

## **Informe 1/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: 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.**

### **I. ANTECEDENTES**

La Sra. Presidenta de la Diputación Provincial de Teruel se dirige, con fecha 5 de diciembre de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

*«De conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 6 del Decreto 6/2006, 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 de alcance que a continuación se realiza:*

#### **INTRODUCCIÓN HISTÓRICA**

*Primero.- La Diputación Provincial de Teruel inició en el año 2000 los trámites para la creación de una empresa mercantil con capital mayoritariamente público (51 %) para la prestación del servicio de aguas en su ciclo integran a los Ayuntamientos de la provincia.*

*Para la selección del socio privado de dicha empresa, que se denominaría “Servicio de Aguas y Saneamientos de Termal S.A.” (SASTESA), se utilizó la licitación mediante procedimiento abierto y bajo la forma de concurso, adjudicándose a la “UTE Aragonesa de Servicios Públicos, S.A.-FACSA-AGRACONSA”.*

*El 17 de mayo de 2002 se otorgó la escritura pública de constitución de la sociedad, que figura inscrita en el Registro Mercantil de Teruel, firmándose el 19 de mayo de 2003 el acuerdo regulador entre la Diputación Provincial de Teruel y SASTESA para la gestión del servicio público del ciclo integral del agua en los municipios y otras entidades locales de la provincia de Teruel.*

*Segundo.- Lo que se pretende solventar es “si cabe que la Administración otorgue de forma directa la gestión de un servicio público a una sociedad de derecho privado en la que el capital público sea simplemente mayoritario, o si,*

*por el contrario, en tal supuesto el contrato de gestión solo puede adjudicarse con sujeción a las normas establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy Ley de Contratos del Sector Público), es decir con observancia del procedimiento de adjudicación correspondiente a tenor de lo prevenido en el artículo 159 de dicha Ley”.*

*Si la Diputación Provincial de Teruel hubiera realizado un procedimiento de selección de socio privado para prestar un servicio de competencia provincial, con esa selección de socio privado que se encargara de tal servicio, entendemos que no se daría ningún problema, la cuestión es que se ha elegido un socio privado para prestar servicios de carácter municipal, que a través de convenios administrativos realiza contratos típicos sometidos a la Ley de Contratos del Sector Público, que consiste en realizar obras y servicios.*

*Tercero.- Los pliegos de condiciones jurídico-administrativas para seleccionar al socio privado, establecía que su objeto será la prestación del servicio de aguas en todo su ciclo en los municipios de la provincia de Teruel.*

*En el pliego de prescripciones técnicas se establece concretamente cuales son las tareas encomendadas en relación con el ciclo integral del agua.*

*El concurso convocado por la Diputación Provincial para la selección de socio privado de la Empresa Mixta Mercantil, cuyo objeto será la prestación de los servicios de aguas en sentido integral a los ayuntamientos de la provincia, fue adjudicado a la UTE Aragonesa de Servicios Públicos, S.A.-FACSA-AGRACONSA.*

*Se desembolsó el capital social por las partes y se constituyó la empresa mixta.*

*Cuarto.- A continuación se redactaron una serie de convenios que firmaron un considerable número de municipios.*

*Estos convenios son:*

- 1.- Revisión de Instalaciones de Abastecimiento de Aguas.*
- 2.- Reparación de Averías y Mantenimiento de redes de distribución de Agua potable.*
- 3.- Instalación, puesta a punto y mantenimiento de los equipos de cloración de aguas destinadas al abastecimiento de poblaciones.*
- 4.- Implantación del Real Decreto 140/2003, por el que se establecen los criterios sanitarios de calidad del agua.*
- 5.- Limpieza de Depósitos de Almacenamiento de agua potable.*

*Quinto.- Me referiré a continuación a la Disposición adicional vigésima novena del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de las Ley de Contratos del Sector Público, que se titula “Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado”, en la que en su punto 1 se manifiesta 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”.*

*Todo ello porque, la Diputación Provincial como institución de ámbito supramunicipal, pretendió y pretende colaborar con los Ayuntamientos y Entidades Locales en conseguir el cumplimiento del Real Decreto 140/2003 y el tratamiento correcto medioambiental y sanitario del ciclo del agua en el territorio provincial.*

*Ha creado una Sociedad Mercantil de economía mixta.*

*Cumplió en su día con las exigencias de la Ley de Contratos para seleccionar a un socio privado, vista la necesidad de contar con una especialización técnica externa.*

*El objeto de la creación de la Mercantil es la prestación del servicio de aguas en todo su ciclo en los municipios de la provincia de Teruel, especificándose técnicamente en que consisten esas labores del ciclo integral.*

*Se pretende por lo tanto ver la forma de prestar el servicio del ciclo integral del agua en las Entidades Locales de la Provincia de Teruel, cuya competencia no es de la Diputación Provincial sino de los Ayuntamientos.*

*Por todo ello se realiza la siguiente*

**CONSULTA**

*¿Es de aplicación la disposición adicional arriba mencionada a este supuesto?*

*En caso afirmativo, ¿la Diputación y las Entidades Locales que tienen la competencia en la materia deberían suscribir un Convenio Marco de encomienda de gestión del ciclo integral del agua, servicio, reparaciones etc., en el ámbito territorial de la provincia y que fuera SATESA, la que en las condiciones que se fijen realice la gestión?».*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 1 de febrero de 2012, 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 es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 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; a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva; no es menos cierto que la función consultiva y de

asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe 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 la Presidenta de la Diputación Provincial de Teruel, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del alcance de la Disposición adicional vigésima novena, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, ya que ésta sí que es una cuestión de carácter general, sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación administrativa, que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Sra. Presidenta 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 mencionado Decreto 81/2006.

La consulta se refiere al alcance que deba darse a la Disposición adicional vigésima novena TRLCSP, en relación con su aplicación al ámbito de la prestación de servicios públicos y, en particular, si una sociedad mixta (51 % capital provincial y 49 % capital privado) puede considerarse medio propio a los efectos de encomendarle la gestión del servicio integral del agua, previo acuerdo o convenio entre la Diputación Provincial y las entidades locales interesadas.

## **II. El abastecimiento de agua, servicio público de competencia municipal.**

El abastecimiento de aguas a la población, es un servicio público desde la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 que, en su artículo 171, atribuyó a los Ayuntamientos el «*formar los reglamentos para el régimen y distribución de las*

*aguas en el interior de las poblaciones»* antes, en su caso, de la concesión del aprovechamiento del caudal correspondiente a una empresa. El Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, incluyó el abastecimiento de aguas entre los servicios «*de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos*». El Decreto de 12 de abril de 1924 declaró en su artículo 1, que quedaban configurados como servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas, y el Decreto de 14 de julio de 1924 (Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales), reguló en sus artículos 77 a 79 la concesión por los Municipios a empresas privadas. El abastecimiento de aguas a la población ha constituido desde entonces un servicio público municipal, y así lo dispuso y configuró el artículo 114.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955). En la actualidad, los artículos 199 y 211 de la Ley 7/1999, de 7 de abril, de Administración Local de Aragón y el artículo 273 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, reproducen el carácter de servicio público del abastecimiento de agua, y el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), lo configura como un servicio esencial reservado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde antiguo, viene otorgando la calificación jurídica de servicio público al abastecimiento de aguas. La sentencia del TS de 25 de noviembre de 1992, califica el servicio de abastecimiento de aguas a una barriada del Ayuntamiento de Málaga como «*una actividad realizada por un particular que era material u objetivamente un servicio público*», basándose en la condición objetiva de servicio público, que derivaba del contenido de la prestación en que consistía la actividad realizada por el particular.

El abastecimiento de aguas es pues, un servicio público —que incluye, tanto la realización de las obras que sean necesarias, como la prestación del servicio— cuya gestión constituye el objeto de un contrato típico de gestión de servicios públicos (artículo 8 TRLCSP), y queda sometido en su plenitud a las reglas

que para esta clase de contratos establece el ordenamiento jurídico de la contratación pública.

### **III. La gestión directa e indirecta de los servicios públicos. La prestación de servicios públicos a través de sociedades de economía mixta.**

Como es bien sabido, la LBRL otorga competencias a los municipios en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materias relacionadas con el suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales (artículo 25.2. apartado I). Igualmente, establece que todos los Municipios, individualmente o asociados entre ellos, deberán prestar, en todo caso, el abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, etc.

El artículo 85 LBRL —en la redacción dada por Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público— establece que:

*«2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:*

*A. Gestión directa:*

- a. Gestión por la propia entidad local.*
- b. Organismo autónomo local.*
- c. Entidad pública empresarial local.*
- d. Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

*B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público».*

La gestión directa es la realizada por la propia Administración, por sí misma o mediante la utilización instrumental de una persona jurídica vinculada a aquella jurídica y económicamente. En el primer caso, la entidad local puede actuar a través de sus órganos ordinarios, de manera indiferenciada respecto de las restantes actividades de la misma, o a través de una «*organización especializada*». El segundo sistema de gestión directa, consiste en la creación de una persona jurídica instrumental ya sea de derecho público o de derecho privado, participada íntegramente por el Ente público. La consideración de estos entes instrumentales como «*medios propios*», a los efectos de lo dispuesto en los artículos 4.1) y 8.2 del TRLCSP, viene regulada en el artículo

24.6 TRLCSP, y requiere que la totalidad de su capital sea de titularidad pública, tal y como estableció la Sentencia del TJCE de 11 de enero de 2005 (Asunto C-26/03, *Stadt Halle*), —y ha sido corroborado por la STJCE 8 de abril de 2008, (asunto Comisión Vs. República Italiana) y la STJCE de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Sea srl.)— pues la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad, en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

La gestión indirecta, es la operada a través de diversas formas o instituciones de origen y base contractual, mediante las que la Administración mantiene la titularidad del servicio y la responsabilidad última de su prestación, confiando el ejercicio o explotación de la actividad a persona distinta, sin perjuicio de la posibilidad de intervención mediata en ella. Las modalidades de la contratación en la gestión indirecta de servicios públicos, se regulan en el artículo 277 TRLCSP.

A la vista de lo expuesto, es claro y meridiano, que el supuesto a que se refiere la Presidenta de la Diputación Provincial de Teruel, es a la adjudicación directa de contratos a una sociedad de economía mixta, en la que Administración provincial participa en concurrencia con una persona jurídica privada. Es decir, a uno de los supuestos de gestión indirecta —y no de gestión directa— a que se refiere el artículo 82.2 LBRL, en la modalidad del artículo 277 d) TRLCSP. Y, como recuerda la STSJ de Aragón de 27 de mayo de 2008, *«la prestación de servicios públicos mediante una empresa mercantil cuyo capital no sea exclusivo de la Administración o de un ente público de la misma, debe considerarse como forma de gestión de servicios públicos indirecta, tal como previene el artículo 156, apartado d), del Texto refundido de la Ley del Contratos de las Administraciones Públicas, lo que imposibilita se encargue de forma directa la gestión de un servicio público a dichas empresas, y por lo tanto los contratos de gestión de servicios públicos con sociedades con capital mayoritario público deben adjudicarse con sujeción a las normas establecidas*

*en la Ley del Contratos de las Administraciones Públicas».* En definitiva, no es posible el encargo a una empresa mixta, pues, como señala el artículo 8.2 TRLCSP, únicamente se exceptiona la aplicación de las normas del contrato de gestión de servicios públicos, cuando se atribuya la gestión a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

La Diputación Provincial de Teruel para los fines que persigue, según el escrito de petición de informe, deberá constituir un medio propio con los requisitos, condiciones y procedimiento que establece el artículo 24.6 TRLCSP. Y, en el supuesto de que opte por una sociedad de derecho privado, en su capital deberán participar los ayuntamientos de quienes dicha sociedad haya de ser medio propio, en las condiciones que señala la ley y en la interpretación que de tales instrumentos viene haciendo la jurisprudencia del TJ de la Unión Europea, pues de lo contrario existiría una contratación directa contraria a la Ley.

#### **IV. Origen, regulación y ubicación sistemática de la Disposición adicional 29ª TRLCSP.**

La Disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, procede de la Disposición adicional decimosexta, apartado treinta y cuatro de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo en la Ley 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 formulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, con siguiente tenor literal:

*«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».*

Esta 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 publico-privada institucionalizada (CPPI) de 12 de abril de 2008, según el cual:

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

*La Comisión considera a este respecto que una doble licitación (la primera para la selección del socio privado de la CPPI, y la segunda, para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto) no resulta muy práctica.*

*Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente: el socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto».*

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 contra Conferenza Sindaci e Presidenza della Prov. Reg. Di Ragusa y otros*, relativa a la adjudicación del servicio de aguas a una sociedad de economía mixta y designación, mediante un procedimiento de concurso de su socio privado encargado de la explotación del servicio. El Tribunal de Justicia —en respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal administrativo regional de Sicilia, acerca de si es conforme a los artículos 43, 49 y 86 TCE la adjudicación directa de un servicio público que exija la realización de ciertas obras, (en este caso un servicio integrado de aguas en la provincia de Ragusa) a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada con

ese fin, que constituye su único objeto social y en la que el socio privado es seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión, relativos al servicio que debe prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deben realizarse— 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 de trato 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 y de otro tipo que conlleva su oferta.*

*En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario».*

La Disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, en consecuencia, tiene que interpretarse a la luz de los antecedentes transcritos y, de manera muy especial, al dictado de la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario, en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración publico-privada institucionalizada (CPPI) de 12 de abril de 2008. Es más, conviene recordar que la exigencia de publicidad que se deriva de los artículos 35, 36 y 58 de la Directiva 2004/18, para las concesiones de servicios públicos, la jurisprudencia —Sentencias de 7 de diciembre de 2000, (Asunto Telaustria y Telefonadress), apartados 60 a 62; y 21 de julio de 2005, (Asunto CONAME), apartados 16 a 19— la ha impuesto como medio para preservar los principios de transparencia, de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad (los distintos postores han de disfrutar de idénticas oportunidades, con

independencia de su nacionalidad, como mostró la sentencia del Tribunal de Justicia 25 de abril de 1996, (Asunto Comisión/Bélgica), apartados 33 y 54. En consecuencia, una interpretación distinta, al modo de la que parece deducirse del escrito de solicitud de informe, sería asistemática y contraria a los artículos 8.2 y 24.6 del propio TRLCSP, incumpliendo los principios que rigen la interpretación de las normas jurídicas.

De lo expuesto, se deduce que es necesario que el socio privado, se seleccione mediante un procedimiento de licitación pública, tras la verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión, así como de las características de su oferta, en cuanto al servicio que ha de ejecutarse; que el socio privado asuma, como industrial, la ejecución del servicio y de las obras, y que esa licitación sea conforme al principio de la libre competencia, y respete la transparencia y la igualdad de trato exigidas por el derecho comunitario para las concesiones y, en su caso, las reglas de publicidad y de adjudicación de la contratación pública. 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.

En cuanto a la regulación y ubicación de las normas que contiene la Disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, conviene realizar algunas observaciones. En primer lugar que, pese al título de la disposición «*Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado*», y al referirse a que «*los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente*», parece que su alcance no se reduce al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado —tipificado en el artículo 11 TRLCSP— sino que se extiende a cualquier tipo de contrato. En segundo lugar, la parquedad de la regulación establecida en la disposición, y la omisión a toda

referencia, de cómo se relaciona e inserta entre las normas que regulan la colaboración pública privada, dificulta de manera notable su aplicación. Y finalmente, la ubicación —en una disposición adicional— de una regulación de tal calado, hace aún más difícil interpretar el verdadero alcance y extensión del mandato normativo.

Sin embargo, de una atenta lectura de la Disposición adicional, cabe 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 aquellas 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 del abastecimiento de agua, de forma genérica e indeterminada.

En este sentido, la Comunicación interpretativa de la Comisión citada entiende que:

*«Según la Comisión, el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz.*

*El TJCE ha observado que las empresas abiertas, incluso parcialmente, al capital privado no se pueden considerar estructuras de gestión “interna” de un servicio público por cuenta de las entidades territoriales a las que pertenecen. De ello se desprende que las normas aplicables a los contratos públicos y las concesiones, tanto si emanan del Tratado CE como de las directivas sobre los contratos públicos, deben cumplirse a la hora de adjudicar a las entidades de capital mixto contratos públicos o concesiones distintos de los licitados en el marco del procedimiento que ha dado lugar a la creación de la CPPI en cuestión. En otros términos, las CPPI deben conservar su campo de actividad inicial y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el Derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones».*

### III. CONCLUSIONES

I. Una sociedad de economía mixta, nunca puede ser considerada «*medio propio*», a los efectos de lo dispuesto en los artículos 4.1), 8.2, y 24.6 TRLCSP, tal y como viene fijado por la doctrina del TJUE y, en consecuencia, no pueden encomendársele contratos o concesiones directamente.

II. La Disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, en los contratos de selección de un socio privado, exime de la tramitación de un doble procedimiento de licitación, (selección de socio y selección de adjudicatario) en los supuestos de constitución de una sociedad de economía mixta para la ejecución de una obra o prestación de un servicio, que previamente deben estar definidos y determinados con la precisión que exige la ley en la preparación de todo contrato. La selección del socio privado, deberá cumplir con los requisitos fijados por la doctrina del Tribunal de Justicia que se ha citado en la consideración jurídica IV.

III. No es posible adjudicar directamente ningún contrato ni concesión a una sociedad de economía mixta. Es necesario, siempre, tramitar el procedimiento licitatorio correspondiente para adjudicarle el contrato o concesión de que se trate.

IV. La Diputación Provincial de Teruel para los fines que persigue, deberá constituir un ente que pueda ser calificado como medio propio con los requisitos, condiciones y procedimiento que establece el artículo 24.6 TRLCSP. Y, en el supuesto de que opte por una sociedad de derecho privado, en su capital deberán participar los ayuntamientos de quienes dicha sociedad haya de ser medio propio, en las condiciones que señala la ley y en la interpretación restrictiva que de tales instrumentos viene haciendo la jurisprudencia del TJ de la Unión Europea.

**Informe 1/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 1 de febrero de 2012.**