



Revista Digital de Derecho Administrativo  
ISSN: 2145-2946  
Universidad Externado de Colombia

Carullo, Gherardo  
Contratos de la Administración Pública para la autoproducción de bienes y servicios:  
el caso europeo de las operaciones "internas" mediante *in house providing*  
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 15, 2016, pp. 61-81  
Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n15.05

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503859180005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto

# Contratos de la Administración Pública para la autoproducción de bienes y servicios: el caso europeo de las operaciones “internas” mediante *in house providing*

GHERARDO CARULLO<sup>1</sup>

## RESUMEN

El artículo se ocupa del tema del *in house*, un modelo de adjudicación original nacido en Europa como una excepción a la norma general de licitación para la adjudicación de contratos públicos. Después de una introducción preliminar sobre las razones que llevaron a la adopción, a nivel europeo, de las normas de contratación pública, se analizan específicamente los diversos requisitos del *in house*, tanto a la luz de la jurisprudencia existente del TJUE como en relación con las nuevas directivas sobre los contratos públicos. Se concluye proponiendo

1 Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad de Bolonia, Bolonia, Italia y LL.M. en Derecho de la Competencia, King's College of London, Londres, Reino Unido. Doctor en Derecho e investigador del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale de la Universidad de Milán, Milán, Italia. Su actividad de investigación cubre los temas de organización administrativa, servicios públicos, derecho de la competencia y derecho europeo. Correo-e: gherardo.carullo@unimi.it Fecha de recepción: 23 de noviembre de 2015. Fecha de modificación: 20 de abril de 2016. Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2016. Para citar el artículo: Carullo, G. (2016). Contratos de la Administración Pública para la autoproducción de bienes y servicios: el caso europeo de las operaciones “internas” mediante *in house providing*. *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 61-81. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n15.05>

una lectura del *in house* en consonancia con el contexto europeo, haciendo especial referencia a sus límites y finalidades.

**Palabras clave:** derecho administrativo, contrato administrativo, empresa pública, servicio público, propiedad pública.

## Public Procurement for Self-Production of Goods and Services: The European Example of In House Providing

### ABSTRACT

The article deals with the subject of in house providing, an original model of adjudication founded in Europe as an exception to the general rule of public tender for the award of public contracts. After a preliminary introduction of the reasons that led to the adoption, at a European level, of the rules on public procurement, the author analyses the various requirements for in house providing, both in light of existing case law from the European Court of Justice, and under the new EU Directives on Public Procurement. This paper concludes by proposing a reading of in house providing consistent with the recently emerged European legal framework, with particular regard to its role and limitations.

**Keywords:** Administrative Law, Administrative Contract, Public Sector, Public Service, Public Property.

### INTRODUCCIÓN

Con la firma del Tratado de Roma en 1957, que estableció la Comunidad Económica Europea, los Estados Contrayentes actuaron “decididos a asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos países, eliminando las barreras que dividen Europa [...] reconociendo que la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal”.

Por eso, uno de los principales objetivos perseguidos en esa etapa fue la creación de una zona de libre comercio, como fue confirmado por la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950, que fue la base de la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, donde leemos: “La creación de esa potente unidad de producción, abierta a todos los países que deseen participar en ella, proporcionará a todos los países a los que agrupe los elementos

fundamentales de la producción industrial en las mismas condiciones y sentará los cimientos reales de su unificación económica".

Como se puede imaginar, teniendo en cuenta estos objetivos tan ambiciosos, numerosas disciplinas de los Estados miembros fueron objeto de armonización por parte de la legislación europea (Cassese, 1995, *passim*; Guarino, 2012, p. 3).

Una de las materias que más ha sido objeto de armonización hasta ahora es la legislación sobre los procedimientos para la identificación de los contratistas de las Administraciones públicas. Es decir, un complejo de normas que rigen los procedimientos administrativos que ciertos sujetos de naturaleza esencialmente pública están obligados a seguir a fin de garantizar que la selección de la parte contratista —una entidad privada o pública— sea transparente y no discriminatoria.

La razón del interés europeo en el ámbito de los contratos públicos estaba clara desde el principio. De hecho, fue la Comisión Europea la primera en reconocer oficialmente que la contratación pública cubre una parte sustancial del PIB de los Estados miembros siendo que todavía se caracterizaba por la tendencia de las autoridades nacionales de firmar sus contratos con las empresas nacionales<sup>2</sup>. La Comisión también subrayó que la división de los mercados nacionales es una de las barreras más evidentes a la consecución de un verdadero mercado interior de la Unión Europea<sup>3</sup>.

En la Directiva 92/50/CEE<sup>4</sup>, la primera sobre el tema, se hizo evidente, por tanto, "que el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales" (considerandos 2 y 3 de la Directiva).

A través de los años, a los fines de la libre circulación de las empresas, se han sumado muchos otros, como aclararon expresamente también las últimas directivas en materia de contratos públicos<sup>5</sup>, donde se lee: "La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020<sup>[6]</sup>, como uno

2 Ver Libro Blanco de la Comisión sobre la realización del mercado interior (Milán, 28 a 29 junio 1985) COM (85) 310, junio de 1985, p. 81.

3 *Ibíd.*

4 Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209 de 24.7.1992, pp. 1/24).

5 Las últimas directivas sobre este tema son tres: 1) Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO L 94, 28.3.2014, pp. 1-64); 2) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94, 28.3.2014, pp. 65-242); 3) Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO L 94, 28.3.2014, pp. 243-374).

6 La Estrategia Europa 2020 está establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de

de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos"<sup>7</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha manifestado repetidas veces que "el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la libre circulación de las mercancías y los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros" (TJUE, 11/05/2006, C-340/04, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, apdo. 58).

En particular, el *in house* fue originalmente concebido esencialmente para evadir la obligación de abrir una licitación (Corso & Fares, 2009, para. 6), y solo gracias a la jurisprudencia del TJUE y, más recientemente, a las normas adoptadas por el legislador europeo, se ha convertido en una legítima excepción a la obligación de realizar una licitación. Así que, gracias al análisis de los requisitos que justifican el recurso *in house*, es posible hoy extraer indicaciones útiles para comprender hasta qué punto se puede hablar de autoproducción de bienes y servicios, o, al revés, cuándo hay que concluir que el contrato es concluido con una persona jurídica formal y sustancialmente distinta de la Administración.

## 1. NOTAS SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS PÚBLICOS DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

En primer lugar, hay que señalar que las normas europeas sobre la contratación pública solo se aplican en relación con los contratos públicos<sup>8</sup>, y no con los "*convenios interadministrativos*". Estos son negocios jurídicos diferentes de los contratos en cuanto "la vinculación jurídica entre las partes se da con el ánimo de obtener la realización de fines comunes a ambas partes" (Santos Rodríguez, 2009, p. 5), y que, en línea con la jurisprudencia europea ya existente<sup>9</sup>, han

marzo de 2010 titulada "Europa 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" ("Estrategia Europa 2020").

- 7 La cita está tomada de la Directiva 2014/24/UE, considerando 2. Aunque con diferencias léxicas de menor importancia, las tres directivas dictan normas sustancialmente iguales. Por esta razón, en el curso del artículo se hará referencia indistintamente a las tres.
- 8 Al principio, el legislador europeo había regulado sólo los contratos públicos de obras, y los contratos públicos de servicios y los contratos públicos de suministro. Después de una larga evolución, que abarca más de 30 años, en la actualidad el campo de aplicación de las normas europeas es, en cambio, muy amplio, incluyendo la mayoría de los contratos públicos, entre ellos las concesiones.
- 9 El TJUE, de hecho, señaló que un acuerdo entre las administraciones públicas puede quedar exento de la obligación de realizar una licitación pública si su objeto es el de establecer un

sido objeto de una normativa autónoma<sup>10</sup>, distinta de la que aquí interesa relativa al *in house*. Lo único que es importante subrayar aquí, por lo tanto, es que entre los contratos públicos y los "*convenios interadministrativos*" la diferencia no es tanto la naturaleza de las partes contratantes (pública o privada), sino más bien la naturaleza de los objetivos perseguidos (ibíd.).

Bajo este último aspecto, también hay que señalar que, en vista de la aplicación de las normas sobre los contratos públicos, es indiferente que la parte que contrata con la Administración sea una entidad privada o pública. Lo que importa es sólo que la Administración celebre un contrato con un tercero.

De hecho, uno de los principios fundamentales de la materia es que las normas sobre los contratos públicos se aplican sólo si la Administración decide —en virtud de las normas del derecho nacional— contratar con terceros. Recordando que, a los efectos del derecho de la Unión Europea, los terceros no son sólo los privados, sino también cualquier entidad, privada o pública, que tiene una personalidad jurídica propia, distinta de aquella de la Administración adjudicadora, siendo la única excepción a esta regla el caso del *in house* que tratamos. Así, por ejemplo, también una agencia pública, así como una sociedad pública local, debe ser calificada como tercera, lo que no es poco, si se piensa en el papel que tanto las agencias públicas (Boto, 2015, *passim*) como las sociedades públicas locales (Zárate, 2012, pp. 36-39) pueden tener en la gestión de los servicios públicos: también la adjudicación a una agencia pública o a una sociedad pública local, por lo tanto, se debería en teoría hacer a través de licitación, a menos que no recurra a una excepción a la aplicación de las directivas europeas sobre la contratación pública, tal como, precisamente, la del *in house*.

En esta perspectiva es importante recordar también que, en principio, las Administraciones públicas son siempre libres de elegir medios de autoproducción de los bienes y servicios de su competencia. De hecho, como recuerdan las directivas más recientes, el derecho europeo sobre contratación pública "debe entenderse sin perjuicio de la facultad de las autoridades nacionales, regionales y locales de establecer, encargar y financiar servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del TFUE y el Protocolo n.º 26 sobre los servicios de interés general anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE)" (considerando 5 de la Directiva 2014/24/UE).

De ello se desprende, por lo tanto, que cada vez que la Administración decide producir independientemente un servicio, y por tanto sin la firma de un contrato con terceros, no está ligada a ninguna obligación de selección

mecanismo de cooperación entre las autoridades públicas, y si tiene como meta garantizar el cumplimiento de una misión de servicio público común a estas autoridades (TJUE, 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11, Orden de Ingenieros de la Provincia de Lecce y otros, apdo. 34, y 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, Comisión/Alemania, apdo. 37).

10 Arts. 17, 12 y 28, apdo. 4, respectivamente, de las directivas 23, 24 y 25.

pública del contratista. Esta se debe hacer, lo que es bastante lógico, solo si hay un contrato con terceros, o al contrario no hay ninguna razón para poner en marcha un concurso público para seleccionar al contratista.

Partiendo de este supuesto, esto es, que una Administración no está obligada a llevar a cabo un procedimiento público cuando produce independientemente un servicio, Greco (1994, p. 1255-1256; 1995a, p. 1066; 1995b, p. 1299) se preguntó por qué hay que llevar a cabo una licitación para la selección del contratista cuando la Administración quiere confiar el servicio a su sociedad, dado que la Corte Italiana de Casación juzgó que no es necesaria ninguna licitación entre sociedades (públicas) de un mismo grupo sujeto al control de una sociedad (pública).

La respuesta a esa pregunta fue dada por el TJUE, por primera vez, en el famoso caso *Teckal* (sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98). En esa ocasión el Tribunal declaró que la legislación europea en el ámbito de los procedimientos públicos de licitación no se aplica cuando una entidad adjudicadora proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos cuando "el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate 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" (apdo. 50).

En resumen, entonces, de acuerdo con dicha sentencia los requisitos esenciales de esta figura jurídica son dos: (i) la existencia en la Administración contratante, con respecto a la sociedad a la que se confía, de un "control análogo" al que se ejerce sobre sus propios servicios; y (ii) la realización de la parte más importante de la actividad de la sociedad con la misma Administración controlante.

Después de la primera aproximación de los requisitos en el asunto *Teckal*, en el cual el *in house* fue definido en términos bastante vagos (Galetta, 2007, para. 3.2); (Marrama, 2008, p. 194), el TJUE ha aclarado progresivamente el contenido exacto de los mismos (ver, *ex multis*, sentencia de 7 de diciembre de 2000, asunto C-94/99, *ARGE*, apdo. 40, o sentencia de 10 de abril de 2008, asunto C-323/07, *Termoraggi*, párr. 26). Como frecuentemente ocurre en el derecho europeo (Chiti, 1991), la jurisprudencia europea ha tenido un papel clave en la cristalización de las características esenciales de la figura jurídica.

Finalmente intervinieron en este punto las nuevas directivas sobre contratación pública que, por primera vez, codificaron los "contratos públicos entre entidades del sector público". El legislador europeo prefirió no utilizar la expresión "*in house*" –en todo caso muy utilizada<sup>11</sup>–, por lo que no figura ni

11 Los contratos de este tipo se denominan normalmente, tanto en inglés como en las demás versiones (p. ej., en italiano, en francés, en alemán y en español), contratos "*in house*". También la doctrina española ha utilizado a menudo este término para referirse a las relacio-

en la versión en inglés ni en las versiones en los demás idiomas de las nuevas directivas<sup>12</sup>.

Además, se lee en las nuevas directivas que la excepción *in house* está subordinada a tres requisitos, habiendo separado el elemento de la participación privada del requisito general del control análogo. Esto se debe a una aclaración por parte del legislador que, como se dirá en breve, justifica la especial atención prestada a este aspecto. La diferencia, sin embargo, reside sólo en la forma, porque las condiciones en cuanto al elemento sustancial son esencialmente las mismas que ya había enumerado la jurisprudencia, con algunas excepciones que se explicarán más adelante.

Por esta razón, la jurisprudencia del Tribunal puede ser de gran ayuda para analizar las disposiciones de las nuevas directivas. En los siguientes párrafos vamos a analizar, por tanto, las condiciones que justifican esas operaciones "*internas*", es decir, las condiciones que, de acuerdo con la legislación europea, permiten a las administraciones públicas contratar directamente con un sujeto distinto de esta.

## 2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

### 2.1. EL REQUISITO DEL CONTROL ANÁLOGO

El primero de los requisitos establecidos en la sentencia en el asunto *Teckal*, denominado comúnmente "control análogo", requiere que el socio público sea capaz de ejercer una influencia decisiva sobre la sociedad, o sea, "un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios" (apdo. 50).

Desde la sentencia en el caso *Parking Brixen* (TJUE, Sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen*), el TJUE aclaró que debe haber índices adecuados de este control, para aclarar que, incluso en casos de una eventual participación totalitaria en el capital, es necesario que se ejerza un control y se asegure que la empresa no detente una autonomía importante frente al socio público<sup>13</sup>. Así, a pesar de que la opinión de la doctrina no siempre sea unánime

nes internas que son objeto del presente artículo (NOGUERA DE LA MUELA, 2010; PERNAS GARCÍA, 2009). Por lo tanto, en adelante se utilizarán indiferentemente las expresiones mencionadas, así como la expresión operaciones "*in house*".

12 Ver arts. 17, 12 y 28, respectivamente, de las directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE.

13 Ver *Parking Brixen*, en particular los párrafos 62 y en el que el Tribunal sostuvo que, a pesar de los accionistas públicos, en comparación con el margen de autonomía dada a la entidad concesionaria, "no cabe entender que la autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios" (apdo. 70). Más tarde el TJUE confirmó esta posición, *ex multis*, en la sentencia de 6 de abril de 2006 en el asunto C-410/04, *ANAV*.



(Gallo, 2005: para. 8), fue aclarado hace mucho tiempo a nivel europeo que la posesión de la totalidad del capital social es una condición necesaria pero no suficiente para considerar integrados los requisitos del *in house* (Acocella & Liguori, 2008, para. 4), por lo que el concepto de "control análogo" se ha convertido en un requisito "*más estricto*" (Di Giovanni, 2006, p. 244).

Y si bien se puede tener en cuenta la idea de que en el caso de entidades con accionista único puede ser más fácil de demostrar la existencia de los factores que componen el "control análogo" (Cavallo Perin & Casalini, 2006, para. 6), se necesita también un *quid pluris* para que exista una relación *in house*: los poderes ordinarios otorgados a cualquier accionista no son suficientes para integrar los requisitos del "control análogo". Es necesario que la Administración Pública pueda ejercer un poder más decisivo, que permita influir en las decisiones más importantes de la empresa. Para establecer si estos poderes pueden constituir un "control análogo" es necesario evaluarlos tanto cuantitativa como cualitativamente, en relación con las formas concretas en que el mismo se ejerce (Roversi Monaco, 2006, para. 4).

Para comprender qué tipo de control tiene que ejercitar la Administración Pública para poder integrar el requisito del "control análogo" puede ser útil recordar lo que sumariamente explicó el Abogado General (AG) Juliane Kokott, en sus conclusiones en el asunto *Parking Brixen*. En esta ocasión, el AG afirmó:

... el hecho de que la entidad adjudicadora posea una participación mayoritaria en el capital de su filial y el hecho de que dicha entidad ejerza la mayoría de los derechos de voto y nombre a la mayoría de los miembros de los órganos de esta empresa permiten [...] apreciar la existencia de un control en el sentido de las normas en materia de competencia y convertir a la filial en una empresa pública en el sentido del artículo 86 CE, apartado 1; ahora bien, estos elementos no bastan todavía para aceptar la existencia de un control más amplio análogo al ejercido sobre servicios propios (Conclusiones presentadas el 1 de marzo de 2005 en el asunto C-458/03, apdo. 52).

En cuanto a la condición del "control análogo", las nuevas directivas confirman la citada jurisprudencia del TJUE. Se puede descartar la obligación de proceder a una licitación pública cuando la Administración "ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios" (arts. 17, 12 y 28, apdo. 1, lit. a, respectivamente, de las directivas 23, 24 y 25). La norma sigue, con fórmula casi igual en las tres directivas, especificando que ese control puede considerarse integrado si el ente de pertenencia es capaz de ejercer una influencia determinante en los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

Una vez resumido el concepto de control análogo traspuesto en las nuevas directivas, hay que analizar el segundo requisito establecido por el TJUE y hoy positivizado en las nuevas directivas europeas.

## 2.2. PREVALENCIA DE LAS ACTIVIDADES

El segundo requisito fundamental de las operaciones "internas" mediante relación *in house* fue consagrado, como el primero, ya a partir de la sentencia *Teckal*, en la cual el Tribunal afirmó la necesidad de que la entidad controlada "realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan" (apdo. 50).

El debate jurídico se había desarrollado sobre todo en el sentido que debe darse al concepto de "prevalencia de las prestaciones". Por un lado se argumentó que se debe hacer referencia a un criterio fijo y predeterminado, mientras que, por otra parte, se alegó que la prevalencia se debe evaluar caso por caso. Interpretación interesante era la de que, en ausencia de indicaciones legislativas específicas, la prevalencia se debía identificar en el 80% de las ventas, en analogía con la definición de adjudicación directa a empresas asociadas contenida en el artículo 23, apartado 3, Directiva 2004/17/CE<sup>14</sup> (Caia, 2004, para. 5.3; Colombari, 2004: para. 7).

Sobre este punto, la intervención del TJUE no eliminó las dudas, ya que entre un criterio de tipo objetivo y predeterminado, y uno más flexible en comparación con las circunstancias concretas, los jueces de Luxemburgo prefieren la segunda opción, indicando la necesidad de considerar todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas (sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, apdos. 60 ss.). Aún más tomando en cuenta que esta solución fue criticada por la doctrina, según la cual el criterio de la calidad se revelaba así como un "*malentendido*" (Corso & Fares, 2009, para. 4).

En este sentido la intervención del legislador ha sido decisiva. Las nuevas directivas, en efecto, han acallado todas las dudas de interpretación, dictando explícitamente la necesidad "de que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador" (arts. 17, 12 y 28, apdo. 1, lit. b, respectivamente, de las directivas 23, 24 y 25).

Y parece razonable en esta perspectiva que haya que considerar solo las actividades efectivamente realizadas, y no todas las que están hipotéticamente contenidas en los estatutos de la sociedad (Cavallo Perin & Casalini, 2006, para. 4; Di Giovanni, 2006, p. 237).

Superadas las dudas en el aspecto cualitativo, sin embargo, sigue habiendo dudas sobre otros aspectos. Puede en primer lugar preguntarse si la base,

14 Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (DO L 134 de 30.4.2004, p. 1/113).

citada antes, para calcular el porcentaje también debe incluir las ventas de las filiales *sub participadas*, caracterizadas por una autonomía plena y efectiva, del sujeto controlado, o si es importante sólo el volumen de negocios del sujeto participado.

En este contexto, en primer lugar, se puede constatar que las nuevas directivas se limitan a exigir que el porcentaje del 80% debe calcularse en relación con las actividades que le han sido confiadas por la Administración controlante. Sobre este tema, hasta hoy no existe jurisprudencia europea ni normativa alguna que haya sugerido que sea necesario evaluar la prevalencia de la actividad teniendo en cuenta no sólo el balance del sujeto controlado, sino también el balance consolidado de este último. Por lo tanto, se podría imaginar que a un sujeto participado por una sociedad controlada, pero dotado de plena autonomía, no le afectará el volumen de negocios de la filial.

Este ajuste parece de hecho consistente con la *ratio* del límite impuesto a la empresa controlada de evitar que las entidades *in house* disfruten de una ventaja competitiva resultante de una relación directa sin licitación con la Administración. De hecho, el Tribunal ha aclarado exactamente que "[e]l requisito de que la persona de que se trate realice lo esencial de su actividad con el ente o los entes territoriales que la controlan tiene por objeto, en particular, garantizar que la Directiva 93/36 siga siendo aplicable en el caso de que una empresa controlada por uno o varios de estos entes opere en el mercado y pueda competir, por tanto, con otras empresas" (asunto *Carbotermo y Consorzio Alisei*, cit., apdo. 60; ver Roversi Monaco, 2006, para. 6).

Además, hay que recordar que, para garantizar que una entidad controlada por una Administración actúe en el mercado sin que esta última pueda favorecer su sociedad mediante prácticas de *leveraging* de esa ventaja competitiva, existen las normas sobre ayudas estatales: cualquier operación de la empresa controlada, a la que se adjudica directamente un contrato, sería ilegítima si no es conforme con el artículo 107 TFUE. Incluyendo, nótese, cualquier transferencia de medios, recursos o *know how* en condiciones más favorables que las del mercado (Carullo, 2013). Esto, por lo tanto, desde un punto de vista comunitario, se puede considerar suficiente para garantizar que la ventaja competitiva que disfruta una empresa *in house* no pueda ser usada únicamente en el mercado europeo.

Por lo tanto, se puede concluir que el volumen de negocios a tener en cuenta es sólo el del sujeto controlado, y no el de las otras participantes con autonomía plena y efectiva. En consecuencia, una incidencia más baja de los ingresos en relación con la prevalencia de la actividad, en comparación con el límite del 80% establecido por las nuevas directivas, no parece estar en contradicción con el marco europeo la creación de una sociedad, con plena autonomía e independencia con respecto al sujeto controlado, que, mediante la distribución al controlante (o controlantes) del sólo beneficio neto, pueda afectar lo menos posible el cálculo del volumen de negocios que excede el 80%.

No hace falta decir que un sujeto similar no sólo no debería tener el carácter de una participada *in house*, sino que no podría, de ninguna manera, ser adjudicador de contratos sin licitación. Si esto no fuera así, y luego la sub filial fuera a su vez un sujeto *in house*, controlado por la participada que se beneficia de asignaciones directas, la solución tendría que cambiar radicalmente. En ese caso sería necesario calcular el volumen de negocios del (primer) sujeto controlado, también incluyendo el de la sub filial controlada. De lo contrario, si fue excluida de la cuenta del volumen de negocios cualquier entidad controlada indirectamente, se acabaría con el permiso para escapar al requisito de la prevalencia de la actividad en la mayoría de los sujetos, ofreciendo así una herramienta útil para eludir los requisitos de la prevalencia de las actividades.

### 2.3. EL TERCER REQUISITO Y EL PROBLEMA DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA

El tercer requisito fijado por las directivas que resulta fundamental es la "tendencial" ausencia de capital privado en la estructura de la sociedad. Pero, antes de llegar al corazón de las disposiciones de la nueva normativa, ya desde esta primera afirmación emergen dos temas de especial interés.

En primer lugar, se puede observar la relevancia propia, la cual ya hemos mencionado, que el requisito ha obtenido en el ámbito legislativo. Antes la jurisprudencia siempre lo ha trazado a la hipótesis más general de control análogo, teniendo en cuenta que la presencia de los privados lo podría excluir.

En segundo lugar, y esto explica por qué el legislador consideró necesario definir más claramente el requisito, es muy significativo que ahora debamos decir "tendencial" ausencia de capital privado. En el pasado, la palabra que debió utilizarse era "absoluta". La jurisprudencia europea, de hecho, ha confirmado en repetidas ocasiones que en la estructura de una empresa controlada no pueden participar entidades privadas.

Desde la conocida y ya citada sentencia *Stadt Halle*, el TJUE había afirmado en particular que el requisito por el cual el control público requerido para que haya un control análogo sobre la entidad participada por una Administración no se puede satisfacer cuando entidades privadas participan en el capital de la empresa. En esa ocasión, la Corte declaró en particular que "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" (TJUE, 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apdo. 49). Posición también confirmada recientemente en relación con una asociación de utilidad pública sin fines de lucro (TJUE, 19 de junio de 2014, asunto C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal y TALES*, apdo. 44).

Esto se justifica porque, mientras a la participación pública corresponden (*rectius*, deberían corresponder) consideraciones y necesidades vinculadas a

objetivos de interés público, la inversión privada responde normalmente a una lógica privada. En consecuencia, la participación privada puede plantear un conflicto potencial y permanente de intereses con los intereses públicos que, viceversa, deberían ser subyacentes a las decisiones de la empresa controlada (*Stadt Halle*, cit., apdo. 50). De hecho, la doctrina ha señalado a este respecto que en el *in house* el ánimo de lucro es reemplazado por el desempeño de ciertas etapas del proceso productivo de los entes públicos (Astone, 2011, p. 332).

Este hecho ha encontrado también expresa confirmación en una reciente sentencia, en la que el TJUE ha disipado cualquier duda sobre el significado que se debe atribuir a la jurisprudencia *Stadt Halle*. En relación con un caso en el que el socio privado fue, en realidad, una asociación de utilidad pública sin fines de lucro, la Corte aclaró que la conclusión alcanzada en el anterior fallo *Stadt Halle* "no se basaba en la forma jurídica de las entidades privadas que forman parte de la entidad adjudicataria ni en la finalidad comercial de estas últimas, sino en el hecho de que tales entidades privadas obedecían a consideraciones propias de sus intereses privados, que eran de un carácter distinto al de los objetivos de interés público perseguidos por la entidad adjudicadora" (TJUE, 19/06/2014, asunto C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal y TALES*, p. 36).

En línea con esta orientación consolidada, también se estableció a nivel europeo la idea de que no puede ser calificada como interna una empresa cuyo capital, aunque sólo potencialmente, está abierto a la participación futura privada (sentencia de 6 de abril de 2006, asunto C-410/04, *ANAV*, apdos. 30-33). En esa ocasión, la Corte sostuvo que "si la sociedad concesionaria es una sociedad abierta al capital privado, aunque sólo sea parcialmente, esta circunstancia impide considerarla una entidad de gestión 'interna' de un servicio público en el ámbito de la entidad territorial a la que pertenece" (*ANAV*, puntos 30-32).

La *ratio* de esta última solución es fácil de identificar: si se aceptara la participación privada después de la firma del contrato, esencialmente equivaldría a eludir la prohibición, esto es, a la creación de una sociedad mixta público-privada sin ninguna licitación para la elección del contrayente privado, como confirma por supuesto la motivación de la sentencia *ANAV* citada (apdo. 30 en particular)<sup>15</sup>.

En cuanto a la verificación en concreto sobre la compatibilidad de las previsiones estatutarias de la sociedad sobre el tema de la posibilidad de que privados entren en el capital de la empresa *in house*, el TJUE afirmó en el caso *SEA* que "en una situación [...] en la que el capital de la sociedad adjudicataria es totalmente público y no hay ningún indicio concreto de una próxima apertura del capital de dicha sociedad a accionistas privados, la mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad no basta para

15 Cabe recordar que, en virtud del derecho europeo, la selección del socio privado en una sociedad mixta debe hacerse con licitación pública, como ha clarificado recientemente el TJUE en *Acoset* (15 de octubre de 2009, asunto C-196/08).

concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública" (TJUE, 10/09/2009, asunto C-573/07, apdos. 51 y 53).

Como se puede imaginar, un enfoque tan rígido no ha quedado exento de críticas, a partir de las conclusiones del Abogado General Christine Stix-Hackl presentadas el 23 de septiembre de 2004 en el mismo asunto *Stadt-Halle*. Afirmó que "la excepción establecida en la sentencia *Teckal* no se aplica únicamente a las sociedades propias, sino también a las sociedades mixtas público-privadas" (apdo. 70).

Se ha argumentado que la presencia de un privado, mediante el aporte de un elemento que conduzca a una diferenciación en el capital, no es suficiente para subvertir la formación normal de la voluntad social, sin embargo, a pesar de que todavía corresponde a la de la mayoría (Gallo, 2005, para. 8).

Pasando a las nuevas normas, estas han confirmado las directrices jurisprudenciales anteriores, proporcionando, como regla general, la prohibición de la participación directa de capital privado. Pero, al hacerlo, las nuevas reglas han introducido una excepción importante. Las nuevas disposiciones requieren "que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada" (arts. 17, 12 y 28, apdo. 1, lit. c, respectivamente de las directivas 23, 24 y 25).

En una perspectiva europea la excepción no es tan extraña, visto el razonamiento que sirvió al legislador europeo para adoptar esta disposición. Como se encuentra establecido en los considerandos de las directivas, "estas participaciones no perjudican la competencia entre operadores económicos privados"<sup>16</sup>.

Los requisitos establecidos por el legislador europeo, de hecho, no contradicen la jurisprudencia anterior, sobre todo cuando se tiene en cuenta la *ratio* establecida en el citado asunto *Stadt Halle*. En el caso de las operaciones "internas", es decir, donde es excepcionalmente permitida la participación de privados, se observa que el control debe permanecer de todos modos firmemente en cabeza de las autoridades públicas. En otras palabras, que los estrictos requisitos entre los cuales se admite hoy la participación de privados en una entidad *in house*, han de garantizar que todas las decisiones más importantes sean tomadas por la Administración Pública. Por consiguiente, se trata de garantizar que los objetivos sociales estén vinculados a objetivos de interés público, y que los privados, por el contrario, no puedan influir en la gestión o en la *governance* de la empresa.

16 V. el considerando 32, apartado 2, respectivamente de las directivas 23 y 24. A pesar de la omisión, parece que el considerando, dada la identidad de las normas, puede aplicarse también en relación con la Directiva 25.

## 2.4. OPERACIONES "INTERNAS" INDIRECTAS, HORIZONTALES E INVERSAS

Entre los aspectos más interesantes de la nueva normativa hay también algunas disposiciones que permiten ejercitar el control análogo siguiendo esquemas societarios particulares, de tal manera que se puede hablar de operaciones "internas" "indirectas", "horizontales" e "inversas".

En cuanto al primer término, es decir, en relación con la posibilidad de configurar una relación "interna" indirecta, se alude a la posibilidad de que el control análogo también pueda ser ejercido por medio de una entidad controlada. Como cuestión no es poca cosa, ya que la solución a este tema determina la posibilidad, o no, de admitir esquemas empresariales empleados para la constitución de una persona jurídica a través de un *holding* de otras empresas controladas.

La cuestión, sin embargo, no es obvia, ya que sobre este punto, hasta la fecha, no había habido una jurisprudencia suficientemente clara para disipar cualquier duda. El TJUE había considerado admisible una estructura interna indirecta, pero en términos que no eran absolutamente definitivos. Había meramente afirmado que no se puede excluir a priori que el control puede ejercerse no sólo de manera directa, sino también indirecta a través de entidades, a su vez, en parte participadas por la Administración Pública<sup>17</sup>.

A la luz del nuevo paquete de directivas relativas a los contratos públicos, se puede decir que este problema está básicamente resuelto. Las nuevas normas han confirmado expresamente que el control análogo puede ser ejercido de manera directa o indirecta a través de una persona jurídica diferente, que está controlada en el mismo modo por la Administración (arts. 17, 12 y 28, apdo. 1 segunda parte, respectivamente, de las directivas 23, 24 y 25).

Las nuevas normas, además, han hecho elegibles también dos formas adicionales de operaciones, que ya hemos recordado con las expresiones de operaciones "internas" "horizontales" e "inversas".

En relación con las operaciones "internas" horizontales, cabe decir en primer lugar que parece más correcto calificarlas como "cruzadas". El término *horizontal*, de hecho, recuerda una especie de relación de igualdad entre los sujetos. En efecto, la relación horizontal en este caso puede existir sólo si ambas partes se someten a un control análogo de un tercero. Por lo tanto, más que una relación horizontal, de hecho, aparece como una conexión cruzada que tiene que pasar por el control análogo del ente controlante.

De todos modos, en la doctrina ya se había preguntado si, en las relaciones entre unos sujetos públicos, son posibles asignaciones directas, como ya se

17 En este respecto, ver TJUE, 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, apdo. 39, donde leemos que "según las circunstancias del caso, la intervención de un intermediario de este tipo puede debilitar el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital".



había permitido en el ámbito de las operaciones intra grupo<sup>18</sup>, pero sobre este punto nunca había intervenido el TJUE con una respuesta definitiva<sup>19</sup>.

Sin embargo, las nuevas normas han hecho posible una relación "interna" sin licitación entre las entidades controladas (directamente) por la misma Administración. La disposición sin duda hace eco a lo que ya había dispuesto el artículo 63 de la Directiva 2004/18/CE en relación con la adjudicación de las concesiones de obras públicas<sup>20</sup>. Pero con la diferencia sustancial de que, en la versión de las nuevas normas, la excepción es aplicable a cualquier tipo de relación entre entidades sujetas a control análogo, con independencia de la calificación subjetiva de las mismas y del objeto del contrato, dada la general predicción de la excepción en las tres directivas.

En el segundo aspecto, y por lo tanto, como parte de lo que se puede definir como *in house* inverso, el legislador, con una disposición ciertamente coherente con la lógica del instituto, ha reconocido de manera expresa la posibilidad de adjudicaciones directas por la sociedad *in house* a la Administración controlante (arts. 17, 12 y 28, apdo. 2, respectivamente, de las directivas 23, 24 y 25). Esto parece perfectamente lógico en cuanto esta relación permanece en el ámbito de los contratos internos a la Administración. De hecho, una vez que se ha reconocido que el contrato de *in house* adjudicado por la Administración no requiere una licitación pública porque solo es una relación "interna" (adjudicación descendente), no habría ninguna razón para no hacer lo mismo con respecto a la relación ascendente en la cual es la sociedad *in house* la que va a adjudicar el contrato a la Administración controlante.

18 Ver, por todos, HAUSMANN & QUEISNER (2013, p. 232), quienes señalan: "*after the ruling in the Teckal case, it was initially unclear whether the criterion of 'similar control' was to be defined more strictly than, for example, the concept of control under corporate law, as referred to in the Utilities Directive with regard to the intra-group exception for contracts between affiliated group companies*".

19 Como se confirma en el asunto *Datenlotsen Informationssysteme*, en el que órgano jurisdiccional remitente "observa que la cuestión, vivamente debatida por la doctrina a nivel nacional, de si a la adjudicación de contrato que se enmarca en una relación entre tres personas, calificada como 'operación interna horizontal', puede aplicársele la jurisprudencia establecida en la sentencia *Teckal* (EU:C:1999:562), no ha sido hasta ahora objeto de la jurisprudencia del TJUE" (apdo. 16). Pero incluso en ese caso, que, además, se refería a un caso de *in house* intermunicipal, la Corte ha explícitamente dado una solución al problema, puesto que ha descartado la existencia de un control análogo sobre una de las entidades de la relación trilateral.

20 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 (DO L 134 de 30.4.2004, p. 114/240). El apartado 2 del artículo establecía que no se consideran "terceros aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión ni las empresas vinculadas a ellas". Y, como por el *in house*, si la empresa no es considerada tercera, esto significa que es posible la adjudicación directa sin licitación pública.



En esencia, por lo tanto, las relaciones entre las Administraciones y sus filiales son posibles sin licitación, mientras sean dentro del mismo control público. Por lo tanto las nuevas normas acercan en algunos aspectos la figura del *in house* a la de las operaciones intra grupo, por las cuales se había inspirado la configuración doctrinal que recordó la teoría del órgano indirecto al configurar una primera aproximación de los que fueron después calificados como relaciones *in house* (Greco, 1994).

## 2.5. ASOCIACIÓN ENTRE VARIAS ADMINISTRACIONES EN LA MISMA EMPRESA Y OPERACIONES "INTERNAS"

El TJUE ha aclarado desde hace tiempo que es posible proceder a una adjudicación sin licitación incluso cuando la empresa tiene participaciones de varias Administraciones, siempre, por supuesto, que concurren los requisitos del "control análogo" y de la "prevalencia de las actividades".

De hecho, la Corte ha aclarado que "el requisito sentado por la jurisprudencia del TJUE [...] se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión" (TJUE, 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord*, apdo. 33<sup>[21]</sup>).

Teniendo en cuenta este requisito, cabe preguntarse si también una participación particularmente pequeña pueda integrar el requisito. Inicialmente, la Corte, en el caso *Coname*<sup>22</sup>, había excluido esta posibilidad. Pero poco después el mismo tribunal tomó una posición más abierta en el asunto *Coditel Brabant*<sup>23</sup> y, finalmente, admitió la posibilidad de que exista el "control análogo" también en caso de participaciones muy exiguas en la sentencia *SEA*. En este caso el tribunal estableció:

... el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios [...] cuando: – la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y – a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una

21 Es, sin embargo, una solución ampliamente compartida por la jurisprudencia posterior: ver la sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *SEA*, apdos. 81 a 86, y sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Brabant*, apdo. 46.

22 TJUE, 21 de julio de 2005, asunto C-231/03.

23 Allí leemos que la posibilidad de permitir muy pequeñas participadas "no resulta inválida por la sentencia *Coname*, antes citada. Es cierto que en ella el TJUE consideró que una participación del 0,97% es tan pequeña que no permite que un municipio controle al concesionario que gestiona un servicio público [...]. Sin embargo, en ese pasaje de la mencionada sentencia, el TJUE no examinaba si dicho control podía ejercerse conjuntamente" (apdo. 52).

influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (apdo. 90).

Las nuevas directivas han implementado sustancialmente esta jurisprudencia, confirmando con ello la posibilidad de adjudicación directa mediante *in house*. En otras palabras, se ha confirmado que se pueden realizar operaciones "internas" también entre varias Administraciones y empresas participadas por estas.

Sólo que, al hacerlo, el legislador ha regulado esta hipótesis con disposiciones específicas, en parte autónomas respecto a las que hemos analizado hasta ahora por el caso del *in house* "soltero", o sea, el *in house* en que la sociedad está participada por una sola Administración. La diferencia es particularmente interesante por cuanto en el *in house* intercomunal faltan normas como aquellas previstas por el *in house* "soltero" analizadas en el párrafo precedente que hicieron posible hablar de relaciones horizontales, indirectas e inversas (arts. 17, 12 y 28, apdo. 3, respectivamente, de las directivas 23, 24 y 25).

La omisión no parece casual, ni parecería implicar la voluntad del legislador de hacer referencia implícita a las disposiciones anteriores. Al regular los requisitos del *in house* intercomunal el legislador europeo no se limitó a una mera referencia a los apartados antecedentes, como si el *in house* "soltero" fuera el modelo "básico" de referencia. Por el contrario, el apartado tres de los artículos de las nuevas directivas que reglamentan el *in house* intercomunal dicta una disciplina completa y autónoma en relación con todos los requisitos, definiendo el contenido específico de cada uno de ellos.

Estamos en frente, por lo tanto, a una disciplina rigurosa e independiente, que debe tomar nota de que el legislador no reproduce deliberadamente algunas disposiciones que están en los párrafos anteriores, en particular en el *in house*. En la perspectiva europea, todavía queda como una excepción a la general "regla de la licitación".

El hecho de que las disposiciones dictadas por el *in house* "soltero" no se puedan aplicar al *in house* intercomunal ha sido recientemente confirmado también por el Abogado General Paolo Mengozzi, según el cual "la condición de que el contrato sea la expresión de una voluntad única sólo puede cumplirse en el caso de que las dos entidades que lo celebran estén controladas con carácter exclusivo por la misma autoridad pública" (conclusiones presentadas el 23 de enero 2014, en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, apdo. 44). En la motivación de esta posición es muy interesante notar que el Abogado General ha subrayado que esta solución parece preferible en cuanto, en caso de control análogo indirecto, horizontal o reverso, solo en caso de participación soltera se puede asegurar que las actividades de la sociedad sean expresión de "las funciones de interés público que le incumben mediante instrumentos propios" (ibíd.).

Una vez más, por lo tanto, aparece fundamental y central el hecho de que sea garantizado el cumplimiento del interés público, como elemento esencial

para poder considerar como "interna" una operación realizada por una Administración Pública a través de unas empresas bajo su control.

## OBSERVACIONES FINALES: LOS REQUISITOS DEL *IN HOUSE* COMO MARCO DEL LÍMITE DE LA ESFERA DE CONTROL PÚBLICO

De lo anterior se desprende, entonces, que un requisito fundamental del *in house* es que se realice una verdadera autoproducción. Lo que significa que, sin importar si las actividades son ejercitadas a través de una sociedad anónima u otra entidad, es la Administración pública la que dirige las operaciones más importantes, para garantizar el cumplimiento del interés público. Esto, como es evidente, es más que suficiente para desviarse significativamente de la relación habitual que normalmente existe entre las empresas, los directores y los accionistas. Hasta el punto de que, según muchos, esto determina graves problemas de compatibilidad con la forma legal de la sociedad anónima (Greco, 1995b, p. 1286; Bassi, 2009, para. 3, 5).

En consecuencia, cuando la Administración opta por este modelo, tendrá que considerar en primer lugar que la sociedad *in house* va a permanecer bajo su control y, por lo tanto, las decisiones de gestión más importantes, a diferencia de lo que ocurriría en una participación normal en una empresa, permanecen todavía en cabeza de la misma Administración.

Pero con la carga adicional de que dicho control no se ejerce sobre una estructura realmente "interna", sino mediante lo que se ha definido como "órgano indirecto" (Greco, 1995b), que pertenece a un plexo organizativo diferente dotado de personalidad jurídica propia y, por tanto, de estructuras propias y de sus propias reglas de funcionamiento.

En la perspectiva europea, las disposiciones sobre las operaciones "internas" solamente representan una excepción a la obligación general de respetar los procedimientos públicos de selección de los contratistas de la Administración Pública. Lo ha confirmado repetidamente el TJUE, a partir del asunto *Teckal*, y luego en el caso *Stadt Halle* (apdo. 46). En particular, en este sentido, es muy clara la sentencia *Parking Brixen*, donde leemos que el *in house* "se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario" (apdo. 63; ver también *Datenlotsen Informationssysteme*, apdo. 23).

Confirma esta posición también el hecho de que el legislador ha incluido las normas que han reglamentado el *in house* en las nuevas directivas, en la sección "Exclusiones" y no en el artículo dedicado a las "Definiciones"<sup>24</sup>.

24 A diferencia de lo que ocurre con el *in house*, de hecho, la definición de "Organismo de Derecho público" y de "empresa pública" —que dictan una definición sustantiva de Administración Pública— está contenida en el artículo 2, dedicado a las "Definiciones".

En otras palabras, el que la Administración se desarrolle a través de formas de organización públicas o empresas privadas no importa. Lo que es crucial, por lo que realmente se puede hablar de la internalización, es que el agente está en esencia controlado por la Administración. Eso no es poco, especialmente en relación con los servicios de particular complejidad. El modelo *in house*, si se entiende correctamente en estos términos, podría no ser factible incluso para la incapacidad de la Administración de tomar las decisiones de gestión y comerciales que se requieren en concreto.

Se puede por lo tanto concluir que la intención del legislador europeo no ha sido la de introducir una nueva definición de una fórmula organizativa de relevancia europea, como ocurrió con el "Organismo de Derecho público" o la "empresa pública", sino solamente la de individuar el límite del control público en relación con la obligación de licitación pública. Esto significa que, desde una perspectiva europea, el modelo *in house* sólo define la extensión máxima de las estructuras sobre las que la Administración puede –y debe, en caso de adjudicación directa– ejercer su poder, como si fuera, de hecho, un órgano indirecto.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOCELLA, C. e LIGUORI, F. (2008). Questioni (vere e false) in tema di società miste e *in house* dopo la pronuncia della Plenaria. *Foro Amministrativo C.d.S.*, (3), p. 756.
- ASTONE, F. (2011). La nuova funzione degli statuti nelle società "*in house*". *Amministrare*, (3), 329-340. <http://doi.org/10.1442/36229>
- BASSI, G. (2009). Le determinanti del controllo analogo in forma collettiva nell'istituto dell'*in house providing*. *Rivista trimestrale degli appalti*, (2), p. 407.
- BOTO, A. (2015). La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro en una España en crisis. *Revista digital de Derecho Administrativo*, o(13), pp. 45-61.
- CAIA, G. (2004). Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali. *Giustizia-Amministrativa.it*.
- CARULLO, G. (2013). State Resources in the Case Law: Imputability Under an Organizational Perspective. *European State Aid Law Quarterly*, (3), p. 453.
- CASSESE, S. (1995). *La nuova Costituzione Economica*. Roma-Bari: Laterza.
- CAVALLO PERIN, R. e CASALINI, D. (2006). *L'in house providing: un'impresa dimezzata*. *Diritto amministrativo*, (1), p. 51.

- CHITI, M. P. (1991). I Signori del diritto comunitario. La Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo. *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, (3), p. 796.
- COLOMBARI, S. (2004). Delegazione interorganica ovvero *in house providing* nei servizi pubblici locali. *Foro Amministrativo C.d.S.*, (4), p. 1136.
- CORSO, G. e FARES, G. (2009). Crepuscolo dell'"*in house*"? *Foro Italiano*, (I), p. 1319.
- DI GIOVANNI, A. (2006). L'attuale regime delle società *in house providing*. *Rivista amministrativa degli appalti*, (3), p. 229.
- GALETTA, D.-U. (2007). Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed *in house providing* nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale. *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, (1), p. 17.
- GALLO, C. E. (2005). Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza. *Diritto amministrativo*, (2), p. 327.
- GRECO, G. (1994). La partecipazione di una *holding* al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.a. a capitale pubblico. *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, (6), p. 1252.
- GRECO, G. (1995a). Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso. *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, (5), p. 1062.
- GRECO, G. (1995b). Gli appalti pubblici di servizi. *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, (6), p. 1285.
- GUARINO, G. (2012). Un saggio di verità sull'Europa e sull'Euro. *Giusepeguarino.it*.
- HAUSMANN, F. L. e QUEISNER, G. (2013). In-House Contracts and Inter-Municipal Cooperation - Exceptions from the European Union Procurement Law Should be Applied with Caution. *European Procurement & Public Private Partnership Law*, (3), p. 231.
- MARRAMA, D. (2008). La Plenaria nicchia su *in house providing* e società miste. *Gazzetta Forense*, (2), p. 101.
- NOGUERA DE LA MUELA, B. (2010). Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria. *Revista de Administración Pública*, (182), p. 159.
- PERNAS GARCÍA, J. (2009). La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización progresiva del criterio del "control análogo". Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008. *Contratación Administrativa Práctica*, (87), p. 47.

ROVERSI MONACO, M. G. (2006). I caratteri delle gestioni *in house*. *Giornale di Diritto amministrativo*, (12), p. 1371.

SANTOS RODRÍGUEZ, J. E. (2009). Consideración sobre los contratos y convenios interadministrativos. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (1). Tomado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2592>

ZÁRATE, A. (2012). La cláusula general de competencia de los entes territoriales en materia económica. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (7), pp. 11-43.