

Derecho de la Unión Europea

Sergio Salinas Alcega
Víctor Fernández-Rodríguez Fairén

I. NORMATIVA

En este primer apartado dedicado al Derecho de la Unión Europea de interés directo para los entes locales adoptado en 2017 se incluye el Reglamento (UE) 2017/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 1316/2013 y (UE) 283/2014 en lo que atañe al fomento de la conectividad a internet de las comunidades locales. Esta disposición enlaza con diversas Comunicaciones de la Comisión, como la de 14 de septiembre de 2016 sobre *La conectividad para un mercado único digital competitivo: hacia una sociedad europea del Gigabit*, que describe una serie de medidas destinadas a reforzar la conectividad de la Unión Europea. Ya en su Comunicación de 26 de agosto de 2010 relativa a *Una Agenda Digital para Europa*, la Comisión había recordado la trascendencia que en el contexto de la *Estrategia Europa 2020* tenía el despliegue de la banda ancha para fomentar la inclusión social y la competitividad en la Unión, y había reiterado el objetivo de que en 2020 todos los ciudadanos de la Unión tuvieran acceso a unas velocidades de internet por encima de los 30 Mbps, y que el 50% o más de los hogares europeos estuvieran abonados a conexiones de internet por encima de los 100 Mbps.

Entre las medidas previstas para lograr ese objetivo se incluía el despliegue de puntos locales de acceso inalámbrico mediante un procedimiento de planificación simplificado y una reducción de los obstáculos reglamentarios. Esos

puntos de acceso, incluidos aquellos complementarios de la prestación de otros servicios públicos o que no tienen carácter comercial, pueden contribuir de forma importante tanto a la mejora de las actuales redes de comunicaciones inalámbricas como al despliegue de las mismas, facilitando una mayor cobertura granular en función de la evolución de las necesidades. Esos puntos de acceso deben poder integrarse en una red con un sistema de autenticación único, válido a través de todo el territorio de la Unión, al que puedan unirse otras redes de conectividad inalámbrica local gratuita.

A la luz de la Comunicación de la Comisión de 14 de septiembre de 2016 y con el fin de impulsar la inclusión digital, es preciso que la Unión preste apoyo al suministro gratuito y sin condiciones discriminatorias de una conectividad inalámbrica de alta calidad en los centros de la vida pública local, incluidos los espacios al aire libre que sean accesibles al público en general. Ese apoyo, que no encuentra amparo en los Reglamentos (UE) 1316/2013 y 283/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, debe animar a los organismos del sector público definidos en la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público, a ofrecer como servicio accesorio a las tareas de su misión pública una conectividad inalámbrica local con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias que permita a quienes se encuentren en las comunidades locales aprovechar en los centros de la vida pública (ayuntamientos, asociaciones de municipios y otras instituciones y establecimientos públicos locales, así como bibliotecas y hospitales) los beneficios de la banda ancha de muy alta velocidad y tener la oportunidad de mejorar sus capacidades digitales.

La conectividad inalámbrica local con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias podría contribuir a cerrar la brecha digital, especialmente en las comunidades donde es menor la alfabetización digital. De hecho se señala que mejorar el acceso a los servicios de banda ancha de alta y muy alta velocidad, en especial en las zonas rurales y lugares remotos, podría aumentar la calidad de vida al facilitar el acceso a servicios como, por ejemplo, la sanidad o la administración electrónicas, así como fomentar el desarrollo de las pymes locales. En ese sentido se señala que el presupuesto disponible debe asignarse a los proyectos de forma geográficamente equilibrada entre los Estados miembros y, en principio, según el orden de llegada. Para garantizar que la conectividad que contempla el presente Reglamento pueda ofrecerse con rapidez, es preciso que la ayuda financiera se ponga en marcha utilizando en la máxima medida de lo posible herramientas en línea que permitan la rápida presentación y tramitación de las solicitudes y apoyen el funcionamiento, seguimiento y auditoría de los puntos de acceso inalámbrico locales que se instalen. A ello se añade que debe

exigirse a las entidades beneficiarias que ofrezcan la conectividad inalámbrica durante un periodo no inferior a tres años.

Con ese fin se proponen diversas modificaciones del Reglamento (UE) 1316/2013 que comienzan por la mención de que únicamente podrán recibir ayuda financiera de la Unión, particularmente en forma de subvenciones, contratos e instrumentos financieros, las acciones que contribuyan a proyectos de interés común identificados en los Reglamentos (UE) 1315/2013, 347/2013 y 283/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo. Por otra parte se apunta que en el sector de las telecomunicaciones, todas las acciones relativas a la ejecución de los proyectos de interés común y de apoyo a programas contempladas en el Reglamento (UE) 283/2014, que cumplan los criterios y/o condiciones de subvencionabilidad establecidos de conformidad con dicho Reglamento podrán optar a recibir ayuda financiera de la Unión de la forma siguiente:

- a) los servicios genéricos, las plataformas de servicios centrales y las acciones de apoyo a programas se financiarán por medio de subvenciones o de contratos públicos;
- b) las acciones en el sector de las redes de banda ancha se financiarán a través de instrumentos financieros;
- c) las acciones que tengan por objeto ofrecer en las comunidades locales una conectividad inalámbrica local con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias se financiarán con subvenciones u otras formas de ayuda económica que no incluyan instrumentos financieros.

Otra modificación del citado Reglamento (UE) 1316/2013 se refiere a que, cuando se justifique por la necesidad de evitar cargas administrativas indebidas y, en particular, en el caso de las subvenciones de escasa cuantía a las que se refiere el art. 185 del Reglamento Delegado (UE) 1268/2012, los Estados miembros podrán aceptar una categoría de propuestas enmarcada en los programas de trabajo adoptados con arreglo al art. 17 del presente Reglamento sin necesidad de que se especifique cada uno de los solicitantes. Tal acuerdo eliminará la necesidad de que los Estados miembros aprueben cada solicitud individual. Por otra parte las acciones que tengan por objeto ofrecer en las comunidades locales una conectividad inalámbrica local con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias se financiarán con una ayuda económica de la Unión que cubra hasta el 100% de los costes subvencionables, sin perjuicio del principio de cofinanciación. Por último se apunta que, a la hora de elaborar los programas de trabajo plurianuales y los programas de trabajo sectoriales anuales, la Comisión establecerá los criterios de selección y adjudicación con arreglo a los objetivos y prioridades establecidos en los arts. 3 y 4 del presente Reglamento y en los Reglamentos (UE) 1315/2013, 347/2013 y 283/2014. Al fijar los criterios de adju-

dicación, la Comisión tendrá en cuenta las orientaciones generales establecidas en la parte V del anexo I del presente Reglamento.

En lo que concierne a las modificaciones del Reglamento (UE) 283/2014 la primera que debe mencionarse es que a partir de esta reforma, se denominará *punto de acceso inalámbrico local*, a un equipo de baja potencia, pequeño tamaño y reducido alcance que utilice de forma no exclusiva el espectro radioeléctrico en las condiciones de disponibilidad y de uso eficiente armonizadas a tal efecto a escala de la Unión y que permita que los usuarios tengan un acceso inalámbrico a una red de comunicaciones electrónicas. Por otra parte se establece que las acciones que contribuyan a proyectos de interés común cuyo objetivo sea ofrecer en las comunidades locales una conectividad inalámbrica local con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias serán apoyadas mediante: a) subvenciones, y b) otras formas de ayuda económica que no incluyan instrumentos financieros. En ese sentido se expresa que el importe subvencionable podrá llegar al 15% de la dotación financiera que prevé para el sector de las telecomunicaciones el art. 5.1.b) del Reglamento (UE) 1316/2013

Para poder optar a una ayuda financiera, las acciones deberán tener por objeto ofrecer una conectividad inalámbrica local con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias en centros de la vida pública de las comunidades locales, incluidos los espacios al aire libre accesibles al gran público que tengan una función fundamental en la vida de esas comunidades. En aras de la accesibilidad, esas acciones ofrecerán acceso a servicios en, al menos, las lenguas pertinentes del Estado miembro de que se trate y, en la medida de lo posible, en otras lenguas oficiales de las instituciones de la Unión. Podrán optar a esa ayuda financiera los organismos del sector público definidos en el art. 3.1 de la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se comprometan a ofrecer, de conformidad con el Derecho nacional, una conectividad inalámbrica local con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias, instalando puntos de acceso inalámbrico local. Las acciones emprendidas que tengan por objeto ofrecer conectividad local podrán optar a recibir la ayuda financiera en caso de que:

- 1) sean ejecutados por un organismo del sector público de los contemplados en el párrafo segundo que goce de capacidad para planificar y supervisar la instalación en espacios públicos de puntos interiores o exteriores de acceso inalámbrico local, así como para garantizar la financiación de los costes operativos durante un mínimo de tres años;
- 2) se basen en una conectividad de banda ancha de alta velocidad, capaz de ofrecer a los usuarios una experiencia de internet de alta calidad que: a) sea de carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias, de fácil acce-

so, segura y emplee equipos de los más recientes y disponibles, capaces de ofrecer conectividad de alta velocidad a sus usuarios, y que b) apoye el acceso a servicios digitales innovadores, tales como los ofrecidos a través de las infraestructuras de servicios digitales;

- 3) utilicen la identidad visual común que establezca la Comisión y se conecten con las herramientas en línea asociadas;
- 4) respeten los principios de neutralidad tecnológica a nivel de red de retorno (*backhaul*), uso eficiente de los fondos públicos y capacidad de adaptación de los proyectos a las mejores ofertas tecnológicas;
- 5) se comprometan a adquirir el equipo necesario o los servicios de instalación correspondientes de conformidad con la normativa aplicable, a fin de que los proyectos no falseen la competencia indebidamente.

En sentido contrario no podrán optar a la ayuda financiera las acciones que vengan a duplicar ofertas gratuitas públicas o privadas de características similares, calidad incluida, existentes en el mismo ámbito público. Dicha duplicación podrá evitarse garantizando que el conjunto de puntos de acceso financiados en virtud de este Reglamento esté diseñado para cubrir principalmente espacios públicos y no se solape con ofertas públicas o privadas ya existentes de características similares.

El presupuesto disponible se asignará de forma geográficamente equilibrada en los Estados miembros a las acciones que cumplan las condiciones establecidas en la presente sección, teniendo en cuenta el número de propuestas que se reciban y atendiendo, en principio, a su orden de llegada. La asignación total de fondos con arreglo a cada convocatoria de propuestas incluirá a todos los Estados miembros de los que se reciban propuestas admisibles. Las acciones financiadas con arreglo a esta sección deberán estar en funcionamiento y ser supervisadas de cerca por la Comisión durante un período mínimo de tres años, tras el cual la Comisión continuará aportando una visión general sobre la funcionalidad de dichas acciones y, en su caso, propuestas para iniciativas futuras.

II. JURISPRUDENCIA

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia incluida en el Informe se mencionan cuatro sentencias que responden a cuatro casos de petición de decisión prejudicial por parte de órganos jurisdiccionales nacionales en los que se abordan distintas cuestiones referidas a entes locales. Incluidas por orden cronológico la primera tiene origen en la petición del Consejo de Estado italiano en materia de adjudicación sin contrato de licitación. En la segunda la petición

de decisión prejudicial surge del Tribunal Regional de Celle (Alemania) respecto de la transferencia por dos entidades, una de ellas la Ciudad de Hannover, de la competencia en materia de eliminación y tratamiento de residuos a un consorcio creado por esas entidades. La tercera sentencia se refiere a España y tiene origen en la solicitud de decisión prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid respecto de la posible devolución de lo abonado por una institución de enseñanza en concepto del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. La última sentencia se refiere a la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a la petición de decisión prejudicial del Tribunal de Distrito de Faro en un asunto relativo al mantenimiento de derechos de los trabajadores en casos de transmisiones de empresas. Aunque las dos primeras son sentencias del Tribunal de Luxemburgo de diciembre de 2016 tienen reflejo en este Informe de 2017 al no haber podido ser incluidas en el Informe anterior.

1. LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS SIN PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN (*IN HOUSE*)

El Tribunal de Justicia, mediante sentencia de 8 de diciembre de 2016 (as. C-553/15), responde a la petición de decisión prejudicial del Consejo de Estado de Italia en relación con la interpretación del Derecho de la Unión Europea relativo a la denominada adjudicación *in house* de un contrato público, es decir sin procedimiento de licitación. Esta posibilidad era admitida por el propio Tribunal de Justicia, fijando para ello dos requisitos: que el poder adjudicador ejerza sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que la controla.

La cuestión se plantea en el marco de un litigio planteado a nivel nacional por una empresa (*Undis Servizi Srl*) interesada en un contrato de servicio de gestión del ciclo integral de los residuos urbanos convocado por el Ayuntamiento de Sulmona (Italia) que finalmente era adjudicado a otra empresa (*Cogesa*), de titularidad pública y controlada por varios Ayuntamientos, entre ellos el adjudicador del contrato en cuestión. Las alegaciones de la primera empresa respecto al no cumplimiento de los requisitos para la adjudicación *in house* eran desestimadas por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de los Abruzzos, para quien que el Ayuntamiento de Sulmona fuese un accionista minoritario de *Cogesa* no impedía que ejerciese un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. En este punto era clave el convenio concluido entre las entidades territoriales titulares de *Cogesa*, anterior al contrato de servicios que se conoce en el caso, y por el cual acordaban ejercer un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. El tribunal nacional concluía igualmente

que se cumplía el segundo requisito ya que, al no tener en cuenta la actividad de *Cogesa* a favor de los municipios no asociados, la ejercida a favor de los municipios asociados superaba el 90% del volumen de negocio de la sociedad. Esa conclusión del Tribunal Regional era recurrida por *Undis* ante el Consejo de Estado que, con apoyo en lo señalado por el propio Tribunal de Justicia, planteaba la necesidad de comprobar si para el cumplimiento del segundo requisito de la adjudicación *in house* debe tenerse en cuenta también la actividad impuesta por una administración pública no asociada a favor de entidades públicas no asociadas, así como si deben tenerse en cuenta también las adjudicaciones a favor de las entidades públicas asociadas antes de que se cumpla el requisito del control análogo.

El Tribunal de Justicia en su respuesta a la cuestión planteada comienza por señalar que, dado que los hechos controvertidos son anteriores al vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, el asunto debe resolverse conforme a la Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. A eso se añade que aunque el órgano remitente no proporciona información sobre el valor del contrato, en concreto si se supera el umbral de aplicación de la citada Directiva, ni sobre si se trata de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios, el Tribunal de Justicia considera que a la vista de la información contenida en el expediente está en condiciones de dar una respuesta útil al juez nacional.

El Tribunal de Justicia justifica el reconocimiento de la excepción que suponen las adjudicaciones *in house* por el vínculo interno existente entre el poder adjudicador y la entidad adjudicataria, incluso aunque esta sea una entidad jurídicamente distinta. Es decir que se considera que el poder adjudicador recurre a sus propios medios y la entidad adjudicataria forma casi parte de los servicios internos de dicho poder adjudicador. Esa lógica es la que impone los dos requisitos antes apuntados: el del control análogo y el de la realización de una parte esencial de las actividades en beneficio del poder adjudicador que ejerce el control. En concreto se señala por el Tribunal de Justicia como indispensable que la actividad de la entidad adjudicataria no dedicada a la entidad o entidades que la controlan sea marginal y para ello el juez nacional ha de tomar en consideración todas las circunstancias del caso. En ese sentido se afirma que el volumen de negocios pertinente es el que realiza la entidad adjudicataria en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por la entidad o entidades que la controlan. Esta exigencia es justificada como el medio para garantizar la aplicabilidad de la Directiva 2004/18 en caso de que una empresa controlada por una o varias de estas entidades opere en el mercado y pueda competir con otras empresas. En

ese sentido se concluye que cuando las prestaciones de esa empresa se destinan, en lo esencial, solo a las entidades que la controlan, se justifica que no se apliquen a dicha empresa las restricciones de la Directiva 2004/18 puesto que fueron adoptadas con el objeto de defender una competencia que en este caso no tiene razón de ser.

A eso se añade que toda actividad de la entidad adjudicataria destinada a personas distintas de aquellas a las que pertenece, aunque sean autoridades públicas, debe considerarse ejercida a favor de terceros. Y en ese sentido las entidades territoriales no asociadas de *Cogesa* son terceros, faltando por tanto el vínculo interno particular entre poder adjudicador y entidad adjudicataria que justifica las adjudicaciones *in house*. Corresponde al juez nacional comprobar que la actividad que la sociedad dedica a las entidades territoriales no asociadas reviste o no un carácter marginal. Ello no resulta afectado por el hecho de que la actividad ejercida por *Cogesa* a favor de entidades territoriales no asociadas venga impuesta por una autoridad pública, que tampoco está asociada a dicha sociedad. Al no existir control alguno por parte de la citada autoridad pública sobre *Cogesa* la actividad impuesta a esta debe considerarse ejercida para terceros.

Respecto de la segunda cuestión el Tribunal recuerda la afirmación anterior de que el juez nacional debe tomar en consideración todas las circunstancias cuantitativas y cualitativas para apreciar el requisito de la realización de la parte esencial de la actividad. En ese sentido considera que deben tomarse en consideración las actividades ejercidas por la sociedad en beneficio de las entidades que la controlan antes del convenio de 30 de octubre de 2014 anteriormente señalado, dado que esas actividades perduran aún en el momento de una adjudicación de contrato público. E incluso las actividades finalizadas antes de la fecha del convenio pueden ser pertinentes para apreciar el cumplimiento del requisito de la realización de una parte esencial de la actividad, al constituir un indicio de la importancia de la actividad que *Cogesa* proyecta ejercer para sus autoridades territoriales asociadas después de que haya tenido efecto el control análogo de estas. Así el Tribunal concluye que de cara a la apreciación del cumplimiento por la entidad adjudicataria del requisito de que una parte esencial de su actividad sea ejercida en beneficio del poder adjudicador procede no incluir, al ser considerada como actividad ejercida para terceros, la actividad que le impone una autoridad pública no asociada en beneficio de entidades territoriales que tampoco son asociadas de dicha entidad. E igualmente con ese mismo fin de apreciación del cumplimiento del citado requisito debe tomarse en consideración la actividad que la entidad adjudicataria haya desarrollado para las entidades territoriales asociadas antes de que el control conjunto de estas sobre la sociedad se hiciera efectivo.

2. TRANSFERENCIA POR ENTIDADES LOCALES Y REGIONALES DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS A UN CONSORCIO CREADO POR EllAS

La sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 (as. C-51/15) da respuesta a la petición de decisión prejudicial del Tribunal Regional Superior de Celle (Alemania) acerca de la interpretación del art. 1.2.a) 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. La cuestión se inserta en el procedimiento que se sigue ante ese órgano jurisdiccional como consecuencia de la creación por parte de la Región de Hannover y la Ciudad de Hannover de un consorcio al que ambas entidades transfirieron su competencia en materia de eliminación y tratamiento de residuos.

Esa operación era considerada por el demandante, *Remondis GmbH*, una sociedad mercantil que opera en ese sector de los residuos, como un contrato público en el sentido del art. 1.2.a) de la Directiva 2004/18, al no reunirse uno de los dos requisitos señalados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para justificar la excepción en cuanto a la aplicación de las normas en materia de contratos públicos. En concreto la sociedad señalaba que dado que el consorcio tiene un importante volumen de negocio con entidades terceras no realiza parte esencial de su actividad con las entidades que lo fundaron. Ello conduciría a considerar la creación del consorcio como una adjudicación irregular de un contrato público, que debería declararse nulo y organizarse un procedimiento de licitación en el caso de que las entidades concernidas no pudiesen prestar el servicio por sí mismas.

En ese contexto el órgano jurisdiccional nacional planteaba al Tribunal de Luxemburgo una cuestión relativa a la posible interpretación del citado art. 1.2.a) de la Directiva en el sentido de considerar un acuerdo como el de este supuesto como contrato público, teniendo en cuenta que ambas entidades crean mediante un Estatuto una persona jurídica de Derecho público a la que atribuyen competencias que antes correspondían a esas entidades. El Tribunal comienza puntualizando que cuando una operación se desarrolla, como en este caso, en varias fases debe tomarse en consideración desde una perspectiva global. En este caso dicha operación tiene como finalidad la creación de una nueva entidad de Derecho público a la que las entidades creadoras traspasan competencias que eran suyas, dotándola de capacidades y medios para cumplir sus funciones. A este respecto se recuerda que las entidades creadoras aportaron al nuevo consorcio los medios con los que cada una de ellas desempeñaba la función que se atribuyó a este, y le reconocieron el derecho de imponer y cobrar ta-

sas, así como a desempeñar actividades que no corresponden al ejercicio de las competencias transferidas, aunque fuesen de la misma naturaleza. Además, el consorcio se veía atribuida una autonomía de funcionamiento, pero estaba sometido a una junta compuesta por representantes de las dos entidades creadoras, siendo este órgano el competente para designar al responsable de la gestión del consorcio.

Señalado esto el Tribunal de Justicia advierte que la consideración de las actividades del consorcio como servicios en el sentido de la Directiva 2004/18, que el tribunal remitente había realizado, no implica por sí sola que la citada Directiva resulte aplicable, dado que las autoridades públicas disponen de libertad para acudir a un contrato para el desempeño de las funciones de interés público que les incumben. En concreto el Tribunal de Justicia recuerda que, conforme al principio del respeto de la identidad nacional de los Estados miembros, consagrado en el art. 4.2 TUE, el reparto de competencias dentro de un Estado miembro disfruta del margen de protección que corresponde a las estructuras políticas y constitucionales. A eso se ha de añadir que ese reparto competencial no está congelado, por lo que la protección que resulta del art. 4.2 TUE incluye las reorganizaciones de competencias en el interior de un Estado miembro.

El Tribunal añade que la redistribución o transferencia de competencias no reúne todos los requisitos que se imponen por la definición de contrato público contemplada en la Directiva, en concreto se refiere a su celebración a título oneroso, que implica que el poder adjudicador que concluye el contrato recibe, mediante contrapartida, una prestación que debe comportar un interés económico directo para él. En ese sentido se afirma que el hecho de que una autoridad pública se libere de una competencia hace desaparecer cualquier interés económico de esa autoridad en la realización de las funciones que corresponden a dicha competencia. El Tribunal de Justicia considera que la reasignación de medios para el ejercicio de la competencia que pasan de la autoridad que transfiere la competencia a la que la recibe no puede considerarse como pago de un precio sino, por el contrario, como una consecuencia lógica e incluso necesaria de la transferencia o redistribución de competencias realizada. Tampoco considera remuneración el que la autoridad que transfiere la competencia se comprometa a asumir la carga de los eventuales excesos de costes en relación con los ingresos que puedan resultar del ejercicio de la competencia. Eso es visto por el Tribunal como una garantía destinada a terceros, consecuencia del hecho de que una autoridad pública no puede ser objeto de un procedimiento de insolvencia. No obstante se añade que para poder ser considerada como un acto de organización interna y quedar protegida por el art. 4.2 TUE la transferencia de competencias debe presentar ciertos requisitos. En este caso se considera que dicha transferencia debe tener por objeto no solo las responsabilidades vinculadas a la competencia transferida

sino también los poderes que son el corolario de esta. Ello implica que la autoridad que recibe la competencia debe tener la facultad de organizar la ejecución de las funciones que recibe, así como de establecer el marco reglamentario de dichas funciones. Ello no sucede si la autoridad inicialmente competente conserva la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, si se reserva el control financiero de estas o si debe aprobar previamente las decisiones de la autoridad a la que se ha adherido. Es decir que no puede existir transferencia de competencia si la autoridad pública que la recibe no ejerce dicha competencia de forma autónoma y bajo su propia responsabilidad. La sentencia añade que tal autonomía de acción no significa sustraer a la entidad que recibe la competencia de toda influencia por parte de cualquier otra entidad pública. Es decir que el transferente puede conservar cierto derecho de supervisión de las funciones derivadas de ese servicio, siempre que no suponga una injerencia en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida. Esa influencia puede ejercerse a través de un órgano, como una junta general, compuesto por representantes de las autoridades anteriormente competentes. El Tribunal añade que la mencionada autonomía de acción no equivale al carácter irreversible de la redistribución impuesta o la transferencia voluntaria de la competencia, siendo posibles reorganizaciones sucesivas. De forma que nada se opone a que la competencia transferida pueda ser posteriormente objeto de una nueva transferencia o redistribución con motivo de una reorganización subsiguiente.

3. SOLICITUD POR UNA INSTITUCIÓN DE ENSEÑANZA DE DEVOLUCIÓN DE LO ABONADO EN CONCEPTO DE IMPUESTO SOBRE CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y OBRAS

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid solicita al Tribunal de Justicia la interpretación del art. 107.1 TFUE en relación con el litigio planteado ante dicho Juzgado por la desestimación por el Ayuntamiento de Getafe de la solicitud presentada por la *Congregación de Escuelas Pías Provincia de Betania* para la devolución de lo abonado en concepto de Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras por la licencia para la reforma y ampliación del edificio del salón de actos del colegio *La Inmaculada* gestionado por ella.

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 2017 (as. C-74/16), responde a la solicitud y tras rechazar las cuestiones de inadmisibilidad presentadas por el Gobierno español por el carácter hipotético de la cuestión y la insuficiente definición del contexto fáctico y del régimen normativo aplicable, reformula la cuestión planteada por el Juez nacional. En ese sentido se apunta que la pregunta se refiere a la posible inclusión en la prohibición del art. 107.1 TFUE de una exención fiscal de la que se beneficia una congregación de la Iglesia Ca-

tólica por obras en un inmueble destinado a actividades sin finalidad estrictamente religiosa, pero en realidad dicha cuestión ha de extenderse al análisis de los art. 108.1 y 108.3 TFUE.

La sentencia comienza por comprobar la existencia de todos los elementos que, conforme al art. 107.1 TFUE, deben concurrir para poder concluir que existe una ayuda de Estado. Para ello comienza por considerar si la Congregación puede calificarse como *empresa* a esos efectos, recordando que lo relevante es que la actividad pueda calificarse como económica, con independencia del carácter público o privado de la entidad que la desarrolla. En ese sentido se considera como *actividad económica* toda oferta de bienes o servicios en un mercado determinado, sin que la ausencia de ánimo de lucro impida la consideración de empresa de la entidad que realiza la oferta siempre que esta compita con la de otros operadores con ánimo de lucro.

Para calificar un servicio como actividad económica debe tenerse en cuenta el elemento de la remuneración que constituye la contrapartida económica de la prestación considerada. En ese sentido se considera que constituyen actividad económica los cursos impartidos en centros financiados esencialmente con fondos privados que no provienen del propio prestador del servicio, sin que sea necesario que esos fondos provengan de los beneficiarios del servicio. Por el contrario los cursos impartidos en centros integrados en el sistema público de enseñanza y financiados total o parcialmente con fondos públicos no constituyen actividad económica a estos efectos, dado que el Estado no se propone realizar actividades remuneradas sino cumplir su misión en los ámbitos social, cultural y educativo.

A este respecto cabe que un mismo centro ejerza actividades económicas y no económicas, siempre que mantenga una contabilidad separada que evite todo riesgo de subvenciones cruzadas de sus actividades económicas mediante fondos públicos de los que se beneficia en relación con actividades no económicas. Este es el presente caso en el que la Congregación desarrolla enseñanza subvencionada por el Estado y educación libre sin apoyo financiero de este. En cuanto a la primera corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se inserta en el sistema público de enseñanza primaria y secundaria, financiándose en su totalidad con fondos públicos, en virtud de concierto con la Comunidad de Madrid. En ese caso no podría calificarse como actividad económica a estos efectos. Otra cosa es la enseñanza preescolar, extraescolar y postobligatoria, no subvencionadas por el Estado sino fundamentalmente mediante contribuciones privadas, en especial de los alumnos y de sus padres. Estas actividades en opinión del Tribunal de Luxemburgo parecen reunir todos los requisitos para su calificación como actividades económicas, si bien también ello debe ser com-

probado por el órgano remitente. En caso de confirmar la condición de estas últimas actividades como económicas el Juez nacional deberá analizar el uso que se hace del salón de actos. Si se destina únicamente a actividades de enseñanza subvencionadas por el Estado la exención controvertida no estaría comprendida en la prohibición del art. 107.1 TFUE. Si se destina a actividades de enseñanza sin subvención pública o tiene un uso mixto, para ambos tipos de actividades, la exención fiscal podría estar comprendida en la citada prohibición.

Así pues en caso de que el Juez nacional considere que el salón se destina a actividades de la Congregación calificables como económicas debe examinarse el cumplimiento de los requisitos del art. 107.1 TFUE para concluir si existe ayuda estatal. El primero consiste en comprobar si existe ventaja económica selectiva, es decir que la intervención favorece directa o indirectamente a la empresa o constituye una ventaja económica que esta no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado. En este sentido se recuerda que se equiparan a subvenciones las intervenciones que alivian las cargas normales sobre el presupuesto de una empresa. En este caso el citado impuesto es adeudado por todos los contribuyentes que realizan obras de construcción o reforma por lo que la exención aliviaría las cargas que recaen sobre el presupuesto de la Congregación, confiriendo de forma evidente a esta una ventaja económica. A ello se añade que, conforme resulta del ordenamiento español, la citada exención no es una medida aplicable sin distinción a todos los operadores económicos, sino a determinados sujetos (Santa Sede, Conferencia Episcopal, Diócesis, Parroquias y otras circunscripciones territoriales, Órdenes y Congregaciones religiosas e Institutos de Vida Consagrada), por lo que es una medida *a priori* selectiva sin que conste en los autos ningún dato conforme al cual la exención se derive directamente de los principios fundadores o rectores del sistema tributario español y sea necesaria para el funcionamiento y la eficacia del mismo.

A continuación debe comprobarse que se trata de una ayuda otorgada directa o indirectamente con fondos estatales y que sea imputable al Estado. Respecto a la imputabilidad basta con señalar que la exención deriva de la Orden de 5 de junio de 2001 del Ministerio español de Hacienda y tiene su origen en el Acuerdo sobre asuntos económicos de 3 de enero de 1979 suscrito por España y la Santa Sede. Tampoco resulta discutible que la ventaja se otorgue directa o indirectamente mediante fondos estatales ya que supone una disminución de los ingresos del Ayuntamiento. En cuanto al requisito de la afectación a los intercambios comerciales entre Estados miembros y el falseamiento o amenaza del mismo de la competencia, el Tribunal de Justicia señala que no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda en los intercambios entre Estados miembros o la distorsión efectiva de la competencia sino que basta con examinar que la ayuda pueda afectar a dichos intercambios o falsear la competencia. En este sentido se apun-

ta que una ayuda que refuerza la posición de determinadas empresas en relación con sus competidoras en los intercambios comerciales entre Estados miembros debe considerarse que afecta a tales intercambios, aunque las empresas beneficiarias no participen en los intercambios comerciales entre Estados miembros, ya que se disminuyen las posibilidades de empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión. Además las ayudas que liberan a una empresa de costes propios de su gestión corriente o de sus actividades normales, con los que normalmente deberían haber cargado, falsean en principio las condiciones de competencia. La sentencia recuerda no obstante que, de conformidad con el art. 2 del Reglamento (CE) 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2016, las ayudas (*de minimis*) que no superen el límite de 200.000€ en un periodo de tres años no afectan a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, ni falsean ni amenazan con falsear la competencia, no estando incluidas en el concepto de ayudas estatales. Así corresponde al Juez nacional comprobar si en este caso se alcanza ese umbral, tomando en consideración para ello únicamente las ventajas de que haya disfrutado la Congregación en relación con sus actividades económicas, excluyendo por tanto de su cálculo las actividades no económicas. En caso de duda o dificultad del Juez nacional para ese cálculo podrá pedir la colaboración de la Comisión.

El último aspecto a considerar es si se trata de una ayuda existente o de una nueva ayuda a los efectos del art. 108.1 y 3 TFUE. A ese respecto el Tribunal no acepta el argumento del Gobierno español de que, dado que la exención se fundamenta en el Acuerdo de 3 de junio de 1979, anterior a la adhesión de España, es una ayuda existente, por lo que puede seguir ejecutándose mientras la Comisión no declare su incompatibilidad. Por el contrario para el Tribunal de Justicia aunque la exención total de los impuestos reales a favor de la Iglesia Católica española es anterior a la adhesión de España a la Unión, el citado impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras no se introdujo en el Derecho español hasta después de dicha adhesión, recogiendo la exención controvertida en la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001. En ese caso si el Juez español constata la existencia de una ayuda estatal a favor de la Congregación solo podría tratarse de una ayuda nueva en el sentido del art. 108.3 TFUE.

4. MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE UN TRABAJADOR QUE SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN DE EXCEDENCIA EN UN CASO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA

El Tribunal de Luxemburgo, mediante sentencia de 20 de julio de 2017 (as. C-416/16), responde a la solicitud de decisión prejudicial del Tribunal de Distrito de Faro (Portugal) sobre la interpretación de los arts. 1.1.b) y 2.1.d) de la

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. El Sr. Piscarreta, que trabajaba como técnico de turismo para el municipio de Portimao, pasó a desempeñar esas mismas funciones en la empresa municipal *Portimao Turis*, mediante contrato a tiempo indefinido. El municipio, en un proceso de fusión de empresas municipales, incorporó *Portimao Turis* a *Portimao Urbis*, pasando el Sr. Piscarreta a desempeñar tareas de administrador y director de esta última empresa. Encontrándose el Sr. Piscarreta en situación de excedencia reconocida por el municipio, este decidió disolver *Portimao Urbis*, de la que era accionista único, haciéndose cargo él mismo de una parte de las actividades de la empresa y trasladando la otra parte a la empresa *Emarp*, de la que el municipio es igualmente el único accionista. En ese marco el municipio se hizo cargo de parte de los trabajadores de *Portimao Urbis*, mediante acuerdo de cesión de interés público, y el resto fueron objeto de cesión de posición contractual siendo asumidos por *Emarp*. Al Sr. Piscarreta se le comunicó el término de su contrato por la cesión definitiva de la actividad de *Portimao Urbis*. El Sr. Piscarreta recurrió a los tribunales dicha decisión considerando que se había producido una transmisión de centro de actividad. En el marco de ese litigio el Juez portugués alberga dudas respecto a la conformidad del Derecho nacional con la Directiva y por ello planteó diversas cuestiones al Tribunal de Luxemburgo.

En la primera de ellas se pregunta acerca de la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de un supuesto como este. El Tribunal responde que esta se aplica, conforme a su art. 1.1.c), a empresas públicas o privadas que ejerzan actividades económicas, con o sin ánimo de lucro, pero quedan fuera de ella los supuestos de reorganización de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas. La sentencia recuerda que estamos en un supuesto de transmisión de actividades de una empresa municipal a un municipio y otra empresa municipal lo que, en principio no obsta la aplicación de la Directiva 2001/23. Así resulta de su propia jurisprudencia, conforme a la cual que el cesionario sea un organismo de Derecho público no excluye la existencia de transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la misma. De conformidad con el art. 1.1.c) de la misma para que esta sea aplicable la transmisión debe afectar a un entidad que ejerza una actividad económica. El Tribunal ha precisado que ese concepto se aplica a cualquier oferta de bienes o servicios en un mercado determinado, excluyéndose las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público pero no los servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan en ese ámbito. En es-

te caso las actividades transmitidas no participan del ejercicio de prerrogativas de poder público por lo que pueden calificarse como actividades económicas.

A continuación se señala que, conforme al art. 1.1.a), la Directiva 2001/23 se aplica a traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. Las diferencias entre las versiones lingüísticas de la citada Directiva han llevado al Tribunal de Justicia a interpretar esta disposición de manera flexible para responder al objetivo de proteger a trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa. En ese sentido considera que el que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva. Por ello, que la transmisión resulte de la disolución de una empresa municipal por acuerdo del municipio no obsta la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva al suponer un cambio de empresario. Así, conforme al art. 1.1.b), la Directiva será aplicable si la transmisión recae sobre una unidad económica que mantenga su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario. Con el fin de comprobar ese extremo advierte el Tribunal que han de tenerse en cuenta todas las circunstancias de hecho de la operación (como tipo de empresa o centro de actividad, transmisión o no de elementos materiales como edificios y bienes muebles, valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se transmita o no la clientela o el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de las actividades). La importancia de cada uno de esos factores varía según la actividad ejercida o los medios de producción o explotación utilizados en la empresa o el centro de actividad.

Por otra parte para el Tribunal de Justicia la mera asunción de la actividad económica de una entidad por otra no implica el mantenimiento de la identidad, para lo cual deben tenerse en cuenta varios elementos indisolubles (personal, marco de actuación, organización del trabajo, métodos de explotación o, en su caso, medios de explotación). Así el elemento pertinente para el mantenimiento de la entidad transmitida no es el de la organización específica imputada por el empresario a los factores de producción transmitidos sino el vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre los mismos, que permite al cesionario utilizar dichos factores para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aunque se integren en una estructura organizativa diferente. Por ello que un centro de actividad se disuelva y sus actividades se traspasen a otras dos entidades no impide la aplicabilidad de la Directiva, si bien corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si en este supuesto se ha mantenido la identidad de la entidad transmitida.

La segunda cuestión planteada por el Juez nacional se refiere a si una persona que no presta servicios de manera efectiva por la suspensión de su contrato de trabajo entra en el concepto de *trabajador* del art. 2.1.d) de la Directiva 2001/23 y, en su caso, si los derechos y obligaciones que resultan de ese contrato se transfieren al cesionario, conforme al art. 3.1 de la Directiva. El Tribunal precisa que a estos efectos se entiende por trabajador cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado de que se trate y que, tal como resulta del art. 3.1.1 de la Directiva, la protección de esta solo afecta a los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral en vigor en la fecha de la transmisión, debiendo este extremo ser apreciado con arreglo al Derecho nacional, sin perjuicio del respeto de las disposiciones imperativas de la Directiva 77/187 relativas a la protección de los trabajadores contra el despido a causa de la transmisión. En este caso el demandante en el litigio principal estaba unido a la empresa disuelta mediante un contrato de trabajo de duración indefinida, si bien no prestaba efectivamente servicios en esa fecha al disfrutar de una excedencia que llevaba consigo la suspensión del contrato. El Derecho portugués prevé que durante la suspensión de un contrato de trabajo se mantendrán los derechos, obligaciones y garantías de las partes que no están obligadas a prestar un trabajo efectivo. Por tanto se protege en tanto que trabajador a una persona que no presta efectivamente sus servicios debido a la suspensión de su contrato de trabajo por lo que, sin perjuicio de verificación de ese extremo por el órgano remitente, los derechos y obligaciones de esa persona se transfieren, conforme al art. 3.1.1 de la Directiva, al cesionario como consecuencia de la transmisión del centro de actividad.

La última cuestión planteada por el Juez nacional se refiere a la conformidad con la Directiva 2001/23 de una normativa que en el marco del traspaso de una empresa local, sujeta el mantenimiento de los derechos de los trabajadores a determinadas restricciones, en particular en lo que respecta al tipo de contrato o a su duración. El Tribunal de Luxemburgo declara inadmisibile esta cuestión al considerar que el órgano jurisdiccional remitente no facilita explicación alguna sobre las razones por las que considera necesaria la respuesta a la misma para resolver el litigio de que conoce. En concreto no se precisa en qué medida las restricciones previstas por la normativa nacional son aplicables a la situación del Sr. Piscarreta dado que si bien dicha normativa condiciona la cesión de los trabajadores de una empresa local a la existencia previa de un contrato de trabajo de duración indefinida celebrado al menos un año antes de la fecha del acuerdo de disolución de la empresa, el Sr. Piscarreta disponía en la fecha del cese de actividad de *Portimao Urbis* de un contrato de trabajo de duración indefinida celebrado con varios años de anterioridad.