Medios propios locales.
En especial, el requisito del control análogo

Seminario: “La configuración de un sector público local estratégico”
Facultad de Derecho – UAM

Proyecto I+D+i: El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado
Ref: PID 2020-115834RB-C31

14/04/2023

Silvia Díez Sastre
Profesora Titular de Derecho Administrativo

Sumario

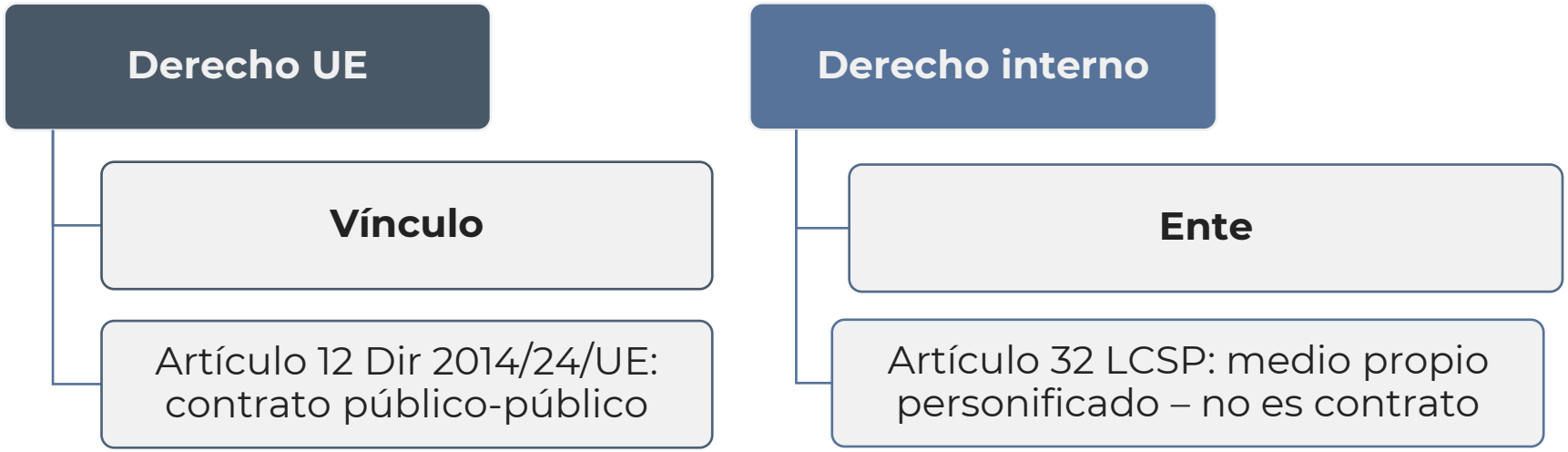
1. Planteamiento
2. Requisitos de los medios propios
3. Control análogo en los medios propios conjuntos
4. Conclusiones

1. Planteamiento

Planteamiento – medios propios

- **Gestión de servicios públicos mediante personificación instrumental:**
  - Artículo 85 LBRL – gestión de servicios públicos
  - Artículo 86 LBRL – iniciativa pública en la economía

- **Distinto punto de partida:**



Planteamiento – medios propios conjuntos

- **Evolución de la jurisprudencia sobre cooperación horizontal**

- **Contexto de necesidad de colaboración de las AAPP, especialmente en el ámbito local:**
  - Ejecución de los fondos NGEU
  - Cambio climático
  - Reto demográfico
  - Digitalización
  - Cohesión social

- **No hay un espacio claro en nuestro modelo para los medios propios conjuntos que son entes públicos mixtos** (Conclusiones de la Abogado General Sra. Christine Stix-Hackl, 23 de septiembre de 2004, C-26/03 – Stadt-Halle y RPL Lochau, apdo. 58).

- En España, **el caso de TRAGSA distorsiona** un tanto la comprensión de este tipo de entes.

Medios propios conjuntos exclusivamente locales (entidades supramunicipales y municipios)

- **Entes del sector público como vía de colaboración en el ámbito local – normalmente, sociedades y fundaciones**
- **Sociedades mercantiles público-públicas locales en INVENTE:**

C.A.	Entidad	Forma	Socios
Andalucía	Sociedad Desarrollo Corredor de la Plata	S.A.	Diputación de Sevilla (a través de una sociedad: 28,57%) y 7 Aytos.
	Corporaciones Industriales Agrupadas	S.A.	Diputación de Córdoba (57,58%) y 41 Aytos. (creación en 2020)
	Gestión de Aguas Levante Almeriense	S.A.	Diputación de Almería (57,8%) y 13 Aytos.
Aragón	Promoción eólica Turolense	S.L.	Diputación de Teruel (83,336%) y 28 Aytos.
Catalunya	SUMAR (Servicios de Acción Social)	S.A.	Diputación de Girona (51,1%), 2 consorcios, 4 comarcas y 7 Ayuntamientos
Islas Canarias	Sept Turismo Tenerife	S.A.	Cabildo de Tenerife (91,3%) y 10 Aytos.
	Transportes Interurbanos de Tenerife	S.A.	Cabildo de Tenerife (99,96%) y 2 Aytos.
País Vasco	Naturgolf	S.L.	Diputación Foral Álava (99,97 %) y 4 Aytos.
	Sestao Bai	S.A.	Diputación de Bizkaia (a través de una sociedad: 50%) y Ayto de Sestao (50%)
	Bilbao Bizkaia Museoak	S.A.	Diputación de Bizkaia (50%) y Ayto. Bilbao (50%)

Características de estas entidades

Subjetivas

- Socio mayoritario – normalmente una entidad supramunicipal
- Socios minoritarios o muy minoritarios – Ayuntamientos, en muchas ocasiones de pequeño tamaño
- Apertura a nuevos socios – es habitual que se vayan incorporando nuevos Ayuntamientos: problema del cambio de la forma de gestión

Objetivas

- Habitualmente sirven para gestionar servicios públicos locales obligatorios especialmente costosos o complejos
- En ocasiones también pueden ser una forma de iniciativa pública en la economía – hay municipios que por tamaño solo pueden realizar esas actividades por esta vía conjunta

Contratación pública *in house* conjunta local en la jurisprudencia del TJUE (1998-2022) – 1/3 de su jurisprudencia en este ámbito

Asunto	Entidades participantes	Entidad in house	Objeto del encargo	Estado
C-360/96 - Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden/BFI Holding	Municipio de Arnhem Municipio de Rheden	ARA Holding BV (sociedad mercantil)	Recogida y eliminación de residuos urbanos	Países Bajos
C-108/98 - RI.SAN	Municipio de Ischia GEPI (Sociedad estatal)	Ischia Ambiente SpA (sociedad mercantil)	Recogida de residuos urbanos	Italia
C-107/98 - Teckal	**45 municipios italianos**	**Azienda Gas-Acqua Consorziale (mancomunidad)**	**Producción y distribución de gas metano y calefacción**	**Italia**
C-231/03 - Coname	Municipios de la provincia de Cremona Provincia de Cremona	Padania (sociedad mercantil)	Mantenimiento, conducción y vigilancia de la red de gas metano	Italia
C-340/04 – Carbotermo y Consorzio Alisei	Municipio de Arsizio Municipios colindantes	AGESP (sociedad mercantil)	Suministro de energía y adaptación tecnológica de edificios	Italia
C-371/05 – Comisión/Italia	Municipio de Mantova Municipios limítrofes	ASI SpA (sociedad mercantil)	Servicio de mantenimiento y desarrollo de servicios informáticos	Italia
C-324/07 – Coditel Brabant	Municipio de Uccle Otros municipios Asociación intermunicipal	Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (sociedad cooperativa)	Explotación de una red municipal de teledistribución	Bélgica
C-573/07 - Sea	Municipio de Clusone Otros municipios	Setco SpA (sociedad mercantil)	Servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados	Italia
C-182/11 y C-183/11 - Econord	Municipio de Varese 36 municipios	ASPEM SpA (sociedad mercantil)	Servicio de saneamiento urbano	Italia
C-553/15 – Undis Servizi	Municipio de Sulmona Otros municipios	Cogesa SpA (sociedad mercantil)	Servicio de ciclo integral de los residuos urbanos	Italia
C-89/19 a C-91/19 - Rieco	53 entidades públicas	Ecolan SpA (sociedad mercantil)	Servicio de eliminación de residuos urbanos	Italia
C-719/20	Municipio de Lerici Otros municipios	ACAM SpA (sociedad mercantil)	Gestión del ciclo integrado de residuos	Italia
C-383/21 y C-384/21	Municipio de Farciennes Municipio de Aiseau-Presles	Sambre & Biesme (sociedad mercantil)	Promoción de vivienda pública	Bélgica

Planteamiento – tendencia procompetitiva

- **Interpretación restrictiva de los requisitos de los medios propios (a nivel interno)**

- **Guía CNMC 2023 – encargos a medios propios y convenios**

  - Se puede reducir el mercado de forma relevante…aunque se confiesa que no se tienen datos estadísticos sobre la utilización de estos entes (solo en el ámbito de la AGE y CCAA, refiriéndose a facturación y sin comparar lo que sí se licita en esos mismos ámbitos).

  - Se parte de la eficiencia de la contratación, pero debe haber competencia: Informe OIRESCON 2022: más del 60% de los procedimientos con un único licitador.

  - Tampoco se tienen en cuenta las ineficiencias derivadas de contratos irregulares y de contratos cuya ejecución no es adecuada.

  - No se presta atención a las especiales características de los entes locales y de la gestión de servicios públicos, especialmente en sectores del Estado social, donde la prestación de servicios mediante contratos no siempre es eficiente (ejemplo: acciones concertadas).

2. Requisitos de los medios propios

Evolución de la jurisprudencia de cooperación vertical

Concepto *in house*

- En origen se trata de un procedimiento por el que un poder adjudicador atribuye a un servicio sin personalidad jurídica la realización de ciertas prestaciones. Son **procedimientos administrativos internos**.
- ¿Pueden proyectarse sobre entes con personalidad jurídica?

Exclusión

- **Primera jurisprudencia TJUE** (Conclusiones de Abogados Generales): en estos casos no hay contrato, no hay dos personas con voluntad autónoma y diferenciada.
- El ente *in house* se asimila a un órgano y la operación interna a la **delegación interorgánica**.
- Se niega la existencia de contrato público. Ese es el origen de Teckal (C-107/98).

Excepción

- **Segunda jurisprudencia TJUE** (por primera vez, Conclusiones Abogado General Stadt Halle, C-26/03): "excepción de adjudicación cuasi interna".
- Se abandonan las referencias a la organización administrativa y se sustituyen por una expansión de conceptos mercantiles: los entes *in house* se caracterizan como "filiales" o "subfiliales".
- Consecuencia: **interpretación restrictiva de los requisitos.**

Condiciones para cooperación vertical / MP

Requisitos sustantivos – art. 12.1 Directiva 2014/24/UE y art. 32 LCSP

- ❑ Personalidad jurídica
- ❑ Control análogo – no capital privado
- ❑ Parte esencial de actividad (más del 80%)

Requisitos formales – art. 32 LCSP

- ❑ Compensación con referencia a tarifas
- ❑ Reconocimiento estatutario

3. Control análogo en los medios propios conjuntos

Control análogo: apunte metodológico

❑ Concepto funcional – interpretación por TJUE

- La aplicación del concepto se articula a través de **varios criterios** o indicadores de la existencia de control
- **No hay un único criterio** que permita constatar la existencia de control
- Se trata de una **aplicación tópica**, en sentido estricto, más que subsuntiva, en torno a las notas definitorias de un concepto

Control análogo: alcance

❑ Ámbito de aplicación

- Todas las decisiones de la entidad
- Decisiones concretas de dirección empresarial
- No bastan decisiones comerciales estratégicas
- Las sociedad puede tener amplias facultades en relaciones externas

❑ Intensidad

- Es comparable al control sobre los propios servicios, pero no idéntico (capacidad de dictar instrucciones y facultades de vigilancia)
- Es más intenso que el control que se pide para ser poder adjudicador
- Es más intenso que el control que se pide para ser empresa pública

Control análogo: indicadores

Participación en el capital social	Inexistencia de capital privado	Participación en los órganos decisorios	Vocación de mercado	Inexistencia de margen de autonomía

• No es decisivo en sí mismo
• Problemático especialmente en medios propios conjuntos con socios minoritarios o muy minoritarios
	• Exclusión automática de control análogo
	• El control no es incompatible con posible apertura a socios privados en el futuro
	• Excepciones en la Directiva 2014/24/UE
		• Debe ir acompañada de posibilidad de influencia
		• Hay que analizar el margen de autonomía de los órganos societarios (especialmente Consejo de Administración)
		• Hay que analizar posibles derechos de veto
			• Indicios:
			  • Forma societaria: S.A. en lugar de S.L.
			  • Objeto social muy amplio
			  • Previsión de apertura a capital ajeno a corto plazo
			  • Expansión del ámbito territorial de las actividades
			  • Extensión de poderes del Consejo de Administración
				• Obligatoriedad de los encargos
				• Contraprestación por los encargos

Participación en el capital social

Evolución de la jurisprudencia europea: hitos

Imposibilidad de control con pequeña participación

STJUE Coname, C-231/03 - Participación del 0,97% de un Ayuntamiento

Posibilidad de control junto con otros factores

STJUE Asemfo, C-295/05 – Participación del 1% entre 4 CCAA

Es suficiente participación en el capital y en la gestión

STJUE Econord, C-182/11 y 183/11 – 0,18% entre 36 Aytos.

No es imprescindible participación en el capital social

STJUE Porin Kaupunki, C-328/19 – convenio y posterior encargo a medio propio

Indicadores en la jurisprudencia TJUE

- No es necesario que cada socio tenga un representante directo en los órganos decisorios.
- La **representación en los órganos** de la entidad es necesaria junto a la participación en el capital social e incluso es más importante que dicha participación.
- Si los representantes en los órganos de la entidad tienen la condición de concejal, se entiende que hay control análogo.
- Las facultades de control deben referirse a **decisiones concretas de dirección** y no a decisiones comerciales estratégicas, por ejemplo, aprobación de presupuestos o aprobación de tarifas.
- Existen **órganos al margen del Derecho de sociedades** que refuerzan el control de las autoridades públicas.
- El control no es incompatible con amplias facultades de actuación en las relaciones externas de la entidad.
- Las facultades de control no deben ser necesariamente tan intensas como las derivadas de las relaciones administrativas, vinculadas a facultades de instrucción y vigilancia.

Jurisprudencia divergente

➢ **STSJ CAT 5240/2020**

"Los socios minoritarios nunca actuando de forma conjunta pueden alcanzar una mayoría suficiente para adoptar acuerdos que, en definitiva, evidencien el control y poder establecer aquellos".

➢ **STSJ AR 291/2020**

Es suficiente la representación de todos los poderes adjudicadores en la Junta de Gobierno del medio propio, aunque no puedan, por separado, condicionar la actuación de la entidad.

Cuando se analiza el control análogo conjunto no es posible exigir que cada socio de una entidad "in house" conjunta pueda ser capaz de condicionar individualmente la dirección y orientación de la actividad del medio propio.

4. Reflexiones finales

Medios propios conjuntos locales y autonomía local

- Los medios propios conjuntos son una realidad habitual en el ámbito local.

- No pueden tratarse como una anomalía en el funcionamiento del mercado interior.

Las normas de contratos públicos no pueden interpretarse de forma aislada, ni se les puede dar preferencia absoluta sobre otro tipo de normas

AUTONOMÍA LOCAL

(decisión sobre forma de gestión y cooperación)

Competencias de los EM

- No tiene sentido empujar al mercado a las entidades que tienen menos medios para licitar.

Un sector público local estratégico

- Condicionamiento cada vez mayor de la decisión de “make or buy”. El Derecho europeo traza la línea divisoria entre el **Derecho de organización y el Derecho de la competencia** con lógica económica.

- En España se limitan más las fórmulas de colaboración en el ámbito local que en el Derecho europeo. Falta de sensibilidad por la realidad local.

- Necesidad de contar con el **sector público local** para hacer frente a los retos del futuro. Por ejemplo: lotes separados por contrato y por encargo (experimentos jurídicos)

- Oportunidad de crear medios propios conjuntos locales en un contexto de mayor seguridad jurídica.

- Necesidad de **reformar la normativa de régimen local**. Entes que puedan participar en el mercado y gestionar servicios públicos de forma eficiente.

MUCHAS GRACIAS

Silvia Díez Sastre

silvia.diez@uam.es

Calle Kelsen, 1 - 28049 Madrid

(+34) 91 497 75 75

idluam@uam.es

idluam.org

Universidad Autónoma de Madrid