



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentadas el 19 de julio de 2012¹

Asunto C-182/11

Econord Spa

contra

Comune di Cagno,

Comune di Varese[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia)]

Asunto C-183/11

Econord Spa

contra

Comune di Solbiate,

Comune di Varese

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia)]

«Gestión del servicio municipal de saneamiento por una sociedad instrumental en la que el municipio tiene una participación minoritaria — Adjudicación sin licitación — Contratos in house — Ejercicio, por parte de la entidad adjudicadora sobre la sociedad instrumental, de un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios — Pluralidad de entidades adjudicadoras — “Asimetría” entre las diversas entidades adjudicadoras»

I. Introducción

1. Mediante las dos presentes cuestiones prejudiciales acumuladas en este proceso, el Consiglio di Stato formula sus dudas respecto de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un régimen de prestación de servicios públicos en el que se ha prescindido del procedimiento de licitación pública. Más en concreto, se plantea el caso de una pluralidad de ayuntamientos italianos que participan de forma simbólica en el capital de una sociedad pública mayoritariamente controlada por el Ayuntamiento de la ciudad de Varese y que se dedica a la prestación del servicio público de saneamiento urbano en todos esos municipios.

2. En estos términos, el presente asunto confronta de nuevo al Tribunal de Justicia con la problemática del *in house* providing. En efecto, el problema que especifica y resumidamente se presenta en esta ocasión es el de una pluralidad de entes públicos que pasan a servirse de una sociedad instrumental creada por otra entidad pública de incomparable mayor peso y que, como consecuencia, conserva una capacidad de decisión claramente hegemónica en el interior de dicha sociedad instrumental por comparación al conjunto de las restantes. ¿En qué condiciones puede resultar legítimo que cada uno

¹ — Lengua original: español.

de estos entes menores recurran a la opción *in house*? Y, más concretamente, ¿en qué condiciones puede entenderse que tales entes ejercen sobre la sociedad instrumental un «control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios», tal y como exige la jurisprudencia Teckal?² Éste es el problema que en definitiva se plantea esta vez ante el Tribunal de Justicia.

3. La jurisprudencia ya se ha enfrentado en el pasado a varios supuestos que guardan semejanza con el presente. En todos ellos el Tribunal de Justicia procedió a realizar un examen *ad casum* de la posición estatutaria de la entidad pública en los órganos de gestión de la sociedad pública instrumental para determinar si el «control análogo» de esa sociedad adjudicataria del servicio se ejercía, de hecho, colectivamente. El asunto esta vez remitido por el Consiglio di Stato invita implícitamente al Tribunal de Justicia a ir más allá de este análisis casuístico, con el objetivo de determinar una serie de criterios objetivos que permitan valorar qué tipo de capacidad de influencia en la marcha de la sociedad instrumental debe exigirse a la entidad pública para que pueda hacer uso de la excepción *in house*.

II. Marco jurídico

A. El Derecho de la Unión

4. De acuerdo con el artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios,³ «son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva» [apartado 2, letra a)], en tanto que «la “concesión de servicios” es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio» (apartado 4).

B. La regulación nacional

5. El artículo 30 del Decreto Legislativo n° 267, de 18 de agosto de 2000 (texto único de las leyes sobre el régimen de las colectividades locales),⁴ atribuye a las entidades locales la facultad de establecer convenios entre ellas a través de convenios «con el fin de desarrollar coordinadamente determinadas funciones y servicios».

2 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Rec. p. I-8121).

3 — DO L 134, p. 114.

4 — GURI n° 227 de 28 de septiembre de 2000, suplemento ordinario n° 162.

6. El artículo 113 del citado Decreto Legislativo n° 267, titulado «Gestión de las redes y prestación de los servicios públicos locales de interés económico», disponía lo siguiente en sus apartados 4 y 5, en su versión vigente en la fecha de autos:

«4. Cuando esté separada de la actividad de prestación de servicios, para la explotación de las redes, instalaciones y otras dotaciones patrimoniales, las entidades locales recurrirán, incluso de forma asociada:

- a) a entidades constituidas a tal fin, en forma de sociedades mercantiles con capital íntegramente público, a las que podrá adjudicarse directamente tal actividad, a condición de que las entidades públicas titulares del capital social ejerzan sobre la sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y de que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades públicas que la controlan;

[...].

5. La prestación del servicio se realizará de conformidad con las normas sectoriales y la normativa de la Unión Europea, mediante la adjudicación de la explotación del servicio a:

[...]

- c) sociedades de capital íntegramente público, a condición de que la entidad o entidades públicas titulares del capital social ejerzan sobre la sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y de que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades públicas que la controlan.»

III. Los litigios principales y la cuestión prejudicial

7. En fecha que no consta en el expediente, el Ayuntamiento de Varese constituyó una sociedad por acciones «in house», ASPEM SpA, para la gestión en su territorio de, entre otros, el servicio público de saneamiento urbano. En la época de autos, la citada sociedad estaba participada casi en su totalidad por el Ayuntamiento de Varese.

8. En 2005, mediante una serie de decisiones de sus «juntas municipales», los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate acordaron elegir como forma preferente para la gestión del saneamiento urbano la gestión coordinada con otros municipios prevista en los artículos 30 y 113, apartado 5, letra c), del Decreto legislativo n° 267 de 2000, aprobando asimismo a tal efecto el convenio celebrado con el Ayuntamiento de Varese para la gestión del servicio de saneamiento urbano por parte de ASPEM. Finalmente, cada una de estas «juntas municipales» acordó la adquisición de una acción en la sociedad ASPEM. Decisiones paralelas se tomaron en otra serie de pequeños municipios de la provincia de Varese.

9. De acuerdo con los datos facilitados por el Gobierno italiano, el capital social de ASPEM asciende a 173.785 euros, representado por un número equivalente de acciones de un valor nominal de un euro cada una. El Ayuntamiento de Varese tenía, en la época de autos, 173.467, y las 318 acciones restantes se repartían entre 36 ayuntamientos de la provincia de Varese, con participaciones individuales que variaban entre una y diecinueve acciones.

10. Por otra parte, ambas entidades locales, entre otros Ayuntamientos interesados, suscribieron con ASPEM un pacto de accionistas por el que se acordaba su derecho a ser consultadas, a nombrar un miembro del comité de auditores y a designar un miembro del consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes en el convenio de mancomunidad.

11. Los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate consideraron que, con todas estas cautelas, la adjudicación del servicio a ASPEM cumplía las condiciones de la excepción *in house*.

12. La sociedad ECONORD SpA, sin embargo, ha presentado dos recursos extraordinarios ante el Jefe del Estado, solicitando la anulación de los referidos acuerdos de las juntas municipales del Ayuntamiento de Cagno (asunto C-182/11) y de Solbiate (asunto C-183/11), alegando, entre otras cosas, que se ha vulnerado el principio de «control análogo» dada la muy escasa participación de los citados Ayuntamientos en el capital de ASPEM. En el marco de este procedimiento se ha solicitado el dictamen del Consiglio di Stato, que es quien remite la presente cuestión prejudicial.

13. Considerando que existen dudas interpretativas en relación con la interpretación de la jurisprudencia relativa a los requisitos de la llamada excepción «*in house*», el Consiglio di Stato ha planteado al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial (su tenor es idéntico en los dos asuntos aquí acumulados):

«¿El principio de irrelevancia de la posición de la entidad pública concreta que participa en la sociedad instrumental debe aplicarse también en un supuesto en el que, como en el presente asunto, uno de los ayuntamientos asociados es titular de una única acción de la sociedad instrumental y los acuerdos entre socios celebrados por las entidades públicas no conceden a dicho ayuntamiento participante un control efectivo sobre la sociedad instrumental, de modo que pueda considerarse que la participación societaria no es sino la apariencia formal de un contrato de prestación de servicios?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

14. Las peticiones prejudiciales se registraron en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 27 de julio de 2011.

15. Han depositado observaciones escritas los Ayuntamientos de Cagno y Solbiate (conjuntamente), Italia, Austria, Polonia y la Comisión. En el presente asunto no se ha celebrado vista oral.

V. Análisis de la cuestión prejudicial

A. Observaciones preliminares

16. Antes de proponer una respuesta a la cuestión prejudicial, debo efectuar una serie de observaciones preliminares. En primer lugar, entiendo que deben rechazarse las objeciones de inadmisibilidad respectivamente alegadas por los Ayuntamientos de Cagno y Solbiate y por el Gobierno italiano.

17. Por una parte, los Ayuntamientos demandados alegan que en junio de 2011, con posterioridad a los hechos que han motivado el presente reenvío y apenas un mes antes de que el mismo se produjera, adjudicaron el servicio litigioso a ASPEM, esta vez previa convocatoria de un concurso público. En opinión de los demandados, esta circunstancia haría inútil los recursos e inadmisibile la cuestión prejudicial. Entiendo, sin embargo, que no puede acogerse esta alegación de inadmisibilidad, pues cabe suponer que la resolución del litigio principal resulta todavía necesaria desde el punto de vista de los intereses de la empresa Econord.

18. Tampoco debe acogerse, a mi juicio, la alegación del Gobierno italiano de que la cuestión prejudicial es inadmisibile por carecer de una descripción suficiente del marco jurídico y fáctico del asunto. Se afirma, en particular, que el Consiglio di Stato no aporta datos suficientes sobre la composición del capital de ASPEM ni sobre sus estatutos sociales. Entiendo, sin embargo, que el Tribunal de Justicia puede, con la información que le ha sido facilitada, dar una respuesta útil al Consiglio di Stato, sin perjuicio, desde luego, de que la apreciación de algunas circunstancias de hecho pueda remitirse a aquél.

19. Al margen de estas dos objeciones de inadmisibilidad expresamente formuladas por las partes, me parece oportuno dejar aquí constancia de que, si bien en el supuesto de autos el Consiglio di Stato interviene en ejercicio de sus funciones consultivas (emitiendo un dictamen en el marco de un recurso extraordinario presentado ante el Presidente de la República), la jurisprudencia ya ha aclarado que, en estos casos, aquél puede considerarse como un órgano jurisdiccional en el sentido y a los efectos del artículo 267 TFUE.⁵

20. Preciso por último que del expediente no se desprende con claridad si el servicio litigioso fue objeto de un contrato de gestión sometido a la Directiva 2004/18 o de una concesión, algo que depende fundamentalmente del régimen de retribución de ASPEM.⁶ Sin embargo, esta circunstancia carece de toda relevancia a los efectos de la cuestión planteada, pues el Tribunal de Justicia ha aclarado que su jurisprudencia sobre la excepción *in house* resulta pertinente tanto para la interpretación de la Directiva 2004/18, aplicable a determinados contratos, como para la exégesis de los artículos 25 TUE, 49 TFUE y 56 TFUE y la de los principios generales de los que éstos constituyen la expresión específica, que deben respetarse en la adjudicación de las concesiones.⁷

B. Planteamiento de la cuestión

21. El presente asunto versa, una vez más y de modo bastante claro, sobre la interpretación de la jurisprudencia Teckal, es decir la que precisa las condiciones en las que se permite a una entidad pública confiar a una entidad jurídica diferenciada la prestación de un servicio de su competencia sin necesidad de previa licitación, siempre que «el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» (primera condición Teckal) y que «esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan» (segunda condición Teckal).⁸ No obstante, cabe decir ya que la presente cuestión prejudicial se concentra en la apreciación de la primera de dichas condiciones Teckal, no estando en modo alguno en discusión la segunda de ellas.

22. Digamos todavía que el Consiglio di Stato parte en su pregunta de un supuesto «principio de irrelevancia de la posición de la entidad pública concreta que participa en la sociedad instrumental», principio que parece deducir de la jurisprudencia Coditel.⁹ La expresión, sin embargo, no es excesivamente afortunada, en particular en la medida en que podría hacer pensar que el Tribunal de Justicia ha ido en esa jurisprudencia mucho más allá de lo que, a mi juicio, realmente pretendía. A efectos de dar una respuesta útil al tribunal de remisión deberá, por tanto, aclararse si, efectivamente, la jurisprudencia en materia de contratos *in house* ha formulado el citado principio.

5 — Véanse las sentencias de 16 de octubre de 1997, Garofalo y otros (C-69/96 a C-79/96, Rec. p. I-5603), apartados 25 a 27; y de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, (C-305/08, Rec. p. I-12129), apartado 25. Véase también, respecto al Nederlandse Raad van State, la sentencia de 27 de noviembre de 1973, Nederlandse Spoorwegen (36/73, Rec. p. 1299).

6 — Sobre el estado de la jurisprudencia en relación con este punto véase la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser (C-206/08, Rec. p. I-8377), apartados 53 y ss.

7 — Sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1), apartado 49; de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 62; y de 10 de septiembre de 2009, Sea (C-573/07, Rec. p. 8127), apartados 35 a 37.

8 — Sentencia Teckal, ya citada, apartado 50.

9 — Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rec. p. I-8457; en adelante, «Coditel»).

23. En suma, entiendo que la pregunta del Consiglio di Stato está esencialmente orientada a determinar en qué circunstancias puede concluirse que las entidades públicas que tienen una participación minoritaria, e incluso mínima, en el capital de una sociedad instrumental pueden llegar a ejercer sobre ésta un «control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» y, más concretamente, si dicho requisito se cumpliría en un caso como el de autos, en el que, además, «los acuerdos entre socios celebrados por las entidades públicas no conceden a dicho ayuntamiento participante un control efectivo sobre la sociedad instrumental».

24. Partiendo de esta lectura de la pregunta, dividiré mi análisis en dos partes. En primer lugar trataré de determinar las circunstancias concretas que deben reunirse para que, en el caso de una sociedad instrumental participada por una entidad pública con una posición hegemónica y otro grupo de entidades públicas con una posición más débil, pueda entenderse que estas últimas ejercen sobre la citada sociedad un «control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios». En segundo lugar, partiendo de los datos facilitados por el tribunal de reenvío, trataré de analizar si esas condiciones se cumplen en el presente caso.

C. El «control análogo» de una sociedad participada por varias entidades públicas en el caso de una situación de clara asimetría en el respectivo peso de una de ellas respecto de las restantes

1. Consideraciones previas

25. Para empezar hay que recordar que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, y como es perfectamente lógico, nada impide que el requisito del «control análogo» se cumpla cuando el capital de la sociedad adjudicataria pertenece no sólo a una sino a varias entidades públicas.

26. De forma tajante, la sentencia Coditel estableció literalmente que «lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, no es indispensable que sea individual», pues exigir «que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de adherirse a un grupo, como una sociedad cooperativa intermunicipal formado por otras autoridades públicas».¹⁰ Esta doctrina fue confirmada en la sentencia Sea, antes citada, cuyo apartado 63 establece que, «si una autoridad pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las autoridades públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella puede ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por dichas autoridades».

27. Es más, desde esta misma perspectiva, la circunstancia de que la entidad adjudicadora posea, por sí sola o junto con otras entidades públicas, la totalidad del capital de la sociedad instrumental tiende a indicar que aquélla ejerce sobre ésta un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios.¹¹ Esta última afirmación ha de ser objeto, sin embargo, de dos importantes precisiones.

10 — Sentencia Coditel, ya citada, apartados 46 y 47.

11 — Entre otras, sentencia de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Corsorzio Alisei (C-340/04, Rec. p. I-4137; en adelante, «Carbotermo»), apartado 37.

a) La participación de un socio privado excluye que las entidades públicas puedan ejercer un «control análogo» sobre la sociedad

28. En primer lugar, «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios».¹² Esta precisión podría resultar relevante en el presente caso, pues si bien parece que, en el momento de las adjudicaciones litigiosas, ASPERM era de capital íntegramente público, la Comisión ha puesto de manifiesto que el 15 de junio de 2009 la sociedad pasó a ser controlada por el grupo A2A, una sociedad por acciones en cuyo capital podría haber accionistas privados.

29. De acuerdo con la sentencia Sea, ya citada, el hecho de que con posterioridad a la adjudicación directa del servicio, «pero todavía durante el periodo de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación».¹³ En el presente caso, por tanto, si se confirmase que se ha producido una entrada de capital privado durante la vigencia del contrato o concesión, esta circunstancia sería suficiente para excluir *ab initio* que se cumpla el requisito del control análogo. En todo caso, corresponde al tribunal nacional confirmar estos extremos.

b) El carácter íntegramente público de la sociedad no es un indicio concluyente

30. En segundo lugar, ha de adelantarse ya que la jurisprudencia tampoco considera el carácter íntegramente público de la sociedad instrumental como un indicio concluyente de que todas y cada una de las entidades que participan en ella ejerzan sobre la misma un «control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios».¹⁴

31. Más allá del carácter íntegramente público de la sociedad instrumental, por tanto, la apreciación de la primera condición Teckal ha de hacerse, tal y como viene manifestando el Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta «el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes», y que «del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. Debe tratarse de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad».¹⁵

2. Sobre el supuesto «principio de irrelevancia»

32. Entrando ya en el fondo de la cuestión que nos ocupa, conviene comenzar prestando atención a la fórmula de la que el órgano de reenvío se sirve para resumir la jurisprudencia en esta materia: esto es, el llamado «principio de irrelevancia» de la posición de la entidad pública que participa en la sociedad instrumental.

33. Como se ha visto, las sentencias Coditel y Sea establecen que, aun en el caso de entidades públicas con una participación muy minoritaria en el capital de la sociedad concesionaria, el requisito del «control análogo» puede cumplirse siempre que el control, ejercido conjuntamente con las restantes propietarias de la adjudicataria, sea efectivo.

¹² — Sentencia Sea, ya citada, apartado 46, y jurisprudencia allí citada.

¹³ — Sentencia Sea, ya citada, apartado 53.

¹⁴ — Sentencias, ya citadas, Carbotermo, apartado 37; y Sea, apartado 45. En el mismo sentido, la sentencia Coditel, ya citada, apartado 31.

¹⁵ — Sentencias Parking Brixen, ya citada, apartado 65; Carbotermo, ya citada, apartado 26; y de 17 de julio de 2008, Comisión/Italia (C-371/05, no publicada en la Recopilación), apartado 24; Coditel, ya citada, apartado 28; y Sea, ya citada, apartado 65.

34. A mi juicio, esto significa que la entidad pública adjudicadora debe poder participar en el control efectivo de la sociedad concesionaria al menos en proporción al peso relativo de ese ente público adjudicador dentro del conjunto de entes públicos que conjuntamente controlan la sociedad instrumental. A efectos de valorar ese peso relativo podrían utilizarse criterios como el volumen presupuestario de la entidad local, su población o sus necesidades en relación con el servicio gestionado por la citada sociedad.

35. En consecuencia, utilizando la terminología de la prejudicial, lo que es «irrelevante» a efectos del primer requisito Teckal no es la posición o la participación de la entidad pública en el control efectivo de la sociedad concesionaria, sino su posición o participación en el capital de la misma. Ambas (participación en la gestión y participación en el capital) pueden ser minoritarias, pero ninguna de las dos puede ser del todo inexistente.

36. Por ello, debe matizarse mucho la calificación como «principio de irrelevancia» que hace la cuestión prejudicial, y que, en los supuestos de control colectivo de la sociedad instrumental, el requisito del «control análogo» sólo se cumplirá si cada una de las entidades públicas adjudicadoras tienen por sí mismas capacidad de influir, en mayor o menor medida, tanto en los «objetivos estratégicos» como en las «decisiones importantes» de la sociedad instrumental.¹⁶ Si bastase, para apreciar la excepción *in house*, con una pequeña (y hasta simbólica) participación en el capital de la sociedad, el requisito del «control análogo» quedaría totalmente vacío de contenido.¹⁷

3. Los criterios de la falta de autonomía y de vocación de mercado

37. Dicho esto, las circunstancias que deben concurrir para apreciar que una entidad pública con participación minoritaria ejerce la llamada «influencia determinante» sobre las decisiones y objetivos de la sociedad instrumental pueden circunscribirse a dos categorías: falta de autonomía y falta de vocación de mercado

38. Recordemos cómo en la sentencia de 19 de abril de 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo),¹⁸ al admitir que cuatro Comunidades Autónomas españolas ejercían sobre la empresa pública Tragsa un «control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios», y ello a pesar de que todas ellas conjuntamente sólo poseían el 1 % de su capital (0,25 % cada una), frente al 99 % que pertenecía al Estado español. Esta situación no era muy diferente a la contemplada en el asunto Consorcio Aziende Metano (Coname), donde apenas dos años antes se estimó que una participación del 0,97 % en el capital de la sociedad adjudicataria era, por sí misma, demasiado pequeña para permitir un «control análogo».¹⁹ Sin embargo, la solución adoptada en la sentencia Tragsa se fundó en circunstancias específicas como el hecho de que la sociedad instrumental estaba obligada a realizar los trabajos que las citadas Comunidades Autónomas le encomendasen, no podía fijar libremente la tarifa de esas intervenciones y sus relaciones no tenían naturaleza contractual.²⁰

16 — Sentencias, ya citadas, Parking Brixen, apartado 65; y Coditel, apartado 28. Aunque la jurisprudencia habla aquí de una «influencia determinante», entiendo que el adjetivo se refiere al control que ejercen colectivamente las entidades públicas, y que esta exigencia ha de modularse en dichos supuestos de control colectivo.

17 — A este respecto, no resulta irrelevante el hecho de que la sentencia Teckal, ya citada, hable del control análogo que ejerce «el ente territorial», refiriéndose a éste en singular, mientras que, al formular el segundo requisito, exige que la sociedad en cuestión realice la parte esencial de su actividad «con el ente o los entes» que la controlan. Ello excluye, a mi juicio, la posibilidad de una aplicación analógica a este caso de la solución adoptada, en relación con el segundo requisito Teckal, en la sentencia Carbotermo, ya citada, apartado 70.

18 — Asunto C-295/05, Rec. p. I-2999.

19 — Sentencia de 21 de julio de 2005 (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartado 24.

20 — Sentencia Asemfo, apartado 60. Éste es el elemento cualitativo que diferencia el caso Coname del caso Asemfo, si bien, como recuerda la sentencia Coditel, en ese pasaje de la sentencia Coname «el Tribunal de Justicia no examinaba si dicho control podía ejercerse conjuntamente» (sentencia Coditel, ya citada, apartado 52). En todo caso, no hay que dejar de subrayar que la sociedad adjudicataria en Coname estaba al menos parcialmente abierta al capital privado (sentencia Coname, ya citada, apartado 26).

39. Esto puede explicar el que, más adelante, la jurisprudencia indicase expresamente que si en Asemfo se reconoció que el requisito del control análogo podía cumplirse con una participación del 0,25 %, esto fue «en determinadas circunstancias».²¹

40. La sentencia Coditel, antes citada, confirmó la tesis que venimos manteniendo. En ella, el Tribunal de Justicia apreció el primer requisito Teckal subrayando el hecho de que la concesionaria era una sociedad cooperativa intermunicipal cuyo Consejo rector estaba formado por representantes de los municipios asociados designados por la asamblea general, que a su vez se componía de representantes de dichos municipios. De esta forma, todos los ayuntamientos asociados controlaban conjuntamente los órganos de decisión de la sociedad, especialmente el Consejo rector, órgano con amplias facultades que, en particular, fijaba las tarifas.²² Por otra parte, la sentencia valoró el que la sociedad instrumental perseguía principalmente un objetivo de interés municipal y carecía de vocación de mercado, pues no podía operar como cualquier sociedad anónima o por acciones, fijando sus objetivos con independencia de sus accionistas.²³

41. También en la sentencia Sea se operó con este tipo de análisis. Por una parte, se tuvo en cuenta que los estatutos de la sociedad instrumental se habían modificado para superponer a la Junta General y al Consejo de administración unas estructuras de toma de decisiones destinadas a garantizar un control reforzado. Más concretamente, se trataba de un Comité unitario y de varios Comités técnicos, todos ellos integrados por representantes de las entidades socias. Las orientaciones adoptadas por estos Comités debían ser tenidas en cuenta por la Junta General.²⁴ Finalmente, es importante destacar que la sentencia afirmaba que la sociedad instrumental no parecía tener vocación de mercado, en la medida en que «el ámbito geográfico de las actividades de la sociedad adjudicataria de que se trata en el litigio principal no se extiende más allá del territorio de los municipios que son sus accionistas y, por otro lado, que dicha sociedad tiene por objeto gestionar los servicios públicos únicamente para tales municipios».²⁵

42. El elemento central, pues, de todo este análisis jurisprudencial radica en que la sociedad instrumental no goce de un margen de autonomía tal que impida a las entidades locales ejercer sobre ella un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.²⁶

43. Por tanto, una lectura atenta de la sentencia Teckal, donde se formularon por primera vez las condiciones del *in house*, lleva de momento a la conclusión de que el fundamento de esta excepción a la general exigencia de licitación pública es que entre la entidad adjudicataria y la sociedad instrumental no puede existir una relación contractual en sentido estricto, pues no se da un «curso de dos voluntades autónomas que representan intereses legítimos diferentes».²⁷

44. Dicho de otro modo, el mecanismo *in house* sólo puede darse cuando la sociedad instrumental no tenga condición de «tercero» respecto a la entidad adjudicadora, y para ello habrá que verificar que aquella carece de toda autonomía respecto a ésta, que ejerce en este caso su potestad de autoorganización.²⁸

21 — Sentencia Coditel, antes citada, apartado 53.

22 — Sentencia Coditel, antes citada, apartados 33 a 35.

23 — Sentencia Coditel, ya citada, apartados 36 a 38.

24 — No obstante, el Tribunal de Justicia constató que existía una duda sobre la efectividad de ese control, remitiendo la interpretación de este punto al órgano jurisdiccional remitente. Sentencia Sea, antes citada, apartados 81 a 88.

25 — Sentencia Sea, ya citada, apartados 73 a 76.

26 — Véase la sentencia Coditel, ya citada, apartado 39.

27 — Conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas el 1 de julio de 1999 en el asunto Teckal, ya citado, punto 64.

28 — En relación con este punto, véase Bernal Blay, M.A., «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones “in house”», *Revista española de Derecho administrativo*, nº 137, 2008.

45. Esta línea de análisis es la que se desarrolló en el asunto Asemfo, donde, como ya se indicó, el Tribunal de Justicia apreció la existencia de un «control análogo» con base en la falta de autonomía de la sociedad instrumental para fijar sus propias tarifas y, aparentemente, para decidir los encargos a los que debe atender.

46. A mi juicio, sin embargo, resulta mucho más completo y exacto el examen más exigente llevado a cabo en las sentencias Coditel y Sea donde, como se ha visto, se tuvieron en cuenta dos circunstancias acumuladas: por una parte, la posición estatutaria de la entidad pública en los órganos de gestión de la sociedad instrumental y, por otra, la falta de «vocación de mercado» de dicha sociedad.

47. Ciertamente, estos dos elementos no son sino indicios de la falta de autonomía antes aludida, pero entiendo que la garantía de que existe «control análogo» será mayor si se exige la concurrencia de ambos. En mi opinión, difícilmente será posible apreciar dicho control análogo sin una presencia directa de las entidades adjudicadoras en los órganos de gestión, o, lo que es lo mismo, sin una posición estatutaria que garantice esa «influencia determinante» en la adopción de decisiones que exige la jurisprudencia.

48. En resumen, por tanto, entiendo que las entidades adjudicadoras ejercerán un control análogo sobre la sociedad adjudicataria siempre que dispongan de una posición estatutaria que les permita influir conjuntamente en la adopción de las decisiones importantes y los objetivos estratégicos de dicha sociedad. En todo caso, ésta no puede estar exclusivamente controlada por la entidad pública que tiene una participación mayoritaria.

49. Asimismo, deberá verificarse la circunstancia de que la sociedad carece de vocación de mercado y, en definitiva, de autonomía en la toma de decisiones respecto a las entidades públicas que conjuntamente la controlan.

D. Apreciación de los requisitos del «control análogo» en el presente caso

50. A la hora de aplicar al presente caso el conjunto de factores hasta ahora expuestos, conviene comenzar advirtiendo acerca de la escasa información suministrada por el tribunal de remisión a los efectos relevantes.

51. Por lo que respecta, en primer lugar, a la eventual participación de los Ayuntamientos de Cagno y Solbate en los órganos de gestión de la sociedad ASPEM, la cuestión prejudicial indica que, de acuerdo con un pacto suscrito entre la sociedad y los ayuntamientos que tienen en ella una participación minoritaria, estos últimos tienen en todo caso derecho a «ser consultados», a nombrar un miembro del Comité de auditores, así como a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo entre todos los restantes ayuntamientos participantes en el convenio de mancomunidad.

52. En el presente caso se da, por tanto, y más allá del carácter simbólico de su participación en el capital, una cierta participación de los socios minoritarios en los órganos de gestión de la sociedad. Hay que convenir, sin embargo, en que la designación de un miembro del Consejo de administración de común acuerdo por todos los socios minoritarios (36 ayuntamientos en total), además de un miembro del Consejo de auditores también común a todos ellos, y la existencia de un abstracto «derecho de consulta» de frecuencia semestral podría no ser suficiente para apreciar que los citados ayuntamientos tienen capacidad de influir de forma efectiva sobre los «objetivos estratégicos» y las «decisiones importantes» de la sociedad ASPEM.

53. Por otro lado, no sería aventurado apreciar que la eficacia jurídica del pacto de accionistas donde se ha articulado esa participación puede resultar discutible, y que el referido «derecho de consulta» respecto del «desarrollo del servicio»²⁹ no garantiza que se extienda a las «decisiones importantes» y a los «objetivos estratégicos» de la sociedad considerada en su conjunto.³⁰

54. A primera vista, por tanto, y salvo apreciación definitiva en contrario por el órgano de reenvío, la dependencia de la sociedad parece operar ante todo respecto al accionista mayoritario, con un papel muy problemático respecto de los socios minoritarios en el control *de facto* de aquélla.

55. El propio Gobierno italiano parece ir en la misma línea al afirmar que «los 36 ayuntamientos asociados no tendrían, aun si desarrollasen permanentemente una acción concertada, ningún poder real de influencia sobre la sociedad, que en definitiva pertenece (al menos hasta el 15 de enero de 2009) al Ayuntamiento de Varese, y que en ningún caso podría ser considerada como una estructura organizativa de uno de esos 36 ayuntamientos». En este mismo sentido se manifiesta por fin, la Comisión.

56. De otro lado, a efectos de valorar si ASPEM tiene o no una «vocación de mercado» que debilite el control por parte de las entidades que participan en ella habría también que analizar, de acuerdo con lo establecido en el apartado 73 de la sentencia Sea, factores tales como el alcance geográfico y material de las actividades de dicha sociedad, o la posibilidad de que ésta entable relaciones con empresas del sector privado.

57. Pues bien, el auto de remisión prejudicial apenas aporta elementos claros al respecto. El Gobierno italiano afirma, por su parte, que ASPEM parece tener un objeto social «particularmente amplio» (no sólo alcanzaría la gestión completa del ciclo de los residuos urbanos, sino también a la producción de energía, al suministro de agua potable y a los servicios de calefacción), así como que sus estatutos le permiten operar en competencia con otras empresas del sector, participando en concursos públicos.

58. Ciertamente es que el hecho de que ASPEM pudiera eventualmente prestar sus servicios a operadores económicos privados no bastaría, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia, para considerar que ésta tiene una «vocación de mercado». Tal y como aclara la sentencia Sea, la segunda condición Teckal (la sociedad adjudicataria debe realizar la parte esencial de su actividad con las entidades que la controlan) carecería de objeto si la primera condición se interpretara en el sentido de que prohíbe cualquier actividad accesorio, incluso con el sector privado.³¹

59. Sin embargo, no cabe desconocer que el hecho de que ASPEM tenga un objeto especialmente amplio, y pueda eventualmente dedicarse a la prestación de servicios respecto a los cuales la entidad pública con participación minoritaria apenas si tendrá capacidad de decisión, podría ser un indicio de que dicha sociedad instrumental disfruta de un grado de autonomía que vendría a precarizar el control por las entidades públicas que tienen en ella una participación minoritaria.

60. En suma, a estas alturas debiera haber quedado claro que el problema básico no es que la participación de los Ayuntamientos de Cagno y Solbiate en el capital de ASPEM sea tan patentemente minoritaria, sino que las facultades adicionales de control que se les han otorgado podrían ser, aun ejercidas de forma conjunta, claramente insuficientes para que pueda hablarse de una influencia que pudiera calificarse de «determinante» en la toma de decisiones y en la fijación de objetivos de la sociedad y, en definitiva, de una falta de autonomía de ésta respecto de aquéllos.

29 — Así lo han declarado los dos Ayuntamientos interesados en su escrito de observaciones.

30 — En este punto, comparto la opinión expresada por el Abogado General Geelhoed en sus conclusiones presentadas el 28 de septiembre de 2006 en el asunto Asemfo, ya citado, de acuerdo con el cual la control «del diseño y de la ejecución de las distintas obras y proyectos —un control inherente a cada encargo que un ente público formula a un servicio propio o a una persona jurídica externa— no es el control al que se refiere el Tribunal de Justicia cuando habla de una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de, en el presente caso, el servicio instrumental “propio”» (punto 98).

31 — Sentencia Sea, antes citada, apartados 79 y 80.

61. Cabe aquí insistir en que los datos de que disponemos no son suficientemente concretos, pues desconocemos en qué consiste ese «derecho de consulta» semestral, qué capacidad de influencia tiene el miembro del Consejo de administración designado por los socios minoritarios o cuál es la eficacia jurídica real del pacto de accionistas suscrito, por ejemplo.

62. La apreciación de las circunstancias del caso habrá de hacerla, por tanto, el tribunal nacional. Con todo, hemos de ser conscientes de que, a través de su pregunta, el propio órgano de reenvío, el Consiglio di Stato, ha anticipado, con caracteres expresivos, cuál es su visión de las cosas: «los acuerdos entre socios celebrados por las entidades públicas no conceden a dicho ayuntamiento participante un control efectivo sobre la sociedad instrumental», hasta tal punto que puede considerarse que «la participación societaria no es sino la apariencia formal de un contrato de prestación de servicios».

63. Planteada en estos términos, y de confirmarse todo lo anterior, entiendo que no cabe sino contestar a la cuestión prejudicial en el sentido de que la condición de que el ente adjudicador ejerza sobre la sociedad adjudicataria «un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» no parece cumplirse en un supuesto en el que, como en el presente caso, las entidades adjudicadoras son titulares (cada una) de una única acción de la sociedad instrumental y los acuerdos entre socios celebrados por las entidades públicas no conceden a dichos ayuntamientos un control efectivo sobre la sociedad instrumental.

64. En fin, todo da a entender que no concurre en este caso ni la condición consistente en que los entes públicos participen en los órganos de gestión de la sociedad y, en definitiva, en la adopción de las decisiones importantes de ésta, al menos de modo proporcional al peso relativo de ese ente público adjudicador dentro del conjunto de entes públicos que conjuntamente controlan la sociedad instrumental, ni la de que la sociedad carezca de una «vocación de mercado» capaz de debilitar el control que los citados entes públicos pueden ejercer sobre ella. A efectos de valorar el citado «peso relativo» podrían utilizarse criterios como el volumen presupuestario de la entidad local, su población o sus necesidades en relación con el servicio gestionado por la citada sociedad.

65. De confirmarse todo lo que de la descripción de los hechos se desprende, una apreciación distinta llevaría a incurrir en un elevado riesgo de fraude a la ley, al ofrecerse a las entidades públicas la posibilidad de eludir las exigencias de las reglas de licitación pública completando una detención capitalista mínima con una participación estrictamente formal en la gestión y la toma de decisiones de la sociedad. La participación en el control, aunque sea colectivo, tiene que ser efectiva, y un pacto de accionistas que introduzca cambios meramente «cosméticos» o simbólicos en los órganos de gestión de la sociedad no parece suficiente para garantizar tal efectividad.

66. En conclusión, entiendo que hay un elevado número de indicios que permiten pensar que la participación de los municipios de Cagno y Solbiate en la sociedad ASPEM no es suficiente para que pueda apreciarse el requisito del «control análogo». La apreciación concreta de las circunstancias del caso deberá hacerla, no obstante, el tribunal nacional.

VI. Conclusión

67. En consecuencia, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato de la manera siguiente:

«A los efectos de la excepción *in house*, es en principio irrelevante que la posición de una entidad pública en el capital de la sociedad instrumental a la que pretenda adjudicar un servicio sea minoritaria o mayoritaria. Por el contrario, no puede hablarse de un “principio de irrelevancia” en la posición de dicha entidad pública en el control efectivo de la sociedad instrumental.

En particular, el recurso a la excepción *in house* no es posible en un supuesto en el que, de una parte, cada una de las entidades adjudicadoras en cuestión sea titular de una única acción de la sociedad instrumental y, de otra, los acuerdos entre socios celebrados por las entidades públicas no concedan a dicho ayuntamiento participante un control apreciable y proporcionado sobre la sociedad instrumental, circunstancias estas que deben ser definitivamente apreciadas por el tribunal nacional.»