



**CONSELL JURÍDIC CONSULTIU
DE LA
COMUNITAT VALENCIANA**

Dictamen **075/2019**
Expediente **021/2019**

Presidenta
Hble. Sra.
D.^a Margarita Soler Sánchez

Consellers y Consellers
Ilmas. Sras. e Ilmos. Sres.
D. Enrique Fliquete Lliso
D. Faustino de Urquía Gómez
D.^a M.^a Asunción Ventura Franch
D.^aM.^a del Carmen Pérez Cascales
D. Joan Carles Carbonell Mateu

Conseller nato
Molt Hble. Sr.
D. Francisco Camps Ortiz

Secretari General
Ilmo. Sr.
D. Joan Tamarit i Palacios

Molt Hble. Señor:

El Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en sesión celebrada el día 6 de febrero de 2019, bajo la Presidencia de la Hble. Sra. D.^a Margarita Soler Sánchez, y con la asistencia de los señores y las señoras que al margen se expresan emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

De conformidad con la comunicación de V.M.H, de 11 de enero de 2019 (REGAGE 19e000001919165), el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha examinado el expediente remitido por Presidencia, respecto de la consulta facultativa formulada por la Diputación de València en relación con un eventual convenio interadministrativo entre la entidad EPSAR y la Diputación de València sobre la gestión de determinadas instalaciones de aguas residuales y colectores y su encargo a la entidad EGEVASA.

I ANTECEDENTES

Del examen del expediente resulta que:

Único.- Con fecha 16 de enero de 2019 tuvo entrada en este Órgano consultivo petición de dictamen cursada por la Presidencia de la Generalitat, respecto de la consulta facultativa formulada por la Diputación de València sobre *“si, en el supuesto de que la Generalitat Valenciana o la EPSAR quieran encomendarle en 2019 la gestión de las instalaciones (estaciones de aguas residuales y colectores en poblaciones de menos de 20.000 habitantes) de titularidad de la Generalitat Valenciana, mediante un nuevo convenio interadministrativo... la Diputación puede encargar su gestión a la sociedad mercantil de capital mayoritariamente provincial EGEVASA, sin nueva licitación”*.

Se acompaña a la petición de dictamen:

-Informe jurídico de la Abogacía de la Generalitat, de 7 de julio de 2017, sobre la legitimidad de la vigencia y el contenido del Convenio suscrito el 26 de septiembre de 1997, entre la Diputación de València y la EPSAR, para la gestión de la explotación de instalaciones de saneamiento y depuración.

-Dictamen en relación con la naturaleza y fundamento de la colaboración público-privada mediante sociedad de economía mixta en relación con la Empresa General Valenciana de Agua, SA (EGEVASA), de 6 de septiembre de 2018, redactado por dos Catedráticos de Derecho Administrativo.

-Estatutos de EGEVASA, Pliego de Cláusulas Administrativas particulares y técnicas que rigió el concurso para seleccionar el socio privado de EGEVASA y que forman parte del contrato; así como el Reglamento del Servicio Provincial del Ciclo Integral del Agua de la Diputación de Valencia.

II CONSIDERACIONES

Primera.- La consulta formulada por Presidencia se efectúa con carácter de facultativa, con arreglo a lo previsto en el artículo 9 de la Ley de la Generalitat 10/1994, de 19 de diciembre, de creación de este Consell.

Segunda.- Planteamiento de la cuestión.

Según consta en el escrito de la Diputación de Valencia de 21 de diciembre de 2018, *“la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana (en adelante la EPSAR) y la Diputación Provincial de Valencia (en adelante la Diputación) suscribieron, el 26 de septiembre de 1997, un convenio que tiene por objeto la encomienda por la EPSAR a la Diputación de la gestión de las estaciones depuradoras de aguas residuales y colectores de titularidad de la Generalitat Valenciana que se detallan en el convenio. Conforme a lo previsto en la cláusula séptima de dicho convenio, mediante posteriores adendas al mismo se ha ampliado el número de estas instalaciones hasta un total de 59. En la cláusula segunda, apartado 3, del convenio (que se adjunta como Anexo I) las partes convienen que “para la gestión de la explotación, la Diputación Provincial podrá actuar a través de su empresa pública EGEVASA”. El importe de los trabajos a realizar, que se determina según lo establecido en el convenio, se abona por la EPSAR a la mercantil Empresa General Valenciana del Agua, S.A, (EGEVASA) en base a lo previsto en su cláusula sexta.*

La EPSAR tiene interés en dar por finalizado el vigente convenio, aunque todavía no nos lo ha notificado por escrito, y estudia proponer a la Diputación un nuevo convenio para la gestión de dichas instalaciones”.

Se añade en dicho escrito que *“La Diputación constituyó el 16 de diciembre de 1988, la sociedad mercantil unipersonal Empresa General Valenciana del Agua, S.A, (EGEVASA), para llevar a cabo todos aquellos trabajos relacionados con el ciclo del agua, ampliamente entendido, que le sean encomendados. En julio de 1998 decidió incorporar un socio privado/tecnológico a EGEVASA mediante la venta del 49% de las acciones de la sociedad, y seguir con el mismo régimen de gestión directa del servicio del ciclo integral del agua en el territorio de la Provincia al amparo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.*

Ello fue así hasta el 30 de marzo de 2000, fecha de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Con la reforma de la Ley de Contratos las sociedades de economía mixta gestoras de un servicio público en las que la Administración Pública fuera titular mayoritario del capital social quedaron sometidas a la LCAP y pasaron a ser un modo de gestión indirecta del servicio público....

De conformidad con lo establecido en el Pliego de cláusulas generales y de condiciones técnicas que rigieron la contratación del socio privado de EGEVASA que señalaban, como parte de su objeto social, el servicio público de

rehabilitación, puesta en marcha y control de explotación de estaciones depuradoras de aguas residuales, la Diputación considera que el contrato con el socio privado de EGEVASA comporta un contrato de gestión de todo el servicio público de la Diputación en materia de aguas con dicha empresa, durante cincuenta años, con carácter exclusivo (solo puede prestarlo a través de EGEVASA) y excluyente (nadie más puede hacerlo). La Diputación seleccionó al socio privado mediante un procedimiento de libre concurrencia y mientras el contrato que le une al socio privado esté en vigor, no puede crear otros entes de Derecho público o privado para destinarlos a cumplir aquella finalidad”.

Con arreglo a tales antecedentes, la Diputación solicita al Consell Juridic Consultiu su parecer sobre *“si, en el supuesto de que la Generalitat Valenciana o la EPSAR quieran encomendarle en 2019 la gestión de las instalaciones (estaciones de aguas residuales y colectores en poblaciones de menos de 20.000 habitantes) de titularidad de la Generalitat Valenciana, mediante un nuevo convenio interadministrativo... la Diputación puede encargar su gestión a la sociedad mercantil de capital mayoritariamente provincial EGEVASA, sin nueva licitación”.*

Es de significar, como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes, que se ha incorporado al expediente Informe jurídico de la Abogacía de la Generalitat, de 7 de julio de 2017, y el Dictamen redactado por dos catedráticos de derecho administrativo.

El Informe de la Abogacía de la Generalitat aborda la vigencia del Convenio de 1997 tras la Ley 40/2015, de 1 de octubre, LRLSP; y el Dictamen de 6 de septiembre de 2018, suscrito por dos Catedráticos de Derecho Administrativo, examina la naturaleza y fundamento de la colaboración público-privada mediante sociedad de economía mixta (Egevasa), desde la perspectiva de las relaciones entre la Diputación Provincial de Valencia y los municipios de la provincia de Valencia; es decir, desde la perspectiva de la encomienda local para el ejercicio de competencias municipales a favor de la Diputación Provincial, y que esta lleva a cabo mediante una sociedad de economía mixta.

Por ello, este Consell analiza únicamente la cuestión que la Diputación somete a esta Institución, circunscrita a la posibilidad de que pueda encomendar de forma directa a Egevasa la gestión de determinadas instalaciones titularidad de la Generalitat Valenciana, a raíz de un eventual nuevo convenio interadministrativo, lo que se analiza en las consideraciones siguientes.

Tercera.- Las sociedades de gestión de economía mixta como instrumentos de colaboración público privada institucionalizada.

El examen de la cuestión suscitada exige efectuar una breve referencia

a la evolución normativa de las sociedades de economía mixta.

Al respecto, el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, incluía, entre las distintas formas que podía adoptar el contrato de gestión de servicio público, la sociedad de economía mixta.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 155.2, ubicado en el Título II referido al contrato de gestión de servicios públicos, excluyó la aplicación de las disposiciones normativas previstas en dicho Título, no solo cuando la gestión del servicio público se efectuase mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, y sociedades de derecho privado en cuyo capital fuera exclusiva la participación de un ente público, sino también cuando la participación pública en el capital social en dichas sociedades fuera simplemente mayoritario.

La entrada en vigor de la citada Ley 13/1995 y, especialmente, la disposición derogatoria, referida a cuantas normas de igual o inferior rango se opusiesen a su contenido, conllevó el problema interpretativo acerca de la derogación del apartado 3,c) del artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL), y concordantes, arts. 103 y 104 del Texto Refundido del Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto-Legislativo 781/1986, que admitían como formas de gestión directa de los servicios públicos solo las sociedades de capital íntegramente público, y como gestión indirecta las sociedades de capital público mayoritario.

Ante esta situación, la Ley 53/1999 modificó, entre otros, el artículo 155.2 de la Ley 13/1995, de forma que excluyó de la aplicación del Título II, sobre contratos de gestión de servicios públicos, la creación de entidades de Derecho Público destinadas a prestar dichos servicios y únicamente las sociedades de capital íntegramente público, quedando, de nuevo, relegada a la gestión indirecta, la gestión de los servicios mediante sociedades en las que el capital público fuera simplemente mayoritario.

El artículo 155.2 de la Ley 13/1995 pasó a ser el artículo 154.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), el artículo de la Ley 30/2007, LCSP.

Posteriormente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modificó la Ley 30/2007, LCSP, e introdujo la Disposición Adicional trigésima quinta, referida al régimen de adjudicación de los contratos públicos en el marco de las formas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, en virtud de la cual, *“los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se*

haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”.

Como han resaltado los Informes 1/2012 de 1 de febrero, y 28/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, la citada Disposición “venía a dar carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación, al criterio contenido en la Comunicación Interpretativa de la Comisión, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público privada institucionalizada (CPPI) de 12 de abril de 2008, según el cual:

“Independientemente de cómo se haya creado una CPPI, las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios, o cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto. En cualquier caso, las entidades adjudicadoras no pueden “recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta”.

La Comisión considera a este respecto que una doble licitación (la primera para la selección del socio privado de la CPPI, y la segunda, para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto) no resulta muy práctica. Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente: el socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto”.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08, Acoset SpA. mantuvo que “Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias recordadas en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren no sólo su capacidad para convertirse en

accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas o de otro tipo que conlleva su oferta”.

La citada Disposición Adicional trigésima quinta pasó a ser la Disposición Adicional vigésimo novena del TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Por cuanto afecta a la regulación vigente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, suprime la figura del contrato de gestión de servicio público que queda sustituida por la concesión de servicios. Y en la exposición de motivos señala que “(...)se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios en los términos recogidos en la Disposición adicional vigésima segunda, siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008”.

La Disposición Adicional vigésimo segunda de la citada Ley 9/2017 señala lo siguiente:

“1. Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

La modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente según lo establecido en el párrafo anterior, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos.

2. En el caso de que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 anterior, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la presente Ley...”.

Se trata en definitiva, con arreglo a la anterior normativa, de un mecanismo de contratación en el que se aúnan, en un único procedimiento, la selección del socio privado que se integrará en la sociedad de economía

mixta y la adjudicación del correspondiente contrato que constituye el objeto de la selección del socio privado.

Y en el marco de esta normativa debe resolverse, por tanto, la cuestión sometida a consulta.

Cuarta.- Posibilidad de encomendar prestaciones contractuales de forma directa a EGEVASA, sociedad de economía mixta participada mayoritariamente por la Diputación.

I. Por cuanto afecta a la posibilidad de encomendar prestaciones contractuales de forma directa a EGEVASA, dicha entidad era, al tiempo de la firma del Convenio entre la entidad EPSAR y la Diputación de Valencia en el año 1997, una sociedad integrada por capital totalmente público, gestión directa, y en el marco de las competencias que el artículo 31.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL, atribuye a la Provincia, en orden a *“asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal”*.

Posteriormente, y como se ha señalado, por Acuerdo de la Diputación de Valencia de 22 de septiembre de 1998, se aprobó definitivamente los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas y la convocatoria del concurso para la enajenación del 49% del accionariado, siendo adjudicataria la empresa Vanimosa Cartera SL. El negocio jurídico fue formalizado el 1 de marzo de 1999.

Egevasa, como sociedad de economía mixta, asumió la prestación de los servicios integrales del ciclo del agua de los municipios de la Provincia de Valencia. Ahora bien, en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigió la selección del socio privado se incluyó, en el Anexo II, apartado 3, el Convenio, de fecha 1 de enero de 1997, suscrito por la Diputación Provincial y la entidad EPSAR, para la financiación y explotación de instalaciones titularidad de la Generalitat. Dicho Convenio también se menciona en la Condición 4ª del Pliego, referido al ámbito territorial del servicio.

Dicha previsión conllevó que Egevasa continuara -después de su constitución como sociedad de economía mixta- con la gestión y explotación de las instalaciones incluidas en el Convenio suscrito entre la entidad EPSAR y la Diputación Provincial en el año 1997, en los términos (plazo, posibles prórrogas, trabajos, cálculo del importe y revisión del coste) establecidos en dicho Convenio. Según se desprende de la documentación remitida, el expresado Convenio ha sido objeto de prórroga anual por parte de la entidad EPSAR.

Respecto del plazo de vigencia del Convenio con EPSAR, la Cláusula novena de este estableció un plazo de vigencia de un año, del 1 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1997, siendo susceptible de prórrogas anuales tácitas, hasta la finalización del plazo de garantía de las obras ejecutadas al amparo del Convenio entre la Generalitat y la Diputación, salvo denuncia de las partes antes de dicho plazo. En el convenio se prevé la posibilidad de rescisión unilateral por cualquiera de las partes, mediante la notificación por escrito con un mes de antelación.

Dicho esto, en el escrito de la autoridad consultante se señala que *“La EPSAR tiene interés en dar por finalizado el vigente convenio... y estudia proponer a la Diputación un nuevo convenio para la gestión de dichas instalaciones”*, lo que plantea la duda acerca de la posibilidad encomendarle en 2019 la gestión de las instalaciones (estaciones de agua residuales y colectores en poblaciones de menos de 20.000 habitantes) a EGEVASA, sin nueva licitación.

Pues bien, el eventual nuevo Convenio de 2019 entre la Diputación Provincial y la Generalitat (o EPSAR) para la gestión de determinadas instalaciones plantea el problema de su encomienda directa a Egevasa.

Dado que Egevesa constituye una sociedad participada con capital privado, el vínculo jurídico existente entre la Diputación y Egevasa no puede enmarcarse dentro de la técnica de los encargos a medios propios (art. 32 de la LCSP 9/2017), al exigirse en este caso que el capital de la sociedad sea íntegramente público (art.32.2,c LCSP). En este sentido, basta recordar la conocida Sentencia del TJUE, de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, en la que el Tribunal justifica la inexistencia de un medio propio en los supuestos de sociedades con participación de capital privado, en los términos siguientes:

“(...) la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

50. A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

51. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

52. Por tanto, es necesario responder a la segunda cuestión, letras a) y b), que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”.

En la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, recuerda que "La participación, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trate excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase en particular la Sentencia Sea...). Este es el caso de la concesión examinada en el litigio principal, pues el socio privado debe suscribir el 49% del capital social de la sociedad de capital mixto adjudicataria de dicha concesión".

Es más, el TJUE estimó aplicable la doctrina recogida en el Sentencia de Stadt Halle y RPL Lochau, aun en el supuesto de que los socios privados sean entidades sin ánimo de lucro. Así, en la Sentencia de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12, señala que "(...) debe ponerse de relieve que el hecho de que, en la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau (EU:C:2005:5), el Tribunal de Justicia se refiriera a conceptos como los de «empresa» o de «capital social» se debe a las circunstancias concretas del asunto que dio lugar a dicha sentencia y no significa que el Tribunal de Justicia quisiera limitar sus apreciaciones únicamente a los casos de participación, en la entidad adjudicataria, de empresas mercantiles con ánimo de lucro.

(...) cuando el adjudicatario de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuente entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo», establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que un contrato público pueda considerarse una operación «in house», por lo que es aplicable la Directiva 2004/18”.

La relación jurídica entre ambas entidades, Diputación Provincial y Egevasa, en cuanto esta última constituye una forma de Cooperación Público-Privada Institucionalizada, gestión indirecta, se encuentra enmarcada en el régimen de las sociedades de economía mixta a que se refiere la Disposición Adicional vigésimo segunda de la Ley 9/2017, en virtud de la cual:

“1. Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado....”.

Dicha Disposición resulta aplicable al supuesto analizado dado que se trata de determinar la posible "encomienda" o adjudicación directa, en este momento, en el marco de la legislación de contratación pública, de una eventual prestación de carácter contractual (la gestión y explotación de determinadas instalaciones de titularidad de la Generalitat), a una sociedad de economía mixta.

II. Partiendo del anterior planteamiento, la Disposición Adicional vigésimo segunda de la citada Ley 9/2017 excluye la necesidad de una doble licitación, permitiendo la adjudicación directa a una sociedad de economía mixta de concesiones de obras y de servicios, cuando la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas que la Ley de contratación pública establece para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto. Ahora bien, los principios de la legislación contractual se estimarán cumplidos mediante el procedimiento abierto de selección del socio privado, únicamente, en relación con el ámbito de actuación material concreto incluido expresamente en los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares y técnicas que rigió dicha selección, y que constituyó el objeto de la selección del socio privado; de forma que el contenido de los Pliegos se convierte en el eje central de la cuestión.

Por otro lado, en relación con la interpretación de la Disposición Adicional vigésimo segunda de la citada Ley 9/2017, es de mención el Informe 22/2018, de 15 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, en el que expuso lo siguiente:

"Decíamos en nuestro informe 1/2012, de 1 de febrero, a propósito de la DA vigésima novena TRLCSP, precedente directo de la actual DA vigésima

segunda, que de una atenta lectura de la misma cabía interpretar que la adjudicación directa a la sociedad de economía mixta «...lo es del contrato preciso, concreto y determinado -para el que se ha seleccionado el socio privado-, que debe cumplir con el contenido mínimo del artículo 26 TRLCSP (objeto, precio, duración, condiciones de pago... etc.) más aquéllas previsiones relativas a su posible modificación y prórroga. Es decir, la Disposición adicional vigésimo novena del TRLCSP no permite adjudicar directamente, a una sociedad de economía mixta, los posibles contratos -a determinar en el futuro a modo de una suerte de reserva, de una clase de contratos relacionados con el ciclo de abastecimiento de agua, de forma genérica e indeterminada»

No basta por tanto con que las prestaciones que se pretenden encomendar a la sociedad de economía mixta se encuentren comprendidas dentro de su objeto para que proceda su adjudicación directa con dispensa de la doble licitación. Resultaría preciso, además, que tales prestaciones hubieran quedado suficientemente determinadas en la documentación incorporada al concurso público en su día convocado para la selección de socio privado, todo ello por imperativo de los principios de transparencia y de igualdad de trato, garantizando así la apertura de tal proceso a una competencia equitativa y eficaz.

En el caso de incumplimiento de estos requisitos, no podría aplicarse a las nuevas prestaciones la dispensa de la doble licitación, por lo que sería necesario acudir a nuevos procedimientos públicos de adjudicación

Como se argumenta en el precitado informe, no será necesaria una nueva licitación en relación con las prestaciones que se adjudiquen a una sociedad de economía mixta cuando se trate de prestaciones del contrato preciso, concreto y determinado para el que fue seleccionado el socio privado, no siendo, por tanto, suficiente que el socio haya sido elegido mediante licitación pública, de forma que, aquellas prestaciones contractuales ajenas, distintas o que queden fuera de lo que fue objeto de licitación en el procedimiento de licitación del socio privado (por haber finalizado la vigencia de dicha prestación o por tratarse de nuevas prestaciones) exigirán una nueva licitación en la que se respeten los principios que rigen la contratación pública.

III. Expuesto lo anterior, y atendiendo al contenido de los Pliegos aprobados en el año 1998, la Diputación de Valencia solo puede encomendar a EGEVASA, sin necesidad de nueva licitación, la realización de todas aquellas prestaciones, gestión de servicios o de instalaciones que se encuentren dentro del contrato que fue, en su caso, objeto de licitación en el momento de la selección del socio privado. Si las nuevas prestaciones asumidas por la Diputación mediante el eventual Convenio con la Generalitat

quedan fuera del objeto del citado procedimiento de selección del socio privado, será necesaria una nueva licitación, a la que podrá, como señala la Disposición Adicional vigésimo segunda de la citada Ley 9/2017, concurrir la sociedad de economía mixta.

Debe tenerse en cuenta que el Pliego para la selección del socio privado de Egevasa recogió, de forma concreta, en el Anexo II, el Convenio suscrito por EPSAR y la Diputación en el año 1997, en el que se concretaba el alcance de la prestación asumida por la Diputación, los trabajos a realizar (Cláusula Tercera y Anexo de Especificaciones Técnicas del Convenio), los medios a aportar por la Diputación, la financiación “estimada” (cláusula cuarta), el cálculo del importe y la revisión del coste (cláusula quinta), la forma de pago (cláusula sexta), así como el plazo de duración de las prestación asumida por la Diputación, por lo que es dicho Convenio y no otro (que pueda calificarse de “nuevo”), el que fue objeto del proceso de selección del socio privado, y en cuyo marco debe reservarse las encomiendas que la Diputación pueda efectuar a la citada entidad.

En el supuesto de encomendar a EGEVASA prestaciones de carácter contractual distintas de las licitadas en el procedimiento de selección del socio privado será necesario sujetarse a las normas de contratación pública. No resulta suficiente a tal fin que la selección del socio privado lo haya sido para la prestación del servicio de ciclo de agua, en su sentido más amplio, pues, como señala el precitado Informe 22/2018 de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, la adjudicación directa a la sociedad de economía mixta lo es del contrato *preciso, concreto y determinado* -para el que se ha seleccionado el socio privado-, que debe cumplir con el contenido mínimo de la LCSP (objeto, precio, duración, condiciones de pago... etc.) más aquéllas previsiones relativas a su posible modificación y prórroga. No debe olvidarse que, en el Auto de 16 de mayo de 2013, asunto C-564/2011, el TJUE señaló que *"La legislación de la UE sobre contratación pública se opone a una normativa nacional que autoriza a la conclusión, sin licitación, de un contrato por el cual las entidades públicas constituyen entre sí una cooperación donde... tal contrato no tiene por objeto asegurar la ejecución de una misión de servicio público común a estas entidades, no se rige únicamente por consideraciones y a la consecución de objetivos de interés público o pueda colocar a un proveedor privado en una posición privilegiada frente a sus competidores"*.

La adjudicación de un contrato público a una sociedad de economía mixta sin licitación previa perjudicaría la competencia libre y el principio de igualdad de trato de los interesados, ya que el procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (Sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 51).

Pues bien, atendiendo a la doctrina anteriormente expuesta, si el eventual convenio interadministrativo de 2019 supone un nuevo convenio, como así se reseña, consecuencia: bien de la pérdida de vigencia del suscrito en 1997 y sus prórrogas, o bien por suponer la realización de tareas o prestaciones distintas o ajenas, o en términos distintos de los que, en su caso, fueron objeto, de forma concreta y específica, de licitación en el procedimiento inicial de selección del socio privado, no será posible la encomienda directa de dichas prestaciones a EGEVASA. Además, no se estima suficiente, a tal fin, el hecho de que EGEVASA se dedique a la gestión del ciclo del agua, *en el término más amplio*, pues como se ha dicho, la Disposición Adicional vigésima segunda de la citada Ley 9/2017 no permite adjudicar directamente a una sociedad de economía mixta, sin más, los posibles contratos relacionados con el ciclo de abastecimiento de agua, de forma genérica e indeterminada. La cooperación no puede, por tanto, bajo fórmulas de convenios interadministrativos, ocultar contratos públicos (sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 19 de diciembre de 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce y Universidad de Salento).

Por consiguiente, no es suficiente el hecho de que la Diputación Provincial haya seguido un procedimiento de licitación pública para la selección del socio privado de EGEVASA cuyo objeto es la prestación de los determinados servicios relativos al ciclo del agua, sino que, además, las prestaciones que se le pretenda encomendar de forma directa a dicha entidad participada con capital privado, han de estar comprendidas de forma concreta y específica en el objeto de la inicial licitación, pues solo así se podrá estimar atendidos los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia que rigen la contratación pública.

De esta forma, no será posible encomendar a EGEVASA prestaciones no comprendidas en el objeto de la licitación pública celebrada para la selección del socio privado, todo ello de conformidad con las previsiones del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Técnicas aprobado en el año 1998.

III CONCLUSIÓN

Por cuanto queda expuesto, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer:

1ª. La entidad EGEVASA constituye una sociedad de economía, fórmula de Colaboración Público Privada institucionalizada, en cuyo capital existe participación de capital privado (49%), siendo solo mayoritaria la participación pública (51%) de la Diputación.

2º.- El Pliego para la selección del socio privado de Egevasa recogió, de forma concreta, en el Anexo II, el Convenio suscrito por EPSAR y la Diputación en el año 1997, en el que se concretaba el alcance de la prestación asumida por la Diputación, los trabajos a realizar (Cláusula Tercera y Anexo de Especificaciones Técnicas del Convenio), los medios a aportar por la Diputación, la financiación “estimada” (cláusula cuarta), el cálculo del importe y la revisión del coste (cláusula quinta), la forma de pago (cláusula sexta), así como el plazo de duración de las prestación asumida por la Diputación, por lo que es dicho Convenio y no otro (que pueda calificarse de “nuevo”), el que fue objeto del proceso de selección del socio privado.

3º.- Si el eventual nuevo convenio interadministrativo de 2019, a que se refiere la Diputación, supone un nuevo convenio, bien por la pérdida de vigencia del suscrito en 1997 y sus prórrogas, o bien por suponer la realización de tareas o prestaciones distintas o ajenas a las que, en su caso, fueron objeto, de forma concreta y específica, de licitación en el procedimiento inicial de selección del socio privado, no será posible la encomienda directa de dichas prestaciones a EGEVASA.

No se estima suficiente el hecho de que EGEVASA se dedique a la gestión del ciclo del agua, *en el término más amplio*, pues la Disposición Adicional vigésimo segunda de la citada Ley 9/2017 no permite adjudicar directamente a una sociedad de economía mixta, sin más, los posibles contratos relacionados con el ciclo de abastecimiento de agua, de forma genérica e indeterminada. La cooperación no puede, por tanto, bajo fórmulas de convenios interadministrativos, ocultar contratos públicos (sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 19 de diciembre de 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce y Universidad de Salento).

4ª.- Resta recordar que la consulta se circunscribe, únicamente, al eventual “nuevo convenio interadministrativo” entre la Generalitat (o EPSAR) y la Diputación Provincial, y ello en la medida en que la vigencia del actual convenio de 1997 entre la Generalitat y la Diputación de Valenciana ha sido analizada por la Abogacía de la Generalitat, como se ha dicho, en su informe de 7 de julio de 2017.

Ahora bien, si, como parece desprenderse del contenido del expresado Convenio de 1997, nos encontráramos ante una encomienda de gestión celebrada en el marco del anterior artículo 15 de la Ley 30/1992, en la que la Diputación, en el marco de sus competencias, asumió la explotación de determinadas instalaciones titularidad de la Generalitat, no le resultaría de aplicación a dicho Convenio el límite temporal de los 4 años que fija el artículo 49 de la Ley 40/2015, por expresa previsión del artículo 48.9 de la citada norma, en virtud del cual *“las normas del presente capítulo no serán de aplicación a las encomiendas de gestión y a los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos”*; no siendo necesario, por tanto, un nuevo convenio, sin perjuicio de la facultad de rescisión unilateral que prevé la cláusula novena del Convenio.

V.M.H., no obstante, resolverá lo procedente.

València, 6 de febrero de 2019

EL SECRETARIO GENERAL

LA PRESIDENTA

MOLT HBLE. SR. PRESIDENT DE LA GENERALITAT.