

RESUMEN DE TODA LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS SOBRE LAS RELACIONES “IN HOUSE”

La doctrina in house providing permite excluir de la aplicación de las normas de contratación pública determinados supuestos en los que la Administración Pública recomienda a una entidad el cumplimiento de tareas de interés público que le corresponden. Esta exención opera tanto en el ámbito de los contratos públicos en sentido estricto como en el de las concesiones de servicios públicos.

El 18.11.1999 la sentencia Teckal estableció los dos requisitos necesarios para que esta exclusión se produzca:

- Existencia de un control análogo por parte de la autoridad pública sobre la entidad de que se trate análogo al ejercido sobre los propios servicios
- Realización de la parte esencial de la actividad de dicha entidad con el ente o los entes que la controlen

Primer criterio

Respecto al **primer criterio** la sucesiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJCE) puede resumirse como sigue:

- Participación privada en el capital social de la entidad de que se trate.

Queda completamente descartada dicha participación, aunque sea minoritaria.

En la sentencia de 10.9.2009, As. C-573-07 (Sea Srl y Comune di Ponte Nossa) el TJCE confirma que la existencia de una participación privada debe comprobarse en el momento de adjudicar el contrato, ya que aunque sea posible que en cualquier momento se venda a terceros una participación en el capital, no puede admitirse que esta mera posibilidad deje en suspenso indefinidamente la apreciación del carácter público o no del capital pues no sería conforme a Derecho (párrafos 47 a 50 de la sentencia).

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

No obstante el TJCE reitera su jurisprudencia Modling (sentencia de 10.11.2005 – As. C-39/04) que estableció que con carácter excepcional circunstancias particulares pueden requerir que se tomen en consideración acontecimientos ocurridos con posterioridad a la fecha de adjudicación del contrato. Este sería el caso si la participación privada se produce poco después de la adjudicación del contrato en el marco de una construcción artificial destinada a eludir las normas de contratación pública.

Finalmente el TJCE aclara en la sentencia Comune di Ponte Nossa que la participación privada posterior en el capital de la persona jurídica de que se trate constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que precisaría una convocatoria de licitación.

- Control conjunto

En la evolución de la jurisprudencia el siguiente elemento fue establecer si el control análogo del primer criterio Teckal se producía cuando varios entes públicos participaban en el capital social de la persona jurídica de que se trate.

La propia redacción del segundo criterio Teckal ya avanzó esta posibilidad, aunque posteriormente alguna sentencia como CONAME (sentencia de 21.7.2205, As. C-231/03) pareció alejarse al señalar que una participación extremadamente minoritaria (un 0,97% del capital) no permitía el control exigido por el primer criterio Teckal.

Posteriormente la sentencia TRAGSA (sentencia de 19.4.2007 – As. C-295/05) estableció claramente que el porcentaje de participación no podía utilizarse para cuantificar la facultad de control, señalando expresamente que incluso una participación tan reducida como un 0,25% del capital no se opone a que pueda hablarse de una realización cuasi-interna de tareas en relación con las Administraciones Públicas participantes.

En ese punto llegamos a la sentencia CODITEL (sentencia de 13.11.2008, As. C-324/07) en la que el TJCE refuerza la posibilidad de ejercicio conjunto del control análogo requerido por Teckal. En efecto, **el TJCE señala expresamente que su jurisprudencia exige que el control sea análogo pero no que sea totalmente idéntico a éste, subrayando que lo esencial es que el control ejercido sea efectivo, no siendo indispensable que sea individual.**

El TJCE razona que cuando varias autoridades públicas deciden cumplir sus funciones a través de una entidad concesionaria común cabe descartar normalmente que una de ellas ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta a menos que posea una participación mayoritaria. Entiende el TJCE que en el supuesto de que existan varias autoridades públicas en el capital de la entidad exigir que el control ejercido sea individual equivaldría a imponer una licitación en la mayoría de los casos

El TJCE aprovecha para resolver la duda que a este respecto pudiera plantear la sentencia CONAME pues indica el Tribunal que en esta sentencia no se examinaba si el control podía o no ejercerse conjuntamente.

La jurisprudencia CODITEL ha sido confirmada en la sentencia Comune di Ponte Nossa antes citada donde se señala 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 socios ejercen pueden ser considerado análogo al que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por dichas autoridades.**

- Suficiencia de la titularidad exclusivamente pública

A la hora de evaluar el cumplimiento del primer criterio Teckal se ha planteado si la mera titularidad pública del capital social bastaba para entender cumplido el mismo. **La jurisprudencia nos indica que ello no es así.**

En la sentencia Carbotermo (sentencia de 11.5.2006, As. C-340/04) el TJCE entiende que esta titularidad tiende a indicar, sin ser un hecho decisivo, que el poder adjudicador ejerce sobre la sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Esta afirmación se matiza más tarde en la sentencia TRAGSA al sustituir la frase “sin ser un indicio decisivo” por la frase “en principio”.

En la sentencia Carbotermo el TJCE también aporta otro elemento de interés: no es posible el control análogo cuando la eventual influencia del municipio se ejerce mediante una sociedad holding.

- Otros elementos necesarios para la existencia de control

Dado que la mera titularidad del 100% del capital de la entidad de que se trate no basta para cumplir el primer criterio Teckal, el TJCE ha establecido una serie de **elementos complementarios a tal fin.**

En la sentencia Carbotermo, el Tribunal rechazó la existencia de control porque el que ejercía el poder adjudicador no iba más allá de la capacidad de acción que el Derecho societario reconoce a la mayoría de los socios, lo que limita considerablemente su capacidad de influir en las decisiones de la entidad.

El TJCE estableció en la sentencia Parking Brixen (sentencia de 13.10.2005, As. C-458/03) los elementos complementarios citados al señalar que **el control debe permitir a la autoridad pública influir en las decisiones de la entidad y que dicha influencia debe ser determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.** La sentencia enumera una serie de criterios significativos a estos efectos.

Estos elementos nos conducen al núcleo esencial del primer criterio Teckal: el control análogo se produce cuando la entidad de que se trate carezca de autonomía de decisión respecto de los poderes adjudicadores que la controlan.

Y cuando no hay autonomía de la voluntad no hay contrato y, por lo tanto, las directivas sobre contratos públicos no se aplican.

Esta necesidad de autonomía decisoria encuentra en la sentencia TRAGSA sus elementos más valiosos. En ella el TJCE subraya la **obligación establecida en normas de rango legal de que TRAGSA realice los trabajos que le encomienden los poderes públicos y la imposibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones**. Esta ausencia de autonomía lleva al Tribunal a señalar por primera vez que se cumple el primer criterio Teckal.

Otras sentencias posteriores han abundado en este criterio. En la sentencia MANTUA (sentencia de 17.7.2008, As. C-371/05) el Tribunal estima la existencia de control análogo basándose en las facultades del municipio: nombrar la mayoría de los miembros del órgano de administración, fijar gastos de funcionamiento, reserva de posibilidad de realizar determinadas verificaciones sobre la actividad y las cuentas de la sociedad. En el asunto **CODITEL** el TJCE valoró el hecho de que el consejo rector de la entidad concesionaria estaba constituido por representantes de los municipios asociados designados por éstos. Incluso la facultad de fijar las tarifas de dicho consejo rector se entendió que no respondía a **la autonomía de la voluntad en tanto en cuanto la entidad no estaba constituida como sociedad por acciones o anónima (con objetivos distintos de los de sus accionistas) sino que su régimen jurídico reviste la forma de sociedad cooperativa intermunicipal y de sus estatutos se desprende que su objetivo consiste en cumplir la misión e interés general para cuya realización fue creada**.

En la sentencia Comune di Ponte Nossa el TJCE analiza tres aspectos que estima esenciales para determinar la existencia de influencia determinante por parte de la autoridad pública: legislación aplicable, vocación de mercado y mecanismos de control establecidos en los Estatutos

Interesa en particular lo señalado por el Tribunal respecto a la vocación de mercado donde examina el alcance geográfico y material de las actividades de la sociedad en cuestión así como la posibilidad de que entable relaciones con empresas del sector privado. El Tribunal evaluó favorablemente el hecho de que el ámbito geográfico se limitara al territorio de los municipios accionistas de la entidad y que el objeto de la sociedad sea la gestión de servicios públicos sólo para dichos municipios. En esta sentencia **el Tribunal confirma la jurisprudencia TRAGSA en el sentido de que la entidad de que se trate pueda simultanear la prestación de servicios a las autoridades que las controlan y a personas privadas siempre que esta última tenga carácter meramente accesorio respecto a su actividad principal que es la gestión de servicios públicos**.

A este respecto el Tribunal realiza una afirmación importante: **el segundo criterio Teckal permite que la entidad de que se trate ejerza una actividad que tenga carácter marginal con otros operadores distintos a las entidades que las controlan, subrayando que este segundo criterio Teckal carecería de objeto si el primero se interpretara en el sentido de que**

prohíbe cualquier actividad accesoria incluso con el sector privado (párrafo 80).

Respecto a los mecanismos de control el Tribunal valoró el establecimiento de algunos que no figuran en el Derecho societario italiano. El TJCE estimó favorablemente la existencia de un control reforzado mediante la **creación de diferentes comités integrados por representantes de todas y cada una de las entidades socias con independencia de la talla o el número de acciones que posea en la entidad de que se trate**. Estos comités tienen amplias facultades de control y decisión ya que la Junta General está obligada a tener en cuenta sus orientaciones e instrucciones.

Segundo criterio

Respecto al **segundo criterio** la sucesiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJCE) puede resumirse como sigue:

- Destinatario de las prestaciones: es necesario que las prestaciones de la entidad de que se trate estén destinadas únicamente, en lo esencial, al ente territorial que la controla. El resto de la actividad tiene carácter marginal (sentencia Carbotermo, párrafos 62 y 63). En la sentencia TRAGSA el Tribunal estimó el carácter marginal de la actividad de la empresa con terceros estimándose ésta en un 10% del volumen de negocios total (párrafo 63).
- Elementos de apreciación: el volumen de negocios realizado en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones (sentencia Carbotermo párrafos 65 a 67).
- Existencia de control conjunto: el requisito relativo a lo esencial de la actividad se cumple también si la entidad en cuestión la realiza no necesariamente con uno u otro de estos entes que la controlan, sino con dichos entes considerados en conjunto. Para evaluar la actividad esencial realizada procede tomar en consideración la realizada con el conjunto de dichos entes. (sentencia Carbotermo, párrafos 69 a 71 - TRAGSA párrafos 62 y 63 - Mantúa párrafos 33 y 34 y CODITEL párrafo 44).

La cooperación intermunicipal

El 9 de junio de 2009 el TJCE dictó sentencia en el asunto C-480/06 Comisión contra Alemania en la que apreció como única causa para excluir una licitación pública el origen de la cooperación intermunicipal que no es otro que la obligación de cumplir una misión de servicio público.

El Tribunal analizó el contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y cuatro Landkreie vecinos para garantizar la gestión mancomunada del tratamiento de sus residuos.

El Tribunal parte del hecho señalado en el párrafo 36 de la sentencia que está acreditado que los 4 Landkreise no ejercen un control que pueda calificarse de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

Así pues no se trata de un caso de relación “in house” ya que no existen entes controladores ni una entidad controlada. Como señala el TJCE se trata de un contrato que culmina una acción de cooperación intermunicipal entre las partes del mismo y que conlleva exigencias propias para garantizar la misión de dicha cooperación.

En tal sentido, el Tribunal aprecia que dicha cooperación tiene como finalidad realizar una misión de servicio público común a las mismas **derivada de la aplicación de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos que obliga a los Estados miembros a establecer planes de gestión de residuos siendo una de las medidas más importantes la búsqueda de un tratamiento de residuos en una instalación lo más cercana posible.**

El TJCE recuerda en la sentencia que la colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratos (libre circulación de servicios y apertura a la competencia) siempre que se realice 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 de forma que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto a sus competidores.

El Tribunal estimó que no se había orquestado un montaje para eludir las normas de contratos públicos y por ello consideró que el contrato no precisaba licitación.

Aunque el Tribunal ha concluido tanto en el asunto CODITEL como en este asunto Comisión contra Alemania que no era necesario convocar una licitación pública, existen elementos diferenciadores dignos de citarse.

En el caso CODITEL existían unos entes controladores y una entidad controlada mientras que en este asunto queda claro que esta situación no se produce.

En CODITEL la valoración de la misión de servicio público se realiza para determinar si la entidad controlada goza de margen de autonomía o éste no existe, en cuyo caso se puede apreciar una relación “in house”.

Finalmente, estimamos que es importante subrayar que la misión de servicio público en el asunto Comisión contra Alemania deriva de una Directiva comunitaria. Este es un elemento diferencial importante que no se ha producido en otros asuntos en los que se ha evaluado una relación “in house”.