

A disciplina da contratación doméstica (*in house providing*) no novo Código de contratación pública e no proxecto de Texto Único sobre os SIEX.

Unha análise tras a transposición das directivas comunitarias 23 e 24 de 2014

La disciplina de la contratación doméstica (*in house providing*) en el nuevo Código de contratación pública y en el proyecto de Texto Único sobre los SIEG.

Un análisis tras la transposición de las Directivas comunitarias 23 y 24 de 2014

The discipline of in-house providing in the new Code of public contracts and the plan of the Single Text on the SIEG.

A focus after the transposition of the European Directives 2014/23/UE and 2014/24/UE

ANTONELLA AZZARITI

Doctora e investigadora en Derecho Público

Abogada

Consultora de la Regione Abruzzo

antonella.azzariti@regione.abruzzo.it

antonella.azzariti@gmail.com

Recibido: 20/05/2016 | Aceptado: 29/06/2016

52 Regap

Regap



NOTAS

Resumo: Tras a entrada en vigor das directivas n.º 23, 24 e 25 de 2014, introducíronse moitas novidades en materia de contratación pública. Sen dúbida, a normativa sobre a figura da contratación doméstica (*in house providing*) é unha delas.

Este artículo tiene por objeto analizar el contexto normativo y jurisprudencial sobre la figura de *in house providing*, tras la transposición de la disciplina prevista en los artículos 12, 17 y 28 de las directivas 23, 24 y 25 de 2014 dentro del ámbito del nuevo Código de contratación pública, D.L. n.º 50, de 18 de abril de 2016.

Palabras clave: *in house providing*, adjudicación de los contratos públicos.

Resumen: Tras la entrada en vigor de las Directivas n.º 23, 24 y 25 de 2014, se han introducido muchas novedades en materia de contratación pública. Sin duda, la normativa sobre la figura de la contratación doméstica (*in house providing*) es una de ellas.

El presente artículo tiene por objeto analizar el contexto normativo y jurisprudencial sobre la figura del *in house providing*, tras la transposición de la disciplina contemplada en los arts. 12, 17 y 28 de las Directivas 23, 24 y 25 de 2014 dentro del ámbito del nuevo Código de contratación pública, D.L. n.º 50, de 18 de abril de 2016.

Palabras clave: *in house providing*, adjudicación de los contratos públicos.

Abstract: Following the entry into force of Directives 23, 24 and 25 of 2014, many novelties have been introduced in the area of public contracts. One of these is undoubtedly the discipline of *in-house providing*.

The aim of this article is to analyze the legislative and legal context regarding the institution of *in-house providing* in the light of the transposition of the discipline as established in articles 12, 17 and 28 of new Directives in the ambit of the new Code for public contracts, law no. 50 of April 18 2016.

Key words: *in house providing*, public contracts management.

Sumario: 1 Introducción. 2 El modelo organizativo del *in house providing*. 3 Los principios orientadores del “Paquete licitaciones/concesiones” en materia de adjudicaciones *in house*. 4 El artículo 5 del D.L. n.º 50 de 2016 y las directrices del proyecto del Texto Único sobre los SIEG. 5 Consideraciones finales. 6 Bibliografía.

1 Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el marco normativo e interpretativo actual sobre la figura del *in house providing*, a la luz de la transposición en el nuevo Código de contratación pública¹, de las disposiciones comunitarias “gemelas” contempladas en los arts. 12, 17 y 28 de las Directivas 23, 24 y 25 de 2014.

Transcurridos aproximadamente dieciséis años del caso Teckal, que sentó precedente, se codifica la figura de forma expresa a nivel europeo, abriéndose una serie de escenarios y perspectivas para implementar dicha modalidad de gestión en ámbito nacional, sobre todo, con la aplicación de la Ley n.º 124/2015, llamada “Reforma Madia” que, dentro del ámbito de una reorganización administrativa global, contempla la adopción de dos decretos sobre reordenación de los servicios públicos locales de interés económico general y participación societaria de las administraciones públicas, cuyo procedimiento de aprobación está en vías de desarrollo².

Además, durante el periodo 2015-2016, parece abrirse camino una tendencia jurisprudencial que, sin perjuicio de la afirmación y tutela del principio de la competencia, no es homogénea en relación a la posibilidad y oportunidad de recurrir a la adjudicación directa.

1 D.L. n.º 50, de 18 de abril de 2016, en materia de “*Actuación de las directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE sobre la adjudicación de contratos de concesión, licitaciones públicas y procedimientos de contratación pública de los entes adjudicadores en los sectores del agua, energía, transporte y servicios postales, así como la reordenación de la normativa vigente en materia de contratación pública de obras, servicios y suministros*”, en G.U. de 19 de abril de 2016, n.º 91, S.O., en concreto, el art. 5 “*Principios comunes en materia de exclusión para concesiones, contratos públicos y acuerdos entre entes y administraciones adjudicadoras en el ámbito del sector público*”.

2 En el presente trabajo se hace referencia a dos Proyectos de Decreto legislativo en vías de aprobación. En concreto, al art. 7 del T.U. sobre servicios de interés económico general y los arts. 5, 15 y 16 del T.U. sobre sociedades de participación pública. El Consejo de Estado, Reunión de la Comisión Especial n.º 1075, de 3 de mayo de 2016 se ha pronunciado sobre el Proyecto de Decreto Legislativo del Texto Único en materia de servicios públicos locales de interés económico general.

2 El modelo organizativo del *in house providing*

En materia de contratación pública, concretamente de adjudicación de servicios públicos por parte de la administración pública, de todos es sabido que el modelo organizativo del *in house providing* fue concebido en ámbito comunitario, a raíz de la sentencia Teckal³, como un sistema excepcional alternativo a la adjudicación por medio de procedimientos de transparencia pública.

La jurisprudencia comunitaria ha aclarado ampliamente que el derecho comunitario disciplina las modalidades de adjudicación de licitaciones y concesiones por parte de la administración pública mediante un conjunto de normas que, lejos de ejercer una mera función de coordinación de los procedimientos de adjudicación, tiene por objeto la instauración de la competencia efectiva, entendida como ámbito donde se garantiza a los agentes económicos la libertad de establecimiento y prestación de servicios consagradas en el TFUE, respetando los cánones de igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad⁴.

Dado que la noción comunitaria de empresa prescinde del carácter público o privado del sujeto responsable, los sujetos encargados de la gestión de los servicios públicos de importancia económica o, más en general, de la contratación pública, están obligados, como cualquier otro agente económico, a respetar las normas sobre competencia, a menos que no se configure como concesión de derechos especiales o exclusivos, subespecie del monopolio o asignación de financiación pública, o que se incurra en el supuesto del *in house providing*.

En este último caso, se reconoce a las administraciones públicas la facultad de autoproducir el servicio o prestar internamente los servicios que necesitan, valiéndose de estructuras vinculadas jerárquicamente, pero que no son un tercero en relación a las mismas, al estar vinculadas a estas mediante el llamado procedimiento de “delegación entre órganos”.

La posibilidad de considerar a los organismos como medios propios se ha vinculado tradicionalmente a la presencia de los siguientes elementos:

- participación pública del 100%;
- control análogo;
- actividad principal⁵.

3 Tribunal de Justicia CE, 18 de noviembre de 1999, C-107/98, Teckal, en Racc., I, 8121 y Comunicación de la Comisión Europea que tiene por objeto “*Los servicios de interés general en Europa*” de 1997.

4 A continuación, se reproducen los pronunciamientos más significativos del Tribunal de Justicia en los que se definen los rasgos constitutivos de la figura del *in house providing*: 11 de enero de 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau en Racc. I-1, punto 49; 21 de julio de 2005, causa C-231/03, Coname en Racc., I-7287, punto 26; 11 de mayo de 2006, causa C-340/04, Carbotermo, punto 37, en Racc., I-4137; 19 de abril de 2007, causa C-295/0, Asemfo en Racc., I-2999, punto 57; 18 de diciembre de 2007, Causa C-357/06, Frigerio; 17 de julio de 2008, C-71/07, Campoli; 13 de noviembre de 2008, Causa C-324/07, Coditel; 10 de septiembre de 2009, Causa C-573/07, Set.Co.

5 El requisito de la participación pública totalitaria, que ha sido siempre defendido por el Tribunal de Justicia – véase, entre otros, el Caso Set.co, Tribunal de Justicia de la CE, Secc. III, 10 de septiembre de 2009, nº C-573/07, Set.Co. – se ve sometido a revisión por las Directivas nº 23 y 24 de 2014, como se profundiza en el párrafo siguiente.

Por el contrario, el cumplimiento del requisito del “control análogo” se revisa en caso de: a) capital público al 100% y prohibición de apertura al capital privado; b) dependencia económica y financiera de la sociedad frente al ente adjudicador; c) reserva de poderes de designación de los órganos sociales a los socios públicos; d) ejercicio por parte del ente controlante de una influencia determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de la sociedad mediante poderes de orientación reforzados, respecto a los derechos atribuidos a los socios por el derecho común - subespecie de dirección, coordinación y supervisión; e) órganos sociales carentes de plenos poderes para la administración ordinaria y extraordinaria.

Tratándose, por tanto, de una modalidad de adjudicación que sustrae al mercado libre un porcentaje de la contratación pública, el cumplimiento de dichos requisitos sintomáticos tiene que controlarse de forma rigurosa, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la adjudicación, en base a un enfoque interpretativo de tipo funcional⁶.

Con el fin de entender las novedades introducidas por las Directivas n.º 23 y 24 de 2014, es útil analizar algunos principios establecidos en materia de control análogo y actividad principal.

En primer lugar, en relación al análisis del modelo organizativo en cuestión, se ha afianzado un enfoque sustancial a efectos de la verificación del cumplimiento de los requisitos para la contratación doméstica, que exige ir más allá de la denominación jurídica del sujeto controlado y hacer referencia a las características funcionales y las modalidades de funcionamiento concretas de este.

Por último, hay que subrayar en este sentido el pronunciamiento del Consejo de Estado, III, de 27 de abril de 2015, n.º 2154, donde se establece que *“la legitimidad de la adjudicación del servicio mediante contratación doméstica hay que evaluarla en referencia a la situación, de hecho y de derecho, existente en el momento en que se adopta la decisión”*.

Es también interesante el caso del Consorzio Universitario C.I.N.E.C.A., sobre el que volveremos a lo largo del presente trabajo, que ha sido objeto de dos pronunciamientos del Consejo de Estado, uno en fase consultiva y otro en fase jurisdiccional⁷.

En el pronunciamiento n.º 2660/2015, en respuesta a la tesis de la defensa, según la cual C.I.N.E.C.A. cumplía los requisitos para poderse considerar un medio propio en base a la existencia formal del control análogo conjunto, al estar participado por el MIUR y por otras Universidades públicas, el Consejo de Estado ha juzgado, sin embargo, que dicho requisito no se cumplía, estimando insuficiente la mera participación de los sujetos en el capital y en los órganos directivos del ente dependiente de la administración pública, y exigiendo que dichos sujetos ejerzan, en una medida proporcional, los poderes de orientación y control.

En el caso en objeto, las Universidades consorciadas han quedado excluidas del control análogo, otorgado al MIUR que ostenta una posición incuestionable de primacía, dentro del ámbito de la organización y el funcionamiento del C.I.N.E.C.A..

Del mismo interés, es la jurisprudencia que ha definido los elementos sustanciales del control análogo.

Con el pronunciamiento de la sesión plenaria del Consejo de Estado n.º 1, de 3 de marzo de 2008, se ha visto afirmado el enfoque según el cual los poderes atribuidos por el Código Civil y el estatuto a los entes públicos en calidad de socios no son suficientes para garantizar una posición de control análogo, haciéndose por tanto necesario definir mecanismos espe-

Elementos sintomáticos del requisito del “destino principal de la actividad” se consideran, sin embargo: a) el objeto social limitado al servicio adjudicado; b) la carencia de vocación comercial en la actividad que se ejerce.

6 En este sentido, véanse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, V, 29 de diciembre de 2009, n.º 8970; Consejo de Estado, V, 30 de abril de 2009, n.º 2765; Consejo de Estado, V, 28 de septiembre de 2009, n.º 5808 en www.giustizia-amministrativa.it. Por último, Consejo de Estado, III, 27 de abril de 2015, n.º 2154, donde se establece que *“La legitimidad de la adjudicación del servicio mediante contratación doméstica hay que evaluarla en referencia al estado de hecho y de derecho existente en el momento de la adopción de la medida”*.

7 Consejo de Estado, II, dictamen n.º 298, de 30 de enero de 2015 y sentencia, Secc. VI, n.º 2660, de 26 de mayo de 2015.

cíficos de control y poderes de actuación sobre la sociedad para configurar una relación de dependencia de la sociedad frente a los entes accionistas.

Dicha influencia debe expresarse ejerciendo un control efectivo, basado en los siguientes poderes:

- a) control del balance, ex ante y ex post;
- b) control de la calidad de la administración, desde el punto de vista de la regularidad, viabilidad, rentabilidad y legitimidad;
- c) atribución de facultades inspectoras directas y concretas;
- d) total dependencia del adjudicatario directo en tema de estrategias y políticas empresariales;
- e) contexto organizativo del que se derive la posibilidad para la sociedad de llevar a cabo con recursos propios el servicio objeto de adjudicación.

Los entes contratantes deben ejercer su control sobre los órganos, siendo por tanto estructurales, y al mismo tiempo sobre los actos, es decir, acciones y comportamientos:

- sobre los órganos, en el sentido de que el ente local debe estar revestido de facultades para proceder al nombramiento y revocación, como mínimo, de la mayoría de los miembros de los órganos de gestión, administración y control;

- sobre la gestión, en el sentido de que el ente contratante, además del poder de dirección y orientación, debe tener también facultades para autorizar o anular, como mínimo, los actos más importantes de la sociedad, como, aparte del balance, los contratos que superen un cierto nivel, y en general los actos de gestión más relevantes que no se pueden considerar meros actos de carácter ordinario y burocrático.

En tema de actividad principal, hay que señalar en otro sentido la jurisprudencia reciente en materia de actividad externa.

Tradicionalmente, se ha considerado que la actividad del adjudicatario debe limitarse a los ámbitos territoriales de los entes participantes⁸.

Recientemente, el Consejo de Estado, con la resolución n.º 4793, de 20 de octubre de 2015, ha remitido al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial relativa a la posibilidad de computar en la actividad principal, también la actividad desarrollada para entes públicos no socios, siempre que esta haya sido impuesta por una administración pública tercera, en el caso del Ente regional.

El tema surgió a raíz del caso de una sociedad dependiente de la administración pública dedicada a la gestión de residuos, a la que el Ente regional impuso, con un procedimiento de autorización, que llevase a cabo el tratamiento y puesta en marcha de la eliminación de residuos para municipios no socios, por razones de protección de la higiene y la salud pública en ámbito regional.

⁸ Entre otros: Tribunal de Justicia, UE, C-573/07, de 10 de septiembre 2008.

La cuestión interpretativa sobre la que el Tribunal de Justicia se va a pronunciar, parece de especial interés, ya que toca la actividad externa de las sociedades dependientes de la administración pública, hasta ahora considerada excluida a efectos del cumplimiento del requisito de la actividad principal.

3 Los principios informadores del “Paquete licitaciones/ concesiones” en materia de contratación doméstica

Una vez enmarcado, aunque de forma resumida, el modelo organizativo de la contratación doméstica, hay que analizar los principios introducidos en relación a dicha figura en el llamado “Paquete licitaciones/concesiones”, cuyos contenidos han sido transpuestos en el art. 5 del nuevo Código de contratación pública que, sustancialmente, lleva a cabo una incorporación *tout court* de lo establecido en el art. 12 de la Directiva 2014/24/UE – *Sectores ordinarios* – y del artículo 17 de la Directiva 2014/23/UE – *Concesiones*.

En concreto, en relación a las modalidades de adjudicación de los servicios públicos hay que destacar el art. 12 de la Directiva n.º 23, en materia de concesiones.

La primera novedad importante es justamente la codificación de un *corpus* de normas dedicado a la figura objeto de análisis que, en gran parte, incorpora y hace positivos los principios enunciados por el Tribunal de Justicia con el caso Teckal, pero introduce también, como veremos, elementos nuevos importantes.

A este respecto, el preámbulo n.º 31 de la Directiva 2014/24/UE se expone que “*La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en materia de contratación doméstica se interpreta de forma diferente por los distintos Estados miembros y administraciones adjudicadoras. Por tanto, es necesario definir en qué casos los contratos celebrados dentro del ámbito del sector público no están sujetos a la aplicación de las normas en materia de contratación pública*”.

La disciplina contemplada en los arts. 12, 17 y 28 de las tres Directivas hay que interpretarla, por tanto, a efectos de la superación de las diferencias de interpretación por parte de los distintos Estados miembros.

En segundo lugar, se contempla de forma muy explícita la configuración de la contratación doméstica como modalidad alternativa de prestación de servicios o ejecución de trabajos, respecto a la adjudicación por medio de procedimientos de transparencia pública.

En consecuencia, el argumento de que la contratación doméstica es una excepción a las normas generales del derecho comunitario, que exigen la celebración previa de un concurso público, hay que revisarla y enfocarla de otra manera.

En este sentido, las nuevas Directivas retoman y desarrollan el proceso normativo e interpretativo descrito, puesto en marcha por la Comisión Europea – a partir de la Comunicación que tenía por objeto “*Los servicios de interés general en Europa*” de 1997 – y la jurisprudencia del caso Teckal.

De hecho, se enuncia positivamente la libertad de autoorganización de la administración pública, y se afirma, en relación a las modalidades de prestación de servicios y ejecución de trabajos, la equiordenación de tres modelos de gestión:

- a) la autoproducción, según el modelo organizativo de la contratación doméstica;
- b) la externalización por medio de concurso público;
- c) la cooperación entre las administraciones.

Esto se desprende claramente de la lectura de algunos preámbulos de las Directivas en cuestión.

Según el Preámbulo n.º 5 de la Directiva n.º 2014/24/UE: *“Debe recordarse 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.”*

En este mismo sentido, se manifiesta en el preámbulo n.º 7 de la Directiva sobre sectores especiales n.º 2015/25/UE y en el n.º 5 de la Directiva sobre concesiones n.º 2014/23/UE.

Según el art. 2, párrafo 1, de esta última Directiva, en materia de *“Principio de libertad de administración de las autoridades públicas”*: *“1. La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. [...] Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.”*

Se define así un escenario en el cual los dos principios de libertad de autoproducción de servicios y protección de la competencia tienen idéntica dignidad en el contexto de normas de ascendencia comunitaria, sin perjuicio del control riguroso del cumplimiento de los requisitos para la contratación doméstica, en base a los principios definidos en las nuevas Directivas y de una adecuada justificación en los casos de utilización del modelo⁹.

El tercer aspecto novedoso contemplado en las Directivas en materia de contratación doméstica reside en la concepción de la figura objeto de análisis, no solo como modelo de gestión de servicios públicos, sino también con las características propias de un *“contrato”* entre un sujeto público y personas jurídicas privadas, o entre sujetos públicos.

Los citados artículos de la Directiva hablan, de hecho, de *“contrato”* que puede celebrarse entre *“personas jurídicas de derecho público o de derecho privado”*, ampliando los límites tradicionales de la figura.

Así, los casos de contratación doméstica se clasifican de la siguiente manera:

- *contratación doméstica llamada vertical*, o en sentido estricto, según el modelo tradicionalmente definido por la jurisprudencia comunitaria y nacional, en la que un sujeto público ejerce frente a una persona jurídica de derecho privado – que en la mayor parte de los casos

⁹ Sobre este punto, VOLPE, C., *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in www.giustizia.amministrativa.it

puede pertenecer a la estructura de la sociedad – un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios y se cumple el requisito de la actividad principal, según el esquema de la *delegación entre órganos*;

- *contratación doméstica inversa*, que es aquella en la que el sujeto controlado confía actividades al sujeto controlante, admitiéndose una especie de bidireccionalidad de la contratación doméstica;

- *contratación doméstica llamada horizontal*, que consiste en una forma de cooperación entre entes locales y/o administraciones para prestar servicios públicos dentro del ámbito de su poder de autoorganización, en base a un modelo admitido por el Tribunal de Justicia en 2009, con la llamada sentencia “Hamburgo”¹⁰, en la que se reconducía al modelo de contratación doméstica un acuerdo entre entes locales para la entrega y eliminación de residuos, en una planta de producción de energía a partir de residuos, situada en el territorio de uno de estos, encargando la gestión a un sujeto privado.

Las nuevas directivas, sobre todo en relación a la figura de la contratación doméstica, inciden con un conjunto de reglas, sobre los requisitos del control análogo y la actividad principal.

En relación al primero, además de la codificación expresa de los requisitos Teckal, se contemplan los casos del llamado control análogo “conjunto” y “en cascada”.

Las condiciones establecidas en los arts. 12, 17 y 28 de las tres Directivas a efectos de la legitimidad de dichas figuras son las siguientes:

- los órganos de toma de decisiones deben estar compuestos por todos los socios públicos participantes o por sus representantes;

- los socios públicos tienen que tener capacidad, no solo para ejercer conjuntamente una influencia determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas del organismo controlado, sino también para, cada uno por separado, participar en proporción a su cuota;

- el organismo controlado no debe perseguir intereses contrarios a los de los socios públicos participantes.

Según la jurisprudencia sobre este punto, es necesario que, en caso de pluriparticipación, la participación de cada socio sea adecuada, aunque sea minoritaria, para garantizar su participación efectiva en la gestión del organismo dependiente de la administración pública¹¹.

Este modelo de gestión es especialmente relevante en relación a la estructura organizativa de los servicios públicos en red – servicio de suministro de agua, transportes, residuos – para los que la ley contempla su estructuración en ámbitos territoriales, en los que las funciones de programación, orientación y control son ejercidas por entes que actúan dentro de dicho ámbito¹².

10 Grande Sezione, in C- 480/06, de 9 de junio de 2009.

11 Por último, Consejo de Estado, III, de 27 de abril de 2015, nº 2154, *cit.*; Consejo de Estado, nº 2660, de 26 de mayo de 2015, *cit.*

12 Véanse el art. 3 segundo del D.L. nº 138/2011 y el art. 1, apartado 609, de la Ley de Estabilidad de 2015 y, por último, el borrador del T.U. sobre los servicios públicos locales de interés económico general.

De forma diferente, respecto al caso del control análogo “en cascada” o mediante holding, una administración ejerce el control sobre otra administración y esta última ejerce, a su vez, el control sobre el organismo dependiente de la administración pública.

En este caso se admite la adjudicación directa de la primera administración al sujeto tercero, aunque formalmente no exista una relación directa entre las dos entidades.

Respecto al requisito de la actividad principal, la principal novedad de las Directivas está en la cuantificación de la actividad necesaria para considerar la prevalencia, fijada por la jurisprudencia en un porcentaje del 80%, y en la codificación del método de cálculo de la misma, que puede producirse de dos maneras:

- a través del volumen de negocio medio de los últimos tres años;
- a través de una medición alternativa adecuada, como, por ejemplo, los costes soportados por la persona jurídica dentro de los tres años anteriores a la adjudicación de la concesión.

En el caso de organismos en fase de *start up* inferior a tres años o en caso de actividades no susceptibles de evaluación, es suficiente acreditar con estimaciones el volumen de actividad desarrollada.

De esto se desprende, que las sociedades adjudicatarias pueden desarrollar en el mercado libre hasta un 20% de su volumen de negocio.

Otra novedad sin precedentes, introducida por las Directivas en relación a la estructura organizativa de los organismos dependientes de la administración pública, es la admisión explícita de la participación de operadores económicos privados en el capital social de la persona jurídica controlada.

Este supuesto representa una novedad para la doctrina jurisprudencial que tradicionalmente exige el requisito de la participación pública totalitaria, excluyendo participaciones privadas tanto minoritarias como potenciales, aunque estén contempladas en los estatutos¹³.

Revisando este enfoque, las Directivas admiten que la contratación doméstica se pueda llevar a cabo también a favor de organismos participados por capitales privados siempre que se den las siguientes condiciones:

- la participación de capitales privados no debe determinar situaciones de control o poderes de veto a favor de dichos socios privados, que les permita ejercer una influencia determinante sobre la sociedad;
- dicha participación esté contemplada expresamente en disposiciones de ley y no entre en contraste con los objetivos comunes de los Tratados.

En cualquier caso, la norma que permite la participación de sujetos privados, solo si ha sido prescrita por las disposiciones de ley, introduce una medida protectora para los Estados Miembros, y ofrece la oportunidad de disciplinar este aspecto de forma compatible con los principios de la competencia.

13 Tribunal de Justicia CE, Secc. III, de 10 de septiembre de 2009, nº C-573/07, Set. Co.; Consejo de Estado, nº 5072/2006; nº 591/2009.

Esta disposición está recogida en el art. 5, apartado 3¹⁴, del D.L. n.º 50/2016.

Antes de entrar en vigor el nuevo Código de contratación pública, la interpretación de dicha disposición suscitó un encendido debate, dado el carácter excepcional de la misma respecto al principio consolidado de la participación pública total de las sociedades dependientes de la administración pública.

Un primer caso jurisprudencial es el del Consorzio Universitario C.I.N.E.C.A., para el que el Consejo de Estado, con dos pronunciamientos opuestos – uno dictado en fase consultiva¹⁵ y otro en fase jurisdiccional¹⁶ – primero admitió la figura de la contratación doméstica para la participación de universidades privadas en el capital social basándose en la premisa del carácter *self-executing* de las Directivas y, posteriormente la excluyó, considerando dirimente que el plazo para la transposición por parte de los Estados miembros todavía no había finalizado.

Sobre esta cuestión, intervino después el D.L., de 19 de junio de 2015, n.º 78, convertido en Ley de 6 de agosto de 2015, n.º 125, que, en coherencia con las afirmaciones contenidas en la sentencia del Consejo de Estado n.º 2660/2015, ha subordinado la participación de los particulares a las tres condiciones enunciadas por el art. 12 de la Directiva n.º 2014/24/UE¹⁷.

Por lo que respecta al modelo del in house horizontal, parece interesante detenerse en los principios enunciados en otro sentido por el Consejo de Estado en el dictamen n.º 1178/2015¹⁸, donde se analiza la cuestión interpretativa planteada por la Agenzia del Demanio, sobre la posibilidad de celebrar acuerdos con entes territoriales y organismos de la seguridad social para la administración y gestión de inmuebles de propiedad pública.

El juez de lo contencioso-administrativo, tras un análisis detallado de la jurisprudencia comunitaria y nacional en la materia, establece los límites a respetar en el momento de la transposición de dicho modelo en ámbito nacional.

En primer lugar, se establece que las actividades objeto del acuerdo de colaboración no deben prever transferencias financieras entre las partes cooperantes, sin perjuicio del reembolso de los costes soportados y no pueden ser objeto de comercialización ni ofrecidas en

14 Art. 5, apartado 3, del D.L. n.º 50/2016, que reza: *“La presente norma no se aplica cuando una persona jurídica controlada, en calidad de administración adjudicadora o ente adjudicador, adjudica una licitación o una concesión a la propia administración adjudicadora o al ente adjudicador controlante, o a otro sujeto jurídico controlado por dicha administración adjudicadora o ente adjudicador, con la condición de que la persona jurídica a la que se adjudica la licitación pública no tenga participación directa de capitales privados, a excepción de formas de participación de capitales privados que no comportan el control o poder de veto, contempladas en la legislación nacional de conformidad con los tratados, y no suponen una influencia determinante sobre la persona jurídica controlada”*.

15 Consejo de Estado, II, dictamen n.º 298, de 30 de enero de 2015.

16 Consejo de Estado, VI, n.º 2660, de 26 de mayo de 2015.

17 La referencia se encuentra en el art. 9, apartados 11 segundo, 11 tercero y 11 cuarto, del D.L. de 19 de junio de 2015, n.º 78, convertido, con modificaciones en Ley de 6 de agosto de 2015, n.º 125. En concreto, el art. 11 cuarto establece que *“Los servicios informativos instrumentales para el funcionamiento de los sujetos que forman parte del sistema educativo, universitario y de investigación pueden ser desarrollados por dichos sujetos directamente o a través de entes, incluso con personalidad jurídica de derecho privado, constituidos por iniciativa de las administraciones públicas contempladas en el artículo 1, apartado 2, del decreto legislativo de 30 de marzo de 2001, n.º 165, y sucesivas modificaciones, y participados por estas, a condición de que se cumplan los siguientes requisitos:*

a) más del 80 por ciento de la actividad del ente consiste en el desempeño de las tareas que le han sido encomendadas por la administración controlante o por otras personas jurídicas controladas por la misma;

b) la persona jurídica controlada no tiene participación directa de capitales privados, a excepción de formas de participación de capitales privados que no comportan control o poder de veto y que no ejercen una influencia determinante sobre la persona jurídica controlada.

c) las administraciones participantes ejercen sobre dichos entes, también de forma conjunta, un control análogo al que estas ejercen sobre sus propios servicios”.

18 Consejo de Estado, II, dictamen n.º 1178 de 11 de marzo de 2015.

el mercado, garantizando los principios de la competencia y de la igualdad de trato de los agentes económicos implicados.

Además, la figura del in house horizontal se enmarca en el caso de los acuerdos contemplados por el art. 15 de la Ley n.º 241/1990, que permite a las administraciones públicas celebrar acuerdos entre estas para desarrollar en colaboración actividades de interés común.

Dentro de estos límites, los acuerdos cuya finalidad sea la gestión y valorización de los patrimonios inmobiliarios, celebrados entre la Agenzia del Demanio y sujetos públicos – entre los cuales se encuentran administraciones centrales y/o periféricas, entes territoriales y entes públicos o sociedades públicas – quedan excluidos del ámbito de aplicación del código de contratación pública y de las Directivas UE.

4 El artículo 5 del D.L. n.º 50 de 2016 y las directrices del proyecto del Texto Único sobre los SIEG

En el escenario normativo actual, las novedades introducidas por las Directivas n.º 23 y 24 de 2014 sobre la figura de la contratación doméstica se encuentran, principalmente, en los arts. 5 y 192 del D.L. n.º 50/2016, que hay que interpretar al mismo tiempo que el decreto de reordenación de los servicios públicos locales de interés económico general, cuyo procedimiento de aprobación se encuentra todavía en vías de desarrollo¹⁹.

Como se ha observado, el art. 5 del nuevo Código de Contratación hace una transposición *tout court* de las disposiciones contempladas en los artículos 12 y 17 de las dos directivas comunitarias, codificando así los principios descritos en materia de control análogo – vertical, conjunto y por medio de holding –, de actividad principal, con los correspondientes porcentajes y modalidades de determinación, y de in house horizontal.

Se incorpora también la novedad de la posible presencia de capitales privados en la estructura organizativa del sujeto dependiente de la administración pública, a condición de que esté establecido en la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y de que el sujeto privado no tenga poderes de veto y control.

En relación a esta última disposición, se señala un pronunciamiento del Tribunal de Cuentas de la Región de Campania, inmediatamente sucesivo a la entrada en vigor del nuevo Código²⁰.

De hecho, el juez del Tribunal de Cuentas, en fase consultiva, se ha pronunciado sobre la cuestión, promovida por un municipio, sobre la posibilidad de fusión entre dos sociedades de gestión del servicio de suministro de agua, de las cuales una tenía participación de capital privado, para crear un sujeto único que opere dentro del ámbito territorial de competencia.

A pesar de la vigencia del art. 5 del Código de contratación pública, no se ha considerado admisible dicha operación, al no existir una norma para el sector *ad hoc* que contemple la obligatoriedad de la participación de capitales privados en organismos de gestión del servicio de suministro de agua.

¹⁹ Se señala el dictamen del Consejo de Estado, Reunión de la Comisión especial, de 3 de mayo de 2016, n.º 1075, en materia de “*Texto único sobre los servicios públicos locales de interés económico general*”.

²⁰ Tribunal de Cuentas, Sección regional de control para la Campania n.º 108, de 22 de abril de 2016.

En otros términos, se considera insuficiente una disposición que permita la adjudicación interna a sujetos con participación de capitales privados, exigiéndose la existencia de una norma especial y prescriptiva en este sentido.

Está claro que dicha interpretación limita aún más las posibilidades de entrada de capitales privados en la estructura organizativa del organismo dependiente de la administración pública.

Las normas establecidas en el art. 192 del código se mueven sobre dos directrices, una, contemplada en los apartados 1 y 3, que prevé la constitución de un elenco en el A.N.A.C. [*Autoridad Nacional Anticorrupción*] de entes adjudicadores de contratos domésticos, sujetos a la obligación de publicidad y transparencia, y la otra, en el apartado 3, que contempla la obligación de motivación en caso de recurrir a la contratación doméstica, que hay que interpretar al mismo tiempo que el art. 7 del Texto Único sobre los SIEG.

En base a la primera disposición, la inscripción en el elenco instituido por el A.N.A.C. se produce a petición del ente adjudicador, bajo la responsabilidad de este último, teniendo el A.N.A.C. poder de control sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para la contratación doméstica, en base a modalidades y criterios a definir posteriormente.

Dicha disposición plantea algunas dudas de interpretación sobre la naturaleza de la obligación de inscripción.

Esta, de hecho, no contempla una presunción absoluta en relación al cumplimiento de los requisitos para la contratación directa, y no legitima las adjudicaciones directas efectuadas.

Con toda probabilidad, es evidente la atribución al A.N.A.C. del poder de control sobre el cumplimiento de los requisitos para la contratación directa, en cualquier caso, sin perjuicio del control judicial sobre la legitimidad de las adjudicaciones.

Desde otra perspectiva, se contempla, para las sociedades adjudicatarias dependientes de la administración del estado, la obligación de publicidad de todos los documentos relacionados con la adjudicación, con el fin de garantizar niveles adecuados de publicidad y transparencia de los procedimientos, a efectos de la ampliación de las obligaciones de transparencia y anticorrupción, contempladas en el D.L. n.º 33/2013 y la Ley 190/2012, a los entes de derecho privado y económicos, en los que las administraciones públicas tengan participaciones o ejerzan poderes de vigilancia y control.

Esta orientación ya estaba presente en la Disposición del A.N.A.C. n.º 8, de 17 de junio de 2015, sobre las "*Directrices para la actuación de la normativa en materia de prevención de la corrupción y transparencia de las sociedades y entes de derecho privado controlados y participados por las administraciones públicas y de los entes públicos económicos*".

Por lo que respecta, sin embargo, a la obligación de motivación que hay que cumplir en caso de recurrir a la contratación doméstica, el art. 192, apartado 2, establece que "*La disposición tiene que incluir las razones por las que no se recurre al mercado y, concretamente, aquellas que demuestran que dicha elección no es comparativamente más desfavorable para los ciudadanos, en relación también a los costes estándar del servicio y los beneficios para la colectividad de la forma de gestión elegida, y en referencia a los objetivos de universalidad, interés social, eficiencia, economicidad y calidad del servicio, así como de la optimización en el empleo de los recursos públicos*".

En línea con esta disposición, está el art. 7, apartados 1-3, del proyecto de Texto Único sobre los SIEG.

El art. 7, apartado 1, al definir las modalidades de gestión de los servicios públicos de relevancia económica, contempla, en línea con el marco comunitario, tres opciones de gestión, del mismo rango:

- a) adjudicación mediante procedimiento de transparencia pública, en aplicación de las disposiciones en materia de contratación pública;
- b) adjudicación a una sociedad mixta, cuyo socio privado haya sido elegido mediante procedimiento de transparencia pública, en base a las modalidades contempladas en el derecho de la Unión europea y el decreto legislativo adoptado según el artículo 18 de la Ley n.º 124 del 2015;
- c) gestión directa, mediante contratación doméstica, dentro de los límites fijados por el derecho de la Unión Europea y las disposiciones en materia de contratación pública y por el Texto Único sobre las participaciones públicas.

A estas modalidades, para los servicios que no sean de red, se añade la gestión en régimen de control administrativo o mediante una empresa especial.

Por lo que respecta a los contenidos a contemplar en el procedimiento de adjudicación, se establece que el ente, antes de elegir la modalidad de adjudicación del servicio, está obligado a acreditar las razones y el respeto de los parámetros comunitarios para la forma de gestión elegida, de conformidad con los principios del derecho europeo, y a definir las obligaciones específicas de servicio público, indicando eventualmente las compensaciones económicas.

Además, se establece que en el procedimiento de adjudicación se debe demostrar también la imposibilidad de subdividir en lotes el proyecto, en cumplimiento de la disciplina comunitaria, con el fin de proteger la libertad de prestación de los servicios y de favorecer formas de competencia comparativa.

Para recurrir a la contratación doméstica, se requiere, en línea con el art. 192, apartado 2, del Código, que se ilustren las razones por las que el recurso al mercado no resulta conveniente, en términos económicos y cuantitativos, para los usuarios y la colectividad.

Por tanto, aunque no se establecen límites a la discrecionalidad de los entes locales para recurrir a la adjudicación directa, se refuerza la obligación de motivar los supuestos de aplicación de dicha forma de gestión, limitando así el margen de maniobra de los entes locales.

En una primera lectura, la disposición según el art. 7 responde a los principios expresados en la ley de habilitación – art. 19 de la Ley n.º 124 de 2015²¹ – en la que se exigía, por una parte, clasificar los tipos de sociedades en base a varios modelos de adjudicación, entre los cuales el de la “*modalidad directa o mediante procedimiento de transparencia pública*” con el fin de elegir la normativa, “*también en base al principio de proporcionalidad de la excepción respecto al derecho privado*” y, por otra, respetar “*los principios del ordenamiento*

21 Ley 7-8-2015 n.º 124, sobre “*Delegaciones de Gobierno en materia de reorganización de las administraciones públicas*”, en G.U., de 13 de agosto de 2015, n.º 187, art. 19 “*Reordenación de la disciplina sobre los servicios públicos locales de interés económico general*”, apartado 1, letra. e).

europeo, incluidos aquellos en materia de autoproducción, y los principios generales sobre contratación pública y, en concreto, los principios de autonomía organizativa, economicidad, eficacia, imparcialidad, transparencia, publicidad, no discriminación, igualdad de tratamiento, reconocimiento mutuo, proporcionalidad” .

A juicio del Consejo de Estado²², la disciplina así estructurada supera el supuesto de inconstitucionalidad, en la parte en la que contempla la valoración discrecional de los entes locales para elegir las modalidades de gestión del servicio, pero exige, al mismo tiempo, reforzar la motivación para recurrir a la adjudicación directa en el contexto de una disciplina que claramente no favorece el recurso al mercado.

De hecho, en base a los principios interpretativos expresados por el Tribunal Constitucional en la resolución n.º 199/2012²³, la introducción de reglas competitivas dentro del ámbito de las decisiones organizativas para la adjudicación de servicios, en nombre de los principios comunitarios de defensa de la competencia y autoorganización, no puede interpretarse como un objetivo impuesto al ente adjudicador, a perseguir mediante un conjunto detallado y prescriptivo de reglas – como sucedía en el art. 23 segundo del D.L. 112/2008, convertido en Ley n.º 133/2008 y en el art. 4 del D.L. 138/2011 – sino como un valor constitucional a proteger y como instrumento del que los entes locales pueden valerse dentro del ámbito de sus decisiones organizativas, para lograr un régimen de competencia efectiva.

Sin embargo, en el mismo dictamen del Consejo de Estado, se ponen de manifiesto posibles problemas de aplicación de la normativa así definida para los entes locales, sobre todo los de menor dimensión, ya que se les encomienda la tarea de llevar a cabo evaluaciones muy complejas para detectar situaciones que desaconsejan el recurso al mercado, que podrían no dimensionarse adecuadamente teniendo en cuenta los profesionales disponibles en la estructura organizativa de los entes más pequeños.

5 Conclusiones

En definitiva, se pueden hacer algunas consideraciones finales sobre las novedades que el llamado “Paquete de licitaciones y concesiones” introduce en tema de contratación doméstica, actualmente codificadas en el art. 5 del nuevo código de contratación pública, en consonancia con el decreto que da actuación a la llamada “Reforma Madia”.

Sin duda, hay que aprovechar la oportunidad, que el legislador comunitario ha brindado, de definir un marco normativo claro y completo para la contratación doméstica y, más en general, para las modalidades de adjudicación de los servicios públicos de importancia económica.

Sin embargo, al aplicar el modelo definido por el derecho comunitario y transpuesto en el nuevo código de contratación, no solo hay que contemplar soluciones especialmente restrictivas para la contratación doméstica, teniendo en cuenta los principios afirmados por el Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 199/2012, sino también evitar futuras fugas, avalando lecturas que eluden el modelo definido por el derecho comunitario.

22 Véase el dictamen del Consejo de Estado, Reunión de la Comisión Especial, 3 de mayo de 2016, n.º 1075, *cit.*

23 Tribunal Constitucional, n.º 199, de 17 de julio de 2012, en www.gjurcost.org, donde se declara la ilegitimidad constitucional del art. 4, D.L. 138/2011 por contraste con el art. 75 de la Constitución, dado que reproduce el art. 23 segundo del D.L. n.º 112/2008, convertido en Ley n.º 133/2008, derogado en fase de referendo.

A juicio de la autora, sin embargo, habrá que afrontar algunos problemas de aplicación, además de los que se han comentado, que quedan al margen de la normativa recientemente entrada en vigor.

Es el caso, por ejemplo, del tema de la participación directa de agentes privados en la estructura organizativa interna.

Se trata de una norma especialmente innovadora, incluso respecto a la jurisprudencia comunitaria que puede crear no pocos problemas de aplicación.

La reciente lectura dada a la norma por el juez del Tribunal de Cuentas limita notablemente los márgenes de utilización de dicho modelo, al limitar al mismo tiempo sus posibilidades de aplicación.

Quedan preguntas abiertas sobre las modalidades de selección del sujeto privado y la estimación del porcentaje de participación societaria que excluye la existencia de poderes de veto y control.

Habrà que evitar que la participación directa de operadores económicos privados en el capital de la controlada pueda determinar situaciones de ventaja para estos últimos respecto a otros agentes económicos privados.

Otro tema de interés es la regulación del in house horizontal, cuyo ámbito concreto de aplicación y cuyas analogías y diferencias respecto a los acuerdos contemplados en el art. 15 de la Ley n.º 241/1990 habrá que aclarar.

Por último, de la lectura combinada del art. 5 del nuevo Código y las disposiciones contenidas en el proyecto de Texto Único sobre los SIEG, se desprende la voluntad legislativa general de contemplar, como regla general, que la adjudicación de servicios públicos de interés general se lleve a cabo mediante procedimientos competitivos y de transparencia pública, limitando las posibilidades concretas de recurrir a una adjudicación directa sin concurso.

Por tanto, la tendencia normativa nacional confirma un enfoque restrictivo ante el tema de la contratación doméstica, aunque el legislador interno haya sido coherente con el ordenamiento europeo, garantizando un nivel de protección de la competencia efectiva y no limitando *ex ante* la libertad de los entes adjudicadores para decidir sobre las modalidades de gestión.

Dicha interpretación parece confirmada, dadas las consideraciones manifestadas por la Autoridad Garante de la competencia y del mercado, en la audiencia de 13 de julio de 2016 sobre el *“Proyecto de decreto legislativo para el texto único sobre los servicios públicos locales de interés económico general”*²⁴, donde se hace una lectura positiva de la disciplina contenida en el art. 7 sobre las modalidades de gestión de los servicios y se consideran superados eventuales supuestos de inconstitucionalidad de la norma, en nombre del principio de la libertad

24 Audiencia de la Autoridad Garante de la competencia y del mercado – Comisiones Conjuntas I y V de la Cámara de los Diputados – dentro del ámbito del análisis del *“Proyecto de decreto legislativo relativo al texto único sobre los servicios públicos locales de interés económico general”*, 13 de julio de 2016.

de organización del servicio, reconocido a los entes locales por el Tribunal Constitucional y actualmente retomado por el nuevo Código de contratación.

6 Bibliografía

VOLPE, C., *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, en www.giustizia.amministrativa.it