

Cooperación horizontal “genuina” entre autoridades públicas para la gestión conjunta del servicio de tratamiento de residuos. Nota sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2020 (Sala Novena) del TJUE (asunto C-429/19)

J. José Pernas García
Profesor titular de Derecho administrativo
Universidade da Coruña

I. Antecedentes y planteamiento de la cuestión

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia considera que existe dos tipos de contratos celebrados por entidades públicas a los que no se aplica el Derecho de la Unión sobre contratos públicos, tal y como apunta el Tribunal en la sentencia de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11):

“32 Por una parte, se trata de los contratos celebrados por una entidad pública con una persona jurídicamente distinta de aquella cuando, al mismo tiempo, dicha entidad ejerza sobre la mencionada persona un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y dicha persona realice la parte esencial de sus actividades con la entidad o las entidades que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

(...)

34 Por otra parte, se trata de los contratos que establecen una cooperación entre entidades públicas que tiene por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania, C 480/06, Rec. p. I 4747, apartado 37).

La doctrina del TJUE parte de la consideración, en consecuencia, de que, más allá de la licitación de contratos públicos, “(...) una autoridad 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” (ap. 45, STJUE de 29 de junio de 2009, C-480/06). En este último sentido, el TJUE se ha pronunciado expresamente sobre la naturaleza de los contratos o convenios que establecen un marco de cooperación entre entidades públicas, que tienen por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas, a través, principalmente, de la sentencia de 29 de junio de 2009 (asunto C-480/06) y de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11).

Esta doctrina ha servido de base para la redacción del artículo 12.4 de la Directiva 24/2014 de 26 de febrero, que excluye del ámbito de aplicación del régimen de la contratación pública determinados contratos o convenios celebrados exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores¹. Esta exclusión ha sido recogida en el artículo 6.1 de la Ley de Contratos del

¹ “4. Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común;
- b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y
- c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.”

Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-429/19, ha añadido algunos matices a la doctrina del Tribunal, que pretendemos analizar brevemente en la presente nota. El Tribunal reafirma la doctrina de la Sentencia de 9 de junio de 2019, (Comisión/Alemania, C-480/06), que se pronuncia también sobre un modelo interadministrativo de tratamiento de residuos municipales. En este caso, el Tribunal es coherente con la doctrina vertida en la sentencia del 2009, aunque profundiza en los criterios que en ella se apuntaban, especialmente en la significación propia del concepto de cooperación.

En este asunto se plantea una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 12.4, letra a, de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. La petición se ha realizado en el marco de un litigio entre una empresa privada y un consorcio alemán de gestión de residuos, con relación a la adjudicación del contrato de tratamiento de residuos a la planta de tratamiento biomecánico de los residuos del Distrito de *Neuwied* (Alemania), por parte del indicado consorcio.

Tres distritos alemanes encomendaron el tratamiento y eliminación de residuos a un consorcio que controlan conjuntamente. El consorcio dispone únicamente de medios de eliminación de residuos, que se refiere al depósito en vertedero de los rechazos, esto es, de los residuos municipales que ya han sido objeto de pretratamiento y que no pueden ser reciclados (en torno al 50% de los residuos generados por los ciudadanos). Estos rechazos o residuos no reciclables son los que se derivan de los procesos de pretratamiento o valorización, esto es, el proceso a través del cual se extraen de los materiales reciclables depositados por los vecinos en los contenedores (envases o material orgánico).

El consorcio no disponía de esta capacidad de tratamiento de los residuos. Por ello la entidad pública contrata el tratamiento (valorización y eliminación) del 80% de residuos mediante contratos públicos, y acuerda la valorización del 20% restante mediante un convenio con el distrito de *Neuwied* (en adelante distrito).

El convenio firmado entre el consorcio y el distrito acuerda, “en virtud del principio de proximidad”, las siguientes obligaciones:

- El consorcio se compromete a enviar residuos domésticos a la planta de tratamiento del distrito.
- El distrito se compromete a recibir y a tratar los residuos del consorcio.
- El consorcio se compromete a recibir y eliminar los rechazos derivados del tratamiento de residuos en la planta de tratamiento de residuos. Entendemos que el consorcio gestiona los residuos que no han podido ser reciclados en la planta indicada, los denominados rechazos, y que solo pueden ser depositados en vertedero o incinerados.
- El consorcio se compromete a recibir una parte de los residuos minerales derivados del distrito. El órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial entiende que la recepción por el Consorcio de residuos minerales “era puramente teórica y estaba destinada solo a disimular la falta de cooperación”. Este es un dato relevante en la resolución del asunto.
- El consorcio se compromete a abonar al distrito una retribución en función de la cantidad de residuos, “mediante el reembolso de los gastos sin tener en cuenta un

margen de beneficio para los gastos corrientes”. Si no se alcanzará un mínimo de 8.500 toneladas al año, el consorcio abonará una compensación al distrito, que se fijará de común acuerdo.

- En los casos en los que no sea posible tratar los residuos en la planta del distrito, por la concurrencia de una serie de causas sobrevenidas que perturben temporalmente el funcionamiento de la planta, el consorcio almacenará temporalmente sus residuos a su costa, “en la medida de lo posible”. Esta última expresión y el hecho de que el consorcio no hubiera solicitada autorización para la actividad de almacenamiento hace entender al órgano jurisdiccional, que planteó la cuestión prejudicial, indica a juicio del tribunal nacional que era una cooperación teórica, no real.

El tribunal nacional, que planteó la cuestión prejudicial, entendió, a luz de las consideraciones realizadas, que “el contenido del citado convenio se limitaría esencialmente a la obligación del distrito, como proveedor de servicios, de pretratar, a cambio de una retribución, los residuos no reciclables entregados por el Consistorio a fin de hacer posible el vertido, que es la tarea de este último”. Esta apreciación del tribunal de origen va a calar en la percepción y resolución final del TJUE.

El tribunal nacional añade además una serie de consideraciones de interés para llegar a esta conclusión:

- La cooperación entre las dos entidades públicas incrementa la “rentabilidad” de la planta del distrito.
- La Directiva 2014/24 no exige que “todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales, siempre y cuando que se haya contraído el compromiso de cooperar en la ejecución del servicio público de que se trate”.
- El concepto de cooperación “exige que la contribución de cada parte vaya más allá de lo que es la mera ejecución de una obligación o de una contribución puramente económica”.

La cuestión prejudicial que plantea el tribunal remitente es la siguiente:

“¿Debe interpretarse el artículo 12, apartado 4, letra a, de la Directiva 2014/24 en el sentido de que ya existe una cooperación cuando el poder adjudicador responsable de la valorización y eliminación en su territorio no realiza por sí mismo íntegramente la tarea de valorización y eliminación que le incumbe, que según el derecho le compete únicamente a él y para cuyo cumplimiento son necesarias varias operaciones, sino que encarga a otro operador adjudicador, que es independiente del primero y que también es responsable de la valorización y eliminación en su propio territorio, que efectúe, a cambio de una retribución, alguna de las operaciones necesarias?”

II. El concepto de “cooperación”

1. La indispensable exigencia de cooperación efectiva de todas las partes del acuerdo de cooperación

La cuestión gira entorno a la significación del concepto de cooperación, concepto que, como apunta el Tribunal (ap. 23), no define el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24.

El Tribunal precisa en cierta medida dicho concepto:

“25 Del artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24 se desprende que un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores no está incluido en el ámbito de aplicación de esa Directiva cuando establece o desarrolla una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

26 El propio tenor literal de dicha disposición coloca así el concepto de «cooperación» en el centro mismo del dispositivo de exclusión previsto en esa disposición.

27 Es irrelevante, a este respecto, que el texto definitivo del artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24 ya no se refiera, contrariamente al artículo 11, apartado 4, de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, de 20 de diciembre de 2011 [COM(2011) 896 final], al requisito de «una cooperación genuina entre los poderes adjudicadores participantes».

28 En efecto, salvo que se considere que la intención del legislador de la Unión fuera la de instaurar un dispositivo basado en una cooperación que no fuese genuina o incluso la de pasar por alto el efecto útil de la cooperación horizontal entre poderes adjudicadores, se ha de señalar que el requisito de «una cooperación genuina» se desprende de la precisión, enunciada en el considerando 33, párrafo tercero, de la Directiva 2014/24, a cuyo tenor la cooperación debe estar «basada en un concepto cooperador». Tal formulación, en apariencia tautológica, ha de interpretarse en el sentido de que remite a la exigencia de efectividad de la cooperación así establecida o desarrollada.

29 De lo anterior se infiere que la participación conjunta de todas las partes del acuerdo de cooperación es indispensable para garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan y que este requisito no puede considerarse cumplido cuando la única contribución de algunos cocontratantes se limite a un simple reembolso de gastos, como los contemplados en el artículo 5 del convenio controvertido en el litigio principal.

La cooperación entre autoridades públicas debe ser real y efectiva. Es “indispensable” que haya una “participación conjunta de todas las partes del acuerdo de cooperación” en la prestación del servicio público. Los convenios de colaboración para la prestación conjunta de servicios públicos no pueden ser una mera apariencia, un mero manejo, que solo pretende camuflar la verdadera naturaleza de un contrato público. Las autoridades que pretenden conformar una cooperación genuina deben definir un esquema de gestión prestacional en que todas las partes tengan un papel activo, aunque una de ellas, a mi juicio, sea la que asuma el papel protagonista.

2. La insuficiencia del “reembolso de gastos” por una de las partes como elemento conformador de una cooperación entre autoridades

El Tribunal entiende que no es suficiente un “simple reembolso de gastos”, como “única contribución” de alguna de las partes del acuerdo para conformar una relación cooperativa (ap. 29). El Tribunal entiende que “(...) si tal reembolso de gastos bastase por sí solo para considerar que existe una «cooperación», en el sentido del artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24, no podría establecerse ninguna diferenciación entre tal «cooperación» y un «contrato público» que no está cubierto por la exclusión prevista en dicha disposición” (ap. 30).

La mera compensación de gastos no basta, no es suficiente por sí misma, como elemento delimitador definitorio de una cooperación, ya que también puede ser parte de la configuración

de un contrato público. No obstante, a nuestro juicio, entendemos que si bien el mero reembolso de gastos (sin beneficio industrial) no es un factor determinante de la naturaleza de una fórmula de cooperación, sí que puede considerarse un indicio, no definitivo, de la concurrencia de una relación cooperativa, no sinalagmática, siempre que concurren otros elementos, que dejen en evidencia que todos los cocontratantes colaboran, en mayor o menor medida, pero de modo real y efectivo, en la preparación y gestión conjunta del servicio.

3. La “dimensión colaborativa” como elemento delimitador entre “colaboración” y “contrato público”

El Tribunal interpreta que la “cooperación” entre entidades del sector público tiene una dimensión colaborativa que la diferencia de un contrato público, incluido dentro del ámbito de aplicación del derecho derivado de los contratos públicos:

“31 Esta interpretación del concepto de «cooperación», en el sentido del artículo 12, apartado 4, de la citada Directiva, se ve corroborada además por el considerando 31, párrafo segundo, de esa misma Directiva, el cual indica que el hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación pública.

32 Además, la celebración de un acuerdo de cooperación entre entidades del sector público debe aparecer como la culminación de una acción de cooperación entre las partes del mismo (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania, C-480/06, EU:C:2009:357, apartado 38). La elaboración de una cooperación entre entidades del sector público presenta, en efecto, una dimensión intrínsecamente colaborativa, que no existe en un procedimiento de adjudicación de un contrato público al que resultan aplicables las normas previstas en la Directiva 2014/24.

33 Así, la preparación de un acuerdo de cooperación presupone que las entidades del sector público que se proponen celebrar tal acuerdo definan en común sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse. En cambio, tal fase de evaluación y de definición de las necesidades es, por regla general, unilateral en el marco de la adjudicación de un contrato público ordinario. En este último supuesto, el poder adjudicador se limita, en efecto, a convocar una licitación en la que se mencionan las especificaciones que él mismo ha adoptado.

34 Cabe colegir de lo anterior que la existencia de una cooperación entre entidades del sector público se basa en una estrategia, común para los socios de dicha cooperación, y requiere que los poderes adjudicadores unan sus esfuerzos para prestar servicios públicos.”

El Tribunal indica que la elaboración de una cooperación entre entidades del sector público tiene una “**dimensión intrínsecamente colaborativa**”, de la que carecen los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. La preparación del convenio para la gestión común de servicios públicos entre varias autoridades públicas exige que éstas “**definan en común sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse**”. Por el contrario, el Tribunal indica que la “fase de evaluación y de definición de las necesidades es, por regla general, unilateral en el marco de la adjudicación de un contrato público ordinario”.

La fase de preparación de la cooperación es bilateral o plurilateral, mientras que la de un contrato público es unilateral. En todo caso, la nota de bilateralidad (o plurilateralidad) de la definición de los acuerdos de cooperación puede extenderse en buena medida a la preparación

de los contratos públicos que son fruto de aquel, para lo cual debe articularse fórmulas de contratación conjunta de obras o servicios, que pueden prever fases de preparación colaborativa entre todas las partes, aunque los contratos sean licitados por una de ellas. Pensemos por ejemplo en los acuerdos de cooperación para la gestión en común de una instalación de tratamiento de residuos, en el que se definen las reglas de contratación conjunta de la concesión de construcción y explotación de dicha instalación. En dicho convenio interadministrativo podría preverse un proceso conjunto de elaboración de los pliegos técnicos y administrativos, mediante, por ejemplo, el desarrollo de una comisión integrada por técnicos de los diferentes entes colaboradores. Esto podría ser un indicio de la concurrencia de una cooperación genuina. La contratación conjunta derivada de una cooperación son un complemento indispensable para la concreción definitiva del modelo de gestión en común de servicios, mediante la determinación por ejemplo del sistema colaborativo de seguimiento y control de cumplimiento por parte del concesionario o contratista.

El Tribunal concluye que la “existencia de una cooperación” se basa en una “estrategia común” de las partes que la conforman. Los poderes adjudicadores cooperantes deben “unir esfuerzos para prestar los servicios públicos”. De todas formas, el hecho de que la cooperación se caracterice por la definición en común de las necesidades para la gestión de un concreto servicio, admite, a mi juicio, cierto grado de asimetría, de modo que el protagonismo de los diferentes poderes adjudicadores intervinientes puede ser más o menos intenso. Pensemos por ejemplo en un convenio interadministrativo para la gestión de residuos domésticos de varios municipios, en el que uno de ellos es el que aporta la instalación, pero todos intervienen en la definición y el desarrollo de un modelo de prevención y recogida selectiva residuos, articulado sobre la base de un plan intermunicipal de gestión de residuos domésticos.

En el ámbito del tratamiento de residuos, la definición de un sistema de cooperación horizontal efectiva entre administraciones territoriales, no institucionalizado, exige que todas las partes deben cooperar de modo efectivo, aunando esfuerzos, en la preparación de un modelo de gestión conjunta del tratamiento de residuos. Esto puede suponer un esfuerzo común de determinación técnico-política de los objetivos de recuperación de envases o de reciclaje de materia orgánica, de elección del modelo de instalación (o de su renovación) entre las diversas tecnologías de tratamiento disponible en el mercado, de determinación de medidas armonizadas de recogida selectiva (con un sistema uniforme y compartido de recogida separada de residuos orgánicos, por ejemplo) o de reducción en origen de la generación de residuos (mediante la implantación de modelos de compostaje individual o comunitario), o la articulación de un sistema coherente de concienciación ambiental ciudadana para fomentar su implicación en el sistema, para alcanzar así, de la mejor forma posible, los objetivos de eficiencia económica y ambiental marcados por un plan o estrategia común. El acuerdo de cooperación debe ser la culminación de este proceso de preparación y definición de un modelo común de tratamiento de residuos entre todas las partes implicadas.

III. El pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal aplica al caso concreto los criterios doctrinales marcados para verificar si se cumple las exigencias de una cooperación “genuina”:

“35 En este caso, de la resolución de remisión se desprende que el acuerdo celebrado entre el Consorcio y el distrito no revela ninguna forma de cooperación entre estas partes contratantes. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado, en lo sustancial, que solo la cláusula contenida en el artículo 2, apartado 3, del convenio controvertido en el litigio principal puede dar lugar al desarrollo de una cooperación

entre las partes contratantes. No obstante, tras haber sostenido las partes contratantes que esta cláusula constituía una declaración de intenciones, el Consorcio admitió expresamente, en el marco del procedimiento ante la Vergabekammer Rheinland-Pfalz (Cámara de Contratación Pública de Renania-Palatinado), que dicha cláusula carecía de objeto.

Además, no parece desprenderse de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia que la celebración del convenio controvertido en el litigio principal constituya la culminación de una acción de cooperación entre el Consorcio y el distrito, extremo que no obstante corresponderá al órgano jurisdiccional remitente verificar.

37 Por último, ni el hecho de que, conforme a los artículos 2, apartado 2, y 4, apartado 3, del convenio controvertido en el litigio principal, el Consorcio deba volver a hacerse cargo de los residuos no reciclables para ser vertidos, los cuales corresponden al 46 % de los entrantes, ni la circunstancia de que la retribución del distrito adopte únicamente la forma, en virtud del artículo 5, apartado 1, de dicho convenio, de un reembolso de los gastos sin tener en cuenta un margen de beneficio para los gastos corrientes, bastan para acreditar la existencia de una auténtica cooperación entre el Consorcio y el distrito.

38 En consecuencia, el convenio controvertido en el litigio principal parece tener únicamente por objeto la adquisición de una prestación mediante el abono de una retribución. En estas circunstancias, y sin perjuicio de la verificación por parte del órgano jurisdiccional remitente, el contrato público en cuestión en el litigio principal no se vería afectado por la exclusión prevista en el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24.

39 Habida cuenta de todo lo que antecede, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no cabe considerar que exista una cooperación entre poderes adjudicadores cuando un poder adjudicador, responsable en su territorio de una misión de interés público, no lleva a cabo íntegramente él mismo tal misión que le incumbe en exclusiva en virtud del Derecho nacional y que requiere la realización de varias operaciones, sino que encarga a otro poder adjudicador, que no depende de él y que es también responsable de esa misión de interés público en su propio territorio, que efectúe alguna de las operaciones requeridas a cambio de una retribución."

IV. Consideraciones finales

La doctrina del TJUE marcada en este asunto no limita sino clarifica la posibilidad de diseñar formas de cooperación horizontal entre autoridades públicas, especialmente relevantes e, incluso, inevitables, por cierto, en materia de tratamiento de residuos domésticos, en donde es preciso poner en marcha, renovar periódicamente y explotar instalaciones complejas, que requieren elevadas inversiones, inasumibles, en la mayoría de los casos, para una sola Administración local. Podemos afirmar, en este orden de ideas, que la cooperación horizontal entre poderes adjudicadores es una exigencia de viabilidad de los sistemas de tratamiento de residuos municipales, en buena parte de los casos. Con todo, se aprecia en la realidad española el funcionamiento de modelos aparentes de cooperación horizontal en materia de tratamiento de residuos, que esconden, con más o menos pudor, verdaderas relaciones sinalagmáticas, contratos públicos, en donde una parte (incluso con participación privada) presta un servicio y las partes cocontratantes se limitan a compensar o reembolsar los costes.

La doctrina del TJUE rechaza las formas de cooperación aparentes, no reales y efectivas, en donde una de las partes contratantes se encarga de la gestión de los residuos (o de otro servicio

público) de un grupo de entidades territoriales, y el resto se limita a actuar como meros clientes ajenos a la gestión del servicio. Prácticas éstas, en algunos casos, en donde el ente público principal, gestor efectivo del servicios público, solo está interesada en la aportación económica de otras entidades, para garantizar la viabilidad del modelo, pero mantiene el control pleno de la preparación y gestión del servicio para evitar riesgos políticos o administrativos, mientras que otras administraciones cocontratantes son meros "clientes" que solo quieren pagar, sin colaborar ni aunar esfuerzos (o haciéndolo con escaso compromiso) en articular modelos colaborativos que mejoren los resultados de las políticas públicas vinculadas al servicio, como es en este caso la política de residuos.

La doctrina del Tribunal limita, lógicamente, la posibilidad de articular fórmulas de cooperación a aquellos supuestos en donde se da una cooperación "genuina", que exige una participación activa y cooperación efectiva de todas las partes del acuerdo de cooperación, así como la verificación de una dimensión colaborativa, que hace preciso que las partes cocontratantes preparen y "definan en común sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse".

Esta doctrina hace una llamada a una administración más madura (aún por llegar en mucho casos), capaz de establecer relaciones de colaboración leales y efectivas, no dispuestas a poner en riesgo el interés público en pro de los intereses partidistas, de asumir con convicción el compromiso de afrontar en común con otros entes públicos los restos de las políticas públicas ligadas a la prestación de servicios (como la gestión de residuos y de economía circular), y más profesionalizada en la que los técnicos de las entidades cocontratantes sean capaces de establecer un planificación y gestión conjunta de servicios públicos, tan complejos como el tratamiento de residuos, consiguiendo resultados más eficientes en el plano económico y ambiental.