

Dictamen 4/05 (Ref. A.G.-Entes públicos). El contrato de gestión de servicios públicos, en sus distintas modalidades, incluida la sociedad mercantil en cuyo capital no participe exclusivamente la Administración Pública titular del servicio, está fuera del ámbito de las Directivas, aunque sometido a las normas y principios del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios alude a la concesión de servicios para luego excluirla de la aplicación de la propia Directiva. Así, tras disponer su artículo 1.4 que «la concesión de servicios ‘ es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio», el artículo 17 establece que «sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 9, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado del artículo 1».

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

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

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

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

«Por otro lado, deberá determinarse el período durante el cual el socio privado se ocupará de la explotación de la obra o del servicio, en función de la necesidad de garantizar el equilibrio

económico y financiero del proyecto. En concreto, la duración de la relación de colaboración se fijará de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable del capital invertido. Una duración excesiva puede ser censurada con arreglo a los principios que rigen en el mercado interior (...) o a las disposiciones del Tratado en materia de competencia (...).»

Aunque en el citado Libro Verde no se hace una indicación análoga respecto de las operaciones de CPP de tipo institucionalizado, parece razonable la aplicación del anterior criterio, pues si esta clase de operaciones de CPP implican, según se dice en el propio Libro Verde, la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el socio privado, no se aprecia argumento suficiente para excluir la aplicación de esos principios de libre competencia y de concurrencia en la elección del socio privado ni para justificar, una vez establecida la colaboración, el mantenimiento de la misma a perpetuidad o por tiempo indefinido (pues ello sería contrario a dichos principios de libre competencia y concurrencia).

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

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

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

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

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

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

En este sentido, cabe citar la sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2000, recaída en el asunto Telaustria. El hecho que da origen a la demanda es la adjudicación por Telekom Austria, sociedad anónima cuyo capital es de titularidad exclusiva del Estado austríaco, de una concesión a Herold, sociedad en cuyo capital participa Telekom Austria, para la prestación del servicio público de elaboración y publicación de repertorios de abonados al servicio telefónico. Telaustria impugnó la adjudicación de la concesión porque consideró aplicables las Directivas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Telekom Austria sostuvo que al tratarse de una concesión, principalmente por el hecho de que la contraprestación que recibía la empresa prestadora del servicio no era un precio, sino el derecho de explotar su propia prestación, quedaba fuera de las Directivas. El Tribunal concluye que el contrato en cuestión está excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de las Directivas armonizadoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, principalmente, por el hecho de que la contraprestación que recibe la empresa prestadora del servicio es el derecho a explotar su prestación. Añade que, no obstante ello, las entidades contratantes están obligadas a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Este principio supone, como ya declaró el TJCE en sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto Unitron Scandinavia), una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado principio es respetado. Esta obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación [...]

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 86.2 del TCCE contempla, pues, una excepción invocable para justificar la adopción por los Estados de medidas relativas a empresas públicas o titulares de derechos exclusivos que se separan de las normas del Tratado sobre la libre competencia. Excepción que, en cuanto tal, ha de ser interpretada en sentido estricto y cuya aplicación exige la concurrencia de determinados requisitos. En primer lugar, que exista un acto por el cual se encarga a una empresa la gestión de un servicio público de interés general.

En segundo lugar, será necesario que se demuestre que la aplicación de las normas del Tratado impediría de hecho o de derecho el cumplimiento del servicio de interés económico general encomendado. En otro caso, si la aplicación de las normas del Tratado sobre la libre competencia no impide en absoluto el desarrollo del servicio de interés económico general, con la utilización de la excepción contemplada en el artículo 86.2 se estaría colocando a la empresa en una posición de abuso de dominio.

(2) Contratos «in house providing»: requisitos.

El segundo supuesto de excepción, que es el que aquí interesa, es el de los denominados servicios «in house providing» o encargos de prestaciones a entes propios o instrumentales, aun cuando su objeto sea el propio de un contrato típico, directamente, sin aplicar la legislación contractual y al margen de las normas de libre competencia, al tener los entes en cuestión la consideración de medios propios de la entidad que realiza el encargo. Este supuesto ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia comunitaria, básicamente en dos sentencias: la de 18 de noviembre de 1999, recaída en el asunto Teckal (C-107/98), y la dictada en el asunto Stadt Halle, de 11 de enero de 2005 (C-26/03) [...]

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

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

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

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

Lo anterior tiene una justificación institucional clara, propia del Derecho nacional, que no puede ser desconocida por el Derecho comunitario, cual es la posibilidad de que, con arreglo al Derecho nacional, existan dos o más Administraciones Públicas con fines que concurren o confluyan sobre un mismo sector de la realidad social. Partiendo de esta premisa, no hay ningún impedimento jurídico para que esas Administraciones Públicas articulen su colaboración a través de la puesta en común de medios personales, materiales y técnicos para la consecución coordinada e integral de esos fines públicos suyos concurrentes sobre una determinada materia, suscribiendo el oportuno convenio de colaboración (que, ha de destacarse, no tendría por objeto el intercambio recíproco de prestaciones entre dichas Administraciones, lo que encubriría un auténtico contrato, sino la actuación coordinada y conjunta para la consecución de esos fines de interés común), o creando aquellas Administraciones una persona jurídica para esa satisfacción de fines de interés común. En relación con esto último —creación de una personificación jurídica—, debe destacarse que, siendo un principio inconcusos la potestad autoorganizatoria de cada Administración Pública y pudiendo decidir ésta, en consecuencia, si la consecución de un determinado fin de interés

público ha de realizarse directamente por ella a través de uno de sus órganos o mediante la creación de una entidad de carácter meramente instrumental —decisión que, en última instancia, descansa en una razón de oportunidad—, no puede negarse la posibilidad de que, en el caso de dos o más Administraciones Públicas con fines concurrentes sobre una determinada materia, decidan actuar constituyendo aquéllas una entidad que quede sometida al único y exclusivo, bien que conjunto, control de ellas, careciendo así esa entidad de autonomía decisoria respecto de tales Administraciones [...]

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

El TJCE justifica esta exigencia en una razón finalista o teleológica: la relación entre la autoridad pública (entidad adjudicadora) y sus propios servicios (entidad instrumental) se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, esto es, la prestación de un servicio público, al margen de la obtención de beneficio; por el contrario, la inversión de capital privado en esa entidad instrumental obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de dicha naturaleza (obtención de beneficio, siendo la actividad de prestación de un servicio público el medio para conseguirlo).

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

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

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

Este tercer requisito revela definitivamente, partiendo de los anteriores, que la entidad instrumental es realmente un servicio o medio propio de la Administración o entidad adjudicadora, pues precisamente la creación por una Administración Pública de una entidad en términos tales que la parte esencial de la actividad que esta última realice lo sea para la

Administración matriz demuestra que ello se hace con el designio de disponer de un medio propio, lo que no ocurriría si esa entidad realizase la mayor parte de su actividad con terceros, pues en tal caso se trataría de una entidad que actuaría como un operador o agente económico más en el tráfico.

Así las cosas, si en los supuestos de obras y suministros (y lo mismo puede decirse de los servicios) el requisito de que se trata comporta que la actividad de construcción y de fabricación o producción, respectivamente, de la entidad instrumental se dirija en su parte fundamental a la Administración matriz (y ello como exigencia necesaria para que esta Administración no recurra, para realizar las tareas de interés público que le corresponden, a entidades externas), en la gestión de servicios públicos no puede negarse el cumplimiento del citado requisito en el caso de que esta actividad se realice mediante una entidad constituida por dos Administraciones Públicas con fines concurrentes, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

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

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

varias, sin que, por tanto, ello sea óbice para apreciar el cumplimiento del requisito de que se trata.

(3) Requisitos para elegir al socio capitalista en las sociedades de economía mixta.

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

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

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

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

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

De la sola lectura de este precepto y sin necesidad de mayores consideraciones se pone de manifiesto que en la constitución de las sociedades de economía mixta que hayan de gestionar servicios municipales la Entidad Local titular del servicio no podrá elegir con plena libertad al particular o particulares que participen con ella en la constitución de la sociedad. Se contemplan dos mecanismos de constitución de la sociedad y, en ambos, se produce concurrencia. Sin duda alguna en el supuesto de suscripción de acciones que requiere del previo y general ofrecimiento de la suscripción por parte de terceros, pero también en el caso de no optarse por dicho mecanismo, dado que se exigirá la promoción de concurrencia precedida de la publicidad suficiente acerca de la constitución de la sociedad que permita a los concurrentes formular sus propuestas.

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

naturaleza económica y en relación con su constitución el artículo 264.2 dispone lo siguiente [...]

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

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