

# LOS ENCARGOS *IN HOUSE* EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP): ESPECIAL REFERENCIA A LOS MISMOS EN EL ÁMBITO LOCAL A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA\*

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA  
Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE LOS DENOMINADOS SERVICIOS *IN HOUSE PROVIDING*: 1. *En relación a la exigencia del «control análogo» al de sus propios servicios*. 2. *El criterio del «vínculo de destino» del ente instrumental*.—III. LOS SERVICIOS *IN HOUSE PROVIDING* EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP).—IV. LOS *IN HOUSE PROVIDING* EN EL ÁMBITO LOCAL A LA VISTA DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES Y DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE LA MATERIA: 1. *La gestión directa de servicios públicos locales a través de sociedad mercantil local: el nuevo artículo 85.2.A.d) LRBR y el artículo 8.2 LCSP*. 2. *La flexibilización de la doctrina Teckal a la luz de la última jurisprudencia comunitaria: SSTJUE de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant SA; de 9 de junio de 2009, Comisión/República Federal de Alemania; de 10 de septiembre de 2009, Sea Srl. y Commune di Ponte Nossa*.

## RESUMEN

Este trabajo analiza y trata de perfilar los servicios *in house providing* o encargos a entes propios como supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, teniendo presente el papel relevante que ha tenido la jurisprudencia comunitaria recaída en esta materia y dedicando una especial atención a su modo de operar en el ámbito local a la vista, por un lado, de las últimas reformas llevadas a cabo tanto por aquella norma como por la Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local y, por otro, de los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

*Palabras clave:* encargos *in house providing*; «control análogo»; «vínculo de destino»; gestión directa de servicios públicos locales; convenios.

## ABSTRACT

This study analyses and describes *in house providing* services as entities not included under the Public Sector Contracts Act. We stress the prominent role of community law in this area and pay special attention to the operations of these services at local level, in view of a) the latest reforms introduced both by the Public Sector Contracts Act and by the Modernization of Local Government Act, and b) the recent declarations of the Justice Tribunal of the European Union.

*Key words:* *in house providing* services; «control análogo»; «vínculo de destino»; direct management of local public services; agreements.

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Derechos de la ciudadanía, libertad de establecimiento y circulación de servicios en la Unión Europea» (DER.2009-08579), cuyo investigador principal es el Dr. Vicenç Aguado Cudolá.

## I. INTRODUCCIÓN

Una temática de gran repercusión práctica es la referida al encargo por parte de las Administraciones territoriales, en cuanto entidades adjudicadoras, de prestaciones típicamente contractuales a sus entes instrumentales personificados («medios propios»), sin aplicación de la normativa de contratación pública. Nos referimos a los contratos *in house providing*, servicios *in house providing* o encargos a entes propios, técnica ésta de hondo calado entre las fórmulas de colaboración administrativa entre Administraciones o entidades del ámbito local, que es objeto de un tratamiento específico a la luz de las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que realiza ciertas precisiones, así como con ocasión de las recientes reformas operadas en la normativa local por mor de la Ley de Contratos del Sector Público.

Efectivamente, como es de todos conocido, ha sido a través de los pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios que se ha ido perfilando el contorno de las relaciones *in house*. Siendo la Comisión Europea quien a fines de los noventa advirtió por primera vez, en la Comunicación «La contratación pública en la Unión Europea»<sup>1</sup>, la necesidad de determinar el régimen jurídico aplicable a esta clase de relaciones, preocupación que ha sido reiterada con posterioridad en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>2</sup>.

El fundamento de este tipo de relaciones, habitual en el Derecho administrativo, como bien resalta SOSA WAGNER<sup>3</sup>, no está en la existencia de un vínculo contractual, sino que se encuentra en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones públicas, resultando irrelevante el reconocimiento de una personalidad jurídica independiente, que es tan sólo una herramienta que no significa la desvinculación de la organización empresarial de las entidades públicas de que trae causa<sup>4</sup>. Por tanto, las sociedades públicas u otras formas de personificación son simples opciones de organización, y el otorgamiento de personalidad jurídica lo es sólo a efectos instrumentales, por lo que en modo alguno pueden considerarse terceros respecto de la Administración<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> COM/143 final, de 11 de marzo de 1998, ap. 2.1.3, nota 10.

<sup>2</sup> COM/2004/0327 final.

<sup>3</sup> F. SOSA WAGNER (2007), «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en *Libro Homenaje al profesor S. Martín-Retortillo. Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, pág. 1317; J. M. GIMENO FELIU (2010), *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, pág. 101.

<sup>4</sup> A. HUERGO LORA (2001), «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones Públicas con empresas públicas», núm. 154 de esta REVISTA, pág. 130, destaca que la existencia de personalidades jurídicas diferenciadas juega en el plano formal, afecta sólo a la Administración, no siendo relevante en el plano de las relaciones intersubjetivas.

<sup>5</sup> F. SOSA WAGNER (2008), *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, pág. 192. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2001), «Comentario a la Sentencia Scala, de 12 de julio de 2001», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 505, afirma: «no hace falta decir, porque es obvio,

Así, tal como indica GIMENO FELIU, nos encontramos ante un sistema de autoprovisión en el que es la propia Administración, a través de la entidad que nace de su decisión organizativa, la que va a prestar por sí misma ese determinado servicio<sup>6</sup>. Si bien, en cualquier caso, admitiéndose la posibilidad de que ciertas adjudicaciones escapen a la aplicación de la normativa pública de contratos, tal excepción sólo tiene cabida —como bien señalaremos— cumpliéndose ciertas condiciones, debiéndose abordar, en todo caso, toda esta temática desde el prisma del Derecho comunitario.

A tal efecto, en las páginas que siguen vamos a tratar de delimitar los denominados *in house providing contracts* como supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (LCSP), mereciendo especial consideración la mecánica de éstos en el ámbito local, a la vista de las últimas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## II. LA REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE LOS DENOMINADOS SERVICIOS *IN HOUSE PROVIDING*

El origen de los encargos *in house providing*, esto es, negocios entre las Administraciones públicas territoriales en cuanto entidades adjudicadoras y sus entes instrumentales personificados («colaboración público-privada institucionalizada», según el Libro Verde de la Comisión acerca de la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública, de 30 de abril de 2004), como excepción a la sujeción de la normativa de contratos públicos, se encuentra en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios<sup>7</sup>, y es aplicable a las tres Directivas de sectores tradicionales (suministros, obras y servicios), hoy refundidas en la Directiva 2004/18, y tanto en el artículo 1.c) de la Directiva 92/50

---

que cuando es la propia Administración la que corre a cargo de la financiación de las obras de ejecución de los sistemas generales o de obras aisladas, la lógica de la obra pública se impone sin discusión, lo que remite normalmente a la aplicación de la legislación vigente de contratos, salvo que la Administración decida ejecutar las obras en cuestión por sus propios medios por cualquiera de los modos de gestión directa de los servicios públicos que las leyes de régimen local ponen tradicionalmente a su disposición, incluida la creación de entes *ad hoc* y de sociedades mercantiles. Mientras aquéllos y éstos no den entrada a terceros en esa ejecución, la Directiva europea queda al margen porque es la propia Administración la que está actuando a través de entes instrumentales suyos». Asimismo, AMOEDO SOUTO (2006), «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas», núm. 170 de esta REVISTA, pág. 264.

<sup>6</sup> J. M. GIMENO FELIU (2006), *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos Públicos y propuestas de su reforma*, Thomson-Civitas, pág. 144.

<sup>7</sup> Sobre la distinción entre contratos de gestión de servicios públicos y contratos de servicios, L. MIGUEZ MACHO (2008), «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», núm. 175 de esta REVISTA, págs. 157-215, y sobre las diferencias entre contrato de servicios y contrato de «concesión de servicios», J. M. GIMENO FELIU (2010), *Novedades...*, *op. cit.*, págs. 147-163.

como en el artículo 6, donde, respectivamente, se señala que se considerará prestador de servicios cualquier persona física o jurídica que ofrezca servicios, «incluidos los organismos públicos», quedando excluidos de su ámbito los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado. Preceptos, los señalados, que han dado pie a considerar que los medios propios que reciben encargos contractuales están al margen de las normas de contratación pública.

Así, de siempre, las Administraciones públicas han dispuesto de sociedades y demás instrumentos personificados a su servicio. Pero hoy el recurso a ellos se observa desde un nuevo prisma, el Derecho de la competencia, lo cual nos lleva a preguntarnos si podemos seguir considerando que las Administraciones públicas pueden seguir disponiendo de los entes instrumentales, sin más, o deben someterse a aquel Derecho<sup>8</sup>. Planteamiento al cual se suma la reciente jurisprudencia comunitaria en torno a los contratos *in house*, y la regulación que se prevé en la actual legislación de contratos, en sus artículos 4.1.n) y 24.6, debiéndose tener presente, también, lo que disponen al respecto las Directivas 2004/18 y 2004/17.

Ciertamente, la letra de las Directivas mencionadas no es lo clara que se reclamaba por ciertos sectores (Comité de Regiones, Consejo Económico y Social, en sendos Dictámenes 2001/c, 144, de 16 de mayo, y 2001/c, 193, de 10 de julio), al referirse al régimen de los contratos *in house*, y baste para ello con echar una mirada a los artículos 18 y 63 de la Directiva 2004/18/CEE y 23 de la Directiva 2004/17/CEE para constatarlo<sup>9</sup>. De ahí que la conformación del

<sup>8</sup> F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ (2007), «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)», *Diario La Ley*, núm. 6715; F. SOSA WAGNER (2003), «El empleo de recursos propios...», *op. cit.*, pág. 1317; J. M. GIMENO FELIU (2005-06), «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», en *Informe de las Comunidades Autónomas*, págs. 838-858; J. GONZÁLEZ GARCÍA (2007), «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», núm. 173 de esta REVISTA, págs. 217-237; E. ARIMANY LAMOGLIA (2005), «Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la STJCE de 13 de octubre de 2005, As. C-458/03, Parking Brixen GMBH)», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 9, pág. 56.

<sup>9</sup> Los artículos 18 y 63 de la Directiva 2004/18/CE disponen, respectivamente:

*Artículo 18. Contratos de servicios adjudicados en virtud de un derecho exclusivo*

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una agrupación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado».

*Artículo 63.2. Normas de publicidad: umbral y excepciones*

«2. No tendrán la consideración de terceros aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión ni las empresas vinculadas a

régimen jurídico de las relaciones *in house* se haya realizado sobre la base de pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Luxemburgo, encontrando su fundamento en tal jurisprudencia y no en las referidas Directivas.

Por tanto, el recurso a esta técnica es válido, siempre y cuando se respete la jurisprudencia del TJUE recaída sobre la materia, el cual ya declaró en

---

ellas. Se entenderá por «empresa vinculada» cualquier empresa en la que el concesionario pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, o cualquier empresa que pueda ejercer una influencia dominante en el concesionario o que, del mismo modo que el concesionario, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulan. Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, se encuentre en una de las siguientes situaciones con respecto a otra empresa:

- a) tenga en su poder la mayoría del capital suscrito de la empresa; o bien
- b) disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o bien
- c) pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

La lista exhaustiva de estas empresas se adjuntará a la candidatura para la concesión. Esta lista se actualizará en función de las modificaciones que se produzcan posteriormente en las relaciones entre las empresas».

En cuanto al artículo 23 de la Directiva 2004/17/CE, *Contratos adjudicados a una empresa asociada, a una empresa conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta*:

«1. A efectos del presente artículo, se entenderá por *empresa asociada* las empresas que, en virtud de lo dispuesto en la séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 2 del artículo 44 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas, presenten cuentas anuales consolidadas con las de la entidad adjudicadora o, si se trata de entidades que no están sujetas a dicha Directiva, las empresas sobre las cuales la entidad adjudicadora pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante a efectos de la letra b) del apartado 1 del artículo 2, o que puedan ejercer una influencia dominante sobre la entidad adjudicadora, o que, al igual que la entidad adjudicadora, estén sometidas a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que las rigen.

2. Siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en el apartado 3, la presente Directiva no se aplicará a los contratos adjudicados:

- a) por una entidad adjudicadora a una empresa asociada;
- b) por una empresa conjunta, constituida exclusivamente por varias entidades adjudicadoras con el fin de desarrollar las actividades contempladas en los artículos 3 a 7, a una empresa asociada o a una de dichas entidades adjudicadoras.

3. El apartado 2 será de aplicación:

- a) a los contratos de servicios, siempre que como mínimo el 80% del promedio del volumen de negocios que la empresa asociada haya efectuado en los últimos tres años en materia de servicios provenga de la prestación de estos servicios a las empresas con las que esté asociada;

la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (BFI)<sup>10</sup> que para la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste, de modo que «sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, *el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece*». Requisitos, los aquí señalados, que se mantienen

- b) a los contratos de servicios, siempre que como mínimo el 80% del promedio del volumen de negocios que la empresa asociada haya efectuado en los últimos tres años en materia de suministros provenga de la prestación de estos suministros a las empresas con las que esté asociada;
- c) a los contratos de obras, siempre que como mínimo el 80% del promedio del volumen de negocios que la empresa asociada haya efectuado en los últimos tres años en materia de obras provenga de la prestación de estas obras a las empresas con las que esté asociada.

Cuando no se disponga del volumen de negocios de los tres últimos años, debido a la fecha de creación o de inicio de las actividades de la empresa asociada, será suficiente que dicha empresa demuestre que la realización del volumen de negocios contemplado en las letras a), b) o c) sea verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades.

Cuando más de una empresa asociada a la entidad adjudicadora preste servicios, suministros u obras idénticos o similares, los porcentajes mencionados se calcularán teniendo en cuenta el volumen de negocios total resultante respectivamente de la prestación de servicios, suministros u obras por dichas empresas asociadas.

4. La presente Directiva no se aplicará a los contratos adjudicados:

- a) por una empresa conjunta, constituida exclusivamente por varias entidades adjudicadoras con el fin de desarrollar las actividades contempladas en los artículos 3 a 7, a una de dichas entidades adjudicadoras, o
- b) por una entidad adjudicadora a una empresa conjunta de la que forme parte, siempre que la empresa conjunta se haya constituido para desarrollar la actividad de que se trate durante un período mínimo de tres años y que el instrumento por el que se haya constituido la empresa conjunta estipule que las entidades adjudicadoras que la constituyen serán parte de la misma al menos durante el mismo período.

5. Las entidades adjudicadoras comunicarán a la Comisión, a petición de ésta, las siguientes informaciones sobre la aplicación de las disposiciones de los apartados 2, 3 y 4:

- a) el nombre de las empresas o empresas conjuntas de que se trate,
- b) la naturaleza y el valor de los contratos de que se trate,
- c) los elementos que la Comisión considere necesarios para probar que las relaciones entre la entidad adjudicadora y la empresa o la empresa conjunta a la que se adjudiquen los contratos cumplen los requisitos del presente artículo».

<sup>10</sup> Al respecto, de especial interés, M. FUERTES LÓPEZ (1999), «Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *REALA*, núm. 279, págs. 31 y ss.

en jurisprudencia posterior y que se han ido precisando en sucesivas sentencias. Del camino trazado creemos necesario destacar las siguientes notas más sobresalientes.

En todo caso, en primer término, la consideración de medio propio debe ser examinada y aplicada desde una perspectiva de marcado carácter *restrictivo*, como advierte la STJUE de 11 de mayo de 2006 (*Carbotermo*)<sup>11</sup>, y la carga de la prueba de que realmente se dan las especiales circunstancias que justifiquen la excepción de aplicación de la normativa de contratación corresponde a quien quiere beneficiarse de ella.

Además, tal como se indicó en la STJUE de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, *Teckal*), Sentencia que resuelve el recurso interpuesto por la sociedad Teckal contra la adjudicación directa de la gestión del servicio de suministro de combustible a edificios municipales realizada por el Ayuntamiento de Viano (República de Italia) a una mancomunidad de municipios (AGAC), entre ellos el de Viano, para la gestión de los servicios de energía y medio ambiente; para que la presunción de existencia de contrato quede desvirtuada, «... a la vez, el ente territorial» debe ejercer «sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios», y esta persona debe realizar «la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que lo controlan». Requisitos los aquí señalados, el del «control análogo» y el del «vínculo de destino» de la actividad del ente instrumental, que deben darse *cumulativamente*.

Detengámonos, por tanto, someramente, en la doctrina que a lo largo de estos años el Tribunal de Justicia europeo ha ido conformando en relación con cada uno de estos requisitos.

### 1. En relación a la exigencia del «control análogo» al de sus propios servicios

Respecto a este primer requisito, para que pueda darse un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios, el Alto Tribunal europeo *ha negado tal control cuando exista 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 (STJUE de 11 de enero de 2005, Asunto C-26/03, *Stadt Halle*)<sup>12</sup>, pues en otro caso se menoscabaría el

<sup>11</sup> Recientemente, J. L. MEILÁN GIL (2008), *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, pág. 116, pone de manifiesto que los requisitos que justifican la existencia de tal excepción a la normativa de contratos públicos deben interpretarse con carácter restrictivo, para evitar vulneraciones del Derecho comunitario de la contratación pública. M. A. BERNAL BLAY (2008), «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (As. C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*)», *REDA*, núm. 137.

<sup>12</sup> Al respecto, el TJUE llega a la conclusión *supra* referida a: en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público



efecto útil de la Directiva 92/50 (Asunto C-29/04, *Comisión vs República de Austria*), y si tras la realización del encargo al medio propio se produce una entrada en el capital del mismo de sujetos privados, se deberá negar la existencia de tal control análogo (STJUE de 10 de noviembre de 2005, Asunto C-29/04, *Comisión vs República de Austria*). Doctrina que es corroborada por las SSTJUE de 8 de abril de 2008, *Comisión vs República Italiana*, y de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-573/07, *Sea Srl. Commune di Ponte Nossa*), al afirmarse que: «En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, *deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública prevista en dicha Directiva*».

Si bien destacar igualmente que la condición de que la sociedad sea totalmente pública no implica necesariamente que estemos ante un medio propio de la Administración, como se pone de manifiesto en la Sentencia de 13 de octubre de 2005 (Asunto C-458/03, *Parking Brixen*)<sup>13</sup>, donde se afirma: «(...) ha de resultar que la entidad en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad pública influir en sus decisiones, (...) debe tratarse de una posibilidad de *influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes*». Además, el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, *sin ser un indicio decisivo*, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad

a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados..., ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).

<sup>13</sup> Sobre esta Sentencia, vid. E. ARIMANY LAMOGLIA (2005), «Sombras sobre...», *op. cit.*, págs. 48-64. En tal caso, el TJUE estima que los artículos 43 TCE y 49 TCE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma.

Entre la doctrina, J. M. GIMENO FELIU (2006) señala que la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia de dicho control, con lo que, consecuentemente, no resulta cierto que las empresas públicas sean medios propios en todo caso, en *La nueva contratación...*, *op. cit.*, pág. 142. En un sentido más restrictivo todavía, ARIMANY LAMOGLIA señala que debe exigirse como requisito mínimo para considerar a una mercantil como medio propio de un municipio el hecho de que este último sea el titular cien por cien de las acciones, sin que baste la mayoría accionarial, por muy calificada que sea, y aun cuando dicho requisito mínimo puede no ser suficiente para cumplir el primer requisito *Teckal*. «Sombras sobre...», *op. cit.*, pág. 56. Por el contrario, para F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ, lo determinante para la existencia de ese control análogo es la participación mayoritaria, que se torna determinante en los supuestos de accionista único. «¿Pueden los contratos...?», pág. 4.



un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Además, si la eventual influencia en las decisiones se ejerce a través de un intermediario (por ejemplo, una sociedad *holding*), tal circunstancia debilita el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital (Sentencia de 11 de mayo de 2006, Asunto C-340/04, *Carbotermo*).

Aun cuando se pueda reconocer como indiciario de la existencia de un control análogo el dato de la participación íntegramente pública en el capital social, el TJUE en el caso *Carbotermo* afirma que «... el control que el municipio de Busto Arsizio ejerce sobre estas dos sociedades no va más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconoce a la mayoría de los socios, lo que limita considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas»<sup>14</sup>.

No obstante tal puntualización, creemos de interés traer aquí a colación también la STJUE de 19 de abril de 2007 (Asunto C-295/05, *Asemfo vs Tragsa*)<sup>15</sup>, que maneja aquel mismo criterio, al tomar en consideración que el capital social pertenezca íntegramente a entes públicos —Estado (99%) y Comunidades Autónomas (1%)— como dato para entender que se cumple el requisito del control análogo, reproduciendo parcialmente la Sentencia *Carbotermo*, puesto que omite la expresión «sin ser un indicio decisivo», de manera que para el TJUE en el caso *Tragsa* únicamente bastaría que concurra el indicio del capital íntegramente público (aun en ausencia de otros) para afirmar la existencia de tal control análogo. Y, a nuestro juicio, este dato es insuficiente por sí solo para sostener que así se está pudiendo influir de forma determinante en el ente instrumental, amén de que el Tribunal de Justicia con tal pronunciamiento se aparta por completo de la doctrina hasta el momento fijada por él en la conformación del régimen jurídico de las relaciones *in house*<sup>16</sup>.

A este respecto, resulta de sumo interés la referencia contenida en el Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, donde al abordar la adjudicación de los contratos de servicio público se admite la adjudicación directa a entidades sobre las que se ostente un «control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios», recogándose en síntesis la jurisprudencia del Tribunal europeo en esta ma-

<sup>14</sup> Recordemos que los estatutos de las sociedades no otorgaban al municipio de Busto Arsizio ninguna facultad de control ni le atribuían ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a los Consejos de Administración de las referidas sociedades.

Asimismo, el Abogado General, Sr. Yves Bot, en sus conclusiones presentadas el 20 de septiembre de 2007, en el Asunto C-220/06, *Correos*, insiste en que la participación íntegramente pública en el capital social de una empresa no es un dato decisivo.

<sup>15</sup> M. FUERTES LÓPEZ (2008), «Tragsa es de casa (Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007)», *NUE*, núm. 287, págs. 95-98; M. A. BERNAL BLAY (2008), «Un paso en falso...», *op. cit.*, pág. 124.

<sup>16</sup> M. A. BERNAL BLAY (2008), «Un paso en falso...», *op. cit.*, págs. 124-138; J. PERNAS GARCÍA (2008), *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, págs. 101-110.

teria, y se establece que «... para determinar la existencia de ese control por la autoridad local competente, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y las decisiones aisladas de gestión. De conformidad con la legislación comunitaria, la propiedad del 100% por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista una influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios» (art. 5).

En suma, tal «control análogo» tendrá lugar cuando el ente instrumental carezca, efectivamente, de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto de la Administración encomendada, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual<sup>17</sup>. De ahí que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admita en la Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (Asunto C-325/07, *Coditel Brabant*) que varias entidades puedan ejercer un control análogo sobre un mismo ente propio, no siendo indispensable que el control sea individual, pudiéndose ejercer *de forma conjunta*. Añadiéndose en la reciente Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-573/07, *Sea Srl y Commune di Ponte Nossa*) que

*«el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios (...) cuando:*

- *la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y*
- *cuando, a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad»;*

indicación esta última que se remarcó en el caso *Parking Brixen*, y que permitiría a las entidades accionistas públicas cumplir en todo momento plenamente sus objetivos de interés público en el seno de tal sociedad, sin necesidad de una potestad de impartir instrucciones.

<sup>17</sup> J. M. GIMENO FELIU (2010), *Novedades...*, *op. cit.*, pág. 111; E. ARIMANY LAMOGLIA (2005), «Sombras sobre...», *op. cit.*, pág. 56.

## 2. El criterio del «vínculo de destino» del ente instrumental<sup>18</sup>

En cuanto al segundo requisito que se exige para admitir la existencia de *in house providing*, realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan, señalar que su alcance, fundamentalmente, ha quedado establecido en la Sentencia de 11 de mayo de 2006 (Asunto C-340/04, *Carbotermo*), al afirmarse: «... sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, cuando la actividad de dicha empresa está destinada, principalmente, a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (...). Para apreciar si concurre este supuesto, el juez competente debe tomar en consideración todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas».

Y añade: «(...) cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, *no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto*».

Destacándose, asimismo, que «(...) si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad» (la cursiva es nuestra).

Exigencias todas ellas que corroboran el que estemos ante una forma de autoprovisión por parte de la entidad adjudicadora, no teniendo cabida tal exención en el caso de que el ente instrumental provea, además, a otros sujetos públicos y privados como cualquier otra empresa del mercado.

### III. LOS SERVICIOS *IN HOUSE PROVIDING* EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

La noción de medio propio es objeto de tratamiento con carácter general en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP al referirse, respectivamente, a un supuesto de negocio jurídico excluido de su aplicación y a la ejecución «por administración» y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares que contiene el artículo 24 LCSP.

<sup>18</sup> Entre otros, E. ARIMANY LAMOGLIA (2005), «Sombras...», *op. cit.*, pág. 57; E. MONTOYA MARTÍN (2009), *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 96-100; J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2009), «Las encomiendas instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 47, págs. 51-52; J. PERNAS GARCÍA (2008), *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos: análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, págs. 154-173.

De ahí que, al objeto de poder realizar las observaciones pertinentes, nos permitamos transcribir la letra de tales preceptos, señalados *supra*, por cuanto resultan ser obligado punto de partida. El artículo 4.1.n) LCSP dice así:

*«1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:*

*(...)*

*n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174».*

De otra parte, el artículo 24.6 LCSP dispone:

*«6. A los efectos previstos en este artículo y en el art. 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

*En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.*

*La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en*

*que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».*

A los efectos que interesan a estos comentarios, realizaremos las siguientes observaciones:

i) Desde los primeros textos sobre contratación se ha excluido la aplicación del régimen de contratación pública a varios supuestos, y así la «huida» de las normas de Derecho administrativo en favor de la rapidez y eficacia ofrecida por el Derecho privado, ha justificado la redacción de un listado de negocios y contratos excluidos, y entre ellos se mencionan ciertos negocios entre las Administraciones y sus organismos y sociedades. Baste para ello con echar un vistazo a la letra de los diferentes preceptos hasta hace poco existentes [arts. 3.1.c) y 3.1.d) LCAP, arts. 3.1.l) y 3.1.f) TRLCAP] para llegar al artículo 4 de la LCSP y, precisamente, a las letras c), d) y n).

Así, es la referencia al concepto de «medio propio» o servicio técnico de la Administración del artículo 24.6, esto es, el encargo de prestaciones típicamente contractuales a un ente instrumental, sin aplicar la normativa de contratación pública, lo que ahora resulta de gran interés, dada la proliferación de «medios propios» y, por tanto, la configuración de una vía de escape o inaplicación de las reglas públicas de la contratación.

Si bien resulta de interés, con carácter previo, hacer una serie de precisiones en aras de ir perfilando el régimen jurídico de los servicios *in house providing*, de ahí que en primer término destaquemos el poco acierto de la redacción del artículo 4.1.n) al remitir, para la consideración de una entidad como medio propio, a la regulación de la *ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración* (ejecución «por administración») y la *ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares* del artículo 24, cuando se trata de sistemas de ejecución de contratos diferentes.

Así, la *ejecución «por administración»* se aplica a las obras y a la fabricación de bienes muebles, mientras que los encargos *in house* comprenden también los contratos de servicios, no dándose, por tanto, una correspondencia entre los ámbitos propios de uno y otro. De otra parte, la ejecución por administración de obras y bienes muebles sólo cabe en aquellos supuestos en que el importe de la prestación sea inferior a los umbrales de interés comunitario, mientras que en los encargos *in house providing* pueden versar sobre prestaciones de cualquier importe, esto es, tanto inferior como superior a los umbrales de interés comunitario, y ello por cuanto la encomienda recae sobre una entidad que no es distinta de la Administración encomendante<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> «La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos *in house*, con especial referencia al ámbito local», en *La Ley de contratos del sector público y su aplicación por las entidades locales* (Coord. J. A. MORENO MOLINA), CEMCI, págs. 179-180; AA.VV. (2002), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Coord.

Asimismo, resulta también de interés traer aquí a colación la utilización de «*convenios*» para articular la gestión conjunta de servicios públicos. Instrumento aquél, el del convenio interadministrativo, que se recoge en la LCSP como supuesto excluido de su ámbito de aplicación en el artículo 4.1.c)<sup>20</sup> y que ha sido objeto de tratamiento específico recientemente en la *STJUE de 9 de junio de 2009, Asunto C-480/06, Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*, donde parece potenciarse el recurso a la figura de los *convenios bilaterales de cooperación interadministrativa* como supuesto (al margen de los servicios *in house*) que permite excepcionar la aplicación de las Directivas comunitarias de contratación pública. Pero veamos los términos de las mismas.

La mencionada Sentencia resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra la República Federal de Alemania por vulneración de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, por cuanto cuatro Landkreise de Baja Sajonia (circunscripciones administrativas) celebraron directamente un contrato público relativo a la eliminación de residuos (en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm) con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, sin que dicho contrato público de servicios fuera objeto de una licitación en el marco de un procedimiento formal a nivel de la Comunidad Europea.

A este respecto, la *República Federal de Alemania* alegó que el contrato controvertido es la culminación de un acuerdo sobre la ejecución en común de una misión de servicio público, de una operación interna de la Administración, que incumbe a los Landkreise en cuestión y a la ciudad de Hamburgo, todos competentes en materia de eliminación de residuos. Y añadió que «la operación de cooperación municipal» controvertida tiene por objeto una actividad que se desempeña en la esfera estatal, no afecta al mercado y, por tanto, no pertenece a la normativa sobre contratación pública. Así, las partes implicadas si fuera necesario, en base a ese acuerdo, se prestarán asistencia en el mercado de la ejecución de su obligación legal de eliminación de residuos y, por ello, desempeñan esa misión mancomunadamente en la región de que se trata.

---

E. JIMÉNEZ APARICIO), Ed. Aranzadi, págs. 1125-1142; T. DE LA QUADRA-SALCEDO (2006), «La ejecución de obras por la Administración», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Dir. GÓMEZ-FERRER), págs. 889 y ss.

<sup>20</sup> El artículo 4.1.c) LCSP dispone:

«1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

(...)

c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley».



Por su parte, la Comisión estima que estamos ante un contrato de servicios de la Directiva 92/50/CEE, y considera que «los servicios prestados en el caso de autos no pueden considerarse como constitutivos de una asistencia administrativa en la medida en que los servicios de limpieza urbana no ejercen sus actividades en virtud de una ley o de otros actos unilaterales, sino sobre la base de un contrato». Y añade: «las únicas excepciones permitidas en cuanto a la aplicación de las directivas sobre contratación pública son las mencionadas taxativa y expresamente en ellas [véase la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. pág. I-8121, apartado 43, sobre la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro]. Según ella, en la Sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España (C-84/03, apartados 38 a 40), el Tribunal de Justicia confirmó que los contratos de cooperación horizontal celebrados por entidades territoriales, como el controvertido en el caso de autos, están sometidos a la normativa sobre contratación pública».

Asimismo, la Comisión rechaza la invocación de la excepción *in house* que hace Alemania, al estimar que el requisito del «control análogo» no concurre en el caso de autos, ya que ninguna de las entidades adjudicadoras de que se trata tiene poder sobre la gestión de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo. Postura que, lógicamente, no sostiene la República Federal de Alemania, que entiende que «en el marco de la región metropolitana de Hamburgo, se satisface la exigencia relativa a la intensidad del control ejercido, que debe evaluarse bajo el prisma del interés público (véase, en este sentido, la Sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 50), ya que las Administraciones de que se trata ejercen entre sí un control recíproco», y «(...) alega que, si se hubiese realizado una licitación, es posible que los servicios de limpieza urbana de Hamburgo no hubiesen podido licitar, puesto que, en 1994, esta ciudad no disponía de una capacidad de valorización de residuos que le incitase a participar en tal licitación. La construcción de la instalación de Rugenberger Damm se planificó únicamente a raíz de las necesidades de los Landkreise de que se trata de valorizar sus residuos, necesidad que se puso de manifiesto ulteriormente, y de la garantía de que éstos utilizarían una futura central».

A la vista de todo ello, el Tribunal de Justicia, partiendo de la doctrina por él conformada al abordar las relaciones *in house* y, en especial, al analizar el requisito del control análogo, pone de relieve cómo en este supuesto no está ante un servicio *in house providing*, pero sí ante otro caso en el que también puede excepcionarse la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública como es que el control controvertido establece una cooperación entre entidades locales que tiene como finalidad garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas, en concreto la eliminación de residuos.

Además, tal contrato es la culminación de una acción de cooperación intermunicipal entre los cuatro Landkreise y el servicio de limpieza urbana de Hamburgo (que no es un medio propio de los Landkreise), y tiene como finalidad permitir a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más fa-

vorables posibles gracias a los aportes de los residuos de los Landkreise vecinos, lo que permite alcanzar una capacidad de 320.000 toneladas. Por este motivo, la construcción de dicha instalación sólo se decidió y se realizó una vez que los cuatro Landkreise de que se trata acordaron utilizar la central y se comprometieron al respecto.

Y añade:

*«... el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido, la Sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 50 y 51).*

*Por otro lado, procede señalar que de ninguno de los elementos aportados ante el Tribunal de Justicia se desprende que, en el presente caso, las entidades de que se trata hayan orquestado un montaje destinado a eludir la normativa sobre contratación pública».*

Ciertamente, este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe tomarse con cautela de manera que no se convierta en la vía que legitime, en todo caso, el recurso al «convenio» cuando la prestación que contiene esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva de contratos, o, dicho de otro modo, se facilite así la adjudicación directa de contratos sometidos a la LCSP.

ii) Por el contrario, volviendo a la técnica *in house*, sí nos parece de todo punto acertada la expresa previsión contenida en el artículo 4.1.n) LCSP al referirse a las «subencomiendas», esto es, a los contratos que celebre el ente *in house* con terceros para la realización de las prestaciones objeto del encargo, que «quedarán sometidos» a la Ley de Contratos, «en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección II del Capítulo II de este Título preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 12.1.1 y 174», relativos a con-

tratos celebrados por poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones públicas.

Resulta, por tanto, que los «*medios propios*» son «*poder adjudicador*», y se deben someter a la LCSP, pero no basta con el mero hecho de ser empresa pública para entender que es un medio propio, puesto que lo determinante es que se cumplan los criterios de la doctrina *Teckal*, a los que nos hemos referido<sup>21</sup>, al margen, por consiguiente, de que una norma o incluso vía convenio se declare expresamente que el ente de que se trate es «medio propio».

En todo caso, el poder adjudicador-medio propio va a poder ser tanto un poder adjudicador que, a su vez, tenga la condición de Administración pública (por ejemplo, un organismo autónomo) como un poder adjudicador que no sea Administración (por ejemplo, una sociedad mercantil), a los efectos de la actual legislación de contratos<sup>22</sup>, estableciéndose, además, diferentes niveles de aplicabilidad en atención a la entidad contratante y al propio tipo de contrato de que se trate, esto es, contratos administrativos, privados, armonizados y no armonizados, que arrojan, en definitiva, variados regímenes jurídicos que se superponen unos con otros y suponen mayor complejidad.

Por consiguiente, para el caso de poder adjudicador-medio propio que no es Administración pública, la aplicabilidad de la LCSP es parcial. Y en este nivel es donde cobra especial relevancia la distinción entre contratos armonizados y no armonizados. Así, una EPE o una sociedad mercantil que reúna las características del concepto comunitario «organismo de derecho público» y que celebre un *contrato sujeto a regulación armonizado*, se regirá por unas reglas de contratación cercanas a las de las Administraciones públicas en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de esos contratos armonizados (sujetos a la Directiva 2004/18/CE), esto es, a los artículos 27, 104, 105, 173 y 174 LCSP. Por el contrario, si celebran *contratos no sujetos a regulación armonizada*, se asimilarán al procedimiento de contratación del «resto de entes del sector público», esto es, un nivel de aplicabilidad mínimo de la LCSP, donde no se aplican procedimientos reglados de licitación, los cuales

<sup>21</sup> J. M. GIMENO FELIU (2008), «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público: luces y sombras», núm. 176 de esta REVISTA, pág. 46; E. MONTOYA MARTÍN (2009), *Los medios propios...*, *op. cit.*, págs 92-101; M. A. BERNAL BLAY (2008), «La problemática relativa...», *op. cit.*; F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ (2007), «¿Pueden los contratos...?», *op. cit.*; J. GONZÁLEZ GARCÍA (2007), «Medios propios...», *op. cit.*; M. REBOLLO PUIG (2003), «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», núm. 161 de esta REVISTA, págs. 377-381.

<sup>22</sup> Recordemos que la LCSP señala tres niveles distintos: poder adjudicador-Administración pública, poder adjudicador-no Administración pública, y resto de entes del sector público que no sean Administración pública ni poder adjudicador. Sobre el ámbito subjetivo de la LCSP, vid., entre otros, J. M. GIMENO FELIU (2008), «El nuevo ámbito...», *op. cit.*, pág. 40; ídem (2008), «Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público», en *El Derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública; C. CHINCHILLA MARÍN (2007), «La nueva Ley de Contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *RVAP*, núm. 79, págs. 41-70; S. DEL SAZ (2007), «La nueva Ley de Contratos del sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», núm. 174 de esta REVISTA, págs. 347-350; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS (2007), *La nueva Ley de contratos del sector público*, págs. 123-129; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, págs. 702 y ss.

son sustituidos por la aplicación de los meritados principios (publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad, no discriminación) y se remite a unas «instrucciones de obligado cumplimiento» (el art. 175). Pero, además, por expresa previsión del artículo 21.2, segundo inciso, el orden jurisdiccional civil será el competente para conocer de lo que afecte a la preparación y adjudicación de los contratos privados de esos entes sometidos a la Ley, pero no AP, siempre que, repito, sean contratos no sujetos a regulación armonizada.

Efectivamente, debemos llamar la atención aquí cómo el juego combinado ente contratante-tipo de contrato de que se trate arroja también en la adjudicación del mismo unas consecuencias distintas. De ahí que estén obligados a elaborar y aprobar «instrucciones internas» para desarrollar el procedimiento de adjudicación de sus contratos no sujetos a regulación armonizada los poderes adjudicadores-no Administración pública; por tanto, *ad exemplum*, las EPES, las sociedades mercantiles en mano pública que encajen en el concepto de organismo de Derecho público, así como, para todo tipo de contratos, los entes del sector público que no se consideren poderes adjudicadores. Instrucciones que deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos a que aquéllas se refieran y deben publicarse en el perfil del contratante de la entidad, y que la inmensa mayoría de los entes obligados a elaborarlas han elaborado y aprobado con rapidez, habida cuenta que a través de ellas se abre el portillo al escape de los principios generales de la contratación pública<sup>23</sup>.

iii) Pero centrémonos ahora propiamente en la técnica de los servicios *in house* prevista en la LCSP, partiendo de la premisa de que los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE se tratan de recoger en los artículos 4.1.n) y 24.6 LCSP, aplicándose *para todos los umbrales*, aunque el objetivo de cumplir con la mencionada jurisprudencia y el Derecho comunitario no parece cumplirse, como tendremos ocasión de comprobar en las páginas que siguen.

iv) Comienza el artículo 24.6 LCSP disponiendo que: «A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores (...)».

Para saber qué «entes, organismos y entidades del sector público» pueden ser medios propios, tal como preceptúa el artículo 24.6, es preciso conectar ello con el artículo 3 LCSP, que, como hemos indicado, dibuja tres tipos de entes comprendidos bajo aquella genérica expresión: «Administración pú-

<sup>23</sup> J. A. MORENO MOLINA (2009), «Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», núm. 178 de esta REVISTA, págs. 201-202; J. M. GIMENO FELIU (2008), «El nuevo ámbito...», *op. cit.*, pág. 49, se refiere al peligro de tal deslegalización procedimental, y pone el acento en cuestionarse qué naturaleza jurídica tienen tales instrucciones y a quién corresponde el control de su contenido.

blica-poder adjudicador», «poder adjudicador-no Administración» y «otros entes del sector público». Y, asimismo, debemos contraponer el artículo 24.6 al artículo 4.1.c) LCSP para concluir que este último se refiere a los convenios de colaboración que se celebren entre las entidades del sector público que, a tenor del artículo 3.2, sean Administraciones públicas, que quedarán excluidos de la LCSP salvo que, por su naturaleza, aquéllos tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

En consecuencia, la letra del artículo 24.6 LCSP en relación con el artículo 4.1.n) se está refiriendo, en principio, a los medios propios o servicios técnicos entre la Administración matriz y «entes, organismos y entidades» que no tengan la consideración de Administración pública a los efectos de la LCSP, esto es, por ejemplo, Entidades Públicas Empresariales (EPES); las equivalentes a éstas a nivel autonómico y también a nivel local; las sociedades mercantiles públicas. Si bien, tal como ha manifestado MONTROYA MARTÍN<sup>24</sup>, estimamos también que quedan excluidos de la LCSP los encargos domésticos entre la Administración pública matriz y sus entes instrumentales, que tengan la consideración de Administración pública, cuando la Administración encomendante ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y tales entes realicen la parte esencial de su actividad para la Administración matriz que las controla. Aplicándose, por tanto, la doctrina *Teckal* y demás jurisprudencia del TJUE sobre los *in house providing* a los encargos entre Administraciones públicas<sup>25</sup>.

v) Por lo que se refiere a los dos requisitos que deben concurrir para la ruptura de la presunción de existencia de contrato y que, en consecuencia, no entren en juego las normas aplicables a los mismos, y nos hallemos ante un supuesto de medio propio, cabe decir en relación con el primero de ellos, esto es, el del *control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios*, que no parece recogerse fielmente la doctrina comunitaria (*Teckal*) sobre el mismo, ya que se dispone en el artículo 24.6: «*En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles **encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria** para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y **cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan***» (la negrita es nuestra). Un concepto de control, por tanto, que no sigue el camino trazado por la Sentencia *Carbotermo* cuando indica que aquél ha de consistir en una *influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones importantes de la entidad medio propio*. Dando paso, por consiguiente, a un concepto laxo de medio propio.

Pero, a mayor abundamiento, cuando se trate de un ente instrumental de carácter societario, de acuerdo con la LCSP, «*además, la totalidad de su ca-*

<sup>24</sup> E. MONTROYA MARTÍN (2009), *Los medios propios...*, op. cit., pág. 88.

<sup>25</sup> E. MONTROYA MARTÍN (2009), *Los medios propios...*, op. cit., pág. 89-90; H. GONZÁLEZ PEQUEÑO (2000), *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, págs. 118-154; J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2009), «Las encomiendas...», op. cit., pág. 67.

*pital deberá ser de titularidad pública»* (art. 24.6, primer párrafo, *in fine*, LCSP), puesto que la participación de una empresa privada, aunque sea minoritaria, excluye ese control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. Sin embargo, la LCSP no señala si la Administración encomendante de la prestación debe ser la titular de la totalidad de las acciones de la sociedad en mano pública, cuestión de sumo interés en el ámbito local<sup>26</sup>, ni se hace referencia a si es exigible un determinado porcentaje de participación por parte de la Administración que participa en el capital de la sociedad para que a ésta se la considere medio propio de aquélla, si bien estimamos que no puede ser cualquier porcentaje y, desde luego, en todo caso, para que se dé el requisito del control análogo, de entre las entidades públicas que participen en el capital social, sólo se cumplirá para aquella o aquellas entidades que tengan un poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes, tal como se deduce de la jurisprudencia comunitaria recaída en la materia apuntada en páginas precedentes.

Asimismo, resulta conveniente detenerse en la consideración como medio propio de otros entes, que se deduce del propio artículo 24 LCSP, como pueden ser los *consorcios*, que en el ámbito local admiten la presencia de entidades privadas entre sus integrantes, tal como recoge el artículo 87.1 de la LRBRL y, en Cataluña, el artículo 269 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña de 2003, al establecer que los entes locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones públicas para finalidades de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que tengan finalidades de interés público concurrentes con las de los entes locales.

Luego de tal previsión se deduce que los consorcios pueden convertirse en entidades mixtas, y que para ellos la exigencia del requisito de totalidad de capital público que se establece para el caso de que el medio propio tenga forma jurídica societaria requiere algunas matizaciones. Al respecto, sólo podemos considerar al consorcio mixto medio propio cuando directamente (no si acude a la gestión indirecta) lleve a cabo las tareas que se le encomienden, y lo que producirá la exclusión es el carácter no económico del servicio o actividad gestionado. Resultando que, como destaca la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 9/2009, de 3 de julio, la participación mayoritaria de tales entidades sin ánimo de lucro (en tal caso, fundaciones) en consorcios con objetivos y finalidades públicos coincidentes con los que les son propios no afecta al principio de libre circulación de servicios y no altera la competencia.

vi) Respecto al requisito *realizar la parte esencial de la actividad para los poderes adjudicadores que los controlan*, estimamos que debe hacerse por

<sup>26</sup> E. MONTROYA MARTÍN (2009), *Los medios propios...*, *op. cit.*, pág. 96, afirma que «la ambigüedad del precepto ampara la disociación entre la titularidad accionarial pública y Administración encomendante de la prestación (...)»; J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2009), «Las encomiendas...», *op. cit.*, pág. 67; M. A. BERNAL BLAY (2008), «La problemática...», *op. cit.*, págs. 181-184.



parte del TJUE un esfuerzo por acabar de precisarlo, ya que el objeto de los entes instrumentales medio propio suele ser recogido en sus estatutos legales de una forma amplia, incluyendo encargos o negocios internos o domésticos y actividades de mercado.

De ahí que conviene remarcar que tales actividades de mercado deben ser excepcionales y, de darse la condición de medio propio, debe estar sujeto a revisiones periódicas, para poder ir comprobando si sigue ejerciendo la parte esencial de la actividad para la Administración que lo controla.

vii) Finalmente, la LCSP dispone la necesidad de que, expresamente, *se reconozca en la norma de creación o por sus estatutos* la condición de medio propio de aquellas entidades que cumplan los criterios mencionados en el artículo 24.6; exigencia que carece de sentido por cuanto lo importante es que la entidad de que se trate sea verdaderamente «medio propio», esto es, que reúna los requisitos al margen de que la norma lo declare o no<sup>27</sup>. Normas que deberán determinar el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o en las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que cuando no concurra ningún licitador pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

#### IV. LOS *IN HOUSE PROVIDING* EN EL ÁMBITO LOCAL A LA VISTA DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES Y DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE LA MATERIA

Ligado con todo lo hasta ahora indicado sobre los encargos *in house*, merece una especial consideración el modo de operar de los mismos en el ámbito local tras las SSTJUE de 13 de noviembre de 2008, Asunto C-324/07, *Coditel Brabant SA y Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*; de 9 de junio de 2009, Asunto C-480/06, *Comisión contra República Federal de Alemania*; y de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-573/07, *Sea Srl y Commune di Ponte Nossa, Se.T.Co.Spa*, donde, de algún modo, como podremos observar, se modulan los criterios de la doctrina *Teckal* cuando se trata de entes instrumentales de control conjunto por varias entidades locales como manifestación de la colaboración interadministrativa. Asimismo, un particular supuesto de servicios *in house providing* en el ámbito local lo constituye la regulación prevista en el artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 (LRBRL), tras la reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (LMMGL), así como por la propia LCSP en su disposición final primera, cuando establece las diferentes formas de gestión directa de los servicios públicos locales, a que nos referiremos.

<sup>27</sup> M. REBOLLO PUIG (2003), «Los entes institucionales...», *op. cit.*, págs. 377-381.

Así, de entre las diferentes posibilidades que se recogen en la LRBRL, nos interesa el supuesto de gestión directa del servicio público a través de sociedad mercantil, al objeto de determinar si los requisitos que se exigen en el artículo 85.2.A.d) LRBRL son acordes con las exigencias recogidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para permitir la inaplicación de la normativa comunitaria de contratos. Al respecto, el artículo 85.2.A.d) dispone en su nueva versión, introducida por la disposición final primera de la LCSP:

«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** (la negrita es nuestra).

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

Y, asimismo, de otra parte, el artículo 85 ter de la LRBRL establece:

«1. Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

2. La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma».

1. La gestión directa de servicios públicos locales a través de sociedad mercantil local: el nuevo artículo 85.2.A.d) LRBRL y el artículo 8.2 LCSP

El juego combinado del artículo 8.2 LCSP<sup>28</sup> y del nuevo artículo 85.2.A.d) LRBRL arroja una novedad consistente en que parece exigirse para el su-

<sup>28</sup> El artículo 8.2 de la LCSP reza: «2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato (esto es, al de gestión de servicios públicos) no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública».

puesto de la gestión directa de servicios públicos a través de sociedad mercantil que la titularidad del capital sea pública, sin que la Administración encomendante, titular del servicio, tenga que tener participación alguna en el capital social, eludiéndose así el requisito del control análogo. Pero esta interpretación, de aceptarse, tal como se indica, acertadamente, por GIMENO FELIU y MONTOYA MARTÍN<sup>29</sup>, resultaría contraria a los principios generales del Derecho comunitario, libre competencia, igualdad y no discriminación, además de permitir eludir las reglas públicas de la contratación, constituyendo, por tanto, un fraude de ley. Y, en este sentido, resultan altamente ilustrativas las consideraciones realizadas por el Abogado General, Sr. Geelhoed, en el caso *Asemfo-TRAGSA*, al señalar: «*Por otra parte, a la Comisión no le falta razón cuando afirma que las estructuras en las que varios entes públicos utilizan un medio instrumental, que en términos de competencias para ejercer influencia opera como el “medio propio” de sólo uno de estos entes, pueden dar lugar a abusos. Pueden tener como consecuencia que los entes públicos, para la ejecución de obras y la prestación de servicios que de otro modo hubieran sometido a un procedimiento de licitación pública, recurran, o sean invitados a recurrir, al servicio “propio” instrumental ya existente de otro ente público. Esto puede conducir a que extensos sectores del mercado quedan sustraídos a los efectos del Derecho comunitario primario y derivado en materia de contratación pública*» (apartado 96).

Por consiguiente, estimamos que no será medio propio y, por tanto, se incluirán en las Directivas de contratación los encargos de una entidad territorial a un ente dependiente (por ejemplo, una sociedad mercantil) *de otro* ente territorial distinto de aquel que hace la encomienda, queriéndose legitimar así la gestión directa de un servicio público local mediante una «encomienda cruzada» amparándose en la letra del artículo 85.2.A.d) LRBRL.

Asimismo, también se plantea aquí si es admisible acudir a la figura del convenio interadministrativo entre entidades locales (por ejemplo, dos Ayuntamientos) para la prestación de un determinado servicio a través de una sociedad de capital íntegramente municipal *de una* entidad local, que puede ser una de las que suscribe el convenio, o incluso, yendo más allá, que tal sociedad preste sus servicios en otros municipios en régimen de cooperación. En nuestra opinión, siguiendo el criterio manifestado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en su Sentencia de 30 de octubre de 2000<sup>30</sup>, ello no es de recibo, puesto que se utiliza la figura del convenio como cobertura formal, transfiriéndose potestades administrativas para la gestión de un servicio público municipal a una sociedad mercantil (persona jurídico-privada), no mediando ninguna vinculación entre ésta y el Ayuntamiento del

<sup>29</sup> E. MONTOYA MARTÍN (2009), *Los medios propios...*, *op. cit.*, pág. 142; J. M. GIMENO FELIU (2005-06), «La problemática derivada...», *op. cit.*, págs. 838-858; ídem (2010), *La nueva contratación...*, *op. cit.*, pág. 146.

<sup>30</sup> Al respecto, resultan de sumo interés la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000 (RAJ 2309) y la STSJ de Valencia de 13 de marzo de 2003. M. A. BERNAL BLAY (2008), «La problemática relativa...», *op. cit.*, págs. 193-194.

municipio de que se trate que ha conveniado con otro/s municipio/s titular/es del capital de la mencionada sociedad<sup>31</sup>.

Otro matiz plantea también el artículo 85.2.A.d) de la LBRL, el relativo a la posibilidad de que se constituya como medio propio un determinado ente instrumental (sociedad mercantil local) dependiente de una mancomunidad de municipios, que es la titular de la totalidad del accionariado de aquélla. Se concitan en este supuesto, por tanto, varias Administraciones dominantes o matrices, que pretenden ejercer todas y cada una de ellas sobre el ente instrumental un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios<sup>32</sup>. En tal hipótesis debemos partir, igualmente, de la necesidad de que se cumplan los requisitos de la jurisprudencia comunitaria (doctrina *Teckal*), si bien la aplicación de los mismos a estas fórmulas de control conjunto, expresión de la colaboración y cooperación entre Administraciones locales, puede comportar la modulación del requisito del *control análogo*, como así parece deducirse de la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA*, entre otras que serán objeto de nuestra atención en el epígrafe siguiente.

<sup>31</sup> E. CARBONELL PORRAS (2003), «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias, ¿convenio o contrato administrativo?», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. S. Martín-Retortillo*, Civitas, págs. 393-394. En sentido distinto, F. SOSA WAGNER (2003), «El empleo de recursos...», *op. cit.*, pág. 1340.

<sup>32</sup> A ello se refiere la Ley 1/2007, de 14 de febrero, que modifica la Ley Foral 6/1990, de Administración Local de Navarra, al regular las «*sociedades interlocales*» de capital únicamente público perteneciente a varias entidades locales.

Así, el artículo 2 de la Ley 1/2007, que modifica el artículo 192.2.d) de la Ley 6/1990, dispone:

«(...) d) *Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a una o varias entidades locales o a una o varias entidades públicas dependientes de aquélla o aquéllas*».

Asimismo, el artículo 224.5 de la Ley de Administración Local de Navarra establece:

«*Las Sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a una o varias entidades locales o a una o varias entidades públicas dependientes de aquélla o aquéllas se entenderán como entes instrumentales propios de ella o de todas ellas a efectos de que a las encomiendas a las mismas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministro, concesión de obras o servicios o asistencia no les sea de aplicación la legislación foral de contratos públicos siempre que reúnan los siguientes requisitos:*

a) *Ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades encomendantes, al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades.*

b) *Que la mayor parte de su actividad la realicen para las entidades encomendantes*».

2. *La flexibilización de la doctrina Teckal a la luz de la última jurisprudencia comunitaria: SSTJUE de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant SA; de 9 de junio de 2009, Comisión/República Federal de Alemania; de 10 de septiembre de 2009, Sea Srl. y Commune di Ponte Nossa*

El punto de partida en la flexibilización del criterio del control análogo se produjo con ocasión de la STJUE *TRAGSA II*, cuando se dispuso que no se exige a la Administración encomendante que ejerza un control individual, siendo suficiente un poder de control colectivo, siempre que esté reconocida la obligación legal de que el ente instrumental atienda al encargo del poder encomendante. Criterio, así interpretado, que facilita el recurso a entes instrumentales comunales creados en la mayoría de ocasiones para cubrir las necesidades de las Administraciones con escasa capacidad económica, como pueden ser los entes locales; de manera que, teniendo presente las especiales circunstancias concurrentes en las Administraciones públicas afectadas, el requisito del control análogo se atenúa operando una interpretación funcional del mismo<sup>33</sup>.

Así, acorde con este nuevo camino trazado por el Tribunal de Justicia, donde no se exige el requisito del control análogo de una forma estricta, se sitúa la STJUE de 13 de noviembre de 2008, asunto *Coditel Brabant SA*. Detengámonos en ella.

Los términos del litigio principal eran los siguientes: El municipio belga de Uccle permitió a Coditel instalar y explotar una red de teledistribución en su término municipal de 1969 a 1999. El 28 de octubre de 1999, dicho municipio decidió comprar dicha red con efectos desde el 1 de enero de 2000. A este fin, mediante decisión también de fecha 28 de octubre de 1999, el municipio de Uccle convocó una licitación para conceder a un futuro concesionario la explotación de la mencionada red. Cuatro sociedades, entre ellas Coditel, presentaron su candidatura a dicha licitación. El 25 de mayo de 2000, el municipio de Uccle decidió desistir del otorgamiento de la concesión de explotación de su red de teledistribución y orientarse a la venta de la misma. Se publicó un anuncio de licitación para los candidatos a adquirentes en el *Bulletin des adjudications* de 15 de septiembre de 2000. Cinco sociedades, entre ellas Coditel, presentaron ofertas de compra. Además, Brutélé, sociedad cooperativa intermunicipal, presentó al municipio de Uccle una propuesta de adhesión como miembro asociado en vez de una oferta de compra. Tras estimar que cuatro de las cinco ofertas eran inadmisibles y que la única oferta admisible, a saber, la de Coditel, era demasiado baja, el municipio de Uccle decidió el 23 de noviembre de 2000 desistir de la puesta en venta de la red municipal de teledistribución y, en esa misma fecha, el municipio de Uccle decidió asociarse a Brutélé, concediendo a ésta la gestión de su red de teledistribución.

<sup>33</sup> J. GONZÁLEZ GARCÍA (2007), «Medios propios...», *op. cit.*, pág. 237; E. MONTOYA MARTÍN (2009), *Los medios propios...*, *op. cit.*, pág. 174.

Mediante escrito de demanda presentado el 22 de enero de 2001, Coditel interpuso ante el Conseil d'État (Bélgica) un recurso de anulación de la resolución de 23 de noviembre de 2000, mediante la cual el municipio de Uccle se asoció a Brutélé. En ese marco, Coditel imputó a dicho municipio haberse asociado a Brutélé y haber atribuido a ésta la gestión de su red de teledistribución sin proceder a la comparación de las ventajas de esa modalidad y las que habría supuesto la concesión de su red de teledistribución a otro operador. Coditel alegó que, al actuar así, el municipio de Uccle había infringido, en particular, el principio de no discriminación y la obligación de transparencia consagrados por el Derecho comunitario. El Conseil d'État considera que la adhesión del municipio de Uccle a Brutélé no es un contrato público de servicios, sino una concesión de servicios públicos en el sentido del Derecho comunitario. A su juicio, las Directivas comunitarias sobre contratación pública no son aplicables a dicha concesión, pero el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad implica una obligación de transparencia en la atribución de la concesión, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia emanada de la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefondress*. Estima que para satisfacer las exigencias del Derecho comunitario, en principio, el municipio de Uccle debería haber convocado una licitación con vistas a examinar si la concesión de su servicio de teledistribución a otros operadores económicos distintos de Brutélé constituía una alternativa más ventajosa que la elegida. El Conseil d'État se pregunta si esas exigencias del Derecho comunitario deben descartarse en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia derivada de la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, según la cual dichas exigencias no son aplicables cuando la autoridad pública concedente controle a la entidad concesionaria y ésta realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad que la controla.

En esas circunstancias, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

Por lo que se refiere al análisis del primer requisito de la doctrina *Teckal*, que constituye uno de los elementos clave de este debate, parece el Tribunal confirmar lo manifestado por la Abogada General, Sra. Verica Trstenjak, en sus conclusiones, donde realiza una *interpretación funcional del «control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios»*, necesario para propiciar y mantener la necesaria colaboración y cooperación entre los entes locales para la prestación de los servicios de su competencia.

Así, en el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el Conseil d'État se plantea si para que el control que las autoridades asociadas a dicha sociedad ejercen sobre ésta pueda ser calificado de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, debe ser ejercido *individualmente* por cada una de esas autoridades públicas o puede, por el contrario, ejercerse por éstas *conjuntamente*, decidiendo, en su caso, por mayoría.

A este respecto, dice la Sentencia: «*Por una parte, procede recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando varias autoridades pú-*



*blicas controlan una entidad concesionaria, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho teniendo en cuenta la actividad que dicha entidad realiza con las mencionadas autoridades **consideradas en su conjunto** (Carbotermo y Consorcio Alisei, apartados 70 y 71, y Asemfo, apartado 62). Sería coherente con el razonamiento que subyace a esta jurisprudencia considerar que el requisito del control que ejercen las autoridades públicas puede cumplirse también teniendo en cuenta el control ejercido **conjuntamente** sobre la entidad concesionaria por dichas autoridades públicas. (...) Lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, y no es indispensable que sea individual. Esta posibilidad de que las autoridades públicas recurran a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas (Asemfo, apartado 65)». Por consiguiente, afirma el TJUE, «procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas controlen una entidad concesionaria a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control que dichas autoridades públicas ejercen sobre esa entidad puede ser ejercido por éstas conjuntamente», a lo cual nosotros añadimos: *independientemente de la participación que tengan y sin que sea necesario que en este caso el ente que hace el encargo ejerza un control individual sobre el ente instrumental común*. Al tratarse de un órgano colegiado, sigue el Tribunal, «carece de relevancia el procedimiento empleado para la toma de decisiones, que puede ser la adopción por mayoría».*

Es cierto que en la Sentencia *Coname* el Tribunal de Justicia consideró que una participación del 0,97% es tan pequeña que no permite que un municipio controle al concesionario que gestiona un servicio público, pero no es menos cierto también que en tal caso el Tribunal de Justicia no examinaba si dicho control podía ejercerse conjuntamente. Por lo demás, en una Sentencia ulterior, a saber, la Sentencia *Asemfo*, el Tribunal de Justicia reconoció que en determinadas circunstancias el requisito relativo al control ejercido por la autoridad pública podía cumplirse en el caso en que dicha autoridad no poseyera más que el 0,25% del capital de una empresa pública.

Así, el TJUE concluyó que en el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el control que tales autoridades asociadas ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido *conjuntamente* por las mencionadas autoridades, decidiendo, en su caso, por mayoría, no es exigible que se ejerza por tanto de forma individual, *pero sí que se plasme en la influencia sobre los objetivos estratégicos y decisiones importantes*.

En suma, parece, a la vista del artículo 85.2.A.d) LBRL, que pueden participar en el capital social de la sociedad gestora del servicio público, además de la Administración local titular del servicio, otras entidades públicas, pero, en todo caso, debe establecerse la necesidad de que se cumplan los dos requisitos *Teckal*, esto es, que exista la posibilidad de ejercer un control determinante sobre las decisiones importantes de la sociedad sobre la que recae

la encomienda de gestión del servicio público (que podrá ser ejercido conjuntamente) y, además, que la mayor parte de su actividad la realice para las entidades encomandantes. Extremos los indicados que deberían, a nuestro juicio, recogerse en la letra de la Ley de Régimen Local.

Pero el camino que se inició con la Sentencia *Coditel Brabant*, al perfilar el requisito del «control análogo», ha tenido cierta continuidad con ocasión de otras dos Sentencias, una, la de 9 de junio de 2009, *Comisión/República Federal de Alemania*, que ya ha sido objeto de nuestra atención en páginas precedentes —y a ellas me remito—, y otra, la de 10 de septiembre de 2009, *Sea Srl. y Commune di Ponte Nossà*, en la que el elemento del «control análogo» va adquiriendo nuevos perfiles.

Al respecto, y teniendo presente la STJUE de 11 de enero de 2005, Asunto C-26/03, *Stadt Halle*, y como ya indicamos, la cuestión del control análogo se ha planteado, básicamente, con respecto a los encargos recaídos en sociedades de Derecho privado y en relación con dos cuestiones. Una, si cabe afirmar la existencia de dicho control análogo en los supuestos en que el sector privado participa en el capital social del *in house provider*, y la otra, en relación a qué porcentaje del capital social de dicha sociedad debería estar suscrito por el poder adjudicador para estimar que se cumple el referido control análogo.

En relación a la primera cuestión planteada, la Sentencia *Stadt Halle* resulta altamente clarificadora, al señalar que para poder afirmar la existencia de un control sobre una sociedad, análogo al que se ostenta sobre los propios servicios, la participación en el capital ha de ser, en todo caso, pública. Además, la fecha relevante para apreciar si deben aplicarse las disposiciones de las Directivas no es la fecha en que, efectivamente, se produce el encargo al medio propio, sino que deben tenerse en consideración los acontecimientos ocurridos con posterioridad, pues en otro caso se menoscabaría el efecto útil de las Directivas. De este modo, si tras la realización del encargo al medio propio se produce una entrada en el capital del mismo de agentes privados, debe negarse la existencia del control análogo exigido por la Sentencia *Teckal*. Apreciación del Tribunal que es seguida, también, en las Sentencias de 10 de noviembre de 2005, Asunto C-29/04, *Comisión/República de Austria* (ap. 42), y de 6 de abril de 2006, Asunto C-410/04, *ANAV* (ap. 30).

Luego el dato relevante es que no se dé participación privada, puesto que de lo contrario se inaplicaría la excepción *in house providing*. Ahora bien, el Tribunal de Justicia en el Asunto *Sea Srl. y Commune di Ponte Nossà* se plantea la cuestión de «*si una entidad adjudicadora puede ejercer sobre una sociedad de la que es accionista, con la que pretende celebrar un contrato, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios en el caso de que exista la posibilidad de que entren inversores privados en el capital de la sociedad en cuestión, aunque no se materialice*» (ap. 44), y estima:

«50. Si el capital de una sociedad es propiedad en su totalidad de la entidad adjudicadora, sola o con otras autoridades públicas, en el momento en que se adjudica a dicha sociedad el

*contrato de que se trate, la apertura del capital de ésta a inversores privados sólo puede tomarse en consideración si existe, en ese momento, una perspectiva concreta y a corto plazo de tal apertura.*

51. *De lo anterior se desprende que, en una situación como la del litigio principal, en la que el capital de la sociedad adjudicataria es totalmente público y no hay ningún indicio concreto de una próxima apertura del capital de dicha sociedad a accionistas privados, la mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública.*

52. *Esta conclusión no queda invalidada por las consideraciones que se recogen en el apartado 26 de la Sentencia de 21 de julio de 2005, Coname (C-321/03, Rec. pág. I-7287) según las cuales el hecho de que una sociedad como la controvertida en el asunto que dio lugar a dicha Sentencia esté abierta a capitales privados impide considerarla una entidad de gestión interna de un servicio público en el ámbito de los municipios que participan en ella. En dicho asunto, se había adjudicado un servicio público a una sociedad cuyo capital no era totalmente público, sino mayoritariamente público y, por tanto, mixto, en el momento de dicha adjudicación (véase la Sentencia Coname, antes citada, apartados 5 y 28).*

53. *No obstante, hay que precisar que, en el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público en las condiciones indicadas en el apartado 51 de la presente sentencia, el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de este contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación.*

54. *Se plantea entonces la cuestión de si, en el supuesto de que una autoridad pública se convierta en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicar a ésta la gestión de un servicio público, el control que las autoridades públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella, para ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios, debe ser ejercido individualmente por cada una de dichas autoridades o puede ser ejercido conjuntamente por éstas» (la negrita es nuestra).*

Como ya sabemos, la jurisprudencia no exige que el control ejercido sobre la sociedad adjudicataria sea individual (Sentencia *Coditel Brabant*, apartado 46), y en el Asunto *Sea Srl. y Commune di Ponte Nossa* se especifica que

«(...) si una autoridad pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las autoridades públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella puede ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido **conjuntamente por dichas autoridades**» (apartado 63) (la negrita es nuestra).

Y añade: «Para apreciar si la entidad adjudicadora ejerce sobre la sociedad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de dicha sociedad. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, **tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad** (véanse, en este sentido, las Sentencias Carbotermo y Consorzio Alisei, apartado 36, y Coditel Brabant, apartado 28)». (apartado 65) (la negrita es nuestra).

En suma, un control análogo que no posee un carácter formal, sino funcional, y que debe traducirse en una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes (STJUE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, *Parking Brixen*). Y, en concordancia con ello, en el Asunto *Sea Srl. y Commune di Ponte Nossa*, el Tribunal de Justicia analiza si la sociedad de que se trata (esto es, Setco) tiene vocación de mercado. Lo cual le lleva a examinar el alcance geográfico y material de las actividades de dicha sociedad, así como la posibilidad de que ésta entable relaciones con empresas del sector privado.

Pues bien, de los artículos 3 y 8 bis, apartado 2, de los Estatutos de Setco deduce el Tribunal que *«tales disposiciones parecen indicar, por un lado, que el ámbito geográfico de las actividades de la sociedad adjudicataria de que se trata en el litigio principal, no se extiende más allá del territorio de los municipios que son sus accionistas y, por otro lado, que dicha sociedad tiene por objeto gestionar los servicios públicos únicamente para tales municipios»* (apartado 76) (la negrita es nuestra).

En cuanto a la facultad reconocida a Setco de prestar servicios a operadores económicos privados, *«es meramente accesoria a su actividad esencial»*, afirma el Tribunal, añadiendo:

*«(...) la existencia de tal facultad no impide que el objetivo principal de dicha sociedad siga siendo la gestión de servicios públicos. Por consiguiente, la existencia de tal facultad no basta para considerar que la citada sociedad tiene vocación de mercado que precariza el control por las entidades que la poseen.*

*Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que la segunda condición impuesta en el apartado 50 de la Sentencia Teckal, antes citada, de que la sociedad adjudicataria debe realizar la parte esencial de su actividad con las entidades que la controlan, permite que la referida sociedad ejerza una actividad*

*que tenga carácter marginal con otros operadores distintos a dichas entidades (véase, en este sentido, la Sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 63). Esta condición carecería de objeto si la primera condición impuesta en el apartado 50 de la Sentencia Teckal, antes citada, se interpretara en el sentido de que prohíbe cualquier actividad accesorio, incluso con el sector privado» (apartados 79 y 80).*

Por último, y en relación a garantizar un control reforzado, se desprende de los Estatutos de Setco<sup>34</sup> que los socios pretendieron superponer a la Junta General y al Consejo de Administración, tal y como se establecen en el Derecho de sociedades italiano, unas estructuras de toma de decisiones no previstas en el Derecho comunitario, destinadas a garantizar un control sobre Setco análogo al que ejercen sobre sus propios servicios; se trata, por un lado, del Comité unitario y, por otro, de un Comité técnico para cada área responsable de las distintas actividades de Setco.

Así, las entidades accionistas ejercen, mediante dichos Comités, una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la referida sociedad, esto es, Setco.

Por todo ello, cabe considerar, concluye el Tribunal de Justicia, que

*«el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:*

- *la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y*
- *a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen*

---

34

«82. Como se desprende de los artículos 8 ter y 8 quater de los mencionados Estatutos, el Comité unitario y los Comités técnicos están integrados por representantes de las entidades socias. Cada una de estas entidades tiene voz en el seno de dichos Comités, cualquiera que sea el tamaño de la entidad de que se trate o el número de acciones que posea.

83. Por otra parte, los artículos 8 bis a 8 quater de los Estatutos de Setco confieren al Comité unitario y a los Comités técnicos amplias facultades de control y de decisión.

84. Correlativamente, el artículo 14 de estos Estatutos limita las facultades de la Junta General al obligarla a tener en cuenta las orientaciones e instrucciones adoptadas por los Comités anteriormente mencionados y al exigir un dictamen favorable del Comité unitario antes de que la Junta General pueda autorizar la realización de determinados actos por los administradores de la sociedad.

85. Igualmente, el artículo 16 de dichos Estatutos restringe la autonomía para tomar decisiones del Consejo de Administración al obligarle a respetar las facultades reservadas a los referidos Comités y al supeditar sus decisiones al respecto de las instrucciones que éstos emiten» (STJUE Sea Srl. y Commune di Ponte Nossa).

*una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad».*

Resulta, por tanto, que no basta con la existencia de los mecanismos de control propios del Derecho de sociedades, sino que es necesaria la constitución de unos órganos de gobierno y de gestión de la sociedad en cuestión, que posean amplias facultades de control y la decisión sobre la Junta General y el Consejo de Administración para estimar que se da el control análogo. Exigencia que, a nuestro juicio, es trasladable al ámbito de nuestro Derecho, así cuando nos estamos refiriendo a sociedades mixtas que gestionan servicios públicos (no que actúan en el mercado), donde deben hacerse compatibles las reglas generales del Derecho de sociedades mercantiles con las excepciones exigidas por la naturaleza de la actividad y por el protagonismo del ente público en el ejercicio de las competencias que como tal le corresponden<sup>35</sup>. Y así, en aplicación del artículo 104.2 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, en el acuerdo constitutivo de la sociedad pueden establecerse excepciones a la aplicación de la legislación societaria, pudiéndose incluir especialidades internas tanto estructurales como funcionales; establecer reglas distintas respecto a los órganos de la sociedad, como, por ejemplo, sobre la configuración de la Junta o de otros órganos de gestión o de control; así como de otro tipo: determinados quórums, fiscalización de gastos por el interventor municipal<sup>36</sup>.

En suma, hemos podido apreciar cómo a partir de los escasos mimbres normativos comunitarios existentes en relación con las operaciones *in house providing*, el TJUE ha ido y continúa conformando la doctrina de tales relaciones, como supuesto excluido de las normas públicas de la contratación. Jurisprudencia comunitaria que ha tenido un impacto directo sobre nuestro Derecho interno, tal como hemos tenido ocasión de comprobar, pero que, a nuestro juicio, merece un esfuerzo más en aras de una mejor y más precisa adaptación de nuestra legislación, tanto de contratación pública como del ámbito local, a tales exigencias.

---

<sup>35</sup> A. RUIZ OJEDA (1998), «Realidad y régimen jurídico-financiero de la provisión de obras y dotaciones públicas mediante empresa mixta en el ámbito local: la reversión de activos y la remuneración del socio privado», *REALA*, núm. 278, pág. 101.

<sup>36</sup> F. SOSA WAGNER (2008), *La gestión de...*, *op. cit.*, pág. 327.