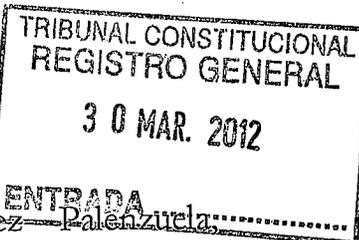


AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Tomás Gómez Franco, Carmen Menéndez González- Palenzuela, Enrique Cascallana Gallastegui, Enrique Abad Benedicto, Aurelio Abreu Expósito, Carmen Alborch Bataller, Jesús Alique López, Vicente Álvarez Areces, Eloísa Álvarez Oteo, Emilio Álvarez Villazán, Miriam Raquel Andrés Prieto, José María Ángel Batalla, Francesc Antich Oliver, Antonio Arrufat Gascón, José María Becana Sanahuja, Juan Alberto Belloch Julbe, José María Burgos García, José Miguel Cámara Sánchez, María Victoria Chivite Navascués, Juan María Cornejo López, María Inmaculada Cruz Salcedo, Arcadio Díaz Tejera, Elena Diego Castellanos, José Fernández Blanco, Juan Manuel Fernández Ortega, Miguel Fidalgo Areda, María Isabel Flores Fernández, Domingo Francisco Fuentes Curbelo, Francisco Fuentes Gallardo, Ibán García del Blanco, Pablo García García, Emiliano García-Page Sánchez, Andrés Gil García, Miguel Ángel González Vega, Petronila Guerrero Rosal, Antonio Gutiérrez Limones, Marcelino Iglesias Ricou, Joan Lerma Blasco, Roberto Lertxundi Barañano, Encarna Llinares Cuesta, Felipe López García, Francisco Javier Losada de Azpiazu, Antonio Manchado Lozano, María Ángeles Marra Domínguez, Jesús Martín Rodríguez- Caro, Juan Francisco Martínez- Aldama Sáenz, Gregorio Ramón Medina Tomé, Félix Montes Jort, Enrique Navarro Andreu, Ramón Ortiz Molina, Juan Carlos Pérez Navas, Pedro Antonio Ruíz Santos, Basilia Sanz Murillo, Dimas Sañudo Aja, Nicanor Jorge Sen Vélez, Pilar Serrano Biogas, Juan Andrés Tovar Mena, Ricardo Jacinto Varela Sánchez, Juan María Vázquez García, Yolanda Vicente González, todos ellos mayores de edad, domiciliado a efectos de notificaciones en Madrid, Palacio del Senado, Plaza de Marina Española, 8, en su calidad de Senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, lo que acreditan por certificado del Sr. Secretario General del Senado, que se aporta como documento número uno.

Todos ellos actuarán representados por la Senadora Doña Carmen Menéndez González- Palenzuela a los efectos procesales oportunos según establece el artículo 82.1 de LOTC, quedando de esta forma cumplidos los requisitos previstos en el artículo 33.uno de la mencionada Ley.

Ante el Tribunal Constitucional comparcen y, como mejor proceda en Derecho, **DICEN:**

Que, mediante el presente escrito, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 162 de la Constitución y los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, los Sres. Senadores, vienen a interponer **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 5 de la Ley 6/2011 de 28 de diciembre de Madrid (BOCM 29.12.2011), documento número dos.

El recurso se basa en los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Competencia.

Corresponde al Tribunal Constitucional el conocimiento del recurso interpuesto contra la Ley 6/2011 de 28 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas, de acuerdo con el artículo 161.1.a) de la Constitución Española en relación con los artículos 2.1.a) y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2.- Legitimación

Los recurrentes están legitimados para interponer el presente recurso a tenor de lo establecido en el artículo 161.1 a) de la Constitución Española y artículo 32.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3.- Representación y postulación

Los recurrentes actúan por sí mismos en la forma prevista en el artículo 82.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de la representación que confieren a favor de la Senadora Doña Doña Carmen Menéndez González- Palenzuela a los efectos procesales oportunos según establece el artículo 82.1 de LOTC, quedando de esta forma cumplidos los requisitos previstos en el artículo 33.uno de la mencionada Ley.

4.- Objeto del recurso.

Se impugna en el presente recurso de inconstitucionalidad, el artículo 5.2 de la Ley 3/2008 de Medidas Fiscales y Administrativas, de 28 de diciembre de 2011 de Madrid.

5.- Plazo de interposición.

El recurso se interpone dentro del plazo de los tres meses contados a partir del día siguiente al de la publicación de la Ley en el –Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de fecha 29 de diciembre de 2011 (BOCM nº309), cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

6.- Reclamación del expediente.

Al disponer el artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que el Tribunal podrá recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración Pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a las disposiciones que originan el proceso constitucional, los recurrentes solicitan que por este Alto Tribunal se recabe de la Comunidad de Madrid y de la Asamblea de Madrid el expediente de elaboración de la Ley recurrida, incluyendo los Diarios de Sesiones, ya sean del Pleno de la Asamblea de Madrid o de la Comisión Parlamentaria dónde de forma previa se abordó, dónde consten los debates parlamentarios sobre la misma, a efectos de formar un mejor juicio y disponer de información completa sobre dicha norma, y poder, en su caso, completar las alegaciones en el trámite procesal correspondiente.

A continuación, para proceder a una más clara exposición de los motivos del recurso, procedemos a relatar los antecedentes de hecho para después señalar los motivos de inconstitucionalidad de la Ley, que consideramos se dan en la citada Ley 6/2008 de 28 de diciembre de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Como ya dijimos con anterioridad el objeto del presente recurso es el artículo 5 de la Ley 6/2008 de Medidas Fiscales y Administrativas, de 28 de diciembre de 2011 de Madrid (BOE) que transcribimos literalmente a continuación:

Artículo 5. Modificación parcial de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

“(..). Dos. El apartado Tres del artículo 16 tendrá la siguiente redacción:

“Tres.

- 1. Una vez constituida la sociedad a que se refieren los apartados anteriores y previa autorización por Acuerdo del Consejo de Gobierno, el Canal de Isabel II, en el marco de las previsiones contenidas en la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos, llevará a cabo la capitalización de la sociedad que mantendrá, en los términos establecidos en el contrato-programa, la prestación de los servicios de abastecimiento, saneamiento reutilización de agua que, por cualquier título, corresponde al Canal de Isabel II. El proceso de capitalización, que se desarrollará en las fases que se determinen en el Acuerdo del Consejo de Gobierno que lo autorice, podrá implicar la enajenación de hasta un máximo del 49 por 100 del capital de la sociedad a operadores económicos y ciudadanos y se ajustará a los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia.*
- 2. Los Municipios que, manteniendo en vigor algún convenio por el que encomienden al Canal de Isabel II el servicio de distribución a su población, no hayan suscrito con anterioridad a la autorización del proceso de capitalización, el correspondiente convenio de incorporación al nuevo modelo de gestión percibirán temporalmente una cantidad anual por habitante, que se fijará por el Consejo de Gobierno una vez aprobada la valoración del contrato-programa, desde la entrada efectiva de capital privado en la sociedad hasta que se proceda a la resolución y liquidación del convenio o los convenios de encomienda de servicios vigentes. A tal efecto, el Ayuntamiento y el Canal de Isabel II podrán desistir libremente de cualquiera de tales convenios, procediéndose a su liquidación que implicará, en su caso, la entrega de la red y el traspaso de la gestión a favor del Ayuntamiento y el pago de las cantidades respectivamente adeudadas, incluidas las inversiones pendientes de amortización”.*

SEGUNDO.- Como se puede observar y se señala en el propio título del artículo 5, la disposición impugnada está contenida en Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid del año 2011 (Ley 6/2011) que modifica la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid del año 2008 (Ley 3/2008, de 29 de diciembre). Tanto una como otra ley incluyen un conjunto de normas sobre diversas medidas fiscales y administrativas vinculadas a la consecución de los objetivos de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid de los años 2009 y 2012 respectivamente. Su contenido lo constituyen, tal y como se recoge en el preámbulo de la propia Ley, “medidas de naturaleza tributaria que anualmente acompañan a la Ley de Presupuestos, y, además, se añaden a las anteriores otras medidas de diferente carácter que afectan al régimen presupuestario y de contratación de la Comunidad de Madrid, a la gestión de sus recursos humanos, a los organismos vinculados o relacionados con la Administración regional y a la actividad administrativa que esta desarrolla en el ámbito urbanístico y económico”.

Son por tanto un conjunto de modificaciones y derogaciones de normas y disposiciones normativas reguladas a su vez en otras tantas leyes sustantivas, según la materia. En concreto, la norma impugnada (artículo 5) modifica el apartado Tres del artículo 16 de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, (que a su vez modificaba parcialmente la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, Reguladora del Abastecimiento y Saneamiento de Agua en la Comunidad de Madrid), que señalaba:

Artículo 16. Capitalización del Canal de Isabel II.

Uno. El Canal de Isabel II podrá constituir una sociedad anónima que tendrá por objeto la realización de actividades relacionadas con el abastecimiento de aguas, saneamiento, servicios hidráulicos y obras hidráulicas, de conformidad con la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid, y la restante normativa aplicable.

Dos.

- 1. Forman parte del patrimonio de la Comunidad de Madrid los bienes que integran la Red General de la Comunidad de Madrid, definida en la disposición adicional quinta de la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid. Dichos bienes tienen la consideración de demaniales por estar afectos a los servicios públicos que viene prestando el Canal de Isabel II, de conformidad con la citada Ley 17/1984 de 20 de diciembre y la restante normativa aplicable.*

2. El Canal de Isabel II mantendrá la titularidad y el ejercicio de las potestades, cuantos derechos y obligaciones deriven de:
- a) Las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público hidráulico, relacionadas con los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización, otorgadas y que se otorguen en el futuro de acuerdo con la legislación aplicable.
 - b) Las potestades administrativas que corresponden a la Comunidad de Madrid en materia de aducción y depuración del agua, incluida la potestad sancionadora.
 - c) Los servicios de abastecimiento y saneamiento que presta en virtud de la Ley 17/1984, de 20 de diciembre y de la restante legislación que le es de aplicación.
 - d) Las funciones relacionadas con los servicios hidráulicos que le hayan sido encomendadas por la Comunidad de Madrid, con base en los convenios formalizados con las Entidades locales, de conformidad con el artículo 5.3 de la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, para la asunción de las funciones que corresponden a las mismas.
 - e) Las restantes funciones relacionadas con los servicios hidráulicos que le sean encomendadas por la Comunidad de Madrid.
3. La Comunidad de Madrid y el Canal de Isabel II adscribirán, a la sociedad referida en el apartado Uno de este artículo, los bienes de dominio público que integran la Red General de la Comunidad de Madrid, en la medida en que sea necesario para el ejercicio de las actividades que le sean encomendadas conforme a lo previsto en esta Ley. El Canal de Isabel II aportará la titularidad de los bienes patrimoniales no integrados en dicha Red y la titularidad de las acciones y participaciones en sociedades de carácter mercantil que, actualmente, corresponden al mismo.

La adscripción no supondrá la transferencia de la titularidad de los bienes, correspondiéndole a la sociedad, únicamente, las facultades de administración, conservación y mantenimiento que requiera la correcta utilización de los mismos. La Vigilancia, protección jurídica y defensa de los bienes de dominio público, que sean objeto de adscripción, corresponderá a los titulares de los mismos.

La adscripción de los bienes de dominio público que integran la Red General de la Comunidad de Madrid a la sociedad se acordará por la Consejería de Economía y Hacienda debiendo recogerse en el acuerdo, expresamente, los fines a los que deban destinarse.

4. La constitución de la sociedad será autorizada por Acuerdo del Consejo de Gobierno, en el que también se aprobarán:
- a) El contrato-programa entre el Canal de Isabel II y la sociedad mediante el cual se establecerán las condiciones en las que la sociedad podrá prestar servicios

incluidos en su objeto social, y en todo caso, la explotación, operación, mantenimiento y conservación de la Red General de la Comunidad de Madrid.

- b) El inventario de los bienes y derechos que sean objeto de aportación.*
- c) La valoración económica del contrato-programa y de los bienes del inventario, previo cumplimiento de lo previsto en la legislación aplicable.*

- 5. Todo el personal del Canal de Isabel II necesario para la prestación de los servicios que se encomienden a la nueva sociedad se integrará en ésta, manteniendo las mismas condiciones laborales existentes en el momento de la integración.*

Tres. *Una vez constituida la sociedad a que se refieren los apartados anteriores y previa autorización por Acuerdo del Consejo de Gobierno, el Canal de Isabel II abrirá a los ciudadanos e inversores interesados, la participación en el capital social de la sociedad, mediante la enajenación de hasta un máximo del 49 por ciento del mismo, a través de un procedimiento público de venta que garantice, en todo caso, el cumplimiento de los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia, y de conformidad con lo previsto en la legislación aplicable. (...)*

TERCERO.- La nueva redacción dada al punto 3 del artículo 16 de la Ley 3/2008 de Medidas Fiscales y Administrativas, introduce dos modificaciones en el régimen establecido para la privatización de parte de la empresa pública Canal de Isabel II (en adelante CYII).

La primera, sobre el procedimiento de enajenación en sí. De manera que ya no se abrirá a los ciudadanos e inversores interesados, la participación en el capital social de la nueva sociedad, a través de un procedimiento público de venta que garantice, en todo caso, el cumplimiento de los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia. Sino que la capitalización de la sociedad se llevará a cabo por la propia empresa CYII, de acuerdo con las fases que se determinen en el Acuerdo del Consejo de Gobierno que lo autorice, y de acuerdo con los términos establecidos en el contrato-programa. Dice textualmente el nuevo texto: *“Una vez constituida la sociedad (...) el Canal de Isabel II, (...) llevará a cabo la capitalización de la sociedad que mantendrá, en los términos establecidos en el contrato-programa, la prestación de los servicios de abastecimiento, saneamiento reutilización de agua que, por cualquier título, corresponde al Canal de Isabel II.”*

El nuevo sistema permite a los Ayuntamientos que así lo acuerden suscribir un *“convenio de adhesión”* a la nueva empresa, que implica su participación mercantil en la nueva sociedad a crear en un porcentaje cuya determinación no se concreta.

La segunda, y más relevante, incluida en el nuevo apartado 2ª, pretende diseñar un sistema alternativo especial aplicable sólo para aquéllos Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid que no suscriban el convenio de adhesión al nuevo modelo de gestión diseñado en dicha norma, por el que quedarían obligados a participar en la sociedad mercantil resultante del proceso de privatización de la empresa pública CYII.

En concreto, la norma recurrida, indica expresamente que: *“Los Municipios que, manteniendo en vigor algún convenio por el que encomienden al Canal de Isabel II el servicio de distribución a su población, no hayan suscrito con anterioridad a la autorización del proceso de capitalización, el correspondiente convenio de incorporación al nuevo modelo de gestión percibirán temporalmente una cantidad anual por habitante, que se fijará por el Consejo de Gobierno una vez aprobada la valoración del contrato-programa, desde la entrada efectiva de capital privado en la sociedad hasta que se proceda a la resolución y liquidación del convenio o los convenios de encomienda de servicios vigentes. A tal efecto, el Ayuntamiento y el Canal de Isabel II podrán desistir libremente de cualquiera de tales convenios, procediéndose a su liquidación que implicará, en su caso, la entrega de la red y el traspaso de la gestión a favor del Ayuntamiento y el pago de las cantidades respectivamente adeudadas, incluidas las inversiones pendientes de amortización”*.

De manera que, los ayuntamientos que no suscriban el convenio de adhesión con la nueva empresa, y que mantengan en vigor algún convenio anterior de encomienda de servicio de suministro de agua con el Canal de Isabel II, recibirán una “cantidad anual por habitante”, que determinará la Comunidad de Madrid por acuerdo del Consejo de Gobierno, sin que la Ley determine quién debe pagar esta cantidad, ni el concepto por el que se produce dicha transferencia económica (subvención, indemnización, ect). La transferencia económica se debe realizar anualmente hasta que el convenio de encomienda se resuelva o liquide.

A tal efecto, la Ley reconoce al Ayuntamiento afectado y al Canal de Isabel II (antes del nacimiento de la nueva Sociedad) la facultad de desistimiento libre de cualquiera de esos convenios de encomienda en vigor, procediéndose en tal caso a una liquidación del mismo que implicaría la entrega de la red y el traspaso de la gestión del servicio al Ayuntamiento y el pago de las cantidades respectivamente adeudadas, incluidas las inversiones pendientes de amortización.

CUARTO.- Situación actual.

Como es conocido, conforme establece el artículo 25.1 y 2 de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante LBRL), son competencia de los municipios el suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas recicladas. Los municipios deben prestar, en todo caso, los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado. Al tratarse de servicios públicos los mismos habrán de realizarse mediante cualquiera de las fórmulas previstas en el artículo 85 de la LBRL ya sea por gestión directa o gestión indirecta.

Hasta el momento, para la prestación de ambos servicios los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid (la inmensa mayoría de ellos) habían optado por la fórmula de encomienda de gestión concertada con la Comunidad de Madrid, que realizaba el servicio a través del Canal de Isabel II. Así, el Canal de Isabel II, configurada como "*empresa pública*", o para ser más exactos como "*entidad pública empresarial*" conforme a los criterios establecidos por la LOFAGE Ley 6/1997, tenía encomendado por Ley la explotación de los servicios de aducción y depuración de aguas y las funciones relacionadas con los servicios hidráulicos que le fueran encomendados (art. 6 Ley 17/1984).

La fundamentación legal de tal encomienda lo constituyen: el artículo 137 de la Ley 2/2003 de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid y los artículos 6 de la Ley 17/84 así como el Decreto 170/1998 de 1 de octubre, sobre gestión de las infraestructuras de saneamiento de aguas residuales en la Comunidad de Madrid y en el artículo 14 del Decreto 137/1985, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen económico y financiero del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid. Todo ello sin perjuicio del carácter subsidiario del artículo 14 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), que regula las encomiendas de gestión; y del artículo 6 también de la LRJPAC que define y regula los convenios interadministrativos.

De la aplicación de la citada normativa, nacían los distintos convenios de encomienda entre los distintos ayuntamientos y el Canal de Isabel II, muchos de ellos en vigor desde los años 80 y muchos de ellos aún con un período futuro de vigencia muy amplio.

El funcionamiento de la prestación del mencionado servicio, en cuanto a la fijación del precio aplicable al mismo, de acuerdo con el sistema legal hasta ahora vigente, era determinado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma previo informe del Canal de Isabel II. Los distintos Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, una vez establecido el coste por parte de la Comunidad Autónoma, y en virtud de sus competencias municipales (artículo

25 de la LBRL) establecían la fijación de las tasas municipales sobre el servicio aplicables a los ciudadanos (Art. 20.4.t) del Texto refundido de la Ley de haciendas locales (RDL 2/2004)) que permite el establecimiento de precios públicos por la forma de tasa).

Tanto la fijación de los precios públicos del servicio municipal de suministro de agua, como cualquier otra decisión de naturaleza financiera o presupuestaria que afectase al servicio, como inversiones públicas, costes de mantenimiento de la red, incorporación de nuevos vecinos, planes urbanísticos etc, quedaban establecidas a partir de los convenios de encomienda, que recogían los elementos esenciales de la relación contractual de naturaleza pública entre la empresa suministradora del servicio –el Canal de Isabel II- y los responsables y competentes en la realización del suministro, -es decir, los ayuntamientos-.

Pues bien, este sistema de prestación del servicio y de funcionamiento del suministro de agua ha variado como consecuencia del esquema creado por la Ley 3/2008 de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid.

En algunos casos, (en todos aquellos en los que la Comunidad de Madrid, el Canal de Isabel II y los ayuntamientos así lo decidan) se suscribirán nuevos convenios de abastecimiento y saneamiento de agua con la nueva empresa resultante de la privatización de la antigua Canal de Isabel II, lo cual afectará, cuando menos, al sistema de determinación del precio público del servicio. En otros, para todos aquellos Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid que no suscriban dichos convenios, adhiriéndose al nuevo modelo de gestión, la nueva Ley 6/2011, aquí recurrida, permitirá –como condición *sine qua non* para el ejercicio de la competencia municipal de suministro de agua- el desistimiento libre de los Convenios vigentes y su liquidación económica en clara y abierta contradicción con el contenido obligacional de los mismos. Lo que supone la modificación, por medio de una Ley autonómica, de las garantías administrativas convencionales, legalmente establecidas en la LRJAE y en la Ley de contratos Públicos, (en adelante TRLCP) para esta forma de prestación de un servicio público, constitucionalmente atribuido a la competencia propia de la Autonomía Local.

QUINTO.- Por último, el artículo 5 de la Ley 6/2011, constituye una Ley especial, creada exclusivamente para aquellos ayuntamientos de la Comunidad de Madrid que no deseen suministrar el servicio de agua a través de la nueva empresa sustitutiva del CYII. Se trata, por tanto, de una regulación *ad nominem* que concede extraordinarias facultades de control sobre la autonomía local al Canal de Isabel II al permitir que ésta pueda resolver y liquidar unilateralmente los convenios administrativos obligacionales vigentes (denominados convenios de encomienda).

En todo caso, al ser esta una ley restrictiva que afecta a los derechos adquiridos por parte de los Ayuntamientos respecto al Canal de Isabel II, en virtud de los convenios de encomienda en vigor, aplicable sólo a aquellos ayuntamientos que no deseen unirse al capital privado de la nueva sociedad, la norma que impugnamos contiene en realidad elementos propios de los preceptos sancionatorios, porque penaliza la no adhesión al modelo de gestión diseñado por la Ley 3/2008; lo que además de afectar gravemente a capacidad de autogobierno reconocida a los Municipios por el principio constitucional de autonomía municipal, atentaría gravemente las garantías constitucionales del principio de legalidad y seguridad jurídica recogidas en el artículo 9 de la Constitución Española.

SEXTO.- El nuevo sistema de gestión del agua creado por la Ley 3/2008 ha sido impugnado por distintos ayuntamientos en la vía contencioso administrativa y en estos momentos se encuentra sub iudice. Se aportan como documentos adjuntos, a mero título ilustrativo, los recursos admitidos a trámite hasta el presente momento.

SÉPTIMO.- La técnica legislativa utilizada para realizar este cambio tan profundo tanto en el sistema de gestión del agua y en concreto en la gestión pública del servicio integral del ciclo hídrico en la Comunidad de Madrid, ha sido como sigue.

La Ley 3/2008 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid de 29 de diciembre nos explica claramente en su Preámbulo su naturaleza jurídica: *“La presente Ley contiene la regulación de diversas medidas fiscales y administrativas vinculadas a la consecución de los objetivos de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2009. Su contenido lo constituyen las medidas de naturaleza tributaria que anualmente acompañan a la Ley de Presupuestos. y, además, se añaden a los anteriores otras medidas de diferente carácter que afectan al régimen presupuestario y de contratación de la Comunidad de Madrid, a la gestión de recursos*

humanos, a los organismos vinculados o relacionados con la Administración regional y a la actividad administrativa que ésta desarrolla en el ámbito urbanístico y económico”.

Es decir, afecta a todo, añadiríamos.

En total con esta Ley se modifican al amparo de esa pretendida coyuntura temporal 19 textos legales de la Comunidad de Madrid, en materias tan dispares como recursos humanos de la Comunidad de Madrid, Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, ley de Evaluación Ambiental, de supresión de distintos Entes instrumentales de la Comunidad de Madrid, o de creación de empresas dependientes del Canal de Isabel II.

Pero no acaba aquí la cosa, después de esta práctica legislativa verdaderamente irregular, la Ley 6/2011 de 28 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas, aquí recurrida, con similar técnica, modifica ahora 18 textos legales también de los temas más variopintos, desde la Ley de Subvenciones de la Comunidad de Madrid, a la ley de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, Ley sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos y, en los que aquí nos ocupa, en su artículo 5, objeto del presente recurso, se modifica la anterior Ley 3/2008 de Medidas. En definitiva, una Ley de Medidas derogando otra Ley de Medidas.

Manifestamos todo lo anterior, para poner en el contexto al Tribunal sobre la malintencionada técnica legislativa llevada a cabo por el legislador autonómico, año tras año, en particular sobre este asunto y, cuyo objetivo como veremos en el hecho siguiente, es ir dando soluciones coyunturales a los problemas jurídicos que han ido surgiendo a lo largo del camino; sorteo de obstáculos para llegar al fin pretendido: la obtención de recursos económicos por la explotación privada de la prestación del servicio público hidráulico.

Hasta qué punto se trata de una técnica legislativa insuficiente lo demuestra el hecho de que resulta muy difícil siquiera la comprensión de la Ley. Todo ello además se complica sobremanera con continuas referencias a posiciones y soluciones de futuro (las remisiones a actuaciones del Consejo de Gobierno a tomar en su día, las alusiones a unos denominados “contratos-programas” sin que se configure su contenido ni su naturaleza jurídica, la utilización de expresiones voluntaristas de los órganos ejecutivos de la Comunidad de Madrid, -“podrá realizar”, “podrá hacer”, “podrá llevar a cabo”, etc-, en un claro y deliberado intento de sembrar la confusión y en medio de la misma poder ocultar la verdadera naturaleza jurídica del sistema, a nuestro juicio, cuando menos inconstitucional. En este sentido se pronunció la STC 46/1990 sobre las Leyes canarias 14/1987 y 6/1989 cuando señala: *“La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad*

y no la confusión normativa, debe procurar que de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y lo ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...).

OCTAVO.- El “nuevo modelo de gestión”

La naturaleza jurídica de la nueva empresa encargada de la gestión pública del servicio integral del ciclo hídrico en la Comunidad de Madrid, y que aparentemente sustituirá al Canal de Isabel II, es difícil de determinar en términos jurídico-administrativos, cuando éste es un elemento esencial para establecer tanto el ámbito competencial de la Comunidad de Madrid a la hora de dictar la norma, como la idoneidad de la regulación por la que se crea y se somete a un proceso de participación pública la nueva sociedad. En realidad, creemos que esa complejidad, remisiones a futuro y buscadas indefiniciones pretenden esconder también las dificultades imposibles con las que se encuentra el legislador para establecer el sistema.

Se trata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 6/2011 que modifica el artículo 16.3 de la Ley 3/2008, de la autorización concedida a favor del Canal de Isabel II para que éste pueda crear una empresa participada al principio al 100%. Esta entidad a la que el Canal de Isabel II transferirá la titularidad de sus bienes patrimoniales, y a la que adscribirá los demaniales gestionará los servicios de saneamiento, abastecimiento aducción y reutilización de las aguas que hasta ahora ejerce el Canal de Isabel II por encomienda de los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid. Posteriormente, de acuerdo a lo que señala el artículo 5.1, se enajenará el 49% de dicha sociedad a inversores privados y ciudadanos por los procedimientos previstos en la Ley.

Ya hemos dicho con anterioridad que, hasta la fecha, los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, en el marco de la Ley 17/1984 de 20 diciembre, Reguladora del abastecimiento y saneamiento del agua mantienen suscritos convenios interadministrativos, generalmente extensos en el tiempo, por los cuales, mediante la figura de encomienda de gestión han cedido su competencia en materia de abastecimiento y saneamiento al Canal de Isabel II, ex artículo 25 LBRL.

El denominado “*nuevo modelo de gestión*” al que deben adherirse los municipios sin que la Ley tampoco exprese cuáles son los elementos definitorios del mismo a que se refiere el artículo 5.2, se ha revelado con posterioridad a la Ley recurrida, como un convenio a tres bandas (Ayuntamiento, Canal de Isabel II y Comunidad de Madrid), mediante el cual, el Ayuntamiento “*participa*” en la nueva sociedad creada por el artículo 5.1 con un porcentaje mínimo en su accionariado (en función del número de habitantes del municipio). Con esa mínima participación se intenta justificar que el servicio público encomendado (ex art. 25 LBRL y 24.6 de la Ley 3/2011 de por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (a partir de ahora, TRLCSP), se presta de forma directa (modelo del “*in house providing*”) en un claro y manifiesto intento de vulnerar la obligación de licitación pública.

Pero sucede que los Convenios de encomienda de gestión siguen vigentes a la fecha, por lo que podrían y deberían seguir desplegando sus efectos hasta su expiración si cualquier Ayuntamiento, en uso de la autonomía de su voluntad, decidiera no suscribir el denominado “*nuevo modelo de gestión*”. Como quiera que esta circunstancia podría complicar las expectativas de inversión privada en la nueva sociedad, el artículo 5.2 aquí impugnado, instaura una medida legislativa coercitiva extraordinaria para doblegar la voluntad de esos municipios. Se trata de conceder a una de las partes del Convenio la potestad de resolverlos libremente.

En resumen, el juego de los artículos 5.1 y 5.2 aquí recurridos, pretende *arrastrar* a los Ayuntamientos a incumplir la Legislación Básica de Contratos del Estado así como las Directivas comunitarias sobre libre competencia, y todo ello culminado con el mecanismo creado por el cual, aquéllos que no lo hagan, recibirán como sanción la resolución de los Convenios en vigor.

A continuación procedemos a desarrollar los motivos de inconstitucionalidad que a nuestro juicio incurre la mencionada Ley 6/2011 de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid.

PRIMER MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 6/2011 de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid, por violación del artículo 9.3 de la Constitución en relación con el principio de legalidad, así como por infringir el artículo 149.1.18º sobre reserva de Ley estatal sobre contratos y concesiones administrativas, ello en relación con los artículos 3 y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público.

Con carácter previo, aclaramos que, a efectos de la adecuada exposición del recurso, el examen de la legalidad constitucional del precepto recurrido no se hará por su orden correlativo, sino agrupados en principios jurídico constitucionales infringidos.

A) El artículo 4 de la Ley 3/2011 de por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (a partir de ahora, TRLCSP), indica textualmente que están excluidos de la Ley

“(...) c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.(...)”

(...) n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.(...)”

A su vez, el artículo 24.6 del TRLCSP indica textualmente:

“(...) 6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.(...)”

De los anteriores textos legales se deduce que las denominadas operaciones “in house” no están sometidas a la normativa específica contractual pública; siempre y cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 24.6 LCSP.

Cuando la Administración utiliza sus propios medios para la obtención de prestaciones que constituyen el objeto de los contratos públicos, dicha actuación no reviste la naturaleza jurídica de un contrato, sino que supone una operación interna en el marco de las normas y régimen de funcionamiento del organismo público correspondiente.

B) Pues bien, el artículo 5.1 de la Ley recurrida pretende que la nueva entidad dependiente del Canal de Isabel II, en los términos establecidos en el contrato-programa, mantenga “*los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización de agua que, por cualquier título corresponden al Canal de Isabel II*”. Es decir, es la nueva empresa, con una participación privada del 49%, la que prestará los servicios, se entiende que por una especie de encomienda de gestión del propio Canal de Isabel II, expresión que se deriva de la expresión contrato-programa. Pero ya hemos visto que ello resulta imposible por aplicación del artículo 24.6 TRLCSP, porque la Sociedad no tiene la totalidad del capital público. Para solucionar esta contradicción con la TRLCSP sencillamente el Canal debería acudir a los procedimientos de concurrencia previstos para cualquier Administración pública, pero no lo hace y con ello se produce una vulneración de la normativa básica del Estado sobre contratación Pública. Adolece de inconstitucionalidad por vulnerar el artículo 9.3 de la CE cualquier texto legal como el presente que directa o indirectamente intente vulnerar la norma básica.

Pero no sólo ello es aplicable a la Comunidad de Madrid o al Canal de Isabel II. Sino que la misma consecuencia es aplicable a los Ayuntamientos que suscriban el nuevo modelo de gestión, respecto de los cuales, pueden encomendar como hasta ahora la gestión de su competencia al Canal de Isabel II, habida cuenta de su participación pública total, pero no pueden eludir los principios de concurrencia de la contratación administrativa cuando el órgano encomendado, cesionario de su competencia o cualesquiera sea el título, es una sociedad de la que la Administración Pública en cuestión no ostenta la totalidad del capital de la sociedad. Todo ello aunque les ampare una Ley que precisamente por esa razón adolece de inconstitucionalidad.

Llegamos a la conclusión, pues, que sólo es posible, a la vista de las Directivas y numerosa Jurisprudencia Comunitaria, perfectamente recogidas por el artículo 24.6 TRLCSP, que la prestación de servicios a través de los contratos denominados *in house providing* es posible, y por ello quedarían fuera del ámbito de aplicación de la LCSP sólo en aquéllos negocios jurídicos celebrados entre una Administración o entidad de ella dependiente (el Canal de Isabel II) cuando la sociedad sea instrumental y por ello participado al 100% por parte de la entidad encomendante.

El denominado contrato interno o in house providing (que es lo que parece pretender el legislador de la Ley 6/2011 al establecer el modelo de gestión entre la nueva empresa dependiente del Canal de Isabel II, la Comunidad de Madrid y los Ayuntamientos que se adhieran al mismo) efectivamente es una relación jurídica y una manifestación de la potestad autoorganizativa de las administraciones públicas por la cual el interés público se satisface mediante una actividad interna, y que se inspira en la doctrina y práctica denominada en el mundo anglosajón in house providing (literalmente, “suministro doméstico o interno”).

No de otra manera podemos entender la referencia que el artículo 5.1 hace al indicar que la nueva entidad dependiente del Canal de Isabel II, en los términos establecidos en el contrato-programa, mantendrá *“los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización de agua que, por cualquier título corresponden al Canal de Isabel II.”*

Ese denominado contrato interno (in house providing), si bien se trata de una modalidad de gestión admitida por el Derecho comunitario, se trata de una excepción y por tanto, realizar encargos de forma directa, sin licitación pública, a entidades dotadas de personalidad jurídica propia, pero controlada por los entes contratantes de la Administración, ha sido y es, fuente de conflictos, dado que puede afectar a los principios comunitario de igualdad y competencia, recogidos tras sucesivas aproximaciones, de una forma definitiva por el TRLCSP en su última redacción.

Es conocida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha elaborado una doctrina importante en relación con los denominados *in house o in house providing contracts*, primero con la sentencia de 18 de noviembre de 1999, (Caso Teckal) dictada en el asunto C-107/98 y, posteriormente, en las sentencias Stadt Halle, Comisión versus España, Parking Brixen y Comisión versus Austria, de 2005; la sentencia Carbotermo, en el año 2006; las sentencias TRAGSA y Aperymco en el año 2007 y la sentencia Coditel en el año 2008. Esta doctrina permite a la Administración Pública efectuar encargos, que no tienen pues la consideración de contratos, a entes instrumentales con personalidad jurídica propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el encargo se formalice entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente diferente de ésta sobre la cual ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el ente instrumental lleve a cabo la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades públicas que la controlan;

- Que el capital del ente instrumental sea de titularidad totalmente pública.

Por tanto, el artículo 4.1 n) del TRLCSP engloba cualquier negocio mediante el cual un poder adjudicador encarga a un ente instrumental la realización de una prestación de naturaleza contractual.

El artículo 24.6 del mismo texto legal incorpora los requisitos de la Jurisprudencia comunitaria y hace referencia a la posibilidad de que el medio propio tenga personalidad jurídica diferente.

Lo que vulnera justamente la norma de la Comunidad de Madrid impugnada es esta regulación nacional, en con la que se implementa e introduce en el ordenamiento español tanto la regulación como la interpretación Comunitaria sobre este tipo de contratos. Y al hacerlo consideramos que el artículo 5.1 de la Ley 6/2011 que modifica el artículo 16 de la Ley 3/2008, infringe, además, el principio de reserva de Ley del Estado porque:

- a) La nueva empresa que va a prestar efectivamente los servicios no es de titularidad totalmente pública;
- b) La nueva empresa va a prestar servicios propios de la Comunidad de Madrid y de los Ayuntamientos que se adhieran al nuevo modelo, luego cada uno de estos Entes por sí sólo no ejerce un control sobre la sociedad de manera análoga a como lo hace con sus propios servicios, como es exigencia del art. 24.6 TRLCSP.

De todo ello, se desprende que no es posible en modo alguno que se pueda formalizar contrato, encargo, encomienda o convenio alguno entre la Administración pública (Comunidad de Madrid) o entidad de ella dependiente (Canal de Isabel II), por el que, sin cumplir los requisitos del TRLCSP, se pueda adjudicar a un ente, la nueva sociedad, la prestación de servicios públicos sin acudir previamente a la concurrencia pública.

La normativa citada se opone, además, al texto constitucional en tanto altera el sistema competencial en materia de regulación de la contratación pública y las concesiones públicas, todo ello relacionado con la defensa del libre mercado y la libre competencia cuando se trata de garantizar la libre concurrencia de empresas privadas (SSTC 96/1984, 64/1990 y 118/1996, y por todas la 64/1990), en la economía de mercado tal y como enuncia el Artículo 38 de la Constitución.

Estas materias, si bien no forman parte del núcleo de competencias exclusivas de la Unión, son competencias compartidas, mor de los artículos 56 a 62, 106 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, –bajo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad- y reguladas por sucesivas Directivas refundidas en las vigentes Directivas 2004/18/CE, y la Directiva 2004/17/CE. Aunque puede tratarse de una competencia en la que la Unión entra a regular atendiendo a esa subsidiariedad, una vez regulada -de forma más o menos exhaustiva-, resultará desplazada la potestad normativa del Estado por la normativa derivada Europea. Así, la regulación de Contratos del Sector Público encuentra una cada vez mayor regulación armonizada de la Unión, y por tanto las Directivas antedichas constituyen un *mínimum* ineludible para los Estados Miembros.

En estas, se establece la obligación para los Estados de garantizar la concurrencia en régimen de libre competencia a la licitación de servicios públicos, contratos y obras públicas, todo ello fundado en la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros. Ahora bien, la Doctrina Teckal sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permite la exclusión de este régimen armonizado de licitación pública antes citado, cuando *aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando concurren dos condiciones. Por un lado, la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, deberá ejercer sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otro lado, dicha entidad deberá realizar la parte esencial de su actividad con la colectividad o las colectividades públicas que la controlan.*

Así, el impugnado artículo 5 determina la transferencia a la mercantil, de la que se detentará un mínimo del 51%, los servicios de [...] *abastecimiento, saneamiento y reutilización de agua que, por cualquier título, corresponden al Canal de Isabel II [...]*. Los títulos no son otros que los que dispone la Ley 3/2008, entre los que se deben encontrar, pues la Ley no los menciona, los convenios y encomiendas de gestión de los entes locales adheridos al denominado *nuevo sistema de gestión*. Pero la Doctrina de las operaciones in house, no puede ser objeto de interpretación propia por el legislador autonómico, más aun se tiene que adaptar a la interpretación derivada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El Derecho Comunitario encuentra, tal y como dispone el artículo 19 TUE y reiterada jurisprudencia Comunitaria ha señalado, en el TJUE su intérprete máximo y garante de su aplicación uniforme (Véase STJCE. 2-6-1972, as.1/72; S) para toda la Unión Europea.

Dado que las entidades concesionarias del servicio público, en el caso de la ley impugnada, los Ayuntamientos, no ostentan ninguna participación o dado que ésta resultará minoritaria, según la normativa reguladora del denominado nuevo modelo de gestión, que la ley garantice el mantenimiento del 51% en manos públicas no constituye una garantía de un control análogo al que ejerce la Administración local sobre sus propios medios, tal y como exigió el Tribunal de Justicia en STJCE de 13 de diciembre de 2008.

Señalaba el Tribunal en dicha sentencia, que la concurrencia de capital privado con capital público excluía la posibilidad de determinar un control análogo. Es más, determinaba que detentar la totalidad del capital junto con otros poderes públicos constituía un indicio, si bien no demostraba de forma absoluta ese requisito de control análogo (también STJCE de 11 de mayo de 2006 Carbotermo y Consorzio Alisei). Pues bien, aún en el caso de que la Comunidad de Madrid decidiera en el marco de los convenios y el denominado por la ley Contrato-Programa otorgar participaciones a los entes locales, siguiendo la Jurisprudencia comunitaria antes citada, sería una participación minoritaria y compartida entre todos los municipios concurrentes, y además la participación de otros entes privados determinaría la exclusión de la doctrina *in house*, y por lo tanto la imposibilidad de aplicar las excepciones previstas en Derecho Comunitario para garantizar la libre competencia en el mercado único de bienes y servicios.

A mayor abundamiento, el Tribunal en la STJCE de 21 de julio de 2005 (C-231/03, Coname), ya determinó con rotundidad que la participación minoritaria de un ente local en una entidad junto con otras entidades públicas, no comporta un control análogo y por tanto, que ostente el control de la misma dadas las disposiciones comunitarias sobre libre circulación de mercancías, servicios y competencia.

Por todo, ello, el artículo impugnado de la normativa autonómica, pretende realizar una excepción de la normativa comunitaria, para la que en todo caso no tiene competencia. Ello, porque supondría una derogación, para el supuesto concreto del proceso de cambio de modelo de gestión del Canal de Isabel II, de los preceptos comunitarios referidos 56 a 62, 106 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) que consagra los principios libre circulación de mercancías y servicios, libre competencia, unidad de mercado, así como la determinación de la competencia de su desarrollo y delimitación para su armonización a las instituciones comunitarias, siempre bajo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En este caso, la ley autonómica dispone una regulación sobre estos principios –aplicable para la Comunidad de Madrid- contraria a la que del Derecho originario y Derivado de la Unión se desprende. Al contravenir la propia normativa del Tratado, está en cierto modo derogando

de forma singular un Tratado Internacional mediante una ley autonómica, violando, además, de forma flagrante el artículo 96 de la Constitución Española que dispone la derogación o modificación de los mismos de acuerdo con lo previsto en ellos o las normas generales de Derecho Internacional.

Viola la atribución competencial a la Unión Europea, ya que si bien el Tratado puede no atribuir de forma expresa la competencia exclusiva en materia de contratación pública, la asentada teoría de las competencias implícitas permite inferir esta competencia de la realización del mercado interior y la libre prestación de servicios. Esto tiene trascendencia constitucional en virtud del artículo 93 CE que determina la atribución competencial a organizaciones supranacionales —en este caso la UE—. No puede considerarse una cuestión de derecho aplicable a cada caso en los tribunales ordinarios, puesto que el carácter singular de la norma hace que toda ella entre en contradicción con la normativa comunitaria, ya que todos los convenios —sin excepción— enmarcados en ese presunto nuevo modelo de gestión resultarán de encomendar la gestión de un servicio público a una entidad de derecho privado que queda fuera del ámbito del sector público.

En este sentido, al haber ejercitado la Unión potestades de armonización a través de la Directiva, la regulación —y la competencia— resultará la Comunitaria precitada. Si bien podría prejuzgarse la no relevancia a efectos del juzgador constitucional de la violación por la normativa interna del Derecho Comunitario de forma directa, las implicaciones para el principio de seguridad jurídica de restar en manos de los jueces ordinarios, o de eventuales acciones jurisdiccionales en instituciones de la Unión Europea, sí tiene relevancia constitucional.

La vigencia de una norma contraria al ordenamiento Comunitario, en tanto éste se erige en Derecho con primacía, constituye una violación del principio de seguridad jurídica, así como del principio de legalidad y jerarquía consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución. La coerción sobre los entes locales que en el ámbito de la Comunidad de Madrid tenían vigentes sus convenios de encomienda a favor del Canal de Isabel II, para que suscriban los nuevos convenios con esta fórmula a favor de ese ente jurídico-privado, impone una situación de inseguridad jurídica para los Ayuntamientos afectados que se ven obligados a esa suscripción, y por tanto la violación del Derecho estatal y comunitario, o de lo contrario sus convenios vigentes pueden ser denunciados por el Canal de Isabel II, con la consiguiente indemnización por los entes locales al Canal por las inversiones no amortizadas. En definitiva, los Ayuntamientos se ven obligados por la ley autonómica a actuar de forma contraria a la legislación comunitaria y estatal (de implementación y desarrollo) en idéntica materia.

En este sentido, el Tribunal Constitucional italiano se declaró en sentencia 384/1994, de 10 de noviembre, competente para conocer de la constitucionalidad de las leyes contrarias al derecho comunitario (suprimiresto) en tanto la no declaración de inconstitucionalidad “habría entrañado una lesión evidente del principio de seguridad jurídica, así como una elusión de las obligaciones del Estado italiano y especialmente, la relativa a la conformidad del orden jurídico interno al orden jurídico comunitario”.

El Consejo de Estado Francés, en el caso *Nicolo*, determinó de igual forma la posibilidad de controlar una ley estatal atendiendo a un tratado internacional. Y también había declarado de forma expresa su competencia, en cuanto juez electoral, para decidir si determinadas disposiciones de una ley electoral estatal eran contrarias a los Tratados en el asunto *Val-d'Oise* (Décision n° 88-1082/1117 du 21 de octubre de 1988). Posteriormente, el Consejo de Estado también determinaría la competencia para juzgar la legislación interna sobre la concordancia con los Reglamentos y Directivas de en sentido abstracto (Arrêt du Conseil d'État 24 de septiembre de 1990, *Boisdet*, p. 251; Arrêt du Conseil d'État, Assemblée Assemblée 28 de febrero de 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, p. 81).

En el Reino Unido, por su parte, la Cámara de los Lores, como tribunal de más alto rango determinó en la Sentencia *Equal Opportunities Commission v Secretary of State for Employment* de 1994, su competencia en el enjuiciamiento en abstracto de una norma interna en su concordancia con la normativa comunitaria.

En el caso español, entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/1991 de 12 de diciembre de 1991, establece que la transposición y regulación de la normativa comunitaria puede constituir una cuestión interna a resolver aplicando el reparto de competencias internas, siendo ésta la cuestión constitucional a solventar y no la competencia comunitaria. Pero en el caso que nos ocupa, la norma impugnada sería igualmente inconstitucional por ejercer una competencia ajena en virtud del artículo 149.1.18° CE. Pues, correspondería al legislador estatal, y no a la Comunidad de Madrid, la regulación de la contratación administrativa y las concesiones de servicio público, que debe en todo caso respetar el marco establecido en la normativa comunitaria, ya que a todas luces es exclusivamente estatal la competencia sobre regulación básica de los límites en donde la gestión de los servicios públicos se realiza intramuros del sector público y dónde responde a la actividad privada ajena a la propia gestión por la Administración, para que, a partir de este punto, entre en juego la contratación pública.

Por tanto, aún suponiendo que la citada regulación fuera conforme a Derecho Comunitario, o esa violación no fuera objeto de control constitucional en abstracto, sino aplicado al reparto del sistema competencial constitucional español, la determinación de la posibilidad de trasladar un convenio o encomienda de gestión –regulación de contratación administrativa de carácter básico- desde un ente público como el Canal de Isabel II hacia una sociedad mercantil participada por esta junto con operadores privados a través del artículo impugnado constituye una violenta agresión de la competencia estatal establecida en el precitado artículo.

En todo caso, el control de constitucionalidad sobre la norma autonómica impugnada que reclamamos no se establece sobre su falta de adecuación al Derecho derivado de la Unión Europea (lo que correspondería a la jurisdicción ordinaria o al Tribunal de Justicia, órgano habilitado expresamente para el control de validez e interpretación del derecho comunitario. (STC 28/1991; STC 45/1996 ó STC 201/1996). Sino sobre la vulneración del sistema competencial del que trae causa la regulación estatal que implementa el Derecho Europeo derivado en materia de contratación pública, aun cuando al hacerlo se esté produciendo una grave vulneración del Derecho Europeo, de la que se derivará la correspondiente responsabilidad del Estado Español ante las autoridades Europeas.

Por todos los motivos expuestos cabe concluir que el artículo 5.1 de la Ley 6/2011 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid adolece de inconstitucionalidad.

SEGUNDO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 6/2011 de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid, por haber infringido normativa básica estatal así como por infringir el artículo 149.1.18º sobre reserva de Ley estatal sobre procedimiento administrativo común, en relación con lo dispuesto en el Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sin perjuicio de lo expuesto en el precedente apartado 1, el artículo 5.2 de la Ley 6/2011 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid adolece de inconstitucionalidad por invadir la competencia exclusiva que el Estado tiene en materia de procedimiento administrativo común.

El texto literal de la norma recurrida (art. 5.2), que ya hemos reproducido con anterioridad pero que volvemos a hacerlo en aras de la claridad, dice:

“Los Municipios que, manteniendo en vigor algún convenio por el que encomienden al Canal de Isabel II el servicio de distribución a su población, no hayan suscrito con anterioridad a la autorización del proceso de capitalización, el correspondiente convenio de incorporación al nuevo modelo de gestión percibirán temporalmente una cantidad anual por habitante, que se fijará por el Consejo de Gobierno una vez aprobada la valoración del contrato-programa, desde la entrada efectiva de capital privado en la sociedad hasta que se proceda a la resolución y liquidación del convenio o los convenios de encomienda de servicios vigentes. A tal efecto, el Ayuntamiento y el Canal de Isabel II podrán desistir libremente de cualquiera de tales convenios, procediéndose a su liquidación que implicará, en su caso, la entrega de la red y el traspaso de la gestión a favor del Ayuntamiento y el pago de las cantidades respectivamente adendadas, incluidas las inversiones pendientes de amortización”.

A nuestro juicio, la norma transcrita viene a crear de facto una nueva causa de resolución de los convenios interadministrativos regulados en el artículo 6 en relación con el artículo 15.4 ambos de la Ley 30/1992 de RJPA.

Señala el artículo 15.4 que: *“Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas (...)”*

Y el artículo 6.2 de la LRJPA indica que: *“Los instrumentos de formalización de los convenios deberán especificar, cuando así proceda: (...) f) el plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio” y g) La extinción por causa distinta a la prevista en el apartado anterior, así como la forma de terminar las actuaciones en curso para el supuesto de extinción (...)”*

Como podemos comprobar el artículo 5.2 de la Ley 6/2011 viene a instaurar una nueva causa de resolución de los convenios administrativos de encomienda vigentes, cual es la no suscripción del nuevo modelo de gestión. La Ley permite que cualquiera de las Administraciones o entidades de ellas dependientes singularmente señala, el Canal de Isabel II o el Ayuntamiento, puede desistir libremente de los Convenios vigentes por esa razón: no adhesión al nuevo modelo de gestión.

Por otro lado, se otorgan a la norma efectos retroactivos por los cuales va a poder afectar a las situaciones jurídicas nacidas de los convenios vigentes y cuyos efectos siguen desarrollándose todavía. Pero más aún, la propia norma citada prevé el desistimiento de tales Convenios, si bien lo condiciona al pago de las cantidades adeudadas, recordando las inversiones pendientes de amortización. Resulta notorio, que dada la consolidada situación del Canal de Isabel II en la prestación del servicio de abastecimiento en los municipios de la Comunidad de Madrid, la citada entidad, tal como habíamos señalado, había venido ejerciendo las labores de desarrollo, mantenimiento y adecuación de la red, por lo que en todo caso las cantidades adeudadas van a resultar siempre a favor del Canal de Isabel II, erigiéndose en cierto modo como sanción por la no incorporación al nuevo modelo de gestión. Sobre todo si se tiene en cuenta la actual situación de las Haciendas Municipales.

La creación *ex lege* de un nuevo modo de resolución de un convenio nacido a la luz de normativa anterior, aun cuando los propios convenios contaban con sus propios motivos de resolución, resulta en la conculcación de los derechos de los entes locales que mantienen convenios en vigor. Tal y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1986 de 6 de abril, *“lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir.”*

En el sentido de la norma impugnada, los derechos adquiridos por los entes locales para que el Canal de Isabel II prestará el servicio obligatorio de abastecimiento de agua contemplado en el artículo 25 LRBRL, reciben una obligación sobrevinida de sometimiento a un régimen indemnizatorio de pago por habitante, y estableciendo un régimen resolutivo especial condicionado al pago de determinadas contraprestaciones. Si bien el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la consolidación de derechos adquiridos no puede suponer una petrificación del ordenamiento jurídico (STC 42/1986 de 10 de Abril, FJ 3; y más recientemente STC 112/2006, de 5 de Abril, FJ 5), aquí lo que se produce no es una evolución jurídica general, sino la afectación de determinadas situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la promulgación de la norma, pero vigentes, a unas condiciones de incorporación a un nuevo modelo de gestión y la creación de un nuevo sistema de resolución de dichas relaciones jurídicas por sanción, que en nada responden a ese carácter evolutivo del ordenamiento jurídico, sino más bien al uso de la potestad legislativa para someter determinadas relaciones jurídicas a nuevas condiciones de ejercicio y de prestación, a la voluntad del pretendido nuevo modelo de gestión. Como sostiene GARCIA DE ENTERRÍA, *dado su origen en la voluntad negocial, los derechos creados por el acto o negocio en cuestión no*

podrían en ningún caso ser legítimamente alterados por una norma posterior a su conclusión. Los convenios constituyen de algún modo esas relaciones subjetivas en las que el contenido y alcance resulta de un acto o negocio jurídico singular, y no de la ley, por lo que resultaría inconstitucional un ataque retroactivo a un acto jurídico realizado al amparo de las normas vigentes en el momento de su suscripción.

Además, la irretroactividad, ha apuntado el TC, se aplica a *derechos consolidados asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros condicionados y expectativas* (Por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6). Los derechos derivados de los convenios vigentes se encuentran integrados en el patrimonio municipal, en tanto constituyen una relación jurídica por la que la Administración Local ve satisfecha su obligación de suministro de agua al municipio establecido en la LRBRL, no siendo por tanto una relación consagrada o situación agotada.

Pero aún en el caso de que se trate de un derecho adquirido no susceptible de protección constitucional, la norma erige una sanción *de facto*, a los entes locales que no suscriban tales convenios, al obligarles a someterles a la indemnización por habitante que la Administración regional decida, o a indemnizar al Canal de Isabel II. Se trata de una sanción encubierta, en tanto ningún Ayuntamiento de la región podría abordar tales inversiones, coaccionando a la suscripción de los nuevos convenios. Se crea pues, *ex lege*, una sanción por la no novación del convenio en las formas previstas para el nuevo modelo de gestión, afectando a situaciones jurídicas creadas con anterioridad a la citada ley, y por tanto contraria al artículo 9.3 de la Constitución.

No configura pues, la norma impugnada, un requisito de los que a juicio del Tribunal Constitucional constituye un elemento para determinar la retroactividad *in pejus*, como es *el respeto a las situaciones preexistentes* (STC 19/2012, de 15 de febrero de 2012. La norma citada sitúa a las situaciones preexistentes en una situación de precariedad en la que se ven sometidos a un régimen de percibir una indemnización por el uso de las redes municipales de forma irregular, así como verse sometidos a la posibilidad de denunciar el convenio por ellos o por el Canal de Isabel II, con el consiguiente perjuicio en la conclusión de percepción del servicio de suministro de agua para sus vecinos y el deber de indemnizar a la Comunidad de Madrid. No se establece un régimen que procure *no afectar a quienes hasta entonces* venían disfrutando de tal situación jurídica, sino más bien incide coercitivamente sobre ellos perjudicando la situación mantenida hasta el momento obligando a suscribir un nuevo convenio por el que adscriben el uso de su red de agua a la futura entidad.

Lo anterior, debe ser puesto en conexión con el principio de seguridad jurídica, también consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

La interpretación de dicho principio dictada en la conocida STC 277/1988 sobre la ley estatal de aguas, y las anteriores SSTC 27/1981 y 99/1987 determina que la seguridad jurídica es "*suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad*". En el caso que ahora nos ocupa, es obvio que las normas a las que se imputa la inseguridad son normas inciertas y faltas de la indispensable claridad, porque no establecen los elementos esenciales indispensables para el conocimiento tanto del sistema que se establece, como de las consecuencias de optar por una u otra de las posibilidades que la norma fraudulentamente ofrece a los Ayuntamientos. La norma contradice la jerarquía normativa porque no respeta la LCSP y su atribución competencial al legislador estatal en el artículo 149.1.18 y aunque ha sido formalmente publicada, la complejidad de la técnica legislativa que utiliza y la remisión cruzada de modificaciones de normas anteriores en vigor o parcialmente reformadas, hace muy difícil el seguimiento del contenido obligacional y sancionatorio de la norma.

Además, incide retroactivamente de forma desfavorable sobre los derechos individuales de los ayuntamientos adquiridos por medio de los convenios de encomienda en vigor con el CYII, e incurre en arbitrariedad porque carece de razonabilidad que los lícitos propósitos con que el legislador pretende dar respuesta a la cambiante realidad en relación con el suministro del servicio integral del agua, se alcancen violentando tanto el ordenamiento administrativo español, como las normas europeas sobre libre competencia.

En este sentido, hemos de afirmar que la seguridad jurídica está en íntima relación con los demás principios constitucionales, pero tiene sustantividad propia (SSTC 43/1982, 63/1982, 147/1986) por lo que siendo equivalente a *certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados* procurando la claridad y la no confusión normativa (STC 46/1990, FJ4 y 248/2007, FJ5), este vería conculcada su sustantividad. La norma impugnada viola en todo sentido la confianza legítima (STC 178/2000 FJ 12) de los entes locales titulares de los convenios afectados por la norma, en tanto estos ven cómo *ex lege*, sus derechos se ven obstaculizados o modificados, y además ven coercitada su voluntad para adscribirse al nuevo modelo de gestión, so pena de no hacerlo de tener que abonar esa indemnización por las inversiones no amortizadas.

Además, esa inseguridad jurídica, en tanto la normativa aplicable de contratación del sector público se trata de una competencia estatal, siembra la duda en los entes locales sobre si actuar con base en la normativa estatal violando la autonómica, o en sentido inverso, lo que constituye una contravención de la seguridad jurídica perseguida por la norma impugnada. En palabras del Tribunal Constitucional, la norma contraviene la seguridad jurídica en tanto que “[...] *el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse [...]*” (STC 46/1990, FJ4), cosa que a todas luces no sucede en la normativa impugnada. Sobre el límite de esa claridad, el Tribunal apuntó que “*sólo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica* (Por todas STC 150/1990 FJ 8 y más recientemente 84/2008 FJ 8). De la norma, no cabe sino deducir que en los entes locales puede generarse una duda suficiente sobre la vigencia de sus anteriores convenios, conculcando la seguridad jurídica que nuestro ordenamiento otorga ex 9.3 CE a las situaciones jurídicas y sus derechos derivados nacidos bajo un determinado marco normativo. En sentido contrario, los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, con los artículos impugnados, no pueden tener verdadera seguridad jurídica ni certidumbre acerca de la posición que les puede sobrevenir si eligen un sistema u otro de gestión, de no olvidemos, sus propios servicios públicos.

Por este motivo expuesto cabe concluir que el artículo 5.2 de la Ley 6/2011 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid adolece de inconstitucionalidad.

TERCERO.- VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL GARANTIZADA (ARTS. 137 Y 140 CE) PARA LOS MUNICIPIOS DE NO DESEEN ADHERIRSE AL NUEVO SISTEMA DE GESTION DISEÑADO POR LA LEY 6/2011.

Como venimos diciendo, la norma impugnada establece un doble sistema de gestión para para la prestación del servicio publico de suministro de agua, que modifica el sistema de encomienda anterior, sostenido por los convenios firmados entre los Ayuntamientos y la empresa pública Canal de Isabel II, responsable hasta en momento de la gestión del ciclo integral del agua en la Comunidad de Madrid.

Este doble sistema que la normativa autonómica ofrece, queda aparentemente bajo la libre decisión de los ayuntamientos, a los que se les reconoce una supuesta "capacidad" de elegir entre: a) formar parte de la nueva empresa, que se encargará de *"la prestación de los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización de agua que, por cualquier título, corresponde al Canal de Isabel II"* (Art.16.tres.1 de la Ley 3/2008), mediante la suscripción del "convenio de incorporación"; o b) no formar parte de ella, lo que implicaría necesariamente la separación del ayuntamiento que haya tomado esta decisión de los instrumentos de coordinación hasta el momento establecidos por la Comunidad de Madrid para la prestación de los servicios de abastecimiento, saneamiento y/o reutilización de agua; específicamente del sistema vigente desde la Ley 17/1984 de creación del Canal de Isabel II.

Empezando por el segundo de los casos, como venimos diciendo, en principio la decisión implicaría que el cumplimiento de las competencias municipales de prestación del servicio público de suministro de agua correría por cuenta, exclusiva, del ayuntamiento, ya fuera por medio de la gestión directa del servicio, o por medio de la gestión indirecta a través de un proceso de licitación. Sin embargo, lo que realmente implica es la imposibilidad de adoptar una decisión como ésta, pues al desaparecer el anterior sistema del Canal de Isabel II (creado por la Ley 17/1984), desaparecerían los mecanismos de coordinación autonómicos imprescindibles para que los ayuntamientos puedan cumplir con las competencias locales que les son propias. Ello es así, porque para la realización efectiva del servicio de suministro de agua a los hogares de los vecinos, se requiere la concurrencia de distintas competencias públicas de las que son titulares tanto el Estado, como las CCAA, como los entes locales.

Como es sobradamente conocido, en materia de gestión del Agua la Constitución Española establece un marco competencial, en el que se incluyen numerosos aspectos relacionados con distintas formas de gestión del agua. Son competencias exclusivas del Estado las recogidas en el Artículo 149.1.22 sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma (cuencas intercomunitarias) y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial; las del Artículo 149.1.24 sobre obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma en relación con la gestión del ciclo integral del Agua; o las del artículo 149.1.23 de la Constitución, sobre legislación básica de protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Y son competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir estatutariamente las previstas en el Artículo 148.1.10 de la Constitución, sobre proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales; las del artículo 148.1.11 sobre pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial. O las del artículo 148.1.09 de gestión en materia de protección del medio ambiente.

Todas las comunidades autónomas han asumido la competencia exclusiva en materia de ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran íntegramente por el ámbito territorial de la comunidad autónoma. Así, de la propia Constitución parte un tratamiento diferente de la competencia estatal y autonómica en relación con el agua, pues en tanto el criterio de asunción de la competencia autonómica relativa a los aprovechamientos, canales y regadíos es el del interés (art. 148.1.10), la competencia estatal se rige por el criterio territorial (cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma).

En la franja intermedia que puede hallarse entre ambos preceptos ha sido posible que las Comunidades Autónomas asuman estatutariamente competencias más allá de lo previsto en el art. 148.1.10, pero siempre con la limitación territorial que deriva de lo previsto en el art. 149.1.22. CE

En relación con las competencias sobre el tratamiento integral del ciclo del agua y en particular sobre el suministro de agua a los ciudadanos, todas las administraciones son parcialmente competentes, y por lo tanto, están obligadas a coordinarse. Como dice expresamente la STC 214/1989 el alcance que tiene el marco general de las competencias locales que se establece en los arts. 2, 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, se sustenta, en la competencia estatal de la fijación de una directrices que atienden, en cada caso, a las características de la actividad pública y a la capacidad de gestión de la entidad local, de acuerdo con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos ... Ahora bien, delimitada así la exigencia de orden competencial vinculada a la garantía constitucional de la autonomía de las entidades locales, la concreción última de las competencias locales queda remitida -y no podía ser de otra manera- a la correspondiente legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 3º).

El suministro de agua para el que el ayuntamiento es competente depende también de otros servicios (por ejemplo, depuración y aducción de aguas) expresamente declarados por la Ley autonómica 17/1984 servicios de interés de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el carácter predominantemente supramunicipal que tienen estos servicios y, por tanto, por la conveniencia de atenderlos con estructuras de gestión que en la mayor parte de los casos tienen también que ser supramunicipales (art. 2 de la Ley 17/1984). Son justamente estos servicios los que van a ser suministrados por la nueva empresa.

Por ejemplo, los ayuntamientos que decidieran no incorporarse al nuevo sistema, deberían cuanto menos solicitar a la Confederación Hidrográfica del Tajo las correspondientes concesiones o autorizaciones sobre el dominio público hidráulico que estaban otorgadas en favor del Canal de Isabel II.

Sin embargo, es dudoso que la Confederación Hidrográfica del Tajo pueda hacerlo, porque en virtud de la Ley 3/2008 el Canal de Isabel II adscribirá estos derechos a la nueva empresa.

Abundando en esta idea, la decisión de no suscribir necesariamente conllevaría la puesta en funcionamiento por parte del Ayuntamiento no sólo de aquellos recursos de los que es titular (servicio de distribución y alcantarillado) sino de todos aquellos otros mecanismos y recursos (técnicos, jurídicos, económicos, administrativos y de gestión) necesarios directa o indirectamente para que la prestación del servicio de suministro de agua en su municipio cumpliera con las condiciones legalmente establecidas. Mecanismos y recursos que en relación con el tratamiento integral del ciclo del agua son de imposible cumplimiento para un ayuntamiento en solitario, porque requieren de una acción coordinada a nivel supramunicipal, autonómico y estatal que asegure la calidad del servicio que se presta a los ciudadanos, y que en este supuesto es entre otros garantizar la calidad del agua de consumo humano, sometándose a los estándares legales y europeos. La calidad del agua debe adaptarse a los múltiples usos para los que va a ser destinada y debe respetar los nuevos parámetros establecidos en la legislación nacional y europea, incluyendo lo previsto en el Plan Nacional de Calidad de las aguas, que obliga a completar la ejecución de infraestructuras previstas en la Directiva 91/271/CEE del Consejo de 21 de Mayo de 1991, sobre mantenimiento de aguas residuales urbanas y la Directiva 2000/60/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de aguas públicas.

Desde otro punto de vista, y –suponiendo que todas las competencias en esta materia fueran exclusivamente municipales, que no lo son-, a pesar de que la norma impugnada lo contempla, la separación del sistema como una alternativa de libre decisión (mediante el desistimiento de los convenios en vigor entre el Canal de Isabel II y el ayuntamiento) en realidad no es una opción posible por los ayuntamientos, porque existen obligaciones legales e internacionales sobre la calidad del agua para la adaptación a los distintos usos, que obligaría al ayuntamiento a realizar una serie de inversiones para las que no tiene ni capacidad económica ni recursos suficientes asignados.

Estas inversiones se suponen tan importantes, desde el punto de vista económico y financiero, que de hecho, son la razón por la cual la Comunidad Autónoma ha decidido cambiar el sistema de coordinación. Y así lo dice textualmente la exposición de motivos de la Ley 3/2008 (de la que trae causa la modificación que impugnamos). Dice textualmente la exposición de motivos de la Ley: *“Todo ello va a exigir a la Comunidad de Madrid y al Canal de Isabel II un gran esfuerzo adicional de inversión en nuevas infraestructuras y procesos tecnológicos, que es preciso financiar con la captación externa de recursos económicos que nos permita hacer frente a las inversiones en infraestructuras y desarrollos que se precisan para gestionar de forma eficaz y eficiente el servicio integral del ciclo hídrico”*.

Son justamente estas obligaciones supramunicipales, (y supra regionales en muchos casos) sobre calidad y gestión eficaz y eficiente del agua que afectan al servicio integral del ciclo hídrico, lo que justifica constitucional y administrativamente hablando, la configuración de instrumentos de coordinación autonómicos (y por supuesto estatales) que aseguren el servicio público, en las condiciones tal y como exige la Ley. Sin estos instrumentos de coordinación, como en su día fue el Canal de Isabel II (Ley 17/1984), no es posible la ejecución municipal individual y aislada de las competencias en suministro que reconoce el artículo 25 de la LBRL. En definitiva, quedarse al margen del sistema que impone la Ley no es una opción real que pueda ser adoptada por el Ayuntamiento, y por lo tanto, la Ley está condicionando su autonomía a la hora de decidir y autogestionar sus competencias constitucional y legalmente establecidas; su efectiva facultad para regular y gestionar los asuntos públicos para los que el ayuntamiento es competente, tal y como establece el artículo 137 y 140 de la Constitución española en relación con el art. 3º, de la Carta Europea de la Autonomía Local (15-10-1985), ratificada por España el 20 de Enero de 1988.

Lo más relevante es, sin embargo, que la norma impugnada exige el cumplimiento de una serie de condiciones para el ejercicio de esta decisión. Por lo que la capacidad de decisión de los Ayuntamientos queda doblemente condicionada, en este caso al cumplimiento de las condiciones impuestas por la propia norma de la Comunidad de Madrid, a partir de la cual nace la empresa que sustituirá al Canal de Isabel II en la realización efectiva de la prestación. Dichas condiciones son:

- a) Desistimiento del convenio, por parte del Ayuntamiento o por parte del Canal de Isabel II
- b) Liquidación de las obligaciones pendientes, lo que implicará, en su caso, la entrega de la red y el traspaso de la gestión a favor del Ayuntamiento y el pago de las cantidades respectivamente adeudadas, incluidas las inversiones pendientes de amortización.

Por lo tanto, dentro de la capacidad de autogobierno municipal, constitucionalmente garantizada, queda excluida por esta Ley autonómica, la posibilidad de que la decisión sea mantener los convenios vigentes con el Canal de Isabel II, pues en todo caso se producirá un desistimiento legalmente impuesto de los mismos, ya que si no lo hacen los ayuntamientos, lo hará el Canal de Isabel II.

La norma es defectuosa cuando menos. No especifica qué inversiones pendientes de amortización se incluirán en la liquidación, si sólo aquellas que interesen a las redes municipales afectadas o también la parte proporcional de las inversiones en los sistemas generales de redes de abastecimiento autonómicas, por ejemplo. De lo que resulta imposible para el Ayuntamiento conocer el coste real de la operación, lo que implica el incumplimiento de los principios de objetividad y eficacia al que están sometidos en virtud del artículo 6 de la LBRL. La norma tampoco establece un mecanismo de arbitraje entre el Canal de Isabel II y el ayuntamiento que desista, luego tampoco se conoce como se va a producir la disolución de la encomienda vigente, ni la regulación de la relación en el periodo transitorio, ect.

En definitiva, la regulación de las condiciones legales que se imponen a los Ayuntamientos en caso de que no deseen adherirse al nuevo modelo de gestión, son tan indeterminadas que en realidad se trata de condiciones de imposible cumplimiento para los Ayuntamientos, que no podrán tomar esta decisión sin saber cuál será el coste efectivo de la misma (recuérdense además las obligaciones presupuestarias y de control del déficit impuestas constitucionalmente también a los ayuntamientos por mor del nuevo artículo 135 de la Constitución).

Las Condiciones impuestas por la Comunidad de Madrid tienen la finalidad de que los ayuntamientos se vean obligados a adherirse al nuevo sistema, por las dificultades insuperables impuestas por la ley en caso de que no deseen unirse al nuevo modelo. Son condiciones que coartan la capacidad de decisión autónoma de los Ayuntamientos sobre el sistema de gestión más conveniente a sus propios intereses públicos para la gestión de la competencia municipal de suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales (tal y como establece el artículo 25 de la LBRL). Y ello constituye igualmente una vulneración del artículo 137 y 140 de la Constitución porque la Ley autonómica está condicionando su autonomía a la hora de decidir y autogestionar sus competencias constitucional y legalmente establecidas.

Es cierto que la Ley 3/2008 ya establecía el nuevo sistema, y que dicha Ley no fue cuestionada por lesionar la autonomía de los entes locales. Pero es justamente la introducción de este nuevo apartado 2 al Tres del artículo 16 de la Ley 3/2008 lo que afecta a la constitucionalidad de toda la norma de creación del sistema. Al introducir el **desistimiento obligatorio** de los convenios de encomienda, en vigor bajo el antiguo sistema de la Ley 17/1984 (ya sea por parte de los Ayuntamientos, ya sea por parte del Canal de Isabel II), se impide a los ayuntamientos la posibilidad de elegir otra cosa que no sea el nuevo sistema creado. No hay por lo tanto, decisión posible. Hay una imposición legal. Y esta imposición es justamente la que vulnera la autonomía de los ayuntamientos y merma hasta hacer desaparecer su capacidad de decidir cómo gestionar los asuntos públicos de los que son competentes.

En realidad, lo que hace la nueva norma, es declarar por Ley la extinción de los contratos de encomienda en vigor, lo que además de vulnerar el sistema de fuentes y competencial (tal y como abordamos en otros fundamentos de este recurso), supone impedir por Ley la posibilidad de que los Ayuntamientos que no deseen unirse al nuevo sistema de gestión mantengan el sistema viejo de forma indirecta, lo que daría al traste con las intenciones del legislador.

En principio, según el nuevo sistema, y una vez haya sido creada la nueva Sociedad, en la Comunidad de Madrid la gestión de los servicios que anteriormente realizaba el Canal de Isabel II, pasa a ser realizada por la nueva sociedad. Para ello, el Canal adscribirá unos bienes y transferirá la titularidad de otros. Sin embargo, el Canal de Isabel II sigue existiendo, por varias razones, que quedan expuestas en la propia Ley 3/2008 y que no han sido modificadas por la nueva norma del 2011. Primero, porque es titular de los bienes definidos en la Disposición Adicional quinta de la Ley 17/1984 (adicionada por el artículo 17 de la Ley 3/2008) que serán adscritos a la nueva sociedad (art. 16.dos.3 de la Ley 3/2008), ya que al ser ésta una sociedad con

capital privado no cumple con la condición de Administración Pública y por lo tanto no cabe que la titularidad de esos bienes -que son de dominio público- le sea transferida. Segundo, porque la propia Ley 3/2008 le encarga (Art. 16.dos.3) labores de custodia y protección sobre dichos bienes.

Dice textualmente en el segundo de los párrafos:

“La adscripción no supondrá la transferencia de la titularidad de los bienes, correspondiéndole a la sociedad, únicamente, las facultades de administración, conservación y mantenimiento que requiera la correcta utilización de los mismos. La Vigilancia, protección jurídica y defensa de los bienes de dominio público, que sean objeto de adscripción, corresponderá a los titulares de los mismos”.

Y tercero, porque la el artículo 16.2.d) de la Ley 3/2008 establece que

“2. El Canal de Isabel II mantendrá la titularidad y el ejercicio de las potestades, cuantos derechos y obligaciones deriven de (...)

d) Las funciones relacionadas con los servicios hidráulicos que le hayan sido encomendadas por la Comunidad de Madrid, con base en los convenios formalizados con las Entidades locales, de conformidad con el artículo 5.3 de la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, para la asunción de las funciones que corresponden a las mismas”.

Por lo tanto, hasta la reforma introducida por la Ley 6/2011 existía la posibilidad de que los Ayuntamientos eligieran mantener los convenios vigentes con el Canal de Isabel II, aun cuando esta opción implicase la pervivencia en paralelo de dos sistemas distintos de coordinación de las competencias autonómicas y municipales, probablemente perjudicial para los intereses económicos y de gestión de los recursos hídricos de la Comunidad de Madrid.

La imposición legal, realizada a través de la ficción de la autorización del desistimiento de los convenios de encomienda unilateral en favor del Canal de Isabel II, elimina esta posibilidad y con ello se restringe hasta reducirla al absurdo, la capacidad de decisión de los Ayuntamientos, lo que, de nuevo, atenta contra la autonomía local e impide la gestión municipal de las competencias municipales.

En conclusión: La ley impone a los Ayuntamientos aparentemente dos únicas vías posibles de prestación del servicio público, que en realidad es una sola, haciendo que por imperativo legal desaparezcan otras, como por ejemplo el mantenimiento de las obligaciones de prestación preexistentes con el Canal de Isabel II. La ley impone además, que los ayuntamientos que no se acojan al nuevo sistema de gestión queden apartados de los mecanismos de coordinación competencial de la Comunidad de Madrid, vigentes por medio

de los convenios de encomienda y por la creación y funcionamiento de la empresa pública del Canal de Isabel II. La Ley impone condiciones irracionales, porque se desconoce su coste, y arbitrarias porque se desconoce su alcance, que condicionan la capacidad de autogobierno municipal a la hora de decidir y ejecutar libremente la forma de prestación de la competencia municipal de suministro de agua.

En todo caso, la única posibilidad real que prevé la norma impugnada no es algo que puedan decidir libremente los ayuntamientos en un hipotético uso de su autonomía municipal garantizada constitucionalmente, sino un camino absolutamente obligado en función de la concreta configuración legal de la legislación de creación de la nueva empresa.

Es una imposición que opera por ministerio de la Ley. De conformidad con reiterada doctrina y jurisprudencia del TC, la legislación autonómica impugnada impide el ejercicio "sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, de las funciones que legalmente les han sido encomendadas" a los Ayuntamientos (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4). No posibilita, ni garantiza, en definitiva, el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido, en el sentido exigido por los arts. 137, 140 y 141 CE, conforme han sido interpretados por las SSTC 331/1993, de 12 de noviembre; 96/1990, FJ 7º; 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5º; 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 4º b) y 22º; y 104/2000, FJ 4º.

En definitiva, la norma impugnada no garantiza la efectividad de la autonomía constitucional de las entidades locales, ni asegura su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, antes al contrario, restringe y limita la capacidad de decisión y por lo tanto su capacidad de autogobierno en el cumplimiento de la prestación de este servicio público. La norma impugnada no respeta las características de la actividad pública de que se trata, ni los instrumentos de coordinación vigentes, ni la capacidad de gestión de la entidad local. Tampoco respeta los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos, exigidos por el artículo 2 de la LBRL. Y por lo tanto, la norma impugnada vulnera el principio constitucional de autonomía local.

CUARTO.- VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL GARANTIZADA (ARTS. 137 Y 140 CE) PARA LOS MUNICIPIOS DE DESEEN ADHERIRSE AL NUEVO SISTEMA DE GESTION DISEÑADO POR LA LEY 6/2011, Y VIOLACION DE LA SUFICIENCIA DE RECURSOS PARA CUMPLIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS QUE LES SON PROPIAS (ART. 142 CE).

En el caso de la regulación prevista para los Ayuntamientos que sí decidan adherirse al nuevo sistema de gestión, la violación de la autonomía local se produce igualmente, porque el nuevo sistema va a producir una detracción forzosa de recursos y bienes locales (como así ocurrirá con los derechos reales de uso de las redes de abastecimiento municipales conferidos para su gestión al Canal de Isabel II por medio de los antiguos convenios de encomienda) que van a ser capitalizados y transmitidos a la nueva empresa en creación como parte del capital social.

Esta patrimonialización primero y capitalización después de bienes de titularidad municipal limita directamente la plena disponibilidad de los recursos municipales de los Ayuntamientos, merma su capacidad financiera para "el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectiva" (art. 142 CE), y condiciona, al mismo tiempo, indirectamente, la capacidad de las corporaciones de decidir libremente sobre el destino de sus recursos (tanto en gastos como en ingresos), y la suficiencia financiera para hacer frente a los servicios públicos de los que son competentes.

Así, los municipios que si se adhieran al nuevo sistema, van a desconocer si dispondrán o no de recursos que garanticen la suficiencia para la gestión de la competencia de suministro de agua, porque será la nueva empresa la que lo determine, sin que en ese caso sea posible la participación de los ayuntamientos en los órganos de dirección que determinarán los precios del servicios. Lo que pone en cuestión el derecho a intervenir de los entes locales en los asuntos que les atañen (STC 214/1989, FJ 1º).

Abundando en esta idea, el art. 137 CE, concretamente, en su manifestación de "libre disponibilidad" supone que forma parte de la autonomía local constitucionalmente garantizada la capacidad que tienen las entidades locales - en este caso, los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid- para disponer sobre sus propios recursos. En consecuencia, el artículo 20.4 del Texto refundido de la Ley de haciendas locales (RDL 2/2004) permite el establecimiento de precios públicos por la forma de tasa para cumplir con el servicio.

Al permitir, la ley autonómica impugnada, la superación de los contratos existentes entre el Canal de Isabel II y los ayuntamientos que hayan decidido adherirse al nuevo sistema, mediante la firma de un “convenio de incorporación al nuevo modelo de gestión”, realmente está obligando a los ayuntamientos a realizar una adscripción obligatoria de sus derechos y obligaciones sobre la prestación del servicio público de suministro y una cesión competencial sobre la fijación de los precios públicos, que antes correspondía a los ayuntamientos en coordinación con la Comunidad Autónoma, en favor de una empresa cuasi-privada, que será quien finalmente determine cuánto cuesta el servicio al ciudadano.

Y ello es así, porque, aun cuando esta pendiente de definición, es evidente, por la composición que la ley determina sobre el accionariado de la nueva sociedad, que la presencia de los ayuntamientos en el Consejo de Administración de la nueva sociedad será proporcional a la cantidad de acciones que tengan en la empresa, y que por ello mismo, nunca garantizará el control municipal de la empresa, ni de los bienes de titularidad municipal que le serán adscritos por Ley y por los convenios de adhesión.

La diferencia con el sistema actual, es que ahora los ayuntamientos controlan las condiciones a partir de las cuales se determinan los precios públicos del servicio de agua, mediante dos instrumentos: el convenio de encomienda con el Canal de Isabel II, y la presencia representativa de los Ayuntamientos en el Consejo del Canal de Isabel II (Art. 5.1.c) del Decreto 51/2002 por el que se regula la naturaleza, funciones y órganos de gobierno del Canal de Isabel II), que es quien elabora el informe preceptivo para que el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid fije las tarifas finales de consumo. Con el sistema actual, los Ayuntamientos no controlarán las condiciones a partir de las cuales se determinan los precios públicos del servicio de agua, lo cual impedirá el establecimiento de tasas por el servicio y la garantía de suficiencia de medios que, como ha señalado la jurisprudencia del TC en numerosas ocasiones, constituye el presupuesto indispensable para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada (Entre otras la STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7º y la STC 134/2011).

La Ley está permitiendo la afectación a la nueva empresa de la competencia local de determinación de los recursos económicos para el servicio público de suministro de agua, porque permite que de facto y por encima de obligaciones contractuales adquiridas, la determinación del precio del suministro general de agua, del que depende posteriormente el servicio público que da el ayuntamiento a sus vecinos, la realice la empresa.

Con ello, de nuevo, se esta produciendo una vulneración del principio de autonomía que esta vez en su vertiente económica, que tal y como ha declarado en numerosas ocasiones el TC es “importantísima, ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6). La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas” (en la STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ° 10). En este sentido se pronuncian igualmente las SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; en el mismo sentido, SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, y 166/1998, de 15 de julio, FJ 10).

En consecuencia el precepto impugnado vulnera la autonomía financiera de los entes locales al no poder disponer plenamente de sus ingresos, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer sus competencias propias, lo que conlleva que una intromisión en su libertad para establecer el plan de ingresos y gastos, en definitiva un presupuesto, respetuoso con las condiciones legales y constitucionales establecidas como límites (STC 237/1992, FJ 6°) y la STC 109/1998 FJ°10)

En un caso parecido, aplicado a Diputaciones Provinciales, el TC señaló como ya había indicado en la STC 109/1998, de 21 de mayo, que las limitaciones o condicionamientos a la disponibilidad de los ingresos o a la libre decisión sobre el destino de los gastos de los ayuntamientos no vulneran la autonomía local, en su vertiente económica, siempre y cuando dichas limitaciones estén autorizadas por el bloque de la constitucionalidad.

En tal sentido, es claro que la obligación impuesta a los ayuntamientos de transferir a la nueva sociedad su capacidad para la determinación del precio público del suministro del agua constituye una medida que no está comprendida en el bloque de la constitucionalidad, toda vez que el artículo 142 CE vincula, en principio, la suficiencia de ingresos de las haciendas locales al ejercicio, por los correspondientes entes locales, de las funciones o competencias legalmente atribuidas y, por otra parte, porque los preceptos del mencionado bloque de constitucionalidad, reguladores de los recursos de las Comunidades Autónomas, no permiten a éstas el establecimiento, como recurso propio ordinario, de una participación en una empresa privada de su creación.

Por todo lo expuesto,

SUPLICAN,

que teniendo por presentado este escrito, con sus respectivas copias, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 5 de la Ley 6/2011 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2011 (BOCM 29.12.2011) y, de conformidad con los razonamientos expuestos y cuantos en Derecho resulten de aplicación, lo admita a trámite y, previos los trámites procesales a que hubiere lugar en Derecho, dicte Sentencia declarando la inconstitucionalidad y nulidad del precepto citado.

OTROSI PRIMERO DICEN, que en el presente acto los Sres. Senadores recurrentes, por razones de economía procesal, designan a la Senadora Doña Carmen Menéndez González-Palenzuela para oír notificaciones en el domicilio en el Palacio del Senado, Plaza de la Marina nº8 28071 – MADRID.

OTROSI SEGUNDO DICEN, que se solicita al Tribunal Constitucional recabe de la Comunidad de Madrid y de la Asamblea de Madrid el expediente de elaboración de la Ley recurrida, incluyendo los Diarios de sesiones en los que constan los debates parlamentarios sobre la misma, así como los Diarios de sesiones de la Comisión de Presupuestos, Economía y Hacienda dónde se celebró la tramitación previa a la aprobación definitiva de la presente Ley.

Es Justicia que solicitan en Madrid a 29 de marzo de dos mil doce.

Siguen las firmas de los Sres. Senadores.

En Madrid a veintinueve de Marzo de dos mil doce.