

## INFORME 4/2005 DE 28 DE JUNIO DE 2005. GESTION DE SERVICIOS PUBLICOS DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE POR SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. APLICACION DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

### ANTECEDENTES

Con fecha 19 de mayo de 2005 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Alginet al amparo de lo dispuesto en el Art. 15 del Decreto 79/2000, de 8 de junio, del Gobierno Valenciano, con el siguiente tenor literal

*“CELESTE GARCÍA ESTARLICH, ALCALDESA-PRESIDENTA DEL AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ALGINET,*

*Ante la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana comparece y como mejor proceda en derecho,*

#### *EXPONE:*

##### *1.- Fundamentación legal de la petición de informe.*

*El art. 2 del D. 79/2000 de 30 de mayo del Gobierno Valenciano por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana recoge como una de las funciones de la Junta '1. Informar.....cualquier asunto en materia de contratación administrativa.....'. Todo ello sin perjuicio de las funciones de emisión de dictámenes atribuidos al Consejo Jurídico Consultivo ..... 3. Vigilar el cumplimiento de la legislación de contratación administrativa y, especialmente, la observancia de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación y el correcto ejercicio de las prerrogativas de la Administración en los contratos que celebre'.*

*El art. 3 del citado Decreto dice que '..... la Junta Superior de Contratación Administrativa podrá informar sobre las cuestiones en materia de contratación, le sometan las Entidades locales territoriales de la Generalitat Valenciana'; y añade el art. 15 que 'Las Entidades que integran la Administración local podrán solicitar informes a través de sus respectivos presidentes'.*

*El referido art. 15 del D. 79/2000, en relación con el art. 9 de la Orden de 12 de junio de 2001, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo por el que se regula el régimen interno del funcionamiento de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana prevé que '..... en el caso de urgencia, el plazo máximo de emisión será de 15 días.....'.*

II. Cuestión que se somete a informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa.

*Por acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Alginet de fecha 2 de marzo de 1994 se acordó: 'Aprobar el Proyecto de Convenio a suscribir entre este Ayuntamiento y la Excma. Diputación Provincial para la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable a través de la Empresa de la Excma. Diputación Provincial EGEVASA, en la forma en que se halla redactado, facultando al Sr. Alcalde Presidente para la formalización del correspondiente contrato de gestión'.*

*Como consecuencia de lo anterior, por el Ayuntamiento de Alginet, se suscribió en fecha 28 de marzo de 1994, un convenio con la Diputación de Valencia por el que se acordaba que la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable a la población se llevara a cabo por la Diputación a través de la Empresa EGEVASA, que en aquella fecha era de capital íntegramente público, procediéndose en la misma fecha de 28 de marzo de 1994, a la firma del correspondiente contrato entre el Ayuntamiento de Alginet y EGEVASA.*

*Esta Alcaldía considera, que las circunstancias que motivaron la suscripción del convenio han cambiado radicalmente debido a la evolución de la contratación administrativa en la prestación de contratos de gestión de servicios públicos por lo que se refiere a requisitos de publicidad y concurrencia. A tal efecto esta Alcaldía ordenó a la Secretaría de esta Corporación que informara sobre la posible resolución del contrato de abastecimiento de agua potable que este Ayuntamiento tiene suscrito con EGEVASA, por entender que, con el mantenimiento de este contrato, puede el Ayuntamiento estar en situación de permanente ilegalidad en cuanto que no se adjudicó el contrato siguiendo la normativa de contratación pública.*

*El Secretario de este Ayuntamiento, apunta en su informe de fecha 4 de mayo de 2005, la posibilidad de declarar el inicio del procedimiento de revisión de oficio del acuerdo plenario de fecha 2 de marzo de 1994, por el que se acordó 'Aprobar el Proyecto de Convenio a suscribir entre este Ayuntamiento y la Excma. Diputación Provincial para la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable a través de la Empresa de la Excma. Diputación Provincial EGEVASA, en la forma en que se halla redactado, facultando al Sr. Alcalde Presidente para la formalización del correspondiente contrato de gestión'; con lo que, si existe oposición del contratista, tras dictamen favorable del consejo Jurídico Consultivo, se podría declarar la nulidad del acuerdo en cuestión, entrando el contrato en fase de liquidación; pudiendo así el Ayuntamiento de Alginet quedar 'liberado' y proceder a la convocatoria pública de procedimiento de licitación del contrato de gestión de servicios públicos para el abastecimiento del agua potable ajustándose a los principios exigidos por la normativa de contratación pública, licitación que en las mismas condiciones que los demás licitadores, puede concurrir, efectivamente, la Empresa EGEVASA.*

*Por todo lo cual,*

**SOLICITA,**

*Que por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana se emita informe, con carácter de urgencia, sobre si el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alginet, de fecha 2 de marzo de 1994, está incurso en causa de nulidad del art. 62.1 e), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el art. 62. A) TRLCAP, por haberse producido una adjudicación directa del contrato de gestión de servicios públicos, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.”*

Al texto del Informe se acompaña la siguiente documentación:

- Certificado del Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Alginet de fecha 2 de marzo de 1994.
- Copia cotejada del Convenio del Ayuntamiento de Alginet y la Diputación de fecha 28 de marzo de 1994.
- Copia cotejada del contrato del Ayuntamiento de Alginet y EGEVASA de fecha 28 de marzo de 1994.
- Copia cotejada del informe de Secretaría del Ayuntamiento de Alginet sobre posible causa de nulidad del acto de adjudicación del contrato de gestión de servicio público de abastecimiento del agua potable suscrito entre el Ayuntamiento de Alginet y EGEVASA.
- Fotocopias de doctrina y jurisprudencia.

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

En principio cabe señalar que no corresponde a esta Junta determinar la nulidad que precisa el Ayuntamiento pues de conformidad no lo dispuesto en el art. 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, corresponde al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.

Asimismo se ha de indicar que en el referido expediente no existe lo que el órgano consultante denomina “adjudicación directa”, y mucho menos por parte del Ayuntamiento de Alginet, puesto que su Acuerdo Plenario de fecha 2 de marzo de 1994, habilita a la suscripción al alcalde Presidente del convenio con la Diputación de Valencia para que- en aras a las competencias que corresponden a este ente local- gestione directamente de un servicio publico a través de una empresa pública 100% de conformidad con el art. 85 de la Ley de Bases de Régimen Local.

Es claro que el instrumento que a la sazón que relaciona entre sí una Administración y sus propias sociedades ( contratos in house providing) no puede llamarse contrato, ni reviste la forma de contrato, hoy día acudimos a la encomienda gestión o al acuerdo o convenio.

La cuestión formulada por el Ayuntamiento de Alginet, aunque no en la forma, sí en el fondo, lo que trata es de determinar si la situación derivada de la privatización de la empresa EGEVASA, tiene consecuencias jurídicas que hacen que sea inviable la pervivencia del Convenio suscrito en fecha 28 de marzo de 1994 con la Diputación de Provincial de Valencia con la legislación en materia de contratación administrativa, por lo que, esta Junta, emite su informe desde la perspectiva de la adecuación a esta normativa sin pronunciarse sobre la cuestión de nulidad.

Hechas estas primeras precisiones, y remitiéndonos al texto del Convenio cabe destacar las siguientes puntualizaciones:

1.- Finalidad del Convenio: En el ámbito de actuación de la Diputaciones Provinciales se establece la cooperación con los servicios municipales, desde el punto de vista económico y técnico ( art. 36 de la Ley de Bases de Régimen Local).

2.- De conformidad con el Exponendo Tercero del Convenio, la sociedad EGEVASA se crea al amparo del art. 85.3 c) de la citada Ley de Bases. El referido art. indica que la gestión directa de los servicios públicos locales, podrá efectuarse, entre otras formas por sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local. En este sentido el art. 103 del Texto Refundido de disposiciones vigentes en materia de régimen local incide en su apartado primero que en el momento de otorgar escritura de constitución, el capital deberá ser aportado íntegramente por la entidad local.

3.- La duración del Convenio se establece por 20 años prorrogables por igual periodo dentro de los límites legales.

4.- Se trata de un Convenio con repercusión económica, por cuanto que, la explotación por EGEVASA del servicio público genera ingresos por las tarifas de los usuarios.

5.- La suscripción del Convenio de referencia da lugar a un contrato suscrito entre la empresa EGEVASA y el Ayuntamiento de Alginet, de fecha 28 de marzo de 1994, a todas luces innecesario por cuanto el Convenio como medio de relación entre la Administración y los entes instrumentales es el que debería haber contenido todas las cuestiones fijadas en el contrato.

#### **La evolución del contrato de gestión de servicios públicos en la normativa de contratación.**

1.- El Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, vigente al tiempo del convenio, señalaba que la gestión de servicios públicos

no podrá prestarse en régimen de monopolio salvo que una ley lo autorizara expresamente (art. 64). Para indicar seguidamente que el contrato de gestión de servicios públicos podría adoptar las siguientes formas: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.

En el caso que nos ocupa, se encomienda la gestión a la empresa EGEVASA, totalmente pública al tiempo de la firma del convenio, adoptando el sistema de gestión directa y dentro de las competencias que la Ley de Bases atribuye a la provincia en su art. 31. a) de "Asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de las servicios de competencia municipal"; ello en relación con el art. 156 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

2.- Constante el Convenio que se somete a consulta, se aprueba la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo Título II regula el contrato de gestión de servicios públicos, indicando en su art. 155.2 expresamente que " no serán aplicables las disposiciones de este título los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma."

Por aplicación del principio de que la Ley posterior deroga la anterior y por la declaración expresa de la disposición derogatoria única de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, refiriéndose como derogadas a todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opusiesen a su contenido, un amplio sector doctrinal, entendió comprendidas en dicha declaración el artículo 85, apartado 3 c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y los artículos 103 y 104 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en cuanto en ambas disposiciones se admitía la gestión directa de servicios públicos mediante sociedades de capital íntegramente público y, por el contrario, la gestión indirecta mediante sociedades en las que el capital público fuera simplemente mayoritario.

3.- Con fecha 28 de diciembre de 1999, se aprueba la Ley 53/1999, que modifica determinados aspectos de la Ley 13/1995 antedicha, entre otros, el art. 155.2 adopta un giro radical , pues esta Ley excluye de la aplicación del título II únicamente la gestión del servicio público cuando se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, y a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital *sea exclusiva* la participación de la Administración o de un ente público de la misma." Es decir desaparece el criterio de participación mayoritaria para la exclusión del sometimiento a los principios de publicidad , igualdad y libre competencia, en

definitiva, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este art. ha quedado incorporado como art. 154.2 en el actual Texto Refundido 2/2000, de 16 de junio de 2000.

Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999 la exclusión de la Ley se produce para las sociedades de capital íntegramente público, debiendo en cualquier otro caso, adjudicarse los contratos de gestión de servicios públicos aplicando las propias reglas de la Ley, es decir, mediante procedimiento abierto o restringido a excepción de los supuestos en que concurra una causa de procedimiento negociado y, en definitiva, volviendo al régimen del art. 85.3.

### **Consecuencias del cambio normativo en la gestión de servicios públicos y el mantenimiento del Convenio con sociedad de economía mixta**

Con fecha 22 de septiembre de 1998, por acuerdo plenario de la Diputación Provincial de Valencia, se resuelve aprobar definitivamente los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas y la convocatoria de concurso para la enajenación de 3.047 acciones de la «Empresa General del Agua, S.A. (EGEVASA)» resultado del cual entra a formar parte con el 49% del accionariado la empresa Vanimosa Cartera S.L. Esta enajenación se formaliza en escritura pública de fecha 1 de marzo de 1999.

Llama la atención que la propia Diputación Provincial de Valencia solicita informe a la Junta Consultiva de la Administración general del Estado sobre la aplicación del artículo 155.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada al mismo por el artículo único de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, (hoy artículo 154.2 del Texto Refundido de la Ley aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), todo ello en relación con la disposición transitoria de la citada Ley 53/1999 (hoy disposición transitoria primera del citado Texto Refundido) que establece que los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor; se regirán por la normativa anterior.

La Junta Consultiva en informe 24/00, de 30 de octubre, es palmaria en cuanto a sus consideraciones y conclusiones

1.- El texto de la disposición transitoria transcrita se refiere a "expedientes de contratación" y "contratos adjudicados", por lo que difícilmente puede entrar en juego en el supuesto que se examina en el que, por su propia naturaleza de gestión directa de un servicio público, no es posible apreciar, ni la existencia de expediente de contratación, ni la de contrato adjudicado

2.- Tales enajenaciones deben regirse por el derecho anterior, cuestión ajena a la de la adjudicación del contrato de gestión del servicio público, constituyendo la enajenación de una participación no mayoritaria del capital de estas sociedades, precisamente, la que determina el presupuesto de hecho determinante de la aplicación de la nueva redacción del artículo 154.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3.- La Junta Consultiva entiende que a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, el precepto del artículo 155.2, incorporado como artículo 154.2 al Texto Refundido, no resulta aplicable a las sociedades en las que la participación pública sea mayoritaria, debiendo adjudicarse los respectivos contratos de gestión de servicios públicos a estas sociedades con sujeción íntegra a las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En una línea argumental muy similar el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 1ª en su sentencia de 17 de enero de 2003 recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 3265/1998 interpuesto precisamente contra los Acuerdos de enajenación realizados por la Diputación de Valencia de 22-09-1998, por los que aprobaron definitivamente los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas y la convocatoria de concurso para la enajenación de acciones de empresas públicas, considera que la enajenación de participaciones no se trata de un expediente de contratación. Ahora bien, sí con una trascendencia jurídica importante a los efectos del objeto de determinar la forma de gestión del servicio público de agua potable. El fundamento Jurídico Segundo dice literalmente:

*“No podemos calificar el negocio jurídico como contrato administrativo para la gestión del servicio público, pues no adopta la naturaleza propia de tales contratos, ya que ni se concede el servicio para su gestión indirecta por el adjudicatario, ni se formula netamente la constitución de una fórmula de gestión mixta por gestión interesada o sociedad mixta. Sin embargo, y ello es el principal problema de este litigio, el resultado de la transmisión de las acciones va a ser -en la intención manifestada por la Administración provincial en el expediente- la existencia final de una sociedad mixta, para lo que se previene, incluso, la aprobación posterior por los órganos societarios de unos nuevos estatutos sociales.”*

Esta Junta entiende que la situación derivada de la privatización de una sociedad en su origen íntegramente pública, aunque sea mayormente participada por capital público para la gestión de cualquier servicio público de los regulados en la legislación de contratos de las administraciones públicas, desde la entrada en vigor de la Ley 53/99, de 28 de diciembre, no se atiene a la legalidad vigente y de persistir esta situación, se estarán infringiendo los principios de igualdad y libre concurrencia presentes en la contratación pública.

Como recuerda el Tribunal Supremo La Ley de Contratos de las Administraciones públicas es derecho necesario y, precisamente, por ello, establece que la partes podrán suscribir aquellos pactos que tengan por conveniente siempre y cuando no sean contrarios al ordenamiento jurídico. En efecto, en palabras del citado Tribunal, *“la contratación administrativa está sujeta a unas reglas propias que imponen a la Administración una especial diligencia, en cuanto es garante de los fines públicos que se propone gestora de fondos de la comunidad, a la vez que, por imperativo del art. 9,3 de la Constitución ha de evitar arbitrariedades que desconozcan los principios de participación, igualdad y mérito que proclaman el mismo art. 9, 2 y los art. 14 y 23 del Texto Fundamental. Estas condiciones se aseguran con el régimen de contratación abierta que permite a quien contrata con la Administración tener su oportunidad cumplidas las condiciones que se fijan por la Administración en los llamados Pliegos de condiciones Administrativas, ofrecidos por el Gobierno bajo unos requisitos que vienen determinados en el art. 15 de la Ley de Contratos del Estado.”* (STS. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 16 julio 1990.

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde 1998 ( Sentencia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-107/98, Teckal Srl) viene afirmando, en los contratos que entran dentro del ámbito de las directivas, que 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 Directivas, 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. En este sentido y más recientemente la Sentencia de fecha de 11 de enero de 2005 en el asunto C-26/03, Stadt Halle, dice expresamente en sus conclusiones 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, en su versión modificada por la Directiva 97/52, 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.”*

Es patente, por tanto, que la situación con la que nace el convenio- que no contrato ni adjudicación- en 1994 es sustancialmente distinta a la que deriva de la privatización por la diputación de Valencia de la empresa EGEVASA. Situación que trae como consecuencia que lo que, en un principio, puede ser objeto de un instrumento jurídico , llámesele acuerdo, convenio etc., que permita que una Administración pueda gestionar a través de sus entes instrumentales cualquiera de sus competencias, deba necesariamente acudir a la vía de la contratación pública, mediante procedimientos abiertos a la participación( concurrencia) y a la competencia.

En ningún modo puede entender esta Junta que el Acuerdo del Ayuntamiento de Alginet de fecha 2 de marzo pueda ser invocado como causante de la contravención a la legislación de contratos de las administraciones públicas, ya en todo caso, ésta derivaría de la privatización por parte de la Diputación de Valencia y el mantenimiento de la gestión directa por sociedad de economía mixta del abastecimiento de agua potable al Ayuntamiento de Alginet.

### CONCLUSIONES

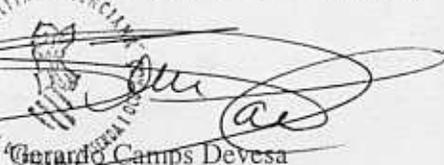
1.- A partir de la entrada en vigor de Ley 53/99, de 28 de diciembre y en aras a los principios de igualdad y libre concurrencia, la prestación de la gestión de un servicio público por sociedad de economía mixta, aunque la participación pública sea mayoritaria, constituye un forma de gestión indirecta, por lo que debe regirse en su totalidad por el Título II de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2.- No corresponde a la Junta Superior de Contratación Administrativa declarar la posible nulidad del Acuerdo plenario de fecha 2 de marzo de 1994 del Ayuntamiento de Alginet pero sí debe concluir que no es éste el determinante de la situación de irregularidad que pudiera derivarse, sino la privatización llevada a cabo por la Diputación de Valencia de la empresa EGEVASA y la consecuencias que, por consiguiente, conlleva la prestación mediante gestión indirecta de un servicio público por sociedad de economía mixta a través un Convenio, contraviniendo la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº Bº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devesa

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE  
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha 28  
de junio de 2005