

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 1 de marzo de 2005¹

I. Introducción

1. Una de las cuestiones básicas en el Derecho de la contratación pública es la delimitación entre procedimientos de concesión sujetos y no sujetos a la obligación de licitación. En este contexto, reviste una especial actualidad la diferenciación entre adjudicación de contratos a terceros y la denominada operación interna, también designada «operación *in house*».

2. *Las operaciones in house en sentido estricto* son procedimientos en los que un organismo de Derecho público adjudica un contrato público a uno de sus servicios sin personalidad jurídica propia. *En sentido amplio*, entre las operaciones *in house* pueden contarse también determinadas situaciones en las que entidades adjudicadoras celebran contratos con sociedades controladas por ellas y que poseen personalidad jurídica propia. Mientras que las operaciones

in house en sentido estricto carecen de antemano de relevancia en materia de contratos públicos, dado que se trata de procedimientos administrativos puramente internos,² las operaciones *in house* en sentido amplio (en parte, también denominadas operaciones *cuasi* internas)³ plantean por regla general la difícil cuestión de delimitación de si existe o no una obligación de licitación. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia aborda una vez más esta problemática.⁴

3. El Municipio de Brixen concedió a su filial Stadtwerke Brixen AG, sin procedimiento de adjudicación previo, la explotación de dos aparcamientos públicos de pago. La sociedad privada Parking Brixen GmbH se opone a tal concesión. Un órgano jurisdiccional italiano, el Verwaltungsgericht, Sala Autónoma para la Provincia de Bolzano (en lo sucesivo, también «órgano jurisdiccional remitente»), ha planteado al Tribunal de Justicia dos

2 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartados 49 y 50, relativa a la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1).

3 — A tal respecto, véase el punto 49 de las conclusiones presentadas el 23 de septiembre de 2004 por la Abogada General Stix-Hackl en el asunto Stadt Halle (sentencia de 11 de enero de 2005, C-26/03, Rec. p. I-1).

4 — Véase básicamente la sentencia Teckal, citada en la nota 2. Muy recientemente, el 11 de enero de 2005, se dictó la sentencia Stadt Halle, citada en la nota 3. En la actualidad, están pendientes todavía de resolución, por ejemplo, los asuntos C-231/03 (Coname), C-29/04 (Comisión/Austria) y C-216/04 (Saba Italia).

1 — Lengua original: alemán.

cuestiones prejudiciales cuyo objeto esencial consiste, por un lado, en la diferenciación entre concesiones públicas de servicios y contratos públicos de servicios y, por otro, en la diferenciación entre adjudicaciones externas sujetas a obligación de licitación y operaciones internas no sujetas a obligación de licitación.

- a) contratos públicos de servicios: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los siguientes: [...]
- b) entidad adjudicadora: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

II. Marco jurídico

A. Derecho comunitario

4. El marco jurídico comunitario del presente asunto lo constituye, por un lado, la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios⁵ y, por otro lado, los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE, apartado 1.

5. El artículo 1, letras a) y b), de la Directiva 92/50 establecen, entre otras cuestiones:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]»

6. En el artículo 43 CE se consagra la libertad de establecimiento y en el artículo 49 CE, la libre prestación de servicios. De conformidad con los artículos 48 CE, apartado 1, y 55 CE, a efectos de la aplicación de estas dos libertades básicas, las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

7. Por último, en los dos apartados del artículo 86 CE se establece cuanto sigue:

5 — (DO L 209, p. 1). Esta Directiva fue derogada y sustituida por 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 (DO L 134, p. 114). Ahora bien, desde una perspectiva temporal, sigue siendo aplicable al presente asunto la Directiva 92/50.

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públi-

cas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.»

B. *Derecho nacional*

8. En Italia, el artículo 115, apartado 1, del Decreto Legislativo ⁶ n° 267 del Presidente de la República, de 18 de agosto de 2000 (en lo sucesivo, «Decreto Legislativo 267/2000»),⁷ permite a los municipios y otros entes territoriales transformar sus propias empresas (también denominadas empresas especiales) en sociedades anónimas mediante negocio jurídico unilateral. A tal respecto,

6 — Esta nota no es pertinente en la versión española.

7 — El Decreto Legislativo 267/2000 lleva por título «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» (Texto refundido de las disposiciones en materia de entes territoriales) y esta publicado en la GURI n° 227, de 28 de septiembre 2000, anexo ordinario n° 162.

las sociedades conservan los derechos y obligaciones procedentes del período anterior a la transformación y asumen todo el activo y el pasivo de las empresas especiales originarias. Con arreglo a esta disposición, el ente territorial puede mantenerse como único accionista de tal sociedad, si bien sólo por un período que no exceda los dos años contados a partir de la transformación.

9. El texto refundido de la ordenanza municipal de la Región Autónoma de Trentino-Alto Adigio (en lo sucesivo, «ordenanza municipal») establece en su artículo 88, apartado 6:

«Los municipios regularán mediante reglamento los procedimientos y los criterios de selección de las formas de organización de los servicios públicos mencionados a continuación que tengan una relevancia económica y empresarial:

- a) la constitución de empresas especiales;
- b) la constitución o participación en sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada apropiadas en las que los poderes públicos ejerzan una influencia decisiva;

- c) atribución de la gestión de servicios públicos a terceros, para lo cual deberán establecerse procedimientos de licitación adecuados para su elección. [...]»⁸
- ción y gestión habían sido cedidas anteriormente, en enero de 2000, a Stadtwerke Brixen. Como se ha puesto de manifiesto en la vista, estos aparcamientos no son utilizados exclusivamente por usuarios de la piscina.

10. Además, el artículo 88, apartado 18, de la ordenanza municipal prevé que los entes locales que participen en sociedades constituidas con arreglo al apartado 6 –bajo determinadas condiciones que se precisan en dicho apartado– podrán atribuir en cualquier momento a dichas sociedades la gestión de otros servicios públicos que sean compatibles con el objeto de la sociedad.

12. Según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, estos aparcamientos se hallan ubicados en dos parcelas distintas identificadas con los números 491/6 y 491/11.

III. Marco fáctico

A. hechos y procedimiento principal

11. El Municipio de Brixen, situado en la Región Autónoma italiana de Trentino-Alto Adigio, cedió en los años 2001 y 2002 –en ambos casos sin un procedimiento de adjudicación previo– la explotación de dos aparcamientos públicos a Stadtwerke Brixen AG. Ambos aparcamientos están adscritos a la piscina pública municipal, cuya construc-

13. En relación con la parcela 491/11, en diciembre de 2001 el Municipio⁹ concedió a Stadtwerke Brixen AG el derecho de construcción en superficie y subterránea al objeto de construir aparcamientos. Hasta la construcción del garaje subterráneo proyectado, se había previsto en un primer momento establecer allí un aparcamiento de superficie provisional. A tal fin, el área (hasta entonces un campo de fútbol) se pavimentó provisionalmente y se transformó en un aparcamiento con cerca de 200 plazas.

14. Para poder ofrecer más plazas de aparcamiento, en noviembre de 2002 se cedió a Stadtwerke Brixen AG, por un período de nueve años, la gestión del aparcamiento de superficie vecino ubicado en la parcela

⁸ — Esta disposición se desprende del artículo 44 de la Ley regional n° 1, de 4 de enero de 1993 (Diario Oficial de la Región Autónoma de Trentino-Alto Adigio n° 3, de 19 de enero de 1993, anexo ordinario n° 1), modificada mediante el artículo 10 de la Ley regional n° 10, de 23 de octubre de 1998 (Diario Oficial de la Región Autónoma de Trentino-Alto Adigio n° 45, de 27 de octubre de 1998, anexo n° 2).

⁹ — Acuerdo del Consejo Municipal n° 118, de 18 de diciembre de 2001.

491/6.¹⁰ Anteriormente, este aparcamiento, que también comprende aproximadamente 200 plazas, fue gestionado directamente, durante un período superior a diez años, por el Municipio de Brixen.

15. Por la utilización del último aparcamiento, ubicado en la parcela 491/6, Stadtwerke Brixen AG puede cobrar una tasa a los usuarios, de conformidad con un acuerdo celebrado con el municipio de Brixen el 19 de diciembre de 2002. Como contraprestación, ésta se comprometió a abonar al Municipio una compensación anual por importe de 151.700 euros, que en caso de incremento del precio del aparcamiento aumentaría proporcionalmente.¹¹ Además, Stadtwerke Brixen AG mantuvo al personal empleado hasta entonces a tal fin por el Municipio de Brixen, se comprometió al mantenimiento ordinario y extraordinario del área y asumió toda responsabilidad al respecto. De igual modo, Stadtwerke Brixen AG se manifestó dispuesta a seguir prestando el servicio de bicicletas prestado hasta entonces por el Municipio de Brixen en el aparcamiento y a permitir que se siga instalando en el mismo el mercado semanal.

16. En cambio, según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente,

sobre la utilización del aparcamiento en superficie de la parcela 491/11 no se celebró ningún acuerdo.

17. A la concesión de la explotación del aparcamiento a Stadtwerke Brixen AG se opone Parking Brixen GmbH, que explota ya en otro lugar de Brixen un aparcamiento subterráneo y está igualmente interesada en la explotación de los dos aparcamientos aquí controvertidos. El 17 de enero de 2003, presentó un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente por el que solicita la revocación del acto jurídico de adjudicación.

B. Datos complementarios sobre Stadtwerke Brixen AG y sobre la empresa especial anterior

18. Stadtwerke Brixen AG es la sucesora jurídica de Stadtwerke Brixen, una antigua empresa municipal (también denominada empresa especial) del Municipio de Brixen. Esa empresa especial tenía desde el 1 de enero de 1999 personalidad jurídica y autonomía empresarial y, en octubre de 2001, fue transformada por el Municipio en una sociedad anónima, Stadtwerke Brixen AG, en virtud del artículo 115 del Decreto Legislativo n° 267/2000.¹²

10 — Acuerdo del Consejo Municipal n° 107, de 28 de noviembre de 2002.

11 — Según la resolución de remisión, el incremento del precio del aparcamiento se traduce en un aumento de la compensación anual «en una medida del 80 % del incremento porcentual de los precios correspondientes».

12 — Acuerdo del Consejo Municipal n° 97, de 25 de octubre de 2001.

19. Las funciones de Stadtwerke Brixen AG se desprenden del artículo 4 de sus estatutos sociales; según dicho artículo, puede desarrollar actividades en numerosos ámbitos, comprendidos en los servicios de interés económico general en su sentido más amplio, en particular en los ámbitos de suministro y desagüe de aguas, de suministro de calor y energía, construcción de carreteras, eliminación de residuos, transporte de personas y mercancías e informática y telecomunicaciones, todo ello a nivel local, nacional e internacional. La gestión de plazas de aparcamientos y garajes para aparcamiento, junto con las actividades conexas, se incluye también entre sus funciones.

20. El único accionista de Stadtwerke Brixen AG hasta el momento de la cesión de ambos aparcamientos, y también en la época posterior, era el Municipio de Brixen. El artículo 5, apartado 2, de los estatutos sociales de Stadtwerke Brixen AG establece que la participación del Municipio de Brixen en el capital de la sociedad no puede situarse en ningún caso por debajo de la mayoría absoluta de las acciones ordinarias.

21. De conformidad con el artículo 17 de sus estatutos, Stadtwerke Brixen AG es gestionada por un consejo de administración compuesto por un mínimo de tres y un máximo de siete miembros, que son elegidos por la junta general de accionistas, si bien el Municipio de Brixen¹³ puede nombrar en cualquier caso a la mayoría de los miembros del consejo de administración. Con arreglo al

artículo 18 de los estatutos sociales, corresponde al consejo de administración la gestión ordinaria de la sociedad, que, por su parte, está sujeta a varias restricciones y, en particular, en algunos casos comprende la realización de negocios jurídicos cuya cuantía no supere los 5.000.000 de euros por operación. Además, de conformidad con el artículo 24 de los estatutos sociales, existe un consejo de vigilancia compuesto por tres miembros titulares y dos suplentes, de los que el Municipio de Brixen nombra al menos a dos miembros titulares y a un sustituto.

22. La antigua empresa especial Stadtwerke Brixen desempeñaba, desde un punto de vista material, funciones similares a las de la actual Stadtwerke Brixen AG, aunque éstas se limitaban al ámbito de competencia del Municipio y a la cooperación intersectorial con otras empresas municipales. Su ámbito de funciones comprendía ya la gestión de plazas de aparcamiento y garajes de aparcamiento, pero, por ejemplo, no abarcaba todavía los ámbitos de la informática y las telecomunicaciones. A su vez, el consejo de administración de Stadtwerke era elegido por el Consejo Municipal y su actuación estaba sujeta a las directrices impartidas por el Consejo Municipal.

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

23. Mediante resolución de 23 de julio de 2003, el órgano jurisdiccional remitente suspendió el procedimiento y planteó al

13 — Como se puso de manifiesto en la vista oral, el órgano competente es el Consejo Municipal.

Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales. Mediante estas cuestiones, en cuya introducción se hace referencia a los artículos 43 CE y ss., 49 CE y ss. y 86 CE, se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre las siguientes cuestiones:

- «1) La adjudicación de la gestión de los aparcamientos públicos de pago controvertidos, ¿constituye un contrato público de servicios a efectos de la Directiva 92/50, o bien una concesión pública de servicios, a la que deben aplicarse las normas comunitarias de la competencia, en particular la obligación de igualdad de trato y de transparencia?
- 2) En el supuesto de que se trate efectivamente de una concesión de servicios relativa a la gestión de un servicio público local, si la adjudicación de la gestión de aparcamientos públicos de pago, que, de conformidad con el artículo 44, apartado 6, letra b), de la Ley regional n° 1, de 4 de enero de 1993, modificada por el artículo 10 de la Ley regional n° 10, de 23 de enero de 1998, y con el artículo 88, apartado 6, letras a) y b) del texto refundido de las disposiciones de la ordenanza municipal, puede efectuarse sin licitación pública previa, ¿es compatible con el Derecho comunitario y, en particular, con los principios de libre prestación de servicios y libre competencia y de prohibición de discriminación y con las obligaciones de igualdad de trato y de transparencia derivadas de tal prohibición, así como con el principio de proporcionalidad, cuando tal adjudicación se refiere a una sociedad anónima que, de conformidad con el artículo 115 del Decreto Legislativo n° 267/2000, ha sido constituida

mediante la transformación de una empresa propia de un municipio, cuyo capital social pertenecía en su totalidad al municipio en el momento de adjudicación, y cuyo consejo de administración disfruta de las más amplias facultades para la gestión ordinaria hasta un importe de 5.000.000 de euros por operación?»

24. Mediante escrito de 16 de diciembre de 2004, la Secretaría del Tribunal de Justicia informó a las partes de que, el 11 de enero de 2005, se dictaría sentencia en el asunto Stadt Halle,¹⁴ al objeto de darles oportunidad de definir su postura sobre dicha sentencia el 13 de enero de 2005, con ocasión de la celebración de la vista en el presente asunto.

25. En el procedimiento sustanciado ante el Tribunal de Justicia, han presentado observaciones orales y escritas Parking Brixen AG, Stadtwerke Brixen AG, el Municipio de Brixen, los Gobiernos italiano y austriaco y la Comisión. Además, el Gobierno neerlandés realizó manifestaciones en la vista oral.

V. Apreciación jurídica

26. La petición de decisión prejudicial está dirigida, en esencia, a dilucidar si el Derecho

¹⁴ — Citado en la nota 3.

comunitario establece criterios en relación con las operaciones entre entidades adjudicadoras y sus filiales y, en su caso, cuáles; éste es el objeto de la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. Ahora bien, con carácter previo habrá que examinar, en la primera cuestión prejudicial, de qué normas de Derecho comunitario deben inferirse las eventuales exigencias (de la Directiva 92/50 o de los principios generales del Derecho contenidos en el Tratado); para ello, será necesario distinguir entre contratos públicos de servicios y concesiones de servicios.

A. Sobre la primera cuestión: delimitación entre contratos de servicios públicos y concesiones de servicios

27. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber en esencia si el hecho de que una entidad adjudicadora encargue a una empresa la explotación de un aparcamiento público, dicha empresa pueda cobrar una tasa por el uso del aparcamiento y, como contraprestación, se comprometa a abonar al municipio una compensación anual constituye un contrato público de servicios a efectos de la Directiva 92/50 o bien una concesión de servicios.

28. La respuesta a esta cuestión no depende de la delimitación mencionada al inicio entre las adjudicaciones externas sujetas a obligación de licitación y las operaciones internas

no sujetas a la obligación de licitación.¹⁵ Antes bien, en este punto basta con examinar si el mero *objeto* de una transacción, tal como se perfeccionó en el presente asunto entre el Municipio de Brixen y Stadtwerke Brixen AG, puede estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50. La respuesta sería afirmativa si tal operación constituyera un *contrato público de servicios*, y, en cambio, sería negativa si se adjudicase *una concesión de servicios*. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que primero se desarrolló en relación con la denominada Directiva sectorial 93/38/CEE¹⁶ y posteriormente se extrapoló al ámbito de la Directiva de servicios públicos 92/50, tales concesiones no son *contratos a título oneroso celebrados por escrito* a efectos de ambas Directivas,¹⁷ ni siquiera cuando versen sobre los ámbitos de actividad mencionados en los anexos de las respectivas Directivas. Ello se ve confirmado, por lo demás, mediante una interpretación *sensu contrario* de la Directiva 2004/18, que entrará en el futuro en vigor, en la que por primera vez se hace mención expresa de las concesiones de servicios.¹⁸

29. A diferencia del *contrato público de servicios*, la *concesión de servicios* se caracte-

15 — Véanse, a tal respecto, los puntos 1 y 2 de las presentes conclusiones.

16 — Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), entretanto derogada y sustituida por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1).

17 — Sobre el artículo 1, letra a), de la Directiva de servicios 92/50, véase el auto de 30 de mayo de 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Rec. p. I-4685), apartados 29 y 30; sobre el artículo 1, número 4, de la Directiva sectorial 93/38, véase la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartados 57 y 58.

18 — Artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18.

riza por el hecho de que el prestador del servicio controvertido recibe como contraprestación de la entidad adjudicadora *el derecho a explotar su propia prestación*.¹⁹

30. En efecto, tal como la Comisión, y los Gobiernos austriaco e italiano señalan con acierto, en caso de *concesión de un servicio* el operador asume el riesgo del servicio en cuestión y cobra su remuneración —al menos parcialmente— al usuario, por ejemplo mediante la percepción de una tasa.²⁰ Existe, pues, una relación triangular entre la entidad adjudicadora, el prestador del servicio y el usuario de éste. En cambio, un *contrato público de servicios* da lugar únicamente una relación bilateral en la que la remuneración por el servicio prestado es pagada por la propia entidad adjudicadora, la cual, por otro lado, también asume el riesgo de adquisición.

31. Según los hechos aquí conocidos, en el presente asunto la contraprestación que el Municipio de Brixen entrega a Stadtwerke Brixen AG por la explotación del aparcamiento ubicado en la parcela 491/6 consiste exclusivamente en el permiso concedido a Stadtwerke Brixen AG para cobrar una tasa a los usuarios del aparcamiento. Desde un punto de vista económico, Stadtwerke Brixen

AG puede obtener de este modo el fruto de los servicios que presta, es decir, de la explotación y mantenimiento del aparcamiento. Ahora bien, al mismo tiempo asume el riesgo económico de la explotación del aparcamiento, dado que, con las tasas cobradas, debe financiar no sólo los gastos corrientes, sino también el mantenimiento del aparcamiento y la compensación que debe entregar cada año al municipio. Todo ello se opone a la calificación de esta situación como contrato público de servicios y al mismo tiempo revela que se trata de una concesión de servicios.

32. A la vista de la información obrante en autos, no puede apreciarse de forma concluyente si cabe decir lo mismo en relación con el aparcamiento ubicado en la parcela 491/11. A fin de cuentas, la aplicación de las exigencias establecidas por el Derecho comunitario a los hechos del procedimiento principal no incumbe al Tribunal de Justicia, sino al órgano jurisdiccional remitente.²¹ Este órgano jurisdiccional deberá dilucidar en particular si la contraprestación que entrega el Municipio de Brixen a Stadtwerke Brixen AG por la explotación del aparcamiento consiste en el permiso para cobrar una tasa a los usuarios del aparcamiento.

19 — Sentencia Telaustria y Telefonadress, apartado 58, segundo guión, y auto Buchhändler-Vereinigung, apartado 27, ambas citados en la nota 17. En este sentido, véase también la definición legal aplicable en el futuro contenida en el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18.

20 — En este contexto, la Comisión remite a su Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario (DO 2000, C 121, p. 2); véase, en particular, el apartado 2.2.

21 — Véase en este sentido, a diferencia de otras muchas, la sentencia de 16 de julio de 1998, Dumon y Froment (C-235/95, Rec. p. I-4531), apartado 25; en un sentido análogo, la sentencia Telaustria y Telefonadress, citada en la nota 17, apartado 63.

33. En conclusión, coincido en cualquier caso con Parking Brixen GmbH, los Gobiernos austriacos e italiano y la Comisión²² en que la situación en la cual una entidad adjudicadora encomienda a una empresa la explotación de un aparcamiento público, dicha empresa puede cobrar una tasa por el uso del aparcamiento y, a cambio, se compromete a pagar a la entidad adjudicadora una compensación anual, no constituye un contrato público de servicios a efectos de la Directiva 92/50, sino una concesión de servicios no comprendida en esta Directiva.

B. Sobre la segunda cuestión: exigencias del Derecho comunitario para la adjudicación de concesiones de servicios a filiales de entidades adjudicadoras

34. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber en esencia con qué requisitos puede adjudicar una entidad adjudicadora a una de sus filiales, una concesión de servicios como la facultad, controvertida en el procedimiento principal, de explotar aparcamientos públicos de pago sin realizar previamente una licitación.

22 — Las demás partes del procedimiento no han abordado detalladamente la problemática aquí expuesta. Antes bien, el Municipio de Brixen y Stadtwerke Brixen AG niegan la existencia de una concesión de servicios porque Stadtwerke Brixen AG no es un tercero en relación con el Municipio de Brixen.

1. Prohibición de discriminación y obligación de transparencia comunitarios fuera del ámbito de aplicación de las Directivas de contratos públicos

35. En contra de la opinión del Gobierno neerlandés, ya se ha manifestado en la jurisprudencia que las entidades adjudicadoras también están sujetas a obligaciones comunitarias fuera del ámbito de aplicación de las Directivas de adjudicación de contratos públicos,²³ obligaciones éstas que se infieren de las normas básicas del Tratado, en particular de las libertades básicas²⁴ y de la prohibición de discriminación contenida en tales normas.²⁵

36. La prohibición de discriminación lleva aparejada una obligación de transparencia. En efecto, sólo cuando la adjudicación de un contrato público o de una concesión se realice de forma transparente, puede comprobarse si, en el caso concreto, se ha respetado el principio de no discriminación

23 — Sobre la inaplicabilidad de la Directiva 92/50 en un asunto como el presente, véanse las observaciones referidas a la primera cuestión (puntos 27 a 33 de las presentes conclusiones).

24 — En un caso como el presente, pueden resultar pertinentes la libre prestación de servicios (artículo 49 CE) y —en la medida en que un licitador extranjero se plantee establecerse en Italia al objeto de explotar las plazas de aparcamiento— la libertad de establecimiento (artículo 43 CE).

25 — Así —en particular en el caso de una concesión de servicios— la sentencia *Telaustria y Telefonadress*, citada en la nota 17, apartado 60; asimismo, véase la sentencia de 23 de enero de 2003, *Makedoniko Metro y Michaniki* (C-57/01, Rec. p. I-1091), apartado 69, y el auto de 3 de diciembre de 2001, *Vestergaard* (C-59/00, Rec. p. I-9505), apartados 20 y 21; en un sentido similar, la sentencia de 18 de junio de 2002, *HI* (C-92/00, Rec. p. I-5553), apartado 47.

o bien se ha adoptado una decisión arbitraria en favor o en contra de un licitador.²⁶

37. Todo ello no significa en modo alguno que deba llegarse a la aplicación de un procedimiento comparable en todos sus pormenores a las Directivas en materia de contratos públicos. Ahora bien, como ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia *Telaustria y Telefonadress*, la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora «consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación».²⁷

38. Ha de señalarse, con carácter marginal, que *Stadtwerke Brixen AG* opone en este contexto que los artículos 43 CE y ss. no se aplican en modo alguno al presente asunto porque los hechos del procedimiento principal carecen de una conexión transfronteriza. Todas las partes del procedimiento principal tienen su domicilio en Italia.

39. A tal respecto, ha de observarse que, ciertamente, las libertades básicas no pueden aplicarse de hecho a unas situaciones pura-

26 — Sentencias *Telaustria y Telefonadress*, citada en la nota 17, apartado 61, y *HI*, citada en la nota 25, apartado 45; de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia y 3-S (C-275/98, Rec. p. I-8291)*, apartado 31.

27 — Sentencia *Telaustria y Telefonadress*, citada en la nota 17, apartado 62.

mente internas de un Estado miembro.²⁸ Ahora bien, como la Comisión y *Parking Brixen GmbH* y el Gobierno austriaco han observado acertadamente, en la normativa en materia de contratos públicos una eventual vulneración de la obligación de transparencia no sólo afecta a las empresas nacionales como *Parking Brixen GmbH*, sino a todos los potenciales interesados, y también a los posibles licitadores de otros Estados miembros.²⁹ Así pues, una eventual falta de publicidad afecta siempre también a las libertades fundamentales de los potenciales interesados de otros Estados miembros.

2. Posible excepción para las operaciones con filiales propias: la jurisprudencia *Teckal*

40. Queda por examinar, no obstante, si una entidad adjudicadora puede quedar exenta con carácter excepcional de las exigencias comunitarias descritas si hace que los servicios sean prestados por entidades controladas por ella misma.

28 — Reiterada jurisprudencia; véase, últimamente, la sentencia de 16 de diciembre de 2004, *My (C-293/03, Rec. p. I-12013)*, apartado 40. En particular, por cuanto respecta a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, véase ya la sentencia de 7 de febrero de 1979, *Knooks (115/78, Rec. p. 399)*, apartado 24, párrafo primero.

29 — Véase la sentencia de 25 de abril de 1996, *Comisión/Bélgica (C-87/94, Rec. p. I-2043)*, apartado 33, según la cual las empresas establecidas en otros Estados miembros podrían verse afectadas, directa o indirectamente, por la adjudicación de un contrato público. En consecuencia, los requisitos establecidos en relación con el procedimiento de adjudicación deben cumplirse con independencia de la nacionalidad o del lugar de establecimiento de los licitadores. Esta consideración no afecta únicamente a los requisitos de las Directivas en materia de contratos públicos, sino que también pueden trasladarse a casos como el presente, en los que deben aplicarse los principios generales del Derecho comunitario.

41. Si, para ello, la entidad adjudicadora se propone recurrir a una empresa pública autónoma desde el punto de vista organizativo, en particular a una de sus filiales, la respuesta parece, en un primer momento, evidente: en virtud del principio de igualdad de trato de empresas públicas y privadas, que se pone en particular de manifiesto en el artículo 86 CE, apartado 1, las empresas públicas –sin perjuicio de las excepciones contenidas en el artículo 86 CE, apartado 2– no pueden ser mejor tratadas que la competencia privada. Así pues, una entidad adjudicadora no puede encargar sin más a una empresa controlada por ella misma la prestación de servicios sin considerar antes a otros posibles licitadores y tramitar un procedimiento de licitación transparente.

42. Por otro lado, es evidente que los poderes públicos son libres para cumplir las funciones que les incumben en su integridad *con recursos propios*, es decir, de forma interna, sin recurrir en modo alguno a prestaciones de empresas jurídicamente independientes, públicas o privadas. Por tanto, no están sujetos a las obligaciones derivadas de la normativa en materia de contratos públicos³⁰ y del artículo 86 CE.

43. Como ya se ha mencionado al principio, la delimitación entre tales operaciones internas y las adjudicaciones externas deparan no pocas veces dificultades en casos concretos. Sobre este extremo se pronunció con carácter básico el Tribunal de Justicia –en relación con la Directiva 93/36– en su sentencia

dictada en el asunto Teckal.³¹ De dicha sentencia puede inferirse que la normativa en materia de contratos públicos se aplica en principio en cuanto se alcanza *un acuerdo entre dos personas distintas*,³² es decir, en cuanto existe un *contrato*.

44. Ahora bien, lo que determina la aplicación de la normativa en materia de contratos públicos no son sólo puntos de vista estrictamente formales, sino también una consideración valorativa. En efecto, aunque la dos partes de un negocio jurídico tengan, por razón de su forma, personalidad jurídica propia, la transacción efectuada entre ambas puede no obstante equipararse con carácter excepcional a una operación interna, siempre que se cumplan dos criterios cumulativos desarrollados por la jurisprudencia:³³

- la entidad adjudicadora³⁴ debe ejercer sobre su contraparte³⁵ un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (*primer criterio Teckal*), y

31 — Citada en la nota 2, apartados 46, 49 y 50.

32 — Por lo que respecta al ámbito de aplicación personal, es necesario, pero también suficiente, que una de las partes contractuales sea una entidad adjudicadora (sentencias Teckal, citada en la nota 2, apartado 42, segunda frase, y Stadt Halle, citada en la nota 3, apartado 47; véase además la sentencia de 7 de diciembre de 2000, ARGE, C-94/99, Rec. p. I-11037, apartado 40).

33 — Los criterios en su expresión original se hallan recogidos en el apartado 50, segunda frase, de la sentencia Teckal (citada en la nota 2), y se mencionan también en la sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España (C-84/03, Rec. p. I-139), apartado 38. En la sentencia Stadt Halle (citada en la nota 3, apartado 49, segunda frase) se mantienen estos criterios, si bien en una versión ligeramente modificada desde el punto de vista lingüístico. Esta última versión sirve de base a las observaciones que siguen, a menos que se advierta lo contrario.

34 — La sentencia Stadt Halle utiliza literalmente la intrincada formulación «autoridad pública, que es una entidad adjudicadora», mientras que la sentencia Teckal habla –adaptada a los hechos sobre los que versa– de un «ente territorial».

35 — La contraparte es designada expresamente en la sentencia Teckal como «la persona de que se trate», mientras que en la sentencia Stadt Halle es denominada «entidad distinta de que se trate».

30 — Sentencia Stadt Halle, citada en la nota 3, apartado 48.

— esta contraparte debe, a su vez, realizar la parte esencial de su actividad con ³⁶ la entidad o entidades adjudicadoras que poseen sus participaciones sociales (*segundo criterio Teckal*).

45. Entretanto, el Tribunal de Justicia ha aplicado esta jurisprudencia no sólo a la Directiva 93/36, sino también a las Directivas 92/50 y 93/37/CEE. ^{37 38}

46. De igual modo, los criterios Teckal han de extrapolarse a casos como el presente, que no están sujetos a ninguna de las Directivas sobre contratos públicos. ³⁹ En efecto, si las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos, con sus precisas exigencias relativas al procedimiento de adjudicación, permiten ya excepciones en favor de las operaciones internas, deberá aplicarse también esto mismo allí donde, a fin de cuentas, se apliquen exigencias procedimentales menos detalladas (únicamente exigencias de carácter general, derivadas de la prohibición

de discriminación y de la obligación de transparencia). De otro modo, se llegaría a la paradójica conclusión de que las entidades adjudicadoras estarían sujetas *fuera* del ámbito de aplicación de las Directivas a requisitos más estrictos que dentro de tal ámbito, a saber, a una obligación aplicable *sin excepciones* de observancia de la transparencia y de la publicidad.

47. Además, ha de tenerse en cuenta que las Directivas sobre contratos públicos están dirigidas, a su vez, únicamente a la ejecución de normas básicas del Tratado, como las que derivan en particular de las libertades fundamentales. ⁴⁰ Así pues, las excepciones a estas Directivas son en última instancia excepciones a los citados principios. Esto confirma también la extrapolación de la jurisprudencia Teckal a casos en los que la prohibición de discriminación y la obligación de transparencia se derivan directamente de las libertades fundamentales y no se concretan antes a través de las Directivas sobre adjudicación de contratos públicos.

36 — El uso de la preposición «con» en la sentencia Stadt Halle y en la mayor parte de las versiones lingüísticas de la sentencia Teckal es inusual desde el punto de vista lingüístico si se tiene en cuenta que, por regla general, no se trata de una cooperación entre dos empresas, sino de una relación en la que una empresa desarrolla determinadas funciones o presta determinados servicios *por* el organismo público que hay tras ella, por regla general un ente territorial.

37 — Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), entretanto derogada y sustituida por la Directiva 2004/18.

38 — Sobre la Directiva 92/50, véase la sentencia Stadt Halle, citada en la nota 3, apartados 47 y 49; la sentencia ARGE, citada en la nota 32, apartado 40, contenía ya una insinuación en este mismo sentido. Sobre la Directiva 93/37, véase la sentencia Comisión/España, citada en la nota 33, apartado 39.

39 — Sobre la inaplicabilidad de la Directiva 92/50 en un caso como el presente, véanse las observaciones relativas a la primera cuestión (puntos 27 a 33 de las presentes conclusiones).

48. Ahora bien, la cuestión de si los dos criterios Teckal pueden cumplirse en un caso concreto como el presente, de suerte que pueda producirse la exoneración de la entidad adjudicadora de las prescripciones del Derecho comunitario aducida por el

40 — Véanse, a tal respecto, el sexto considerando de la Directiva 92/50 y el segundo considerando de la Directiva 2004/18, así como la sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035), apartado 16, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (C-470/99, Rec. p. I-11617), apartado 51. Véanse también los puntos 35 a 37 de las presentes conclusiones.

Municipio de Brixen, Stadtwerke Brixen AG y el Gobierno italiano, depende de una apreciación conjunta de todas las circunstancias del caso.

a) Primer criterio Teckal: ejercicio de un control análogo al que se ejerce sobre servicios propios

49. Con arreglo al primer criterio Teckal, la equiparación con una operación interna presupone que la entidad adjudicadora ejerza sobre su contraparte un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

50. La Comisión duda de que tal cosa pueda afirmarse en relación con una empresa como Stadtwerke Brixen AG por dos razones: en primer lugar, es posible que en el futuro el capital de Stadtwerke Brixen AG deba abrirse, en virtud de una obligación legal, a la participación de terceros y, en segundo lugar, los órganos de esta sociedad anónima pueden gestionar la actividad ordinaria en gran medida de forma autónoma. Este segundo punto lo han abordado también Parking Brixen GmbH y el Gobierno austriaco.

i) La exclusión del ejercicio de un control análogo al que se ejerce sobre servicios propios en el caso de participación de particulares

51. El punto de partida de estas consideraciones debe constituirlo la sentencia dictada

recientemente en el asunto Stadt Halle. En ella, el Tribunal de Justicia precisó el primer criterio Teckal en el sentido de que cualquier participación de particulares, aun cuando sea una mera participación minoritaria, excluye *el ejercicio de un control análogo al ejercido sobre servicios propios*.⁴¹

52. Esta aclaración pone de manifiesto que la jurisprudencia, mediante el criterio de ejercicio de un control *análogo al ejercido sobre servicios propios*, establece un criterio más estricto que el habitual, por ejemplo, en la normativa en materia de competencia. Así pues, el hecho de que la entidad adjudicadora posea una participación mayoritaria en el capital de su filial y el hecho de que dicha entidad ejerza la mayoría de los derechos de voto y nombre a la mayoría de los miembros de los órganos de esta empresa permiten –al igual que los eventuales acuerdos entre los socios– apreciar la existencia de un control en el sentido de las normas en materia de competencia⁴² y convertir a la filial en una empresa pública en el sentido del artículo 86 CE, apartado 1;⁴³ ahora bien, estos elementos no bastan todavía para aceptar la existencia de un control más amplio *análogo al ejercido sobre servicios propios*.

53. En efecto, la mera presencia de un tercero privado, aunque sea únicamente en

41 — Sentencia Stadt Halle, citada en la nota 3, apartados 49 y 52.

42 — A tal respecto, véase por ejemplo –en relación con el concepto de control en los casos de concentración entre empresas– los puntos 13, 14, 18 y ss. de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO 1998, C 66, p. 5).

43 — Véase también el artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DO L 195, p. 35); modificada por última vez por la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 (DO L 193, p. 75).

la forma de una participación minoritaria sin derecho de veto, impide que la entidad adjudicadora pueda ejercer un control *análogo al que ejerce sobre sus propios servicios*. Porque la presencia de un particular presupone siempre una mínima consideración de los intereses económicos de éste por parte de los poderes públicos (en efecto, sólo entonces pondrá el particular a disposición de los poderes públicos su «know how» o su capacidad financiera). Así pues, si un particular, en su caso tras una licitación pública, participa en una empresa, la consideración de sus intereses económicos puede impedir que la administración haga prevalecer plenamente sus intereses públicos, aun cuando esto sea posible desde un punto de vista estrictamente jurídico. En virtud de esta relación entre intereses públicos y privados se diferencian básicamente las denominadas empresas de economía mixta de los meros servicios de la administración.⁴⁴

54. Así pues, dado que los poderes públicos *no* pueden ejercer sobre las empresas de economía mixta un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, todos los negocios jurídicos de las entidades adjudicadoras con sus filiales de economía mixta están sujetos en principio a las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos, en particular a la prohibición de discriminación y a la obligación de transparencia.

ii) La futura apertura de la sociedad de capital para la participación de terceros

55. En el momento de hacerse cargo de los dos aparcamientos, y en la época posterior, Stadtwerke Brixen AG *no* era una empresa de economía mixta, sino una filial al 100 % del Municipio de Brixen. Sin embargo, el Municipio debía renunciar a su posición de accionista único en un plazo máximo de dos años contados a partir de la transformación de la antigua sociedad municipal en beneficio de una mera participación mayoritaria.⁴⁵

56. El principio de seguridad jurídica exige apreciar la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación siempre *ex ante*, es decir, en el momento de celebración del negocio jurídico. En efecto, tanto desde el punto de vista de la entidad adjudicadora y de su contraparte como desde la perspectiva de los competidores no tenidos en cuenta, en el momento de la celebración del contrato debe ya ser posible comprobar si era obligado o no tramitar un procedimiento de adjudicación. La consideración de circunstancias posteriores será posible, en todo caso, sólo si su acaecimiento ya era previsible en el momento de la adjudicación.

44 — Esto mismo se apunta también en la sentencia Stadt Halle, citada en la nota 3, apartado 50. Sobre el concepto de empresa de economía mixta véase, por ejemplo, el punto 58 de las conclusiones de la Abogado General Sîix-Hackl presentadas en el asunto Stadt Halle, citadas en la nota 3.

45 — Véanse el artículo 115 del Decreto Legislativo 267/2000 y el artículo 88, apartado 6, letra b), del Ordenamiento Municipal, por un lado, y el artículo 5, apartado 2, de los estatutos sociales de Stadtwerke Brixen AG, por otro.

57. Habría sido previsible con seguridad la pérdida que la participación del 100 % del Municipio en su filial si la adquisición de una participación societaria *por un tercero concreto hubiera sido ya inminente.*

58. Ahora bien, la Comisión lleva este razonamiento aún más allá y afirma que, en un caso como el presente, la pérdida de la participación del 100 % del Municipio era ya suficientemente previsible a la vista de la situación jurídica existente y que, por tanto, hubiera debido tenerse en cuenta ya en el momento de transmisión de los aparcamientos.

59. Sin embargo, de una disposición legal, como el artículo 115 del Decreto Legislativo 267/2000, se deduce —a lo sumo—⁴⁶ una *obligación* de vender las acciones dentro de un plazo determinado. Ahora bien, la cuestión de si debe producirse *efectivamente* dicha venta y la transmisión de las participaciones sociales a un tercero y de cuándo deben tener lugar estas operaciones depende de numerosas circunstancias sobre cuyo acaecimiento no cabe deducir nada de la mera existencia de esta obligación legal. En particular, no cabe excluir en modo alguno que no aparezca ningún interesado que esté dispuesto a participar en la empresa de que se trata en las condiciones que se le propongan. Esto queda de manifiesto en

46 — Como quedó de manifiesto en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, las partes del presente asunto discuten sobre si el artículo 115 del Decreto Legislativo 267/2000 impone al Municipio una obligación legal de abrir el capital social de Stadtwerke Brixen AG o bien si el Municipio puede seguir siendo accionista único por tiempo indefinido. El Municipio de Brixen invoca a este respecto el artículo 2362 del Código Civil italiano (Codice civile, en la versión del Decreto Legislativo n° 6 del Presidente de la República de 17 de enero de 2003, publicado en la GURI n° 17 de 22 de enero de 2003, anexo ordinario n° 8), según el cual en Italia las sociedades anónimas pueden estar compuestas por un solo accionista.

buena medida en el presente asunto: según la información facilitada por el Municipio de Brixen y Stadtwerke Brixen AG en la vista oral, hasta hoy no participa ningún tercero en el capital social de Stadtwerke Brixen AG.

60. Los intereses de las partes en aquel momento no son todavía comparables con los de una empresa de economía mixta. En efecto, mientras exista únicamente una obligación de proceder *posteriormente* a la apertura del capital de la filial, pero no se haya encontrado todavía un tercero concreto como socio, la entidad adjudicadora no se ve forzada todavía, a la hora de adjudicar contratos públicos o concesiones a su filial, a tener en consideración los intereses de este inversor privado.

61. La Comisión manifiesta su preocupación de que *durante el período de vigencia* de una concesión concedida (en su caso, por un período prolongado)⁴⁷ un tercero podría entrar en la sociedad anónima y luego, a través de su participación en el capital, participar en el rendimiento económico de la concesión. Ahora bien, el riesgo, asociado a lo anterior, de dar preferencia al inversor privado posterior frente a otras empresas privadas⁴⁸ no debe abordarse necesariamente en el momento de adjudicación de la concesión a la filial municipal, sino que basta con adoptar *medidas adecuadas en el*

47 — En el presente asunto, se acordó en relación con el aparcamiento ubicado en la parcela 491/6 un período de nueve años; véase el punto 14 de las presentes conclusiones.

48 — Sentencia Stadt Halle, citada en la nota 3, apartado 51.

momento de elección del tercero, es decir, antes de transmitirle a éste la participación social. En efecto, las libertades básicas⁴⁹ exigen, en caso de participación de un tercero privado en una empresa pública, la observancia de la prohibición de discriminación y de la obligación de transparencia, y en particular el establecimiento de un grado adecuado de publicidad.⁵⁰

62. Por las razones expuestas, la obligación legal de abrir dentro de un plazo determinado el capital de una sociedad a la participación de terceros no excluye de entrada que la entidad adjudicadora ejerza sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

iii) La facultad de los órganos de una sociedad anónima de gestionar autónomamente la actividad ordinaria

63. Ahora bien, la duda sobre la existencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios puede plantearse con carácter general, abstracción hecha de las relaciones de participación, del hecho de que una empresa como Stadtwerke Brixen AG es una sociedad anónima cuyos órganos pueden gestionar la actividad ordinaria con una

amplia autonomía.⁵¹ Estas dudas las han expresado no sólo Parking Brixen GmbH, el Gobierno austriaco y la Comisión, sino también el órgano jurisdiccional remitente.

64. En este contexto, debe establecerse una diferenciación entre las relaciones externas de la empresa pública con otros operadores económicos y sus relaciones internas con el municipio.

65. La existencia de amplias facultades de actuación de los órganos de una empresa pública *en las relaciones externas* no excluye en modo alguno que el municipio ejerza sobre esta empresa un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Antes bien, estas facultades en las relaciones externas son por regla general necesarias para garantizar la capacidad de actuación, no dificultar la gestión de la actividad ordinaria y, no en último lugar, proteger también los intereses de terceros.⁵² No es en modo alguno inusual en la administración pública que determinadas autoridades, por ejemplo el alcalde de un municipio, el consejo de un distrito o los directores de organismos públicos tengan facultades relativamente amplias para representar en el exterior al ente respectivo.

51 — Como subraya el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión, el consejo de dirección de Stadtwerke Brixen AG «disfruta de las más amplias facultades para la gestión ordinaria hasta un importe de 5.000.000 de euros por operación».

52 — Véanse el artículo 9 y el segundo considerando de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3).

49 — Libertad de establecimiento (artículo 43 CE) y libre circulación de capitales (artículo 56 CE, apartado 1).

50 — A tal respecto, véanse los puntos 35 y 39 de las presentes conclusiones.

66. En consecuencia, para la cuestión del *control* aquí debatida reviste una mayor importancia la *relación interna* entre un municipio y una empresa como Stadtwerke Brixen AG. A tal respecto, el órgano jurisdiccional remitente sostiene que Stadtwerke Brixen AG ha obtenido, en relación con su antecesora jurídica, la empresa municipal Stadtwerke Brixen, un notable aumento de su grado de autonomía. En efecto, mientras que la sociedad municipal estaba sujeta al control e influencia directos del Consejo Municipal, el Municipio dispone frente a la sociedad anónima únicamente de los recursos que le ofrece el Derecho de sociedades. La Comisión y Parking Brixen GmbH argumentan en términos análogos.

67. El control de los poderes públicos sobre sus propios servicios se caracteriza jurídicamente, en la mayoría de los casos, por la existencia de la potestad de impartir instrucciones y de facultades de vigilancia. Dentro de la misma autoridad, el director de la misma tiene por regla general un poder de instrucción frente a los servicios a él adscritos. En la relación con las autoridades subordinadas, existe también normalmente una potestad de impartir instrucciones o en cualquier caso la posibilidad de controlar y revisar decisiones con la ayuda de las facultades de vigilancia.

68. Las facultades de impartir instrucciones o de vigilancia podrían constituir la excepción en la relación con los órganos de dirección de empresas públicas, en cualquier caso cuando éstas están organizadas bajo la forma jurídica de una sociedad anónima o de

una sociedad de responsabilidad limitada. Así pues, si se exigiera que el titular de participaciones de Derecho público tenga frente a su contraparte las mismas posibilidades *jurídicas* de ejercer influencia que con respecto a sus propios servicios, casi nunca podría cumplirse el primer criterio Teckal en relación con las sociedades de capital organizadas conforme al Derecho privado. Así pues, antes de celebrar contratos con sus filiales organizadas como sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, *aun siendo su único socio*, las entidades adjudicadoras deberían observar siempre las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos y adjudicar el cumplimiento de sus funciones, en la medida de lo posible, a los mejores postores privados. En estas circunstancias, la mera cesión de funciones a tales sociedades, y ello en ámbitos tan sensibles como por ejemplo el suministro de agua, supondría en última instancia el inicio forzoso *de la privatización de estas funciones*.

69. Bien es verdad que, en determinados casos, la transformación de empresas municipales en sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada puede considerarse como un primer paso hacia la privatización de sus funciones. Sin embargo, esto no es forzosamente así. De igual modo puede tratarse de una mera medida interna de reorganización con la que se pretenda una prestación de servicios más eficiente y una normativa en materia de función pública más flexible para los empleados, sin que el ente de que se trate quiera con ello necesariamente ceder también la ejecución de sus funciones. Además, a la vista de las disposiciones aplicables en materia contable, la elección de la forma jurídica de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad

limitada puede dar lugar a un loable aumento de la transparencia.⁵³

70. Si se aplicasen las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos a negocios jurídicos entre entidades adjudicadoras y sus filiales al 100 %, la forma jurídica de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada ya no podría seguir utilizándose al objeto de proceder a una reorganización puramente interna. A la entidad afectada sólo le quedaría, en esencia, elegir entre la privatización de sus funciones⁵⁴ y la ejecución interna de éstas a través de los servicios de la administración o de sociedades municipales incluidas en la estructura jerárquica administrativa y carentes de una autonomía digna de mención. En algunos casos, las filiales existentes podrían transformarse de nuevo, en un movimiento de retroceso, en empresas municipales.

71. Sin embargo, una intervención tan amplia en la soberanía organizativa de los Estados miembros, y en particular en la

53 — Véanse en particular los artículos 2 y ss. de la Directiva 68/151 y los artículos 2 y 47 de la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55).

54 — Una empresa controlada por los poderes públicos que revista la forma de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada debería licitar, en su caso, por el contrato público o por la concesión de que se trate como uno más de los licitadores potenciales.

autonomía de muchos municipios,⁵⁵ no sería en modo alguno necesaria, ni siquiera con vistas a la función de apertura del mercado que desempeña la normativa en materia de contratos públicos. En efecto, la normativa de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto garantizar una elección transparente y sin discriminaciones de los contratistas en todos los ámbitos en que los poderes públicos hayan decidido realizar determinadas funciones con la ayuda de terceros. En cambio, no responde ni al espíritu ni a la finalidad del Derecho de contratos públicos dar entrada «por la puerta de atrás» a la privatización de las funciones públicas que los poderes públicos deseen seguir atendiendo con recursos propios,⁵⁶ para ello se necesitaría, antes bien, la adopción de medidas concretas de liberalización por parte del legislador.⁵⁷

72. En cualquier caso, la jurisprudencia Teckal apunta, con la expresión «un control

55 — A tal respecto, puede tomarse como punto de apoyo la Carta Europea de la Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 y ratificada por la mayoría de los Estados miembros en el marco del Consejo de Europa (SEV, n° 122). Su artículo 6, apartado 1, exige que las entidades locales «deben poder definir por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pretenden dotarse, con objeto de adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz». La importancia de la autonomía local viene subrayada, además, por su mención expresa en el artículo 1-5, apartado 1, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (suscrito en Roma el 29 de octubre de 2004, DO C 310, p. 1).

56 — Véase también el punto 42 de las presentes conclusiones.

57 — En este contexto deben recordarse las medidas de la liberalización adoptadas en el sector de las telecomunicaciones, véase en último lugar la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 249, p. 21). Véase además la Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de obligaciones de servicio público y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable [COM(2002) 107 final, DO 2002, C 151 E, p. 146].

análogo al que [...]»,⁵⁸ a que las posibilidades de ejercer una influencia sobre los servicios propios y empresas públicas no deben ser idénticas. El elemento decisivo para la posibilidad de comparar una empresa con un servicio administrativo o bien con otros operadores de mercado no estriba en si los poderes públicos, *considerados desde un punto de vista formal*, disponen de las mismas posibilidades *jurídicas* de influencia que con respecto a sus propios servicios, por ejemplo, la potestad de impartir instrucciones en casos concretos. Lo decisivo consiste, antes bien, en si la entidad adjudicadora pública está *efectivamente* en condiciones de llevar plenamente a cabo en todo momento sus objetivos de interés público en el seno de esta empresa. Sólo cuando una empresa es realmente tan independiente (autónoma)⁵⁹ que la entidad adjudicadora ya no esté en condiciones de desarrollar plenamente en ella sus objetivos de interés público, no cabe hablar ya de un control análogo al ejercido sobre los servicios propios.

73. Esta tesis orientada en función de los intereses se pone particularmente de manifiesto en la sentencia Stadt Halle,⁶⁰ en la que, al objeto de interpretar el primer criterio Teckal, se toma como referencia determinante la *persecución de objetivos de interés público*. En el sentido de la sentencia Stadt Halle, la exigencia de hacer prevalecer estos intereses públicos determina cuáles son las posibilidades de influencia que los poderes

públicos necesitan efectivamente frente a sus servicios.⁶¹

74. Por cuanto respecta a estas posibilidades efectivas de influencia, ha de aplicarse por analogía lo dicho en el punto 53 de las presentes conclusiones: así pues, si un particular participa en una empresa aunque su participación sea sólo minoritaria, la consideración de sus intereses económicos puede impedir que los poderes públicos hagan prevalecer plenamente sus intereses públicos, aun cuando esto sea posible desde un punto de vista estrictamente jurídico. En cambio, si la entidad adjudicadora es el único socio de su filial, sus intereses y los de ésta podrán considerarse normalmente coincidentes en lo esencial, aunque la filial esté organizada bajo la forma de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada. En particular, el socio único participa económicamente al 100 % en el beneficio obtenido y puede decidir solo sobre su aplicación.

75. Ahora bien, si no es necesario tener en cuenta los intereses económicos de particulares porque los poderes públicos poseen el 100 % de las participaciones, la salvaguarda de los intereses públicos en la sociedad puede garantizarse suficientemente sin necesidad de una potestad de impartir instruc-

58 — El subrayado es mfo. A diferencia de cuanto ocurre en la mayoría de las versiones lingüísticas de la sentencia Teckal, en la versión alemana faltaba la palabra «análogo». Esta discrepancia se ha corregido en la sentencia Stadt Halle.

59 — En la sentencia Teckal, citada en la nota 2, apartado 51, se encuentra el concepto de *potestad decisoria propia* frente a la entidad adjudicadora (en la versión lingüística francesa se emplea el adjetivo *autonome* y en la lengua del procedimiento, el italiano, se utiliza el adjetivo *autonomo*).

60 — Citada en la nota 3, apartado 50.

61 — En la sentencia Stadt Halle, citada en la nota 3, apartado 50, se afirma expresamente: «[...] la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público.»

ciones en sentido técnico y simplemente con los recursos que ofrece el Derecho de sociedades y, en particular, con la presencia exclusiva de representantes nombrados por los poderes públicos en los órganos de la sociedad. Parece muy poco probable que estos órganos, que por regla general se caracterizan además por una estrecha vinculación personal con los poderes públicos, se apartasen en la gestión ordinaria de las previsiones del ente que los nombró de una forma tal que pudiera frustrar la salvaguardia de los intereses públicos. Las personas que ocupasen los cargos en cuestión quedarían además expuestas a ser cesadas o, en cualquier caso, a no ser nombradas de nuevo en el futuro.

76. De la sola circunstancia de que una sociedad como Stadtwerke Brixen AG es una sociedad anónima cuyos órganos disfrutan de amplias facultades de gestión ordinaria no puede deducirse en cualquier caso que esta sociedad sea autónoma frente a su socio público y que éste no ejerza ya sobre ella un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios.

b) Segundo criterio Teckal: la contraparte desempeña su actividad en lo esencial para su o sus titulares públicos

77. Según el segundo criterio Teckal, la equiparación con una operación interna exige además que la contraparte de la entidad adjudicadora desarrolle su actividad

en lo esencial para la entidad o entidades adjudicadoras que posean sus participaciones.

78. En la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia únicamente a las disposiciones de los estatutos sociales de Stadtwerke Brixen AG. Según dichos estatutos, el ámbito de actuación material de esta sociedad consiste en una amplia lista de actividades que en lo esencial pueden atribuirse a la prestación de servicios públicos, si bien dichas actividades pueden desarrollarse a nivel local, nacional e internacional.⁶²

79. Ahora bien, el carácter indicativo de estas disposiciones estatutarias es reducido. En efecto, por un lado, las disposiciones estatutarias se caracterizan en no pocas ocasiones por una formulación particularmente amplia que no debe ceñirse necesariamente a las actividades actuales, sino que también debe incluir las posibles actividades futuras de la sociedad. Por otro lado, las propias *limitaciones* estatutarias al ámbito de actuación de una sociedad anónima no pueden oponerse a terceros.⁶³ Mediante los estatutos los accionistas de la sociedad establecen, únicamente a efectos internos, el marco dentro del cual puede moverse su actividad.

80. Así pues, si se considerasen determinantes los ámbitos de actuación de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabi-

62 — Véase en particular el punto 19 de las presentes conclusiones.

63 — Artículo 9, apartados 1 y 2, de la Directiva 68/151.

dad limitada, lícitos desde el punto de vista estrictamente jurídico (con arreglo a la ley y a los estatutos sociales) y por regla general relativamente amplios, sería prácticamente imposible que tales empresas cumplieran el segundo criterio Teckal. Las entidades públicas deberían, pues, antes de la celebración de contratos con sus filiales, respetar siempre las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos, en la medida en que éstas hubieran adoptado la forma de sociedades anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada. Ello haría mucho menos interesante la elección de la forma jurídica de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada.⁶⁴ Una intervención tan amplia en la soberanía organizativa de los Estados miembros y en particular en la autonomía de muchos municipios no sería necesaria con vistas a la función de apertura del mercado del Derecho de contratos públicos.

81. Antes bien, basta con aplicar el criterio de la *actividad efectiva* de la empresa en cuestión.⁶⁵ En efecto, con independencia de su forma de organización, la actividad efectivamente realizada por una empresa permite saber si tal empresa actúa del mismo modo que otras en el mercado o bien si está tan intensamente vinculada a los poderes públicos que los contratos entre ella y la entidad adjudicadora pueden equipararse a operaciones internas y, en consecuencia, justifican una excepción a las disposiciones de la normativa en materia de contratos públicos.

82. En este contexto ha de observarse que para admitir una excepción a las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos con arreglo al segundo criterio Teckal basta con que la empresa de que se trata desarrolle *una parte fundamental* de actividad con la entidad o entidades adjudicadoras que poseen sus participaciones. Así pues, la eventual realización de trabajos por encargo de terceros es irrelevante siempre que revista solamente una importancia secundaria.

83. Para apreciar esta circunstancia, habrá que basarse, como ya se ha señalado al principio, en una valoración conjunta de todas las circunstancias del caso concreto. Si una transacción corresponde a una operación interna, la contraparte de la entidad adjudicadora deberá desarrollar esencialmente su actividad, tanto desde un punto de vista *cuantitativo* como *cualitativo*, con la entidad o entidades adjudicadoras que posean sus participaciones.⁶⁶ Un primer indicio podrá ser, pues, el porcentaje del volumen de negocios que esta empresa obtenga con los encargos de sus titulares de participaciones de carácter público. Si una empresa —como, por ejemplo, Stadtwerke Brixen AG— tiene varios ámbitos de actividad, habrá que tener también en cuenta en cuántos de estos ámbitos desarrolla la parte fundamental de su actividad para los titulares públicos de participaciones y qué importan-

64 — A tal respecto, véanse los puntos 68 a 71 de las presentes conclusiones.

65 — La Abogado General Stix-Hackl subraya también, en el punto 83 de sus conclusiones en el asunto Stadt Halle, citadas en la nota 3, que deben tenerse en cuenta las actividades efectivamente realizadas y no las actividades que puedan realizarse con arreglo a la ley o a los estatutos sociales de la sociedad.

66 — Este punto de vista lo sustenta también la Abogado General Stix-Hackl en el punto 89 de sus conclusiones presentadas en el asunto Stadt Halle, citadas en la nota 3.

cia tienen estos ámbitos de actuación para la empresa.⁶⁷

c) Conclusión provisional

86. En resumen, ha de señalarse que:

84. El ámbito de actuación territorial de empresas como Stadtwerke Brixen AG requiere también un examen más detenido. En efecto, la mera circunstancia de que una empresa pública municipal actúe o pueda actuar más allá de los límites de un municipio no excluye necesariamente que desarrolle la *parte fundamental de su actividad para dicho municipio*. Antes bien, procedería examinar qué valor tiene, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, una eventual actuación de la empresa fuera de los límites municipales en comparación con la actividad para su titular o titulares de participaciones de Derecho público.

La concesión por un municipio a una sociedad anónima, de la que es único accionista, de la explotación de un aparcamiento público de pago sin llevar a cabo un procedimiento previo de licitación no vulnera los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE si el municipio ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y si dicha sociedad desarrolla una parte fundamental de su actividad para el municipio.

85. La sola circunstancia de que el ámbito de actuación estatutario de una sociedad anónima como Stadtwerke Brixen AG sea amplio desde un punto de vista material y, desde un punto de vista local, le permita actuar fuera de los límites municipales no excluye que esta sociedad anónima desarrolle efectivamente la parte fundamental de su actividad para el municipio que es titular de sus participaciones.

El ejercicio de un control análogo al ejercido sobre los servicios propios no queda excluido porque el municipio esté legalmente obligado a abrir en el futuro, en un plazo determinado, el capital de la sociedad anónima a la participación de terceros o porque los órganos de dicha sociedad disfruten de las más amplias facultades para la gestión ordinaria.

No queda excluida la realización de la parte esencial de una actividad para el municipio porque, con arreglo a los estatutos de esta sociedad, su posible ámbito de actuación sea amplio desde un punto de vista material y geográfico; antes bien, habrá de tenerse en cuenta la actividad efectivamente realizada.

67 — En un caso como el presente debería también examinarse, por ejemplo, qué valor tienen para la actividad de la empresa los nuevos ámbitos de actuación que se asignaron a Stadtwerke Brixen AG en sus estatutos sociales además de los de la anterior empresa municipal (en particular, informática y telecomunicaciones) y por encargo de quién actúa la empresa en estos campos.

VI. Conclusión

87. Sobre la base de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del Verwaltungsgericht, Sala Autónoma para la Provincia de Bolzano, del modo siguiente:

- «1) No constituye un contrato público de servicios a efectos de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, sino una concesión de servicios no comprendida por dicha Directiva, el hecho de que una entidad adjudicadora encomiende a una empresa la explotación de un aparcamiento público, dicha tal empresa pueda cobrar una tasa por el uso del aparcamiento y, a cambio, ésta se comprometa a pagar a la entidad adjudicadora una compensación anual.
- 2) La concesión por un municipio a una sociedad anónima, de la que es único accionista, de la explotación de un aparcamiento público de pago sin llevar a cabo un procedimiento previo de licitación no vulnera los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE si el municipio ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y dicha sociedad desarrolla una parte fundamental de su actividad para el municipio.

El ejercicio de un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios no queda excluido porque el municipio esté legalmente obligado a abrir en el futuro, en un plazo determinado, el capital de la sociedad anónima a la participación de terceros o porque los órganos de dicha sociedad disfruten de las más amplias facultades para la gestión ordinaria.

No queda excluida la realización de la parte esencial de una actividad para el municipio porque, con arreglo a los estatutos de esta sociedad, su posible ámbito de actuación sea amplio desde un punto de vista material y geográfico; antes bien, habrá de tenerse en cuenta la actividad efectivamente realizada.»