

UNIÓN EUROPEA

LA POSITIVIZACIÓN DE LA DOCTRINA «IN HOUSE» Y, CON ELLA, LA DE LA «COLABORACIÓN HORIZONTAL» ENTRE PODERES PÚBLICOS PARA LA REALIZACIÓN EN COMÚN DE TAREAS DE SERVICIO PÚBLICO

La positivización de la doctrina «in house» y, con ella, la de la «colaboración horizontal» entre poderes públicos para la realización en común de tareas de servicio público

El presente artículo pretende sistematizar los requisitos de la doctrina «in house» acuñada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») y los términos en que ha quedado configurada en la nueva Directiva clásica de contratación pública. Junto con la figura de la contratación doméstica se regula también la de la «colaboración horizontal», que constituye una fórmula de organización que permite a las entidades públicas cooperar de forma conjunta en la realización de las tareas de servicio público que tengan encomendadas, sin necesidad de acudir a un procedimiento de licitación previo.

The implementation of the “in-house” doctrine and, with it, the creation of “horizontal cooperation agreements” between public authorities to jointly carry out public service tasks

This article summarises the requirements of the «in-house» doctrine established by the European Court of Justice (“ECJ”) and its characteristics following the approval of the new Public Procurement Directive. Together with «in-house» public procurement, the new Directive also regulates «horizontal cooperation agreements», which are a means of organisation that enables public authorities to cooperate to perform their public service tasks together, without a previous call for tenders being necessary

La contratación doméstica en la nueva Directiva de contratación pública

Introducción

El TJUE ha declarado que las relaciones contractuales entre poderes adjudicadores están sujetas a las Directivas de contratación pública y que, por tanto, la contratación doméstica o «colaboración vertical» y la «colaboración horizontal» (a la que se hará referencia más adelante) son excepciones a esa regla general, en la medida que eximen a las entidades públicas de convocar un procedimiento de licitación conforme a las Directivas. La interpretación de estas figuras y sus requisitos debe ser, por tanto, necesariamente restrictiva y, en todo caso, la válida utilización de este tipo de colaboración exige que el cumplimiento de los requisitos establecidos deba acreditarse por quien pretende favorecerse de su aplicación.

Sin perjuicio de los requisitos que ha ido configurando el TJUE en sus resoluciones en relación con la contratación doméstica, la práctica ha puesto de manifiesto la existencia de una notable inseguridad jurídica en su interpretación y aplicación por los distintos Estados miembros e incluso, dentro de un mismo Estado, por los distintos poderes adjudicadores. Esta situación reclamaba una regulación normativa que estableciera con mayor nitidez los requisitos esenciales que permitirán apreciar que estamos ante una relación doméstica.

La doctrina «in house», iniciada por la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999 (Asunto C-107/98, «Sentencia Teckal»), se ha regulado en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública («nueva Directiva»), por la que se deroga de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios («Directiva 2004/18/CE»).

Las distintas formas de colaboración entre entidades públicas se regulan en el artículo 12 de la nueva Directiva bajo la denominación «*contratos públicos entre entidades del sector público*». Este precepto ha sido objeto de diversas redacciones a lo largo de su tramitación, y los cambios introducidos han ido en la línea de flexibilizar alguno de los requisitos configurados por la doctrina Teckal para poder considerar a una determinada entidad como medio propio. Los dos requisitos tradicionales que deben apreciarse de forma acumulativa (el control análogo al que ejercería sobre sus propios servicios y que la entidad controlada realice la mayor parte de su actividad con el ente o entidades que la controlan) siguen resultando de aplicación, pero con algunos matices en cuanto a su configuración por la doctrina del TJUE. Debe destacarse que la nueva Directiva recoge de forma diferenciada los supuestos de «control individual» (artículo 12.1) y de «control conjunto» (artículo 12.3).

Su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea se ha producido el 28 de marzo de 2014 y el plazo máximo previsto para su transposición a los ordenamientos internos de los Estados miembros será de dos años desde su entrada en vigor, a los veinte días de su publicación.

El requisito del control análogo como exigencia de una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la entidad controlada

El hecho decisivo para verificar que un ente es controlado por otro como si de sus propios servicios se tratara está en que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente encomendante. Y para que el requisito pueda apreciarse exige que el medio propio esté sometido a un control que permita a la autoridad pública influir de forma decisiva en sus decisiones, influencia que la Sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2008 (Asunto C-324/07 «Sentencia Coditel») ya indicaba que debía ser *«determinante, tanto de objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad»*. El TJUE exige también que dicho control sea efectivo.

Dentro de las facultades de las que debe disponer la entidad encomendante, el TJUE ha hecho hincapié en la composición de los órganos de decisión, los mecanismos de control y en la capacidad de fijar las tarifas de los encargos que se realicen (sentencias de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-573/07 «Sentencia Sea» y de 19 de abril de 2007, Asunto C-295/05, «Sentencia Tragsa»).

En los supuestos de «control individual», el requisito del control análogo exigirá, en idénticos términos que lo dicho por la Sentencia Coditel, que la entidad pública controladora ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la entidad jurídica controlada. En la redacción de la última versión de la propuesta de Directiva se añadió un inciso que afirma que *«El control también podrá ser ejercido por otra entidad que esté a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador»*. El tenor literal de esta previsión genera dudas interpretativas. Dos son las posibles interpretaciones que pueden darse. La primera, considerar que una entidad que no depende directamente de la entidad controladora, pero que está controlada a su vez por esta, puede ejercer un control análogo al que realizaría sobre sus propios servicios en relación con una tercera entidad de la no depende

funcionalmente. La segunda se concretaría en que esta previsión estaría permitiendo expresamente que el control pueda hacerlo el poder adjudicador a través de otra entidad instrumental controlada también por el poder adjudicador. Esta sería la denominada relación *abuela-nieta* que se validara tácitamente por el TJUE en el caso de la Sentencia Tragsa.

La primera interpretación (relación *hermanas*) no puede descartarse, en la medida que ante el TJUE se está tramitando una cuestión prejudicial en la que precisamente lo que se plantea es un supuesto de «colaboración 'in house' horizontal». Esta cuestión planteada por el Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg (República Federal de Alemania) el 10 de enero de 2013 (Asunto C-15/13) plantea un asunto inédito que permitiría la posibilidad de que estas relaciones queden excluidas del ámbito de la Directiva. Por concepto de «operación 'in house' horizontal» se entiende la celebración de un contrato entre una entidad adjudicadora y un adjudicatario que no están vinculados entre sí por una relación de control, sino que ambos están sujetos al control análogo de la misma entidad, a su vez entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/18/CE, y desarrollan la parte esencial de su actividad para la entidad común.

El Abogado General presentó sus conclusiones el pasado 23 de enero de 2014. Sin perjuicio de que habrá de esperarse al pronunciamiento del TJUE, a los efectos de interpretación de ese inciso introducido por la nueva Directiva, resulta de interés la conclusión que alcanza el Abogado General que aboga por la posibilidad de excepcionar la aplicación de las Directivas para estas relaciones internas horizontales únicamente cuando el órgano que ejerce el control análogo sobre dos entidades, la entidad adjudicadora y la entidad adjudicataria, no solo sea el mismo, sino que también ejerza el control análogo de forma exclusiva sobre las dos entidades. La exigencia de ese control exclusivo por parte de una sola entidad adjudicadora implicaría la imposibilidad de aplicar la excepción de aplicación de las Directivas cuando el control análogo se realizara de forma conjunta por varios poderes adjudicadores.

En los supuestos de «control conjunto», además del requisito anterior referido a que esa influencia se ejerza conjuntamente entre todas las entidades controladoras, se exige, por un lado, que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los

poderes adjudicadores participantes; y, por otro, que la entidad controlada no persiga fines distintos de los de los poderes adjudicadores que influyen en ella.

La ampliación de la doctrina del TJUE al concepto de «control conjunto» se inicia con la Sentencia Tragsa, que reconoce que el control análogo puede realizarse conjuntamente entre los poderes adjudicadores participantes en la entidad controlada. Para ello, en la citada sentencia se reconoció que *“el requisito relativo al control ejercido por la autoridad pública podría cumplirse en el caso de que dicha autoridad no poseyera más del 0,25 del capital de una empresa pública”*.

En relación con este segundo aspecto, la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 (Asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, «Sentencia Econord») ha realizado aportaciones valiosas sobre los aspectos determinantes del control conjunto. En su apartado 31, aclaró que la participación meramente formal de una entidad adjudicadora en el ente instrumental no es suficiente para entender que existe control conjunto. Es preciso que las disposiciones que regulen el funcionamiento del ente instrumental confieran a esta alguna posibilidad de participar en el control. Este pronunciamiento endurece lo inicialmente validado por la Sentencia Tragsa, en la medida en que no se llegaba a verificar que las Comunidades Autónomas titulares de ese mínimo porcentaje del capital social tuvieran facultades de control efectivo sobre el ente instrumental. La Sentencia Econord (apartados 30 y 31) establece que, para verificar esa exigencia, además de que exista una participación —aunque sea minoritaria— en el capital social (cuando de una sociedad mercantil se trate), habrá de estarse a lo que regulen en cada caso los estatutos de la entidad y al grado la participación que se otorgue a los representantes de cada entidad pública que ejerza control sobre el ente instrumental.

Ello no implica, sin embargo, que en el caso de que varias Administraciones públicas utilicen un mismo ente instrumental sea imprescindible que cada una de esas Administraciones tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate (Sentencias Coditel, apartados 47 y 50 y Sea, apartado 59). El control análogo no equivale a que todas las Administraciones deban realizar un control individual e independiente sobre el ente instrumental («control conjunto» no es sinónimo de control «superpuesto»), pero tampoco puede basarse exclusivamente en el poder de control de la

Administración que tenga una participación mayoritaria en el capital de la sociedad mercantil en cuestión.

La forma en la que deba apreciarse este requisito del control análogo no se limita a la existencia de un órgano de administración en el que participen representantes de todas las Administraciones públicas que controlan el ente instrumental. Existen otras modalidades que la doctrina del TJUE ha considerado adecuadas. Las sentencias Coditel (apartado 40) y Sea (apartado 81) han declarado que la creación de unidades productivas independientes dentro de la entidad controlada, con órganos de decisión cuyas decisiones vinculen a las del órgano plenario supone un control más estricto y efectivo que el control que las entidades participantes pueden ejercer con el conjunto de los socios en el seno de los órganos plenarios de la entidad controlada. En definitiva, el TJUE considera que este tipo de estructuras son un instrumento adecuado para garantizar el control análogo para las distintas actividades que se desarrollen, cuando la finalidad de esos comités sea establecer mecanismos reforzados de control sobre el órgano de administración del ente instrumental.

Por último, es importante destacar que en el texto consensado de la propuesta de Directiva de 13 de julio de 2013 enviado al Parlamento Europeo ya se suprimió el requisito de que la entidad controlada no pueda percibir por las actividades encomendadas ingresos distintos del reembolso o la reasignación de los fondos destinados al ejercicio de tales actividades, requisito que se contenía en las versiones anteriores del documento.

El requisito de que la entidad controlada únicamente podía ser retribuida por los costes reales incurridos en la realización de la actividad encomendada tiene su origen en la doctrina del TJUE. El requisito del control análogo se verificaba también desde el aspecto retributivo, en el sentido que ese control análogo al de sus propios servicios sería más evidente si la entidad controlada únicamente pudiera obtener el reembolso de los costes incurridos. Pero nada más. La supresión de este requisito deja abierta la posibilidad de transferencias de fondos cuya finalidad diste de la de retribuir los costes reales en que incurra el medio propio (por ejemplo, un beneficio empresarial), y parece que no encuentra acomodo en lo ya declarado por el TJUE. Repárese que nada se regula en la nueva Directiva sobre la exigencia de establecer las tarifas que se le abonarán por los encargos que le realice, sin perjuicio de

que esa previsión se regula actualmente en el artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. El precepto transpone a nuestro ordenamiento interno la doctrina «*in house*» en los términos configurados por el TJUE en la Sentencia Tragsa y en la que se hace mención expresa a que la retribución de los trabajos debe realizarse de acuerdo con las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

Durante la tramitación del texto se hizo una breve referencia a que las entidades controladas no podían ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Sin embargo, la supresión de toda referencia a la fijación de tarifas por la entidad controladora y la eliminación del requisito de que únicamente puede retribuirse al medio propio los costes reales en que los haya incurrido con motivo de la actividad encomendada, deja a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores un amplio poder de configuración de las transferencias o abonos que puedan realizarse al ente instrumental con motivo de los encargos realizados o de otros criterios que se fijen. La primera consecuencia de ello es que se interprete que los encargos podrán retribuirse a precio de mercado.

El requisito de que la entidad controlada realice individual o conjuntamente la mayor parte de su actividad con el ente o entes controladores.

El requisito de que la entidad controlada realice la mayor parte de su actividad con la entidad o entidades que la controlan (individual o conjuntamente) ha sido analizado en varios pronunciamientos del TJUE. La exigencia de que la parte esencial de la actividad de un medio propio deba realizarse con la entidad o entidades que la controlan no se ha considerado incompatible con el hecho de que la entidad controlada pueda prestar servicios a operadores económicos privados, siempre que sea de forma meramente accesoria o marginal. Hay que citar, entre otras, la Sentencia Sea (apartado 79) y la Sentencia de 11 de mayo de 2006 (Asunto C-340/04 «Carbotermo», apartado 63).

La doctrina del TJUE, a diferencia del requisito del control análogo, no ha sido tan prolija y no hay un cuerpo de pronunciamientos en los que se contenga la concreción porcentual del requisito de realizar la parte «esencial» de su actividad con las entidades controladoras. En el caso Tragsa declaró que podía entenderse cumplido el requisito al valorar como adecuado que la actividad conjunta con las entida-

des participantes suponía un 90% del total de la actividad de Tragsa.

Esa es la razón por la que las primeras versiones de la propuesta de Directiva establecían que el mínimo de actividad a realizar con los entes controladores debía ser del 90%, lo que suponía que únicamente el 10% restante se convertía en el volumen de actividad que los medios propios podían prestar con operadores económicos privados. Ese porcentaje, sin embargo, se ha visto reducido en el documento final al 80%, ampliándose, en consecuencia, al 20% la actividad que puede desarrollarse con operadores privados y que le permitirá a la entidad seguir siendo considerada un medio propio.

Esta decisión, si de positivizar la doctrina Teckal se trata, resulta cuando menos cuestionable. En primer término, porque es discutible que el requisito fijado por la doctrina del TJUE de que deba realizarse con el ente o entes controladores la actividad «esencial» del medio propio pueda concretarse en tan solo un 80%, pues supone un alejamiento significativo de lo que hasta el momento ha sido declarado adecuado por el TJUE. En segundo lugar, porque esa decisión parece obedecer más a un imperativo de los Estados miembros, que pueden ver cómo entidades que internamente se están considerando como medios propios pudieran quedar fuera del concepto por necesitar, para garantizar su propia viabilidad, prestar un volumen relevante de servicios a operadores económicos privados.

La novación limitada del requisito de la imposibilidad de participación de capital privado en un ente instrumental

La posibilidad de considerar a una sociedad mercantil como medio propio exigía en todo caso que el capital social fuera íntegramente público, de tal forma que la participación del capital privado, aunque fuera mínima, excluía la posibilidad de considerar a esa entidad como un ente instrumental (sentencias de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03 «Parking Brixen» y Sea).

La redacción de este requisito también ha sufrido modificaciones a lo largo del procedimiento de tramitación de la nueva Directiva. Frente a la redacción taxativa que impedía absolutamente la participación de capital privado en la entidad controlada (versión de 30 de noviembre de 2012), en el documento de consenso de 13 de julio de 2013 y en el texto final ese requisito se excepciona cuando se

cumplan, ha de entenderse que de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

(i) Que la participación de capital privado en determinadas sociedades mercantiles venga impuesto por la legislación de los Estados miembros, siempre que sea conforme a los Tratados, cuando se trate de formas no dominantes y sin capacidad de bloqueo; y

(ii) Que estas entidades privadas no ejerzan una influencia decisiva sobre la entidad jurídica controlada.

El considerando 32 de la nueva Directiva aclara que el elemento decisivo para considerar o no cumplido el requisito es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada. Por ello, afirma que cuando exista una participación de capital privado en el poder adjudicador controlador, ello no debe impedir la adjudicación de contratos públicos a la persona jurídica controlada sin aplicar los procedimientos de contratación. Entiende el legislador comunitario que estas participaciones no perjudican la competencia entre operadores económicos privados. No obstante, se considera que la participación de capital privado en los poderes adjudicadores encaja mejor en la figura de la cooperación horizontal, que a continuación examinamos.

La regulación de la «cooperación horizontal» entre poderes públicos como fórmula de organización de las entidades públicas para la prestación de tareas de servicio público

Introducción

La regulación de la «cooperación horizontal» durante la tramitación de la nueva Directiva ha sido uno de los temas más complejos y controvertidos. Esta figura permite que las entidades públicas se unan para desarrollar en común las tareas de servicio público que tienen encomendadas, sin necesidad de convocar para ello un procedimiento de licitación.

No estamos ante una figura nueva, pues la posibilidad de la colaboración horizontal y la concreción de sus requisitos han sido objeto de análisis por el TJUE en varios de sus pronunciamientos. Hay que citar, entre otras, la Sentencia Coditel y las sentencias de 9 de junio de 2009 (Asunto C-480/06, Comisión/Alemania), la de 19 de diciembre de 2012 (Asunto C-159/11 «Ordine degli Ingegneri

della Provincia di Lecce y otros») y la reciente Sentencia de 13 de junio de 2013 (Asunto C-386/11 «Piepenbrock Dienstleistung GmbH & Co. KG y otros»). Esta doctrina califica la «colaboración horizontal» como una forma de organización de las entidades públicas.

La presión de los Estados miembros ha sido notable en aras de lograr una cobertura jurídica a las relaciones entre entidades públicas (cada vez más habituales) en las que no concurre el requisito del control análogo, pero en el que puede apreciarse una cooperación para el desarrollo común de tareas de servicio público. No debe dejar de señalarse, sin embargo, que la introducción o consolidación de figuras de esta naturaleza, sin perjuicio de que deban interpretarse de forma restrictiva, constituye un nuevo paso que ahonda en la frágil línea que delimita la sujeción a las Directivas de contratación pública de los contratos entre entidades públicas o la exclusión de esas relaciones del concepto de «contrato público», lo que, en definitiva, constituye un elemento de fricción con las normas del Derecho de la competencia. En este sentido, resulta de interés el reciente Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «*Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia (julio de 2013)*», que pone de relieve las restricciones a la competencia derivadas de un uso extensivo e injustificado de las encomiendas de gestión a los entes instrumentales, aplicable *mutatis mutandis* a la figura de la cooperación horizontal.

La doctrina del TJUE sobre la «colaboración horizontal»

El TJUE ha analizado, en particular, si determinados contratos celebrados entre entes territoriales (fundamentalmente, entidades locales) podían considerarse o no como relaciones de «colaboración horizontal» o si, por el contrario, su celebración estaba sujeta a los procedimientos de adjudicación de las Directivas.

La colaboración horizontal no es una modalidad de la doctrina «*in house*». En los términos jurisprudencialmente configurados por el TJUE tiene con ella en común que se trata de una fórmula de organización administrativa, pero difiere tanto en los principios básicos que la configuran como en los requisitos que deben concurrir para su apreciación.

De los pronunciamientos hasta ahora dictados por el TJUE en relación con la «colaboración horizontal» se desprende con nitidez que el requisito del control análogo no es predicable de esta figura. El control análogo es propio de la «colaboración vertical» exclusivamente. El TJUE, a partir de la Sentencia Coditel, diferencia nítidamente entre dos figuras: la de la contratación doméstica o «colaboración vertical» y la «colaboración horizontal» entre entidades públicas para el desarrollo de tareas de servicio público.

Esta diferenciación surge, precisamente, de la existencia de un tipo de colaboración diferente de la contratación «*in house*», que no se basa en la existencia de un control análogo al que se realiza sobre sus servicios en relación con el medio propio. En la cooperación horizontal no se está en presencia de relaciones de subordinación, típicas de la contratación doméstica, sino de cooperación en un plano de igualdad entre entidades o Administraciones públicas para la consecución en común de tareas de servicio público. Este tipo de relaciones fueron objeto tanto de la Sentencia Coditel como en la Sentencia de 9 de junio de 2009 (Asunto C-480/06, Comisión/Alemania), en las que se analizaban los supuestos de entidades locales involucradas, en particular, de municipios agrupados en una sociedad cooperativa o integrantes de una mancomunidad.

La aportación esencial de la Sentencia Coditel (apartados 48 y 49) está en que se reconoce que una autoridad pública, además de poder realizar labores de interés público a través de medios instrumentales, puede hacerlo también “*en colaboración con otras autoridades públicas*”. El TJUE valida así la posibilidad de articular mecanismos de colaboración y cooperación entre entidades públicas (excluidos de las Directivas de contratación pública) que permitan hacer más eficiente la prestación de los servicios públicos encomendados.

A partir de la Sentencia Coditel, la doctrina del TJUE ha declarado de forma reiterada que «*una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios o en colaboración con otras autoridades públicas, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios*». El TJUE considera que el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Desde esta perspectiva, esa colaboración entre autoridades públicas no

cuestionaría el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública y considera que esas relaciones no afectan a la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros.

Los requisitos que deben cumplirse es que esa cooperación sea «genuina» y, se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en las Directivas, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores.

En el caso de la Sentencia de 9 de junio de 2009 (Asunto C-480/06, Comisión/Alemania) se analiza si debía entenderse incluido en el ámbito de aplicación de la entonces vigente Directiva 92/50/CEE (relativa a los contratos de servicios) un contrato para una instalación destinada a la realización de un servicio público (valoración térmica de residuos) cuando este se realiza conjuntamente por entidades locales que tienen encomendada la prestación del servicio público de tratamiento de residuos. La consulta y las apreciaciones del TJUE en este caso se limitaban a analizar si existía colaboración horizontal en un contrato celebrado por los servicios de limpieza urbana de varios municipios alemanes (Ayuntamiento de Hamburgo y cuatro «Landkreise»), destinado a garantizar la gestión mancomunada del tratamiento de residuos, y no al contrato mediante el que debían regirse las relaciones entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad y el titular de la instalación de tratamiento de residuos.

El TJUE consideró que los cuatro Landkreise no ejercían un control que pueda calificarse de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, ni sobre los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo ni sobre el titular de la instalación térmica construida (sociedad cuyo capital estaba constituido parcialmente por fondos privados). No prosperó la alegación de la República Federal de Alemania de considerar que las administraciones ejercían “*entre sí un control recíproco*”. Sin embargo, el TJUE apreció que los términos del contrato suscrito establecían una cooperación entre entidades locales que tenía como finalidad garantizar la realización de una misión de servicio público común a ellas, en este caso, la eliminación de residuos. El contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise

debe analizarse como la *“la culminación de la acción de cooperación intermunicipal entre las partes del mismo y que conlleva exigencias propias para garantizar la misión de eliminación de residuos”*. La finalidad en este caso era permitir que la ciudad de Hamburgo pudiera construir y explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles, gracias a los aportes de los residuos de los Landkreise.

La Sentencia de 9 de junio de 2009 reseña dos elementos adicionales que configuran el alcance de la cooperación. Por un lado, requiere que la prestación quede fuera del mercado, esto es, que resulta imposible que con base en el acuerdo de colaboración de las entidades públicas puedan prestar servicios a terceros. Este elemento justifica su exclusión del concepto de «contrato público» en el sentido de las Directivas en materia de contratación pública, por tratarse de una colaboración que únicamente se prevé para la persecución de objetivos de interés público. Por otro, la existencia entre las entidades que colaboran de derechos y deberes mutuos distintos de la mera retribución.

Finalmente, la sentencia establece que la cooperación no da lugar, entre dichas entidades, a otros movimientos financieros distintos de aquellos que corresponden al reembolso de la parte de los gastos que incumben a dichos Landkreise.

La reciente Sentencia Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y otros analiza un supuesto en el que dos entes territoriales habían celebrado, sin acudir a una licitación pública, un contrato de transferencia de una entidad local a otra de la competencia de limpieza de algunos de sus locales, mediante una compensación económica. En el proyecto de contrato se habilitaba a la entidad pública a la que se transfería esa concreta competencia a recurrir a terceros para la ejecución de esa tarea.

Sin perjuicio de la normativa específica de cada Estado miembro en relación con la organización y funcionamiento de sus Administraciones territoriales y organismos de Derecho público, que podrá o no permitir la transmisión de las competencias o la encomienda de tareas a una entidad distinta, lo que en este caso se analiza es si una fórmula como la utilizada, en la que una de las entidades no participa en el desarrollo de la tarea de servicio público, pues lo que hace es atribuir a una entidad distinta una competencia que le corresponde, puede ser considerado un supuesto de colaboración horizontal.

El análisis parte de si una relación contractual de servicios, en principio sometida a la Directiva 2004/18/CE, puede quedar exceptuada de su aplicación por corresponder el contrato con alguna de las dos figuras que no entran en el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea en materia de contratación pública: la «colaboración vertical» o la «colaboración horizontal», figuras ambas que se encuadran en el ámbito de la organización administrativa.

El TJUE examina, en primer lugar, si el proyecto de contrato controvertido cumple los requisitos de la doctrina Teckal, para concluir que no permite apreciarse que ninguna entidad controle a la otra, ni tampoco se cumple el requisito de que la entidad a la que se transfiere la competencia realice la parte esencial de sus actividades con la primera entidad. Por tanto, declara que el supuesto examinado no es un contrato doméstico.

En segundo lugar, se centra en ver si en este caso puede apreciarse una cooperación entre entidades públicas que tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a ellas (en los términos configurados en la Sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros). La sentencia considera que no puede existir una cooperación dirigida a la realización de una tarea común de servicio público cuando lo que ocurre es que una de ellas delega pura y simplemente en otra una de sus funciones. Se trata de una relación en la que no hay voluntad de establecer una colaboración genuina. En este sentido, el órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial indicaba que el hecho de recurrir a un contrato «de delegación» puede constituir un «montaje destinado a eludir la normativa sobre contratación pública».

Esta delegación de competencias, permitida por las leyes alemanas, no excluye, sin embargo, que esa relación, al no tratarse de una colaboración horizontal, constituya un «contrato público de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d) de la Directiva 2004/18/CE.

La sentencia considera, además, que el hecho de que el proyecto de contrato contuviera una previsión que habilitaba a la entidad a la que se transfería la competencia para recurrir a terceros que puedan tener capacidad de operar en el mercado para la ejecución de la mencionada tarea, constituye una situación de ventaja respecto a las demás empresas que operan en el mismo mercado.

Del pronunciamiento del TJUE cabe colegir que en las encomiendas o transferencias de funciones o competencias no puede concurrir el requisito de una colaboración entre entidades públicas para el desarrollo de una misión de servicio público común. Este tipo de contratos, por su propia naturaleza, al no tener por finalidad una colaboración real y efectiva, no son fórmulas que encajen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar que existe una «colaboración horizontal».

Los requisitos sobre los que se configura la «cooperación horizontal» en la nueva Directiva

Sobre la base de la doctrina y requisitos fijados por el TJUE, la Comisión Europea estructura los principios básicos que deben apreciarse para que pueda estimarse la figura de la «colaboración horizontal». Esta figura permitirá que los poderes adjudicadores puedan optar entre licitar el contrato o realizar de forma conjunta sus tareas de servicio público, sin que sea obligatorio para ellos adoptar una forma jurídica particular.

(i) La colaboración «genuina» para la realización común de tareas de servicio público, que únicamente puede basarse en consideraciones de interés público.

La cooperación podrá abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de las tareas y responsabilidades de servicio público que hayan sido asignadas a las entidades a los poderes participantes o que estos hayan asumido como propias. Entre esas tareas pueden encontrarse las obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o las tareas de servicio público conferidas a organismos específicos de Derecho público (como pueden ser los organismos autónomos o las entidades públicas empresariales). El abanico de posibilidades que ofrece la figura es ciertamente amplio, en la medida que caben dentro de las formas jurídicas tanto sociedades mercantiles de capital íntegramente público como organismos de Derecho público que puedan ser creados o, posteriormente, adaptados para constituir el medio de ejecución de esa colaboración.

El considerando 33 de la nueva Directiva explicita que las tareas de los distintos poderes adjudicadores no han de ser necesariamente idénticas, pudiendo además ser complementarias cuando puedan ejecutarse en cooperación. Por tanto, la colaboración institucional no implica necesariamente que

dos poderes adjudicadores tengan atribuidas las mismas o similares funciones para que sea posible ejecutar en cooperación tareas de servicio público. Ahora bien, parece razonable entender que lo que debe existir es una complementariedad específica de las funciones de servicio público y la colaboración verse sobre tales funciones específicamente complementarias.

El artículo 12.4 de la nueva Directiva pivota sobre dos requisitos esenciales íntimamente relacionados. Por un lado, la imperiosa necesidad de que el contrato se celebre en un marco de cooperación genuina para el desempeño conjunto de sus tareas, para lo cual deberá incluir derechos y obligaciones mutuas para las entidades públicas, debiendo existir una gestión y toma de decisiones común, así como una distribución de los riesgos, las responsabilidades y los efectos sinérgicos.

Estamos ante una colaboración activa en el desarrollo de esa misión común. Sin embargo, el considerando 33 de la nueva Directiva considera que no será necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Será suficiente a tal fin que hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa de la tarea pública de que se trate. Se orienta de nuevo este requisito hacia una concepción de participación similar al «control conjunto» en el sentido de que no requiere de que todos los entes controladores asuman un control individual efectivo sobre el ente instrumental.

Por otro lado, que la aplicación de dicha cooperación debe basarse únicamente en consideraciones relacionadas con el interés público. Este requisito no podrá apreciarse en la medida que existan intereses, por limitados que estos sean, que no guarden directa e inequívoca relación con el interés público en la que se justificaría esa colaboración.

(ii) Carácter residual de la figura de la «colaboración horizontal»

El tercer requisito que se establece en el citado precepto pretende limitar su utilización. La vía de la cooperación debe tener necesariamente un carácter residual, de tal modo que las entidades públicas no podrán realizar actividades conjuntas a través de esta fórmula que superen el 20% de la totalidad del volumen de los contratos que, en principio, deberían contratar con sujeción a las Directivas comunitarias.

El texto de la nueva Directiva flexibiliza el criterio de cálculo del porcentaje de negocios en relación

con los textos de esta previsión a lo largo de la tramitación de la norma. Se establece que se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total del poder adjudicador u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con los servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. En esas redacciones previas el único indicador aplicable era el del promedio de volumen de negocios total.

Si debido a la fecha de creación o inicio de las actividades del poder adjudicador o debido a una reorganización de sus actividades no se dispone del volumen de negocios de los tres años anteriores o esta ya no es pertinente, será suficiente demostrar que el volumen de negocios es verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades.

En el texto de consenso de 13 de julio de 2013 se incluían dos requisitos adicionales: (i) la imposibilidad de participación privada y (ii) que la retribución únicamente pudiera corresponder al reembolso de los costes reales. La redacción final del artículo 12.4 de la nueva Directiva suprime ambos requisitos.

En relación con el requisito de la imposibilidad de participación privada, ha de decirse que solo existiendo una verdadera cooperación, guiada por las exigencias relacionadas con la realización de objetivos de interés público y siempre que se respete el principio de igualdad de trato, podemos estar ante una «cooperación genuina».

Este principio se concreta en la prohibición de que ninguna empresa privada pueda, por esta vía de la colaboración horizontal, colocarse en una situación ventajosa frente a sus competidores ni participar en el capital de una sociedad mercantil creada por las

entidades públicas que colaboran en el desempeño conjunto de una prestación de un servicio público de su competencia.

Por ello, consideramos que la interpretación de la colaboración horizontal no puede prescindir de este elemento básico, pues de otra forma estaríamos dando carta de naturaleza a un hecho intrínsecamente incompatible con la figura. La apreciación de la figura de la colaboración horizontal exige la total ausencia de intereses privados en las entidades. Es más, la mera previsión en los estatutos de que el accionariado está abierto a particulares, supondría adjudicar un contrato público a una sociedad mixta sin licitación previa, lo que iría en contra de los objetivos perseguidos por el Derecho de la Unión Europea.

En relación con el requisito de que la retribución únicamente podía corresponder al reembolso de los costes reales, su exigencia era clara en la Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2009. La supresión del requisito de que las transferencias financieras entre poderes participantes y entidad jurídica creada se basen en el reembolso de los costes reales, puede entender que, al igual que ocurre en el caso de la colaboración vertical, esa retribución puede consistir en un precio de mercado y que, por tanto, la entidad creada pueda obtener un beneficio empresarial por el desarrollo de esas actividades.

En nuestra opinión, esta interpretación debería ser rechazada, sin perjuicio de que la retribución pueda estar basada en los costes y gastos financieros o de otra naturaleza efectivamente soportados por la prestación de un servicio, lo que, además, sería razonable.

MARÍA JESÚS MADRIGAL ESTEBAN*

* Abogada del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)