Seminario: la configuración de un sector público local estratégico
(Proyecto PID 2020-115834RB-C31)

APRÓXIMACIÓN EUROPEA A LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS ENTRE PODERES ADJUDICADORES

Francisco L. Hernández González
Universidad de La Laguna

Universidad Autónoma de Madrid
14 de abril de 2023

SUMARIO

1. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE
2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS
3. REQUISITOS PARA SU EXCLUSIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN
4. CONCLUSIÓN

TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA

DIRECTIVA 2014/24/UE:

Art. 1: Objeto y ámbito de aplicación

6. Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la **transferencia de competencias y responsabilidades** para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un **asunto de organización interna del Estado** miembro de que se trate y, en ese sentido, **en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva**.

Precepto no previsto en la Directiva 2004/18/CE

CONCEPTO DE CONTRATO PÚBLICO:

- Art. 2.1. 5) **«Contratos públicos»:** los **contratos onerosos** celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.

- **STJ 21-12-2016, Remondis**: el **carácter oneroso** implica que el **poder adjudicador** que concluye un contrato público recibe en virtud de éste, mediante una **contrapartida**, una **prestación que debe comportar un interés económico directo para ese poder adjudicador.**

- **SsTJ 11-12-2014, Azienda sanitaria locale nº 5; y de 28-01-2016, CASTA:** el **carácter oneroso** no implica ánimo de lucro para las partes ni tiene que comportar una ventaja económica para el contratista. El carácter oneroso no desaparece cuando la contrapartida se limite a compensar o reembolsar los gastos soportados por la prestación.

Contrato oneroso = cuando la prestación comporta un interés económico directo para el **poder adjudicador.** No requiere el pago de una cantidad de dinero por el poder adjudicador; puede consistir en el reembolso de los gastos soportados *(art. 2.1 LCSP: el contratista obtenga algún beneficio económico)*

NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE CONTRATO PÚBLICO:

1º. Cuando no existe selección de operadores (ofertas):

DC (4) "…Es más, la mera financiación, en particular mediante **subvenciones**, de una actividad…. De modo similar, aquellas situaciones en las que **todos los operadores** que cumplan determinadas condiciones están autorizados a desempeñar una determinada tarea, sin ningún procedimiento de selección… no deben entenderse como una contratación…". **(STJ 02-06-2016, Falk Pharma y STJ 01-03-2018, Tirkkonen)**

2º. Prestación de servicios basada en disposiciones legales o administrativas o contrato de trabajo.

DC (5) "… Ha de quedar excluida la prestación de servicios basada en disposiciones legales o administrativas, o contratos de trabajo"

3º. Instrumento o servicio técnico de un poder adjudicador:

DC (34) "…una entidad jurídica actúa… como un **instrumento o servicio técnico** para determinados poderes adjudicadores… sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado su carácter no contractual, esta **relación meramente administrativa** debe quedar fuera …".

NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE CONTRATO PÚBLICO:

4º. Transferencia de competencias y responsabilidades:

"asunto de organización interna de los Estados"

= art. 1.4 Directiva 2014/23/UE, concesiones

- **STJUE 20-10-2005 , Comisión-Francia:** "cesión de poder público" (54)

Inexistencia de relación contractual versus contratos excluidos

Exclusiones: Artículo 12 DC. **Contratos públicos entre entidades del sector público:**

1º. Cooperación vertical: contrato con entidad vinculada o contrato in house

2º. Cooperación horizontal: convenio interadministrativo

Arts. 31.1 y 32.2 LCSP: no tienen la consideración de contrato

DOCTRINA DEL TJUE (ANTES DE LA DC 2014)

- STJUE 20-10-2005, Comisión-Francia: convenio por el que la Administración confía a un tercero algunas de las atribuciones propias del titular de una obra (contrato de mandato)

- ✓ **Contrato público de servicios**: el mandatario no goza de suficiente autonomía en la realización de sus actos como para poder ser considerado beneficiario de una cesión de poder público; tampoco tiene margen de maniobra financiera (se limita a adelantar los fondos, que le son rembolsados posteriormente por la Administración)

- STJ 13-06-2013, Piepenbrock: convenio de cooperación por el que una entidad pública transfiere a otra la competencia de limpieza de su edificios públicos, compensando los gastos soportados por la prestación

- ✓ **Contrato público de servicio**:

  a) No es **contrato in house**: ninguna entidad controla a la otra
  b) No es **cooperación horizontal**: no tiene por objeto el establecimiento de una cooperación entre las dos entidades públicas para la realización de una misión de servicio público común

DOCTRINA DEL TJUE (DESPUÉS DE LA DC 2014):

- STJUE 21-12-2016, Remondis: transferencia de competencias a través de la participación en un consorcio

- Creación de un **consorcio para la gestión de residuos** de la Región de Hannover y la transferencia simultánea de las funciones de recogida y tratamiento de residuos por las entidades territoriales que forman parte del mismo.

la transferencia de competencias procedió de una decisión estatutaria y no de un contrato o de un acuerdo administrativo, siendo de aplicación el art. 1.6 de la D 2014/24/UE.

- ✓ **Redistribución o transferencia de competencias** que no constituye un contrato público = acto de organización interna (la reasignación de los medios y asumir los eventuales excesos de costes no constituyen remuneración)

- STJ de 18-06-2020, Porin kaupunki: Convenio de colaboración entre municipios en materia de servicios sanitarios y adjudicación por el municipio responsable de la prestación a una entidad vinculada

- ✓ **Transferencia de competencias + contrato in house**
- ✓ La organización del servicio corresponde a un organismo común
- ✓ Cada municipio abona el coste real de los servicios sociales y sanitarios utilizados por su propia población y por los residentes

REQUISITOS:

- **DC:**
  - ✓ Transferencia de competencias y de responsabilidades
  - ✓ Desempeñar funciones públicas
  - ✓ Entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos
  - ✓ No se prevea retribución por la ejecución de un contrato
  - ✓ Flexibilidad de formas (acuerdos, decisiones y demás instrumentos jurídicos)

- **TJUE:**
  - ✓ Se debe ejercer dicha de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad. *Autonomía de actuación* que implica:

    a) Facultad de organizar el cumplimiento de las funciones inherentes a dicha competencia y de establecer el marco normativo (desapoderamiento de la entidad que efectúa el traspaso)

    b) Disponer de una autonomía financiera que le permita garantizar su financiación.
  - ✓ Es compatible con conservar cierto derecho de supervisión de las funciones (junta general, comisión mixta,…)
  - ✓ Puede ser reversible

CONCLUSIÓN

El art. 1.6 DC permite delimitar el concepto de contrato público, evitando una interpretación expansiva de la LCSP

- ✓ El concepto de contrato público no incluye los actos o acuerdos en cuya virtud una o varias administraciones públicas, en el marco de una reorganización de funciones, transfieren a otra entidad pública la competencia para prestar un servicio, siempre que actúe con autonomía decisoria y financiera y no se prevea retribución.
- ✓ Ello es compatible con: a) la participación de la Administración que realiza la transferencia en los órganos de dirección; b) el ejercicio de funciones de supervisión; y c) el traspaso de los recursos materiales y económicos necesarios para garantizar el ejercicio de las funciones transferidas.