

Informe 22/2018, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Colaboración público privada mediante sociedad de economía mixta. Prestación de servicios municipales por sociedad de economía mixta de una Diputación Provincial.

I. ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación Provincial de Teruel se dirige, con fecha 30 de julio de 2018, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor:

«De conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 6 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, se plantea la siguiente consulta, si bien y antes de plantear la consulta se debe realizar sucintamente la introducción histórica, incluyendo siete anexos, de alcance que a continuación se realiza

A) ANTECEDENTES

l) La cooperación de las Diputaciones Provinciales con los ayuntamientos, especialmente en la prestación de los servicios mínimos obligatorios de competencia municipal, es una de las misiones fundamentales de las diputaciones provinciales. En este sentido, en el art. 30 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local ya se estableció que la “Diputación cooperará a la efectividad de los servicios municipales, preferentemente de los obligatorios” (art. 30.1). El mínimo establecido para la cooperación es el de los servicios de prestación obligatoria (art. 30.3). Lo relativo al “abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales” es una “competencia propia” de los municipios, de acuerdo con el art. 25.2.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Sin embargo, constituyen objeto preferente de la cooperación los servicios de

prestación obligatoria y de acuerdo con la LBRL “todos los Municipios” con carácter obligatorio “deberán prestar, en todo caso”, entre otros, los servicios de “abastecimiento domiciliario de agua potable” y “alcantarillado” (art. 26.1.^a)

II) En la prestación de servicios municipales de prestación obligatoria, como son los relativos al ciclo del agua, pueden concurrir tanto fórmulas de coordinación, introducidos por la reforma de la legislación básica de régimen local de 2013, que según el Tribunal Constitucional, “atribuye a la provincia una potestad de cuyo ejercicio pueden resultar decisiones de obligado cumplimiento para los municipios de su ámbito territorial con relación a la gestión de servicios de su titularidad”, aunque mediante una fórmula calificada por el Tribunal Constitucional como utilizando conceptos jurídicos con “imprecisión” y susceptible de desarrollo por la legislación sectorial (STC 111/2016, de 9 de junio, FJ 12, b) y c), como mecanismos voluntarios como los que continúa recogiendo el art. 57 LBRL, articulados habitualmente como consorcios o convenios.

III) En ese contexto de cooperación, la Diputación Provincial de Teruel en sesión de 29 de septiembre de 2001 constituyó una Comisión Especial para constituir una sociedad anónima de capital mayoritariamente público junto a un socio privado para prestar los servicios públicos relativos al agua a todos los municipios de su provincia. Dicha Comisión redactó la Memoria en cumplimiento del artículo 205 de la Ley de Administración Local de Aragón y 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, publicándose por 30 días en el Boletín Oficial de la Provincia de Teruel de 24 de julio de 2001

...

Se adjunta copia de la Memoria y anuncio de su publicación en el Boletín Oficial de la provincia de Teruel como documento n.º 1.

IV) Mediante Resolución de la Diputación Provincial de Teruel publicada en el Boletín Oficial del Estado en fecha 3 de octubre de 2001, se convocó Concurso Público mediante Procedimiento Abierto y Tramitación Ordinaria para seleccionar al socio privado de la mercantil que debe prestar los servicios de aguas en los municipios de la provincia de Teruel

El Pliego de Condiciones Administrativas Particulares reguladoras del concurso para seleccionar al socio privado de la empresa mercantil establece, literal y fielmente transcrito:

1º.- Objeto del contrato: Es objeto de este contrato la selección de un socio privado para la constitución de la sociedad de capital mixto denominada Servicio de Aguas y Saneamiento de Teruel, S.A. (SASTESA) que se dedicará a la prestación de los servicios del ciclo integral del agua. El procedimiento a seguir será abierto y mediante concurso, como forma de adjudicación del contrato, al amparo de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del TRLCAP de 16

de junio de 2000.

14º.- Naturaleza jurídica del contrato: El contrato tiene naturaleza administrativa, tanto por resultar vinculado a la administración contratante y su actividad, como fundamentalmente por satisfacer un servicio público de competencia de la excelentísima Diputación Provincial de Teruel, cual es la prestación del servicio público y actividades propias de la gestión integral del servicio hidráulico, en su sentido más amplio.

Por su parte, el objeto social fijado en los Estatutos Sociales de SASTESA desde el momento de la licitación hasta la actualidad sigue siendo el mismo, reproduciéndose fielmente a continuación:

«Es objeto de la Sociedad, llevar a cabo los servicios y actividades relativos a la gestión del ciclo integral del agua, así como la ejecución de obras e instalaciones relacionadas con el mismo, que a continuación se relacionan:

- a) Análisis de agua potable, de aguas residuales y lodos*
- b) Detección y corrección de fuga en las conducciones, depósitos, redes de distribución de agua potable, de colectores para tarificado de las aguas residuales.*
- c) Rehabilitación, instalación, construcción, puesta en marcha, explotación y control de todo tipo de instalaciones tanto para el suministro de agua potable como para la depuración de las aguas residuales.*
- d) Prestación de asesoramiento y asistencia jurídica y técnica a los ayuntamientos y demás Entidades Locales, Organismos e Instituciones públicas o privadas así como con particulares en toda la problemática relacionada con el Ciclo Hidráulico.*
- e) Evacuación y tratamiento de fangos procedentes de estaciones depuradoras de aguas residuales, así como de lixiviados procedentes de residuos sólidos, incluyendo el diseño y gestión de vertederos y/o plantas de tratamiento de los mismos.*
- f) Elaboración de estudios hidrogeológicos para estimación de los recursos disponibles para el abastecimiento de agua potable.*
- g) Diseño, instalación y mantenimiento de sistemas de control automático y telecomunicaciones.*
- h) Servicios de toma y elaboración de datos, de información, incluyendo trabajos de campo, como el tratamiento informático y asociación de la*

información con cartografía, todo ello relacionado tanto con el agua potable como residual.

i) Elaboración de estudio e informes, así como redacción de proyectos y dirección, supervisión y gestión de obras de eliminación, minimización o prevención de deslizamientos, movimientos de tierra y/o drenajes con especial importancia para la defensa contra acciones provocadas por las aguas pluviales o subterráneas y sus efectos en laderas, caminos y cualquier tipo de infraestructura urbana, mediante los oportunos estudios hidráulicos, geotécnicos y/o geológicos.

j) Elaboración de perímetros de protección de nuevas captaciones y de las captaciones en uso.

k) Elaboración y comercialización de programas de soporte lógico (software) aplicados a obras y servicios relacionados con los apartados antes citados.

Los servicios y actividades incluidos en el objeto social que (sic) la intervención de profesionales titulados se realizará a través de las actividades integrantes del objeto social (sic) podrán desarrollarse por la Sociedad total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto (sic)»

Se adjunta copia del anuncio en el B.O.E. de la convocatoria de la licitación como Documento n.º 2, así como los Pliegos Administrativos y Técnicos como Documento n.º 3 y n.º 4 y de los Estatutos Sociales como Documento n.º 5.

V) El concurso fue adjudicado por acuerdo plenario de la Diputación en fecha 31 de enero de 2002, formalizándose la escritura pública de constitución de la sociedad en fecha 17 de mayo de 2002.

Se adjunta copia de dicha escritura como Documento n.º 6

VI) Hasta la fecha el contrato de selección de socio privado no ha sufrido modificación alguna de su objeto ni en sus condiciones para la selección de dicho socio. Tan solo destacar que inicialmente el socio fue una Unión Temporal de Empresas y que posteriormente se autorizó la cesión a uno de los socios, único socio privado en la actualidad.

VII) La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece

en su Disposición Adicional Segunda:

Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta

«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 4.^a de la Sección 3.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos.

2. En el caso en 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.

3. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrán:

- a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.
- b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores»

VIII) Se adjunta Dictamen jurídico solicitado por SASTESA sobre la naturaleza y fundamento de la colaboración público privada mediante sociedad de economía mixta. Formas de instrumentación de las relaciones jurídicas derivadas del objeto CPPI, a efectos meramente informativos.

A la vista de dichos antecedentes se plantea por la Diputación Provincial de Teruel

a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, las siguientes

B) CUESTIONES

Primera.- Al haberse seguido en su día por la Diputación Provincial de Teruel un procedimiento abierto mediante concurso público para seleccionar al socio privado de la sociedad de economía mixta SASTESA para prestar los servicios fijados en su objeto social, ¿Deben someterse a una segunda licitación los encargos, encomiendas o convenios que se formalicen entre los municipios de la provincia de Teruel y la Diputación Provincial de Teruel para que SASTESA preste los servicios incluidos en su objeto social o forman parte del objeto y la finalidad de la constitución de la CPPI?

Segunda.- Si las relaciones derivadas de la CPPI tienen carácter de contrato público o si pueden ser considerada de naturaleza de convenio de cooperación y por tanto excluidas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público conforme al artículo 6 de la misma»

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 25 de septiembre de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar, el Presidente de la Diputación Provincial de Teruel es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón

En cuanto a la competencia de la Junta respecto al informe solicitado, el citado Reglamento, en su artículo 3.2, dispone que corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón «informar

sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa». En el ejercicio de este cometido, la Junta debe resolver consultas de carácter general en relación con la interpretación y análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, si bien no puede entrar a valorar expedientes concretos de contratación, ni suplir, por vía de informe, las funciones que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Presidente de la Diputación Provincial de Teruel, para que esta Junta Consultiva se pronuncie sobre la naturaleza de las relaciones derivadas de una colaboración público privada (CPPI) articulada mediante sociedad de economía mixta en el contexto de la formalización de convenios entre la Diputación Provincial y los municipios para la gestión de servicios vinculados al ciclo del agua, ya que ésta es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Debe advertirse, no obstante, que la Diputación Provincial de Teruel solicitó informe a esta Junta Consultiva con fecha 5 de diciembre de 2011 planteando diversas cuestiones que guardan directa relación con las aquí formuladas y a las que se dio respuesta en nuestro Informe 1/2012, de 1 de febrero referido al *«Alcance de la Disposición adicional vigésima novena del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos».*

II. La colaboración público privada institucional mediante sociedad de economía mixta.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible introdujo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público una nueva Disposición Adicional, la trigésima quinta, dedicada 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:

«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 se afirmaba en el Informe 1/2012 de 1 de febrero, de esta Junta Consultiva, la nueva 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 “recorrer 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»

Este criterio a su vez, ha sido refrendado por Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08, Acoset SpA ... El Tribunal de Justicia ... argumenta 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»

Debe reseñarse que el ámbito objetivo a que se acota esta Disposición Adicional introducida en la LCSP de 2007 tiene un carácter reducido que no agota las posibilidades de colaboración institucional que pueden plantearse entre las entidades que integran el sector público y el sector privado. Se trata por tanto de una regulación parcial del más amplio fenómeno de la CPPI.

El contenido de la DA 35ª de la LCSP de 2007 pasó a integrarse en la Disposición Adicional vigésimo novena del TRLCSP, incorporando como novedad un segundo apartado relativo a las formas de financiación que pueden utilizar estas sociedades de economía mixta para la ejecución de los contratos públicos:

«1. Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concorra capital público y 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 en su caso, las relativas a contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, 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.

2. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:

a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.

b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores».

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) mantiene en lo sustancial esta regulación. Como advierte el Preámbulo de la Ley, y sin perjuicio de la desaparición, en el ámbito de las concesiones, de la figura del contrato de gestión de servicio público reemplazada, en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, por la figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras, «...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».

Su configuración actual se contiene en la Disposición Adicional vigésimo segunda LCSP en los siguientes términos:

«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.

3. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrán:

a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.

b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores».

La nueva regulación incorpora algunas novedades. Por una parte, en cuanto a la tipología de los contratos públicos que podrían ser objeto de esta específica técnica de colaboración público privada de carácter institucional en el marco de una sociedad de economía mixta, la LCSP de 2017 se ha limitado a regular los de concesión de obras y de concesión de servicios, en contraposición al carácter abierto del TRLCSP que se refería a todo tipo de contratos públicos y concesiones. Además, se precisa que si la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos debería concurrir al correspondiente procedimiento de licitación pública. Una segunda novedad destacable es la relativa a la exigencia de que

el capital de la sociedad de economía mixta sea mayoritariamente público (por tanto, superior al 50%). Por tanto, si el capital público es minoritario (inferior al 50%), no procederá la aplicación de la Disposición Adicional vigésimo segunda LCSP.

En todo caso la LCSP mantiene la exigencia de que el proceso de selección del socio privado se efectúe de plena conformidad con las normas establecidas en la Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto. Ello implica necesariamente un proceso de licitación pública con pleno respeto a los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato y con aplicación de las reglas de publicidad y adjudicación que procedan en cada caso. Supone asimismo la determinación en esa licitación pública de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos a las obras o servicios que deban llevarse a cabo y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse. Y como se puso de manifiesto en el informe 1/2012, de 1 de febrero de esta Junta Consultiva: *«Obviamente, junto con la descripción de las prestaciones que hayan de ser objeto de encargo a la entidad mixta, es necesario también que las condiciones de selección del socio estén claramente establecidas en el momento de anunciar la licitación del contrato o de la concesión. Estas condiciones no deben comportar discriminación ni constituir un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento, ni implicar obligaciones desproporcionadas en relación con el objetivo que se pretende alcanzar»*.

III. Prestación de servicios municipales por sociedad de economía mixta de una Diputación Provincial.

Las Administraciones cuentan con un amplio margen para articular sus relaciones administrativas y ejercer las tareas de interés público que les han sido encomendadas, pudiendo optar entre diversas fórmulas: emplear sus propios recursos; utilizar instrumentos de colaboración público-público, tanto dentro de la propia Administración, como en la vertiente de las relaciones entre distintas Administraciones Públicas; o desempeñar tareas públicas mediante recursos externos.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

(LBRL) contempla el “*abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales*” como una competencia propia de los municipios (art. 25.2, c) LBRL). Todos los Municipios con carácter obligatorio “*deberán prestar, en todo caso*”, entre otros, los servicios de “*abastecimiento domiciliario de agua potable*” y “*alcantarillado*” (art. 26.1, a) LBRL).

Por su parte, las Diputaciones Provinciales incluyen entre sus competencias la cooperación con los Ayuntamientos con el objeto de garantizar la prestación de los servicios municipales. En tal sentido, el art 30.1 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril establece que «*La Diputación cooperará a la efectividad de los servicios municipales, preferentemente de los obligatorios...*». Esa cooperación puede llegar a ser total o parcial, en función de las necesidades económicas de los municipios interesados, debiendo alcanzar, «*en todo caso, los relacionados como mínimos en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril*» (art. 30.2 y 3 TRRL). Como hemos indicado, entre estos servicios obligatorios mínimos que deben prestar en todo caso se encuentran el abastecimiento domiciliario de agua potable y el alcantarillado.

Las formas de cooperación de las Diputaciones con los Ayuntamientos para la efectividad de los servicios municipales se desarrollan de un modo abierto en el art. 30.6 TRRL.

Estas funciones de cooperación atribuidas a las Diputaciones Provinciales por la legislación de régimen local han quedado reforzadas tras la reforma llevada a cabo por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que dio nueva redacción entre otros al art. 26.2 LBRL:

«En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios:

[...]

b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.

Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y

Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas.

Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.

Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado.

Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios».

La STC 111/2016, de 9 de junio (FJ 12º), entendió que estas nuevas facultades atribuidas a las Diputaciones para la coordinación de la prestación de servicios en los municipios de menos de 20.000 habitantes resultaban conformes con el orden constitucional en cuanto que «... *El controvertido art. 26.2 LBRL no niega la titularidad municipal de estos servicios; se limita a prever la intervención de la diputación provincial en la gestión que lleven a cabo los municipios de menos de 20.000 habitantes. Tal intervención consiste, según el tenor de la norma, en una «coordinación» adoptada «con la conformidad de los municipios afectados» y concretada en el siguiente elenco –no taxativo– de técnicas posibles: «la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas».*

[...]

Sin embargo, ello no pone en riesgo la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas y, por tanto,

también a las que pudieran limitar más fuertemente su autonomía. Conforme al art. 26.2 LBRL, la puesta en marcha de las fórmulas de gestión que planifica la provincia depende, precisamente, de la autonomía municipal. El criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones públicas; es la voluntad municipal misma. El municipio puede dar o no su conformidad a un plan que condicionará el modo en que ha de gestionar sus servicios. Hay una posible pérdida de autonomía, pues el municipio puede quedar sujeto a la técnica de «coordinación» correspondiente y, en ese caso, solo podría revertir la situación justificando el menor coste efectivo de la gestión incondicionada. Sin embargo, esa pérdida es consentida y, en cuanto tal, no lesiva de la garantía consagrada en los arts. 137 y 141 CE. La pérdida de autonomía municipal se producirá solo eventualmente y únicamente si la acepta el ayuntamiento o, lo que es lo mismo, «con la conformidad de los municipios afectados»».

La colaboración entre las Administraciones Públicas se puede articular a través de muy diversos modelos organizativos, instrumentos jurídicos y técnicas, de las que sólo algunas tienen naturaleza contractual. Así lo pone de manifiesto el artículo 1, apartado 6 de la Directiva 2014/24/UE, en cuya virtud «Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva.», pudiendo ser citada también en el mismo sentido la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (sala Tercera), asunto C-51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord y Region Hannover.

Como se afirma en el considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE, «la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos».

Algunas de estas técnicas de colaboración entre Administraciones Públicas son objeto de consideración en el derecho europeo de contratos en la medida en que las mismas presentan una especial proximidad con los contratos públicos

siendo susceptibles de una eventual confusión por razón de su objeto con éstos.

Para que estas concretas técnicas contractuales de colaboración entre poderes públicos queden excluidas del ámbito de aplicación de las directivas de contratos públicos es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones que se han ido precisando por la jurisprudencia europea (Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2012 (Gran Sala), asunto C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros), supuestos que en todo caso, deben ser objeto de interpretación restrictiva (sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2014 (sala Quinta) asunto C-15/13, Datenlotsen Informationssysteme GmbH contra Technische Universität Hamburg-Harburg). Tales exclusiones han sido reguladas por la Directiva 2014/24/UE en su artículo 12 bajo la denominación “*contratos públicos entre entidades del sector público*”. En este artículo se incluye tanto la cooperación vertical como la cooperación horizontal.

En el Informe 1/2012, de 1 de febrero, de esta Junta Consultiva, se analizó la posibilidad de articular la colaboración entre una Diputación y los municipios de esa provincia para la prestación de los servicios municipales obligatorios mínimos de abastecimiento domiciliario de agua potable y de alcantarillado, a través de una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria de la Diputación Provincial en concurrencia con una persona jurídica privada concluyendo que no era posible articular estas relaciones con la técnica de la cooperación vertical al no concurrir en la sociedad de economía mixta los requisitos establecidos en el artículo 8.2 TRLCSP, en sede de contrato de gestión de servicios públicos y arts. 4.1.n) y 24.6 TRLCSP sobre encargos a medios propios.

Se consulta ahora por la Diputación Provincial si es posible articular tales relaciones derivadas de la constitución de la referida sociedad de economía mixta con las características propias de una CPPI, como un supuesto de cooperación horizontal del artículo 6.1 LCSP, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE.

Al amparo de esta figura, la Diputación y los municipios como poderes públicos estarían optando por realizar algunas de sus tareas de servicio público fuera del ámbito de la contratación pública, instrumentando tal decisión por vía

convencional. El ejercicio de estas funciones se llevaría a cabo por la Diputación a través de una sociedad de economía mixta, configurada como ente instrumental de la Diputación.

Con este planteamiento, un eventual acuerdo entre uno a varios Ayuntamientos y la Diputación que encomendara a esta última la realización de algunas actuaciones o la gestión de servicios relacionados con el ciclo del agua, dentro de las abiertas fórmulas de colaboración que establece el art. 26.2 LBRL en la redacción dada tras la reforma llevada a cabo por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, implicaría a tres partes: La Diputación, la sociedad de economía mixta, y el municipio.

Parece evidente que la relación entre una Diputación Provincial y uno o varios municipios para la prestación de servicios de carácter obligatorio carece de naturaleza contractual y puede articularse a través de los convenios previstos en el art. 6.1 LCSP y 47 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público. El Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de esta Junta Consultiva analizó los principios sobre los que se asienta la cooperación horizontal:

«En relación con esta última, sobre la base de la doctrina y los requisitos fijados por el TJUE, la figura de la colaboración horizontal se estructura sobre los siguientes principios básicos:

1º) La colaboración «genuina» para la realización común de tareas de servicio público, que únicamente puede basarse en consideraciones de interés público.

Así la cooperación podrá abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de las tareas y responsabilidades de servicio público que hayan sido asignadas a las entidades participantes. El considerando 33 de la Directiva explicita que las tareas de los distintos poderes adjudicadores no han de ser necesariamente idénticas, pudiendo además ser complementarias. Por lo tanto la colaboración institucional no implica necesariamente que los distintos poderes adjudicadores tengan atribuidas las mismas o similares funciones para que sea posible ejecutar en cooperación tareas de servicio público.

2º) Por otro lado, que la aplicación de dicha cooperación debe basarse únicamente en consideraciones relacionadas con el interés público.

3º) El tercer requisito que se establece en el citado precepto pretende limitar su

utilización. De modo que la vía de la cooperación debe tener necesariamente carácter residual, de tal modo que las entidades públicas no podrán realizar actividades conjuntas a través de esta fórmula que superen el 20% de la totalidad del volumen de contratos que en principio deberían contratar con sujeción a las directivas comunitarias.

Obviamente, estos requisitos deben ser interpretados desde la lógica de la excepción, de tal manera que no se eluda la normativa de contratación cuando la causa del negocio jurídico es una prestación típica y onerosa».

En cuanto a la Sociedad de economía mixta, ésta ha sido creada con la finalidad de prestar los servicios del ciclo integral del agua. En la Memoria incorporada al expediente para la licitación del concurso público de selección de socio privado para esta sociedad se incluyen datos desagregados de consumo de agua y número de habitantes de todos los municipios de la provincia de Teruel. Tanto el PCAP como los Estatutos sociales establecen como objeto específico de la sociedad que se constituye como CPPI, la prestación de los servicios del ciclo integral del agua, que el PCAP define como un servicio público de competencia de la Diputación Provincial.

Desde esta perspectiva, puede presentarse la relación entre la sociedad de economía mixta y los Ayuntamientos como una técnica de plasmación específica de la relación de cooperación horizontal previamente establecida entre Diputación y Ayuntamientos a través de los correspondientes instrumentos convencionales.

Sin embargo cabe plantearse si la presencia de una relación de cooperación horizontal entre la Diputación y determinados municipios para la prestación de ciertos servicios habilita la aplicación de requisitos menos restrictivos que los que se aplican en el caso de las relaciones de cooperación vertical (encargos a medios propios), entre los que se incluye entre otros la exigencia de que el capital de las sociedades mercantiles sea íntegramente público (art. 32.2.c) LCSP)

En el presente supuesto, nos encontramos, además, con que la sociedad mercantil con que la Diputación Provincial asumiría el desempeño de las funciones y prestaciones derivadas de los convenios suscritos con los Ayuntamientos es una sociedad de economía mixta, cuyo régimen específico de relación en cuanto técnica de colaboración público privada institucional

aparece recogido en la DA vigésima segunda LCSP.

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 vigésima 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.

III. CONCLUSIONES

I.- La relación entre una Diputación Provincial y uno o varios municipios para la prestación de servicios de carácter obligatorio carece de naturaleza contractual y puede articularse a través de los convenios previstos en el art. 6.1 LCSP y 47

de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público.

II.- La relación entre la sociedad de economía mixta y los Ayuntamientos como plasmación específica de la relación de cooperación horizontal previamente establecida entre Diputación y Ayuntamientos a través de los correspondientes instrumentos convencionales, debe respetar en todo caso los estrictos términos en que la Disposición Adicional vigésima segunda LCSP regula la colaboración público privada (CPPI) mediante sociedad de economía mixta.

III.- La Disposición adicional vigésimo segunda LCSP 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.

Informe 22/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 25 de septiembre de 2018.