito, que podía ser extinguida en cualquier momento por la Administración competente, en la actualidad el AMB.

Considero que la referencia a una relación concesional tácita no se ajusta propiamente a las concretas circunstancias del caso. En términos generales, podrá reconocerse la existencia de esta situación cuando no exista título jurídico válido que ampare la realización de la actividad por parte del concesionario *de facto*, como ocurre en los supuestos que examinan las sentencias del Tribunal Supremo que cita la sentencia.

Sin embargo, en este caso SGAB no carecía de títulos que legitimaban su actividad prestacional, por lo que, en mi opinión, no resulta adecuado acudir al concepto de concesión tácita o provisoria. Centrando la atención en lo esencial, la concesión de 1953 y sus sucesivas ampliaciones facultaba a dicha sociedad para realizar el suministro domiciliario del agua procedente de la captación, como se desprende de forma inequívoca de los artículos 169 y 170 de la Ley de Aguas de 1879, que transcribe la sentencia y que no resulta necesario reproducir aquí.

En consecuencia, el suministro domiciliario de agua potable a la Ciudad de Barcelona y a las poblaciones de su cinturón ha venido siendo realizada con título suficiente, al amparo de la concesión de 1953 y sus ampliaciones, en concepto de actividad privada sujeta a intervención administrativa. El hecho de que se trate de un ámbito de competencia local -en primer lugar, municipal, y después, metropolitana- justifica que se hayan dictado sucesivos reglamentos reguladores, a los que se refiere la sentencia. Sin embargo, ello no convierte a SGAB en un concesionario, al no haberse consumado nunca la *publicatio* del servicio.

Llegados a este punto, parece conveniente centrar la atención en un punto que, en mi opinión, no ha sido suficientemente valorado por la sentencia. Al amparo de los títulos concesionales de SGAB, esta entidad ha construido a sus exclusivas expensas toda la red de suministro de agua domiciliaria en su ámbito de actuación, que se cifra en unos 500 Km. de canalizaciones. No creo, por tanto, que pueda afirmarse que la concesión de 1953 no amparaba la gestión del suministro domiciliario en Barcelona, y ello por dos razones esenciales. Por una parte, porque bajo el régimen de la Ley de Aguas de 1879 la captación y el suministro domiciliario eran las dos caras de una misma moneda, como se ha visto. Y en segundo lugar, porque sería impensable, tanto en términos jurídicos como económicos, una duplicidad en la red de abastecimiento. No en vano se habla en estos casos de un monopolio natural, aunque puedan introducirse ciertas fórmulas parciales de competencia.

Es por ello que no comparto la idea de que la concesión de 1953 sólo amparaba el suministro a los domicilios de una cantidad determinada de agua, posteriormente ampliada. Por el contrario, entiendo que aquélla era título suficiente para asumir, como se hizo, el abastecimiento de agua al conjunto de la población, y ello durante todo el tiempo de duración de la concesión.

Es cierto que, con el tiempo, se hizo imprescindible acudir a otras fuentes de suministro de agua. Sin embargo, aunque este punto no queda totalmente clarificado en autos, cabe considerar que se ha cubierto esta necesidad mediante la adquisición de caudales adicionales a los suministradores en alta, lo que no implica que éstos hubieran asumido el derecho al abastecimiento domiciliario en cuanto a la cantidad de agua que hayan suministrado. La actividad de suministro domiciliario se ha considerado siempre única e inescindible, salvo regulación expresa en contrario, lo que no ha tenido lugar.

En definitiva, considero que SGAB poseía títulos suficientes para llevar a cabo el suministro domiciliario en Barcelona y determinadas poblaciones de su cinturón, y ello durante todo el período de vigencia de la concesión de 1953, con sus ampliaciones, que era de 99 años. Como recoge la sentencia, este plazo no se vio afectado por la posterior Ley de Aguas de 1985, puesto que su disposición transitoria 1ª limitó su duración al plazo de 75 años desde la entrada en vigor de la ley, por lo que el plazo inicial de 99 años no se vio reducido en realidad. No niego que la Administración podía asumir el servicio en cualquier momento, acudiendo al mecanismo de la *publicatio*, pero ello comportaba necesariamente la indemnización a SGAB, entre otros conceptos, por los beneficios futuros esperados, tal como se expondrá a continuación.

TERCERO.- *Sobre la valoración de las aportaciones de SGAB*

La sentencia considera que la resolución administrativa impugnada no ha realizado una adecuada valoración de los activos aportados por SGAB, en especial por el hecho de que dicha entidad se hallaba en una situación precaria, en cuanto al suministro domiciliario de agua, que podía extinguirse en cualquier momento. En consecuencia, no procedía incluir en la valoración los beneficios futuros derivados de la explotación.

Puesto que, como antes he expuesto, entiendo que la concesión de 1953 extendía sus efectos durante todo su plazo de vigencia de 99 años, al no haberse publicado

el servicio, la consecuencia obligada es que la valoración de las aportaciones de SGAB debía tener en cuenta, como lo hizo, los beneficios previsibles de este período.

Así resulta del artículo 41 de la Ley de Expropiación Forzosa, relativo a la expropiación de concesiones administrativas, según el cual debe atenderse a los rendimientos líquidos de la concesión, teniendo en cuenta el plazo de reversión. En el mismo sentido, el artículo 288.4 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que, en los casos de rescate, supresión o imposibilidad de prestación del servicio, la indemnización deberá incluir los beneficios futuros que se dejen de percibir, y esta regla resulta igualmente aplicable en este caso, por apreciarse identidad de razón entre ambos supuestos.

Es por ello que considero ajustado a Derecho el método de valoración empleado en este caso, que no es otro que el descuento de flujos de caja, consistente en esencia en la determinación del valor actual del beneficio que se espera obtener con una determinada inversión durante el plazo total de explotación. Puede señalarse, a título de ejemplo, que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2015 acoge este método valorativo en un caso relativo a la extinción de una concesión. Se aplican, con el uso de este método, los criterios legalmente establecidos en las normas antes referidas, que obligan a ponderar los rendimientos previsibles de la concesión, durante toda su vigencia, aunque actualizados al momento presente.

En consecuencia, considero que la valoración realizada se ajusta a los criterios legales y que la misma se ha visto suficientemente contrastada mediante la prueba practicada en autos.

CUARTO.- *Sobre la excepción de licitación aplicada en este caso*

Ésta es la cuestión esencial que se plantea en el proceso. Desde luego, coincido totalmente con la exposición que realiza la sentencia acerca de los principios que rigen esta materia y de las normas europeas e internas que la regulan, de los que se desprende que cualquier excepción al principio de concurrencia ha de interpretarse de manera estricta. Sin embargo, ello no ha de impedir la plena virtualidad de las excepciones legalmente previstas, cuando concurren los supuestos correspondientes.

La resolución impugnada se basa en el artículo 283.1.b) del Reglamento de obras,

actividades y servicios de los Entes locales (ROAS), que prevé la posibilidad de constituir una sociedad de economía mixta mediante convenio con una sociedad única ya existente. Pese al rango menor de esta normativa reglamentaria, no puede olvidarse que le otorgaba cobertura legal el artículo 264.3 del Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Catalunya, en la redacción que se hallaba vigente cuando se dictó el acto impugnado.

Ello no obstante, comparto plenamente el criterio que sigue la sentencia, a cuyo tenor las previsiones del ROAS han de ser integradas con las de la legislación sobre contratos del sector público, lo que remite en definitiva a la aplicación de los artículos 170.d) y 172.a) del Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. En consecuencia, se trata de determinar si concurren o no en este caso razones técnicas o derechos de exclusiva por los que el contrato sólo podía encomendarse a un empresario determinado y, en definitiva, si era posible promover concurrencia en la oferta.

Antes de dar respuesta a este interrogante, es necesario señalar que, aunque el establecimiento del servicio del ciclo integral del agua no incluye el abastecimiento en alta, por tratarse de un servicio de interés de la Generalitat, ello no impide que la sociedad de economía mixta gestione las instalaciones de la ETAP de Sant Joan Despí, a título de actividad empresarial, habida cuenta que el artículo 35.2 del Texto refundido de la legislación en materia de aguas de Catalunya, aprobado por Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, dispone que estas instalaciones, dedicadas a la aducción y potabilización del agua del río Llobregat, mantienen la titularidad preexistente y, además, se cuenta con la autorización expresa de la Agència Catalana de l'Aigua.

En virtud de la singular evolución histórica del suministro de agua potable a la Ciudad de Barcelona y su cinturón, que la sentencia describe con detalle, la situación existente cuando se adoptó el acto ahora impugnado puede ser caracterizada por dos notas esenciales. En primer lugar, por la vigencia durante un plazo de 99 años de la concesión de 1953, con sus ampliaciones posteriores, que amparaba la captación de determinado volumen de agua del río Llobregat y el suministro domiciliario de la misma, tras la necesaria potabilización. En segundo lugar, por la titularidad privada de toda la red de abastecimiento a los municipios afectados, cifrada en unos 500 Km. de conducciones.

Entiendo que esta situación, derivada de los derechos de exclusiva de SGAB,

impedía promover una concurrencia real y efectiva en la oferta, por lo que son aplicables las previsiones de los artículos 170.d) y 172.a) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, ningún otro empresario podía aportar la red de suministro de agua, de la que es titular SGAB, ni tampoco los caudales resultantes de la concesión de 1953, de la que también es titular, los cuales suponen una parte muy sustancial del agua potable que se suministra en el área de Barcelona. En consecuencia, la aportación realizada por SGAB resulta ser en realidad insustituible. De hecho, por más que se formulan reiteradas invocaciones genéricas a los principios de publicidad y concurrencia, se trata en todo caso de alegaciones que se mueven sólo en el terreno de los principios. Sin embargo, descendiendo a la realidad de los hechos, en ningún momento se apunta, ni siquiera de forma indiciaria, de qué modo podría formularse una oferta alternativa, que prescindiera de la red de suministro domiciliario y de los caudales de agua de los que sólo dispone SGAB, en virtud de los títulos antes referidos.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2013, que se refiere a un supuesto que presenta alguna similitud con el proceso actual, al referirse a la utilización de redes de cable, parece llegar, a primera vista, a una solución distinta, en la medida en que resuelve que los artículos 49 y 56 del Tratado de funcionamiento de la Unión deben interpretarse en el sentido de que *“la voluntad de no vulnerar determinados derechos que, mediante un convenio preexistente, organismos públicos hayan concedido a un operador económico en cuanto a la utilización de redes de cable que les pertenecen no puede justificar que se dé a tal convenio una extensión contraria al Derecho de la Unión en forma de adjudicación directa de una concesión de servicios o de un derecho exclusivo a ejercer una actividad que tiene un interés transfronterizo cierto”*. Sin embargo, entiendo que no se trata de una situación equivalente a la que se da en el supuesto que es objeto de este litigio, puesto que en el caso examinado en dicha sentencia se trataba de una red de cable pública, sobre la que previamente se habían constituido determinados derechos de uso exclusivo, mientras que en este litigio la titularidad de la red de suministro domiciliario de agua potable corresponde en exclusiva y *ab origine* a SGAB.

Queda por formular una última consideración. Puede alegarse que la concurrencia de ofertas sería siempre posible, si la Administración procediera previamente a la expropiación de los derechos de SGAB y, a partir de ello, como titular de los caudales de agua y de las redes de distribución recién expropiados, abriera un concurso para elegir a la empresa que asumiese la gestión indirecta del servicio. De

hecho, entiendo que la sentencia apunta en esta dirección, y que su razón de decidir se basa, en último término, en considerar que no ha quedado debidamente acreditada la inviabilidad de utilizar el instrumento expropiatorio.

Sin embargo, considero que esta perspectiva no resulta adecuada. El objeto del litigio, y la consiguiente decisión del Tribunal, se limita a establecer si era o no posible promover la concurrencia en función de las circunstancias que existían cuando se adoptó la resolución impugnada, y no mediante una hipotética y aleatoria modificación de las mismas, máxime cuando no existe ningún indicio de que la expropiación fuera asumible económicamente, y en cualquier caso no corresponde al Tribunal adoptar una decisión al respecto, sustituyendo el criterio de la Administración demandada. No en vano han transcurrido más de cien años sin que haya llegado a consumarse la publicación del servicio hasta este momento.

Por ello, con todo respeto a la opinión mayoritaria, considero que procedía desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.

En Barcelona, a nueve de marzo de dos mil dieciséis.