

A VUELTAS CON EL CONTROL CONJUNTO DE LOS MEDIOS PROPIOS. DE TECKAL (1999) A SAMBRE & BIESME (2022)

Helena Hugas Garriga

Las administraciones públicas pueden recurrir a los encargos in house hacia entes personificados participados por un elevado número de ellas siempre que se cumplan los requisitos del artículo 12.3 de la Directiva 24/2014. Dicho precepto impone el control del medio propio conjunto disponiendo el alcance del mismo. Hay que superar la visión capitalista del control análogo conjunto y evolucionar a la visión funcional y operativa del mismo cristalizada en la Directiva después de una larga evolución jurisprudencial.

La **Directiva 24/2014 sobre contratación pública** tipificó en su **artículo 12** la cooperación de las administraciones públicas entre sí o con entidades del sector público de forma vertical mediante encargos *in house* pudiendo, en dichos casos y bajo ciertos requisitos, eludir la aplicación de la normativa de contratación pública.

Dichos encargos a medios propios pueden ser a entidades propiedad del ente adjudicador, pero también, a entidades compuestas por una pluralidad de administraciones, los llamados “medios propios conjuntos”.

El **artículo 12.3** fija los requisitos de dichas operaciones internas, lo que, siendo una excepción a la normativa de contratos públicos, ha dejado de ser excepcional por venir expresamente previsto en la Directiva y también en el **artículo 32** de la **Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público**. Así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia *Irgita* (1) y también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 696/21 (2). En palabras del alto Tribunal (3): “... la Directiva 2014/24 lleva a cabo una armonización estricta de las operaciones internas”ⁱ.

Me detengo en el requisito del control análogo conjunto analizándolo a lo largo de 9 sentencias siendo Teckal (1999) la primera y Sambre & Biesme (2022) la última de ellas.

A lo largo de tan dilatado período de tiempo, el Tribunal ha configurado el alcance e interpretación evolutiva del control conjunto de los medios propios como sigue:

1. Sentencia Teckal C-107/98 de 18 de noviembre de 1999: Es necesario que la administración ejerza un control sobre el medio propio análogo al que dispone sobre sus propios servicios y el medio propio debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o con los entes que la controlan.

(50) 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 con los entes que la controlan.

2. Sentencia Parking Brixen C-458/03 de 13 de octubre de 2005: El control análogo debe suponer (además) una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes

(65) Dicha apreciación debe tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la entidad concesionaria en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad concesionaria en cuestión estar 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.

3. Sentencia Carbotermo C-340/04 de 11 de mayo de 2006: Para apreciar existencia de control análogo es insuficiente que el ente que controla disponga sólo de la capacidad de acción que el derecho de sociedades reconoce a los socios, ya que ésta (en derecho italiano) limita considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas. No se prevé un voto especial ni se reserva ninguna facultad para el municipio minoritario.

(38) De los autos del presente asunto se desprende que los estatutos de AGESP Holding y de AESP confieren al consejo de administración de cada una de ellas las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad. Dichos estatutos no reservan al municipio de Busto Arsizio ninguna facultad de control ni le atribuyen ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a ambos consejos de administración. En esencia, 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.

4. Sentencia Asemfo C-295/05 de 19 de mayo de 2007: No se considera relevante el porcentaje de capital social propiedad de los socios puesto que las Comunidades Autónomas ejercen el control con un 0,25% de participación. (58) *“...que el 99% del capital social de Tragsa pertenece al Estado español... y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1% de dicho capital.”*

(65) ... del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicios técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

5. Sentencia Coditel C-324/07 de 13 de noviembre de 2008: Las circunstancias pertinentes para la existencia de control análogo conjunto son (i) La participación en el capital social que debe ser totalmente público (ii) la composición de los órganos de decisión (iii) el alcance de las facultades del Consejo Rector.

(28) Para apreciar si una autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, procede tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la entidad concesionaria 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 de dicha entidad (véanse, en este sentido, las sentencias Parking Brixen, antes citada, apartado 65, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 36).

6. Sentencia Coditel C-324/07 de 13 de noviembre de 2008 y Sentencia Sea, Srl C- 573/07 de 10 de septiembre de 2009: El control análogo no es indispensable que sea individual mientras el ejercicio conjuntamente sea efectivo. Se deben considerar las estructuras de

toma de decisiones de los estatutos del medio propio para valorar si permiten que los accionistas ejerzan control sobre la sociedad instrumental.

Coditel (46) La jurisprudencia exige que el control ejercido sobre la entidad concesionaria por una autoridad pública concedente sea análogo al que dicha autoridad ejerce sobre sus propios servicios, pero no que sea totalmente idéntico a éste (véase, en sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 62). Lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, no es indispensable que sea individual

Sea, Srl (55) La jurisprudencia no exige que el control ejercido sobre la sociedad adjudicataria en tal supuesto sea individual (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 46).

Sea, Srl (56) En efecto, en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo algunas de sus funciones de servicio público a través de una sociedad que poseen en común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades que tan sólo tenga una participación minoritaria en dicha sociedad ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que tal autoridad tuviera intención de asociarse a una sociedad propiedad de otras autoridades públicas con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 47).

7. Sentencia Econord C-182 i 183 de 29 de noviembre de 2012: El control análogo no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública con mayor participación en el capital del medio propio, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto. Existe control cuando cada una de las administraciones participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad.

(30) En estas circunstancias, si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto.

(33) Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión prejudicial que, cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios— se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión.

8. Sentencia Porin C-328/19 de 18 de junio de 2020: Es posible ejercer control análogo sobre un medio propio, incluso aunque las administraciones no posean participación

alguna, siempre que se acredite un control efectivo, estructural y funcional. En el caso Porin distintos municipios suscribieron un acuerdo de cooperación horizontal y posteriormente, se valieron de encargos al medio propio de uno de ellos a pesar de no poseer ninguna participación en el capital del mismo.

(70) *En segundo lugar, suponiendo que, a raíz de una transferencia de competencias, a efectos del artículo 4 TUE, apartado 2, tal como ha sido interpretado en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), sea aplicable la exigencia de un control sobre la entidad «in house» ejercido conjuntamente por el poder adjudicador beneficiario de la transferencia de competencias y los demás poderes adjudicadores que renunciaron al ejercicio de la competencia de que se trate, basta señalar que el modelo denominado del «municipio responsable» ofrece a los municipios parte en un convenio basado en ese modelo, a pesar de que no posean participación alguna en el capital de la entidad «in house», la posibilidad de ejercer, al igual que el municipio responsable, una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre este (véanse, por analogía, las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, apartado 65; de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, apartado 36; de 29 de noviembre de 2012, Econord, C-182/11 y C-183/11, EU:C:2012:758, apartado 27, y de 8 de mayo de 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, apartado 26)*

9. Sentencia Sambre & Biesme C-383 i 384/21 de 22 de diciembre de 2022: La apreciación del control conjunto debe hacerse en base a las circunstancias fácticas, la legislación aplicable y los mecanismos de control previstos por los estatutos de dicha persona jurídica.

(67) *A este respecto, de la citada jurisprudencia se desprende que la cuestión de si un poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trata un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios debe apreciarse a la luz del conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Por ello, los elementos que ha de tener en cuenta no abarcan solamente las circunstancias fácticas, sino que incluyen también la legislación aplicable, así como, en particular los mecanismos de control previstos por los estatutos de dicha persona jurídica (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, apartados 65 y 66 y jurisprudencia citada).*

ANÁLISIS

En las tres primeras sentencias (Teckal, Parking Brixen y Carbotermo) el Tribunal no reconoció la existencia de control sobre el medio propio a las administraciones propietarias del mismo, a pesar de que las mismas disponían de una amplia mayoría sobre el capital social existente o incluso de la totalidad (véase *Parking Brixen ap. 44*). A criterio del Tribunal, los entes instrumentales disponían de demasiada autonomía en virtud de sus estatutos y configuración interna.

En las cuatro siguientes (Asemfo, Coditel, Sea y Econord) el Tribunal sí reconoció la existencia de control conjunto sobre el medio propio a las administraciones propietarias, a pesar de que había administraciones con una participación minoritaria o muy minoritaria en la entidad (en ocasiones inferior o muy inferior al 1% del capital social Sentencia Asemfo ap. 58, Econord ap. 11). En varias de dichas sentencias los socios minoritarios conjuntamente no alcanzaban la mayoría del capital social.

El Tribunal cita a menudo en dichas resoluciones la Sentencia Coname C-231/03 indicando que en la misma se analizó una sociedad de capital mixto (no se admite como medio propio por tener capital privado) y no se analizó el control conjunto de todos los socios sino sólo se pronunció sobre el control individual de un socio titular del 0,97%. Todo lo anterior, para explicar por qué admite ahora (2005, 2007, 2012) el control conjunto con tan ínfimos porcentajes de participación cuando en Coname (2003) lo inadmitió.

En marzo de 2014 se publica la Directiva 24/2014 que armoniza el criterio jurisprudencial tipificando los requisitos del control conjunto en el artículo 12.3 (i) representación en los órganos decisorios de todos los socios (ii) ejercicio conjunto de los socios de influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas del ente (iii) que el medio propio no persiga intereses contrarios a los de las administraciones que lo controlan.

El Tribunal interpreta el alcance de la *influencia decisiva* necesaria para el control análogo conjunto en las dos últimas sentencias citadas (Porin y Sambre & Biesme) y define que la misma se basa a nivel formal en la participación directa en los órganos decisorios y a nivel sustantivo en su carácter determinante, efectivo, funcional y estructural.

CONCLUSIONES

- ✓ La participación en el capital social es indicio de control análogo sobre el medio propio, aunque, por sí sola es insuficiente. Debe ir acompañada de la participación en los órganos decisorios además de otros mecanismos de control estatutario que permitan la influencia determinante que la Directiva exige. Por lo tanto, se debe analizar cada caso concreto sin tomar en consideración lo exigua que pueda ser la participación en el capital social.
- ✓ La existencia de socios mayoritarios en un medio propio sociedad mercantil o de capital no obsta a la existencia de control conjunto. Disponer de la mayoría del capital no garantiza el control (Teckal, Parking Brixen y Carbotermo). A sensu contrario la condición de socio minoritario* es compatible con el control del medio propio, si viene acompañada de mecanismos estatutarios que permitan la influencia decisiva de los mismos en la toma de decisiones y en el gobierno de la entidad (*minoritario o muy minoritario Asemfo (0,25%) o Econord (0,00057%).
- ✓ El control conjunto cuenta con todos los socios de la entidad, también el mayoritario. No es imprescindible que el control sea individual (Coditel, Sea y Econord) ni tampoco que los socios minoritarios puedan reunir dicha mayoría para la toma de decisiones, puesto que no se trata del control conjunto *minoritario o individual*, sino del control conjunto de todos los socios. (ver participaciones minoritarias con control conjunto reconocido en las sentencias Asemfo (0,25%) o Econord (0,00057%).
- ✓ La naturaleza mercantil de la entidad por sí sola no es incompatible con la condición de medio propio de la administración pública. (Parking Brixen, Carbotermo, Asemfo, Econord y Sea Srl). Esta última recoge (44) *La circunstancia de que la entidad adjudicataria adopte la forma de sociedad de capital no excluye en absoluto la aplicación de la excepción admitida por la jurisprudencia recordada en el apartado anterior de la*

presente sentencia. En la sentencia ANAV, antes citada, el Tribunal de Justicia reconoció la aplicabilidad de esta jurisprudencia en el caso de una sociedad por acciones.

(1) Sentencia Irgita C-285/18 de 3 de octubre de 2019:

(45) La libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma de prestación de servicios mediante la que los poderes adjudicadores subvendrán a sus propias necesidades se deriva también del considerando 5 de la Directiva 2014/24, que establece que «ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva» y confirma, de este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la citada Directiva.

(46) Así, al igual que la Directiva 2014/24 no obliga a los Estados miembros a recurrir a un procedimiento de contratación pública, tampoco les puede obligar a realizar una operación interna cuando se cumplen las condiciones previstas en el artículo 12, apartado 1.

(2) Resolución 696/2022 del TACRC de 16 de junio Fundamento Jurídico Noveno:

“Pues bien, este Tribunal considera que el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el artículo 86 de la LRJSP.”

(3) Sentencia Irgita C-285/18 de 3 de octubre de 2019:

(25) Además, del artículo 12 de la Directiva 2014/24, en relación con los considerandos 2, 31 y 32 de esta Directiva resulta que la legalidad de una operación interna en el sentido de ese artículo depende exclusivamente de los requisitos enunciados en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), lo que excluye que se tengan en cuenta otros elementos y muestra que la Directiva 2014/24 lleva a cabo una armonización estricta de las operaciones internas.

CONTENIDO RELACIONADO

- ✓ “Medios propios personificados. Control conjunto”, Isabel Gallego Córcoles 31/03/2023
<https://www.obcp.es/monitor/medios-propios-personificados-control-conjunto>