



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recurso de apelación 284/2019

SENTENCIA Nº 5240/2020

Ilmos. Sres.:

Presidente

D. Francisco José Sospedra Navas

Magistrados

D. Pedro Luis García Muñoz

D. Eduardo Paricio Rallo

En Barcelona, a 17 de diciembre de 2020.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sección quinta) ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación 284/2019, interpuesto por GRUP MUNICIPAL d'ESQUERRA REPUBLICANA DE CATALUNYA - ACORD MUNICIPAL d'ESPARREGUERA, i del GRUP MUNICIPAL DE LA CANDIDATURA d'UNITAT POPULAR - ESPARREGUERA POBLE ACTIU d'ESPARREGUERA, representados por el procurador Anna Serrat Carmona, asistido de la letrada Julia Pérez Prat, contra la sentencia 9/2019, de 9 de enero de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 17 de Barcelona, en el procedimiento ordinario 444/2017, siendo parte apelada AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA, representada por el procurador Laura Carrión Rubio, asistido de la letrada Yolanda Puiggròs i Jiménez de Anta, y SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L., representada por la procuradora Susana Manzaneres Corominas, asistida del letrado Joaquín Tornos Mas.

Ha sido ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Pedro Luis García Muñoz, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario 444/2017, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 17 de Barcelona, se dictó sentencia 9/2019, de 9 de enero de 2019, que desestimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Pleno de





18 de octubre de 2017 del AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA, que desestima recurso de reposición contra el Acuerdo del Pleno de 17 de mayo de 2017, relativo a la aprobación del cambio de gestión directa del propio Ayuntamiento a gestión directa por sociedad mercantil de titularidad pública del servicio de la Residència de Can Comelles, aprobando el encargo de gestión a favor de SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L., así como el convenio regulador del mismo.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por el procurador Anna Serrat Carmona, en nombre y representación de GRUP MUNICIPAL d'ESQUERRA REPUBLICANA DE CATALUNYA - ACORD MUNICIPAL d'ESPARREGUERA, i del GRUP MUNICIPAL DE LA CANDIDATURA d'UNITAT POPULAR - ESPARREGUERA POBLE ACTIU d'ESPARREGUERA, que fue admitido en ambos efectos. Se dio traslado a la Administración apelada AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA y a la comparecida como codemandada SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L., para que formalizasen su oposición en el plazo legal.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala se acordó formar rollo de apelación 284/2019, se designó Magistrado ponente y, no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada ni la celebración de vista, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resoluciones recurridas y alegaciones de las partes.

1.- Los actos administrativos impugnados son el Acuerdo del Pleno de 18 de octubre de 2017 del AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA, que desestima recurso de reposición contra el Acuerdo del Pleno de 17 de mayo de 2017, relativo a la aprobación del cambio de gestión directa del propio Ayuntamiento a gestión directa por sociedad mercantil de titularidad pública del servicio de la Residència de Can Comelles, aprobando el encargo de gestión a favor de SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L., así como el convenio regulador del mismo.

2.- La sentencia del Juzgado desestima la demanda y centra la cuestión controvertida, además de resolver otras no objeto de apelación, en la interpretación de los artículos 24.6 del TRLCSP y 12.2 de la Directiva 2014/24/UE, a la luz de la jurisprudencia europea. Examina las sentencias Coditel de 13 de noviembre de 2008, y Econord Spa de 28 de noviembre de 2012, para concluir que concurren todos los requisitos para entender que SUMAR está compuesta por representantes de todos los poderes adjudicadores, quienes de forma conjunta pueden ejercer influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas, sin que la participación de dos vocales en el órgano de dirección resulte relevante dada la





actuación conjunta; afirma que la jurisprudencia europea exige para apreciar la concurrencia de este requisito que se trate de un control efectivo, sin exigir que sea individual, ya que lo que ha de quedar garantizada es la obligación de aceptación del encargo por parte del medio propio y existencia de una influencia decisiva. En definitiva, SUMAR no persigue intereses contrarios a los intereses de los adjudicadores.

3.- La parte actora, GRUP MUNICIPAL d'ESQUERRA REPUBLICANA DE CATALUNYA - ACORD MUNICIPAL d'ESPARREGUERA, i del GRUP MUNICIPAL DE LA CANDIDATURA d'UNITAT POPULAR - ESPARREGUERA POBLE ACTIU d'ESPARREGUERA fundamenta su recurso de apelación que los requisitos de los encargos de gestión son los recogidos en el artículo 12.3 de la Directiva 2014/24/UE, y en el artículo 32 de la Ley 90/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y el control análogo conjunto ha de cumplir las condiciones referidas al apartado 4 en el momento de la formalización del encargo, conforme al artículo 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, mediante el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En esencia, se alega fraude de ley y que la jurisprudencia del TJUE es oscilante y ambigua sobre la cuestión del control conjunto de diversos poderes adjudicadores, motivo por el cual se ha de hacer una interpretación integrada; especialmente porque, según su representación procesal, nadie en Europa podía imaginar el uso continuo y fraudulento de esta figura en el Estado español, habiéndose triplicado el número de estas entidades entre las anualidades 2007 y 2012, con cita de informe de la CNMC, siempre bajo la sospecha de propiciar en la mayoría de los casos una privatización encubierta huyendo del Derecho Administrativo.

La utilización del encargo por medios propios habría de ser de forma restrictiva, sino excepcional, con cita de la Circular 4/2015, de 20 de mayo, de la Intervención General Estado.

SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L. es una entidad mercantil con capital mayoritario de la Diputación de Girona, que no puede tener la consideración de medio propio del AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA, al faltar el requisito de control conjunto análogo sobre la sociedad. Con cita del dictamen de la Autoridad Catalana de la Competencia, comunicación 144/2016, en relación con Aigües de Manresa S.A., se afirma que cuando se efectúa un encargo a una entidad que no puede ser considerada medio propio, se está haciendo un uso fraudulento de tal recurso para evitar la aplicación de la normativa de contratación pública y, a la vez, provocar un daño a la competencia. Igualmente cita informes del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas y del Tribunal de Cuentas del Estado.

El control conjunto ha de ser decisivo y efectivo y la presencia en el Consejo de Administración de la mercantil SUMAR de dos miembros de entre los que tienen carácter de socio minoritarios, de un máximo de 12, no puede suponer una influencia decisiva y efectiva, porque únicamente podrá tomar decisiones quien ostenta la mitad más uno del capital social. En este sentido, la sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 29 de noviembre de 2012, Econord SpA, indica que "... se considerará





cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión”.

En definitiva, participar en el capital social, tener presencia en los órganos de representación, pero sin poder llegar los socios minoritarios a la mayoría, vacía de contenido el concepto de control conjunto, ya que 2 votos sobre 12 distan mucho de suponer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas. Cita sentencias del TJUE con diversos porcentajes de participación no indicativos de Spa mantener un control análogo. En conclusión, SUMAR es un medio propio de la Diputación de Girona, pero no del AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA, por lo que interesa la estimación del recurso de apelación.

4.- La representación procesal del AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA se opone al recurso de apelación alegando que en la sentencia se ha valorado el requisito de que los poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos, y decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

Señala que el artículo 5.3 de los Estatutos sociales indica que todas las actividades que desarrolle SUMAR han de ser conforme con las indicaciones de sus socios y, en todo caso, habrán de tener en cuenta a los responsables políticos y técnicos. La influencia se articula a través de la composición del Consejo de Administración, teniendo los socios minoritarios garantizados dos consejeros; el Consejo Técnico Asesor, compuesto por un representante de cada una de los socios con independencia de su tamaño y número de participaciones y el director general de SUMAR, así como los expertos y técnicos que proponga con carácter puntual el Consejo de Administración para tratar cuestiones especializadas (artículos 30 y 31 de los Estatutos), lo que constituye un control reforzado; finalmente, de manera individual existe mecanismo de control por parte del Ayuntamiento, al contemplarse dos comisiones en el Convenio de encargo de la Corporación a SUMAR (Comisión de seguimiento a nivel de gestión operativa y Comisión de seguimiento nivel de gestión estratégica).

Por último, se alega que el régimen económico del encargo de gestión demuestra que no se trata de un contrato del sector público sustraído del mercado y la concurrencia, pues se contempla el retorno y restitución de los excedentes, así como la inexistencia de margen económico o ganancia, que no supone ningún tipo de lucro para SUMAR, con lo que nunca podría ser insertado en concurrencia por resultar inviable en un régimen de libre mercado.

5.- La representación procesal de la demandada SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L. se ha opuesto al recurso de apelación alegando que el AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA ejerce sobre esta entidad un control análogo al que se ejerce sobre sus propios órganos en los términos exigidos por los artículos 24.6 del TRLCSP y 12.1 de la Directiva 2014/24/UE, resolviendo la sentencia a la vista de la jurisprudencia europea recaída en la materia.





La gestión está plenamente amparada por las Directivas comunitarias, y la legislación contractual española en la jurisprudencia que la ha interpretado. El ente responsable de la prestación de un servicio puede optar por la gestión directa o indirecta, y dentro de la directa puede hacerlo con su propia organización o mediante un ente que tenga la condición de medio propio, sin que exista un negocio contractual con tercero, ni una privatización del servicio encubierta, sino en el ejercicio de la potestad de auto organización de la Administración, todo ello con plena cobertura normativa, conforme al artículo 24.6 del TRLCSP, y ahora artículo 32 de la Ley 9/2017.

La jurisprudencia del TJUE es clara y precisa y ha estado aplicada de forma correcta por el Juzgado. En la gestión y decisión de SUMAR se ha cumplido el requisito exigido por la jurisprudencia europea de participar la Administración tanto en el capital como en los órganos de dirección.

El Consejo de Administración estará compuesto por un mínimo de 3 miembros y un máximo de 12, y dos de ellos se han de designar de forma consensuada entre los miembros de SUMAR que tengan carácter de socios minoritarios indicados expresamente en los Estatutos a los efectos de influir en los objetivos estratégicos y decisiones significativas. Los recurrentes han hecho referencia de forma parcial incorrecta al contenido algunas sentencias del TJUE. Finalmente, el artículo 29 de los Estatutos regula un Consejo Técnico Asesor donde está representado cada uno de los socios, así como dos comisiones de seguimiento y evaluación del encargo, por el que el Ayuntamiento puede ejercer un control decisivo en relación a la gestión de servicio encomendado a SUMAR. Interesa la desestimación del recurso de apelación.

SEGUNDO.- Planteamiento general de la controversia: la gestión directa asociativa mediante contratación “in house”.

El acto administrativo impugnado es el Acuerdo del Pleno de 18 de octubre de 2017 del AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA, que desestima recurso de reposición contra el Acuerdo del Pleno de 17 de mayo de 2017, relativo a la aprobación del cambio de gestión directa del propio Ayuntamiento a gestión directa por sociedad mercantil de titularidad pública del servicio de la Residencia de Can Comelles, aprobando el encargo de gestión a favor de SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L., así como el convenio regulador del mismo, como hemos dicho.

También este Acuerdo del Pleno tenía un apartado a) que aprobaba la adquisición de 10 participaciones sociales de la empresa SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L.

Los ayuntamientos, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local debe prestar el servicio de atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social al superar la población de 20.000 habitantes, como es el caso del municipio de ESPARREGUERA, de conformidad con el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril,





por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, que precisa la prestación de servicios sociales. El servicio puede prestarse conforme al artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, mediante gestión directa por la propia entidad, por un organismo autónomo local, por entidad pública empresarial local o por sociedad mercantil local, debiendo el capital social ser de titularidad pública.

La representación procesal de la parte recurrente GRUP MUNICIPAL d'ESQUERRA REPUBLICANA DE CATALUNYA - ACORD MUNICIPAL d'ESPARREGUERA, i del GRUP MUNICIPAL DE LA CANDIDATURA d'UNITAT POPULAR - ESPARREGUERA POBLE ACTIU d'ESPARREGUERA señalan en su escrito de demanda que se había decidido mantener la ejecución directa mediante encomienda de gestión, regulado en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y hasta aquí no existiría controversia.

Sin embargo, ésta surge, y así lo han circunscrito las partes en el desarrollo de sus escritos de demanda, contestación y conclusiones, en el carácter de la encomienda para la gestión directa que, en este caso concreto, es el de contratación "in house", o encargo a medios propios de persona interpuesta: por medio de la sociedad SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L., mercantil local de titularidad íntegramente pública.

Ya hemos indicado en la sentencia 3661/2020, de 21 de septiembre de 2020, recurso de apelación 107/2018, ponente Sr. Sospedra Navas, lo siguiente:

"Como indica la STS de 20 de septiembre de 2018 (RC 4396/2017): "en el ámbito comunitario, tradicionalmente se ha venido admitiendo la posibilidad de que la Administración, dentro de su potestad de autoorganización, y con el fin de obtener mayor eficiencia en los procedimientos de contratación, acuda a los denominados "contratos domésticos", o en términos de la jurisprudencia y doctrina europea, " in house providing ", esto es, aquellos en virtud de los cuales la Administración encarga la prestación a un ente con personalidad jurídica diferenciada y propia, pero vinculado a la misma, sin necesidad de someterse a las reglas de contratación pública".

Ello plantea una problemática adicional en tanto que supone una excepción a la licitación del servicio, de manera que los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, debiendo en todo caso respetar el límite de no afectar al principio de libre competencia, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para aplicar la excepción de licitación pública".

TERCERO.- El encargo a medios propios ("in house providing") por encomienda de gestión.

En la sentencia indicada se explica con precisión el marco jurídico en estos términos:





“El encargo a medios propios es una figura regulada de forma relativamente reciente, de manera que los modos utilizados hasta ese momento para no acudir al mercado eran principalmente las encomiendas y los convenios. La LCSP de 2007 introduce el término de “medio propio” o “servicio técnico” de la Administración, momento a partir del cual coexisten dos conceptos de encomienda de gestión: (i) el previsto en la Ley 30/1992, que contempla la encomienda como un instrumento de cooperación administrativa, el cual se mantiene en términos análogos en el vigente art. 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015 (en adelante, LRJSP); y (ii) el previsto en el art. 24.6 del TRLCSP de 2011 como un supuesto de exención de aplicación de la normativa de contratos, que se configura como instrumento de gestión de la Administración para la realización de obras y la prestación de servicios y suministros.

*Esta precisión nos permite dar respuesta a la alegación del apelante sobre la improcedencia de la encomienda de gestión del servicio a *****. En este punto, debe distinguirse entre la encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992 (ahora art. 11 LRJSP) y el encargo a medios propios.*

*En el primer supuesto, el régimen jurídico del art. 15 de la Ley 30/1992 (y del art. 11 LRJSP), no es aplicable al caso, pues la encomienda se debe realizar a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o distinta Administración, condición que no se da en ***** como sociedad mercantil pública sujeta a derecho privado.*

En el segundo caso, la legislación de contratos públicos regula otra figura de encomienda que es el encargo a medios propios en el ámbito contractual, para la realización de prestaciones correspondientes a los contratos públicos, que es lo que excluye el negocio del ámbito de aplicación de la normativa de contratos, tal como disponía el art. 4.1.n) del TRLCSP de 2011, aplicable al caso por razones temporales. En el TRLCSP de 2011 se regulaba el encargo a medios propios en el art. 24.6 cuando establecía que los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan, añadiendo que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos.

Por tanto, en el caso contemplado, estamos ante una encomienda contemplada en el art. 24.6 del TRLCSP de 2011, y no en aplicación del art. 15 de la Ley 30/1992, por lo que debe examinarse si se dan los requisitos para considerar a GIACSA como medio propio del Ayuntamiento.





Debe indicarse en este punto que tanto el informe de la Secretaría Intervención como la Memoria Justificativa que inician el expediente administrativo hacen referencia indistinta a ambos regímenes jurídicos en justificación del acuerdo, cuando lo cierto es que en ningún caso es de aplicación el mecanismo de cooperación interadministrativa de la encomienda de gestión previsto en el art. 15 de la Ley 30/1992, aplicable por razones temporales”.

CUARTO.- El encargo a medios propios como medio de gestión directa del servicio público.

El recurso se fundamenta en que SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L., no es un medio propio del AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA, al no cumplirse el requisito de existencia de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, por parte de la Corporación local sobre la empresa; en segundo lugar, que la relación no era propiamente instrumental, propia de la colaboración vertical con un medio propio, sino una relación contractual sujeta a la ley de contratos del sector público, por lo que sería nulo de pleno derecho por vulnerar la normativa de contratación del sector público.

La empresa tiene como socios públicos la Diputación de Girona (socio mayoritario) con 1536 participaciones sociales que representan el 51,10 % de capital social; el Consorci d'acció Social de Catalunya, con 740 participaciones sociales (24,62% del capital social); 600 participaciones en autocartera (19,96%); y con 10 participaciones sociales (0,33%) varios Consejos Comarcales y Ayuntamientos de Barcelona y Girona, y uno de Lleida. El AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA tiene 10 participaciones sociales en autocartera de la sociedad.

La influencia y control análogo al que se ejerce sobre sus propios órganos en los términos exigidos por los artículos 24.6 del TRLCSP y 12.1 de la Directiva 2014/24/UE, según la representación procesal de las partes apeladas se produciría, según su criterio, a través de:

1. La composición del Consejo de Administración, teniendo el socio minoritario garantizado dos consejeros. El Consejo de Administración está compuesto por un mínimo de 3 y un máximo de 12, y 2 de ellos se han de designar de forma consensuada entre los miembros de SUMAR que tengan carácter de socios minoritarios indicados expresamente en los Estatutos, con la finalidad, de que puedan influir en los objetivos estratégicos y decisiones significativas.
2. El Consejo Técnico Asesor, compuesto por un representante de cada una de los socios con independencia de su tamaño y número de participaciones y el director general de SUMAR, así como los expertos y técnicos que proponga con carácter puntual el Consejo de Administración para tratar cuestiones especializadas (artículos 30 y 31 de los Estatutos), lo que constituye un control reforzado.
3. Finalmente, de manera individual existe mecanismo de control por parte del Ayuntamiento, al contemplarse dos comisiones en el Convenio de encargo de la





Corporación local a SUMAR (Comisión de seguimiento a nivel de gestión operativa y Comisión de seguimiento nivel de gestión estratégica).

Esta Sección ya tiene un criterio fijado que se ha expuesto en la sentencia citada anteriormente 3661/2020, de 21 de septiembre de 2020, recurso de apelación 107/2018, que no avala las conclusiones contenidas en la sentencia del Juzgado.

La configuración de la empresa pública SUMAR puede ser una técnica de cooperación inter administrativa, dada la naturaleza de los partícipes; y puede aceptarse que articula una cooperación voluntaria para perseguir fines de interés público concurrentes en las administraciones públicas que la integran. Es cierto que el artículo 10.1 de la Carta Europea de Autonomía Local reconoce el derecho de asociación de las entidades locales, con la finalidad, en el ejercicio de sus competencias, realizar tareas de interés. Sin embargo, examinados los Estatutos no estamos ante unas relaciones de cooperación, sino ante claras relaciones recíprocas; esto es, un convenio entre dos entidades, una pública como es el Ayuntamiento, y otra privada como es la empresa pública SUMAR. Esta es prestadora del servicio y la Corporación local es la receptora SUMAR, sin que exista una relación de cooperación horizontal.

La reciente STJUE de 18 de junio de 2020 (Porin Kaupunki, c-328/19) clarifica la definición de la adjudicación “in house”, admitiendo expresamente que la misma se produzca en el marco de un convenio de colaboración o cooperación horizontal. Así, en primer lugar, el TJUE establece que la transferencia de competencias entre autoridades públicas está excluida de la Directiva de contratos, siempre y cuando esa transferencia voluntaria de competencias tenga su origen en la Ley. Admitida la fórmula de cooperación horizontal, el TJUE analiza la posibilidad de que la entidad responsable de la organización del servicio pueda confiar la prestación del mismo a una entidad vinculada sin licitación previa (adjudicación “in house”).

QUINTO.- Ausencia de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios.

Qué debe entenderse por medio propio, en la relación que se aplicable por razones temporales, se encuentra en el artículo 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que dispone: “6. *A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y





cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

Por la representación procesal de la parte apelada se afirma que, por medio de los Pactos de Socios, con los que no forman parte del Consejo de Administración de SUMAR, se garantiza a todos el control análogo, directo e indirecto de los servicios de su titularidad que gestiona la empresa. Sin embargo, lo cierto es que, incluso prescindiendo de las atribuciones que se confieren al presidente, dirección general o gerencia o comité de dirección establecida en los Estatutos, la prueba practicada confirma que no tiene ningún voto el AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA que condicione la acción ni de la Junta, ni del Consejo de Administración. Las inversiones responden a criterios de elaboración en los que no participa la Corporación local, y las líneas estratégicas y de inversión han de ser aprobada por el Consejo de Administración de acuerdo al artículo 22.2.q) de los Estatutos Sociales (“q) *Establir la presa de decisions o d’objectius estratègics de la Societat*”), donde sólo tienen presencia dos miembros de entre los que tienen carácter de socios minoritarios.

El artículo 20 establece: “*Dos (2) d’aquests membres s’han de designar, de forma consensuada, entre els membres de SUMAR S.L que tenen el caràcter de socis minoritaris (els propietaris de deu (10) o menys participacions socials), als efectes d’influir en els objectius estratègics i decisions significatives de SUMAR S.L.*”. Pues bien, de forma inequívoca, pese a la declaración, esto supone que no existe ningún control efectivo, ni influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos de las decisiones significativas. Los socios minoritarios nunca actuando de forma conjunta pueden alcanzar una mayoría suficiente para adoptar acuerdos que, en definitiva, evidencien el control y poder establecer aquellos.

Nominalmente se afirma que es un medio propio por la tenencia de participaciones y la presencia en órganos de la sociedad, pero está vacía de contenido la posibilidad de control. Y el Consejo Técnico Asesor y las dos comisiones de seguimiento y evaluación del encargo no son sino órganos de deliberación y participación, pero sin capacidad decisoria alguna conforme al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

No nos extenderemos en cómo puede quedar alterado el Consejo de Administración atendida la regulación del régimen de transmisión de participaciones del artículo 9 de los Estatutos Sociales, resultando claro que una sola Administración, la Diputación de Girona, puede condicionar la actividad del medio propio.





Ni existe control en las decisiones, ni un control análogo conjunto, como ha sido admitido por la jurisprudencia del TJUE. Así, se dictó la sentencia (Sala Tercera) de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant SA contra Comune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale, petición de decisión prejudicial del Conseil d'État de Bélgica, y la sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2012 (Sala Tercera), Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese, que responde a una petición prejudicial planteada por el Consiglio di Stato de Italia, con referencia a la Directiva anterior sobre contratación (2004/18/CE). Ha señalado que cuando se recurre a una entidad que posean en común varias administraciones públicas, el “control análogo” puede ser ejercido conjuntamente por tales administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente.

El TJUE afirma que en una adjudicación “in house”, se considera que el poder adjudicador recurre a sus propios medios, afirmando que debe ejercer sobre el adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, en segundo término, dicho adjudicatario debe realizar la parte esencial de su actividad a favor del poder o los poderes adjudicadores que tienen su propiedad, citando las SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C 107/98, EU:C:1999:562, apartado 50, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C 340/04, EU:C:2006:308, apartado 33”.

Más recientemente, la sentencia del TJUE de 18 de junio de 2020 indica que el requisito del “control análogo” puede manifestarse por diferentes medios, de manera que, a pesar de que el municipio no posea participación alguna en el capital de la entidad «in house», debe tener la posibilidad de ejercer 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 éste. Sobre el requisito de la actividad, para determinar si la entidad “in house” realiza la parte esencial de su actividad a favor del poder o de los poderes adjudicadores que la controlan, el TJUE indica que, en el supuesto de que una empresa sea propiedad de varios entes territoriales, ese requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con dichos entes territoriales considerados en su conjunto y no solamente con uno de ellos en concreto.

Esta falta de control efectivo se aprecia en el Convenio regulador del encargo de gestión, donde se prevé que perciba honorarios de gestión fijos (del 6% en 2017, al 8% en 2021 y sucesivos, fijados en el apartado 3.2.2.), lo cual es incompatible con la condición de medio propio, por cuanto que puede producir un efecto de falseamiento o restricción de la libre competencia. Recordemos que el artículo 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dispone que la retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

Del mismo modo, en los Estatutos se incluyen disposiciones que configuran una libertad de actuación incompatible con un efectivo control. Así en el artículo 5.2. (“*La societat pot fer les esmentades activitats, totalment o parcial, de manera indirecta, mitjançant la titularitat d'accions o participacions en societats d'objecte anàleg o idèntic*”); en el artículo 40 (“*Tarifes de preus. L'establiment de les tarifes de preus ha*





de ser suficiente per atendre els costos directes i indirectes de la realització de l'encomana de gestió via conveni de col·laboració, podent aquests costos contemplar marges per atendre a desviacions, imprevistos, indemnitzacions i tensions de tesoreria") y, significativamente la previsión en el artículo 35 de someter su actividad contractual al Derecho privado: "Contractació. ...La naturalesa dels contractes que subscrigui serà de caràcter privat".

Finalmente, según la jurisprudencia comunitaria, debe examinarse si la sociedad de que se trata tiene vocación de mercado, por lo que es preciso examinar el alcance geográfico y material de las actividades de dicha sociedad. Y en este caso sí resulta que SUMAR no está limitada en el ámbito geográfico y material, puesto que está abierta a asociar a otros municipios, dentro de un objeto social (artículo 5) amplísimo.

Todo ello nos lleva a descartar la condición de SUMAR de medio propio del AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA. En este punto, debe considerarse 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 señalara la STJCE (Sala Primera), asunto 458/03, de 13 de octubre de 2005, en el procedimiento entre Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, incumbiendo la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas a quien quiera beneficiarse de ella.

SEXTO.- Conclusión: anulación de los acuerdos impugnados por ser contrarios a derecho y afectar al principio de libre competencia.

De todo lo expuesto se concluye que los actos administrativos impugnados con contrarios a Derecho al afectar al principio de libre competencia. Se adopta un sistema de gestión directa por encomienda de gestión que no cumple los requisitos para la utilización de medios propios, lo que supone la exclusión de la aplicación de las normas de contratación pública.

El AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA puede optar por el modo de gestión directa para la prestación del servicio de residencia, pero el llevado a cabo con la empresa SUMAR, incluso por la propia configuración jurídica de esta sociedad pública, no contempla un sistema de gestión compartida del servicio.

El control de SUMAR, propiedad al 51% de la Diputación de Girona, por parte de la Corporación local es difuso y pone de manifiesto que actúa como un gestor indirecto, percibiendo una retribución por sus servicios y con unas cláusulas que contemplan, como elemento principal, el equilibrio económico financiero del contrato.

La vocación de mercado se aprecia no solo en la onerosidad de la relación, sino también en el carácter abierto de SUMAR en el ámbito geográfico y material, lo que hace de esta sociedad pública un ente instrumental, aunque contemple en sus Estatutos que no persigue la obtención de beneficio económico.





Pero lo definitivo es si este sistema de gestión directa “asociativa” puede producir el efecto de restringir o falsear la competencia en este sector económico, lo que aquí claramente sucede, por lo que no está justificada la adjudicación directa de la gestión en este supuesto. Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018, recurso 4396/2017: *“Los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65) . Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión)”*.

En este caso, la contratación doméstica o “in house providing” se presenta con vocación de mercado, y no cumple los requisitos de control análogo y actividad necesarios para ser considerada medio propio, tal como se establece en el artículo 24.6 del TRLCSP. La transferencia de competencias entre autoridades públicas está excluida de la Directiva de contratos, siempre y cuando esa transferencia voluntaria de competencias tenga su origen en la Ley, pero en este caso no se ajusta a las condiciones previstas en el artículo 26.2 de la LRBRL, pues el municipio carece de control e influencia sobre la entidad “in house”.

El recurso de apelación ha de ser estimado y anulados los Acuerdos impugnados sobre la gestión directa por sociedad mercantil de titularidad pública del servicio de la Residencia de Can Comelles de titularidad municipal.

SÉPTIMO.- Costas.

Al estimarse el recurso no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en ambas instancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- Estimar el recurso de apelación que interpone la representación procesal de GRUP MUNICIPAL d'ESQUERRA REPUBLICANA DE CATALUNYA - ACORD





MUNICIPAL d'ESPARREGUERA, i del GRUP MUNICIPAL DE LA CANDIDATURA d'UNITAT POPULAR - ESPARREGUERA POBLE ACTIU d'ESPARREGUERA, contra la sentència 9/2019, de 9 de enero de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 17 de Barcelona, en el procedimiento ordinario 444/2017, que queda revocada y sin efecto.

2º.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por GRUP MUNICIPAL d'ESQUERRA REPUBLICANA DE CATALUNYA - ACORD MUNICIPAL d'ESPARREGUERA, i del GRUP MUNICIPAL DE LA CANDIDATURA d'UNITAT POPULAR - ESPARREGUERA POBLE ACTIU d'ESPARREGUERA, representados por el procurador representado por el procurador Anna Serrat Carmona, asistido de la letrada Julia Pérez Prat, contra el Acuerdo del Pleno de 18 de octubre de 2017 del AYUNTAMIENTO DE ESPARREGUERA, que desestima recurso de reposición contra el Acuerdo del Pleno de 17 de mayo de 2017, relativo a la aprobación del cambio de gestión directa del propio Ayuntamiento a gestión directa por sociedad mercantil de titularidad pública del servicio de la Residència de Can Comelles, aprobando el encargo de gestión a favor de SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, S.L., así como el convenio regulador del mismo, actos que quedan anulados por ser contrarios al ordenamiento jurídico.

3º.- Sin costas en ambas instancias.

Notifíquese esta sentencia, que no es firme. Contra la misma se puede interponer, en su caso, recurso de casación ante esta Sala de conformidad con lo dispuesto en la sección 3ª, capítulo III, título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el artículo 89.1 LJCA.

En el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Llévese testimonio a los autos principales.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado





ponente en Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.

