



**INFORME 2/2015, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA, SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA DIRECTIVA 24/2014 DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

La Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el día 17 de 2015, aprobó por unanimidad, el siguiente informe:

**ANTECEDENTES**

Con fecha 18 de diciembre de 2014, se recibe en el Registro del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo al que está funcionalmente adscrita la Junta de Contratación Pública escrito firmado por don F.J.G.N., Secretario del Consejo de Administración de TRACASA, solicitando informe a la Junta de Contratación Pública en relación con la interpretación que debe darse al artículo 12 de la Directiva 24/2014 de Contratación Pública, en particular sobre la posibilidad de que una sociedad mercantil de reciente creación, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública de manera indirecta a través de otra sociedad mercantil pública ya existente, ostente la condición de ente instrumental, al entenderse que en la señalada sociedad mercantil de reciente creación se de una ausencia de autonomía decisoria respecto de la Administración de la Comunidad Foral que realizará los encargos, ejerciendo ésta, a través de la sociedad mercantil pública no instrumental, titular directa de todas sus acciones o participaciones, un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades. La parte esencial de su actividad la realizará esta nueva sociedad pública creada, para la Administración de la Comunidad Foral.

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 8 apartado b) del Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta

de Contratación Pública y los procedimientos y registros a su cargo, la solicitud de informe ha sido presentada por órgano no legitimado.

**SEGUNDA.-** Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 208.4.c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), la Junta de Contratación Pública es competente para informar sobre cuestiones que atañen a la contratación pública. De su propio tenor literal se desprende que la solicitud de informe debe trascender el caso concreto y buscar la adopción de un criterio general aplicable a otros casos. Por tanto, esta Junta carece de competencia para informar sobre supuestos particulares y en ningún caso se puede pronunciar sobre cuál deba ser la organización del Sector Público de la Comunidad Foral.

**TERCERA.-** No obstante todo lo anterior, debido a la repercusión que tienen sobre el interés general las cuestiones referentes a los medios propios de la Administración, para garantizar el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública, se procede a su contestación.

**CUARTA.-** Entrando a analizar la cuestión de fondo, referente a la posibilidad de que una sociedad mercantil pública cree a su vez (mediante una aportación no dineraria de rama de actividad o similar) otra sociedad también mercantil y pública de manera que esta segunda ostente la condición de ente instrumental mientras que la sociedad pública originaria, titular de las acciones de la creada no ostenta tal reconocimiento por llevar a cabo trabajos para terceros ajenos a la Administración, hay que recordar que tras la aprobación del paquete de directivas comunitarias en materia de contratación pública del año 2014 se establece una regulación ex novo de los contratos internos, reflejando la doctrina "*in house providing*" que se ha ido construyendo por la jurisprudencia comunitaria en los últimos años. Abordan este asunto los artículos 12 de la Directiva 24/2014 sobre Contratación Pública y 17 de la Directiva 23/2014 sobre Concesiones.

El asunto que ahora se plantea es si el artículo 12.1 último párrafo de la Directiva 24/2014 puede ser interpretado en el sentido de abarcar dentro del concepto de contrato interno una relación como la expuesta, en la que el ente instrumental, que llevará a cabo los encargos del poder adjudicador, no depende directamente del mismo sino de una sociedad interpuesta, dependiente de éste último y en su caso, qué requisitos habrían de darse para

ello. Esta cuestión no ha sido hasta el momento objeto de pronunciamiento en los términos que se plantean. El artículo 12.1 es de este tenor literal:

*1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:*

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;*
- b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y*
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.*

*Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.*

Por lo tanto, la nueva regulación de los contratos internos contempla la posibilidad que se plantea en la consulta.

Ahora bien, para el correcto entendimiento de la cuestión es fundamental conocer el origen y fundamentos de la doctrina “*in house providing*” ya citada. La normativa comunitaria de contratación administrativa tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, igualdad de trato, y la obligación de transparencia, todo ello con la finalidad de hacer efectiva la libre competencia.

La teoría *in house* excepciona la regla general de la aplicación de las normas comunitarias de contratación pública, a aquellos encargos cuyo objeto

es la realización de una prestación propia de un contrato de obras, de suministro o de servicios que se ejecutan por parte de las Administraciones Públicas y/o de otros organismos o entidades que se consideran medio propio de la Administración *“... de manera que las tareas que se encomienda al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si los hubiera acometido el propio ente dominante”* (informe 1/2007 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón), al considerarse que esos contratos (desde el punto de vista del objeto) no salen de la esfera jurídica de la Administración. A este respecto, el apartado 48 de la STJCE (Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas) de 11/01/05, asunto C-26/2003 Stadt Halle y RPL Lochau, señala: *Una autoridad pública, siendo una Entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a Entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una Entidad jurídicamente distinta de la Entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.*

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es evidente que la doctrina “in house providing” supone una quiebra del principio de libre competencia y es una excepción al ámbito de aplicación del Derecho comunitario de contratos, por lo que no debe servir para eludir la ley y es preciso interpretarla de forma restrictiva como ya señala la STJCE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen en su apartado 63 en el que se refiere a los conocidos como “requisitos Teckal” *“...ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella”.*

Por lo tanto, para dar respuesta al contenido de la consulta será necesario preguntarse en primer lugar, si la sociedad interpuesta debe reunir todos los requisitos establecidos para poder ser considerada medio propio (al margen de que se haya llevado a cabo la declaración formal o no) o si basta con que a los efectos de consideración de la sociedad que ha de recibir los encargos como medio propio, cumpla con el “control análogo”. En segundo lugar habrá que pronunciarse además acerca de qué requisitos debe cumplir la relación entre las tres personas para que se pueda entender que existe control análogo.

**QUINTA.-** En relación a la primera de las preguntas formuladas la respuesta parece clara a favor de la exigencia únicamente del control análogo. La propia redacción del artículo 12 de la Directiva nos lleva a esta conclusión cuando afirma “ *Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador*” (apartado 1 *in fine*).

En aplicación a la hipótesis que se estudia, bastaría que la sociedad interpuesta fuera controlada de forma análoga a como la Administración controla sus propios servicios, y que controlara de igual manera a la sociedad instrumental sin necesidad de llevar a cabo la parte esencial de su actividad para la Administración. Bien entendido que esta afirmación solo tiene validez en tanto que la sociedad madre no va a ser destinataria de encargos por parte de la Administración, según los términos en los que se plantea la consulta. En el más lógico supuesto de que tanto sociedad interpuesta como aquella que depende de esta resultaran destinatarias de los encargos, resulta indudable que ambas deberían cumplir con la exigencia, que ahora se cifra en al menos el 80% de su actividad, para el ente que les realizara los encargos.

**SEXTA.-** Sentado lo anterior, la segunda pregunta se refiere a los requisitos que deban darse para considerar que existe control análogo en los términos establecidos por la Directiva. Abundando en este asunto resulta que la cuestión clave estriba en si es posible entender que entre la Administración y la sociedad interpuesta existe control análogo que pueda hacerse extensivo a la sociedad creada con vocación instrumental.

Resulta conveniente precisar que toda la doctrina y la jurisprudencia sobre “*in house providing*” que ahora se ha positivizado en las Directivas, se ha construido en base a supuestos en los que existe un ente controlado de forma análoga, para hacerle encargos de gestión. Esta condición no se cumple en el supuesto analizado puesto que la sociedad interpuesta no sería destinataria de encargo alguno.

No obstante la citada particularidad, los requisitos que debe cumplir el control para poder ser considerado análogo al que ejerce la Administración sobre sus propios medios están ahora sintetizados en el propio artículo 12.1 de la Directiva 24/2014 “*cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos*

*estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada*". Debe ser un control estructural y funcional y debe, obviamente ejercerse por parte de la Administración respecto de su Sociedad dependiente tanto como por parte de esta última sobre la Sociedad con vocación instrumental.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, existen indicios que inciden tanto positiva como negativamente en la existencia del control análogo, si bien ninguno de ellos tiene la condición de presunción "*iuris et de iure*" y deben ser examinadas de manera global. Los indicios que deben tenerse en cuenta son:

- Capital íntegramente público. Este, que fue considerado por la jurisprudencia un indicio de existencia de control análogo, es ahora un requisito recogido con carácter expreso por el artículo 12 de la Directiva. Sin embargo, por sí solo, no alcanza a demostrar la existencia de control análogo. En este sentido se ha pronunciado STJCE. *Comune di Ponte Nossa (C-573/07)* en su apartado 45. (...) *es preciso recordar que la circunstancia de que la entidad adjudicadora posea, junto con otras entidades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal entidad adjudicadora ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (veánse, en este sentido, las sentencias de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 37, y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Rec. p. I-0000, apartado 31)*. Igualmente aunque *sensu contrario* podemos citar la STJUE 29 noviembre 2012 (C-182/11 y C183/11) que afirma que una persona jurídica no carece necesariamente de libertad de acción por el mero hecho de que un ente territorial al que pertenece controle las decisiones que la conciernen, si aún puede desarrollar una parte importante de su actividad económica con otros operadores económicos.
- Influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones: el ente controlado debe carecer de autonomía decisoria y para ello no es suficiente con las facultades que el derecho mercantil concede a la mayoría de accionistas sino que deben existir mecanismos de control "ad hoc" cuyo objetivo sea llevar a cabo un control reforzado sobre el

órgano de administración de la entidad instrumental. Existen formas de control que la doctrina del TJUE ha considerado acertadas. Así, las sentencias CODITEL de 13 de diciembre de 2008, asunto C-324/07 (apartado 40) y Sentencia Sea, septiembre de 2009, Asunto C-573/07 (apartado 81) afirman que el establecimiento en los estatutos de las sociedades que ejecutar encargos, de órganos de control diferentes de los contemplados por la legislación mercantil, que puedan tomar decisiones que se imponen a las del órgano plenario implica un control efectivo de dichas sociedades, suficiente para entenderlo análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.. De lo anterior parece desprenderse que este control debe ser entendido como una dependencia funcional, manifestación del principio de jerarquía (en sentido amplio) que como una cuestión mercantil.

Igualmente, la jurisprudencia a nivel estatal se ha pronunciado sobre esta cuestión. La STS 25-01-2013, (Rc 3351/2010) señala que *“la entidad pública Suelo y Vivienda de Aragón cumple con los dos criterios que se conocen como “criterios Teckal” para que pueda ser considerada como entidad “in house” con respecto al organismo adjudicador a efectos de que se le puedan confiar tareas sin pasar por un procedimiento de adjudicación en competencia. Tales criterios son los siguientes: 1º) Que la Administración Pública ejerza sobre el ente de que se trate un control análogo al que ejerce sobre los propios servicios; y 2º) Que la entidad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. Sobre el alcance del control, señala el Tribunal Supremo que no puede ponerse en duda que es “cuando menos análogo al que ejerce sobre los propios servicios, no solo por ser íntegramente público el capital, lo que constituye un indicio sobre el control que se ejerce sobre el ente, sino, sobre todo, por la composición de su órgano de gestión, que es presidido por el Consejero del sector y está integrado por los cargos directivos de las Consejerías, de manera que es patente, no que influya en sus decisiones, sino que las conforma directamente”*

- Debe existir una coincidencia de intereses públicos entre ambas entidades lo que excluye la existencia de intereses propios y diferenciados del ente instrumental). Esta condición puede evaluarse examinando la existencia de proyección de mercado. La Sentencia

Commune di Ponte Nossa (2009) señala que (73) *Por lo que respecta al tema de si la sociedad de que se trata tiene vocación de mercado, que precariza el control por las entidades que son sus accionistas, es preciso examinar el alcance geográfico y material de las actividades de dicha sociedad, así como la posibilidad de que ésta entable relaciones con empresas del sector privado.* De acuerdo con lo anterior la existencia de vocación de mercado, no discutida en relación con la sociedad interpuesta en el supuesto que nos ocupa, supone una limitación al control de las entidades accionistas y tanta es la limitación que implica que el fallo de la citada Sentencia afirma:

- (...)cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:
  - la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y
  - a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.

Por lo tanto, genera dudas la existencia de control análogo en el caso de que la entidad controlada lleve a cabo actividad fuera del territorio de la entidad territorial que la controla.

En consecuencia, para salvar aquellos indicios que pudieran llevar a considerar que no existe control análogo respecto de la sociedad interpuesta y que por lo tanto la sociedad instrumental no puede tener carácter instrumental por haberse roto la cadena, sería necesario establecer unos métodos de control reforzado, más allá de los previstos con carácter general por el Derecho Mercantil para garantizar que las decisiones estratégicas de la entidad controlada y su actividad más relevante son directamente influidas por la entidad controladora.

**SÉPTIMA.-** Finalmente, las consideraciones realizadas en el número anterior serían de aplicación con las precisiones pertinentes (dada la diferente



vocación de las sociedades afectadas) al control que habría de ejercer la sociedad interpuesta sobre la sociedad instrumental, que igualmente habría de ser considerado “control análogo” de acuerdo con la previsión del artículo 12.1.in fine de la Directiva 24/2014.

En relación con el párrafo anterior, y de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia comunitaria, existen también indicios que llevan a pensar en la existencia de un control análogo, como son:

- Obligación legal de ejecución de las encomiendas de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el poder adjudicador. En este sentido se ha pronunciado el TSJUE entre otras en la Sentencia TRAGSA II (asunto C-295/2005) apartado 54 en el que afirma *“Procede observar que, si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato.”*
- Retribución por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública. Entre las facultades de las que debe disponer la entidad que realiza los encargos, el TJUE ha señalado también la capacidad de fijar las tarifas de los mismos (sentencias de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-573/07 «Sentencia Sea» y de 19 de abril de 2007, Asunto C-295/05, «Sentencia Tragsa» ya citada).

Para ello, visto que esta sociedad sí tendría carácter instrumental, además tendría que cumplir con el requisito de *“que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador”*.

**OCTAVA.-** Para cerrar convenientemente la cuestión es preciso puntualizar que todo lo dicho con anterioridad debe ser entendido desde la confianza en la buena fe de quienes tienen que tomar decisiones en el ámbito público, sabido como es, que la organización empresarial sea cual fuere debe

responder a la realidad que se representa. Debe entenderse fraude de ley, y por lo tanto una situación vedada por el ordenamiento jurídico, la creación de varias entidades con personalidad jurídica diferenciada que actúan en el tráfico jurídico distribuyendo entre ellas los derechos y obligaciones según su interés pero con perjuicio de terceros, por mucho que el cumplimiento de las disposiciones normativas referentes a grupos de sociedades sean escrupulosamente cumplidas.

Si se diera este supuesto, sería de aplicación la teoría del levantamiento del velo, construcción jurisprudencial que pretende descubrir las situaciones en las que una sociedad carece en realidad de funcionamiento real e independiente respecto de otra que la controla y dicha organización responde únicamente a fines fraudulentos.

## **CONCLUSIONES**

Debe considerarse ajustada al Derecho Comunitario e incluida dentro del ámbito de aplicación de los contratos internos la posibilidad de que una sociedad mercantil pública cree a su vez otra sociedad también mercantil y pública de manera que esta segunda ostente la condición de ente instrumental mientras que la sociedad pública originaria, titular de las acciones de la creada no ostenta tal reconocimiento por llevar a cabo trabajos para terceros ajenos a la Administración siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1. La sociedad originaria, de vocación exclusivamente mercantil, deberá ser controlada de forma análoga a como la Administración controla a sus propios servicios. Para ello deberán establecerse en sus estatutos las disposiciones pertinentes en aras a desmentir los indicios de entre los expuestos en el informe o cualesquiera otros que puedan poner en duda la existencia de tal control.
2. La sociedad originaria deberá controlar de la misma manera establecida en el apartado anterior, a la sociedad instrumental.
3. La sociedad instrumental deberá realizar la parte esencial de su actividad para la Administración respecto de la que ostenta la condición de medio propio.

Pamplona, 17 de junio de 2015

LA PRESIDENTA

EL VOCAL

LA SECRETARIA

Marta Echavarren Zozaya

Martín Orradre Artieda

Silvia Baines Zugasti