

Asunto C-214/21**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

6 de abril de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

3 de marzo de 2021

Parte recurrente en primera instancia y en apelación:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Parte recurrida:

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza (Empresa Sanitaria Provincial de Cosenza)

con intervención de:

ANPAS — Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze Odv

Objeto del procedimiento principal

Impugnación de la sentencia del Tribunale Amministrativo Regionale (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo; en lo sucesivo «TAR») de Calabria mediante la cual dicho órgano jurisdiccional desestimó el recurso interpuesto por la parte recurrente contra los actos del procedimiento de selección convocado por la parte recurrida para adjudicar mediante convenio a organizaciones de voluntariado y a la Croce Rossa Italiana (Cruz Roja Italiana) el servicio de transporte sanitario de emergencia y urgencia, de forma continuada, excluyendo a las demás organizaciones sin ánimo de lucro, en particular, la cooperativas sociales, como la sociedad recurrente.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del artículo 10, letra h), y del considerando 28 de la Directiva 2014/24/UE, con arreglo al artículo 267 TFUE

Cuestión prejudicial

¿Se opone el artículo 10, letra h), de la Directiva 2014/24 UE, así como el considerando 28 de dicha Directiva, a una normativa nacional que prevé que los servicios de transporte sanitario de emergencia y urgencia solo pueden adjudicarse con carácter prioritario mediante convenio a las organizaciones de voluntariado —siempre que lleven inscritas desde al menos seis meses en el Registro Nacional Único del Tercer Sector, pertenezcan a una red de asociaciones, y estén autorizadas con arreglo a la normativa regional en la materia (si esta existe), y a condición de que esa adjudicación garantice la prestación del servicio en un sistema de contribución efectiva a una finalidad social y de persecución de objetivos de solidaridad, en condiciones de eficiencia económica e idoneidad, respetando asimismo los principios de transparencia y de no discriminación— sin contemplar, entre los posibles adjudicatarios, a las demás organizaciones sin ánimo de lucro y, más concretamente, a las cooperativas sociales, en tanto empresas sociales que no tienen finalidad lucrativa, incluidas las cooperativas sociales que gestionan el reparto entre los socios de retornos cooperativos vinculados a actividades de interés general, en el sentido del artículo 3, apartado 2 *bis*, del Decreto Legislativo n.º 112 de 2017?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 10, letra h), y considerando 28, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n.º 50 (Codice dei contratti pubblici) [Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 (Código de contratos públicos)], artículo 17, «Exclusiones específicas relativas a los contratos públicos y concesiones de servicios»: «1. Las disposiciones del presente Código no se aplicarán a aquellos contratos públicos y concesiones de servicios que tengan por objeto: / [...] / h) servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro [...] salvo los servicios de transporte en ambulancia de pacientes; / [...]».

Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n.º 117 (Codice del Terzo settore) [Decreto Legislativo n.º 117, de 3 de julio de 2017 (Código del Tercer Sector)]

Artículo 4, «Entidades del Tercer Sector»: «1. Por entidades del Tercer Sector se entenderá las organizaciones de voluntariado, las asociaciones de promoción social, las organizaciones caritativas, las empresas sociales, incluidas las cooperativas sociales, [...] y las demás entidades privadas, distintas de sociedades, sin ánimo de lucro que persigan fines cívicos, solidarios o de utilidad social, mediante el desarrollo, con carácter exclusivo o principal, de una o varias actividades de interés general en forma de acción voluntaria o de entrega gratuita de dinero, bienes o servicios, o de mutualidad o fabricación o intercambio de bienes o servicios, inscritas en el Registro Único Nacional del Tercer Sector.»

Artículo 56, «Convenios»: «1. Las Administraciones Públicas [...] podrán suscribir con organizaciones de voluntariado y asociaciones de promoción social que lleven inscritas desde al menos seis meses en el Registro Nacional Único del Tercer Sector, convenios para el desarrollo de actividades o la prestación de servicios de interés general a favor de terceros, cuando ello resulte más favorable que recurrir al mercado».

Artículo 57, «Servicio de transporte sanitario de emergencia y urgencia»: «1. Los servicios de transporte de emergencia y urgencia podrán adjudicarse, con carácter prioritario, mediante convenio a las organizaciones de voluntariado que lleven inscritas desde al menos seis meses en el Registro Nacional Único del Tercer Sector, pertenezcan a una red de asociaciones [...], y estén autorizadas con arreglo a la normativa regional en la materia, si esta existe, en los supuestos en que, por la naturaleza específica del servicio, la adjudicación directa garantice la prestación del servicio de interés general, en un sistema de contribución efectiva a una finalidad social y de persecución de los objetivos de solidaridad, en condiciones de eficiencia económica y adecuación, y en la observancia de los principios de transparencia y no discriminación.

2. Los apartados 2, 3, 3 *bis* y 4 del artículo 56 serán de aplicación a los convenios que tengan por objeto los servicios indicados en el apartado 1 anterior.»

Codice Civile (Código Civil), artículo 2514, «Requisitos de las cooperativas de mutualidad preponderante»: «Las cooperativas de mutualidad preponderante deberán prever en sus estatutos: a) la prohibición de distribuir dividendos por encima del interés máximo de los certificados de ahorro postales, incrementado en dos puntos y medio con respecto al capital efectivamente desembolsado; [...]».

Legge 8 novembre 1991, n.º 381 (Disciplina delle cooperative social) [Ley n.º 381, de 8 de noviembre de 1991 (Régimen de las cooperativas sociales)], artículo 1, «Definición»: «1. Las cooperativas sociales tienen por objeto social perseguir el interés general de la comunidad en la promoción humana y la integración social de los ciudadanos mediante: / a) la gestión de servicios sociosanitarios y educativos [...]. / 2. Siempre que sean compatibles con la presente ley, se aplicarán a las cooperativas sociales las normas relativas al sector en el que operen».

Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n.º 112 (Revisione della disciplina in materia di impresa sociale) [Decreto Legislativo n.º 112, de 3 de julio de 2017 (Revisión del régimen de las empresas sociales)], artículo 3, «Inexistencia de ánimo de lucro»: «2-bis. A efectos de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, no constituirá una distribución de beneficios o de excedentes de gestión, ni siquiera indirecta, el reparto entre los socios de retornos cooperativos vinculados a las actividades de interés general mencionadas en el artículo 2545-*sexies* del Código Civil respetando las condiciones y límites establecidos por la ley y los estatutos, por parte de empresas sociales constituidas con forma de sociedad cooperativa, siempre que los estatutos o la escritura de constitución prevean los criterios de reparto de los retornos cooperativos a los socios en proporción a la cantidad y calidad de las prestaciones efectuadas a favor de la mutua y se registre un excedente de gestión de la mutua».

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Italy Emergenza es una cooperativa sin ánimo de lucro, perteneciente a una red de asociaciones, que tiene por objeto perseguir el interés general de la comunidad en la promoción humana y la integración social, especializada, entre otras cosas, en la prestación de servicios de transporte sanitario e inscrita como empresa social en el Registro de Sociedades.
- 2 Mediante aviso de convocatoria publicado el 26 de febrero de 2020, la Empresa de Salud Provincial (en lo sucesivo, «ASP») de Cosenza convocó un procedimiento de selección para adjudicar mediante convenio a las organizaciones de voluntariado y a la Cruz Roja Italiana el servicio de transporte sanitario de emergencia y urgencia de forma continuada.
- 3 Mediante recurso interpuesto ante el TAR de Calabria, Italy Emergenza invocó, con carácter principal, la ilegalidad de la decisión de la ASP de Cosenza de no someter a licitación pública la adjudicación de los servicios de transporte sanitario requeridos y, con carácter subsidiario, la ilegalidad de las cláusulas del aviso de convocatoria que excluían de plano que pudieran adjudicarse esos servicios a las demás organizaciones sin ánimo de lucro, como las cooperativas de Derecho italiano. En particular, la parte recurrente alega que la normativa aplicada por la ASP de Cosenza, recogida en los artículos 56 y 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017, es contraria al considerando 28 y al artículo 10, letra h), de la Directiva [2014/24], según los cuales, a efectos de la adjudicación directa mediante convenio de los servicios de emergencia y urgencia, las cooperativas sociales son plenamente equiparables a las asociaciones de voluntariado, ya que ambas carecen de ánimo de lucro.
- 4 El citado recurso fue desestimado. El TAR reconoció, en primer lugar, que el servicio en cuestión está comprendido en la excepción —a la aplicación de las normas de adjudicación de contratos públicos— prevista en el artículo 10, letra h), de la Directiva [2014/24], transpuesto mediante el artículo 17, apartado 1, letra h),

del Decreto Legislativo n.º 50/2016. Al tratarse de un servicio de emergencia y urgencia, su adjudicación mediante convenio está regulada, en particular, por el artículo 57 del Decreto Legislativo n.º 117/20107, que es la *lex specialis*. Por consiguiente, el correspondiente convenio puede no ser más favorable que recurrir al mercado (artículo 56, que constituye la *lex generalis*), pero la asociación con la que se celebre el convenio deberá cumplir necesariamente todos los requisitos que establece el citado artículo 57 (inscripción en el Registro Único Nacional, pertenencia a una red, finalidad social, eficiencia económica e idoneidad, etc.).

Partiendo de ese postulado, el TAR consideró legítimo excluir la posibilidad de adjudicar los citados servicios mediante convenio a las cooperativas sociales, pues estas persiguen un propósito empresarial, aunque caracterizado por un fin mutualista, que justifica la diferencia de trato que establece el artículo 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017 con respecto a las asociaciones de voluntariado (únicas entidades del Tercer Sector que están legitimadas para participar en el citado procedimiento). En apoyo de dicha consideración, se remitió al artículo 5 de los estatutos de la recurrente, que prevén la posibilidad de distribuir dividendos con un diferencial de hasta el 2,5 % sobre los tipos de los certificados de ahorro postales.

- 5 La Cooperativa interpuso recurso contra la sentencia del TAR ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado).

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 6 En su recurso de apelación, la Cooperativa vuelve a invocar nuevamente la cuestión de la compatibilidad con la normativa de la Unión Europea de los artículos 56 y 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017. Sostiene a continuación que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta el hecho de que, en su condición de empresas «sociales», las cooperativas sociales no tienen ánimo de lucro y deben reinvertir sus beneficios con el fin de alcanzar su objetivo.
- 7 La Empresa Sanitaria recurrida replica que las normas del Derecho de la Unión a que alude la Cooperativa se limitan a definir el ámbito objetivo de exclusión de algunos contratos públicos de servicios, sin equiparar en modo alguno las asociaciones de voluntariado a las cooperativas sociales en lo que respecta a las adjudicaciones previstas en los artículos 56 y 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017.

En ese contexto, la reserva relativa a la adjudicación a las organizaciones de voluntariado no tiene carácter taxativo y obligatorio para las Administraciones Públicas, sino facultativo y preferente («podrán [...], con carácter prioritario»). A través de dicha reserva, el legislador manifestó su preferencia por los entes cuya actividad se basa en el carácter voluntario, espontáneo y necesariamente gratuito de la actuación de los asociados y que aplican el principio de solidaridad. Por el contrario, las cooperativas sociales se basan en un sistema de trabajo común encaminado a procurar una ventaja económica a todos los que forman parte de

ella, de modo que únicamente las organizaciones de voluntarios no obtienen beneficios de sus prestaciones y reúnen el requisito, establecido en las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los asuntos C-113/13 y C-50/14, de no perseguir, ni siquiera de modo indirecto, ventajas económicas para sus asociados.

- 8 En apoyo de las pretensiones del órgano administrativo recurrido, la ANPAS, red nacional de organizaciones de voluntariado, intervino en el procedimiento alegando que, según el ordenamiento jurídico interno, las cooperativas sociales no solo pueden distribuir dividendos por el importe previsto en el artículo 2514 del Código Civil, sino también, sin limitación legal alguna, repartir beneficios en forma de retornos cooperativos (cuando la gestión mutualista se haya cerrado con un excedente de ingresos con respecto a los costes), lo cual las excluye automáticamente del círculo de entidades sin ánimo de lucro.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 9 El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) observa, con carácter preliminar que, en realidad, ninguna de las resoluciones del Tribunal de Justicia citadas por la recurrida aborda concretamente la cuestión de que las cooperativas sociales no estén incluidas entre las entidades que pueden ser adjudicatarias directas, mediante convenio, del servicio de transporte sanitario de emergencia y urgencia. Ambas sentencias son anteriores a la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 117/2017 de modo que hacen referencia a normas internas distintas del artículo 57 de dicho Decreto que constituye, en cambio, la disposición de base de los actos de licitación impugnados. Asimismo, la Directiva que se aplica en ellas (Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) no es la Directiva cuya infracción se censura en el presente asunto.
- 10 El Consiglio di Stato destaca, en cambio, la pertinencia a efectos de la resolución del litigio, de la reciente sentencia Falck Rettungsdienste (asunto C-465/17), según la cual el elemento decisivo de la disposición del artículo 10, letra h), de la Directiva [2014/24], es la persecución de un fin sin ánimo de lucro junto con la reinversión de los beneficios. Pues bien, es evidente que la cooperativa recurrente no tiene ánimo de lucro, según se establece expresamente en el artículo 6 de sus estatutos, y la disposición relativa a los dividendos, recogida en el artículo 5 de esos mismos estatutos, no es más de que una remisión indirecta al artículo 2514 del Código Civil.
- 11 Es cierto que, desde el punto de vista organizativo y funcional, las cooperativas sociales difieren de las asociaciones de voluntariado porque, aunque ambas carecen de ánimo de lucro, únicamente las primeras procuran en cualquier caso una ventaja económica a las personas que forman parte de ella, mientras que las segundas se caracterizan por los «fines cívicos, solidarios o de utilidad social» de las actividades de interés general que desarrollan (artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 117/2017).

- 12 Sin embargo, por un lado, la letra h) del artículo 10 —al igual que el considerando 28— de la Directiva [2014/24] se refieren, simplemente a «organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro», y no se limitan exclusivamente a las asociaciones de voluntariado (argumento literal), y, por otro lado, en el Derecho de la Unión el concepto de empresario (y, junto a él, la participación en contratos públicos) no presupone que la empresa debe tener ánimo de lucro (argumento lógico y sistemático).
- 13 Así, reservar «con carácter prioritario» la posibilidad de adjudicar mediante convenio el servicio de transporte sanitario de emergencia y urgencia exclusivamente a una de las categorías de «organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro» previstas en la Directiva 2014/24, sin contemplar también a las empresas sociales, hace dudar de la conformidad con el Derecho de la Unión de la normativa establecida en el artículo 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017. De hecho, esa reserva implica que —a pesar de la amplitud de la formulación de la excepción que establecen el considerando 28 y el artículo 10, letra h), antes citados— las asociaciones de voluntariado solo están obligadas a participar en una licitación pública cuando, por cualquier razón, no sea posible recurrir a un convenio «con carácter prioritario», mientras que, para ser adjudicatarias del mismo servicio, todas las demás asociaciones sin ánimo de lucro deberán siempre participar en una licitación. Tampoco permite superar esas objeciones el hecho de que, conforme a la normativa nacional, la adjudicación mediante convenio sea facultativa, dado que, en cualquier caso, las cooperativas sociales no están incluidas entre los posibles adjudicatarios.
- 14 Además, el Tribunal de Justicia también ha señalado recientemente, en su sentencia dictada en el asunto C-367/2019, que el concepto de contrato público, como contrato a título oneroso, también comprende los contratos en los que únicamente se prevea el reembolso de los gastos soportados. De este modo, la característica que destacan el TAR y la recurrida —a saber, que únicamente en las asociaciones de voluntariado los miembros de la citada entidad no obtienen ninguna ventaja económica y solo se les reembolsan los gastos— pierde valor para justificar, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el trato de favor que reciben frente a las cooperativas sociales.
- 15 Otro elemento que desdibuja las diferencias entre ambos tipos de entidades sin ánimo de lucro consiste en que, del mismo modo que las asociaciones de voluntariado pueden recurrir a trabajadores asalariados cuando ello resulta necesario para su funcionamiento, las cooperativas sociales pueden contar con socios voluntarios que desempeñan su actividad de forma gratuita y a los que únicamente se les reembolsan los gastos (artículo 2 de la Ley n.º 381/1991).
- 16 El Consiglio di Stato observa que ya ha manifestado recientemente ante el Tribunal de Justicia las citadas dudas acerca de la conformidad de la normativa controvertida con el Derecho de la Unión y se remite, a tal efecto, la petición de decisión prejudicial planteada en el asunto C-213/21, pendiente de resolución, y a la motivación subyacente. Para completar la cuestión prejudicial planteada en

dicho asunto, el citado órgano jurisdiccional precisa, a modo de cierre, lo siguiente: *«incluidas las cooperativas sociales que gestionan el reparto entre los socios de retornos cooperativos vinculados a actividades de interés general, en el sentido del artículo 3, apartado 2 bis, del Decreto Legislativo n.º 112 de 2017»*.

De este modo, el Consiglio di Stato solicita que se determine si el hecho de que, conforme a sus estatutos, las cooperativas sociales tengan la posibilidad de distribuir parte de los beneficios a sus socios, en forma de retornos cooperativos, determina su exclusión de la categoría de asociaciones sin ánimo de lucro y, por consiguiente, de las asociaciones comprendidas entre las posibles adjudicatarias de los servicios mediante convenio conforme al artículo 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017. En efecto, el pago de retornos cooperativos —ya sea mediante el reembolso de costes o a través de la remuneración por la actividad ejercida— podría constituir una distribución subrepticia de dividendos o de patrimonio a los socios, dado que, de conformidad con la sentencia Falck Rettungsdienste antes citada, la reinversión de los beneficios constituye un requisito imprescindible a efectos del artículo 10, letra h), de la Directiva [2014/24].

- 17 El artículo 3, apartado 2-bis, del Decreto Legislativo n.º 112/2017 y el artículo 2525-sexies del Código Civil establecen, en particular, que las empresas sociales con forma de sociedad (como la cooperativa recurrente) pueden repartir retornos cooperativos relacionados con actividades de interés general si se respetan determinados requisitos y límites. Principalmente, está el límite del equilibrio presupuestario. También existe la exigencia de garantizar la supervivencia de la empresa y que esta pueda lograr en ejercicios futuros el fin mutualista, mediante reservas indivisibles y provisiones prudenciales. El tercer límite consiste en que solo pueden distribuirse beneficios netos que se deriven de la actividad realizada con los propios socios. La sociedad cooperativa debe por tanto llevar una contabilidad separada en lo que respecta a sus actividades con los socios, cada uno de los cuales recibirá retornos cooperativos proporcionales al valor de sus propios intercambios con la cooperativa. Y ello, en todo caso, sin que el socio tenga ningún derecho subjetivo al retorno cooperativo, cuyo reparto es decisión exclusiva de la asamblea, en la medida establecida en la ley o en los estatutos, por cuanto un hipotético derecho a condiciones de favor (por ejemplo, a una mayor retribución del trabajo realizado por los socios) podría ser contrario a la protección del interés social e inducir a los socios a adoptar posturas distintas u opuestas a las de la cooperativa.
- 18 Una vez expuesto el marco normativo de los retornos cooperativos con carácter general, para apreciar el carácter «sin ánimo de lucro» de la cooperativa recurrente, el Consiglio di Stato se remite, por último, al tenor del artículo 34 de sus estatutos, titulado «Retornos cooperativos», que establece expresamente lo siguiente:

«La asamblea, a propuesta del órgano de administración, podrá acordar el abono de retornos cooperativos, por un importe no superior al 30 % del total de los salarios que correspondan a los socios trabajadores.

Los retornos cooperativos deberán distribuirse en proporción a la cantidad y/o calidad de las prestaciones laborales efectuadas por los socios sobre la base de lo establecido en los reglamentos internos.

El abono podrá realizarse, sobre la base de lo acordado por la asamblea: —completando las compensaciones— aumentando de forma gratuita el capital social.

Los importes retornados a los socios también podrán destinarse a activar préstamos sociales.

En cualquier caso, la asignación del retorno cooperativo debe permitir dotar las provisiones y efectuar los pagos previstos en las letras a) [reserva legal indivisible no inferior al 30 %] y b) [abono al Fondo Mutualista para la promoción y el desarrollo de la cooperación en el importe establecido por ley]».

- 19 A la luz de todo lo anterior, el Consiglio di Stato suspende el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia la cuestión de si es legítimo excluir que las cooperativas sociales que efectúan retornos cooperativos, como la sociedad recurrente, puedan ser adjudicatarias mediante convenio de los servicios de transporte sanitario de emergencia y urgencia.