

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

7. CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

El límite temporal máximo de duración de las empresas municipales de economía mixta constituidas para la gestión de mercados mayoristas. A) Ampliación del plazo máximo de duración de los contratos. B) Modificación del artículo 87 de la Ley 7/1985 y del artículo 110.1 del TRLBRL admitiendo la suscripción de convenios de colaboración con personas jurídico-privadas de capital íntegramente público instrumentales de otra Administración Pública con fines concurrentes. C) Modificación del artículo 154.2 del TRLCAP incluyendo en la gestión directa de servicios públicos la gestión mediante sociedad de Derecho privado de capital exclusivo de Administraciones Públicas con fines concurrentes. D) Transformación de MSA en entidad pública empresarial. E) Extinción de los contratos, liquidación de las sociedades mixtas anticipadamente y convocatoria de un nuevo concurso para su constitución. Especial consideración en las soluciones B) y C) de la doctrina del «in house providing»*.

ANTECEDENTES

Único. Con fecha 15 de diciembre de 2004, la Presidencia de MSA se ha dirigido a esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, solicitando la emisión de informe sobre la cuestión anteriormente indicada, en los siguientes términos:

«Se trata de analizar y dar respuesta al problema derivado de la existencia del límite temporal máximo de duración de las empresas de economía mixta municipales que gestionan los mercados mayoristas –las denominadas “M”–, en cuyo accionariado participa MSA, con el fin de poder iniciar cuanto antes las gestiones oportunas con las Corporaciones Locales afectadas para extender más allá del indicado límite

* Dictamen de la Abogacía General del Estado de 20 de junio de 2005 (ref.: A. G. Entes Públicos 4/05). Ponentes: Fabiola Gallego Caballero, Javier Lamana Palacios y Luciano Más Villarroel.

temporal, por tiempo indefinido, la relación empresarial que actualmente mantenemos con ellos.

Aunque hasta el año 2021 no comienzan a vencer los plazos de duración de las citadas empresas de economía mixta no estamos ante un problema a medio o largo plazo sino muy actual y real, dado que es preciso acometer con urgencia cuantiosas inversiones en algunas «M», tanto para renovar instalaciones obsoletas como para dotarlas de las infraestructuras y servicios necesarios para evitar que los comerciantes y servicios en ellas instalados decidan trasladarse a otro emplazamiento, inversiones que se están retrasando ante la incertidumbre de los socios sobre el retorno de las mismas en el relativamente breve plazo de vida que resta a algunas de estas sociedades. Igualmente es necesario satisfacer los legítimos anhelos de algunas Comunidades Autónomas de participar junto con los Ayuntamientos y MSA en la gestión de estas sociedades.»

La consulta se acompaña de un informe emitido con fecha 14 de diciembre de 2004 por la Secretaría General de MSA, expresivo de los antecedentes y situación actual de las aludidas empresas municipales de economía mixta, y de diversa documentación relativa a estas empresas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Como ha quedado expuesto anteriormente, la consulta remitida a este Centro Directivo por la Presidencia de MSA tiene por objeto el análisis y posible solución al problema que para esa sociedad deriva de la existencia de un límite temporal máximo de duración, fijado en cincuenta años, de las empresas municipales de economía mixta (a las que en adelante se hará referencia como «M») constituidas para la gestión de mercados mayoristas en cuyo capital participan, de un lado, las correspondientes Corporaciones Locales, y de otra parte, la propia MSA (y, en determinados casos, otros accionistas).

Tal y como se señala tanto en la consulta remitida por la Presidencia de MSA como en el informe anexo a la anterior elaborado por la Secretaría General de esa sociedad, el mencionado problema se plantea como consecuencia de la relativa proximidad de las fechas en las que se cumplirán los plazos de duración de las M (a partir del año 2021, en el caso de MNA y MB), y en consideración a los siguiente factores:

1. El interés expresado por numerosas Comunidades Autónomas de participar en el accionariado de las M constituidas para la gestión de mercados mayoristas de Municipios ubicados dentro de su territorio (es el caso, por ejemplo, de las Comunidades Autónomas de Cataluña y Aragón, que desean participar en el capital social de MNA y MZA, respectivamente).

7 2. La necesidad de realizar importantes inversiones en numerosas M, para mantener su actual nivel de competitividad, inversiones que se ven dificultadas como consecuencia de la incertidumbre acerca de su rentabilidad para los accionistas distintos de las Corporaciones Locales, a la vista de la aproximación de la terminación del plazo de duración de estas sociedades.

3. La preocupación de los empresarios establecidos en los mercados mayoristas y zonas de actividades complementarias gestionadas por las M, derivada de la aproximación de la terminación del plazo de vigencia de sus concesiones o derechos de superficie, coincidente con el plazo de duración de estas sociedades.

Estos factores llevan a la Presidencia de MSA a plantear la presente consulta, solicitando que se analice y dé respuesta al problema expuesto, «con el fin de poder iniciar cuanto antes las gestiones oportunas con las Corporaciones Locales afectadas para extender más allá del indicado límite temporal, por tiempo indefinido, la relación empresarial que actualmente mantenemos con ellas».

II. La resolución de la consulta planteada a este Centro Directivo por la Presidencia de MSA exige, como requisito previo, el análisis de las previsiones legales y reglamentarias de las que deriva la fijación, en los Estatutos sociales de las M, del límite de duración temporal máxima de cincuenta años que se halla en el origen del problema suscitado.

A este respecto, es preciso tomar en consideración lo siguiente:

1. En el momento temporal de la constitución de las M (en la década de 1970), se hallaba vigente el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 (en adelante, LRL de 1955).

Este texto legal preveía en su artículo 157 que «los Municipios podrán prestar los servicios de su competencia que no impliquen ejercicio de autoridad, ya por gestión directa, ya mediante convenio con los particulares, en forma de arrendamiento, concesión o Empresa mixta», y regulaba en los artículos 164 al 181 la municipalización de servicios, incluyendo, entre los servicios municipalizables con monopolio enumerados en el artículo 166.1, los de mercados y mataderos, y precisando que «los servicios municipalizados podrán prestarse por gestión directa, con o sin órgano especial de administración, en forma de Empresa mixta, por concurso, o mediante participación de particulares en el capital, por suscripción de acciones» (art. 167).

Por su parte, el artículo 163.1 de la LRL de 1955 establecía que «tanto en los casos de arrendamiento como en los de concesión y Empresa mixta, regirán las siguientes normas: a) Se fijará el término del convenio de acuerdo con las características del servicio, sin que en ningún caso pueda exceder de cincuenta años [...]; c) Se establecerán las garantías precisas

para que, al término del convenio, las instalaciones, bienes y material integrante del servicio reviertan al patrimonio municipal en condiciones normales de uso [...]».

Estas previsiones legales se desarrollaban en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante, RSCL), aun vigente en la actualidad, con arreglo al cual, «en las Empresas mixtas, los capitales de las Corporaciones Locales y de los particulares, o de aquéllos entre sí, se aportarán en común para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización» (art. 102), y «1. Las Empresas mixtas se constituirán por un plazo que no exceda de cincuenta años; 2. Expirado el período que se fijare, revertirá a la Entidad Local su activo y pasivo y, en condiciones normales de uso, todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio» (art. 111).

Es obvio, por tanto, que, en aplicación de lo establecido en los artículos 163.1.a) de la LRL de 1955 y 111.1 del RSCL, las M constituidas en la década de los años 1970 con participación de los Municipios correspondientes y de MSA, para la gestión de los servicios municipalizados de mercados mayoristas, no podían tener una duración temporal superior a cincuenta años, por constituir empresas municipales de economía mixta de las reguladas en esos preceptos.

2. La normativa aplicable en materia de gestión de servicios de las Entidades Locales dictada con posterioridad mantuvo, con carácter general, esa limitación de cincuenta años que es, asimismo, el plazo máximo de duración del contrato de gestión de servicios públicos aplicable a todas las Administraciones públicas, si bien con algunas excepciones, entre ellas la relativa al servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, cuya duración máxima podrá ser hasta sesenta años.

a) Así, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante, TRRL de 1986), establece que «los servicios públicos locales [...] podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa» (art. 95.1); que «para la gestión indirecta de los servicios podrán las Entidades Locales utilizar las formas de sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad» (art. 104.1); y que «en los casos de prestación indirecta de la actividad, con la única excepción de los servicios concedidos, regirán las siguientes normas: A) Se fijará el término del convenio de acuerdo con las características del servicio, sin que en ningún caso pueda exceder de cincuenta años [...]; C) Se establecerán las garantías precisas para que, al término del convenio, las instalaciones, bienes y material integrante del servicio reviertan al patrimonio de la Entidad en condiciones normales de uso [...]» (art. 108).

7 b) Por su parte, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), aplicable a la contratación de las Entidades que integran la Administración Local, con arreglo a lo previsto en su artículo 1, apartados 1 y 2.c), dispone que «1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos [...]; 5. Estos contratos se regularán por la presente Ley, salvo lo establecido en los artículos 95, 96, 102 y 110, y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella» (art. 155.1); que «la contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: [...] d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas físicas o jurídicas» [art. 156.d)]; y que «el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que puede ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes periodos: a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta sesenta años; b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios; c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a)» [art. 157, cuyo apartado a) fue modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas].

En suma, y a la vista de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que la limitación de la duración máxima de las M, que origina el problema objeto de la presente consulta, viene impuesta por la legislación de régimen local y de contratación administrativa aplicable a la gestión indirecta de los servicios públicos locales (tanto la que se hallaba en vigor en el momento de la constitución de estas empresas municipales de economía mixta, como la promulgada posteriormente).

En consideración a ello, pueden diferenciarse dos categorías en lo que se refiere a las soluciones que pueden proponerse para resolver el problema planteado por el Presidente de MSA a esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado:

1. Aquellas que implicarían la introducción de modificaciones normativas, en relación con los preceptos de las normas legales y reglamenta-

rias que regulan la gestión de los servicios públicos locales y la contratación administrativa. 7

2. Aquellas que no implicarían la introducción de tales modificaciones, sino que podrían ser viables dentro del marco de la legislación vigente, que ha quedado expuesta anteriormente en el presente fundamento jurídico.

III. Procede, por tanto, exponer en primer lugar las soluciones al problema derivado de la terminación del plazo de duración temporal de las M que, como se apuntó, requerirían la introducción de modificaciones en las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de la gestión de los servicios públicos locales y de la contratación administrativa.

En todo caso, y en lo que se refiere a esta primera categoría de soluciones posibles, es preciso indicar que, dejando a salvo la recogida en el apartado 1 –ampliación a 75 años, concreta y exclusivamente, del plazo de duración de los contratos de gestión de servicio público de mercado o lonja central mayorista gestionado por sociedad de economía mixta municipal–, las otras dos conllevarían, por su propia naturaleza, unas consecuencias y efectos generales que irían más allá de la estricta resolución del concreto problema jurídico y económico que constituye el objeto del presente dictamen, extendiéndose a la generalidad de la gestión de los servicios públicos locales –caso de las modificaciones normativas que se examinan en el apartado 2– o, incluso, de la contratación de las Administraciones Públicas –apartado 3–.

1. Ampliación del plazo máximo de duración de los contratos de gestión de servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios.

El artículo 64 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y actualmente derogado, fijaba, en cumplimiento de lo dispuesto en la Base IX.4 de la Ley de Bases de 1963, la duración del contrato de gestión de servicios públicos (incluida su prórroga) en 99 años.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establecía en su artículo 158 como plazo máximo de duración de dicho contrato (incluidas también sus prórrogas) el de 75 años.

La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de La Ley 13/1995, dio nueva redacción al artículo 158 de este último texto legal, estableciendo distintos plazos de duración del referido contrato y fijando el máximo de 50 años para el contrato de gestión de servicios públicos que comprenda la ejecución de obras y la explotación de un servicio público, así como el plazo máximo de 25 años en los contratos de gestión de servicio público que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios, prescripciones todas ellas que pasaron al artículo 157 del TRLCAP.

7 Partiendo de los anteriores datos, y tomando en consideración exclusivamente la evolución de la legislación española en los términos que acaban de indicarse, podría no parecer coherente el establecimiento, mediante la oportuna modificación legislativa, de una ampliación del plazo máximo de duración de este tipo de contratos, bien fuera general, bien específica para los contratos que comprendan la explotación del servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, de modo que volviera a ser el de 75 años que contemplaba la LCAP en su redacción original.

No obstante, conviene tener en cuenta que en relación, precisamente, con el servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, la Ley 13/2003, de 23 mayo, modificó la letra *a*) del artículo 158 del TRL-CAP introduciendo en el mismo la excepción a que antes se aludía para aumentar a 60 años la duración máxima de estos contratos en particular, manteniendo el plazo general de 50 años para el resto de los de gestión de servicios públicos que comprendan la ejecución de obra o la explotación del servicio público.

Así las cosas, en el caso concreto y específico de los contratos que comprenden la explotación del servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, la nueva ampliación del plazo máximo de duración de los mismos que se adoptara mediante la oportuna modificación normativa para recuperar, por ejemplo, el plazo de 75 años que preveía la LCAP en su redacción original, no adolecería de la falta de coherencia que podría predicarse de esa misma medida si se adoptara con carácter general, a la vista de la evolución de la legislación española, que ya ha tenido en cuenta la singularidad de este servicio público para ampliar anteriormente el plazo general de duración máxima del mismo.

Ahora bien, la mayor o menor coherencia de la medida con la evolución de la legislación española no constituye por sí sola un argumento jurídico para decidir sobre la introducción de esa modificación normativa. Es por ello por lo que resulta necesario examinar si esa modificación resulta admisible a la luz de las normas y principios del Derecho Comunitario.

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 alude a la concesión de servicios para luego excluirla de la aplicación de la propia Directiva. Así, tras disponer su artículo 1.4 que «“la concesión de servicios” es un contrato que presenta 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», el artículo 17 establece que «sin perjuicio de la aplicación de las disposicio-

nes previstas en el artículo 9, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado del artículo 1».

No existiendo en el ámbito del Derecho Comunitario una regulación del contrato de gestión de servicios públicos («concesión de servicios») y no estableciéndose, por tanto, ninguna previsión de duración de este contrato que estableciera un plazo máximo que fuese inferior al de 75 años, no habría impedimento jurídico para adoptar ese plazo de 75 años, bien fuera con carácter general, bien en particular para el servicio público de mercado o lonja mayorista que nos ocupa.

Ahora bien, aunque las concesiones no aparecen reguladas en el Tratado ni en el Derecho derivado, no por ello quedan fuera de los principios sancionados en el propio Tratado. Así, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2000 declara lo siguiente:

«Las concesiones no están definidas en el Tratado. La única definición que aporta el Derecho derivado comunitario aparece en la “Directiva sobre obras” que establece un régimen particular para la concesión de obras. Las otras formas de concesión, en cambio, no se contemplan explícitamente en las directivas de los contratos públicos. Esto no significa, sin embargo, que las concesiones queden fuera de las normas y principios del Tratado. En efecto, en la medida en que estas concesiones resultan de actos del Estado que tengan por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, están sometidas a las disposiciones pertinentes del Tratado, así como a los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal.»

Pues bien, entre dichos principios figura el de libre competencia y, por tanto, el de concurrencia. En este sentido, en el Libro Verde sobre colaboración pública-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones de la Comisión de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 2004, se dice, en el apartado relativo a las «operaciones de CPP» (colaboración público-privada) de tipo puramente contractual (apartado 2.3, punto 46), lo siguiente:

«Por otro lado, deberá determinarse el período durante el cual el socio privado se ocupará de la explotación de la obra o del servicio, en función de la necesidad de garantizar el equilibrio económico y financiero del proyecto. En concreto, la duración de la relación de colaboración se fijará de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable del capital invertido. Una duración excesiva puede ser censurada con arreglo a los principios que rigen en el mercado interior [...] o a las disposiciones del Tratado en materia de competencia [...].»

Aunque en el citado Libro Verde no se hace una indicación análoga respecto de las operaciones de CPP de tipo institucionalizado, parece razonable la aplicación del anterior criterio, pues si esta clase de operacio-

7 nes de CPP implican, según se dice en el propio Libro Verde, la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el socio privado, no se aprecia argumento suficiente para excluir la aplicación de esos principios de libre competencia y de concurrencia en la elección del socio privado ni para justificar, una vez establecida la colaboración, el mantenimiento de la misma a perpetuidad o por tiempo indefinido (pues ello sería contrario a dichos principios de libre competencia y concurrencia).

Así las cosas, si la duración del contrato de gestión de servicio público tiene como límite la proscripción de restricción de la competencia o la limitación de la misma, pero, al mismo tiempo, esa duración ha de determinarse en función de la necesidad de garantizar la amortización de las inversiones y la remuneración razonable del capital invertido, cabe entender que es jurídicamente admisible el establecimiento, a través de la oportuna modificación legislativa, de un plazo máximo de 75 años de duración para los contratos que comprendan la explotación del servicio público de mercado o lonja central mayorista, siempre que aparezca debidamente justificado que ese plazo es necesario para, según lo dicho, amortizar la inversión y obtener una remuneración razonable del capital invertido.

2. Modificación de los artículos 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL de 1985), 110.1 del TRRL de 1986 y 6.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

Esta modificación tendría por finalidad introducir la posibilidad de que las Corporaciones Locales suscribieran Convenios de Colaboración y constituyeran Consorcios para la gestión de sus servicios públicos no solamente con otras Administraciones Públicas o con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro (como se prevé en la redacción actual de esos preceptos legales), sino también con entidades que, aun teniendo personificación jurídico-privada y, más concretamente, forma de sociedad mercantil, sean de capital exclusivamente público y tengan la consideración de entidades instrumentales de otra Administración Pública con fines concurrentes con las Corporaciones Locales.

En efecto, los artículos 87 de la LBRL de 1985 y 110.1 del TRRL de 1986 establecen que «las Entidades Locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones públicas para fines de interés común o con Entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones públicas» (a lo que se añade, en los apartados 2 y 5 del art. 110 del TRRL de 1986, que esos Consorcios «gozarán de personalidad jurídica propia» y que «para la gestión de los servicios de su competencia podrán utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación de régimen local») y el artículo 6.1 de la LRJ-PAC dispone que «la Administración General y los Organismos públicos vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar conve-

nios de colaboración con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias» (añadiendo el apartado 5 del mismo precepto legal que cuando la gestión del convenio exija la creación de una organización común, «ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil»), norma aplicable igualmente en las relaciones entre la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, de un lado, y las Entidades Locales, de otro, con arreglo a lo establecido en el artículo 9 de la LRJ-PAC.

Este Centro Directivo entiende que la actual redacción del artículo 87 de la LBRL no permite la constitución de consorcios entre Entidades Locales y sociedades mercantiles de capital público, ya que, como es obvio, éstas no ostentan la naturaleza jurídica de «Administraciones Públicas» (dado que, por más que sean entes instrumentales de dichas Administraciones y que su capital sea íntegramente de titularidad pública, no son personas jurídicas de derecho público), ni mucho menos «Entidades privadas sin ánimo de lucro» (ya que el ánimo de lucro es un elemento esencial de toda sociedad mercantil). Es por ello por lo que, como primera solución, cabe considerar la modificación de los preceptos legales indicados.

La modificación propuesta implicaría la reforma de los preceptos legales citados, de tal forma que fuera asimismo posible la suscripción de Convenios de colaboración, y la subsiguiente constitución de Consorcios, entre las Administraciones Públicas (en el caso de que se trata, las Entidades Locales) y personas jurídico-privadas cuyo capital fuera íntegramente público y tuvieran la condición de entidades instrumentales de otra Administración Pública con fines concurrentes con las Entidades Locales.

Ello permitiría que la gestión de los servicios públicos locales de mercados mayoristas, actualmente encomendados a las M, con un límite temporal máximo de cincuenta años, pudiera llevarse a cabo por esos Consorcios constituidos entre cada uno de los Ayuntamientos implicados y MSA, como consecuencia de la suscripción de los correspondientes Convenios de colaboración.

No obstante, esta solución debe ser considerada, como se expondrá en el siguiente apartado de este fundamento jurídico, a la luz de las exigencias que comportan los principios del Derecho comunitario.

3. Modificación del artículo 154.2 del TRLCAP (y art. 85.2 de la LBRL).

En tercer lugar, cabe plantear, dentro de este bloque de medidas de naturaleza normativa, la posible modificación del artículo 154.2 del TRLCAP, que arrastraría consigo la modificación del artículo 85.2 de la LBRL de 1985.

Para la adecuada consideración de esta opción resulta obligado partir del modelo de gestión de los servicios públicos municipales, como lo es el

7 que da origen a la consulta, que queda establecido en las normas reguladoras del Régimen Local.

El artículo 86.3 de la LBRL de 1985 contiene la reserva a favor de las Entidades Locales de determinadas actividades o servicios que califica de esenciales, entre ellos, el de mataderos, mercados y lonjas centrales. Dicho artículo establece en tal sentido lo siguiente:

«Se declara la reserva a favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros.»

Los artículos 85 de la LBRL de 1985 y 95 a 110 del TRRL de 1986 y, en lo que no se oponga a las anteriores, el Título III del RSCL de 1955 regulan las distintas modalidades de gestión de servicios públicos municipales. Dichos preceptos agrupan bajo dos tipos generales el conjunto de tales modalidades que son la gestión directa y la gestión indirecta.

El artículo 85 de la LBRL de 1985, en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, establece que la gestión de los servicios públicos locales adoptará algunas de las siguientes formas:

«A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo Autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.»

El artículo 156 del TRLCAP establece, por su parte, lo siguiente:

«La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:

a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 232 de esta Ley.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.»

Así pues, y para los supuestos en que se opta por la gestión del servicio mediante una sociedad mercantil, las disposiciones vigentes del Régimen Local trazan una línea divisoria que diferencia la gestión directa de la indirecta, consistente en la titularidad exclusiva o no exclusiva del capital social por parte de la respectiva Entidad Local o de un ente público de la misma. De este modo, si la Entidad local titular del servicio de cuya gestión se trata tiene por sí misma o a través de un ente público local la titularidad exclusiva del capital social de la sociedad mercantil que va a gestionar el servicio se tratará de una modalidad de gestión directa. En el supuesto de que la Entidad Local sólo sea titular de parte del capital social de dicha sociedad mercantil (en concurrencia con otras personas naturales o jurídicas), se tratará de gestión indirecta.

El sistema actualmente establecido en las normas citadas del Régimen Local, tras la reforma del artículo 85 de la LBRL de 1985 por la Ley 57/2003, que tiene por objeto la adecuación de dicho texto legal al TRLCAP, guarda así plena coherencia con lo establecido en este último. En el artículo 156 del TRLCAP se contempla, como se acaba de exponer, la sociedad de economía mixta de capital no exclusivo de la Administración titular del servicio como modalidad de la contratación de la gestión de los servicios públicos y, por tanto, como forma indirecta de gestión del servicio público mediante contrato. Por otra parte, el artículo 154 del mismo texto legal establece un supuesto de excepción al régimen general del contrato de gestión de servicios públicos, excluyéndolo del ámbito de aplicación de la Ley. Se trata del supuesto de gestión del servicio público mediante entidad de derecho público creada a tal fin o mediante sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma, lo que constituye una modalidad de gestión directa en terminología de las disposiciones vigentes de régimen local. El artículo 154 del TRLCAP dispone lo siguiente:

«1. Los contratos mediante los que las Administraciones públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.

2. No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma.»

Así expuesto el modelo en vigor de gestión de servicios públicos mediante sociedad mercantil, que será considerado como gestión directa (si el capital de la sociedad es exclusivamente de la Administración titular

7 del servicio) o como gestión indirecta (si el capital de la sociedad sólo pertenece en parte a la Administración titular del servicio), cabe plantear la modificación del artículo 154.2 del TRLCAP y, en coherencia con él, la del artículo 85.2 de la LBRL de 1985. La modificación tendría como finalidad que se admitiera como modalidad de gestión directa del servicio público la realizada mediante sociedad mercantil cuyo capital sólo fuese parcialmente de propiedad de la Administración titular del servicio (o de un ente público de la misma), perteneciendo el resto del capital de dicha sociedad a otra Administración Pública (o a una entidad instrumental dependiente de esta última Administración) con fines concurrentes con los de la Administración titular del servicio. Con ello, al transformarse esta modalidad de gestión en una forma directa de gestión del servicio público resultaría excluida del ámbito de aplicación del TRLCAP y libre, en consecuencia, de la limitación temporal que dicho texto legal impone en su artículo 157 para el contrato de gestión de servicios públicos.

Esta modificación contaría a su favor con un precedente normativo cualificado, cual es la redacción anterior del propio artículo 154.2 del TRLCAP, esto es, el artículo 155 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. En efecto, el artículo 155.2 de este último texto legal disponía lo siguiente:

«No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente de la misma.»

Resultando posible el planteamiento de esta reforma legislativa, este Centro Directivo considera necesario analizar si la misma se ajusta a los principios del Derecho comunitario.

En efecto, cabe plantear si una modificación legislativa que transformase en gestión directa la modalidad de gestión del servicio público mediante sociedad mercantil en cuyo capital participe sólo mayoritariamente la Entidad local o un ente público dependiente de la misma se conciliaría bien con los principios del Derecho comunitario y con las líneas de desarrollo que en éste se apuntan a la vista de recientes propuestas legislativas y pronunciamientos del TJCE.

A este respecto, resulta necesario señalar que la normación positiva en el ámbito comunitario de la gestión de los servicios públicos aún no se ha producido. Cabe tan sólo mencionar, como se ha dicho, que en la última Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (Directiva 18/2004, de 31 de marzo de 2004), se alude al concepto de concesión de servicios y se le declara excluido del ámbito de aplicación

de la misma. El artículo 1.4 de dicha Directiva define la concesión de servicio del modo siguiente: 7

«La “concesión de servicios” es un contrato que presenta 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.»

El artículo 17, relativo a las concesiones de servicios, establece lo siguiente:

«Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1.»

El artículo 3 de la citada Directiva, que lleva por rúbrica «Concesión de derechos especiales o exclusivos: cláusula de no discriminación», dispone:

«Cuando un poder adjudicador otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a una entidad distinta de dicho poder adjudicador, el acto por el cual se otorgue dicho derecho impondrá a la entidad en cuestión, en los contratos de suministro que adjudique a terceros en el marco de esa actividad, la obligación de respetar el principio de no discriminación por razones de nacionalidad.»

Del conjunto de los preceptos transcritos se pueden extraer ciertas conclusiones que resultan relevantes en relación con la modificación legislativa que se analiza. La más importante es que el Derecho comunitario no ha armonizado el procedimiento de adjudicación de las concesiones de servicios públicos, que declara expresamente excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Ahora bien, esta carencia se ha visto parcialmente cubierta por la antes citada Comunicación de la Comisión de 29 de abril de 2000 sobre las concesiones en el Derecho comunitario. Dicha comunicación, si bien sólo se refiere a las concesiones y no a otras formas de asociación utilizadas para contar con financiación y experiencia privadas, como serían las demás modalidades que se contemplan en el TRLCAP bajo la denominación de contrato de gestión de servicios públicos, sirve para establecer los principios comunitarios comunes que, a juicio de la Comisión, deben regir para todas ellas. Ello es así habida cuenta del concepto de concesión que maneja, según el cual, existe una concesión siempre que hay un acto de una autoridad pública por el cual se confía a un tercero la gestión total o parcial de un servicio de su competencia, asumiendo ese tercero el riesgo de la explotación mediante la cual recibe su remuneración.

7 Un ejemplo de la identidad existente entre las concesiones y las demás formas de gestión de los servicios públicos se contiene en nuestro ordenamiento jurídico, referida en particular a la sociedad de economía mixta, en el artículo 182 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho artículo dispone: «En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos.»

De acuerdo con dicha Comunicación de la Comisión, y como se ha indicado más arriba, aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos en sus distintas modalidades, incluida la sociedad mercantil en cuyo capital no participe exclusivamente la Administración Pública titular del servicio, está fuera del ámbito de las Directivas, sí está sometido, sin embargo, a las normas y principios del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE), con la numeración de artículos introducida por el Tratado de Amsterdam.

Dicho en otros términos, las concesiones y, en general, las distintas formas de gestión indirecta de los servicios públicos, no tienen para el Derecho comunitario la consideración de actos *intuitu personae*, quedando sometidas a las normas del Tratado sobre prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, artículo 12 del TCCE; sobre libertad de establecimiento, artículos 43 y siguientes; libre prestación de servicios, artículos 49 y siguientes; y normas sobre libre competencia, artículos 81 y siguientes del TCCE. Igualmente quedan sometidas a los principios sentados por la jurisprudencia del TJCE como son, entre otros, a los efectos que aquí interesan, los de igualdad de trato (que obliga al cumplimiento del principio de apertura a la competencia) y transparencia (que impone la debida publicidad con la información necesaria en beneficio de todo licitador potencial).

En este sentido, cabe citar la sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2000, recaída en el asunto Telaustria. El hecho que da origen a la demanda es la adjudicación por Telekom Austria, sociedad anónima cuyo capital es de titularidad exclusiva del Estado austríaco, de una concesión a Herold, sociedad en cuyo capital participa Telekom Austria, para la prestación del servicio público de elaboración y publicación de repertorios de abonados al servicio telefónico. Telaustria impugnó la adjudicación de la concesión porque consideró aplicables las Directivas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Telekom Austria sostuvo que al tratarse de una concesión, principalmente por el hecho de que la contraprestación que recibía la empresa prestadora del servicio no era un precio, sino el derecho de explotar su propia prestación, quedaba fuera de las Directivas. El Tribunal concluye que el contrato en cuestión está excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de las Directivas armonizadoras de los procedimientos de adjudica-

ción de los contratos públicos, principalmente, por el hecho de que la contraprestación que recibe la empresa prestadora del servicio es el derecho a explotar su prestación. Añade que, no obstante ello, las entidades contratantes están obligadas a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Este principio supone, como ya declaró el TJCE en sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto Unitron Scandinavia), una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado principio es respetado. Esta obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

En fecha más reciente y aun cuando se trata de un asunto pendiente de sentencia, conviene hacer referencia a las conclusiones del Abogado General, presentadas al Tribunal con fecha 24 de noviembre de 2004, en el asunto seguido por la Comisión de las Comunidades Europeas contra Francia. Se impugnó una ley francesa que regula la titularidad pública de obras y sus relaciones con la dirección de obra privada y por la que se reserva la función de representación delegada del titular de la obra a una serie de personas jurídicas (de Derecho público) francesas taxativamente enumeradas, con las que el titular de la obra celebra un contrato de mandato, sin que el titular de la obra quede obligado a una licitación previa para elegir al mandatario. El Gobierno francés sostuvo que en este caso no se trata de una prestación de servicios, por lo que el artículo 49 del TCCE no es aplicable, ya que el mandatario, al representar a una entidad de derecho público, participa en una función de interés general, quedando sometido a las normas de contratación en los contratos que adjudique en nombre del mandante. Por la misma razón, entendió que para elegir al mandatario no es necesaria una licitación previa. El Abogado General sostiene en sus conclusiones que la reserva que se establece en la ley francesa no es conforme con el principio de libre prestación de servicios que establece el artículo 49 del Tratado y que, como las demás normas del mismo, resultan de aplicación a todos los contratos excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas. El hecho de reservar a determinadas personas jurídicas de Derecho público francés el derecho de celebrar contratos de mandato de representación del titular de la obra constituye un obstáculo a la libre circulación en la prestación de servicios, pues en la práctica es casi imposible que una empresa de otro Estado miembro obtenga el estatuto de persona jurídica de Derecho público francés. Más aún, la libertad de empresa que el artículo 59 del TCCE proclama implica precisamente la posibilidad de no dar ese paso.

Como confirmación de lo expuesto, procede analizar finalmente dos supuestos contemplados por el Derecho comunitario que constituyen sendas excepciones al principio de competencia admitidas en dicho Derecho.

7 El primer supuesto de excepción se contiene en el artículo 86 del TCCE, precepto ubicado dentro del conjunto de las normas reguladoras de la competencia. El citado precepto dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en la aplicación de dichas normas no impida de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.»

El precepto transcrito guarda relación con el artículo 18 de la Directiva 18/2004 que establece lo siguiente:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una agrupación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado.»

El artículo 86.2 del TCCE contempla, pues, una excepción invocable para justificar la adopción por los Estados de medidas relativas a empresas públicas o titulares de derechos exclusivos que se separan de las normas del Tratado sobre la libre competencia. Excepción que, en cuanto tal, ha de ser interpretada en sentido estricto y cuya aplicación exige la concurrencia de determinados requisitos. En primer lugar, que exista un acto por el cual se encarga a una empresa la gestión de un servicio público de interés general. En segundo lugar, será necesario que se demuestre que la aplicación de las normas del Tratado impediría de hecho o de derecho el cumplimiento del servicio de interés económico general encomendado. En otro caso, si la aplicación de las normas del Tratado sobre la libre competencia no impide en absoluto el desarrollo del servicio de interés económico general, con la utilización de la excepción contemplada en el artículo 86.2 se estaría colocando a la empresa en una posición de abuso de dominio.

El segundo supuesto de excepción, que es el que aquí interesa, es el de los denominados servicios *in house providing* o encargos de prestaciones a entes propios o instrumentales, aun cuando su objeto sea el propio de un

contrato típico, directamente, sin aplicar la legislación contractual y al margen de las normas de libre competencia, al tener los entes en cuestión la consideración de medios propios de la entidad que realiza el encargo. Este supuesto ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia comunitaria, básicamente en dos sentencias: la de 18 de noviembre de 1999, recaída en el asunto Teckal (C-107/98), y la dictada en el asunto Stadt Halle, de 11 de enero de 2005 (C-26/03), aunque se estima oportuno señalar que, próximamente, el TJCE deberá pronunciarse de nuevo sobre este tema como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino de España a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 26 de septiembre de 2001 dictada por la Audiencia Nacional, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales contra resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1998 confirmatoria del acuerdo de sobreseimiento de un procedimiento incoado por denuncia formulada por dicha Asociación contra la Empresa de Transformación Agraria, S. A. (TRAGSA). La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acordado, por auto de 1 de abril de 2005, plantear cuestión prejudicial ante el TJCE en los siguientes términos:

«1. Si es admisible en los términos del artículo 86.1 del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto.

2. Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las Directivas 93/36/CEE, del Consejo y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, y las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997, y 2001/78, de la Comisión, de modificación de las anteriores –normativa recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004–.

3. Si las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003 (asunto C349/97, Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante.»

En espera del futuro pronunciamiento del TJCE sobre este asunto, procede examinar la jurisprudencia sentada al respecto en las sentencias de 18 de noviembre de 1999 (sentencia Teckal) y 11 de enero de 2005 (sentencia Stadt Halle). En la sentencia Teckal se resuelve el litigio entre

7 esta empresa y el Ayuntamiento italiano de Viano que encargó a una entidad, AGAC, creada al amparo de la ley de régimen local italiana como una mancomunidad constituida por varios municipios, la gestión del servicio de energía y medio ambiente. El Ayuntamiento demandado sostuvo que el encargo realizado a la entidad AGAC, directamente, no entraña una relación contractual dado que dicha entidad está creada como un medio propio a través del cual el Ayuntamiento organiza el servicio que es así gestionado directamente. La sociedad demandante (Teckal) no consideró que la entidad AGAC fuese un medio propio del Ayuntamiento que pudiera ser considerado ente instrumental del mismo y permitiese su exclusión del ámbito de las Directivas. El TJCE declaró lo siguiente:

«50. A este respecto, conforme al artículo 1, letra *a*) de la Directiva 93/36 basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra parte, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trata un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

51. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto de ella desde el punto de vista decisorio un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora.»

En la sentencia Stadt Halle se resuelve el litigio entre el Ayuntamiento de Halle, que había encargado a la sociedad RPL Lochau (cuyo capital pertenece mayoritariamente a dicho Ayuntamiento y, en una fracción minoritaria, a una sociedad privada) el tratamiento de residuos, y la sociedad «Trea Leun», que entendió que la adjudicación por el referido Ayuntamiento a la sociedad RPL Lochau del tratamiento de residuos sin haber seguido para ello un procedimiento de licitación era contraria al Derecho comunitario.

En dicha sentencia, el TJCE, reiterando la doctrina sentada en la sentencia Teckal, declaró lo siguiente:

«48. 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.

49. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licita-

ción no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, 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.

50. A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

51. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

52. Por tanto, es necesario responder a la segunda cuestión, letras *a)* y *b)*, que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva.»

Las sentencias que se han transcrito en lo pertinente fijan los requisitos –que más adelante se expondrán– que tienen que cumplirse para que, en relación con los supuestos que fueron enjuiciados por las mismas (suministros en el caso de la sentencia Teckal; servicios en el caso de la sentencia Stadt Halle), quedase excluida la aplicación de las normas de Derecho comunitario sobre contratos públicos. Pues bien, si, en el caso de suministros y servicios, el cumplimiento de los citados requisitos permite a la entidad adjudicadora excluir la aplicación de las normas de Derecho comunitario sobre contratación y, por tanto, no recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, eliminando así la relación contractual, en el caso de gestión de servicios públicos («concesión de servicios» en la terminología de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del

7 Consejo) el cumplimiento de esos requisitos tendría por consecuencia que los supuestos en que ello aconteciese quedasen conceptuados no como gestión indirecta del servicio público (relación de naturaleza contractual), sino como gestión directa del mismo (relación de naturaleza no contractual).

Partiendo de la anterior premisa, procede examinar, en el ámbito de la gestión de servicios públicos, si la gestión de un determinado servicio público por una entidad constituida por dos o más Administraciones Públicas y cuyo capital esté constituido exclusivamente por las aportaciones de ambas permite apreciar el cumplimiento de los requisitos establecidos por las mencionadas sentencias, pues, de ser ello así, habría que entender, según lo dicho: 1) Que se estaría en presencia de una modalidad de gestión directa del propio servicio público que no constituye relación contractual y a la que, por tanto, no serían aplicables las normas del Derecho comunitario en materia de contratos ni las del Derecho nacional sobre contrato de gestión de servicios públicos (eliminándose así las limitaciones que ello entraña, entre otras y en lo que aquí interesa, el límite temporal o de duración del contrato de gestión de servicio público); y 2) Que no podría reputarse contraria al Derecho comunitario la modificación del artículo 154.2 del TRLCAP (y art. 85.2 de la LBRL) a fin de incluir como modalidad de gestión directa de un servicio público el supuesto de una entidad de Derecho privado creada por Administraciones Públicas y cuyo capital perteneciese exclusivamente a ellas.

Pasando a los requisitos exigidos por las mencionadas sentencias del TJCE, dichos requisitos son los siguientes:

A) Que el contratista, aun siendo una entidad jurídicamente distinta de la Administración territorial, esté sometido a un control análogo al que dicha Administración ejerce sobre sus propios medios, en términos tales que carezca de autonomía desde el punto de vista decisorio.

En relación con este primer requisito, debe señalarse que si el mismo no suscita cuestión alguna en el caso de que la entidad contratista haya sido creada única y exclusivamente por la entidad adjudicadora, estando sometida al solo control de ésta, ha de entenderse que tampoco dicho requisito suscita especial cuestión, debiendo considerarse cumplido, en el supuesto de que la entidad contratista haya sido creada por dos Administraciones Públicas o entidades adjudicadoras y esté sometida al control de éstas. Así lo reconoce la sentencia Teckal que, en su apartado 50, alude a que la parte esencial de la actividad de la entidad contratista se realice «con el ente o los entes que la controlan», así como la sentencia Stadt Halle que, en su apartado 49, alude a que la parte esencial de la actividad de la entidad contratista se realice con la «autoridad o autoridades públicas que la controlan», lo que indudablemente supone admitir el supuesto de entidad instrumental (entidad contratista) creada por dos Administraciones o autoridades públicas y sometida al control exclusivo de éstas.

Lo anterior tiene una justificación institucional clara, propia del Derecho nacional, que no puede ser desconocida por el Derecho comunitario, cual es la posibilidad de que, con arreglo al Derecho nacional, existan dos o más Administraciones Públicas con fines que concurren o confluyen sobre un mismo sector de la realidad social. Partiendo de esta premisa, no hay ningún impedimento jurídico para que esas Administraciones Públicas articulen su colaboración a través de la puesta en común de medios personales, materiales y técnicos para la consecución coordinada e integral de esos fines públicos suyos concurrentes sobre una determinada materia, suscribiendo el oportuno convenio de colaboración (que, ha de destacarse, no tendría por objeto el intercambio recíproco de prestaciones entre dichas Administraciones, lo que encubriría un auténtico contrato, sino la actuación coordinada y conjunta para la consecución de esos fines de interés común), o creando aquellas Administraciones una persona jurídica para esa satisfacción de fines de interés común. En relación con esto último –creación de una personificación jurídica–, debe destacarse que, siendo un principio inconcuso la potestad autoorganizatoria de cada Administración Pública y pudiendo decidir ésta, en consecuencia, si la consecución de un determinado fin de interés público ha de realizarse directamente por ella a través de uno de sus órganos o mediante la creación de una entidad de carácter meramente instrumental –decisión que, en última instancia, descansa en una razón de oportunidad–, no puede negarse la posibilidad de que, en el caso de dos o más Administraciones Públicas con fines concurrentes sobre una determinada materia, decidan actuar constituyendo aquéllas una entidad que quede sometida al único y exclusivo, bien que conjunto, control de ellas, careciendo así esa entidad de autonomía decisoria respecto de tales Administraciones.

Aplicando las anteriores consideraciones al supuesto que motiva el presente informe, debe concluirse que la constitución, por parte de MSA y de las respectivas Corporaciones Locales, de las distintas M cumpliría (dados los fines concurrentes de MSA –entidad instrumental de la Administración del Estado sometida al exclusivo control de ésta– y de las Entidades Locales en materia de mercados o lonjas centrales mayoristas de artículos alimenticios) el requisito que se examina.

B) Admitida la posibilidad de que la entidad instrumental haya sido creada por dos o más Administraciones Públicas con fines concurrentes en una determinada materia, siempre que esa entidad instrumental esté sometida en su totalidad al control de aquéllas, el segundo requisito consiste, a la vista de la sentencia Stadt Halle, en que no exista, aunque sea minoritaria, participación de una empresa privada en el capital de la sociedad o entidad instrumental creada por aquellas Administraciones Públicas.

El TJCE justifica esta exigencia en una razón finalista o teleológica: la relación entre la autoridad pública (entidad adjudicadora) y sus propios servicios (entidad instrumental) se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, esto es, la

- 7 prestación de un servicio público, al margen de la obtención de beneficio; por el contrario, la inversión de capital privado en esa entidad instrumental obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de dicha naturaleza (obtención de beneficio, siendo la actividad de prestación de un servicio público el medio para conseguirlo).

Así las cosas, no puede entenderse que se incumpla el requisito de que ahora se trata en el supuesto de que, existiendo dos o más Administraciones Públicas con funciones concurrentes sobre una determinada materia y que persiguen fines de interés común, las mismas decidan, para la satisfacción de ese interés, actuar conjuntamente, constituyendo ambas Administraciones Públicas una sociedad cuyo capital esté integrado en parte por la aportación de una de ellas (capital, por tanto, público), bien directamente, bien a través de una sociedad meramente instrumental de la misma y sometida a su exclusivo control y, en la parte restante, por la aportación de la otra (capital igualmente público), bien directamente, bien a través de una sociedad instrumental suya y sometida también a su control.

En relación con este requisito y a propósito del supuesto objeto de consulta, debe indicarse que el mismo no se cumple en la actualidad, y ello no porque MSA, participe en el capital de las distintas M, sea una entidad de capital privado, sino porque en las M existen participaciones de capital privado sin que, por otra parte, el carácter minoritario de estas participaciones permita entender cumplido el requisito que se examina. En consecuencia, de modificarse el artículo 154.2 del TRLCAP y el artículo 85.2 de la LBRL, sería necesario, para que en esa modificación quedase comprendido el supuesto particular de la consulta, que quedase suprimida la participación de capital privado de las distintas M.

C) El tercer requisito exigido por el TJCE estriba en que la parte esencial de la actividad del ente instrumental se realice con la Administración o Administraciones Públicas que controlan a aquél.

Este tercer requisito revela definitivamente, partiendo de los anteriores, que la entidad instrumental es realmente un servicio o medio propio de la Administración o entidad adjudicadora, pues precisamente la creación por una Administración Pública de una entidad en términos tales que la parte esencial de la actividad que esta última realice lo sea para la Administración matriz demuestra que ello se hace con el designio de disponer de un medio propio, lo que no ocurriría si esa entidad realizase la mayor parte de su actividad con terceros, pues en tal caso se trataría de una entidad que actuaría como un operador o agente económico más en el tráfico.

Así las cosas, si en los supuestos de obras y suministros (y lo mismo puede decirse de los servicios) el requisito de que se trata comporta que la actividad de construcción y de fabricación o producción, respectivamente, de la entidad instrumental se dirija en su parte fundamental a la Administración matriz (y ello como exigencia necesaria para que esta Administra-

ción no recurra, para realizar las tareas de interés público que le corresponden, a entidades externas), en la gestión de servicios públicos no puede negarse el cumplimiento del citado requisito en el caso de que esta actividad se realice mediante una entidad constituida por dos Administraciones Públicas con fines concurrentes, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, aunque el servicio público tenga por destinatarios a los particulares, es lo cierto que la prestación del mismo corresponde, como deber u obligación propia de ésta, a la Administración de que en cada caso se trate, por lo que si dicha Administración opta, para la gestión del servicio, por la constitución de una entidad (controlada totalmente por ella), no cabe duda alguna de que se cumple perfectamente el requisito que se analiza: si sobre la Administración matriz pesa, por determinación legal, el deber de prestar un servicio público, la creación por esa Administración de una entidad instrumental para la gestión de dicho servicio conlleva que la actividad de esa entidad se realice para dicha Administración, pues, en definitiva, la creación de la entidad para la gestión del servicio supone la sustitución por ésta de la aludida Administración en la realización material de la actividad en que consiste el servicio público; éste se realiza materialmente por la entidad gestora en lugar de la Administración, lo que entraña que la actividad de la entidad instrumental se realice para la Administración a que aquélla sustituye, según lo dicho, en la prestación material del servicio. Así lo confirma la norma del artículo 154.2 del TRLCAP –precepto cuyo ajuste al Derecho comunitario nunca ha sido puesto en tela de juicio– desde el momento en que la inaplicación de los preceptos de este texto legal relativos al contrato de gestión de servicios públicos al supuesto de gestión de tales servicios mediante entidad pública o sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración presupone la caracterización de esa entidad o sociedad como un medio propio y, a su través, que esa entidad o sociedad realiza la parte esencial de su actividad para la Administración que la constituyó.

En segundo lugar, y partiendo de la anterior consideración, no puede entenderse que no se cumple el requisito de que se trata en el caso de que la entidad instrumental sea creada por dos Administraciones Públicas con fines concurrentes sobre una determinada actividad pública. No tendrá sentido que en el caso de entidad instrumental creada por una única Administración se afirme el cumplimiento del requisito que se examina y, en cambio, se niegue el cumplimiento del mismo en el caso de que la entidad instrumental haya sido creada (y esté totalmente controlada) por dos Administraciones Públicas por razón de tener ambas fines concurrentes. Desde el momento en que las sentencias del TJCE de que se ha hecho mención aluden a que la parte esencial de la actividad de la entidad instrumental se realice con el «ente o entes que la controlan» (sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98) o con «la autoridad o autoridades públicas que la controlan» (sentencia de 11 de enero de 2005, C-26/03) no puede

7 negarse que dichas sentencias están admitiendo la posibilidad de que la parte esencial de la entidad instrumental se efectúe no sólo para una única Administración, sino también para varias, sin que, por tanto, ello sea óbice para apreciar el cumplimiento del requisito de que se trata.

Aplicando las consideraciones precedentes al supuesto que motiva la emisión de este informe, no puede negarse, como si fuese conceptualmente inadmisibles, que una sociedad de Derecho privado (la respectiva M) pueda realizar la parte sustancial de su actividad para las dos Administraciones Públicas que la constituyeron (la Corporación Local respectiva y, a través de MSA, la Administración del Estado) por tener ambas fines concurrentes.

En suma, a la vista de las consideraciones precedentes sobre los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE para que una entidad adjudicadora pueda obviar, para realizar los fines de interés público que le corresponden, el recurso a entidades externas, cabe concluir que no sería contraria a los principios del Derecho comunitario la modificación del artículo 154.2 del TRLCAP (y art. 85 de la LBRL) en el sentido de incluir en la gestión directa, excluyéndolo, por tanto, del ámbito de la gestión indirecta, el supuesto de gestión de servicio público mediante sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de Administraciones Públicas con fines concurrentes (sea mediante participación directa de ellas, sea mediante participación indirecta de las mismas) y sometida al único y exclusivo control, bien que conjunto, de dichas Administraciones.

IV. Dejando a un lado las soluciones de naturaleza normativa, cabe plantear aquellas otras que, partiendo del marco de la legislación vigente que quedaría inalterado, podrían ser viables y aportar una solución a la problemática planteada por la presidencia de MSA. En este nuevo planteamiento se pueden diferenciar, a su vez, dos tipos de vías a seguir. Una primera, que cabría denominar de naturaleza organizativa y que conllevaría la transformación de MSA y su constitución como una nueva entidad con un régimen jurídico distinto. Y otra segunda que, sin alterar la condición de sociedad mercantil sujeta al derecho privado de MSA, permitiría solucionar el problema que actualmente tiene planteado y extender en el tiempo su continuidad en la participación en el capital social de las sociedades mixtas, las M, constituidas para la gestión de los mercados mayoristas municipales.

1. Transformación de MSA en una Entidad Pública Empresarial

El artículo 41 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) define los Organismos públicos en los términos siguientes:

«Son Organismos públicos los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de las actividades previstas en el apartado 3 del artículo 2, cuyas carac-

El artículo 53 de la misma Ley establece cuándo el Organismo público que se cree debe adoptar la forma de entidad pública empresarial y a tal efecto dispone:

«1. Las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

2. Las entidades públicas empresariales se rigen por el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.»

Esta transformación produciría un efecto inmediato y directo para la nueva entidad creada y constituida como Organismo público, cual es la posibilidad de relacionarse, en general y directamente, con las restantes Administraciones Públicas de cuya naturaleza y condición participa, a través de los instrumentos previstos a tal efecto en nuestro ordenamiento jurídico, como son el convenio de colaboración y el consorcio como organización común dotada de personalidad jurídica y creado para la gestión del convenio cuando así se requiera.

Descendiendo al caso concreto que se analiza en este informe, la entidad empresarial pública que se crease podría, en su condición de Organismo público, relacionarse directamente con las Entidades Locales titulares del servicio público a gestionar a través de la creación de un consorcio. Así se prevé en el artículo 87 de la LBRL de 1985 y en el artículo 110 del TRRL de 1986. El artículo 87 de la LBRL de 1985, cuyos términos reitera el artículo 110 del TRRL de 1986, establece lo siguiente:

«1. Las entidades locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones públicas.

2. Los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos locales, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las entidades locales españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia.»

De acuerdo con todo lo que antecede, una vez que MSA dejase de ser una sociedad mercantil de derecho privado y se constituyese como una entidad pública empresarial, la relación con las distintas Entidades Locales para la gestión del servicio público de mercados municipales mayoristas no se instrumentaría como un contrato de gestión de servicios públicos, sometido a la limitación temporal prevista para ellos en el TRLCAP,

7 sino a través de creación de un consorcio al amparo del artículo 110 del TRRL.

Esta opción permitiría solventar, en primer lugar, la problemática de la limitación temporal, pues, al no tratarse ya de una modalidad indirecta de gestión del servicio mediante contrato, no sería de aplicación el límite temporal previsto para la duración del contrato de gestión de servicios públicos en el TRLCAP. Contrariamente, se estaría en el supuesto contemplado en el artículo 154.2 del TRLCAP que establece la no aplicación de las disposiciones del Título II del Libro II de la Ley, regulador del contrato de gestión de servicios públicos, a los supuestos en que la gestión del servicio se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho Público destinadas a tal fin, como serían los consorcios que se constituyesen entre la entidad pública empresarial resultante de la transformación de MSA y las distintas Entidades Locales.

Ahora bien, esta transformación conllevaría otras consecuencias, derivadas del carácter de Organismo público de la entidad creada, que habrían de ser tenidas en cuenta y ponderadas en orden a la consideración de la conveniencia de alterar la naturaleza de MSA. Entre ellas, cabe destacar las siguientes:

1.^a Se establece una relación de dependencia, derivada del carácter instrumental de la entidad, respecto de la Administración matriz, en este caso, la Administración General del Estado, por lo que, de acuerdo con el artículo 12.2.f) de la LOFAGE, dicha Administración nombraría y separaría a los titulares de la entidad.

2.^a Corresponde a la Administración matriz la dirección estratégica y el control de los resultados de la actividad de la entidad. Debe someter a la aprobación del Gobierno un programa de actuación plurianual (art. 65.1 de la LGP), queda sujeta al control interno de la Intervención General de la Administración del Estado y al externo del Tribunal de Cuentas, así como al control de eficacia de la Administración matriz (art. 59 de la LOFAGE).

3.^a Su patrimonio forma parte del Patrimonio del Estado (art. 167 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas –LPAP–), texto legal al que ha de ajustarse la gestión del mismo. Los fondos propios, expresivos de la aportación de capital del Estado, se registrarán en la contabilidad patrimonial del Estado como el capital aportado para la constitución de la entidad y generarán derecho de participación en el reparto de las ganancias de la entidad y en el patrimonio resultante de la liquidación a favor del Estado (art. 166.4 de la LPAP).

4.^a Cabe la incorporación de funcionarios públicos al servicio de la entidad, artículo 55 de la LOFAGE. Su personal se rige por Derecho Laboral. El personal directivo ha de ser nombrado de acuerdo con los mismos criterios que rigen para el nombramiento de los titulares de órganos

directivos de la Administración General del Estado (competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada); el personal no directivo se selecciona mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 55 de la LOFAGE).

5.^a Respecto de su régimen de contratación, el artículo 57 de la LOFAGE dispone que se rige por las previsiones contenidas al efecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. De acuerdo con lo establecido en el TRLCAP las entidades de derecho público si reúnen los requisitos señalados en el artículo 1.3 se someterán a la dicha Ley para todos los contratos que celebren. En otro caso, de acuerdo el artículo 2.1, en la redacción dada al mismo por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, en cumplimiento de la sentencia del TJCE de 19 de mayo de 2003, se someterán al TRLCAP para la adjudicación de los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a las cifras en él determinadas que son las establecidas en las Directivas comunitarias.

Finalmente, parece oportuno insistir en el hecho de que el consorcio así creado habría de gestionar por sí mismo el servicio público municipal y dicha gestión sería su único objeto, quedando el consorcio sometido en sus relaciones contractuales con terceros al TRLCAP.

La referencia que se hace a que el objeto del consorcio ha de constituirlo únicamente la gestión del servicio público municipal de mercado mayorista se hace en sentido estricto, esto es, excluyendo del conjunto de actuaciones a realizar por el consorcio aquellas que, como las obras a ejecutar en las instalaciones del mercado, resulten ser el objeto de un contrato público y que el consorcio habría de contratar de acuerdo con lo establecido en el TRLCAP. Esta reflexión parece obligada a la vista de los términos de la reciente sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005, condenatoria del Reino de España.

2. Extinción de los contratos de gestión de servicios públicos y liquidación de las sociedades mixtas, las M, anticipadamente.

En último lugar, si bien como opción posiblemente más sencilla que las anteriores, por cuanto que no exigiría modificaciones normativas ni requiere la transformación de MSA, teniendo cabida en los términos de la legislación vigente, cabe apuntar la de la extinción anticipada de los contratos de gestión de servicio público por medio de sociedad mixta y consiguiente liquidación de dichas sociedades. Ello con la finalidad de que los Ayuntamientos vuelvan a plantearse bajo qué modalidad de gestión llevarán a cabo la del servicio público municipal de mercados mayoristas y, caso de que opten por la modalidad de gestión indirecta mediante sociedad de economía mixta, tras la adjudicación de los nuevos contratos, pueda comenzar a computarse nuevamente el plazo previsto para esta

7 modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, que está fijado en 60 años en el artículo 157 del TRLCAP.

Obviamente, esta opción no permite la permanencia indefinida del prestador del servicio en la gestión del mismo, pero sí permite superar la coyuntura actual de incertidumbre, que afecta gravemente a la adecuada prestación del servicio, que está demandando nuevas y cuantiosas inversiones que no se están llevando a cabo ante la incertidumbre de su posible amortización en el plazo aún restante de los contratos en vigor. Dicha incertidumbre desaparecería en cuanto el horizonte temporal que se abra al socio de la Entidad Local sea por otros 60 años.

La consideración de esta opción exige analizar los distintos aspectos controvertidos que respecto de la misma se pueden suscitar: 1) Si es posible la resolución anticipada de los contratos de gestión del servicio público y las causas que, en su caso, podrían servir de justificación para ello; y 2) Si a la hora de elegir las Entidades Locales al nuevo socio en la sociedad de economía mixta podrían o no hacerlo libremente y, de ser posible, mantener a MSA.

En primer lugar, respecto de la posible resolución anticipada de los contratos de gestión de servicios, cabe señalar que no existe razón alguna que impida que un contrato establecido sobre la base del principio de la libre concurrencia de voluntades de las partes contratantes se extinga por resolución comúnmente acordada por las mismas. En efecto, el artículo 167 del TRLCAP, además de establecer las causas específicas de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos, admite como tales las establecidas en el artículo 111 del mismo texto legal. El artículo 111 del citado TRLCAP, que enumera las causas comunes de resolución de todos los contratos administrativos, contempla como una de ellas, en su letra c), el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. EL artículo 112 establece las condiciones de aplicación de dichas causas y el artículo 113 los efectos de la resolución del contrato para cada uno de los supuestos contemplados en el precepto primeramente citado.

De acuerdo con el artículo 112.4 del TRLCAP, «la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato». El artículo 113.2, relativo a los efectos de la resolución, dispone que: «cuando obedezca a mutuo acuerdo los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre la Administración y el contratista».

En el caso de los contratos celebrados entre las Entidades Locales y MSA, no concurre circunstancia alguna que impida la resolución de común acuerdo, puesto que en la documentación facilitada no se alude a la existencia de incumplimiento alguno, por lo que, en ausencia del impedimento legalmente establecido en tal caso, nada impediría una extinción

anticipada de los contratos de gestión de servicios públicos y, con ellos, de las sociedades de economía mixta constituidas para la gestión. 7

Junto con la inexistencia de incumplimiento por el contratista, el artículo 112 del TRLCAP requiere la concurrencia de razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. Entendida dicha innecesariedad o inconveniencia de la permanencia del contrato en términos no absolutos, sino también como innecesariedad o inconveniencia de su permanencia en los términos y condiciones en que hasta este momento se ha venido ejecutando, la justificación de la resolución por mutuo acuerdo se deduce del propio escrito de consulta de la presidencia de MSA.

Como segunda cuestión, ha de resolverse la relativa a la plena libertad o no de las Entidades Locales a la hora de elegir al «socio capitalista» en la sociedad de economía mixta.

Cabría pensar, *prima facie*, que en los supuestos de gestión de servicios públicos mediante contrato, a través de una sociedad de economía mixta, se pueden diferenciar dos contratos. Uno de ellos el contrato de sociedad dirigido a la elección del socio y otro posterior de gestión de servicios públicos por el que se encomienda a la sociedad de economía mixta creada con el anterior la gestión del servicio. Así también, cabría entender que mientras el segundo de los contratos, gestión del servicio público, está sujeto al régimen establecido en el TRLCAP, el primero, sin embargo, reside en el ámbito del Derecho privado mercantil sin sujeción a ninguna otra limitación en cuanto a la elección del socio que a la propia liberalidad y el mutuo acuerdo de los contratantes.

Sin embargo, ello no es así. La Entidad Local titular del servicio público de mercado mayorista a la hora de constituir la sociedad de economía mixta no puede elegir libremente al «socio capitalista», debiendo promover a tal efecto concurrencia.

Esta obligación de promoción de concurrencia se establece expresamente en el artículo 104.2 del TRRL de 1986. Dicho precepto, en relación con la constitución de la sociedad, dispone lo siguiente:

«En todo caso, deberá determinarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o acciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la particular en la futura Sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que reserve la Entidad local en la dirección de la Sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria.»

De la sola lectura de este precepto y sin necesidad de mayores consideraciones se pone de manifiesto que en la constitución de las sociedades de economía mixta que hayan de gestionar servicios municipales la Entidad Local titular del servicio no podrá elegir con plena libertad al particu-

7 lar o particulares que participen con ella en la constitución de la sociedad. Se contemplan dos mecanismos de constitución de la sociedad y, en ambos, se produce concurrencia. Sin duda alguna en el supuesto de suscripción de acciones que requiere del previo y general ofrecimiento de la suscripción por parte de terceros, pero también en el caso de no optarse por dicho mecanismo, dado que se exigirá la promoción de concurrencia precedida de la publicidad suficiente acerca de la constitución de la sociedad que permita a los concurrentes formular sus propuestas.

La exigencia y necesidad de promoción de concurrencia se contiene también en las disposiciones autonómicas reguladoras del Régimen Local. Así, cabe citar la Ley 2/2003, de 28 de abril, del Parlamento de la Generalidad de Cataluña, por la que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña. En la misma también figura la sociedad de economía mixta como modalidad de gestión de los servicios públicos locales de naturaleza económica y en relación con su constitución el artículo 264.2 dispone lo siguiente:

«En el proceso de fundación de estas sociedades tiene que asegurarse la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, ya sea por medio de suscripción pública o por concurso de iniciativas.»

En el mismo sentido cabe citar también como ejemplo el artículo 302.1.c) del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprobó el Régimen de Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón.

La jurisprudencia comunitaria no ha llegado a pronunciarse sobre este extremo en particular. Ciertamente se llegó a plantear esta cuestión ante el TJCE con ocasión del asunto RLSAN.Srl, resuelto por sentencia de 9 de septiembre de 1999. El hecho que dio origen al contencioso fue la creación por un municipio italiano de una sociedad de economía mixta para la gestión del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, sociedad en la que la Entidad Local tenía la titularidad del 51 por 100 del capital y el 49 por 100 restante una sociedad financiera cuyo capital pertenecía íntegramente al Ministerio del Tesoro italiano. La sociedad demandante entendía que la elección del socio privado debería haber sido objeto de un procedimiento de adjudicación pública, como también debía haberlo sido la adjudicación del servicio de recogida de basuras. El litigio se suscitó en sede judicial italiana y el Tribunal nacional planteó al TJCE si el artículo 45 del Tratado (exclusión del derecho de establecimiento de actividades relacionadas con el ejercicio del poder público) permite a un municipio elegir, sin realizar una licitación previa, a una sociedad financiera como socio en una sociedad de capital público local mayoritario cuyo objeto es la recogida de residuos sólidos urbanos. El TJCE no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto por considerar que en los hechos que dan origen al litigio no concurre ningún elemento de conexión con las situaciones

previstas en el Derecho comunitario en el ámbito de la libre circulación de personas y de servicios, pues la sociedad demandante tiene su domicilio en Italia y no opera sobre el mercado italiano acogándose a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios.

No cabe duda de que ésta fue una buena oportunidad para que el TJCE entrase a clarificar el extremo relativo a la elección del socio en las sociedades municipales de economía mixta, si bien parece razonable presumir que de haberlo hecho se habría inclinado por la exigencia de concurrencia para dicha elección. De algún modo, la sentencia parece apuntar tal criterio cuando, tras indicar que el Tribunal nacional considera que el litigio no se refiere a la adjudicación de un contrato público de servicios, sino a una concesión, el TJCE afirma que esta apreciación no excluye, sin embargo, la aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación, que imponen, en especial, a los Estados miembros obligaciones de igualdad de trato y de transparencia con relación a los operadores económicos de otros Estados miembros que puedan ser pertinentes. Criterio que se correspondería y resultaría conforme con la línea jurisprudencial seguida por el TJCE a la que ya se ha aludido con anterioridad en este informe.

De lo anterior cabe inferir que no existe automatismo en la ejecución de la opción que se analiza en cuanto a la reelección de MSA como socio de las Entidades Locales en las sociedades de economía mixta. MSA habría de participar en el concurso de iniciativas convocado por cada una de las Entidades Locales para la elección del socio participante en la sociedad y formular su propuesta en orden a la constitución de la misma y la participación en la gestión del servicio.

En este sentido, no puede desconocerse que en dicho procedimiento de concurrencia MSA disfrutaría de una posición de considerable ventaja frente a los demás concursantes, derivada del conocimiento adquirido durante todos los años en que ha participado en la gestión del servicio, acerca de la problemática de dicha gestión, mejores fórmulas para acometerla, costes, rentabilidad, disposición de información directa, experiencia por la gestión ya realizada, etc., todo lo cual le permitirá previsiblemente realizar una propuesta difícilmente mejorable por un tercero.

Junto a esa circunstancia, cabe apuntar una segunda que sí garantizaría, en todo caso, la prevalencia de la propuesta de MSA frente a cualquier otra. Una vez acordada la resolución de los contratos de gestión de los servicios públicos municipales en cuestión, habría de procederse a la disolución de las sociedades de economía mixta, las M, creadas para la gestión del servicio. El artículo 111.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales impone la amortización del capital privado previa a la disolución de la sociedad al vencer su plazo de duración como mecanismo que excluye la liquidación societaria subsiguiente en aras de la continuidad de la prestación del servicio público, pero que no excluye el derecho del socio privado a recuperar su inversión en los mismos términos que si

7 se hubiera realizado la liquidación, esto es, mediante el reembolso del valor real o patrimonial de sus acciones.

Pues bien, ante el hecho de la falta de previsión estatutaria de la forma de amortización del capital no municipal y al no haber tenido lugar la misma, cabría plantear que ésta se realizase mediante la adjudicación en pago a MSA de la titularidad de ciertos bienes o derechos, si así se acordase por los socios con las mayorías legales exigibles y fuera, a su vez, aceptado por la mayoría de los afectados.

Sin lugar a dudas, los bienes que se podrían adjudicar a MSA no serían, en ningún caso, aquellos que integran el servicio público municipal en sentido estricto, ya que necesariamente éstos deben revertir a la Entidad Local, sino aquellos bienes a los que se alude en el informe de la Secretaría General de MSA que se acompaña a la consulta.

Según se señala en dicho informe, con el transcurso del tiempo, las M han ido convirtiéndose en «auténticas plataformas logísticas en las que, junto con los mercados mayoristas de frutas/hortalizas y los de pescados, y en su caso, los mataderos, desarrollan su actividad un gran número de empresas relacionadas con el envasado, conservación, manipulación y distribución de los productos perecederos que allí se comercializan, así como empresas de servicios tales como establecimientos de crédito, empresas de seguros, empresas de viajes, estaciones de servicio, hoteles restaurantes, etc. destinadas a dar servicio a los comerciantes allí instalados y a sus empleados».

Se señala en el referido informe que dichas actividades de carácter complementario de las de mercado y matadero se desarrollan asimismo en terrenos de propiedad de las M como complementarias de las anteriores y aportadoras de las nuevas formas comerciales y los nuevos servicios que añaden valor añadido a la cadena de distribución comercial. Se recoge en el informe de la Secretaría General un listado enunciativo de las actividades que las empresas instaladas en la denominada zona de actividades complementarias realizan, entre otras, salas de despiece de carne, fábricas de hielo, frigoríficos generales de servicio público, servicios logísticos de recepción de mercancías, empaquetado, manipulación, reparto, etc. Así también se señala que estos empresarios ven con preocupación la extinción de sus concesiones o derechos de superficie cuando finalice el plazo de vida de las sociedades de economía mixta, comenzando a plantearse su traslado a otros polígonos o plataformas logísticas.

Pues bien, si se adjudicase a MSA, en concepto de amortización del capital por ella aportado, la propiedad, en la parte que correspondiese, de los terrenos e instalaciones sobre los que se ubican las empresas que realizan las actividades complementarias a las que se ha hecho referencia, que son enriquecedoras de la actividad de servicio público que se desarrolla en los mercados mayoristas y van en cierta medida unidas al desenvolvimiento del mismo, se estaría colocando a MSA en una posición de pre-

eminencia frente a cualquier otro participante en el concurso de iniciativas promovido para la elección del socio participante junto con la Entidad Local en la nueva sociedad de economía mixta que se constituyese, lo que muy previsiblemente determinaría la adjudicación del concurso a MSA.

En virtud de todo lo expuesto, este Centro Directivo considera procedente la formulación de las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. La limitación de la duración máxima de las empresas municipales de economía mixta constituidas con participación de MSA para la gestión de mercados mayoristas viene impuesta por la legislación de Régimen Local y de Contratación Administrativa aplicable a la gestión indirecta de los servicios públicos locales.

Segunda. Como primer grupo de soluciones al problema planteado, cabe señalar la modificación de las siguientes normas:

1. Artículo 157.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a fin de establecer, como plazo máximo de duración del contrato de gestión de servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, el de setenta y cinco años.

2. Artículos 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, 110.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril y 6.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el fin de que sea posible la suscripción de Convenios de Colaboración, y la subsiguiente constitución de Consorcios, entre las Entidades Locales y personas jurídico-privadas cuyo capital fuera íntegramente público y tuvieran la condición de entidades instrumentales de otra Administración Pública con fines concurrentes con las Entidades Locales.

3. Artículo 154.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en el sentido de incluir en la gestión directa, excluyéndolo, por tanto, del ámbito de la gestión indirecta, el supuesto de gestión de servicio público mediante sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de Administraciones Públicas con fines concurrentes, sea mediante participación directa de ellas, sea mediante participación indirecta de las mismas, y sometida al control único y exclusivo, bien que conjunto, de dichas Administraciones.

- 7 **Tercera.** Como segundo grupo o clase de soluciones cabe proponer, sin necesidad de modificar la legislación en vigor y de conformidad con la misma, la alteración de la configuración jurídica de MSA mediante su conversión en entidad pública empresarial o la extinción anticipada de los vigentes contratos de gestión de servicios públicos y de las correspondientes sociedades de economía mixta, todo ello en los términos indicados en el fundamento jurídico IV del presente informe.