

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNITAT VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

RAP 398/2021

SENTENCIA NÚMERO 394/2022

En la ciudad de Valencia, a veinte de septiembre de dos mil veintidós.

Visto por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. DON FERNANDO NIETO MARTÍN, Presidente, doña ROSARIO VIDAL MÁS, DON EDILBERTO NARBÓN LAÍNEZ, DOÑA MERCEDES GALOTTO LÓPEZ y DOÑA MARÍA JESÚS GUIJARRO NADAL, Magistrados, el Rollo de apelación número 398/2021, siendo apelantes:

- 1) DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA, representada y asistida de la Letrada DOÑA GLORIA GALÁN CARREÑO, y por
- 2) la mercantil EGEVASA representada por el Procurador D. DIEGO CARMONA DOMINGO y asistida del Letrado D. MARCIAL ALCALÁ BETANZOS.

El recurso se interpone contra la sentencia n.º 254/2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Valencia en fecha 6-7-2021, en el recurso Contencioso-Administrativo 392/2019, siendo parte apelada la entidad AQLARA CICLO INTEGRAL DEL AGUA S.A. (antes TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA SA, TECVSA) representada por la Procuradora Dña BEATRIZ LLORENTE SÁNCHEZ y asistida por el Letrado D. JOSEP ORTIZ BALLESTER.

Ha sido Ponente la Magistrada Doña MARÍA JESÚS GUIJARRO NADAL y a la vista de los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la sentencia 254/2021, de 6 de julio, dictada por la Ilma. Sra. magistrada-juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 3 de Valencia, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, dice textualmente en su parte dispositiva “Que desestimando las alegaciones de inadmisibilidad DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TECVASA contra Diputación Provincial de Valencia, EGEVASA y Ayuntamiento de Benicolet en impugnación de la resolución presunta por la que se desestima su solicitud de revisión de oficio de 31 convenios celebrados por la Diputación Provincial de Valencia con los respectivos Ayuntamientos, para la construcción, explotación y conservación de las EDAR y en su consecuencia debo declarar y declaro la nulidad de la resolución presunta, así como la nulidad de los convenios referidos. Se imponen las costas a la demandada y codemandada opuestas al recurso, de forma solidaria.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por las partes demandadas referidas en el encabezamiento según lo expuesto, y, admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- Se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 20 de setiembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por la representación de la Diputación Provincial de Valencia se alega en primer lugar nulidad de la sentencia dictada por incurrir en desviación procesal, en tanto que además de pronunciarse sobre la conformidad a derecho o no de la desestimación presunta recurrida (que versa sobre la procedencia de tramitar un procedimiento de revisión de oficio), declara directamente también la nulidad de los convenios. En segundo término considera que la sentencia resulta nula porque resuelve sobre una cuestión sobre la que el Juzgado carece de competencia, por mor del artículo 10.1 g) de la LJCA, que atribuye a los TSJ los recursos que se

deduzcan en relación con los convenios entre Administraciones Públicas en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma, sin que la circunstancia de que lo haga como reconocimiento de una situación jurídica individualizada tenga incidencia alguna en este punto.

En segundo lugar alega la Diputación que los Convenios son actos administrativos firmes, motivo por el que la demandante ha acudido a solicitar su revisión de oficio y acudir al procedimiento previsto en el art. 106 de la Ley 39/2015, siendo imprescindible que previamente a su declaración de nulidad, el procedimiento se tramite y resuelva (en sentido estimatorio o desestimatorio) y solo después cabe su revisión en términos de declaración o no de su nulidad.

Considera también la Diputación que la demandante carece de legitimación activa por falta de interés legítimo, puesto que el hecho de que su objeto social le permitiera ser licitadora en un futuro contrato público para la gestión de las EDAR en alguno de los 31 Ayuntamientos afectados por los convenios, no es una ventaja cierta y concreta, alegando que además debe tenerse en cuenta que el artículo 85 del LBRL otorga a cada Ayuntamiento la competencia para decidir el modo de prestación del servicio de tratamiento y depuración de aguas residuales, siendo la gestión directa (a través de la licitación y adjudicación a una empresa) sólo una de las opciones.

Se añade como motivo de recurso la falta de legitimación pasiva de la Diputación para resolver la pretensión de revisión de oficio, dado que se trata de actos bilaterales (convenios firmados entre su representada y 31 Ayuntamientos para la construcción, explotación y conservación de las estaciones depuradoras de aguas residuales) que no constituyen el objeto procedimental, que no es sino la desestimación presunta de la solicitud de revisión de oficio, añadiendo que el emplazamiento que acordó el juzgado de los distintos Ayuntamiento no convalida la causa de inadmisibilidad, considerando que en todo caso, la prosperabilidad de la pretensión revisora habría requerido que la solicitud de revisión de oficio se reprodujera en cada uno de los citados Municipios, lo que no ha ocurrido. Añade la Administración apelante que por tratarse de actos de naturaleza bilateral, no cabe su revisión de oficio, pues no son propiamente actos administrativos, invocando en defensa de su tesis una sentencia de la AN de fecha 24-2-2016, que concluye que los Convenios no son revisables de oficio, en tanto que no son actos administrativos, dado que su cumplimiento no puede

quedar al arbitrio de una de las partes.

En relación con el fondo de la cuestión debatida, aduce que no concurre causa alguna de nulidad, dado que la invocada incapacidad de EGEVASA tras la selección de socio privado y que la convertían en sociedad de economía mixta, no resulta directamente de la normativa aplicable, además de que con posterioridad a 1999 se han contemplado por la Normativa nuevas formas de cooperación entre el sector público y privado, cuyo control de legalidad exige un análisis del supuesto concreto. Señala que el procedimiento de selección del socio privado, seguido conforme a los principios de libre concurrencia y su vinculación a los servicios objeto de los convenios, ampara su conformidad a derecho, pese a la transformación de EGEVASA en una sociedad de economía mixta, no concurriendo por ello la incapacidad denunciada al amparo del art. 47.1.f) como fundamento de la revisión de oficio que se solicitó en vía administrativa, sin que las causas apreciadas por la Juzgadora de Instancia, con relación a las reglas del mercado, igualdad, concurrencia y transparencia, puedan incardinarse en el mencionado artículo, lo que justifica la pretendida nulidad.

SEGUNDO.- Que por la representación de la entidad EGEVASA se interpone asimismo recurso de apelación frente a la meritada sentencia alegando como primer motivo falta de legitimación activa en su versión ad causam, pues la actora no cumple el requisito exigido por la jurisprudencia de que acredite tener un interés radicado en un beneficio o perjuicio cierto o indubitado y actual, como exige la doctrina jurisprudencial, pues anulados los Convenios, puede ocurrir que los Ayuntamientos opten por la gestión directa o incluso optando por la gestión indirecta, la demandante no sabe siquiera si intervendrá. Alega que no puede sustentarse el interés legítimo de Tecvasa en que los Convenios no están sujetos a plazo, como dice la sentencia, porque no es cierto, tienen una duración de 25 años y además no están sujetos a la Ley de Contratos, porque no son contratos administrativos. Considera que tampoco puede justificar dicho interés el hecho de que una mercantil haya sido seleccionada como socio privado de la Diputación, puesto que la adjudicación no fue impugnada en su día por la actora ni forma parte del objeto de esta litis. Finalmente aduce que las sentencias que invoca la Juzgadora de instancia para justificar la legitimación no son de aplicación, pues analizan casos de licitadores que no han podido participar en la licitación, por lo que ahí sí que existe un perjuicio real acreditado.

Continúa alegando que se ratifica en las tres causas de inadmisibilidad que constan plasmadas en los escritos de contestación, consistentes en la falta de legitimación pasiva, la falta de actividad administrativa impugnada en cuanto a que los convenios impugnados no tienen la naturaleza de actos administrativos y en que el transcurso de un plazo de 20 años desde que se formalizaron los convenios impide que prospere la pretensión de apertura del trámite de la revisión de oficio que se solicita, por cuestiones de seguridad jurídica. Y en este punto aduce que la jurisprudencia que se invoca en la sentencia no resulta aplicable por cuanto trata de supuestos en los que se insta la revisión de los “acuerdos municipales que aprueban la suscripción de los convenios”, no la revisión de oficio de un Convenio. Añade que la sentencia omite cualquier pronunciamiento sobre la alegada prescripción de la acción de revisión, dado que han transcurrido más de veinte años entre la formalización de los Convenios (años 1997, 1998 y 2000) y la petición de revisión (año 2019), en aplicación del art. 110 de la Ley 39/2015, invocando la doctrina del TS que concluye que la expresión “*en cualquier momento*” se está refiriendo a la administración pública y no al interesado.

Que en cuanto al fondo del asunto alega la recurrente que la sentencia incurre en un primer error, consistente en no haber tenido en cuenta la STS de 22 de marzo de 2006, que validó la enajenación de acciones de EGEVASA mediante concurso público y que reconoció que la gestión encomendada a dicha mercantil era indirecta (aclarando con ello que el contrato de 1 de marzo de 1999, supuso la elección por la Diputación de **gestión indirecta** de los servicios públicos de su competencia a través de una empresa mixta, por lo que aunque el tenor literal de los pliegos y estatutos sociales de EGEVASA sigan refiriéndose a la gestión directa, su verdadera esencia es indirecta). Por tanto el mencionado contrato es el título jurídico que habilita a EGEVASA a prestar los servicios incluidos en su objeto social, de forma que cuando la Diputación colabora con los municipios en la prestación de los servicios, es EGEVASA quien los debe prestar por mor de dicho Contrato Administrativo, teniendo derecho por ello a ejecutar las prestaciones pactadas en los convenios sin necesidad de una nueva licitación.

Finalmente considera que la sentencia no debe pronunciarse en ningún caso sobre la nulidad de los Convenios sino sólo sobre la admisión o inadmisión de la revisión solicitada para que, en su caso, la Diputación tramite el procedimiento previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, que prevé, entre otros trámites, el tan relevante y preceptivo dictamen favorable del consejo jurídico consultivo.

TERCERO.- Que por la representación de la entidad AQLARA, como parte apelada, se interesa la confirmación de la resolución recurrida, puntualizando que, siendo el objeto de este recurso la desestimación de la petición de revisión de oficio, la pretendida inadmisibilidad que de contrario se alega, queda necesariamente extra muros del mismo. Considera que su representada está legitimada por mor de su objeto social, quedando expedita la vía de la participación en las futuras licitaciones que se produjeran una vez anulados los Convenios. Señala que la legitimación ad causam se fundamenta en que la encomienda de gestión a EGEVASA como medio propio de la Diputación se articuló cuando esta era de capital íntegramente público, pero que a raíz de la modificación normativa, tras la enajenación de una parte de sus acciones, dicha encomienda resulta nula y también los Convenios. Añade que la situación ha devenido en que la competencia disfruta y retiene 30 encomiendas de gestión, con un contenido propio de un contrato de servicios, por un plazo de 25 años, prorrogable tácitamente hasta los 75 años, careciendo de capacidad, dado que es una empresa de capital mixto, lo que produce, como dice la sentencia, la quiebra de los principios de igualdad y de concurrencia. Lo anterior justifica la solicitud de que se declare la nulidad de los Convenios, precisamente con base en el interés legítimo que supone anular una situación monopolística de gestión de estaciones depuradoras contraria a la normativa vigente.

Asimismo aduce que los Convenios, por razón de su objeto, tiene naturaleza de acto administrativo y entran dentro del ámbito de aplicación de la LCSP; que tanto la Administración demandada como el Juzgado son competentes para acordar la nulidad de los Convenios, dado que es quien realiza el encargo a EGEVASA; que cabe anular directamente la desestimación por silencio y los Convenios impugnados sin necesidad de tramitar previamente el procedimiento de revisión, dado que no se trata de un supuesto de inadmisión sino de una desestimación por haber hecho la Diputación dejación de funciones al no resolver la solicitud.

Señala que la contraparte no alegó en primera instancia desviación procesal por falta de pronunciamiento previo de los Ayuntamientos afectados, ni tampoco causa de inadmisibilidad del art. 69.c LJCA, siendo estas cuestiones articuladas *ex novo* en el recurso de apelación, por lo que deben inadmitirse, pues el recurso de apelación no autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia. En todo

caso niega dicha desviación procesal, toda vez que las pretensiones ejercitadas tanto en vía previa como contenciosa resultan idénticas, que se estime la revisión de oficio y se declare la nulidad de los Convenios. Añade que lo que sí planteó la contraparte en la instancia fue a la demanda fue la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado a los Ayuntamientos que suscribieron los Convenios, por lo que su representada interesó que fueran llamados, personándose tan solo uno de los ayuntamientos.

En cuanto al fondo del asunto, alega que los Convenios suscritos en el año 2000 son nulos porque entonces EGEVASA carecía de capacidad para recibir encargos de prestaciones propias de contratos administrativos (al estar parcialmente privatizada) y los celebrados en los años 1997 y 1998 también lo son por diversos motivos, como fijar un plazo superior al máximo previsto en la normativa del momento (4 años); por falta de capacidad sobrevinida de EGEVASA al vender el 49% de su capital a Global Omnium en marzo de 1999 dándose una novación subjetiva en la persona del contratista y objetiva ya que supone el cambio de una prestación por gestión directa del servicio a una modalidad de gestión indirecta con quiebra de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia; por prever prórrogas tácitas sin límite...

Con respecto a que la condición de convenio interadministrativo impide la declaración de nulidad mediante revisión de oficio, se remite a lo resuelto en la sentencia, añadiendo que los Convenios recurridos son acuerdos de colaboración entre cada Ayuntamiento y la Diputación, encargando esta su ejecución a la mercantil EGEVASA, en régimen de gestión indirecta, es decir, en calidad de contrato administrativo (pues no existe otra forma de gestión indirecta), y cuyo objeto entra dentro del ámbito de la Ley de Contratos, siendo el único mecanismo del que dispone su representada para conseguir la revisión judicial de la nulidad de los Convenios, que a su vez requiere obtener un acto administrativo, no existiendo a su juicio impedimento alguno en la revisión judicial de la nulidad de los Convenios.

En cuanto al fondo del asunto considera que la declaración de la nulidad de los Convenios que hace la sentencia es conforme a Derecho, y que falta de tramitación y de informe del Consejo de Estado u órgano equivalente no puede justificar otra cosa puesto que su pronunciamiento no vincula al órgano judicial, ni limita su resolución y además si no existe evacuado dicho trámite es porque la Diputación no tramitó el procedimiento según lo solicitado, limitándose a la desestimación presunta.

Por último la apelada refiere que la Diputación hace en el escrito de apelación una remisión total al Fundamento de Derecho Séptimo de su contestación a la demanda, pretendiendo así que la Sala actúe como si de una primera instancia se tratase, lo que está vedado normativa y jurisprudencialmente. No obstante aduce que respecto de la pretendida validación de los Convenios a través de la licitación del socio privado de EGEVASA, se remite a lo resuelto en la sentencia, que viene a determinar que para que no sea necesario licitar por un lado el socio privado y por otro el contrato público que se pretende adjudicar, es necesario que a) se seleccione al socio privado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo; y b) que el objeto sea el contrato público que se adjudica, no un conjunto de ellos en bloque, siendo este segundo requisito el que no se cumple, dado que la licitación del socio privado es por tiempo indefinido, no ostenta la gestión de un contrato concreto sino de la totalidad de los convenios en bloque, la adjudicación se ha producido de forma directa y por periodo indefinido. Considera por ello que el cambio de titularidad de EGEVASA supone la pérdida de su capacidad para ser destinataria de la adjudicación de la prestación del servicio por gestión directa, produciéndose tanto una novación subjetiva en la persona del contratista, como una novación objetiva, ya que supone el cambio de una prestación por gestión directa del servicio a una modalidad de gestión indirecta con quiebra de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia.

Y en cuanto al motivo de fondo que aduce la Diputación, de que no procede la nulidad de los Convenios porque la licitación para la selección del socio privado valida la asunción y gestión por EGEVASA como empresa mixta de los 30 Convenios por gestión directa, alega que los Convenios resultan nulos a pesar de ello porque:

a) precisamente la privatización de EGEVASA es lo que motiva su pérdida de capacidad para ser adjudicataria de la prestación del servicio por gestión directa;

b) los Convenios suscritos en 1997 y 1998 son nulos por establecer un plazo de 25 años con prórrogas ilimitadas de tres años, plazo que es superior al permitido en la normativa aplicable cuando se suscribieron (Ley de 1995), que fijaba para los contratos de servicios un periodo de vigencia máximo de 4 años.

c) Aun en el caso de entender que el plazo y la transformación de EGEVASA no afectan a la prestación del servicio, podría seguir prestándolo hasta el 28 de marzo de 2000, con la entrada en vigor de la Ley 53/1999 de 28 de diciembre, que

establece que sólo pueden ser adjudicatarias por gestión directa las mercantiles cuyo capital es íntegramente público.

d) los suscritos en el año 2000 son nulos porque EGEVASA carecía de capacidad para recibir encomiendas o encargos de prestaciones propias de contratos administrativos.

e) Las prórrogas tácitas de 3 años sin límite temporal máximo son nulas por ser contrarias a la normativa y por incardinarse en unos Convenios suscritos con una empresa de capital íntegramente público (con la salvedad los cuatro posteriores a la venta del accionariado, cuya nulidad deriva de su adjudicación directa y sin procedimiento cuando ya no era posible), invocando la jurisprudencia emanada del TSJCV entre otras en st de 10-12-09 que con motivo de analizar la conformidad o no a derecho de la prórroga de un convenio suscrito entre un ente local y Egevasa (cuando era una empresa enteramente pública) concluye su nulidad por ser contrario al ordenamiento extender un convenio a favor de una empresa que no tiene la capacidad necesaria para ser la adjudicataria y también perpetuar un acto contrario a la normativa de contratación que vulnera abiertamente las Directivas europeas y la legislación nacional que las traspone, al infringir el principio de libre concurrencia, transparencia y publicidad en los procedimientos de contratación.

CUARTO.- Que la resolución judicial rechaza la pretendida inadmisibilidad por falta de legitimación ad causam por cuanto debe tenerse en cuenta la circunstancia de la perpetuación en el tiempo de la prestación de un servicio, de forma indirecta, por una sociedad mercantil privada, en su condición de socio privado de la empresa pública, sin sujeción a plazo y sin acceso por parte de otras empresas, de idéntico objeto social, a la misma prestación, conforme a los principios de igualdad y concurrencia en la contratación, considerando que en realidad la solicitud de revisión de oficio atañe a la cuestión de fondo.

Continúa la juzgadora de instancia señalando que en cuanto a la falta de fundamento de la solicitud por ausencia de la condición de interesada de la parte actora, constan aducidas dos de las causas de nulidad del art. 47.1, y al menos una no carece manifiestamente de fundamento, en cuanto sostiene que en virtud de la actividad cuya revisión pretende, se adquieren derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, esto es, la condición de entidad de capital público para el desempeño de la concesión en régimen de gestión directa, situación que, de apreciarse, concurriría en los

convenios celebrados con posterioridad a la incorporación de Veinmosa Cartera S.L, al capital de EGEVASA, y de forma sobrevenida en los anteriores, por lo que también el motivo debe rechazarse.

En cuanto a la denunciada falta de legitimación pasiva para la revisión de los convenios, por tratarse de acuerdos convencionales y bilaterales, en ausencia de los Ayuntamientos respectivos, rechaza la cuestión al constar que dichos entes han sido emplazados en el procedimiento en la condición de interesados.

En relación a la falta de actividad administrativa impugnada, al no participar los Convenios de la naturaleza de actos administrativos ni ser por tanto susceptibles de revisión por vías del art. 106, concluye la juzgadora que ello no impide la revisión y declaración de nulidad de los convenios, derivada de la nulidad de los actos administrativos que los aprueban, es decir, los acuerdos adoptados para su aprobación por las Administraciones, Diputación y municipio respectivo.

En relación con la cuestión de fondo concluye que la sociedad EGEVASA ha modificado su naturaleza, pasando de ser una sociedad de capital exclusivamente público, a sociedad de economía mixta, careciendo a partir de dicho momento de los requisitos necesarios para prestar el objeto de los convenios en régimen de gestión directa. Añade que si bien la mercantil privada accedió a la condición de accionista mediante concurso, ostenta tal condición por tiempo indefinido, no siendo su objeto la gestión de un contrato concreto adjudicado de forma directa, sino a un número indeterminado de convenios, adjudicados de manera directa y por periodo indefinido, lo que supone un quebranto de las reglas del mercado y de los principios de igualdad, concurrencia y transparencia. Concluye por todo ello que los contratos de concesión de servicio a la empresa pública, que adoptan aquí la forma de convenio interadministrativo, han de sujetarse a plazo, y a licitación de los mismos, siendo en todo caso susceptible de ser revisados conforme al art. 47.1 f) LPACAP, y siendo posible omitir la licitación del contrato solo si se hubiera efectuado la selección de socio privado de forma temporal y respecto de un concreto contrato.

Por último en torno a la incompetencia o exceso de jurisdicción que adujo la Diputación, la desestima por cuanto tanto la norma como la doctrinal jurisprudencial tienen establecido que en los supuestos de solicitud de nulidad de una resolución administrativa, la competencia se extiende a la ejecución de sentencia.

QUINTO.- Que en orden a resolver sobre la cuestión objeto del recurso de apelación, procede en primer término analizar las distintas cuestiones formales aducidas por las partes apelantes, cuya resolución, ya adelantamos es desestimatoria. En primer término considera la Sala que procede rechazar la alegada falta de legitimación activa pues lo cierto es que a la vista del objeto social de la entidad AQLARA, resulta obvio su interés si finalmente fueran declarados nulos los Convenios, al quedar entonces expedita la vía de su participación en las futuras licitaciones del servicio que se pudieran producir en adelante por parte de cualquiera de los entes locales afectados por los Convenios en cuestión, máxime en un supuesto como el de autos en el que no se establece un plazo máximo de duración, dado el carácter indefinido de las prórrogas trianulaes.

Procede asimismo desestimar la denunciada falta de legitimación pasiva, pues la Diputación sí es el ente frente al cual debe pedirse la revisión, como administración firmante de los Convenios en cuestión, sin que la circunstancia relativa a si debió también pedir la revisión de oficio en vía administrativa a los 31 ayuntamientos que firmaron asimismo los Convenios, afecte a la legitimación pasiva de la Diputación, siendo en todo caso una cuestión que afectaría en su caso al litisconsorcio pasivo necesario, figura que no ha sido alegada por ninguna de las partes ni en instancia ni en fase de apelación.

También desestima la Sala la aducida falta de competencia del Juzgado para el conocimiento del asunto, pues el artículo 10 g) de la LJCA se refiere a los supuestos en los que una Administración interponga demanda frente a otra, lo que aquí no ocurre y además porque los Convenios objeto de impugnación han sido firmados por Administraciones Públicas cuya competencia territorial radica en la misma provincia, lo que justifica asimismo la competencia del Juzgado provincial correspondiente.

Finalmente procede señalar con respecto a la prescripción de la acción que se solicita sobre la base de haber transcurrido más de 20 años desde la firma de los Convenios, es una cuestión de fondo, que por tanto no debe ser resuelta en este momento procesal aunque sí conviene adelantar que es criterio de la Sala que aunque en determinadas ocasiones la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de su acogimiento por el transcurso de un periodo prolongado en el tiempo desde la firmeza del acto

impugnado, aquí debe rechazarse al no haberse acreditado que haya prescrito la acción para reclamar o que la pretensión de la actora resulte contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

SEXTO. Que seguidamente procede resolver el motivo alegado por las apelantes con relación a que la sentencia debió inadmitir o desestimar la pretensión contenida en el suplico de que se declare la nulidad de los Convenios, por cuanto excede los límites del recurso de revisión de oficio (del art. 106), motivo que debe ser estimado, pues lo cierto es que tratándose el procedimiento al que se ha acudido el previsto en el art. 106 de la Ley 39/2015, es imprescindible que, previamente a al pronunciamiento judicial sobre la procedencia de declarar (o no) la nulidad del acto administrativo, debe constar iniciado el procedimiento administrativo, en el que debiera recaer una resolución de inadmisión, de estimación o de desestimación, con respeto a los distintos trámites que la norma establece. Solo después de ello será posible resolver sobre la procedencia de anular los Convenios, por lo que ese pronunciamiento que la sentencia contiene debe quedar anulado.

Resta señalar que, al hallarnos ante un caso de desestimación presunta por silencio administrativo, no cabe que el Tribunal entre a conocer de manera directa sobre si resulta conforme a Derecho la pretendida declaración de nulidad de los Convenios, pero sí debe el Tribunal en estos casos analizar, cuanto menos, si la pretensión tiene visos de viabilidad, al menos de manera indiciaria, a la vista de las causas de nulidad aducidas, circunstancia que justificaría un pronunciamiento de condena a la Administración de tramitación de la solicitud de revisión de oficio. Al respecto alega la demandante:

1) motivo contemplado en el artículo 47.1 e) *actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*, por considerar que en realidad los Convenios no son contratos de gestión de servicio público sino de servicios (cuya duración máxima es de 4 años, lo que se infrngiría en este caso, al haberse pactado un plazo de 25 años más prórrogas sucesivas de tres años sin límite si ninguna de las partes solicita la revocación). Y razona dicha circunstancia en primer lugar en virtud de que art. 155.2 excluye de la consideración de contrato de gestión de servicio público aquellos en los que la gestión

se efectúa mediante la creación de entidades de Derecho público o en los que se atribuye a una sociedad privada participada exclusiva o mayoritariamente por la Administración o por un ente público de la misma y en segundo lugar porque en el caso de autos no existe transmisión del riesgo a Egevasa, siendo la EDAR quien asume los costes de explotación, invocando la Sentencia del TJUE 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst, cuando señala que (...) “26 Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios y que la inexistencia de transmisión del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (sentencia Eurawasser)

2) motivo contemplado en el artículo 47.1 f) *actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*, razonando que a su juicio EGEVASA perdió la capacidad para ser destinataria de la adjudicación de la prestación del servicio por gestión directa a partir del día 1-3-99, fecha en la que produce una novación subjetiva en la persona del contratista, y una novación objetiva, ya que se pasaría de una prestación por gestión directa del servicio a una modalidad de gestión indirecta. Puntualiza que aun cuando la LCAP en su artículo 155.2 prevé la gestión directa a entidades cuyo capital es mayoritariamente público, no puede entenderse que EGEVASA lo tenga a partir de ese momento porque realmente no dispone de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa en los órganos de administración, de dirección y de vigilancia, y necesita al socio privado para tomar cualquier tipo de decisión, por lo que en ella la Administración Pública no ostenta el CONTROL EFECTIVO de la entidad tras el cambio de titularidad. Finaliza su razonamiento señalando que en todo caso, a partir de 28-3-2000, no podría ser adjudicataria por gestión directa porque desde ese momento solo pueden serlo las mercantiles cuyo capital es íntegramente público.

Procede traer a colación la doctrina de la Sala III del TS contenida en sentencia de fecha 30 de junio 2009, dictada en el recurso 511/2007, a cuyo tenor: “*lo recurrido es la desestimación presunta de la solicitud de 23 de junio del año 2000, mediante la cual la entidad actora interesó, al amparo del art. 102.1 LPC, la revisión de oficio de los acuerdos del Gobierno de Canarias de 21 y 22 de diciembre de 1995 y 16*

de febrero de 1996; silencio que era calificado en el art. 42 de la Ley 30/92 de verdadero acto y que tras la Ley 4/1999 vuelve a ser considerado como una ficción legal para facilitar el acceso a la vía judicial tal cual era contemplado en la jurisprudencia pronunciada bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

De ello se desprende que la única causa de inadmisibilidad del recurso podría ser la de desviación procesal por cuanto mientras en el escrito de interposición se señala -correctamente- como impugnado el acto presunto de la solicitud de 23 de junio del 2000, en el suplico de la demanda, sin embargo, omite la actora toda pretensión en torno al referido acto presunto y solicita directamente la nulidad de los acuerdos del Gobierno de Canarias objeto de la referida solicitud.

En tiempos no muy lejanos la jurisprudencia calificaba tal modo de proceder de desviación procesal, pero la más reciente doctrina del Tribunal Supremo se sitúa decididamente en el lado opuesto. Ejemplo de esta moderna tendencia se encuentra en la STS de 26 de octubre del 2000, en cuyo fundamento jurídico tercero se puede leer lo siguiente: "Ahora bien, en el presente caso, si bien la parte ha pedido en vía judicial directamente la nulidad de la modificación de las Normas Subsidiarias (y no que se inicie un procedimiento de revisión de oficio), puede razonablemente evitarse la inadmisibilidad del recurso considerando que lo que pidió en vía administrativa está incluido en lo que pide en vía judicial, que no son peticiones de naturaleza distinta, sino sólo de diversa intensidad y que, por ello, basta para hacer admisible el recurso con rebajar la petición de la denuncia a sus justos límites. Con sólo esta consideración se evita la inadmisibilidad del recurso y se satisface razonablemente el derecho a una tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española".

[...] Partiendo de las consideraciones anteriores hemos de recordar ahora que para que pueda acordarse validamente la revisión del acto nulo es necesario que el Consejo Consultivo de Canarias aprecie la existencia de una causa determinante de la nulidad de pleno derecho (dictamen favorable dice la Ley). El dictamen del Consejo de Estado es, en este caso, no solo preceptivo, sino también vinculante para el órgano activo, cuya competencia decisoria está de este modo esencialmente mediatizada por el órgano consultivo.

Sin embargo, el acto presunto impugnado, en realidad, desestima aquélla solicitud sin el previo dictamen del Consejo Consultivo, desvirtuando el sentido de la acción de nulidad a favor de los administrados, porque la autenticidad de ese sentido se vincula a la efectiva tramitación del procedimiento y a la operatividad en él, de las garantías legales establecidas. Sólo la inadmisión de la solicitud, concurriendo sus presupuestos, autorizaría a la administración a prescindir del dictamen del Consejo

Consultivo de Canarias (art. 102.3). Pero no es este el caso ya que, recordemos, el silencio, en el momento en que se produjo, tenía en nuestro ordenamiento jurídico la consideración legal de un auténtico acto administrativo; en este caso desestimatorio de la solicitud cursada a la Administración.

Pero advertimos que le está vedado a este Tribunal resolver la cuestión de fondo ya que es doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en sus SS. 21-2-1983, 18-4-1988 y 22-10-1990 y, muy especialmente, en la de la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos y disposiciones generales, promovido al amparo del actual artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se condiciona dicho examen de fondo a la previa tramitación de procedimiento adecuado por la Administración autora del acto o del reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, de tal manera que eludido dicho trámite, bien por total inactividad que desemboca en denegación presunta por silencio, bien por resolución expresa que inicia el trámite pero no lo concluye, lo procedente no es que la jurisdicción entre a examinar la validez o invalidez del acto o de la norma, sino que ordene a la Administración que inicie el trámite y lo concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si se produjo la nulidad radical pretendida. El régimen privilegiado de la acción de nulidad tiene la contrapartida de esta limitación procesal."

De conformidad con la jurisprudencia expuesta lo procedente es declarar la nulidad de pleno derecho del acto impugnado, al dictarse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 62.1 .e) de la Ley 30/92) y, correlativamente, ordenar a la administración que tramite y resuelva la solicitud formulada con arreglo a Derecho".

A la vista de lo expuesto, la Sala concluye que sí existe causa bastante para que la Administración proceda a tramitar la solicitud de revisión de oficio en la vía administrativa, siguiendo los distintos trámites que para ello prevé la norma, pro lo que en este sentido la sentencia debe confirmarse.

SÉPTIMO.- El artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, vigente al tiempo del presente procedimiento, establece que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá

las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima.

En este caso no se hace imposición de las costas causadas.

FALLAMOS

1.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA, representada y asistida de la Letrada DOÑA GLORIA GALÁN CARREÑO, y por la mercantil EGEVASA representada por el Procurador D. DIEGO CARMONA DOMINGO y asistida del Letrado D. MARCIAL ALCALÁ BETANZOS, contra la sentencia n.º 254/2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Valencia en fecha 6-7-2021, en el recurso Contencioso-Administrativo 392/2019, que se revoca en el punto relativo a la declaración de nulidad de los Convenios que efectúa, confirmándose en cuanto declara la nulidad de la desestimación presunta de la solicitud de revisión de oficio solicitada, debiendo la Administración demandada tramitar dicho procedimiento.

2.- SIN IMPOSICIÓN DE COSTAS a ninguna de las partes.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal

Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016), previa consignación de un depósito de 50 euros en la cuenta 4318.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la magistrada de esta Sala Dña. María Jesús Guijarro Nadal que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. La Sra. letrada de la Administración de Justicia, rubricado.