



Expediente 120/18

Materia: Contratos adjudicados a una sociedad de economía mixta.

ANTECEDENTES

La Directora General de la Sociedad Mercantil Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A. (ACUAES) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“ACUAES es una sociedad mercantil estatal de aguas cuyo objeto social es la contratación, construcción y explotación de las infraestructuras hidráulicas que le encomienda, en virtud de Convenio de Gestión Directa, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (actualmente Ministerio para la Transición Ecológica). En su virtud, forma parte del sector público estatal.

Dicho convenio otorga a ACUAES la explotación de las infraestructuras que ejecuta, con la posibilidad de ceder mediante convenio dicha explotación a la propia Administración Pública usuaria del agua. La explotación por los usuarios se puede realizar directamente o a través de las distintas formas de gestión indirecta legalmente previstas. Sin embargo, la cesión de las tareas de explotación solo cabe si los cesionarios respetan la Ley de Contratos del Sector Público en tal gestión.

En uno de los supuestos de cesión de dichas tareas, acordado sobre la base de un previo Convenio específico suscrito al efecto con la Administración



cesionaria, ocurre que esta encarga directamente a una sociedad de economía mixta, de la que es accionista minoritaria, la ejecución de los correspondientes trabajos, en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos adjudicado bajo el marco normativo del Título II del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La contratación de dicha gestión de los servicios públicos se realizó por la Administración cesionaria en la modalidad del artículo 156 d) del referido texto refundido, esto es, mediante una Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas; por el plazo de la letra b) del artículo 157, esto es, veinticinco años.

La selección del socio mayoritario en la sociedad de economía mixta se realizó mediante un procedimiento de concurrencia competitiva, aplicando las normas en vigor del referido texto refundido. Una vez seleccionado el adjudicatario se constituyó la sociedad mixta en la que este ostenta un 60% de las participaciones sociales, y la Administración el 40%.

Por otra parte, sobre la base de la Disp. Ad. Trigésimo quinta de la Ley 30/2007, y posterior Disp. Ad. Vigésimo Novena de la Ley 3/2011 Contratos del Sector Público, la Administración cesionaria ha encargado o adjudicado directamente (sin licitación) a la Sociedad de Economía Mixta la explotación de diferentes obras de abastecimiento de aguas de su ámbito territorial. Dichos preceptos lo permitían en los siguientes términos:

Disposición adicional trigésima quinta Ley 30/2007: Régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas 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.

Y la Disp. Ad. Vigésima Novena de la Ley 3/2011 Contratos del Sector Público: Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado establecía que 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 esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al 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".

Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el 10 de marzo de 2.018 lo ha hecho también su Disposición Adicional vigésima segunda, relativa a la Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta, ha incluido un nuevo requisito para la adjudicación directa, que no constaba en la normativa anterior:



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.

Es decir, hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2017 las adjudicaciones directas a las empresas de economía mixta era libre, independientemente de la configuración de su capital; y desde esa fecha sólo cabe si el capital es mayoritariamente público.

CONSULTA

Se plantea la legalidad de encargar o adjudicar directamente a una sociedad de economía mixta que no es mayoritariamente pública, tras la entrada en vigor de la nueva Ley 9/2017, la explotación de obras hidráulicas del ámbito competencial de la Administración, suscitándose dos opciones:

1.- La normativa aplicable a los nuevos servicios es la vigente al tiempo de la constitución de la sociedad: Entender que, al haber sido constituida la sociedad de economía mixta bajo la vigencia de la ley 30/2007, seleccionando al socio mediante licitación pública, y por un plazo de 25 años, resulta aplicable la Disp. Ad trigésima quinta Ley 30/2007 (y en idénticos términos la Disp. Ad. Vigésima Novena de la Ley 3/2011), durante la totalidad del plazo de duración de dicha sociedad, suponiendo que al estar comprendidos los



nuevos encargos dentro de su objeto social original (realización integral de servicios públicos del ciclo integral del agua), no supone más que la ejecución o materialización del contrato de sociedad, sujeta a la normativa vigente al tiempo de su creación. Ello permitiría que actualmente se sigan encargando directamente a la sociedad las concesiones de obras y servicios de explotación incluidas dentro de su objeto social, aunque el capital público de la empresa mixta no sea mayoritario.

2.- La normativa aplicable a los nuevos servicios es la vigente al tiempo de su asignación: Se puede entender que, si bien la sociedad de economía mixta se constituyó bajo la normativa anterior, por plazo de 25 años, cada una de las atribuciones de servicios son nuevas adjudicaciones, sometiéndose cada una de éstas a la normativa aplicable al tiempo de la adjudicación. De tal forma que, desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017 no caben las adjudicaciones directas de servicios a las sociedades de economía mixta con capital mayoritariamente privado, al exigirse ya por la Disp. Ad. vigésimasegunda que el capital sea mayoritariamente público.

Consideramos que es un problema de derecho transitorio que sometemos a su consideración, a fin de aplicar tal criterio en relación con los eventuales convenios a suscribir por ACUAES a tal fin, sin perjuicio de la consideración de la consulta planteada como una cuestión de interés general en el marco de la contratación pública.”



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta planteada nos cuestiona sobre la posibilidad de realizar una adjudicación directa a una sociedad de economía mixta que no tiene capital mayoritariamente público tras la entrada en vigor de la nueva Ley 9/2017.

Considera la entidad consultante que a este respecto existen dos posibilidades: o bien entender que la normativa aplicable a los nuevos servicios que se han de prestar es la que estaba vigente al tiempo de la constitución de la sociedad, en la medida en que los nuevos encargos estarían comprendidos dentro de su objeto social original; o bien considerar que la normativa aplicable a los nuevos servicios es la vigente al tiempo de su concreta adjudicación, en la medida en que cada una de las atribuciones de servicios constituyen nuevas adjudicaciones.

2. Para resolver la presente consulta conviene recordar que bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y de su texto refundido de 2011 cabía la adjudicación directa a sociedades de economía mixta en que concurriesen entidades de capital público con otras de capital privado sin que fuese necesario que el capital público fuese mayoritario. Por lo que se desprende de la consulta esta fue la opción que se empleó hasta en dos ocasiones tiempo después de la formalización del contrato inicial de gestión de servicios públicos.

3. Según el Preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como novedad en el ámbito de las concesiones desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la



regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos. Sin perjuicio de lo anterior, 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, sobre todo, 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. En ambas se define este supuesto como un caso de colaboración público-privada institucional.

En el articulado de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cabe destacar en primer lugar la regla del artículo 28.3 conforme al cual *“De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta.”* Por lo tanto, la posibilidad que ya recogían los textos legales anteriores se mantiene, si bien que limitada en el aspecto material a los contratos de concesión y en el aspecto subjetivo, como veremos a continuación, a las sociedades de participación pública mayoritaria.

En efecto, la Disposición adicional vigésima segunda de la LCSP trata de la adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta bajo el siguiente tenor:



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.”

Esta referencia a la sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado es novedosa en el nuevo texto legal. Claramente se observa que el legislador ha querido establecer un nuevo requisito que, constando en una norma legal de carácter imperativo, es de obligado cumplimiento en la selección del socio privado en los nuevos contratos que se vayan a celebrar, de modo que esta condición opera como un elemento esencial que permite el empleo del sistema de selección configurado en la disposición adicional transcrita.

4. La propia naturaleza y la justificación de este supuesto de adjudicación directa así lo exigen. Cabe recordar, en este punto, que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2009, recaída en el Asunto C-196/08, declara que resulta compatible con el Derecho comunitario la adjudicación directa de la gestión de servicios públicos a sociedades de economía mixta en las que se elija al socio privado a través de procedimientos de licitación pública que respeten las normas comunitarias en materia de competencia. Es cierto que ni las Directivas de contratación pública ni la Jurisprudencia comunitaria exigen que la participación pública sea mayoritaria, pero obviamente tampoco lo prohíben. Por lo tanto, desde el mismo momento en que la ley española toma como opción exigir una participación mayoritaria del sector público, el recurso a la sociedad de economía mixta queda limitado subjetivamente.



Por otro lado, como segunda premisa, también cabe destacar que la relación jurídica que se establece tras la licitación tiene por objeto la prestación de un servicio por parte de la Sociedad de Economía Mixta que, en casos como el que nos atañe, queda vinculada con la entidad titular del servicio público, de modo que la sociedad de economía mixta se constituye en contratista. Así resulta de lo dispuesto en el art. 182 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (R.D. 1098/2001, de 12 de octubre).

5. Partiendo de todas las premisas anteriores podemos tratar de analizar la cuestión que nos atañe en el presente informe, pero lo cierto es que nos encontramos ante una dificultad notable puesto que la entidad consultante no ha identificado con precisión ni las prestaciones que constituyen el objeto del contrato de gestión de servicios públicos que se celebró inicialmente ni tampoco el objeto de las sucesivas prestaciones que fueron adjudicadas directamente. Tampoco identifica suficientemente las nuevas actividades que se van a desarrollar. Por esta razón, es imposible saber si es posible incluir aquellas nuevas actividades que se han de prestar después de la entrada en vigor de la LCSP dentro del objeto del contrato inicial.

En este punto hay que recordar que no cabe considerar que la existencia de un contrato inicial reserve íntegramente la prestación de cualquier servicio público relacionado con la gestión hidráulica a la sociedad de economía mixta. Por el contrario, las actividades deben estar claramente incluidas en el objeto del contrato inicial puesto que la propia Sentencia Acoset ya citada es muy precisa a la hora de exigir la plena identificación de la prestación o prestaciones reservadas a la sociedad mixta y a la hora de exigir una nueva licitación para cualquier modificación sustancial del contrato firmado al



amparo de una adjudicación directa (en este sentido se pronuncia también la Sentencia Pressetext Nachrichtentagentur C-454/06).

Tampoco la existencia de un contrato de sociedad puede producir este efecto por la sola existencia de aquella pues tal conclusión contradiría claramente la finalidad de la norma legal.

Ante esta indefinición no nos cabe otra solución que tratar de ofrecer una respuesta genérica al supuesto de hecho que se plantea en un caso como el presente, partiendo de que, como ya hemos concluido, la Disposición adicional vigésima segunda de la LCSP sí que exige una condición mayoritaria en el socio público de la sociedad de economía mixta.

Para ello es menester partir de la diferencia entre la DA 35^a de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y la DA 22^a de la ley actual. La primera de ellas no contenía reglas específicas sobre la modificación de los contratos que se hayan adjudicado directamente en estos casos mientras que la segunda remite las reglas de modificación de la ley. Procede igualmente diferenciar si estamos en presencia de actividades comprendidas en el objeto del contrato inicial o, por el contrario, de actividades que no lo están. Procede finalmente distinguir si las prestaciones nuevas se van a articular a través de fórmulas de contratación ordinarias o mediante la adjudicación directa amparada por las disposiciones adicionales citadas. Dependiendo de esta circunstancia podemos diferenciar los siguientes casos:

1.- Si las nuevas prestaciones que se han de desarrollar están incluidas en el objeto del contrato inicial de gestión de servicios públicos y éste continúa vigente por no haber transcurrido el plazo de duración del mismo ni haberse



extinguido por ninguna otra causa no cabría realizar una nueva adjudicación, sino que habría que entenderlo comprendido en el objeto del contrato que se está ejecutando. En este caso, por aplicación de la Disposición transitoria primera, apartado 2 de la LCSP los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se rigen, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, lo que supone que el requisito de la posición mayoritaria de la Administración en el capital de la sociedad de economía mixta no sería necesario.

2.- Si las nuevas prestaciones que se han de desarrollar no están incluidas en el objeto del contrato inicial habría que realizar una nueva licitación (en este caso la solución bajo los dos regímenes legales, nuevo y antiguo, es la misma) y distinguir los siguientes casos:

- Que se vaya a proceder a licitarlas tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuyo caso ésta será de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria primera, apartado 1, de la citada ley y, por ende, será exigible el requisito de la mayoría de la Administración, pues de otro modo se preteriría la aplicación del precepto tal como está redactado.
- Que la licitación se haya iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, supuesto en que será de aplicación a la licitación la normativa anterior en la que, como hemos visto, el requisito de la aportación mayoritaria no era exigido para realizar la encomienda a la sociedad de economía mixta.



Las anteriores reglas serían aplicables para el caso de que lo que se reclame es la aplicación de los supuestos de adjudicación directa de las disposiciones adicionales 35ª y 22ª de las leyes de 2007 y de 2017 respectivamente. Es decir, en estos supuestos sería imprescindible licitar la condición de socio privado de una nueva sociedad de economía mixta, sin que la anteriormente existente pudiese atribuirse de manera directa y automática la ejecución de las nuevas obras.

Por el contrario, en el caso de que se pretenda sacar a licitación ordinaria bajo la debida concurrencia las nuevas prestaciones no existiría inconveniente legal en que la sociedad de economía mixta de capital mayoritariamente privado licitase en igualdad de condiciones, en la medida en que en este caso no se trata de una adjudicación directa y el requisito de la mayoría de capital público no se aplica.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- La consulta no identifica adecuadamente las prestaciones que son objeto de la misma, por lo que esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado no puede pronunciarse acerca del caso concreto.
- La existencia de un contrato de gestión de servicios públicos no implica necesariamente que todas las actividades relacionadas en



alguna medida con la materia contractual hayan de reservarse a la sociedad de economía mixta constituida al amparo de la legislación anterior.

- En términos generales, la determinación de la norma aplicable y, con ella, de la exigencia del capital público mayoritario, depende de si las nuevas prestaciones están contenidas en el objeto del contrato inicial y de la fecha del inicio de la licitación o de la adjudicación del contrato, aplicándose la Disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, conforme a lo que hemos expuesto en la Consideración Jurídica 5 del presente informe.
- Igualmente procede diferenciar el caso de una pretendida adjudicación directa a la sociedad de economía mixta, que no cabría en tanto que procedería una nueva licitación conforme a las leyes aplicables según los casos, del caso de una licitación ordinaria con concurrencia de licitadores, supuesto en el que la sociedad de economía mixta no necesitaría tener capital público mayoritario para licitar.