

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

**Rollo de apelación nº 50/2020**

**SENTENCIA Nº 1774/2021**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente**

**DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS**

**Magistrados**

**DON EDUARDO PARICIO RALLO**

**DOÑA ELSA PUIG MUÑOZ**

En la ciudad de Barcelona, a 22 de abril de 2021.

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA)** ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el Rollo de Apelación nº 50/2020, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE OLOST, representado por el Procurador de los Tribunales D. Jordi Fontquerni Bas y defendido por Letrada, y asimismo por el CONSORCI PER A LA GESTIÓ INTEGRAL DE L'AIGUA A CATALUNYA (CONGIAC) y por la Sociedad GESTIÓ INTEGRAL D'AIGUES DE CATALUNYA SA (GIACSA), representados por el Procurador de los Tribunales D. Angel Quemada Cuatrecases y defendidos por Letrado.

Es parte apelada la SOCIEDAD REGIONAL DE ABASTECIMIENTO DE AGUAS SAU (SOREA), representada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio López Chocarro y defendida por Letrado.

Ha sido Ponente el Magistrado D. José Manuel de Soler Bigas, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** - En el recurso contencioso-administrativo nº 231/2016, seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Barcelona, a instancias de SOREA aquí apelada, frente al AYUNTAMIENTO DE OLOST, la entidad CONGIAC y la Sociedad GIACSA demandadas y apelantes, se dictó Sentencia en fecha 8 de noviembre de 2017, estimatoria del recurso contencioso interpuesto.

**SEGUNDO** - Contra a la referida Sentencia se formuló recurso de apelación por las partes demandada y codemandadas, que fueron admitidos a trámite, con traslado a la parte actora, que evacuó escritos oponiéndose a dichos recursos.

**TERCERO** - Elevadas las actuaciones a la Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, no habiéndose practicado prueba en esta alzada, se señaló fecha para deliberación, votación y fallo del recurso.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** - 1) Constituye el objeto del proceso, la impugnación por la actora y apelada SOREA de la confirmación por la Junta de Govern Local del Ayuntamiento de Olost, en sesión de fecha 17 de junio de 2016 y en vía de recurso de reposición, de los acuerdos adoptados por el mismo órgano en sesión de fecha 5 de abril de 2016, del siguiente tenor en su parte bastante:

*“Primer.- Encomanar a GIACSA, en forma de gestió integral, l’execució de les obres de “Ampliació de la xarxa d’Olost al Carrer Montseny i Disseminat de la Campa”, per sí mateixa o mitjançant contractació de tercers.*

*Segon.- (Siendo el) Pressupost d’execució per contracte: 75.454,25 EUR...*

*Tercer.- Aquesta encomana tindrà eficàcia a partir del dia següent al de la seva publicació en el (BOPB), i tindrà una vigència de dotze mesos...*

*Quart.- El pagament l’efectuarà l’Ajuntament d’Olost a GIACSA, prèvia presentació de les certificacions corresponents a les actuacions realitzades...*

*Cinqué.- La comunicació de l’Administració a GIACSA de la present encomana, suposarà l’ordre per iniciar les obres que s’efectuarà sota la supervisió d’un tècnic designat per l’Ajuntament...*

*Sisé.- Aquesta encomana no suposa, en cap cas, la cessió de la titularitat de la competència ni dels elements substantius del seu exercici i és responsabilitat de l’òrgan competent de l’Ajuntament d’Olost, de dictar aquells actes o resolucions de caràcter jurídic-administratiu que donin suport a l’activitat material i tècnica objecte d’encomana o en els quals s’integri la dita activitat”.*

**SEGUNDO** - 1) El Ayuntamiento de Olost sostiene en el proceso, y lo reitera por ende en su recurso de apelación, que *“ha venido prestando el servicio de agua potable a través de gestión directa desde su establecimiento como servicio público”,* y que *“la encomienda de gestión objeto de impugnación se produce en el ámbito de la gestión directa asociativa”.*

Y ello, *“a través del consorcio CONGIAC”,* al que se adhirió en fecha 4 de abril de 2013 (fol. 8 del expediente administrativo 1/13), integrado por 15 Ayuntamientos (art. 1.1 de sus Estatutos, fol. 504 de los autos de 1ª instancia).

Así las cosas, sostiene en su recurso de apelación, *“El consorcio para la consecución de sus fines dispone de un ente instrumental, que es la Sociedad pública GIACSA”, que tendría “la condición de medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento de Olost”.*

La titularidad del capital social de GIACSA, a tenor de certificado emitido por su Gerente (fol. 510 de los autos de 1ª instancia), se distribuye entre el Consorcio CONGIAC (41,529 % de las acciones), y Aigües de Mataró SA, Aigües de Manresa SA, Aigües de Reus SA, Aigües del Prat SA y Aigües de Vilafranca SA (11,694 % de las acciones, cada una de ellas).

2) Lo cierto es que, según resulta del expediente administrativo 18/2016, la codemandada GIACSA, no llevó a cabo por sí misma las obras objeto de la encomienda, sino que actuó como intermediaria, promoviendo un procedimiento negociado sin publicidad y seleccionando, entre tres empresas invitadas, a CONSTRUCTORA DE CALAF SAU, con la que suscribió un *“Contracte d’Obres”*, en fecha 26 de abril de 2016 (fol. 18 de dicho expediente).

No consta ni se justifica que concurrieran en el caso los requisitos que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TR de la Ley de Contratos del Sector Público, aplicable por razones temporales, contempla para que resulte procedente el procedimiento negociado (arts. 169 a 178 TRLCSP), frente al procedimiento abierto, en el que *“todo empresario interesado podrá presentar una proposición”* (art. 157 TRLCSP).

3) La Sentencia apelada, dictada por el Juzgado a quo en fecha 8 de noviembre de 2017, estimó el recurso contencioso interpuesto por la actora y apelada SOREA, y anuló en el fallo las resoluciones impugnadas.

En lo que se refiere a la causa de inadmisibilidad del recurso en la que todavía insisten las partes demandada y codemandadas en sus respectivos recursos de apelación, a saber, la supuesta falta de legitimación activa de SOREA, se razona en el FJ 3º de aquella que *“la actora se dedica al sector en el que se ha producido la encomienda de gestión del servicio público”.*

Y *“Ese solo dato permite desestimar la causa de inadmisibilidad alegada, por cuanto la actora no pudo ser licitadora en una licitación que no se produjo y que, precisamente por ello, es por lo que impugna los acuerdos municipales objeto del presente recurso”.*

En cuanto a la cuestión de fondo, la Sentencia apelada examina las circunstancias concurrentes en la encomienda de gestión impugnada, y concluye (FJ 6º) en que *“la entidad mercantil a quien se han encomendado las obras no puede ser considerada ni una forma de gestión directa de un servicio ni tampoco puede considerarse un medio propio, en el sentido de la normativa sobre contratación...(por lo que) el presente recurso...debe ser estimado, con anulación de las resoluciones impugnadas”.*

**TERCERO** - 1) Formulados por las representaciones procesales del Ayuntamiento de Olost, por una parte, y de CONGIAC y GIACSA por otra, recursos de apelación contra la referida Sentencia, esta Sala y Sección, mediante Sentencia dictada en fecha 21 de septiembre de 2020, nº 3661/2020, rec. 107/2018, se ha pronunciado sobre hechos de similar naturaleza a los que aquí se examinan.

Se reseñó en el Antecedente 1º de dicha Sentencia que:

*“En el procedimiento ordinario nº 119/2016, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Barcelona, se dictó Sentencia que inadmitía el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Collbató de 21 de marzo de 2016 por el que se desestiman las alegaciones de la recurrente en impugnación de los Acuerdos del Pleno de 1 de febrero de 2016 de aprobación de la forma de gestión directa del servicio de suministro de agua potable en el municipio de Collbató, la adhesión del municipio al CONGIAC y la encomienda de la gestión a GIACSA”.*

Como quiera que el tamaño del Ayuntamiento de Collbató (en torno a 4.500 habitantes), no presenta diferencias en cuanto al régimen jurídico aplicable en el caso respecto del Ayuntamiento de Olost (en torno a 1.200 habitantes), las conclusiones alcanzadas en la Sentencia de fecha 21 de septiembre de 2020 resultan plenamente trasladables al presente recurso.

2) Invocada allí como aquí la falta de legitimación activa de la actora en ambos procesos SOREA, se razonó en esta última Sentencia lo siguiente.

FJ 1º: ***“...La sentencia declara la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la entidad SOREA al no apreciar la concurrencia de interés legítimo.***

*En el escrito de interposición, se esgrime, como primer motivo de impugnación, que la actora tiene una indiscutible legitimación activa para interponer el recurso contencioso-administrativo y que se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a lo que se oponen las partes demandadas.*

*De la estimación de este motivo de apelación depende que se entre a conocer del fondo del asunto, conforme al art. 85.10 de la LJCA, por lo que, dada la complejidad del caso, se examinará en primer lugar si el recurso es o no admisible, para posteriormente plantear los términos del debate procesal en caso de que se estimara que el recurso debe ser admitido”.*

FJ 2º: *“Examen de la inadmisibilidad decretada en sentencia por falta de legitimación activa : La sentencia recurrida entiende que no hay legitimación activa por cuanto que el Ayuntamiento tiene potestad autoorganizativa para decidir la forma de gestión del servicio y ello queda fuera de la esfera jurídica de intereses de la parte actora por cuanto que el servicio que prestaba al Ayuntamiento había finalizado el 31 de diciembre de 2015.*

*...Aquí no cabe confundir lo que son las potestades autoorganizativas del Ayuntamiento a la hora de definir el modo de gestión del servicio, con la existencia*

*de una especie de zona inmune a la impugnación jurisdiccional con base a la intangibilidad de dichas potestades, de manera que **el interés competitivo o de mercado de la actora alcanza a la impugnación de esta decisión que supone una excepción a la licitación, al acordarse un sistema de gestión directa con contratación "in house" o por medio propio.***

*Debemos recordar la doctrina sobre el derecho de acceso al proceso contencioso administrativo, que se institucionaliza desde la perspectiva de la legitimación en el artículo 19 de la LJCA, facultando su ejercicio a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo. Este concepto de interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el citado artículo 19 LJCA, debe interpretarse a la luz del principio pro actione que tutela el artículo 24 de la CE (STC 45/2004, de 23 de marzo), como equivalente a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. La doctrina constitucional remarca que el derecho a la tutela judicial efectiva está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 73/2004, de 22 de abril y 226/2006, de 17 de julio, entre otras).*

*En la misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. por todas STS 15 de marzo de 2016 (RC 3968/2013) expresa, con cita de la STC 30/2004, de 4 de marzo, la conexión del derecho a la tutela judicial efectiva como contenido esencial primario el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, imponiendo al juez, para garantizar la concretización expansiva de este derecho fundamental, una interpretación razonable y no arbitraria de los presupuestos y cláusulas procesales que no suponga una aplicación rigorista, excesivamente formal, o desproporcionada en relación con los fines que preserva el proceso.*

*Como se ha reiterado por esta Sala y Sección, esta línea expansiva se aprecia singularmente en determinadas materias en que está comprometido especialmente el interés público, como es la de contratación pública o el derecho a la competencia, en el que **también concurre el interés de los competidores y la necesaria observancia del principio de libre concurrencia y transparencia**, con el consecuente reforzamiento de los mecanismos de control de las decisiones que se enmarcan en el ámbito de la contratación pública, de lo que se deriva una apreciación flexible de las condiciones de acceso al proceso y que deba interpretarse con amplitud el concepto de interés legítimo exigido normativamente como condición de acceso al proceso **cuando se impugnan actos relacionados con la contratación pública, aunque sean indirectamente, como en el caso, pues el sistema de gestión directa aprobado aplica normas de contratación pública sobre el encargo a medios propios y puede incidir en el principio de libre competencia.***

*En consecuencia, **existe un interés legítimo de la actora en tanto que empresa que opera en el sector del agua...**por lo cual aparece como interesada para impugnar los acuerdos municipales que tienen como consecuencia que la actividad*

*económica que hasta el momento se desarrollaba en el mercado sea objeto de adjudicación directa por encargo a medios propios.*

*No es aceptable el argumento de la sentencia de instancia para rechazar la legitimación cuando se indica que una eventual estimación del recurso no garantizaría la gestión indirecta a través de concesión. En efecto, **una eventual anulación no condiciona al Ayuntamiento a adoptar uno u otro modo de gestión, pues solo le obligaría a descartar el concreto sistema de gestión declarado ilícito, pero ello no se puede convertir en argumento para negar la legitimación** desde el momento en que abre la posibilidad de que el servicio se oferte al mercado...En este punto, debemos subrayar que **este tipo de fundamentaciones constriñen el concepto de interés legítimo y no hacen sino crear zonas de inmunidad jurisdiccional no compatibles con los principios constitucionales sobre el control de la actividad administrativa**, así como con los derechos fundamentales, singularmente el de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.*

*Desde esta perspectiva se cumplen los requisitos de legitimación del art. 19.a) de la LJCA que sustentan la pretensión anulatoria de los Acuerdos impugnados, de acuerdo a lo establecido en el art. 31.1 de la LJCA”.*

3) Resta añadir, que cuanto antecede es acorde con la doctrina general sobre el concepto de legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso (STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3º; STS, Sala 3ª, de 20 de julio de 2005, rec. 2037/2002, FJ 3º).

Y en particular, resulta de aplicación al caso la doctrina que deriva de la STC de 13 de octubre de 2008, nº 119/2008, FJ 5º; y STC de 10 de noviembre de 2008, nº 144/2008, FJ 5º.

**CUARTO** - En lo que se refiere al fondo del asunto, se razonó en la Sentencia dictada en fecha 21 de septiembre de 2020 lo siguiente.

FJ 3º: “...La parte actora plantea en síntesis los siguientes motivos de impugnación : ...3) los acuerdos impugnados son inválidos porque **el Ayuntamiento no puede encomendar directamente la gestión del servicio a GIACSA, al no tratarse de un medio propio del Ayuntamiento; y 4) el sistema CONGIAC-GIACSA responde a una finalidad contraria a derecho que vulnera los principios de igualdad, transparencia y trato no discriminatorio.**

*El Ayuntamiento se opone alegando en síntesis que, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, adoptó la decisión de reinternalizar o remunicipalizar el servicio público, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, y que la gestión directa del servicio público de abastecimiento de aguas a través de la estructura Ayuntamiento-CONGIAC-GIACSA, es conforme a derecho ya que responde a las operaciones reguladas en los arts. 4.1 n) y art. 26.4 del TRLCSP de 2011, aplicable, que deben ser interpretadas a la luz de la normativa de las Directivas Europeas sobre contratación aplicables en España y la jurisprudencia del TJUE.*

*El Consorcio y empresa codemandadas alegan que el procedimiento seguido para aprobar la gestión directa del servicio de suministro de agua en el municipio de Collbató se ajusta a derecho y que es **una forma de gestión directa asociativa de los servicios públicos locales amparada por el Derecho con la adhesión al CONGIAC como medio propio del Ayuntamiento y que la contratación de GIACSA se ajusta a derecho**, dada su condición de empresa conjunta, y al tratarse de contratos celebrados exclusivamente entre poderes adjudicadores”.*

*FJ 4º: “Planteamiento general de la controversia: **la gestión directa asociativa mediante contratación "in house"**: A la hora de realizar el planteamiento general de la controversia en el caso examinado en el ámbito de las alegaciones de las partes, debe subrayarse que en el supuesto se presenta una problemática específica por el modo de gestión directa elegido, que es el de contratación "in house" o encargo a medios propios de persona interpuesta, en este caso un Consorcio.*

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

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

*En consecuencia, en el caso se nos plantean dos bloques de cuestiones principales como son: (i) los motivos de impugnación relativos al cambio de modo de gestión, pues en el Acuerdo impugnado se decide cambiar la gestión indirecta del servicio al modo de gestión directa; y (ii) los motivos de impugnación **relativos al concreto modo de gestión directa elegido, que las partes demandadas denominan "gestión directa asociativa" y que tiene su fundamento legal en la regulación de la contratación doméstica o "in house" como norma de exclusión de la aplicación de la legislación de contratos públicos.***

*Siguiendo el orden de las alegaciones de las partes, examinaremos en primer lugar las cuestiones relativas al **cambio de modo de gestión** (que aquí no interesa, porque no se dio en el Ayuntamiento de Olost), para posteriormente examinar las que hacen referencia a la contratación "in house", en la cual se suceden la utilización de una fórmula asociativa como es el Consorcio y el encargo a un medio propio de éste como es la empresa pública GIACSA”.*

*FJ 7º: “El **marco normativo de la gestión directa en caso del servicio municipal de abastecimiento de agua** : El examen de las cuestiones de fondo debe partir del*

marco normativo, tanto comunitario como interno, aplicable al servicio municipal que se acuerda gestionar directamente en la resolución impugnada. Como se ha indicado, la LRBRL establece dos formas básicas de prestación de servicios locales, la directa e indirecta, siendo que en la primera es el propio ente local quien prestar los servicios, ya sea por parte de la propia entidad, ya sea mediante un medio propio.

La gestión directa supone que el ente público asume la prestación del servicio, lo cual tiene relevancia en el mercado, al tratarse de una actividad económica, por lo que deben respetarse los principios y normas que rigen la contratación pública, de manera que, **cuando el municipio no acude al sistema de gestión indiferenciada o personificación municipal, solo puede acudir a la figura del encargo a medios propios** contemplada en el art. 24.6 del TRLCSP de 2011, aplicable al caso por razones temporales. De esta forma, se descarta incluso la encomienda a empresa de economía mixta como modo de gestión directa, y en este sentido la STC 103/2015, de 28 de mayo de 2015 se pronuncia en relación a la competencia que asiste a los municipios para el abastecimiento de agua potable a domicilio, evacuación y tratamiento de aguas residuales [ art. 25.2 c) LRBRL ], y a la necesidad de gestionar de forma integrada los servicios de aducción, depuración y reutilización del agua, expresando que la excepción contemplada en el art. 4.1.n) TRLCSP de 2011 no permite excluir las encomiendas de los Ayuntamientos a una sociedad mixta -en el caso a la creada por la Ley de la Comunidad de Madrid 3/2008- pues el precepto sólo excluye las que se realicen a medios propios y el art. 24.6 del TRLCSP de 2011, al regular los medios propios, exige, entre otros requisitos, que cuando se trate de una sociedad mercantil, sea de capital íntegramente público.

En el caso aquí examinado, la exclusión del negocio de las normas de contratación pública tiene su fundamento en el art. 4.1.n) del TRLCSP de 2011, que exceptúa los negocios jurídicos en cuya virtud se encarga a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. En este caso, el Ayuntamiento de Collbató **acude a la figura del encargo a medios propios**, cuya regulación se recoge en el citado el art. 24.6 del TRLCSP, mediante una doble línea o relación: **en primer lugar, mediante una cooperación horizontal, entre el Ayuntamiento y el CONGIAC, y, en segundo lugar, una vertical, entre el Consorcio y la empresa medio propio GIACSA.**

Por tanto, no estamos aquí enjuiciando genéricamente si existe eliminación de la libre competencia y la libre competencia, pues ello no resulta de la decisión de optar por la gestión directa por parte de la Entidad local en tanto que es la Ley la que las excluye en los servicios obligatorios reservados. **La cuestión de fondo es si el modo de gestión directa decidido se ajusta a los requisitos que establece la normativa de contratación pública para estar excluido de su ámbito, que se corresponden con los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP de 2011, aplicables al momento en que se adoptó el acuerdo impugnado. En este punto, una eventual adopción de un medio de gestión directa no autorizado por las normas de contratación pública, sí podría suponer un falseamiento o quiebra de la libre competencia, y precisamente éste es el objeto de la controversia de fondo planteada en este proceso”.**

FJ 8º: “El encargo a medios propios (“in house providing”). Diferencia de la encomienda de gestión: **El encargo a medios propios es una figura regulada de forma relativamente reciente, de manera que los modos utilizados hasta ese momento para no acudir al mercado eran principalmente las encomiendas y los convenios. La LCSP de 2007 introduce el término de “medio propio” o “servicio técnico” de la Administración, momento a partir del cual coexisten dos conceptos de encomienda de gestión:** (i) el previsto en la Ley 30/1992, que contempla la encomienda como un instrumento de cooperación administrativa, el cual se mantiene en términos análogos en el vigente art. 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, (en adelante, LRJSP); y (ii) el previsto en el art. 24.6 del TRLCSP de 2011 como un supuesto de exención de aplicación de la normativa de contratos, que se configura como instrumento de gestión de la Administración para la realización de obras y la prestación de servicios y suministros.

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

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

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

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

FJ 9º: ***“El encargo a medios propios como modo de gestión directa del servicio público: Los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP de 2011, contemplan como supuesto excluido de su ámbito de aplicación aquellos negocios jurídicos realizados entre un poder adjudicador y otra entidad, siempre que dicha entidad cumplan los siguientes requisitos: (i) reconocimiento de la condición de medio propio en sus estatutos o norma de creación; (ii) control análogo; (iii) desarrollo de la parte esencial de la actividad a favor de la entidad encomendante; y (iv) titularidad pública de la totalidad del capital de la sociedad.***

La vigente LCSP de 2017, en sus arts. 30 a 33, regula con mayor detalle las condiciones y requisitos para la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados, los sistemas de cooperación pública vertical y horizontal y los llamados "medios propios" de la Administración, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador.. En esta regulación, siguiendo las directrices de la Directiva de contratación pública, se aumentan las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. De conformidad al artículo 32 y disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP de 2017, los medios propios son la fórmula a través de la cual los poderes adjudicadores podrán encargar la ejecución de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, siempre y cuando ésta tenga la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos.

Toda esta regulación parte de ***la doctrina desarrollada por el TJUE sobre la "contratación doméstica" o "in house providing", que se configura como una excepción a la aplicación de la normativa de contratación pública y que, por ello, debe ser interpretada de forma restrictiva.***

***En el presente caso, el modo de gestión directa elegido es el denominado por las partes apeladas como "asociativo" que se articula en dos fases sucesivas como son la de cooperación horizontal, a través de la incorporación del Ayuntamiento a un Consorcio, y la de cooperación vertical, mediante la gestión del servicio por un medio propio del Consorcio que es la sociedad anónima de capital público GIACSA.***

Según se desprende de la prueba practicada, GIACSA es una sociedad local, constituida de acuerdo a los arts. 249, 255 y 257 del TRLMRLC, que adopta la forma de sociedad anónima, ***cuyo accionariado se compone por el Consorcio y por sociedades mercantiles municipales prestadoras del servicio de abastecimiento de aguas en los municipios consorciados de mayor dimensión, las cuales ostentan la participación mayoritaria en la sociedad.***

Por tanto, debemos analizar este doble plano de fórmula asociativa a través de un Consorcio y medio propio para examinar si el modo de gestión directa decidido es conforme a derecho”.

FJ 10º: *“El encargo a medios propios sucesiva a la cooperación horizontal: Una primera cuestión que se plantea por la parte apelante lo es sobre la validez del encargo a medio propio por intermediación de un ente asociativo, como es en este caso la figura del Consorcio, con apoyo la interpretación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su resolución número 75/2017, de 4 de julio. Según se expresa en el escrito de interposición del recurso de apelación, el encargo de gestión a una sociedad, medio instrumental del consorcio creado por las entidades locales, sólo puede hacerse por éste y con respecto de las competencias cuya gestión se le hayan atribuido en sus estatutos. Así, la indebida consideración del Consorcio como técnica de cooperación vertical, invalida la opción de considerar al medio propio de la empresa como medio propio del Ayuntamiento.*

*En relación a esta alegación, debe indicarse que la STSJ Aragón de 4 de marzo de 2020 (Recurso número 194/2017), anuló dicha resolución del Tribunal Administrativo, al entender que había que considerar que se producía una doble línea o relación: (i) la cooperación horizontal, que se produce entre el Ayuntamiento y el Consorcio; y (ii) la cooperación vertical que se produce entre el Consorcio y la empresa medio propio. Por ello, según se razona en la citada Sentencia, deben cumplirse las exigencias de cooperación horizontal entre el Ayuntamiento y el Consorcio ( art. 12.4 de la Directiva de Contratos), y de cooperación vertical entre el Consorcio y la sociedad pública ( art. 12.1 de la Directiva de Contratos), añadiendo que si no se admitiera tal posibilidad se vaciaría de contenido todo lo relativo a las capacidades y fines de las mancomunidades y consorcios, en cuanto los mismos normalmente operan por sociedades u otros entes que son verdaderos medios propios y no suelen tener personal propio.*

*Esta interpretación aparece ajustada al art. 24.6 del TRLCSP de 2011 en tanto que la fórmula del Consorcio es asociativa, específicamente para la gestión compartida de servicios de prestación obligatoria por parte de los consorciados según se recoge en el art. 26.2 de la LRBRL, por lo que debe admitirse que, a la cooperación horizontal instrumentalizada a través del Consorcio, pueda sucederle una cooperación vertical para la prestación del servicio por un medio propio del Consorcio, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente, lo cual es objeto de examen a continuación”.*

FJ 11º: *“La cooperación horizontal a través del Consorcio en el caso examinado: El Consorcio es una técnica organizativa de cooperación interadministrativa, que se materializa en la entidad asociativa como persona jurídico-pública que surge para articular la cooperación voluntaria entre distintos tipos de entidades, administración local, autonómica y estatal, así como entidades privadas sin ánimo de lucro que persiguen fines de interés público concurrentes con los de las administraciones públicas.*

*La figura del Consorcio se introdujo en la legislación local a partir del Reglamento de Servicios de 1955, recogiendo los precedentes de la legislación dictada para el abastecimiento de agua a poblaciones (Decreto de 27 de junio de 1944), definiéndose en la LRBRL de 1985 como una organización que puede constituirse para fines de interés común (art. 87, derogado con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única, a) de la LRJSP, actualmente art. 118 y*

siguientes LRJSP). En la legislación local catalana, se regula en el art. 269 del TRLMRLC y arts. 312 y siguientes del ROAS.

Como se indicaba en la Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 22 de noviembre de 2002 (Recurso número 796/1998), el consorcio es una entidad pública de carácter asociativo que puede constituirse por los entes locales con otras administraciones públicas para finalidades de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que tienen finalidades de interés público con los entes locales. De acuerdo a dicha definición, el Consorcio parte de la preexistencia de unos intereses comunes a las entidades que promueven el consorcio que determinan la fórmula asociativa con vocación instrumental para la realización de obras o prestación de servicios de interés público o privado, pero con relevancia colectiva.

Estos rasgos se recogen asimismo en la legislación de organización administrativa, tanto en la básica estatal como en la autonómica y, así, el art. 113.2 de la Ley del Parlamento Catalán 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, regula el carácter, naturaleza y contenido de los consorcios, disponiendo el artículo 113.2 que "Los consorcios son entidades de derecho público, tienen carácter asociativo, naturaleza voluntaria, personalidad jurídica propia y capacidad para crear y gestionar servicios y realizar actividades y obras en los términos que establece la normativa de aplicación a administraciones, organismos y entidades públicas consorciadas".

**En el caso contemplado existe un primer estadio de cooperación horizontal entre el Ayuntamiento demandado y el CONGIAC que es el que abre la posibilidad de la cooperación vertical a través de empresa GIACSA como medio propio.**

Entrando en el análisis de este mecanismo de cooperación horizontal, lo primero que debe subrayarse es que el Consorcio está formado por dos tipos de entidades locales: 1) municipios de menos de 20.000 habitantes; y 2) municipios con más de 20.000 habitantes, según los Estatutos, aunque según se alega son empresas municipales de aguas. En cuanto a los fines, según el art. 2.2 de los Estatutos del CONGIAC y por lo que interesa a este proceso donde se está examinando la prestación del servicio de abastecimiento de agua, puede destacarse como fin principal el del apartado 6, esto es, el de **"gestionar parte o la totalidad del ciclo del agua y el medio ambiente en los municipios consorciados"**. Pese a lo que dice el art. 2.2.6 de los Estatutos, **no es controvertido que ninguno de los Ayuntamientos de mayor dimensión (v.gr. Prat de Llobregat, Manresa, Mataró, Reus, Vilafranca del Penedès y Vilanova i La Geltrú) gestionan el servicio de abastecimiento a través del CONGIAC, sino que lo hacen a través de sus propias empresas municipales que eran accionistas mayoritarias de GIACSA al momento de dictarse los Acuerdos impugnados.**

Por tanto, en los propios estatutos se pone de manifiesto que los fines de uno y otro tipo de entidades locales no son los mismos en cuanto a la prestación del servicio de abastecimiento de agua, puesto que **el interés de los municipios de menos de 20.000 habitantes es el de que el Consorcio gestione el suministro del agua para el ejercicio de sus propias competencias, en tanto que los municipios de**

**más población, con sociedades de aguas propias, carecen de interés alguno en la prestación de este servicio;** el único interés que se puede identificar en este caso sería el de mercado, o participación en la gestión del ciclo del agua de los municipios menores por medio de sus sociedades municipales, siquiera sea indirectamente a través de la empresa GIACSA, de la que son accionistas.

**Ello desnaturaliza claramente el Consorcio como fórmula asociativa, por cuanto que los fines no son de "interés común" de los consorciados en el aspecto relativo a la gestión de los servicios municipales de agua.** Así, el interés de los municipios menores de 20.000 habitantes es identificable en la prestación del servicio de abastecimiento domiciliar de agua definido en el art. 26.2 de la LRBRL mediante una fórmula de "gestión compartida" con otros municipios. Pero en el caso de los municipios de mayor dimensión que gestionan directamente sus servicios de agua a través de sociedades mercantiles, no tienen ningún interés en la prestación de este servicio por parte del Consorcio, pues ya tienen sus propias empresas municipales que gestionan sus propios servicios. Por tanto, el interés de estos Ayuntamientos no radica en el ejercicio de dicha competencia, sino que la ventaja o utilidad que se aprecia a la hora de incluir la prestación del servicio municipal en el objeto del Consorcio es la de posibilitar que sus sociedades municipales entren en este sector del mercado a través de su participación en el medio propio del Consorcio. Así se desprende del art. 5.4 de los Estatutos del CONGIAC cuando establece que en la sociedad mercantil del Consorcio podrán participar los Ayuntamientos de los municipios consorciados directamente o "a través de sociedades de capital íntegramente municipal que tengan por objeto la prestación de servicios de agua", como sucede en el caso a la vista la composición accionarial de GIACSA, ostentando una participación de un 11,69% las sociedades de aguas de Mataró, Manresa, Reus, Vilafranca y Prat de Llobregat, cada una de ellas, según resulta de la prueba practicada.

En este sentido, la naturaleza del Consorcio es asociativa, lo cual significa que los consorciados han de perseguir un fin común, que aquí no se da en cuanto a la gestión de los servicios municipales de agua. Tampoco se cumple en relación a este extremo el requisito legal del art. 269 del TRLMRLC de asociarse para "finalidades de interés común", pues no se trata de prestar servicios comunes a los consorciados cuando se trata de la gestión del servicio público de abastecimiento de agua.

Los preceptos invocados por el Ayuntamiento demandado no contemplan una figura asociativa de estas características. Así, cuando el art. 10.1 de la Carta Europea de Autonomía Local reconoce el derecho de asociación de las entidades locales, lo hace para cooperar en el ejercicio de sus competencias y para asociarse con otras Entidades locales para la realización de tareas de interés común. En este caso, no estamos ante relaciones de cooperación, sino ante relaciones recíprocas, propias de un convenio, entre **los dos bloques de entidades que forman parte del CONGIAC**, de manera que una parte de entidades locales -las que tienen sociedades propias- tienen vocación de ser prestadoras del servicio, por su participación en GIACSA, en tanto que la otra parte de las entidades locales son las receptoras.

Al respecto, debe recordarse que los mecanismos de cooperación horizontal deben cumplir las exigencias establecidas en el art. 12.4 de la Directiva de Contratos, la

primera de las cuales es que "que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común". Sin embargo, en este caso, y si bien el CONGIAC tiene por objeto el cumplimiento de la prestación del servicio público de abastecimiento de carácter obligatorio del art. 26 de la LRBRL lo cierto es que **las entidades de mayor dimensión no comparten la gestión de sus propios servicios, pues tienen sus propias sociedades gestoras municipales, de tal manera que sus objetivos son distintos a los de gestión compartida.**

De todo ello podemos concluir que **la fórmula asociativa utilizada en el caso no concuerda con la definida en el art. 269 de la Ley de Régimen Local de Cataluña y arts. 312 y siguientes del ROAS como instrumento de cooperación horizontal interadministrativa, puesto que no se constituye para gestionar en común los servicios de suministro de agua todos los consorciados, sino únicamente de una parte de ellos (los Ayuntamientos "menores" sin sociedad propia), que son prestados por una empresa mercantil pública (GIACSA), donde las sociedades mercantiles de los municipios "mayores" consorciados son mayoritarias en su accionariado. Por tanto, no hay una cooperación horizontal en los términos establecidos legalmente, pues no hay gestión compartida de los servicios de los consorciados, sino que hay un convenio entre municipios con sociedades prestadoras del servicio y municipios receptores que se instrumentaliza por medio de la sociedad GIACSA, como adjudicataria directa de los servicios que, a su vez, instrumentaliza su prestación a través de las propias empresas que componen su accionariado a quienes subcontrata o encomienda los servicios. En este sentido, ésta no es la fórmula de gestión compartida por medio de consorcios a que se refiere el art. 26.2 de la LRBRL para municipios de menos de 20.000 habitantes. Ello no implica negar que la fórmula utilizada pudiera tener encaje en el precepto, dado su carácter abierto, pero es indudable que lo que no puede justificar es la excepción a la licitación derivada de la utilización de un medio propio instrumental de esta entidad asociativa, que realmente no tiene esa naturaleza.**

A ello hay que añadir que en el caso examinado tampoco se produce una relación de cooperación horizontal entre el Ayuntamiento y CONGIAC, puesto que, tal como se recogen en el informe de Secretaría y en la Memoria, **no se produce ninguna cesión de competencias a favor de CONGIAC, que no gestiona el servicio, de manera que la relación se entabla directamente entre el Ayuntamiento y la sociedad GIACSA según se desprende claramente del contrato programa suscrito.**

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

*Sin embargo, en este caso, no hay transferencia de competencias ni puede entenderse que la misma pudiera tener su origen en la Ley, puesto que la fórmula consorcial de gestión compartida no está prevista para un negocio como el aquí examinado, donde no hay una finalidad común entre los diferentes entes locales que componen el Consorcio ni, por ende, se produce la "gestión compartida" del servicio a que se refiere el art. 26.2 de la LRBRL. Ello no significa que esta fórmula convencional no pueda tener ajuste legal, pues lo que aquí interesa es si la misma puede justificar la adjudicación "in house", sin licitación, que es la controversia principal de este proceso, a lo que debe darse respuesta negativa".*

**FJ 12º: "La cooperación vertical a través de la sociedad pública GIACSA medio propio de CONGIAC : La definición de medio propio, en la redacción aplicable al caso de autos, se encuentra recogida en el art. 24.6 del TRLCSP de 2011, lo cual es presupuesto necesario para que el encargo quede excluido de la legislación de contratos del sector público.**

*Según la regulación del citado art. 24.6, los entes, organismos y entidades del sector público pueden ser considerados **medios propios cuando cumplan las siguientes condiciones:** 1) que ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios; en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan; 2) si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tiene que ser de titularidad pública; y 3) la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos.*

*En este caso, de lo actuado en el proceso resulta acreditado que, en el momento de adopción del acuerdo, GIACSA era una sociedad mercantil, que se encontraba participada en un 41,55% por el Consorcio (CONGIAC) y en el resto por diferentes empresas municipales de aguas de Mataró, Manresa, Reus, Villafranca y Prat de Llobregat, con un 11,69% cada una de estas sociedades mercantiles municipales. Por su parte, no es controvertido que la totalidad del capital de GIACSA es de titularidad pública y que está recogida estatutariamente la condición de medio propio.*

*De acuerdo a lo anterior, **el Ayuntamiento de Collbató no tiene participación alguna en el accionariado de GIACSA, de manera que el control análogo debía tenerlo por medio del Consorcio del que forma parte.** Al respecto, ya se ha indicado que no hay una relación de cooperación horizontal y que la forma asociativa está desnaturalizada, puesto que existen unas entidades locales con vocación de prestación del servicio, a través de sus sociedades municipales accionistas de GIACSA, y **otras con vocación de recepción, como es el caso del Ayuntamiento de Collbató.** Si examinamos los Estatutos que obran como documento número 2 de la contestación, el control sobre el CONGIAC lo ostentan precisamente las entidades locales con vocación de prestación del servicio, puesto que **el art. 8 establece un sistema de voto ponderado de los representantes de los consorciados que***

**hace necesario un gran número de municipios menores o receptores para decantar la mayoría a su favor.**

No obstante esta falta de control decisional sobre el medio propio, el mismo podría apreciarse **si se diera el denominado control análogo conjunto que ha sido admitido por la jurisprudencia comunitaria.** Así, la STJUE de 29 de noviembre de 2012 (Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese) indica que cuando se recurre a una entidad que posean en común varias administraciones públicas, **el "control análogo" puede ser ejercido conjuntamente por tales administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente.** El TJUE afirma que en una adjudicación "in house", se considera que el poder adjudicador recurre a sus propios medios, afirmando que debe ejercer sobre el adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, en segundo término, dicho adjudicatario debe realizar la parte esencial de su actividad a favor del poder o los poderes adjudicadores que tienen su propiedad, citando las SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C 107/98, EU:C:1999:562, apartado 50, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C 340/04, EU:C:2006:308, apartado 33). Más recientemente, la ya citada STJUE de 18 de junio de 2020 indica que el requisito del "control análogo" puede manifestarse por diferentes medios, de manera que, a pesar de que el municipio no posea participación alguna en el capital de la entidad "in house", **debe tener la posibilidad de ejercer una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre éste.** Sobre el requisito de la actividad, **para determinar si la entidad "in house" realiza la parte esencial de su actividad a favor del poder o de los poderes adjudicadores que la controlan,** el TJUE indica que, en el supuesto de que una empresa sea propiedad de varios entes territoriales, ese requisito puede considerarse **satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con dichos entes territoriales considerados en su conjunto y no solamente con uno de ellos en concreto.**

En esta línea, la parte apelada alega que el TJUE ha flexibilizado en gran medida la aplicación de los medios propios y cita la STJUE de 19 de abril de 2007 (asunto C-295/05) en relación al caso de la empresa pública TRAGSA. Sin embargo, en el caso de TRAGSA, aparte de que su régimen jurídico viene determinado por norma con rango de ley, el TJUE pone el acento en que se trata de una cooperación horizontal, sin que se entable una relación contractual, y que TRAGSA realiza su actividad con los entes territoriales que la componen considerados en su conjunto, lo que incluye a las Comunidades Autónomas. En este punto, fue determinante que TRAGSA no podía establecer ningún tipo de condición en la prestación de los servicios al estar regulado su régimen jurídico en sus propios Estatutos.

No es el caso aquí examinado, donde el Ayuntamiento forma parte del CONGIAC, pero **el control efectivo del Consorcio lo ostentan los Ayuntamientos que tienen sociedades municipales de aguas.** Por otra parte, el Ayuntamiento se adhiere a un contrato programa con GIACSA que, si bien ésta debe aceptarlo obligatoriamente según sus estatutos, lo cierto es que es aprobado por la entidad que lo encarga (CONGIAC) la cual, como se ha indicado, está controlada por los Ayuntamientos cuyas sociedades municipales componen el accionariado de GIACSA. Por otra parte, y en cuanto al requisito de la actividad, GIACSA presta sus

servicios para un grupo de entes locales consorciados; por tanto, **GIACSA no realiza su actividad esencial con todos los poderes adjudicadores que la integran, en tanto que solo presta servicios a alguno de los entes territoriales que forman parte de uno de ellos, CONGIAC, sin que preste servicios en ninguna de las localidades donde actúan las sociedades accionistas que ostentan la mayoría como medios propios del municipio.**

Por su parte, en el caso de TRAGSA el régimen económico está establecido legalmente y cubre el coste del servicio mediante tarifas aprobadas por la Administración encomendante. Por el contrario, en el caso aquí examinado, GIACSA percibe una retribución y el contrato debe mantener el equilibrio económico y financiero, de manera que aunque el Ayuntamiento conserva la potestad tarifaria, la misma se ve modulada por las diferentes estipulaciones del contrato, ostentando GIACSA diferentes derechos de propuesta e incluso de determinación consensuada de precios cuando se trata de consumos municipales (cláusula 13.5 contrato programa).

**Esta falta de control efectivo se aprecia por el contenido del contrato programa suscrito con GIACSA, donde se prevé que perciba un beneficio industrial por la prestación del servicio (cláusula 13 del contrato), lo cual es incompatible con la condición de medio propio, por cuanto que puede producir un efecto de falseamiento o restricción de la libre competencia. Del mismo modo, no se alega ningún elemento de control adicional de CONGIAC sobre la entidad instrumental.**

Por otra parte, y en cuanto a la disponibilidad de medios suficientes para la ejecución del encargo por parte de GIACSA, de la prueba practicada se desprende que tiene unos medios personales limitados teniendo en cuenta que tenía encomendada la prestación de servicios de suministro de agua en nueve municipios al momento de la adopción del Acuerdo. Así, de la prueba pericial practicada a instancias de la actora resulta que GIACSA encarga a las empresas municipales accionistas la gestión del servicio a las diferentes sociedades municipales que componen su accionariado por cuanto **no cuenta con recursos suficientes para llevarlo a cabo**. Ello se ratifica con el contenido del mismo contrato-programa cuya cláusula 11.1.g) establece el derecho de GIACSA a prestar el servicio mediante las sociedades públicas de aguas que participan en su capital social.

En este punto, en la tramitación de la segunda instancia se han aportado por la parte apelante documental consistente en anuncios de licitación para la ejecución de obras conexas con el servicio de abastecimiento de agua de Collbató que han sido licitadas por la sociedad accionista Aguas de Villafranca, y no por GIACSA. De ello, y del resto de la prueba practicada, resulta acreditado que las licitaciones llevadas a cabo en el Ayuntamiento de Collbató se están realizando por una de las empresas municipales accionistas, Aguas de Vilafranca, lo que pone de relieve que **existe una subcontratación o encomienda a las sociedades accionistas de los servicios encomendados, que no es compatible con la necesaria disponibilidad de medios suficientes para llevar a cabo los encargos o encomiendas por parte del medio propio GIACSA.**

En este sentido, **la subcontratación sistemática de la mayor parte de la prestación que se desprende de lo actuado aproxima al medio propio a un**

**mero intermediario**, que percibe una retribución por dicha intermediación, lo cual cuestiona el valor añadido de la encomienda para el poder adjudicador y para los usuarios, dejando **sin justificación la decisión de no licitar el servicio**.

Finalmente, según la jurisprudencia comunitaria, debe examinarse si la sociedad de que se trata tiene vocación de mercado, por lo que es preciso examinar el alcance geográfico y material de las actividades de dicha sociedad. Y en este caso sí resulta que la sociedad, en tanto que medio propio del CONGIAC, no está limitada en el ámbito geográfico y material, puesto que el Consorcio está abierto a asociar a otros municipios y a gestionar el servicio municipal del agua según se desprende de sus estatutos.

Todo ello nos lleva a **descartar la condición de GIACSA de medio propio del Ayuntamiento de Collbató**. En este punto, debe considerarse que la doctrina "in house providing" supone **una quiebra del principio de libre competencia y es una excepción al ámbito de aplicación del Derecho comunitario de contratos**, por lo que no debe servir para eludir la ley y es preciso interpretarla de forma restrictiva como ya señalara la STJCE de 13 de octubre de 2005 (c. Parking Brixen), incumbiendo la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella".

FJ 13º: "La contratación de GIACSA con las empresas accionistas. En relación a las cuestiones planteadas por las partes sobre la legalidad y regularidad de la contratación de GIACSA con las empresas accionistas para la prestación de los servicios en el municipio de Collbató queda fuera del objeto del proceso en tanto que la actividad impugnada se refiere al sistema de gestión directa "asociativa" aprobado por el Ayuntamiento, y no a las relaciones convencionales entre GIACSA y sus accionistas.

En este punto, debe indicarse que el objeto principal del proceso es el sistema de gestión del servicio municipal de aguas de Collbató, el cual está excluido expresamente del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007 por su art. 5 (actualmente art. 5.3 Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero), de manera que se sujeta a la regulación de la legislación de régimen local y de contratación pública, siendo aplicable el TRLCSP de 2011 por razones temporales. Por este mismo motivo, queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/25/UE.

Quedan fuera del objeto del proceso las relaciones contractuales entre GIACSA y las empresas municipales de abastecimiento de aguas que componen su accionariado, así como la legislación aplicable a las mismas, puesto que la actividad impugnada se refiere concretamente al cambio de sistema de gestión y a la implantación de un sistema de gestión directa por contratación "in house". El régimen jurídico de contratación de GIACSA en modo alguno afecta a la necesidad de que, en su condición de medio propio, tenga la disponibilidad de medios suficientes para la prestación del servicio y carezca de vocación de mercado, a cuyos solos efectos se ha analizado la instrumentalización del medio propio como medio de ampliación del mercado de las empresas accionistas.

*En relación a esta cuestión, y tal como se pone de manifiesto en el Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas del año 2015 (p. 29), **el recurso a la subcontratación por parte del medio propio por no tener medios suficientes constituye un fraude de ley**, pues el empleo de la figura del medio propio "tiene solo sentido cuando cuente con medios idóneos para el desempeño de las actividades que constituyen su objeto, de manera que **se configura a la encomendaria como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública**, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público".*

*Este requisito de disponibilidad de medios suficientes ha sido incorporado expresamente tanto en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017, como en el art. 86 de la LRJSP. Como indica la STS de 20 de septiembre de 2018 (RC 4396/2017), con esta exigencia se trata de evitar que el ente instrumental tenga que recurrir en exceso, por carecer de los medios necesarios para llevar a cabo el encargo, a la subcontratación, pudiéndose dar por esta vía situaciones de fraude de la legislación de contratación pública, con cita del informe referido del Tribunal de Cuentas.*

*En consecuencia, queda fuera del objeto de este proceso el control de legalidad de las relaciones entre GIACSA y sus accionistas, debiendo añadirse que precisamente el encargo a GIACSA determina un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías, al sustituir el régimen administrativo por el más flexible de los contratos concertados por entidades sujetas a derecho privado".*

*FJ 14º: "Conclusión: anulación de los acuerdos impugnados por ser contrarios a derecho y afectar al principio de libre competencia. De todo lo expuesto se concluye que el Acuerdo impugnado es contrario a derecho y afecta al principio de libre competencia puesto que **adopta un sistema de gestión directa asociativa que no cumple los requisitos para la utilización de medios propios y consiguiente exclusión de la aplicación de las normas de contratación pública.***

*Tal como se ha expresado, y si bien el Ayuntamiento puede optar por el modo de gestión directa para la prestación de servicios municipales de abastecimiento de agua, el sistema de cooperación adoptado no se ajusta a derecho, puesto que CONGIAC no contempla un sistema de gestión compartida del servicio público de suministro de agua, sino que diseña un sistema con vocación de mercado en el cual participan las empresas municipales de los Ayuntamientos consorciados de mayor dimensión.*

*La fórmula asociativa quiebra desde el momento que CONGIAC no satisface ninguna necesidad de gestión del servicio a los Ayuntamientos de mayor dimensión, que tienen sus propias empresas municipales de aguas. En este sentido, **no es una fórmula de gestión compartida a través de consorcios a la que se refiere el art. 26.2 de la LRBRL**, sino que se presenta como un servicio que se presta de forma mancomunada por los entes de mayor dimensión a los que tienen menos de 20.000 habitantes.*

**El control de CONGIAC corresponde a los Ayuntamientos mayores, al establecerse un sistema de voto ponderado en función de la población, y asimismo lo ostentan respecto de GIACSA por medio de sus empresas municipales accionistas.** Los Ayuntamientos receptores del servicio ceden la competencia a CONGIAC mediante la adhesión al Consorcio y a un contrato programa, lo cual desplaza en parte su potestad tarifaria, de manera que, en el régimen jurídico del contrato sujeto a enjuiciamiento, **GIACSA interviene en la determinación de las tarifas, además de percibir un beneficio industrial.** El examen del contrato programa pone de manifiesto que GIACSA actúa como un gestor indirecto, percibiendo una retribución por sus servicios y con unas cláusulas que contemplan, como elemento principal, el equilibrio económico financiero del contrato.

La vocación de mercado se aprecia no solo en la onerosidad de la relación, sino también en el carácter abierto de CONGIAC en el ámbito geográfico y material. La prestación material del servicio por parte de las sociedades municipales de aguas de los Ayuntamientos mayores abunda en la consideración de GIACSA como ente instrumental y en la vocación de mercado del sistema de gestión aprobado.

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

**En este caso, la contratación "in house" se presenta con vocación de mercado, y no cumple los requisitos de control análogo y actividad necesarios para ser considerada medio propio, tal como se establece en el art. 24.6 del TRLCSP. La transferencia de competencias entre autoridades públicas está excluida de la Directiva de contratos, siempre y cuando esa transferencia voluntaria de competencias tenga su origen en la Ley, pero en este caso no se ajusta a los requisitos exigidos en el art. 26.2 de la LRBRL, ni a los del art. 269 TRLMRLC en cuanto a la naturaleza asociativa de los Consorcios, desbordando el marco provincial que establece el citado art. 26.2, declarado constitucional en este extremo por la STC 111/2016, de 9 de junio de 2016. Tampoco se cumplen los requisitos de cooperación vertical, pues el municipio carece de control e influencia sobre la entidad "in house", quien realiza lo esencial de su actividad solo con algunos de los entes territoriales consorciados, los de menor dimensión sin empresas municipales.**

*En consecuencia, de todo ello se deriva que debe estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto con anulación de los actos impugnados en lo relativo a la gestión del servicio municipal por parte de GIACSA, sin que el pronunciamiento anulatorio alcance a la adhesión a CONGIAC por todo lo expuesto”.*

**QUINTO** - Procede por cuanto antecede, conforme a un criterio de unidad de doctrina, estar a los transcritos razonamientos, con desestimación de los recursos de apelación formulados en este proceso.

Sin imposición de costas en esta alzada, con arreglo al art. 139.2 LJCA, “*dada la complejidad y dudas que presenta el asunto en el modo en que ha quedado expuesto*” (FJ 15º de la Sentencia dictada en fecha 21 de septiembre de 2020).

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

### **FALLAMOS**

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

**1º.- DESESTIMAR** los recurso de apelación formulados por las partes demandada y codemandadas, contra la Sentencia dictada en fecha 8 de noviembre de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Barcelona, la cual se confirma por estimarse ajustada a derecho.

**2º.- NO HACER** pronunciamiento sobre las costas devengadas en esta alzada.

Contra esta Sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al art. 89.1 LJCA en la redacción conferida por la L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el art. 86 y siguientes LJCA.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Así, por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada la anterior sentencia por el Illmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su