



COMISIÓN EUROPEA

Traducción no oficial del documento
SEC(2011) 1169 final, de 4.10.2011, a
cargo de la DG Mercado Interior y
Servicios.

DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN

relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público)

ÍNDICE

1.	Introducción	3
2.	Principio general: la normativa sobre contratación pública de la UE es aplicable a los contratos entre poderes adjudicadores	4
3.	Tareas públicas desempeñadas con recursos propios – Cooperación dentro del sector público que puede quedar excluida del ámbito de aplicación de las normas sobre contratación pública de la UE	5
3.1.	Breve exposición de los diferentes conceptos desarrollados en la jurisprudencia	5
3.2.	Cooperación por medio de entidades jurídicas independientes («cooperación vertical/institucionalizada», «jurisprudencia sobre las entidades internas –in-house»)	6
3.2.1.	Propiedad del capital de una entidad interna.....	8
3.2.2.	Primer criterio en el asunto Teckal: necesidad de que exista control sobre la entidad interna (dependencia organizativa).....	9
3.2.3.	Segundo criterio en el asunto Teckal: la parte esencial de las actividades de la entidad interna debe consistir en tareas asignadas por la entidad o entidades que la controlan (dependencia económica).....	12
3.2.4.	Otros interrogantes en los supuestos de entidades internas.....	13
3.3.	Cooperación no institucionalizada/horizontal para desempeñar las tareas públicas de forma conjunta	13
3.3.1.	Características principales de una cooperación horizontal entre poderes adjudicadores que no entra en el ámbito de aplicación de las normas sobre contratación pública de la UE	13
3.3.2.	Cómo diferenciar entre una verdadera «cooperación» y un contrato público normal.....	14
3.3.3.	Posibles restricciones en cuanto a las actividades que pueden desarrollarse en el mercado comercial	15
3.4.	Resumen	15
4.	Tareas públicas desempeñadas mediante recursos externos – Otras relaciones dentro del sector público	19
4.1.	Redistribución de competencias entre autoridades públicas	19
4.2.	Asignación no contractual de tareas	21
4.3.	Relación entre las normas sobre contratación pública y ciertos derechos exclusivos	22
4.4.	Relaciones entre poderes adjudicadores en el contexto de acuerdos de compra conjuntos o centralizados	23

1. INTRODUCCIÓN

En 2009, y de conformidad con las normas de las Directivas sobre contratación pública de la UE, se anunciaron contratos públicos por un importe total aproximado de 420 000 millones EUR. El objetivo de esas normas es velar por que los contratos públicos de adquisición pertinentes estén abiertos a la participación de proveedores de todo el mercado interior¹. Al mismo tiempo, la legislación de la UE no restringe la libertad de los poderes adjudicadores para ejecutar las tareas de interés público que les competen utilizando sus propios recursos administrativos, técnicos o de otro tipo, sin estar obligados a recurrir a entidades que no formen parte de su propia estructura.

Se ha venido debatiendo sobre si las citadas Directivas son también aplicables a diversos tipos de situaciones en las que varios poderes adjudicadores desean asegurar conjuntamente la realización de sus tareas públicas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «el Tribunal») ha corroborado que no cabe presumir que los contratos entre poderes adjudicadores queden automáticamente excluidos del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal indica asimismo que ciertas formas de cooperación entre poderes adjudicadores no pueden considerarse contratos públicos.

Es necesario, por tanto, distinguir entre las actividades de contratación que deberían estar sujetas a la libre competencia entre los operadores económicos, tal y como establecen las normas sobre contratación de la UE, y otros acuerdos que los poderes adjudicadores puedan utilizar para el ejercicio de sus tareas públicas y que no entran en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública de la UE.

Actualmente, los poderes adjudicadores que desean cooperar entre sí encuentran a menudo difícil determinar cuándo deben aplicar las Directivas sobre contratación pública y cuándo no.

El Parlamento Europeo ha puesto de relieve la necesidad de arrojar cierta luz sobre este tema, en un informe en el que pide «*a la Comisión y a los Estados miembros que difundan ampliamente la información sobre las implicaciones jurídicas de estas sentencias [sobre cooperación dentro del sector público]*»².

¹ El mercado de la contratación pública de la UE representa, en su conjunto, en torno al 17 % del PIB de esta. Las Directivas sobre contratación pública de la UE regulan solo la adjudicación de aquellos contratos que exceden de una cierta cuantía. En 2009, el valor de tales contratos supuso el 3,6 % del PIB de la UE. En relación con el resto del mercado de contratación, los Estados miembros tienen que observar los principios de no discriminación, igualdad de trato de los licitadores, etc. que establece la legislación de la UE, siempre que el contrato en liza sea de interés para empresas establecidas en otro Estado miembro.

² Informe elaborado, a iniciativa propia, por la DPE Heide Rühle, «Nuevos aspectos de la política de contratación pública» (Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, 2009/2175 [INI]).

El presente documento responde a ese deseo. Su finalidad es ofrecer una visión general de la jurisprudencia vigente del Tribunal de Justicia. En él, se recopila y resume dicha jurisprudencia y se expresan algunas de sus consecuencias, en la medida en que las conclusiones del Tribunal así lo permiten. No crea ninguna disposición o exigencia nuevas. El objetivo es contribuir a una mejor comprensión y aplicación del marco jurídico vigente. Se dirige a todos los interesados del ámbito de la contratación pública y, en particular, a las autoridades públicas de todos los niveles de la Administración³. Las orientaciones que formula se refieren solo al ámbito de la contratación pública y no empecen la aplicación de la normas de la UE en materia de competencia y de ayudas estatales.

Tras señalar que los contratos públicos entre poderes adjudicadores están sujetos a las Directivas sobre contratación pública (sección 2), el documento examina distintas formas de cooperación entre poderes adjudicadores que pueden estar exentas del ámbito de aplicación de dichas Directivas (sección 3) y, a continuación, examina otros tipos de relaciones a la luz de la normativa de la UE sobre contratación pública (sección 4).

El presente documento de trabajo de los servicios de la Comisión tiene carácter orientativo y no puede considerarse vinculante para la institución en modo alguno. En este sentido, hay que tener en cuenta que, en cualquier caso, la interpretación del Derecho de la UE corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. PRINCIPIO GENERAL: LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UE ES APLICABLE A LOS CONTRATOS ENTRE PODERES ADJUDICADORES

Las Directivas sobre contratación pública de la UE son aplicables cuando poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras celebran contratos a título oneroso con una entidad jurídica diferente. En estos casos, resulta irrelevante que la otra parte contratante pertenezca al sector público o al privado. Así se deduce claramente de las pertinentes disposiciones de las Directivas y de la jurisprudencia del Tribunal.

El artículo 1, apartado 8, de la Directiva 2004/18/CE⁴ («Directiva sobre contratos del sector público») establece lo siguiente:

«Los términos "contratista", "proveedor" y "prestador de servicios" designan a toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado.» (énfasis añadido)

³ En el «Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE: hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente» (COM(2011) 15 final, 27.1.2011, Bruselas) se abrió un proceso de consulta dirigido a determinar de qué modo debe configurarse la contratación pública en el futuro. A la espera de la adopción e implementación de posible nueva legislación, el presente documento de trabajo tiene por objeto clarificar la situación jurídica actual.

⁴ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134 de 30.4.2004, pp. 114-240).

El artículo 1, apartado 7, de la Directiva 2004/17/CE⁵ («Directiva sobre servicios públicos») establece lo siguiente:

«Contratista, proveedor o prestador de servicios: una persona física o jurídica, una entidad adjudicadora de las contempladas en las letras a) o b) del apartado 2 del artículo 2 ó una agrupación de tales personas o entidades que ofrezca en el mercado, respectivamente, la realización de obras y/o obras, productos o servicios.». (énfasis añadido)

Consiguientemente, el Tribunal estimó que *«el hecho de que el prestador de servicios sea un ente público distinto del beneficiario de los servicios no obsta a la aplicación de la [Directiva]»*⁶. Para la aplicación de las normas sobre contratación pública de la UE, *«basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste.»*⁷. Así pues, excluir del ámbito de la normativa sobre contratación pública *«las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones»*⁸ constituye una incorrecta transposición de las Directivas sobre contratación pública de la UE.

3. TAREAS PÚBLICAS DESEMPEÑADAS CON RECURSOS PROPIOS – COOPERACIÓN DENTRO DEL SECTOR PÚBLICO QUE PUEDE QUEDAR EXCLUIDA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UE

3.1. Breve exposición de los diferentes conceptos desarrollados en la jurisprudencia

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal en el ámbito de la contratación pública, la normativa de la UE no restringe la libertad de los poderes adjudicadores⁹ para realizar las tareas de interés público que les corresponden con sus propios recursos administrativos,

⁵ Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134 de 30.4.2004, p. 1).

⁶ Asunto C-480/06, *Comisión/Alemania*, apartado 33, Rec. 2009, p. I-04747.

⁷ Asunto C-107/98, *Teckal Srl/Comune di Viano y Azienda Gas-Acqua Consorziabile (AGAC) di Reggio Emilia*, apartado 50, Rec. 1999, p. I-08121.

⁸ Asunto C-84/03, *Comisión/España*, apartado 40, Rec. 2005, p. I-00139.

⁹ Siendo el tema tratado la cooperación público-pública, se aborda aquí solo la actuación de los «poderes adjudicadores» según estos se definen en la Directiva 2004/18/CE; no se incluyen, por tanto, las «empresas públicas» o las empresas privadas que operen basándose en derechos especiales o exclusivos según se definen en la Directiva 2004/17/CE (servicios públicos). En cuanto a los «poderes adjudicadores» comprendidos en la definición de «entidades adjudicadoras» que establece la Directiva de servicios públicos, cabe señalar que su especial situación por lo que respecta a la cooperación entre entidades del sector público no ha sido nunca examinada explícitamente por el Tribunal de Justicia. Las conclusiones sobre los «poderes adjudicadores» en general deben ser también válidas, *MUTATIS MUTANDIS*, cuando aquellos actúen en calidad de «entidades adjudicadoras», salvo cuando puedan existir diferencias significativas en las disposiciones aplicables. Asimismo, obsérvese que la Directiva sobre servicios públicos, en su artículo 23, contiene disposiciones aplicables a ciertos tipos de cooperación entre entidades del sector público (se contemplan incluso situaciones triangulares).

técnicos y de otro tipo, no estando obligados a recurrir a entidades externas que no formen parte de su propia estructura¹⁰.

Si un poder adjudicador desempeña una tarea pública mediante sus propios recursos, de tal forma que no se celebra contrato alguno a título oneroso, puesto que la situación es interna a una sola y única persona jurídica, es decir, que el poder adjudicador dispone de todos los recursos necesarios para tal desempeño dentro de su propia organización, la normativa sobre contratación pública de la UE no es aplicable. Ejemplo: un ayuntamiento presta servicios de transporte en su término municipal a través de su departamento interno de transportes.

El desempeño de tareas públicas mediante recursos propios puede tener lugar también en cooperación con otros poderes adjudicadores. Diversos poderes adjudicadores pueden prestarse ayuda mutua. Si ello no comporta retribución o derechos y obligaciones recíprocos, no existe prestación de servicio público en el sentido de lo establecido en la normativa sobre contratación pública de la UE. En estas circunstancias, la normativa sobre contratación pública de la UE no es aplicable. Ejemplo: un acuerdo general entre municipios vecinos para que sus respectivas bandas de música actúen en los festejos de unos y otros.

Si los poderes adjudicadores celebran entre sí contratos a título oneroso (esto es, que comportan derechos y obligaciones recíprocos), cabe preguntarse si dichos contratos pueden excluirse del ámbito de las Directivas sobre contratación pública de la UE, pese a la regla general según la cual dichas Directivas se aplican a los contratos entre diferentes personas jurídicas. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal, en determinadas circunstancias esto es ciertamente posible. Si los poderes adjudicadores cooperan a fin de velar conjuntamente por la ejecución de tareas de interés público, ello puede conllevar la adjudicación de contratos sin que se genere la obligación de aplicar la normativa sobre contratación pública de la UE. Esta cooperación puede consistir en supervisar conjuntamente una tercera entidad a la que se encomiende la ejecución de la tarea («cooperación vertical/institucionalizada»). Tal cooperación puede también tener lugar sin crear una entidad nueva o designar una entidad específicamente para ello («cooperación horizontal/no institucionalizada»).

3.2. Cooperación por medio de entidades jurídicas independientes («cooperación vertical/institucionalizada», «jurisprudencia sobre las entidades internas-in-house»)

Existe consenso en cuanto a que las Directivas sobre contratación pública de la UE son aplicables siempre que los poderes adjudicadores celebran contratos públicos, esto es, contratos a título oneroso celebrados por escrito con un tercero y cuyo objeto es la ejecución de obras, el suministro de bienes o la prestación de servicios en el sentido de lo previsto en esas Directivas. Son asimismo aplicables cuando los poderes adjudicadores celebran contratos de concesión de obras al amparo de la Directiva sobre contratos del sector público.

¹⁰ Asunto C-26/03, *Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, apartado 48, Rec. 2005, p. I-00001 .

En el asunto *Teckal*¹¹, el Tribunal interpretó esta norma de forma funcional. A su juicio, a fin de que la relación entre un poder adjudicador y otra persona jurídica esté exenta de la aplicación de las normas sobre contratación pública de la UE, han de cumplirse dos condiciones a la vez. Así, dicha relación queda fuera del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE siempre que:

- (1) el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica considerada **un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios**, y
- (2) al mismo tiempo, esa persona jurídica **realice la parte esencial de su actividad con el poder o poderes adjudicadores que la controlan**¹².

En consecuencia, de acuerdo con la facultad de autoorganización de los poderes adjudicadores, el Tribunal consideró que la normativa sobre contratación pública de la UE (esto es, no solo las Directivas, sino también los principios contenidos en el Tratado) no es aplicable si un poder adjudicador celebra un contrato con un tercero que, aunque **formalmente independiente de él, en sustancia no lo es**. Esta jurisprudencia afecta a situaciones en las que el tercero **no cuenta con capital privado y depende organizativa y económicamente** del poder adjudicador. Ejemplo: un ayuntamiento presta servicios de transporte en su término municipal mediante una empresa de transporte que posee y controla en su totalidad.

En ulteriores sentencias¹³, el Tribunal especificó que el concepto de «interno» es también aplicable a la cooperación entre entidades públicas, al establecer que los dos criterios fijados en la sentencia *Teckal* pueden reunirlos varios poderes adjudicadores de forma conjunta. Ejemplo: dos ayuntamientos que prestan los servicios de transporte en su término municipal a través de una empresa de transporte que poseen y controlan conjuntamente.

A efectos del presente documento, esa cooperación se considera «institucionalizada» o «vertical», puesto que en ella participan poderes adjudicadores que contratan la ejecución de una tarea con una entidad independiente que actúa de proveedor y que aquellos poseen y controlan conjuntamente.

La excepción por condición de interna ha sido reconocida por el Tribunal tanto en relación con los contratos públicos y las concesiones de obras a los que se aplican las

¹¹ Asunto C-107/98, *Teckal*, apartado 50. «Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas. A este respecto [...] basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, **el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan**».

¹² A raíz de la sentencia del Tribunal, el Consejo de Estado italiano llegó a la conclusión de que AGAC era una empresa «interna» de Viano (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentencia nº 2605 de 9 de mayo de 2001).

¹³ Asuntos C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, Rec-2008, p. I-08457 y C-573/07, *Sea Srl/Comune di Ponte Nossia*, Rec.2009, p. I-08127.

Directivas sobre contratación pública de la UE, como a las concesiones de servicios a las que en cambio se aplican los principios del Tratado.

A este respecto, obsérvese que, si bien la relación entre el poder o poderes adjudicadores que ostentan el control, por un lado, y la entidad controlada, por otro, podría estar exenta de la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE, debido a la relación interna, un organismo que tenga la consideración de entidad interna tendrá también normalmente la de «organismo de Derecho público», obligado, por tanto, a cumplir la citada normativa en sus propias actividades de contratación.

En las siguientes secciones se describen en detalle las condiciones que el Tribunal recoge en su jurisprudencia sobre el concepto de «interno» y que deben verificarse a la hora de decidir si la legislación sobre contratación pública resulta o no aplicable.

3.2.1. *Propiedad del capital de una entidad interna*

Conforme a la jurisprudencia, un poder adjudicador no puede ejercer el control interno de una entidad si una o varias empresas privadas participan también de la propiedad de esa entidad¹⁴. Ello es así aun cuando el poder adjudicador pueda adoptar de forma independiente todas las decisiones que afecten a la sociedad, sin tener en cuenta la participación privada. Según el razonamiento del Tribunal, «*la relación entre [...] una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta*»¹⁵. Esto es válido también en el caso de que una empresa privada realice «inyecciones de capital puro» en la entidad interna (p.ej., la adquisición de acciones, pero no la concesión de préstamos ordinarios¹⁶), aun cuando ello no conlleve una contribución de tipo operativo.

- **Importancia de una posible futura participación de capital privado**

Como regla general, la determinación de si existe participación privada en el capital de la empresa a la que se adjudique el contrato público ha de efectuarse **en el momento de la adjudicación**¹⁷¹⁸. La futura apertura del capital de la empresa se toma en consideración

¹⁴ «En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» (Asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 49).

¹⁵ Asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 50.

¹⁶ No se consideraría «ordinario» si, p.ej., el préstamo previera la conversión en acciones de la entidad interna como forma de reembolso.

¹⁷ Asuntos C-26/03, *Stadt Halle*, apartados 15 y 52; y C-573/07, *Sea*, apartado 47.

¹⁸ Excepcionalmente, puede ser necesario que circunstancias especiales posteriores a la fecha de adjudicación del contrato sean tomadas en consideración. Este es el caso, en particular, si acciones de la entidad adjudicataria, anteriormente propiedad del poder adjudicador, se transfieren a una entidad privada poco tiempo después de la adjudicación del contrato a esa entidad, mediante un artificio destinado a soslayar las pertinentes normas de la UE (véase, a estos efectos, el asunto C-29/04, *Comisión/Austria*, apartados 38 a 41, Rec. 2005, p. I-9705).

solo si, en el momento de adjudicar un contrato a aquella, existe la probabilidad real y a corto plazo de que se produzca dicha apertura¹⁹.

La mera posibilidad teórica de que capital privado participe en una entidad interna no altera, en sí misma, la condición de interna de la empresa frente al poder adjudicador²⁰.

Ahora bien, si se adjudicara un contrato a la empresa sin que este fuera objeto de una convocatoria de licitación, basándose en la excepción por condición de interna, una posterior adquisición de una participación en la empresa por inversores privados, en cualquier momento durante el periodo de vigencia del contrato, constituiría **«un cambio de una condición fundamental del contrato»**. En estas circunstancias, el contrato debe ser objeto de una convocatoria de licitación²¹.

- 100 % de participación del sector público en el capital de la entidad interna

En cambio, si los poderes adjudicadores fueran los únicos propietarios, este hecho habría de considerarse indicio de que se cumple la condición de control necesaria para poder aplicar la excepción por condición de interna, pero no un factor determinante en sí mismo²².

Tal indicio quedaría refutado si los poderes adjudicadores establecieran una empresa con ánimo de lucro y plenamente independiente de ellos. Así lo ilustra también el asunto *Parking Brixen*, en el que la entidad, en el momento de la adjudicación, era propiedad de un poder adjudicador, pero gozaba de un cierto grado de independencia²³ (véase la siguiente sección), por lo que el Tribunal denegó la condición de interna.

3.2.2. *Primer criterio en el asunto Teckal: necesidad de que exista control sobre la entidad interna (dependencia organizativa)*

El poder adjudicador debe ejercer sobre la entidad interna *«un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»*²⁴. El modo en que se ejerza tal control es irrelevante, es decir, puede tener lugar **a través de organismos de Derecho público o de Derecho privado**. La apreciación del requisito de «control análogo» «debe tener en cuenta el conjunto de *disposiciones legales y circunstancias pertinentes*. [...] Debe tratarse de

¹⁹ Asunto *Sea*, apartado 50.

²⁰ Véase la Comunicación CPPI (colaboración publico-privada institucionalizada), nota nº 14. Esta opinión ha sido posteriormente corroborada por el TJE en el asunto C-371/05, *Comisión/Italia*, apartado 29, Rec.2008, p. I-00110.

²¹ Asunto *Sea*, apartado 53.

²² Asunto C-340/04, *Carbotermo SpA y Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio y AGESP SpA*, apartado 37, Rec-2006, I-04137: «El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios».

²³ Asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG.*, apartado 70, Rec. 2005, p. I-08585.

²⁴ Asunto C-107/98, *Teckal*, apartado 50.

una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.»²⁵.

En este sentido, ha de atenderse a los factores que a continuación se indican.

- La entidad interna está bajo el control de varios poderes adjudicadores

En relación con el primer criterio del asunto *Teckal*, el Tribunal introdujo nuevos argumentos en la sentencia dictada en el asunto *Coditel*. El Tribunal aclaró que, si bien el control ejercido sobre una entidad interna ha de ser efectivo, no es esencial que se ejerza individualmente. Corroboró así el principio de que **el control, a efectos del primer criterio del asunto Teckal, puede ser ejercido conjuntamente**.

El Tribunal justifica esta interpretación más amplia esencialmente basándose en que una lectura más estricta de este criterio haría que la exención *Teckal* fuera inaplicable en la mayoría de los casos de cooperación entre poderes adjudicadores. Desde esa misma óptica, el Tribunal ha dictaminado que el **procedimiento que las autoridades que ejercen el control empleen en la toma de decisiones colegiadas carece de relevancia**. Por ejemplo, la votación por mayoría no supondría una negación de la existencia de control (conjunto) ejercido por todos los poderes adjudicadores contratantes²⁶. De lo anterior se deriva que *«si una autoridad pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las autoridades públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella puede ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por dichas autoridades.»*²⁷²⁸.

- El control sobre la entidad interna es suficientemente amplio

El primer criterio *Teckal* solo se cumplirá si el poder adjudicador ostenta un grado de control suficiente, de modo que pueda restringir la libertad de acción de la entidad.

En el asunto *Coditel*, el hecho de que los **órganos decisorios** del concesionario estuvieran **integrados** solo por representantes de los poderes adjudicadores que participaban en la cooperación se consideró un indicio importante de la existencia de control interno.

La **forma de sociedad** que revista la entidad interna no es, en sí misma, un factor determinante, pero puede servir de indicio. Por ejemplo, en el asunto *Coditel*, el Tribunal subrayó que la entidad interna no estaba constituida en forma de sociedad por acciones *«que pueda perseguir objetivos con independencia de sus accionistas, sino en forma de*

²⁵ C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 65; asunto C-371/05, apartado 24.

²⁶ Asunto C-324/07, *Coditel*, apartado 51.

²⁷ Asunto C-573/07, *Sea*, apartado 63.

²⁸ En el asunto C-231/03, *Consortio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti*, Rec. 2005, p. I-07287, el Tribunal estimó que una participación minoritaria del 0,97 % es tan baja que impediría a un ayuntamiento ejercer control interno sobre los concesionarios. Sin embargo, en posteriores conclusiones el Tribunal aceptó la posibilidad de un control conjunto sobre la entidad interna, ejercido por varios poderes adjudicadores (que, por separado, podrían poseer solo una pequeña participación minoritaria).

sociedad cooperativa intermunicipal». Con arreglo a la normativa nacional pertinente, estas últimas carecen de carácter mercantil²⁹.

En el asunto *Carbotermo*³⁰, el Tribunal estimó que el control que un poder adjudicador ejerce sobre otra entidad y que no va más allá de la **capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconoce** a la mayoría de los socios, podría no bastar para constituir control a efectos del primer criterio *Teckal*. En tal caso, la capacidad del poder adjudicador para influir en las decisiones de la entidad se ve considerablemente limitada³¹. De igual modo, si el poder adjudicador ejerce su influencia en las decisiones de la entidad solo a través de una **sociedad holding**, ello puede debilitar el posible control que aquel ejerza. Por tanto, el primer criterio *Teckal* podría no cumplirse³².

En el asunto *Sea*³³, la entidad interna era una sociedad por acciones. Si bien esa forma de sociedad no excluye la posibilidad de control interno, el Tribunal estudió en detalle las facultades específicas de que gozaban los poderes adjudicadores, en particular aquellas que les permitirían controlar los órganos de gestión de la entidad interna y que van más allá de las normas habituales aplicables a ese control en una sociedad por acciones.

- Independencia/orientación de mercado potenciales de la entidad interna

En los asuntos *Coditel* y *Sea*, el Tribunal manifestó que si la entidad controlada adquiriera vocación de mercado y un margen de autonomía que pusiera en precario el control ejercido por los poderes adjudicadores³⁴, el primer criterio *Teckal* ya no se cumpliría. A este respecto, por ejemplo, habría que tomar en consideración el **alcance geográfico y material** de las actividades de la entidad controlada y la **posibilidad de que entable relaciones con empresas del sector privado**. Cabría presumir que la entidad controlada no tiene vocación de mercado si geográficamente sus actividades se limitaran al territorio de los poderes adjudicadores a los que pertenece, y si su **gama de actividades** (dicho de otro modo, sus objetivos)³⁵ se circunscribiera a la ejecución de tareas para dichos poderes adjudicadores. Esta verificación llevó a la conclusión de que existía control interno en los asuntos *Coditel* y *Sea*, pero no en el asunto *Parking Brixen*.

La entidad controlada puede **establecer relaciones con empresas del sector privado**, siempre que sean accesorias a la actividad esencial de la entidad, a saber, la gestión de servicios públicos³⁶. La prohibición absoluta de entablar relaciones con empresas del sector privado vaciaría de sentido el segundo criterio *Teckal*.

Ejemplo: si la actividad principal de la entidad interna es la recogida de residuos, y su clasificación selectiva, en nombre de los poderes adjudicadores, esa actividad podría

²⁹ Asunto *Coditel*, apartado. 37.

³⁰ Véase la nota 22.

³¹ Asuntos *Carbotermo*, apartado 38; *Parking Brixen*, apartado 70.

³² Asunto *Carbotermo*, apartados 38 y 39.

³³ Véase la nota 27.

³⁴ Asuntos C-324/07, *Coditel*, apartado 36; C-573/07, *Sea*, apartado 73.

³⁵ Asuntos *Coditel*, apartado 38; *Sea*, apartados 74-76.

³⁶ Asunto C-573/07, *Sea*, apartados 79-80.

exigir, como actividad accesorio, la venta para el reciclaje, a organismos especializados del sector privado, de ciertas categorías específicas de residuos recuperados³⁷.

3.2.3. *Segundo criterio en el asunto Teckal: la parte esencial de las actividades de la entidad interna debe consistir en tareas asignadas por la entidad o entidades que la controlan (dependencia económica)*

A fin de poder beneficiarse de la excepción por condición de interna, la entidad controlada debe desarrollar la **parte esencial de su actividad** con el poder o poderes adjudicadores. La finalidad de este criterio es velar por que la normativa sobre contratación pública de la UE siga siendo aplicable en el supuesto de que una entidad controlada por uno o varios poderes adjudicadores opere en el mercado y, por tanto, pueda entrar en competencia con otras empresas³⁸.

En el asunto *Carbotermo*, el TJE consideró que el umbral del 80 %, basado en el volumen de negocios, que establece la Directiva sobre servicios públicos, por encima del cual los contratos adjudicados a empresas asociadas pueden quedar fuera del ámbito de aplicación de esa Directiva, no puede utilizarse como referencia a efectos de la Directiva sobre contratos del sector público³⁹.

No obstante, en esa misma sentencia, el Tribunal realizó importantes aclaraciones sobre la expresión «lo esencial de su actividad»⁴⁰. A juicio del Tribunal, este criterio se cumple solo si las actividades de la entidad interna se destinan **principalmente** al poder adjudicador. El resto de su actividad ha de tener un **carácter** meramente **marginal**.

A efectos de este análisis, serán pertinentes **todas aquellas actividades que la entidad interna desarrolle en el marco del contrato adjudicado por el poder adjudicador. Esta consideración resulta procedente** con independencia de la identidad del beneficiario (ya sea este el poder adjudicador, ya el usuario de los servicios), de la entidad que remunere al contratista (ya se trate del poder adjudicador, ya de terceros usuarios de los servicios) o del territorio en el que se presten los servicios.

Si la entidad interna está bajo el control conjunto de varios poderes adjudicadores, el requisito relativo a «lo esencial de su actividad» se cumplirá si la entidad interna realiza tal actividad, no necesariamente con uno u otro de tales poderes adjudicadores, sino con dichos poderes adjudicadores considerados en su conjunto. Por consiguiente, **la actividad que procede tomar en consideración en el caso de una entidad interna**

³⁷ Asunto C-573/07, *Sea*, apartado 78.

³⁸ Asunto *Carbotermo*, apartado 60.

³⁹ Asunto *Carbotermo*, apartado 55. Esta sentencia se refería a la «antigua» Directiva de servicios públicos (93/38). No obstante, de forma análoga, el artículo 23 de la «nueva» Directiva de servicios públicos (2004/17/CE) establece un umbral del 80 %, basado en el volumen de negocios, por encima del cual los contratos adjudicados a las denominadas empresas asociadas pueden quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

⁴⁰ Asunto *Carbotermo*, apartados 63-68

controlada por varios poderes adjudicadores es la que dicha empresa realiza con este conjunto de poderes adjudicadores⁴¹.

3.2.4. *Otros interrogantes abiertos en los supuestos de entidades internas*

Hasta el momento, no existe jurisprudencia directa del Tribunal con respecto a lo que a continuación se expone, si bien son situaciones que pueden darse en la práctica.

- ¿Puede haber capital privado en la entidad que ejerce el control?

Cabe plantearse la existencia potencial de capital privado en la entidad que ejerce el control en el caso de organismos de Derecho público, y no puede excluirse que dicha entidad esté aún en situación de ejercer el control interno sobre otra entidad.

- ¿Es posible una «adjudicación de contrato inversa» (la entidad controlada que adjudica un contrato a la matriz)?

En caso de «adjudicación de contrato inversa», cabe observar que la lógica del concepto de «interno», esto es, la ausencia de dos entidades dotadas de voluntades independientes, seguiría siendo pertinente.

- ¿Son posibles los contratos entre dos entidades internas «hermanas» (esto es, contratos entre dos entidades internas controladas por la misma matriz)?

En el caso de contratos entre entidades internas «hermanas», ninguna de estas entidades ejerce control sobre la otra, pero ambas están bajo el control de una misma entidad matriz. La jurisprudencia en torno al concepto de «interno» no parece eximir los contratos públicos normales celebrados entre estas entidades (las entidades internas «hermanas») del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre contratación, pues ninguna de las dos controla a la otra. Sin embargo, sí podría ajustarse formalmente a la jurisprudencia sobre el concepto de «interno» un caso en el que, por ejemplo, un poder adjudicador que poseyera y controlara dos entidades hiciera un pedido de ciertos artículos a una de estas entidades internas y los entregara a la otra entidad.

3.3. Cooperación no institucionalizada/horizontal para desempeñar las tareas públicas de forma conjunta⁴²

3.3.1. *Características principales de una cooperación horizontal entre poderes adjudicadores que no entra en el ámbito de aplicación de las normas sobre contratación pública de la UE*

En su sentencia en el asunto *Hamburgo*⁴³, el Tribunal admitió también la cooperación público-pública al margen del concepto de uso conjunto de las entidades internas

⁴¹ Asunto *Carbotermo*, apartados 70-71

⁴² El Tribunal no definió este término específicamente al abordarlo en su sentencia, por tanto queda abierta la posibilidad de que se refiera a tareas: i) efectivamente realizadas por el poder adjudicador, ii) que legalmente puede realizar, o iii) que tiene la obligación legal de realizar. Los servicios de la Comisión consideran que es posible interpretar este término en sentido amplio.

⁴³ Véase la nota 6.

controladas. El Tribunal subrayó que la legislación de la UE no exige que los poderes adjudicadores utilicen ninguna forma jurídica en particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente⁴⁴. A efectos del presente documento, este tipo de cooperación se considera «no institucionalizada» u «horizontal»; en ella participan diversos poderes adjudicadores.

Hasta ahora esta es la única sentencia del Tribunal sobre la cooperación público-pública que no se refiere a entidades internas de control conjunto. El Tribunal parece haberse basado en muchas circunstancias concretas, pertinentes en ese asunto en particular, para llegar a sus conclusiones.

No obstante, considerando los aspectos de la sentencia que podrían resultar pertinentes con carácter general, parece razonable llegar a la conclusión de que los poderes adjudicadores pueden establecer una cooperación horizontal entre sí (sin crear una entidad «interna» de control conjunto) que comporte la celebración de acuerdos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE, siempre y cuando se den, al menos, las siguientes circunstancias:

- en la cooperación intervienen solo poderes adjudicadores, y no hay participación de capital privado⁴⁵;
- el acuerdo reviste el carácter de una cooperación real con vistas al desempeño conjunto de una tarea común, frente a un contrato público normal; y
- la cooperación se rige solo por consideraciones de interés público.

3.3.2. *Cómo diferenciar entre una verdadera «cooperación» y un contrato público normal*

De acuerdo con la sentencia dictada en el asunto *Hamburgo*, la cooperación tiene por objeto **garantizar el desempeño de una misión de servicio público que compete a todas las partes cooperantes**. Esta ejecución conjunta se caracteriza por la participación y las obligaciones recíprocas de las partes contratantes, que generan efectos sinérgicos recíprocos. Ello no implica necesariamente que cada una de las partes cooperantes participe por igual en el desempeño efectivo de esa misión: la cooperación puede basarse en una división de tareas o en una cierta especialización. De cualquier modo, el contrato ha de responder a un **objetivo común**, esto es, el desempeño conjunto de una misma misión.

Ejemplo: si las partes cooperantes tienen como objetivo común el tratamiento de residuos, podrían dividirse las pertinentes tareas, de tal forma que una se encargara de

⁴⁴ Ídem, apartado 47.

⁴⁵ En la sentencia dictada en el asunto *Hamburgo*, el Tribunal se refería a «autoridades públicas», pero los servicios de la Comisión consideran que una cooperación horizontal de este tipo podría estar abierta a todas las categorías de poderes adjudicadores, esto es, también a organismos de Derecho público. Por otra parte, la consecuencia lógica del criterio según el cual en esa cooperación horizontal no debe haber capital privado es que tal cooperación no es posible en el caso de organismos de Derecho público en los que participe el capital privado.

recoger y otra de incinerar los residuos.

Una lectura general de la jurisprudencia indica también que el acuerdo ha de revestir el carácter de una cooperación real, frente a un contrato público normal en el que una de las partes realiza una cierta tarea a cambio de una retribución⁴⁶. Si un poder adjudicador asigna unilateralmente una tarea a otro, ello no puede considerarse cooperación.

Ejemplo: el suministro de electricidad a los edificios administrativos de una ciudad por una empresa de servicio público de otra ciudad sin procedimiento de contratación previo.

La cooperación se rige por consideraciones relativas a la persecución de objetivos de interés público. Por consiguiente, puede comportar derechos y obligaciones recíprocos, pero no **transferencias financieras** entre las partes públicas cooperantes, salvo el reembolso de los costes **reales** de las obras, servicios o suministros. La prestación de servicios a cambio de retribución es una característica de los contratos públicos sujetos a las normas sobre contratación pública de la UE.

3.3.3. *Posibles restricciones en cuanto a las actividades que pueden desarrollarse en el mercado comercial*

El Tribunal manifestó que la cooperación debería guiarse solo por consideraciones de interés público. Así pues, no estaría exenta si se guiara, esto es, estuviera principalmente determinada, por otro tipo de consideraciones, en especial de carácter comercial. Por tanto, en principio, las partes cooperantes no deberían desarrollar actividades de mercado en el marco de la cooperación. Dicho de otro modo, el acuerdo de cooperación no debe incluir actividades que vayan a ofrecerse en el mercado abierto⁴⁷.

Ejemplo: si las partes cooperantes en el asunto *Hamburgo* hubieran construido una planta de incineración de residuos de una capacidad superior a sus necesidades, a fin de vender la capacidad excedentaria en el mercado abierto y con ánimo de lucro, su cooperación no se habría guiado solo por consideraciones y exigencias relativas al interés público.

3.4. Resumen

Por todo lo expuesto, cabe considerar que los contratos públicos normales entre poderes adjudicadores siguen estando sujetos a las obligaciones de licitación (p.ej., en caso de adquisición de ciertos servicios a otro poder adjudicador). No obstante, los poderes adjudicadores pueden crear estructuras para cooperar entre sí, ya sean o no institucionalizadas⁴⁸.

⁴⁶ Asunto C-275/08, *Comisión/Alemania*, Rec. 2009, p. I-00168.

⁴⁷ Si, por razones prácticas, esa exclusión absoluta fuera contraria al interés público general que rige la cooperación (p.ej., un uso económicamente razonable de los recursos), podría resultar aceptable una actividad auxiliar y de carácter marginal con entidades que no participen en la cooperación (por ejemplo, un uso razonable de una posible capacidad excedentaria).

⁴⁸ Se ha dicho que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sitúa esta jurisprudencia del Tribunal en una nueva óptica. Es cierto que el Tratado de Lisboa conlleva cambios importantes para el conjunto del sistema jurídico de la UE, que deberían tomarse en consideración también a la hora de interpretar el Derecho derivado de la UE. Una de las modificaciones importantes que introduce

Los servicios de la Comisión estiman que las dos formas de cooperación público-pública, esto es, vertical y horizontal, son igualmente válidas para que los poderes adjudicadores organicen el desempeño de sus tareas públicas sin tener que aplicar la normativa sobre contratación pública de la UE. El Tribunal ha corroborado claramente que la normativa de la UE no impone a los poderes adjudicadores el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público. Aunque, estructuralmente, cabe diferenciar entre dos distintos tipos de cooperación público-pública a los que no es aplicable la normativa de la UE sobre contratación pública, ambos comparten algunas características.

- Uso de recursos propios en cooperación con otros

Un poder adjudicador puede desempeñar sus tareas de servicio público mediante sus propios recursos, sin recurrir a entidades ajenas a sus propios servicios, y puede hacerlo en cooperación con otros poderes adjudicadores⁴⁹, bien de forma institucionalizada, esto es, mediante una entidad interna de control conjunto, bien de forma no institucionalizada.

- Solo intervienen poderes adjudicadores; no hay participación de capital privado

En segundo lugar, de la jurisprudencia del Tribunal⁵⁰ parece desprenderse con claridad que cualquier cooperación dentro del sector público, si ha de quedar exenta de la aplicación de la normativa de la UE sobre contratación pública, debe ser siempre estrictamente pública. Por lo tanto, la participación de capital privado en alguna de las entidades cooperantes impedirá que esa cooperación quede exenta de la aplicación de la citada normativa⁵¹.

- La orientación no es de mercado

Si las entidades cooperantes tienen orientación de mercado entran en competencia directa con los operadores privados, con objetivos e instrumentos comerciales iguales o similares. Toda cooperación exenta de la aplicación de las normas sobre contratación y cuya finalidad sea el desempeño de una tarea pública ha de involucrar solo a entidades cuya actividad principal no sea una actividad de mercado con fines comerciales. Esto se

el Tratado de Lisboa es el reconocimiento de la autonomía local y regional (artículo 4, apartado 2, del TUE). Por otra parte, el artículo 1 del Protocolo (nº 26) sobre los servicios de interés general reconoce el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios. Estas disposiciones confirman el derecho de las autoridades a decidir cómo ejecutar servicios que están obligadas a prestar al público. Asimismo, aunque la existencia de este derecho no se ha puesto en duda ni siquiera en el pasado, es obvio que se debe ejercer conforme a otras disposiciones del Derecho de la UE. Por tanto, ciertas decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores podrían conllevar la necesidad de cumplir la legislación sobre contratación pública de la UE. La legislación de la UE no exige a los poderes adjudicadores que externalicen, sino que garanticen que si deciden involucrar a una entidad aparte –ya sea pública o privada- con carácter comercial, ello se haga de forma transparente y no discriminatoria.

⁴⁹ Asuntos *Coditel*, apartados 48 y 49; *Hamburgo*, apartado 45.

⁵⁰ Asunto C-26/03, *Stadt Halle*.

⁵¹ Asuntos *Stadt Halle*; *Hamburgo*, apartados 44 y 47.

debe principalmente al hecho de que las partes cooperantes han de ser poderes adjudicadores. La condición de autoridades públicas impone límites a sus actividades, al tiempo que los organismos de Derecho público deben crearse «específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil».

Además, en una cooperación de tipo vertical, la entidad interna ha de desarrollar la parte esencial de sus actividades en beneficio de los poderes adjudicadores que la controlan. Cualquier actividad desarrollada en el mercado ha de ser marginal frente a esas actividades esenciales, ya que una posible orientación de mercado fragilizaría el control conjunto que exige una cooperación vertical.

En cuanto a la cooperación horizontal, el Tribunal declaró que esta no cuestiona el objetivo principal de la normativa sobre contratación pública de la UE, a saber, la libre prestación de servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la cooperación entre autoridades públicas se rijan únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público⁵². Así sucede cuando la cooperación no se guía por consideraciones comerciales.

- Tipo de conexión entre las partes cooperantes

En la sentencia dictada en el asunto *Hamburgo*, el Tribunal subrayó que la normativa de la UE no exige que los poderes adjudicadores utilicen una determinada forma jurídica para el desarrollo conjunto de sus tareas de servicio público. Aunque tal exigencia no existe, examinando las dos formas de cooperación público-pública, esto es, vertical y horizontal, cabe observar que el tipo de conexión entre las entidades que cooperan no es igual y ha de examinarse.

En la cooperación institucionalizada, es la presencia de un control interno (conjunto) lo que puede llevar a eximir del ámbito de aplicación del régimen de contratación incluso un acuerdo que normalmente habría estado regulado por él. En otras palabras, la excepción por condición de interna se aplica a un contrato público para la realización de una tarea a cambio de remuneración que, de no ser por esa condición, estaría cubierto por la normativa.

Por el contrario, en el caso de la cooperación no institucionalizada, a fin distinguirla de un contrato público normal, parece importante que aquella implique derechos y obligaciones recíprocos que vayan más allá de la «realización de una tarea a cambio de una remuneración» y que el objetivo de la cooperación no sea de naturaleza comercial.

⁵² Asunto *Hamburgo*, apartado 47.

Cuadro resumen

I. Contratos públicos entre poderes adjudicadores independientes: aplicación de las normas sobre contratación

II. Tareas públicas ejecutadas conjuntamente por poderes adjudicadores utilizando sus propios recursos

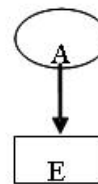
a) Control interno (un poder adjudicador otorga un contrato a una entidad interna)

Tres condiciones comunes:

- ausencia de capital privado en la entidad interna;
- el poder adjudicador (o los poderes adjudicadores, conjuntamente) ejerce sobre la entidad interna un control análogo al que un poder adjudicador ejercería sobre sus propios servicios;
- la entidad interna desarrolla la parte esencial de sus actividades en beneficio del poder o poderes adjudicadores que la controlan.

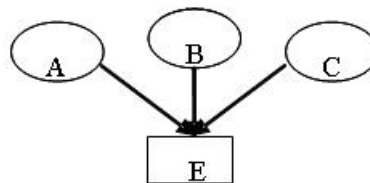
Un solo poder adjudicador controla su propia entidad interna

A es un poder adjudicador y E es una entidad jurídica aparte, organizativa y económicamente dependiente de A



Varios poderes adjudicadores controlan conjuntamente una entidad interna

A, B y C son poderes adjudicadores y E es una entidad jurídica aparte, organizativa y económicamente dependiente de los tres poderes adjudicadores.



b) Cooperación entre poderes adjudicadores sin crear una estructura específica

Tres condiciones:

- el acuerdo involucra solo a poderes adjudicadores, no hay participación de capital privado;
- la finalidad del acuerdo es la de una cooperación real para el desempeño conjunto de una tarea común, frente a un contrato público normal; y

- la cooperación se rige solo por consideraciones relativas a objetivos de interés público.

4. TAREAS PÚBLICAS DESEMPEÑADAS MEDIANTE RECURSOS EXTERNOS – OTRAS RELACIONES DENTRO DEL SECTOR PÚBLICO

En el presente apartado se abordan aquellas situaciones en las que la tarea de interés público asignada a un poder adjudicador se realiza, en última instancia, mediante recursos ajenos al poder adjudicador. Puede ser este el caso si la **competencia** para la realización de la tarea de interés público se cede a otra autoridad pública. El **desempeño** de una determinada tarea puede también encomendarse a otra entidad. Esto puede hacerse i) sin establecer vínculos contractuales, ii) recurriendo a otro poder adjudicador que goza de un derecho exclusivo, o iii) mediante contratación conjunta con otro poder adjudicador o a través de centrales de compra.

4.1. Redistribución de competencias entre autoridades públicas

La competencia jurídica para desempeñar una tarea de interés público puede entenderse como la obligación y el derecho exclusivos de realizarla mediante los propios medios administrativos, técnicos y de otro tipo, o recurriendo a entidades externas. El concepto de competencia para el desempeño de una determinada tarea de interés público engloba la autoridad oficial necesaria para establecer el marco reglamentario en el que se inscriba la realización de dicha tarea por la autoridad afectada.

La organización de la Administración nacional como tal no forma parte de las competencias de la UE. Por consiguiente, corresponde a cada Estado miembro organizar o reorganizar su Administración y, en el contexto de dicha reorganización, autorizar la cesión entre autoridades de competencias para el desempeño de determinadas tareas públicas. (Por su naturaleza, el proceso aquí descrito no involucra a ninguna entidad privada o de capital mixto).

El objetivo de las normas sobre contratación pública es regular las situaciones en las que un poder adjudicador contrata bienes, servicios u obras, esto es, la realización de ciertas actividades económicas, a fin de satisfacer sus propias necesidades o las de los ciudadanos. Un poder adjudicador que cede todas las competencias para el desempeño de una determinada tarea no contrata ningún servicio para sus propios fines. En lugar de ello, cede la responsabilidad de esa determinada tarea a otra entidad.

La cesión de competencias entre poderes adjudicadores para el desempeño de una determinada tarea no se rige por las normas de contratación pública, que se basan, en parte, en el artículo 56 del TFUE (ex artículo 49 TCE), esto es, en la libre prestación de servicios.

Transferir la competencia para el desempeño de una determinada tarea pública de un organismo público a otro implica ceder la autoridad oficial y las posibles actividades económicas conexas. Por ejemplo, en el caso de la gestión de residuos, ceder todas las competencias supondrá ceder el derecho a fijar las tarifas, a establecer las normas de recogida, clasificación, almacenamiento y tratamiento de los residuos, así como el

derecho a gestionar esa tarea y, finalmente, ejecutarla de acuerdo con esas normas. El conjunto de estos derechos conforman la autoridad oficial. Entre ellos figura el derecho de determinar cómo han de desarrollarse las actividades económicas concretas necesarias para desempeñar la tarea pública (p.ej., la recogida, el transporte, el almacenamiento, la eliminación y el reciclado de los residuos): bien por el propio organismo público, bien por un tercero mandatado por este.

Aunque en los Estados miembros se dan situaciones de cesión de competencias, ni la normativa de la UE ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo reconocen explícitamente.

El Tribunal se ha referido a la cesión de poder público en una ocasión⁵³, al invocar un Estado miembro la cesión de competencias de un organismo público a un tercero. Con arreglo a esta jurisprudencia, **no** existe cesión de competencias si:

- la entidad pública inicialmente competente sigue siendo esencialmente responsable de un proyecto, ya que tiene la obligación jurídica de no desprenderse de su tarea;
- la nueva entidad solo puede asumir legalmente las pertinentes actuaciones con el consentimiento previo de la entidad pública inicialmente competente; y
- la nueva entidad está financiada por la entidad pública inicialmente competente para desempeñar las tareas, con el resultado de que no dispone de margen de maniobra.

Según esto, lo que caracteriza la cesión de competencias entre organismos públicos en el contexto de la organización o reorganización de la Administración pública es el hecho de que dicha cesión ha de ser plena. El organismo que cede la competencia no conserva ninguna responsabilidad. El beneficiario de la cesión debe ejercer las competencias de forma independiente y bajo su propia responsabilidad.

En particular, el organismo cedente no retiene el derecho a decidir sobre la ejecución de actividades económicas desarrolladas en el contexto de la pertinente tarea pública. Tales actividades se ejecutan bajo la autoridad del cesionario.

No obstante, ello no excluye la posibilidad de que el organismo cedente pueda ejercer alguna influencia sobre cómo organizar en la práctica el desempeño de esa tarea pública. Más concretamente, funcionarios del organismo público cedente podrían ser miembros de los órganos ejecutivos o de gestión de la autoridad a la que se haya cedido la competencia sobre la tarea pública considerada. La autoridad cedente puede también conservar el derecho a recibir cierta información.

De este modo, cabe llegar a la conclusión de que si, por ejemplo, varias autoridades públicas decidieran crear una nueva entidad a la que ceder íntegramente una cierta

⁵³ Asunto C-264/03, *Comisión/Francia*, apartado 54, Rec. 2005, p. I-08831. Véanse también las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, de 24 de noviembre de 2004, apartados 39-41.

competencia, o una autoridad pública decidiera ceder sus competencias a una entidad ya existente, y la tarea pública fuera entonces desempeñada por la entidad cesionaria con total independencia y bajo su propia responsabilidad, no conservando las autoridades públicas cedentes ningún control sobre el servicio, en este caso, la normativa sobre contratación de la UE no sería aplicable.

4.2. Asignación no contractual de tareas

Las Directivas sobre contratación pública de la UE presuponen la existencia de un contrato, lo cual exige al menos dos entidades jurídicamente diferenciadas, independientes entre sí a la hora de tomar decisiones⁵⁴. Un contrato consiste, esencialmente, en un acuerdo de voluntades, en el que las partes en el mismo pueden decidir si desean iniciar o concluir el vínculo contractual⁵⁵. Otros signos de la existencia de un contrato son la capacidad de las partes para negociar el contenido real de los servicios que hayan de prestarse y las tarifas de los mismos⁵⁶. Un contrato implica una relación sinalagmática. Si no existe contrato, las Directivas sobre contratación pública de la UE no se aplican. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, si una entidad realiza una actividad como consecuencia de las obligaciones que le incumben en virtud de la legislación nacional, y no con carácter contractual, no debe aplicar las citadas Directivas.

Más específicamente, en el asunto *Tragsa*⁵⁷, el Tribunal consideró que, de conformidad con la legislación nacional aplicable, la empresa pública Tragsa no tenía más opción que aceptar una tarea asignada o la tarifa por sus servicios, estando obligada por ley a cumplir los requerimientos del poder adjudicador, puesto que dicha empresa constituía un medio propio instrumental y un servicio técnico de dicho poder adjudicador. El Tribunal sostuvo que las relaciones de Tragsa con los poderes adjudicadores que utilizaban sus servicios no eran de naturaleza contractual, sino que eran, a todos los efectos, dependientes y subordinadas⁵⁸. Por tanto, las Directivas sobre contratación pública de la UE no eran aplicables a esta relación.

Ahora bien, es preciso subrayar que la aplicación del Tratado de Funcionamiento de la UE no depende de que exista o no un contrato. El Tratado se aplica siempre que un poder adjudicador «*encomiende la prestación de actividades económicas a un tercero*»⁵⁹. Por otro lado, el Tribunal también reconoce la excepción por «condición de interna» en el contexto del Tratado.

⁵⁴ Asunto *Teckal*, apartado 51.

⁵⁵ Asunto C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) y Administración del Estado*, apartado 54, Rec. 2007, p. I-02999, y asunto C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado*, apartado 55, Rec. 2007, p. I-12175.

⁵⁶ Véase *ibid.*

⁵⁷ Asunto C-295/05, *Tragsa*.

⁵⁸ Asunto C-295/05, *Tragsa*, apartado 51.

⁵⁹ Asunto *Parking Brixen*, apartado 61.

4.3. Relación entre las normas sobre contratación pública y ciertos derechos exclusivos

Si un poder adjudicador goza de un derecho exclusivo, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva 2004/18/CE, otros poderes adjudicadores solo pueden adjudicar sus respectivos contratos de servicios a esa entidad. Esta disposición se introdujo, esencialmente, para evitar procedimientos de licitación en aquellos casos en los que, debido a la existencia de un derecho exclusivo, en última instancia el contrato solo podía adjudicarse a una determinada entidad.

Genéricamente, la expresión «derechos exclusivos» podría referirse a situaciones muy diversas, desde la reserva de la totalidad de un sector económico a las autoridades públicas, a la asignación exclusiva de una tarea específica a una cierta empresa. Sin embargo, no todos los derechos exclusivos conllevan la exención de adjudicar un contrato de servicio público mediante licitación. El artículo 18 dispone que el pertinente derecho exclusivo debe ser otorgado mediante disposición legal, reglamentaria o administrativa, que ha publicarse y ser compatible con el Tratado. **Además, el artículo 18 se refiere solo a los derechos otorgados a determinados organismos del sector público para prestar servicios al sector público, con carácter de exclusividad.** La limitación de tal excepción a los contratos adjudicados a entidades que sean ellas mismas poderes adjudicadores garantiza la convocatoria de licitaciones en los mercados descendentes, ya que el poder adjudicador que goza del derecho exclusivo ha de atenerse a lo dispuesto en las Directivas sobre contratación pública de la UE al efectuar sus propias compras.

- Compatibilidad con el Tratado

La disposición legal, reglamentaria o administrativa publicada debe ser compatible con las disposiciones pertinentes del Tratado, en concreto los artículos 49 (ex artículo 43 TCE) y artículo 56 (ex artículo 49 TCE) del TFUE y con las normas y principios que se derivan de esos artículos. Tales normas y principios se refieren a la no discriminación, la transparencia, la proporcionalidad, el reconocimiento mutuo y la protección de los derechos de las personas.

Un derecho exclusivo que, por definición, restringe la libertad de prestación de servicios de otras entidades, se justifica solo en determinadas condiciones⁶⁰.

En concreto, el derecho exclusivo debe estar justificado, bien por una excepción expresamente establecida en el Tratado (ejercicio del poder público, artículo 51 del TFUE [ex artículo 45 TCE]), por razones de orden público, seguridad y salud públicas (artículo 52 del TFUE [ex artículo 46 TCE]), bien, según jurisprudencia del Tribunal, por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización

⁶⁰ Asunto 203/08, *The Sporting Exchange Ltd, que actúa bajo el nombre de Betfair/Minister van Justitie*, apartados 23-25, Rec. 2010, pendiente de publicación. Asunto C-124/97, *Markku Juhani Läära, Cotswold Microsystems Ltd y Oy Transatlantic Software Ltd/Kihlakunnansyöttäjä (Jyväskylä) y Suomen valtio* (Estado finlandés), apartados 29-31, Rec. 1999, p. I-06067. Asunto C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International Ltd/Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, apartados 52-55, Rec. 2009, p. I-07633.

del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, y que deben, en todo caso, aplicarse sin discriminación⁶¹⁶².

- ¿Exige el requisito de no discriminación que el derecho exclusivo se otorgue en condiciones de competencia?

Como se ha indicado, el artículo 18 se refiere a los derechos otorgados a determinados organismos del sector público para prestar servicios al sector público, con carácter de exclusividad. Si la restricción de la libre prestación de servicios se justifica por razones imperiosas de interés general, una de las condiciones que ha de cumplirse es que la medida no sea discriminatoria. Ello quiere decir que, en general, ninguna entidad privada debe estar en situación de ventaja frente a sus competidores. Así, si hubiera de otorgarse un derecho exclusivo a un poder adjudicador en el que existiera participación de capital privado (lo que puede ocurrir en el caso de un organismo de Derecho público), difícilmente podría cumplirse este principio sin un procedimiento transparente que garantice la igualdad de trato⁶³. Por otra parte, vistos los antecedentes y la finalidad del artículo 18, así como la reciente jurisprudencia dictada en situaciones comparables, ello podría no ser necesario si el beneficiario del derecho exclusivo fuera un organismo público, como puede ser un poder adjudicador sin capital privado⁶⁴.

4.4. Relaciones entre poderes adjudicadores en el contexto de acuerdos de compra conjuntos o centralizados

La contratación conjunta puede revestir diversas formas, que van desde la organización de una licitación común específica, al recurso sistemático a la especialización (p.ej., un poder adjudicador asume la responsabilidad de ciertos tipos de contratos que han de utilizar todas las entidades consideradas, al tiempo que otra se ocupa de otro tipo de contratos, etc.) o la creación de una estructura (órgano) específica. Las relaciones entre los diversos participantes puede o no estar sujeta a las normas sobre contratación pública de la UE, en función del método elegido.

Si se trata solo de cooperación administrativa para la redacción de un pliego de condiciones común, que no precisa de ningún contrato a título oneroso entre las partes, esto es, si los poderes adjudicadores se limitan a organizar una licitación común, están aplicando las normas sobre contratación pública conjuntamente, pero su cooperación no

⁶¹ Asunto C-243/01, *Gambelli*, apartado 65, Rec. 2003, p. I-13031; asunto C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros/Commissariaat voor de Media*, Rec. 1991, p. I-04007.

⁶² Por otro lado, las decisiones de otorgar derechos exclusivos a empresas pueden constituir una vulneración del Tratado en el caso de que: las necesidades de servicio público que haya de satisfacer el proveedor de servicios no estén debidamente especificadas (asunto C-66/86, *Silver Line Reisebüro*, Rec. 1989, p. I-803); el proveedor de servicios no pueda manifiestamente satisfacer el servicio solicitado (asunto C-41/90, *Höfner*, Rec. 1991, p. I-1979); o exista otra forma de satisfacer dichas necesidades menos perjudicial para la competencia (asunto T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, Rec. 1999, p. II-2329). Asimismo, no se cumplirá la condición de que el derecho exclusivo sea compatible con el Tratado si la medida a través de la cual se otorga es incompatible con el Derecho derivado de la UE (asunto C-220/06, *Correos*, apartados 64-66).

⁶³ Véase, por analogía, el asunto C-203/08, *Sporting Exchange Ltd*, apartados 47 y 50.

⁶⁴ Ídem, apartados 59-60.

está sujeta a esas normas. El artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18/CE, define a los poderes adjudicadores, entre otras cosas, como las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes, esto es, uno o varios entes territoriales u organismos de Derecho público. Esta disposición podría ser de interés en el contexto de la cooperación público-pública.

Por otra parte, en los Estados miembros se han desarrollado determinadas técnicas de centralización de adquisiciones. Las centrales de compras son poderes adjudicadores que se encargan de efectuar adquisiciones o adjudicar contratos públicos/acuerdos marco destinados a otros poderes adjudicadores. El artículo 11 de la Directiva 2004/18/CE prevé explícitamente que los poderes adjudicadores podrán adquirir obras, suministros y/o servicios por medio de centrales de compras. Las centrales de compras pueden actuar como mayoristas (hacen adquisiciones a fin de que otros poderes adjudicadores puedan comprarles *a ellas*) o como intermediarios que gestionan los procedimientos de adjudicación y los contratos, de forma que otros poderes adjudicadores puedan hacer adquisiciones *a través de ellas*. En ambos casos, no es necesario organizar procedimientos de contratación por lo que atañe a las relaciones entre las centrales de compras y los poderes adjudicadores que recurren a ellas, siempre y cuando aquellas hayan adjudicado sus contratos conforme a la Directiva sobre contratación pública de la UE.

ANEXO I

Lista de asuntos del Tribunal

Asunto C-480/06, Comisión/Alemania, Rec. 2009, p. I-04747.

Asunto C-107/98, Teckal Srl/Comune di Viano y Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Rec. 2009, p. I-08121.

Asunto C-84/03, Comisión/ España, Rec. 2005, p. I-00139.

Asunto C-26/03, Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energiewerwertungsanlage TREA Leuna, Rec. 2005, p. I-00001 .

Asunto C-324/07, Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale, Rec. 2008, p. I-08457.

Asunto C-573/07, Sea Srl/Comune di Ponte Nossa, Rec. 2009, p. I-08127.

Asunto C-29/04 Commission/Austria, Rec. 2005, p. I-09705.

Asunto C-340/04, Carbotermo SpA y Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio y AGESP SpA., Rec. 2006, p. I-04137.

Asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG., Rec. 2005, p. I-08585.

Asunto C-371/05, Comisión/Italia, Rec. 2008, p. I-00110.

Asunto C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti, Rec. 2005, p. I-07287.

Asunto 275/08, Comisión/Alemania, Rec. 2009, p. I-00168.

Asunto C-264/03, Comisión/Francia, Rec. 2005, p. I-08831.

Asunto C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) y Administración del Estado, Rec. 2007, p. I-02999.

Asunto 203/08, The Sporting Exchange Ltd, que actúa bajo el nombre de Betfair/Minister van Justitie, Rec. 2010, pendiente de publicación.

Asunto C-124/97, Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd y Oy Transatlantic Software Ltd/Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) y Suomen valtio (Estado finlandés), Rec. 1999, p. I-06067.

Asunto C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International Ltd/Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Rec. 2009, p. I-07633.

Case C-243/01, Gambelli, Rec. 2003, p. I-13031.

Asunto C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros / Commissariaat voor de Media, Rec. 1991, p. I-04007.

Asunto C-66/86, Silver Line Reisebüro, Rec. 1989, p. I-803.

Case C-41/90, Höfner, Rec. 1991, p. I-1979.

Asunto T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Rec. 1999, p. II-2329.

Asunto C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado, Rec. 2007, p. I-12175.