

un intercambio sin obstáculos de ideas nos acerca a la verdad o, para los más escépticos, nos permite tomar decisiones políticas y personales mejor informadas, al favorecer la toma en consideración de los argumentos de todos los participantes en el proceso político.

“(…) Si la noción de ‘discurso peligroso’ hace su entrada en la jurisprudencia del Tribunal, se asistirá, sin una razón imperiosa, a la extensión de la esfera de expresiones que pueden dar lugar a un delito, cualesquiera que sean por otro lado las condiciones y circunstancias reales en las que hayan sido formuladas. En el caso de autos, esta extensión alegre del ‘discurso delictivo’ afecta a declaraciones políticas que tienen poco que ver con lo que la sentencia juzga inaceptable.

“(…) Una noción de discurso de odio que no se refiere directamente al hecho de mover a la provocación de actos de violencia o intolerancia es demasiado amplia para ser compatible con una protección seria del discurso político.

“La constatación de no violación que hace la sentencia se aparta de la apreciación de proporcionalidad del Tribunal en materia de discurso político. El impacto potencial de una serie de expresiones políticas aisladas que no vulneran directamente los derechos ajenos o el orden público no puede representar una necesidad social imperiosa. Los peligros puramente especulativos tampoco constituyen un peligro al que solamente se pueda responder con una sanción penal y diez años de inelegibilidad.”

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. Esta posibilidad puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas, y en el supuesto de que varias autoridades públicas posean una sociedad a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control de dichas autoridades públicas sobre tal sociedad puede ser ejercido por estas conjuntamente

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Cuestión prejudicial. Asunto C-573/07 Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa.

Fecha: 10 de septiembre de 2009

Disposiciones analizadas: Los artículos 43 TCE (ahora 49, del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) y 49 TCE (ahora 56, Tratado de funcionamiento de la Unión Europea)

Doctrina: Nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. Esta posibilidad puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas, y, en el supuesto de que varias autoridades públicas posean una sociedad a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control de dichas autoridades públicas sobre tal sociedad puede ser ejercido por estas conjuntamente.

Los artículos 43 TCE (ahora 49 TFUE), y 49 TCE (ahora 56 TFUE), los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y la obligación de transparencia que se deriva de ellos, no se oponen a la adjudicación directa de un contrato público de servicios a una sociedad por acciones de capital totalmente público, desde el momento en que la entidad pública, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que esta sociedad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan.

En el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo algunas de sus funciones de servicio público a través de una sociedad que poseen en común, cabe descartar, normalmente, que una de esas autoridades, que tan solo tenga una participación minoritaria en dicha sociedad, ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de esta.

En el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público, el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación.

Supuesto de hecho

Sea, adjudicataria por licitación pública del contrato del servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados en el territorio del Comune di Ponte Nossa, prestó dicho servicio durante un período

de tres años, del 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2006

Setco es una sociedad por acciones, propiedad de varios municipios del Val Seriana, y cuyo principal accionista es el Comune di Clusone.

Mediante decisión de 16 de diciembre de 2006, el Comune di Ponte Nossa acordó convertirse en socio minoritario de Setco, a fin de adjudicar directamente a esta sociedad el servicio de que se trata, a partir del 1 de enero de 2007.

El 23 de diciembre de 2006, los municipios accionistas de Setco, entre ellos, el Comune di Ponte Nossa, adaptaron los Estatutos de dicha sociedad con objeto de someterla a un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios.

Mediante decisión de 30 de diciembre de 2006, el Comune di Ponte Nossa adjudicó directamente a Setco el servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados en su territorio a partir del 1 de enero de 2007, sin procedimiento previo de licitación.

El 2 de enero de 2007, Sea interpuso un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia contra las decisiones del Comune di Ponte Nossa de fechas 16 y 30 de diciembre de 2006.

En particular, Sea alegó que el Comune di Ponte Nossa, al adjudicar directamente el servicio de que se trata a Setco, infringió los artículos 43 TCE, 49 TCE y 86 TCE, en la medida en que no ejerce sobre Setco un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, que se exige para la adjudicación directa de un servicio a una empresa propiedad de la entidad adjudicadora.

En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Es compatible con el Derecho comunitario y, en particular, con la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios, con la prohibición de discriminación y con las obligaciones de igualdad de trato, de transparencia y de libre competencia a que se refieren los artículos 12 TCE (ahora 18 TFUE), 43 TCE (ahora 49 TFUE), 45 TCE (ahora 51 TFUE), 46 TCE (ahora 51 TFUE), 49 TCE (ahora 56 TFUE), y 86 TCE (ahora 106 TFUE), la adjudicación directa de un servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados, a una sociedad por acciones con capital enteramente público y cuyos estatutos están configurados para que puedan participar diversas autoridades públicas?”

Fundamentos de Derecho

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señala, en primer lugar, que el hecho de que el asunto principal se refiere a una concesión de servicios o a un contrato público de servicios y si, en este último supuesto, tal contrato de servicios está comprendido o no dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, no influyen en la respuesta que el Tribunal de Justicia debe dar a la cuestión prejudicial planteada, ya que es preciso recordar:

–que, “(...) pese a que determinados contratos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado CE (véanse, en este

sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y el auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 20)”, y

–que “(...) La aplicación de las normas establecidas en los artículos 12 TCE, 43 TCE y 49 TCE, así como de los principios generales de los que constituyen su expresión específica, estará excluida, sin embargo, en el supuesto de que, cumulativamente, la entidad territorial que es la entidad adjudicadora ejerza sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades a que pertenece (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas, Teckal, apartado 50; Parking Brixen, apartado 62, y de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania, C-480/06, Rec. p. I-0000, apartado 34).”

1. La mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad, no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública

En una situación como la del litigio principal, en la que el capital de la sociedad adjudicataria es totalmente público y no hay ningún indicio concreto de una próxima apertura del capital de dicha sociedad a accionistas privados, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que “la mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública.”

No obstante, el Tribunal hace la precisión siguiente:

“(...) en el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público (...), el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación.”

2. La cuestión relativa a los contratos domésticos de las sociedades públicas integradas por diversas autoridades públicas

En el supuesto examinado, una autoridad pública, Comune di Ponte Nossa, se ha convertido en socio minoritario de Setco, una sociedad por acciones de capital totalmente público, por incorporación de otras autoridades públicas, con objeto de adjudicar a esta sociedad la gestión de un servicio público. La cuestión que se plantea es si el control que las autoridades públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella, para ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios, debe ser ejercido: a) individualmente por cada una de dichas autoridades, o b) puede ser ejercido conjuntamente por estas.

El Tribunal recuerda que: “La jurisprudencia no exige que el control ejercido sobre la sociedad adjudicataria en tal

supuesto sea individual (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, apartado 46). En efecto, en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo algunas de sus funciones de servicio público a través de una sociedad que poseen en común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades que tan solo tenga una participación minoritaria en dicha sociedad ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de esta. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que tal autoridad tuviera intención de asociarse a una sociedad propiedad de otras autoridades públicas con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, apartado 47)."

En definitiva, en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

–“(…) nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (sentencias, antes citadas, Stadt Halle y RPL Lochau [TJCE 2005, 1], apartado 48; Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], apartado 48, y Comisión/Alemania [TJCE 2009, 162], apartado 45).”

–“(…) Esta posibilidad (…) puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de abril de 2007 [TJCE 2007, 85], Asemfo, C-295/05, Rec. p. I-2999, apartado 57, y Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], antes citada, apartado 49).”

–“(…) procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas posean una sociedad a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control de dichas autoridades públicas sobre tal sociedad puede ser ejercido por estas conjuntamente (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], antes citada, apartado 50).” Y que “Al tratarse de un órgano colegiado, carece de relevancia el procedimiento empleado para la toma de decisiones, que puede ser la adopción por mayoría (véase la sentencia Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], antes citada, apartado 51).”

Para finalizar, debemos destacar que el Tribunal reitera los criterios para determinar si la entidad adjudicadora ejerce sobre la sociedad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Así, establece que:

“(…) es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de dicha sociedad. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Carbotermo y Consorzio Alisei [TJCE 2006, 139], apartado 36, y Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], apartado 28).”

3. Respuesta a la cuestión incidental planteada

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas responde a la cuestión planteada del siguiente modo:

“Los artículos 43 TCE (ahora 49 TFUE) y 49 TCE (ahora 56 TFUE), los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que se deriva de ellos no se oponen a la adjudicación directa de un contrato público de servicios a una sociedad por acciones de capital totalmente público, desde el momento en que la entidad pública, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que esta sociedad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan.

“Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:

– la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de estas, y

– a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, estas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.”

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Existe financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades del ente (las cajas públicas del seguro de enfermedad) se financian con carácter principal mediante cotizaciones a cargo de los afiliados, que se establecen, calculan y recaudan siguiendo normas de Derecho público. Ello exige que el ente deba ser considerado poder adjudicador

Supuesto de hecho

Mediante anuncio publicado en el mes de junio de 2006 en una revista especializada, AOK Rheinland/Hamburg, una caja pública del seguro de enfermedad, invitó a los fabricantes de

calzado ortopédico a que presentaran ofertas para la fabricación y suministro de calzado.

La cantidad de calzado que debía suministrarse no estaba determinada. Se establecía que los pacientes que padeciesen

el síndrome denominado “pie diabético”, provistos de una tarjeta del seguro de enfermedad y de una receta médica, “debían dirigirse directamente al técnico ortopédico. La tarea de este consistía en fabricar y controlar el calzado ortopédico adaptado individualmente a las necesidades de los pacientes. También debía prestarse asesoramiento detallado antes y después de la entrega del calzado. El pago se realizaría, a excepción de los suplementos adeudados por los pacientes, por la caja pública del seguro de enfermedad.”

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Cuarta. Cuestión prejudicial. Asunto C-300/07 Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg

Fecha: 11 de junio de 2009

Disposiciones analizadas: Artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004

Doctrina: Un ente público (caja pública del seguro de enfermedad) cuya financiación tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de ser considerado poder adjudicador, y de la obligación de aplicar las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

Existe financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de las cajas públicas del seguro de enfermedad se financian con carácter principal mediante cotizaciones a cargo de los afiliados, que se establecen, calculan y recaudan siguiendo normas de Derecho público.

Cuando un contrato público mixto tiene por objeto tanto productos como servicios, el criterio que debe aplicarse, para determinar si dicho contrato debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios, es el valor respectivo de los productos y de los servicios incorporados en dicho contrato. En caso de puesta a disposición de mercancías que se fabrican y adaptan individualmente en función de las necesidades de cada cliente, y sobre cuya utilización se debe asesorar individualmente a cada cliente, la fabricación de las citadas mercancías debe clasificarse en la parte “suministro” de dicho contrato, a efectos del cálculo del valor de cada uno de los componentes de este.

Un contrato de prestaciones integradas, a tenor del cual el operador económico asume la obligación de atender a los asegurados que se dirijan a él, cuando el ente caja pública del seguro de enfermedad es el único deudor de la remuneración del prestador del servicio, es un acuerdo marco y no una concesión de servicios públicos, porque el operador económico no soporta el riesgo preponderante vinculado a la explotación de las actividades de que se trata, elemento que caracteriza la situación de un concesionario en una concesión de servicios.

Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, un establecimiento de calzado ortopédico, presentó una oferta y, dos días más tarde, invocó infracciones de las disposiciones comunitarias y nacionales en materia de adjudicación de

contratos públicos. “La caja pública del seguro de enfermedad rechazó dichas imputaciones alegando que las disposiciones en materia de contratación pública no eran aplicables al caso de autos.” Al no prosperar en primera instancia el recurso interpuesto contra esta decisión por el establecimiento de calzado, este acudió a la Sala de apelación en materia de adjudicación de contratos públicos del Oberlandesgericht Düsseldorf.

Este órgano jurisdiccional observa, en primer lugar, que la doctrina y la jurisprudencia están divididas en Alemania sobre la cuestión de si las cajas públicas del seguro de enfermedad, aunque se mencionen en el anexo III de la Directiva 2004/18, deben considerarse organismos de Derecho público y, por tanto, poderes adjudicadores en el sentido de dicha Directiva.

La discusión debería centrarse en los requisitos establecidos en el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2004/18: la financiación mayoritaria por el Estado, y el relativo al control de la gestión por los poderes públicos.

En caso de que procediese concluir que las cajas públicas del seguro de enfermedad son poderes adjudicadores, se plantearía, en segundo lugar, la cuestión de si el contrato de que se trata en el litigio principal debe calificarse como contrato de suministro o contrato de servicios. En caso de que el contrato objeto del litigio principal no deba calificarse como contrato de suministro, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en tercer lugar, si dicho contrato debe considerarse un contrato de servicios o una concesión de servicios.

El Tribunal da respuesta a las cuestiones planteadas en el sentido que indicamos al final de la ficha, al reproducir el fallo.

Fundamentos de Derecho

1. Las cajas públicas del seguro de enfermedad deben considerarse poderes adjudicadores

Las cajas públicas del seguro de enfermedad de que se trata, son personas jurídicas de Derecho público, han sido creadas por Ley específicamente para satisfacer necesidades relacionadas con la salud pública, que son necesidades de interés general, y dichas necesidades no tienen carácter industrial o mercantil, en la medida en que los servicios se prestan por las citadas cajas sin ánimo de lucro. Por ello debe examinarse, para establecer su condición o no de poderes adjudicadores, si se cumple, al menos, uno de los requisitos alternativos previstos en las tres hipótesis contempladas en el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de esta Directiva. El Tribunal examina el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado.

El Tribunal advierte que la Directiva 2004/18 no contiene ninguna precisión respecto a las modalidades conforme a las cuales debe efectuarse la financiación a la que se refiere esta disposición. Señala a su vez, de manera expresa, que: “(...) dicha disposición no exige que la actividad de los organismos considerados esté directamente financiada por el Estado o

por otra entidad pública para que se considere cumplido el requisito correspondiente. Por tanto, una forma de financiación indirecta basta a este respecto (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, Rec. p. I-11173, apartados 34 y 49)."

Respecto del caso concreto, el Tribunal destaca los siguientes extremos:

La financiación de las cajas públicas del seguro de enfermedad está garantizada, de conformidad con la normativa nacional pertinente, por las cotizaciones de los afiliados, incluidas las cotizaciones abonadas a favor de estos últimos por los empleadores, por los pagos directos de las autoridades federales y por los pagos compensatorios entre estas cajas, resultantes del régimen de compensación de riesgos entre ellas.

Las cotizaciones de los afiliados se abonan sin contraprestación específica.

La cuota de la cotización a cargo del asegurado es deducida de su salario por su empleador, y se paga a la caja pública del seguro de enfermedad competente con la cuota a cargo de este. Por tanto, la percepción de las cotizaciones se hace sin ninguna posibilidad de intervención del asegurado.

Por tanto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concluye que:

"(...) una financiación (...) de un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. (...) existe financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de las cajas públicas del seguro de enfermedad se financian con carácter principal mediante cotizaciones a cargo de los afiliados, que se establecen, calculan y recaudan siguiendo normas de Derecho público como las indicadas en el asunto principal. Tales cajas del seguro de enfermedad deben considerarse organismos de Derecho público y, por consiguiente, poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de las normas de esta Directiva."

2. El valor respectivo de los productos suministrados y de los servicios, es el criterio que debe aplicarse para determinar si un contrato público mixto debe adjudicarse según una u otra categoría contractual (suministro o servicios)

Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, qué criterio ha de aplicarse para determinar si un contrato público mixto, que tiene por objeto tanto el suministro de productos como la prestación de servicios, debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios, y si el criterio que ha de aplicarse a este respecto es únicamente el valor de las diferentes partes de que está compuesto el contrato mixto de que se trate.

La respuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es que: "(...) cuando un contrato público mixto tiene por objeto tanto productos como servicios, el criterio que debe aplicarse para determinar si dicho contrato debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios es el valor respectivo de los productos y de los servicios incorporados en dicho contrato. En caso de puesta a disposición de mercancías que se fabrican y adaptan individualmente en función de las necesidades de cada cliente, y sobre cuya utilización se debe asesorar individualmente a cada cliente, la fabricación de las citadas mercancías debe clasificarse en la parte 'suministro' de dicho contrato, a efectos del cálculo del valor de cada uno de los componentes de este."

3. El contrato celebrado entre una caja pública del seguro de enfermedad y un operador económico, en el que el operador asume la obligación de realizar las prestaciones, respecto a los asegurados que se las soliciten, y la citada caja es, por su parte, la única deudora de la remuneración de las actividades de ese mismo operador, deberá considerarse un "acuerdo marco" (no un contrato de concesión de servicios)

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que: "la concesión de servicios es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio", y el acuerdo marco aquel "(...) cuyo objeto consiste en establecer las condiciones, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas, que rijan los contratos que se vayan a adjudicar por uno o varios poderes adjudicadores a uno o varios operadores económicos durante un período determinado."

De estas definiciones resulta que los conceptos considerados tienen características bastante similares, de modo que no es fácil realizar una distinción clara entre ellos de antemano. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas destaca que, en la concesión de servicios públicos, el operador adjudicatario está ampliamente expuesto a los riesgos vinculados a dicha explotación, y señala que: "(...) este elemento de distinción se confirma por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de conformidad con la cual existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que este asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trate (sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-6657, apartado 34 y jurisprudencia citada)."

En el caso examinado, el contrato de que se trata en el litigio principal es un "contrato de prestaciones integradas", a tenor del cual el operador económico asume la obligación de atender a los asegurados que se dirijan a él. Al mismo tiempo, los precios por las diferentes fórmulas de prestaciones se definen en el citado contrato, así como la duración de este. No se fijan las cantidades de las diferentes prestaciones, pero el concepto de

concesión de servicios no exige tal previsión. La caja pública del seguro de enfermedad es la única deudora de la remuneración del prestador del servicio. Por ello, ahora, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas evidencia que: "(...) las condiciones del ejercicio de la actividad del operador económico se definen en el contrato de que se trata en el litigio principal, de modo que el citado operador no dispone del grado de libertad económica que caracteriza una situación de concesión de servicios ni corre un riesgo considerable vinculado a la explotación de sus prestaciones." Y añade como conclusión que: "(...) el operador económico no soporta el riesgo preponderante vinculado a la explotación de las actividades de que se trata, elemento que caracteriza la situación de un concesionario en una concesión de servicios."

4. Contenido del fallo

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que:

"1) El artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), primera alternativa, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que existe financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de las cajas públicas del seguro de enfermedad se financian con carácter principal mediante cotizaciones a cargo de los afiliados, que se establecen, calculan y recaudan siguiendo normas de Derecho público como

las indicadas en el asunto principal. Tales cajas del seguro de enfermedad deben considerarse organismos de Derecho público y, por consiguiente, poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de las normas de esta Directiva.

"2) Cuando un contrato público mixto tiene por objeto tanto productos como servicios, el criterio que debe aplicarse para determinar si dicho contrato debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios es el valor respectivo de los productos y de los servicios incorporados en dicho contrato. En caso de puesta a disposición de mercancías que se fabrican y adaptan individualmente en función de las necesidades de cada cliente, y sobre cuya utilización se debe asesorar individualmente a cada cliente, la fabricación de las citadas mercancías debe clasificarse en la parte 'suministro' de dicho contrato, a efectos del cálculo del valor de cada uno de los componentes de este.

"3) En el supuesto de que la prestación de servicios resulte, en el contrato de que se trate, preponderante en relación con el suministro de productos, un acuerdo, como el controvertido en el litigio principal, celebrado entre una caja pública del seguro de enfermedad y un operador económico, en el que se determina la remuneración de las diferentes prestaciones que se esperan de dicho operador así como la duración de la aplicación del acuerdo, el citado operador asume la obligación de realizar las prestaciones respecto a los asegurados que se las soliciten y la citada caja es, por su parte, la única deudora de la remuneración de las actividades de ese mismo operador, deberá considerarse un 'acuerdo marco' en el sentido del artículo 1, apartado 5, de la Directiva 2004/18."

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas, pero no es trascendente para el Derecho comunitario si la cooperación controvertida da lugar a la creación de un organismo de Derecho público, encargado de realizar la misión de interés, o si se realiza mediante acuerdos, convenios o contratos entre las autoridades públicas

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Gran Sala. Recurso de incumplimiento. Asunto C-480/06 Comisión de las Comunidades Europeas contra Alemania

Fecha: 9 de junio de 2009

Disposiciones analizadas: Artículo 8 en relación con los títulos III a VI de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios

Doctrina: Una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas, pero no es trascendente para el Derecho comunitario si la cooperación controvertida da lugar a la creación de un organismo de Derecho público, encargado de realizar la misión de interés, o si se realiza mediante acuerdos, convenios o contratos entre las autoridades públicas.

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. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación 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 la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores

Supuesto de hecho

La Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del artículo 8 en relación con los títulos III a VI de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. El motivo es que los *Landkreise* (circunscripciones administrativas) de Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingbommel y Stade celebraron directamente, el 18 de diciembre de 1995, con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, un contrato relativo a la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, con una capacidad de 320.000 toneladas, destinada a producir a la vez electricidad y calor, cuya construcción debía finalizar el 15 de abril de 1999. Este contrato público de servicios no fue objeto de una licitación en el marco de un procedimiento formal a nivel de la Comunidad Europea.

Mediante dicho contrato, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo reservan una capacidad de 120.000 toneladas para los cuatro *Landkreise* en cuestión, por un precio calculado por las partes mediante la misma fórmula para cada una de las partes implicadas. Dicho precio se abona al titular de la instalación, contraparte contractual de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, a través de dichos servicios de limpieza urbana. La duración del contrato es de 20 años. Las partes han convenido negociar, a más tardar cinco años antes del término de dicho contrato, para decidir sobre su prórroga.

Mediante escrito de requerimiento enviado el 30 de marzo de 2004, con arreglo al artículo 226 TCE, párrafo primero, la Comisión puso en conocimiento de las autoridades alemanas que la República Federal de Alemania había vulnerado las disposiciones del artículo 8, en relación con los títulos III a VI, de la Directiva 92/50.

Mediante escrito de 30 de junio de 2004 dirigido a la Comisión, la República Federal de Alemania alegó que el contrato controvertido culmina un acuerdo sobre la ejecución en común de una misión de servicio público, que incumbe a los *Landkreise* en cuestión y a la ciudad de Hamburgo. La Comisión, al no estar de acuerdo con tal argumentación, remitió a la República Federal de Alemania un dictamen motivado, y la República Federal de Alemania mantuvo la argumentación sostenida anteriormente. Finalmente, la Comisión decidió interponer recurso con arreglo al artículo 226 CE, párrafo segundo.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide desestimar el recurso y condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas.

Fundamentos de Derecho

1. Planteamiento de la cuestión

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hace dos consideraciones previas:

–Que el recurso de la Comisión se refiere únicamente al contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y cuatro *Landkreise* vecinos, destinado a garantizar la gestión mancomunada del tratamiento de sus residuos, y no al contrato mediante el que deben regirse las relaciones entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y el titular de la instalación de tratamiento de residuos de Rugenberger Damm.

–Que en el caso de autos, está acreditado que los cuatro *Landkreise* de que se trata no ejercen un control que pueda calificarse de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, ya sea sobre la otra parte contratante, a saber, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, o sobre el titular de la instalación térmica de Rugenberger Damm, sociedad cuyo capital está constituido parcialmente por fondos privados.

Para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: “(...) el contrato controvertido establece una cooperación entre entidades locales que tiene como finalidad garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas, a saber, la eliminación de residuos, (...) misión que se deriva de la aplicación de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, que obliga a los Estados miembros a establecer planes de gestión de residuos que incluyan, en particular, ‘las medidas apropiadas para fomentar la racionalización de la recogida, de la clasificación y del tratamiento de los residuos’, siendo una de las medidas más importantes la búsqueda de un tratamiento de residuos en una instalación lo más cercana posible, de conformidad con la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 75/442/CEE.”

2. El contrato culmina una acción de cooperación intermunicipal

El Tribunal establece acreditado que: “(...) el contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los *Landkreise* de que se trata debe analizarse como la culminación de una acción de cooperación intermunicipal entre las partes del mismo y que conlleva exigencias propias para garantizar la misión de eliminación de residuos. En efecto, tiene como finalidad permitir a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles gracias a los aportes de los residuos de los *Landkreise* vecinos, lo que permite alcanzar una capacidad de 320.000 toneladas. Por este motivo, la construcción de dicha instalación solo se decidió y se realizó una vez que los cuatro *Landkreise* de que se trata acordaron utilizar la central y se comprometieron al respecto.”

El Tribunal destaca también que “(...) la prestación de servicios de eliminación de residuos únicamente da lugar al pago de un precio al titular de la instalación.” Y que, en cambio, “(...) de las estipulaciones del contrato controvertido se desprende que la cooperación que este establece entre los

servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los cuatro *Landkreise* de que se trata no da lugar, entre dichas entidades, a otros movimientos financieros más que aquellos que corresponden al reembolso de la parte de los gastos que incumben a dichos *Landkreise*, pero que los servicios de limpieza urbana se encargan de abonar al titular de la instalación.”

Por ello, el Tribunal afirma que: “(...) el contrato controvertido constituye tanto el fundamento como el marco jurídico de la construcción y explotación futuras de una instalación destinada a la realización de un servicio público, a saber, la valorización térmica de residuos. Dicho contrato se celebró exclusivamente entre autoridades públicas, sin la participación de ninguna parte privada, y no prevé ni prejuzga la eventual convocatoria de una licitación necesaria para la construcción y la explotación de la instalación de tratamiento de residuos.”

3. Una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas

El Tribunal de Justicia recuerda, en particular, que: “(...) una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas (véase la sentencia *Coditel Brabant*, antes citada, apartados 48 y 49).”

Para el Tribunal, no es trascendente para el Derecho comunitario la opinión de la Comisión relativa a que, si la cooperación controvertida hubiese dado lugar a la creación de un organismo de Derecho público, encargado de realizar la misión de interés general de eliminación de residuos a instancia de las distintas entidades en cuestión, habría admitido que la utilización de la central por los *Landkreise* de que se trata no entraba dentro de la normativa sobre contratación pública.

En este sentido, el Tribunal concluye 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. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación 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 la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido, la sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau* [TJCE 2005, 1], antes citada, apartados 50 y 51).”

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide desestimar el recurso y condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico y procedimiento administrativo y contencioso-administrativo

Tribunal Supremo. Si se recurren ante los juzgados de lo contencioso-administrativo los actos de aprobación de instrumentos de gestión urbanística (así, unidades de actuación o proyectos de reparcelación), y simultáneamente se recurre indirectamente el plan urbanístico que da cobertura a esos actos, estos juzgados de lo contencioso-administrativo serán los órganos competentes para conocer de las impugnaciones indirectas. Por ello, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia corresponde a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues este solo procede –artículo 86.1 LJCA– contra las recaídas en única instancia

Supuesto de hecho

El actor impugna en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 15 de marzo de 2005, dictada en el recurso interpuesto directamente contra:

–La desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Beneguasil de 25 de enero de 2001, desestimatorio de la

solicitud de exclusión de los terrenos de los recurrentes del Programa de desarrollo de la Actuación Integrada de la Unidad de Ejecución núm. 3.

–Por vía de ampliación del recurso, Acuerdo plenario del mismo Ayuntamiento de 26 de septiembre de 2002, de aprobación definitiva del Programa de Actuación Integrada (PAI) y del Proyecto de Reparcelación de la referida Unidad de Ejecución.