SEMINARIO DE DERECHO LOCAL

INFORME EN MATERIA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Autores Sergio Salinas Alcega y Víctor Fernández-Rodríguez Fairén

Profesor Titular y Profesor Asociado de Derecho Internacional Público, Universidad de Zaragoza

Fecha 16-03-2017

SUMARIO:

I. NOVEDADES LEGISLATIVAS

II. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, de 8 de diciembre de 2016, as. C-553/15, *Undis Servizi Srl*

- STGUE, de 15 de diciembre de 2016, as. T-808/14, *Reino de España contra Comisión* y as. ac. T-37/15 y T-38/15, *Abertis Telecom Terrestre, S.A. y Telecom Castilla-La Mancha, S.A. contra Comisión*

- STJUE, de 21 de diciembre de 2016, as. C-51/15, *Redmondis GmbH & Co. KG Region Nord y Region Hannover*

III. OTROS DOCUMENTOS RELEVANTES

II. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de diciembre de 2016, as. C-553/15, *Undis Servizi Srl*

El Tribunal de Justicia responde a la petición de decisión prejudicial del Consejo de Estado de Italia en relación con la interpretación del Derecho de la Unión Europea relativo a la denominada adjudicación *in house*, consistente en la adjudicación de un contrato público sin procedimiento de licitación. Esta posibilidad era admitida por el propio Tribunal de Justicia, fijando para ello dos requisitos: que el poder adjudicador ejerza sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que la controla.

La cuestión se plantea en el marco de un litigio planteado a nivel nacional por una empresa (Undis Servizi Srl) interesada en un contrato de servicio de gestión del ciclo integral de los residuos urbanos convocado por el Ayuntamiento de Sulmona (Italia) que finalmente era adjudicado a otra empresa (Cogesa), de titularidad pública y controlada por varios Ayuntamientos, entre ellos el adjudicador del contrato en cuestión. Las pretensiones de que no se cumplían los requisitos para la adjudicación *in house* eran desestimadas por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de los Abruzos, considerando que el hecho de que el Ayuntamiento de Sulmona fuese un accionista minoritario de Cogesa no impedía que ejerciese un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. En este punto era clave el convenio concluido entre las entidades territoriales titulares de Cogesa, anterior al contrato de servicios que se conoce en el caso, y por el cual acordaban ejercer un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. El tribunal nacional concluía igualmente que se cumplía el segundo requisito ya que al no tener en cuenta la actividad de Cogesa a favor de los municipios no asociados la ejercida a favor de los municipios asociados superaba el 90% del volumen de negocio de la sociedad. Esa conclusión del Tribunal Regional era recurrida por Undis ante el Consejo de Estado que, con apoyo en lo señalado por el propio Tribunal de Justicia, planteaba la necesidad de comprobar si para el cumplimiento del segundo requisito de la adjudicación *in house* deben tenerse en cuenta

también la actividad impuesta por una administración pública no asociada a favor de entidades públicas no asociadas, así como si deben tenerse en cuenta también las adjudicaciones a favor de las entidades públicas asociadas antes de que se cumpla el requisito del control análogo.

El Tribunal de Justicia en su respuesta a la cuestión planteada comienza por señalar que, dado que los hechos controvertidos, son anteriores al vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, el asunto debe resolverse conforme a la Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. A eso se añade que aunque el órgano remitente no proporciona información sobre el valor del contrato, en concreto si se supera el umbral de aplicación de la citada Directiva, ni sobre si se trata de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios, el Tribunal de Justicia considera que a la vista de la información contenida en el expediente está en condiciones de dar una respuesta útil al juez nacional.

El Tribunal de Justicia justifica el reconocimiento de la excepción que suponen las adjudicaciones *in house* por el vínculo interno existente entre el poder adjudicador y la entidad adjudicataria, incluso aunque esta sea una entidad jurídicamente distinta. Es decir que se considera que el poder adjudicar recurre a sus propios medios y la entidad adjudicataria forma casi parte de los servicios internos de dicho poder adjudicador. Esa lógica es la que impone los dos requisitos antes apuntados: el del control análogo y el de la realización de una parte esencial de las actividades en beneficio del poder adjudicador que ejerce el control. En concreto se señala por el Tribunal de Justicia como indispensable que la actividad de la entidad adjudicataria no dedicada a la entidad o entidades que la controlan sea marginal y para ello el juez nacional ha de tomar en consideración todas las circunstancias del caso. En ese sentido se afirma que el volumen de negocios pertinente es el que realiza la entidad adjudicataria en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por la entidad o entidades que la controlan. Esta exigencia es justificada como el medio para garantizar la aplicabilidad de la Directiva 2004/18 en caso de que una empresa controlada por una o varias de estas entidades opere en el mercado y pueda competir con otras empresas. En ese sentido se concluye que cuando las prestaciones de esa empresa se destinan, en lo esencial, sólo a las entidades que la controlan, se justifica que no se apliquen a dicha empresa las restricciones de la

Directiva 2004/18 puesto que fueron adoptadas con el objeto de defender una competencia que en este caso no tiene razón de ser.

A eso se añade que toda actividad de la entidad adjudicataria destinada a personas distintas de aquellas a las que pertenece, aunque sean autoridades públicas, debe considerarse ejercida a favor de terceros. Y en ese sentido las entidades territoriales no asociadas de Cogesa son terceros, faltando por tanto el vínculo interno particular entre poder adjudicador y entidad adjudicataria que justifica las adjudicaciones *in house*. Corresponde al juez nacional comprobar que la actividad que la sociedad dedica a las entidades territoriales no asociadas reviste o no un carácter marginal. Ello no resulta afectado por el hecho de que la actividad ejercida por Cogesa a favor de entidades territoriales no asociadas venga impuesta por una autoridad pública, que tampoco está asociada a dicha sociedad. Al no existir control alguno por parte de la citada autoridad pública sobre Cogesa la actividad impuesta a esta debe considerarse ejercida para terceros.

Respecto de la segunda cuestión el Tribunal recuerda la afirmación anterior de que el juez nacional debe tomar en consideración todas las circunstancias cuantitativas y cualitativas para apreciar el requisito de la realización de la parte esencial de la actividad. En ese sentido considera que deben tomarse en consideración las actividades ejercidas por la sociedad en beneficio de las entidades que la controlan antes del convenio de 30 de octubre de 2014 anteriormente señalado, dado que esas actividades perduran aún en el momento de una adjudicación de contrato público. E incluso las actividades finalizadas antes de la fecha del convenio pueden ser pertinentes para preciar el cumplimiento del requisito de la realización de una parte esencial de la actividad, al constituir un indicio de la importancia de la actividad que Cogesa proyecta ejercer para sus autoridades territoriales asociadas después de que haya tenido efecto el control análogo de estas.

Así el Tribunal concluye que de cara a la apreciación del cumplimiento por la entidad adjudicataria del requisito de que una parte esencial de su actividad sea ejercida en beneficio del poder adjudicador procede no incluir, al ser considerada como actividad ejercida para terceros, la actividad que le impone una autoridad pública no asociada en beneficio de entidades territoriales que tampoco son asociadas de dicha entidad. E igualmente con ese mismo fin de apreciación del cumplimiento del citado requisito debe tomarse en consideración la actividad que la entidad adjudicataria haya

desarrollado para las entidades territoriales asociadas antes de que el control conjunto de estas sobre la sociedad se hiciera efectivo.

- Sentencias del Tribunal General, de 15 de diciembre de 2015, as. T-808/14, *Reino de España contra Comisión Europea* y as. ac. T-37/15 y 38/15, *Abertis Telecom Terrestre, S.A. y Telecom Castilla-La Mancha, S.A. contra Comisión Europea*

El Tribunal General vuelve a pronunciarse respecto de una Decisión de la Comisión en la que se considera como ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la Unión Europea la financiación concedida por las autoridades españolas para apoyar el proceso de transición de la radiodifusión analógica a la digital en España en la conocida como zona II, que incluye las zonas menos urbanizadas y remotas. En esta ocasión se trata de la Decisión C(20914) 6846 final, de 1 de octubre de 2014, referida a las ayudas concedidas por las autoridades de Castilla-La Mancha. Tanto el Reino de España como las empresas de telecomunicaciones señaladas en el encabezamiento dirigen sendos recursos ante el Tribunal General en los que se solicita la anulación de la citada Comisión.

Ambos recursos, y especialmente el planteado por España, siguen una línea similar al resuelto por el Tribunal General en la sentencia de 26 de noviembre de 2015 e incluido en el Informe correspondiente de este Seminario así como en el volumen de 2016 del *Anuario Aragonés del Gobierno Local* por lo que a continuación se señalarán únicamente aquellos puntos en los que este asunto se distingue de lo dicho por el Tribunal en esa ocasión. Como entonces el recurso se apoyaba en cinco motivos si bien ahora se añade un nuevo motivo formulado por España en escrito de 23 de septiembre de 2015 y que si bien es declarado admisible por el Tribunal es finalmente desestimado.

Respecto a los cinco motivos que son rechazados por el Tribunal son la infracción del artículo 107.1 TFUE por considerar que las entidades concernidas no desarrollan ninguna actividad económica en el sentido del citado artículo, el comportamiento de las autoridades se ajustaba al principio del inversor privado en una economía de mercado, la medida adoptada no era selectiva y constituía un servicio de interés económico general y no falseaba la competencia. Con carácter subsidiario España argumentaba otros tres motivos: el primero era la violación del artículo 106.2 y 107:3.c) del TFUE. A eso se añadía un segundo motivo subsidiario consistente en la violación de las normas de procedimiento al no tomar en consideración pruebas

aportadas por España, desarrollar una instrucción incoherente, existir dilación excesiva y cambios de instructor y mostrar falta de objetividad y de imparcialidad. El tercer motivo alegado por España con carácter subsidiario era la vulneración de los principios de seguridad jurídica, igualdad de trato, proporcionalidad y subsidiariedad en relación con el requerimiento de recuperación de la ayuda. Por último un cuarto motivo alegado con carácter subsidiario por España era el de la violación del derecho fundamental a la información, en relación como en el caso anterior con el requerimiento de recuperación de la ayuda. Todos estos motivos eran desestimados por el Tribunal así como un nuevo motivo formulado por España en un escrito posterior.

Este nuevo motivo se basa en que la Decisión impugnada no incluía la recuperación de los fondos transferidos para el suministro de equipos, no incluidos en opinión de España en el término prestación de servicios utilizado antes de la modificación realizada por la Comisión de su propia Decisión. En opinión de España al sustituir el citado término de prestación de equipos por el de prestación de equipamientos más que una rectificación de un error relativo al demandante que planteó a la Comisión la anulación de la ayuda (Hispasat) se trató de una modificación sustancial de la Decisión impugnada que afecta gravemente al propio concepto de la medida considerada como ayuda y al principio de seguridad jurídica. España recuerda que conforme al artículo 84.1 del reglamento de Procedimiento del Tribunal en el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de Derecho que hayan aparecido durante el procedimiento. No obstante el Tribunal considerada que la citada sustitución de términos no implica la ilegalidad de la Decisión impugnada. El Tribunal considera que dado que conforme al TFUE la Comisión es competente para adoptar decisiones en materia de ayudas de Estado, también lo es la derogar o modificar dichas decisiones. Ello no obsta que esa modificación deba respetar determinadas normas de procedimiento, cuya infracción constituiría un vicio sustancial de forma que el Juez de la Unión puede examinar incluso de oficio. Así la revocación por la Comisión de una Decisión final en materia de ayudas de Estado podrá tener lugar si la Decisión se basa en información inexacta transmitida en el curso del procedimiento y de una importancia determinante para la citada Decisión. En este sentido el Tribunal General recuerda que el procedimiento previsto en el artículo 11 del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 TFUE se exige

en particular que el Estado miembro concernido tenga la posibilidad de presentar sus observaciones. El Tribunal señala por una parte que el caso de autos no se refiere a ninguno de los supuestos mencionados en el citado artículo 11. A eso se añade que la adopción de la Decisión de modificación debe efectuarse de la misma forma que la Decisión impugnada, concretamente con el pleno respeto del derecho del Estado miembro concernido a presentar observaciones. En este asunto no se desprende que la Comisión haya respetado ese derecho por parte del Reino de España. Sin embargo el Tribunal General recuerda que una irregularidad procedimental solo da lugar a la anulación total o parcial de un acto si se acredita que de no haber existido esa irregularidad el acto podría haber tenido un contenido diferente. En opinión del Tribunal la sustitución de los términos operada por la Comisión no ha supuesto ninguna obligación nueva para España. En ese sentido se señala que no cabe concluir que la distinción lingüística excluya los equipos del ámbito de aplicación de la Decisión. Además, España utilizó los términos `prestación de servicios en el sentido de comprender el suministro de equipos. En cuanto a la alegación española de que las autoridades nacionales no transmitieron la propiedad de los equipos de TDT suministrados a los operadores de red se señala que la Comisión tuvo en cuenta esta circunstancia y que no es necesario que el gasto de fondos públicos lleve a una transmisión de la propiedad de los equipos de que se trata para que el suministro de equipos constituya una ventaja económica.

Los motivos invocados por las empresas de telecomunicaciones presentan muchos elementos en común con los alegados por el Reino de España. En concreto la petición de decisión prejudicial se apoyaba en este caso en seis motivos, centrados en torno a la calificación de las medidas controvertidas como ayudas de Estado, infringiendo por tanto el artículo 107 TFUE, incumplimiento de la obligación de motivación, existencia de un servicio económico de interés general, inexistencia de distorsiones a la competencia como consecuencia de las medidas controvertidas, compatibilidad de dichas medidas con el mercado interior e infracciones del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 108 TFUE, modificado por el Reglamento (UE) nº 734/2013, de 22 de junio de 2013.

- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de diciembre de 2016, as. C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord y Region Hannover*

Mediante su sentencia el Tribunal de Justicia responde a la petición de decisión prejudicial que le plantea el Tribunal Regional Superior de Celle (Alemania). El órgano jurisdiccional nacional pide que se interprete el artículo 1.2.a) de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. La cuestión se inserta en el procedimiento que se sigue ante ese órgano jurisdiccional como consecuencia de la creación por parte de la Región de Hannover y la Ciudad de Hannover de un consorcio al que ambas entidades transfirieron su competencia en materia de eliminación y tratamiento de residuos.

Esa operación era considerada por el demandante, Remondis, una sociedad mercantil que opera en ese sector de los residuos, como un contrato público en el sentido del artículo 1.2.a) de la Directiva 2004/18 al no reunirse uno de los dos requisitos señalados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para justificar la consideración de excepción en cuanto a la aplicación de las normas en materia de contratos públicos. En concreto la sociedad señalaba que dado que el consorcio tiene un importante volumen de negocio con entidades terceras no realiza parte esencial de su actividad con las entidades que lo fundaron. Ello conduciría a considerar la creación del consorcio como una adjudicación irregular de un contrato público, que debería declararse nulo y organizarse un procedimiento de licitación en el caso de que las entidades concernidas no pudiesen prestar el servicio por sí mismas.

En ese contexto el órgano jurisdiccional nacional planteaba al Tribunal de Luxemburgo una cuestión relativa a la posible interpretación del citado artículo 1.2.a) de la Directiva en el sentido de considerar un acuerdo como el de este supuesto como contrato público, teniendo en cuenta que ambas entidades crean mediante un estatuto una persona jurídica de Derecho público a la que atribuyen competencias que antes correspondían a esas entidades. El Tribunal comienza puntualizando que cuando una operación se desarrolla, como en este caso, en varias fases debe tomarse en consideración desde una perspectiva global. En este caso dicha operación tiene como finalidad la creación de una nueva entidad de Derecho público a la que las entidades creadores traspasan competencias que eran suyas, dotándola de capacidades y medios para cumplir sus funciones. A este respecto se recuerda que las entidades creadoras aportaron al nuevo consorcio los medios con los que cada una de ellas desempeñaba la función que se atribuyó a este, y le reconocieron el derecho de imponer y cobrar tasas,

así como de desempeñar actividades que no corresponden al ejercicio de las competencias transferidas, aunque fuesen de la misma naturaleza. Además, el consorcio se veía atribuida una autonomía de funcionamiento, pero estaba sometido a una junta compuesta por representantes de las dos entidades creadoras, siendo este órgano el competente para designar al responsable de la gestión del consorcio.

Señalado esto el Tribunal de Justicia advierte que la consideración de las actividades del consorcio como servicios en el sentido de la Directiva 2004/18, que el tribunal remitente había realizado no implica por sí sola que la citada Directiva resulte aplicable, dado que las autoridades públicas disponen de libertad para acudir a un contrato para el desempeño de las funciones de interés público que les incumben. En concreto el Tribunal de Justicia recuerda que, conforme al principio del respeto de la identidad nacional de los Estados miembros consagrado en el artículo 4.2 TUE, el reparto de competencias dentro de un Estado miembro disfruta del margen de protección que corresponde a las estructuras políticas y constitucionales. A eso se ha de añadir que ese reparto competencial no está congelado, por lo que la protección que resulta del artículo 4.2 TUE incluye las reorganizaciones de competencias en el interior de un Estado miembro.

El Tribunal añade que la redistribución o transferencia de competencias no reúne todos los requisitos que se imponen por la definición de contrato público contemplada en la Directiva, en concreto se refiere a su celebración a título oneroso, que implica que el poder adjudicador que concluye el contrato recibe, mediante contrapartida, una prestación que debe comportar un interés económico directo para él. En ese sentido se afirma que el hecho de que una autoridad pública se libere de una competencia hace desaparecer cualquier interés económico de esa autoridad en la realización de las funciones que corresponden a dicha competencia. El Tribunal de Justicia considera que la reasignación de medios para el ejercicio de la competencia que pasan de la autoridad que transfiere la competencia a la que la recibe no puede considerarse como pago de un precio sino, por el contrario, como una consecuencia lógica e incluso necesaria de la transferencia o redistribución de competencias realizada.

Tampoco considera remuneración el que la autoridad que transfiere la competencia se comprometa a asumir la carga de los eventuales excesos de costes en relación con los ingresos que puedan resultar del ejercicio de la competencia. Eso es

visto por el Tribunal como una garantía destinada a terceros, consecuencia del hecho de que una autoridad pública no puede ser objeto de un procedimiento de insolvencia.

No obstante se añade que para poder ser considerada como un acto de organización interna y quedar protegida por el artículo 4.2 TUE la transferencia de competencias debe presentar ciertos requisitos identificados por la jurisprudencia del propio Tribunal. En este caso se considera que dicha transferencia debe tener por objeto no solo las responsabilidades vinculadas a la competencia transferida sino también los poderes que son el corolario de esta. Ello implica que la autoridad que recibe la competencia debe tener la facultad de organizar la ejecución de las funciones que recibe, así como de establecer el marco reglamentario de dichas funciones. Ello no sucede si la autoridad inicialmente competente conserva la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, si se reserva el control financiero de estas o si debe aprobar previamente las decisiones de la autoridad a la que se ha adherido. Es decir que no puede existir transferencia de competencia si la autoridad pública que la recibe no ejerce dicha competencia de forma autónoma y bajo su propia responsabilidad. La sentencia añade que tal autonomía de acción no significa sustraer a la entidad que recibe la competencia de toda influencia por parte de cualquier otra entidad pública. Es decir que la entidad que transfiere la competencia puede conservar cierto derecho de supervisión de las funciones derivadas de ese servicio, siempre que esa influencia no incluya una injerencia en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida. Esa influencia puede ejercerse a través de un órgano, como una junta general, compuesto por representantes de las autoridades anteriormente competentes.

El Tribunal añade que la mencionada autonomía de acción no equivale al carácter irreversible de la redistribución impuesta o la transferencia voluntaria de la competencia, siendo posibles reorganizaciones sucesivas. De forma que nada se opone a que la competencia transferida pueda ser posteriormente objeto de una nueva transferencia o redistribución con motivo de una reorganización subsiguiente.

La sentencia concluye recordando que la autoridades o prohibición, para las entidades públicas de los Estados miembros, de ejercer una actividad en el mercado, fuera de su acción de interés general, es competencia de la normativa interna de los Estados miembros; a los que corresponde apreciar si tal actividad es compatible con los objetivos institucionales y estatutarios de dichas entidades. En consecuencia, que las

entidades públicas interesadas puedan o no, mediante una transferencia de competencia, ejercer determinadas actividades en el mercado compete a la organización interna de los Estados miembros y carece de incidencia sobre la naturaleza de la citada transferencia.

Como resultado de todo ello el Tribunal de Justicia considera que el artículo 1.2.a) de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de no considerar como contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales como el controvertido, por el cual se adopta un estatuto por el que se crea un consorcio con personalidad jurídica de Derecho público y se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias que antes correspondían a las entidades creadoras del citado consorcio.