

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. VERICA TRSTENJAK

presentadas el 4 de junio de 2008¹

1. La cuestión prejudicial del Conseil d'État (Bélgica) se refiere al ámbito de aplicación del Derecho comunitario de contratación pública. La cuestión que se plantea es si procede la aplicación de la normativa en materia de contratos públicos cuando una entidad local (en este caso, un municipio) delega la administración de su red de tele-distribución a un organismo consistente en una cooperación intermunicipal pura² en la que colabora el citado municipio, sin participación alguna de capital privado. En el presente asunto la cooperación intermunicipal adopta la forma de cooperativa, y las cuestiones del órgano jurisdiccional remitente versan sobre el primero de los denominados dos criterios Teckal: «control análogo al ejercido sobre los propios servicios».

2. En el litigio principal, la sociedad belga Kabelfernsehgesellschaft Coditel Brabant SPRL (en lo sucesivo, «Coditel») actúa contra tres demandados: la Commune de Uccle (municipio de Uccle; en lo sucesivo,

también «municipio»), la cooperativa Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (en lo sucesivo, «Brutelé») y la Région Bruxelles-Capitale, representada por su Gobierno.

I. Marco legal

A. Derecho comunitario

3. El artículo 12 CE, apartado 1, establece:

1 — Lengua original: alemán.

2 — Las expresiones «*Interkommunale Kooperation*» o «*Interkommunale Zusammenarbeit*» (cooperación intermunicipal) comprende tanto estructuras jurídicamente informales como formales (véase Schmidt: *Kommunale Kooperation, Der Zweckverband als Nukleus des öffentlichen Gesellschaftsrechts*, Tubingia 2005, pp. 2 y ss.), que abarca desde simples consorcios municipales hasta formas totalmente institucionalizadas como las mancomunidades de municipios y las cooperativas. Véase también el término «supuesto de carácter mixto público», o bien «entidad pública mixta», entre otros, en las conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl presentadas el 12 de enero de 2006, en el asunto Carbotermo y Consorzio Alisei (sentencia de 11 de mayo de 2006, C-340/04, Rec. p. I-4137), puntos 29 y ss., así como Egger: *Europäisches Vergaberecht*, 2007, pp. 167 y ss.

«En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.»

4. El artículo 43 CE reza:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. [...]

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.»

5. El artículo 49 CE, apartado 1, establece:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.»

B. *Derecho nacional*

6. Con arreglo al artículo 162 de la Constitución belga, los municipios podrán asociarse entre sí.

7. Los pormenores de la cooperación intermunicipal se regulan en la Ley de 22 de diciembre de 1986 de asociaciones intermunicipales (loi relative aux intercommunales). Con arreglo al artículo 1 de dicha Ley, varios municipios, dentro de los límites que en ella se establecen, pueden formar asociaciones con finalidades determinadas de interés municipal. El artículo 3 de esta Ley establece que las asociaciones intermunicipales son personas jurídicas de Derecho público que, con independencia de la forma que adopten y de su objetivo, carecen de carácter mercantil. En su artículo 10 se determina que toda asociación intermunicipal está formada por una asamblea general, un consejo rector y un comité de interventores. Con arreglo al artículo 12 de la Ley, los representantes de la asamblea general son elegidos por el conseil communal (pleno del ayuntamiento) de cada municipio de entre los concejales y los miembros del collège des bourgmestres et échevins (comisión municipal de gobierno). En la misma disposición se establece que los votos de cada municipio en la asamblea general deben ser proporcionales a su cuota de participación.

II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

8. La red de teledistribución del municipio belga de Uccle fue gestionada entre 1969 y 1999 por la compañía de teledistribución Coditel en virtud de distintos contratos. Al expirar el contrato el 31 de diciembre de 1999, el municipio ejerció su opción contractual de comprar a Coditel la red de teledistribución situada en el término municipal.

9. En octubre de 1999, el Conseil communal de Uccle decidió, por una parte, anunciar la licitación de la explotación y la mejora de la red municipal de teledistribución mediante concesión durante el período entre el 1 de julio de 2000 y el 30 de junio de 2009. Por otro lado, se aprobó el proyecto de modificación del convenio con Coditel con vistas a asegurar la continuidad del servicio público de teledistribución hasta la designación del futuro concesionario. Por último, mediante la modificación del convenio se estableció la explotación a cargo de Coditel hasta el 31 de diciembre de 2001.

10. A finales de 1999, Coditel presentó una oferta para la adjudicación de la concesión de la explotación de la red de teledistribución del municipio de Uccle. A raíz de una petición del municipio de abril de 2000, Coditel formuló asimismo una oferta para la compra de la red

de teledistribución,³ tal como hicieron también las otras compañías que se habían presentado al concurso.

11. En mayo de 2000, el conseil communal de Uccle decidió que era preferible vender la red a adjudicar una concesión. Tras el correspondiente anuncio de licitación, Coditel presentó una oferta de compra en octubre de 2000. Los precios ofertados en la licitación oscilaban entre los 750 y los 1.000 millones de BEF, y la única oferta conforme y admisible (la de Coditel) fue la más baja.

12. En el procedimiento de venta participó, entre otras, Brutélé, que no presentó una oferta de compra, sino de adhesión del municipio a esta sociedad.

13. Dado que los precios ofertados eran sensiblemente inferiores a los esperados,⁴ el

3 — Tras la petición del municipio de Uccle, Coditel le preguntó si la propuesta de compra de la red constituía un criterio de apreciación de las ofertas presentadas en el marco del procedimiento de adjudicación mediante licitación de la concesión de explotación de la red, si dicha propuesta sustituía al procedimiento de licitación en curso y si la citada propuesta se había dirigido a los demás licitadores. El 28 de abril de 2000 el municipio de Uccle respondió que se había dirigido a las cuatro sociedades que habían presentado una oferta en la licitación, que la propuesta de compra de la red no reemplazaba a la licitación ni tampoco constituía un elemento de apreciación de las ofertas presentadas y por último que «el collège, que había recibido una propuesta de compra (condicional hasta la fecha), había estimado no obstante que esa posibilidad no podía excluirse *a priori* y que podía constituir uno de los elementos de la reflexión en curso sobre el futuro de la red; por tanto, antes de proponer, o no, una resolución de otorgamiento de la concesión de explotación al conseil, había decidido en aras de la información plena y de la igualdad entre los licitadores, consultar a cada uno de éstos».

4 — A este respecto, en su decisión de 23 de noviembre de 2000 afirmó el conseil communal que la diferencia se explicaba perfectamente a la vista de las circunstancias, pues la cotización en bolsa de las acciones de los principales operadores en el campo de la tecnología habían sufrido una caída histórica en los meses anteriores, por lo que las condiciones del momento eran extremadamente desfavorables.

municipio de Uccle decidió desistir de la puesta en venta de la red municipal de teledistribución (primera resolución impugnada en el litigio principal) mediante resolución del Conseil communal de 23 de noviembre de 2000.

de decisión.⁶ El conseil communal explicó en esa decisión, además, que la participación en Brutélé presentaba varias ventajas para el Municipio de Uccle: autonomía de decisión, ingresos elevados, conservación de la propiedad de la red y un acuerdo de opción para que el municipio pudiera poner fin a la adhesión de forma fácil y rápida en caso de recibir en el futuro una oferta interesante de compra.

14. También el 23 de noviembre de 2000 el conseil communal de Uccle decidió la adhesión del municipio a Brutélé (segunda resolución impugnada en el litigio principal). En la resolución se aclaraba, entre otras cosas, que Brutélé había formulado al municipio de Uccle una oferta de adhesión que implicaba la aportación no dineraria de la red municipal y la suscripción de participaciones sociales, el pago de una contraprestación anual⁵ y la oferta de que el municipio de Uccle, si se adhería, constituyera por sí solo un subsector de explotación que dispondría de autonomía

15. El 30 de noviembre de 2000, Coditel dirigió una reclamación motivada al Ministro-Presidente de la Région de Bruxelles-Capitale solicitando la anulación de la resolución del conseil communal de Uccle de 23 de noviembre de 2000, mediante la que se decidió la adhesión del municipio a Brutélé.

16. El 7 de diciembre de 2000, la asamblea general extraordinaria de Brutélé admitió la adhesión del municipio de Uccle (tercera resolución impugnada en el litigio principal).

5 — La contraprestación anual ofertada es la siguiente, según la resolución del conseil communal de 23 de noviembre de 2000:

- retribución fija igual al 10 % de los ingresos por el abono de base a la teledistribución (sobre 31.000 abonados y 3.400 BEF anuales como precio del abono, sin incluir IVA ni cánones por propiedad intelectual): 10.540.000 BEF/año;
- pago del 5 % del volumen de negocios de Canal+ y del paquete de cadenas;
- pago de la totalidad de los beneficios obtenidos por la todos los servicios prestados.

6 — Además, según la decisión del conseil communal de 23 de noviembre de 2000:

La autonomía abarca, en particular:

- la elección de los programas distribuidos;
- las tarifas de precios de abono y de conexión;
- la política de inversiones y de obras;
- las bonificaciones o ventajas que se conceden a determinadas categorías de personas;
- la naturaleza y las modalidades de otros servicios que se presten a través de la red y la posibilidad de encargar a la sociedad intermunicipal realizaciones de interés municipal comprendidas en su objeto definido en los estatutos como por ejemplo la creación de una intranet municipal, de un sitio WEB, y la correspondiente formación del personal.

En este marco:

- Brutélé formularía una cuenta de resultados y un balance de las actividades de la red de Uccle;
- Uccle dispondría de un consejero en el consejo de administración de Brutélé y de tres consejeros en el consejo del sector de explotación bruselense, de la facultad de designar un interventor de cuentas, y de un experto municipal.

17. El 19 de diciembre de 2000, el Ministro-Presidente de la Région de Bruxelles-Capitale comunicó al municipio de Uccle que la resolución relativa a la adhesión condicional⁷ a Brutélé no suscitaba ninguna objeción por su parte (cuarta resolución impugnada en el litigio principal). El 2 de enero de 2001, el Ministro-Presidente de la Région de Bruxelles-Capitale notificó a Coditel que no había formulado objeciones a la adhesión del municipio de Uccle a Brutélé.

18. El 22 de enero de 2001, Coditel presentó una demanda dirigida a la anulación de las cuatro resoluciones mencionadas.

19. En el litigio principal, el Conseil d'État remitente, ya ha declarado la inadmisibilidad de la demanda en lo que atañe a dos de las resoluciones impugnadas (la tercera y la cuarta). En cuanto a la parte de la demanda considerada admisible, es especialmente relevante la apreciación que se haga de la resolución mediante la que el conseil communal de Uccle decidió adherirse a Brutélé.

20. Mediante resolución de 3 de julio de 2007, el Conseil d'État ha remitido al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

— ¿Puede un municipio, sin convocar una licitación, adherirse a una sociedad cooperativa, cuyos socios son exclusivamente otros municipios y asociaciones de municipios (denominada asociación intermunicipal pura), con objeto de atribuir a esa sociedad la gestión de su red de teledistribución, siendo así que la sociedad realiza en lo sustancial sus actividades sólo en relación con sus asociados y en interés de éstos, y que las decisiones relativas a dichas actividades se adoptan por el consejo rector y por los consejos de sector dentro de los límites de las delegaciones conferidas a éstos por el primero, órganos estatutarios que están integrados por representantes de las entidades públicas y que adoptan sus decisiones por mayoría?

— ¿Puede considerarse que el dominio sobre las decisiones de la sociedad cooperativa ejercido de esa forma a través de los órganos estatutarios por todos los socios, o por una parte de éstos en el caso de sectores o de subsectores de explotación, permite a los socios ejercer sobre la sociedad un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios?

— Para calificar como análogos ese dominio y ese control, ¿tienen que ejercerse individualmente por cada miembro asociado, o basta que sean ejercidos por la mayoría de los miembros asociados?

⁷ — Con arreglo a la resolución de adhesión de 23 de noviembre de 2000, la operación estaba sometida a la condición de que la asamblea general de Brutélé adoptara una resolución mediante la que todos sus socios decidiesen desde ese momento no oponerse a la posible baja voluntaria del municipio de Uccle en el futuro.

21. El órgano jurisdiccional remitente argumenta que la adhesión del municipio de Uccle a Brutélé no está comprendida en el ámbito de los contratos públicos de servicios, sino en el de las concesiones de servicios públicos. Por lo tanto, si bien las directivas comunitarias sobre contratación pública no le son aplicables, en cambio sí lo son, en general, las normas fundamentales del Derecho comunitario primario y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica, en particular, una obligación de transparencia.

22. En opinión del órgano jurisdiccional remitente, hay muchos motivos para pensar que el municipio de Uccle, en cuanto entidad adjudicadora, no podía, sin convocar una licitación ni comparar las ofertas presentadas, elegir directa e inmediatamente la opción de la adhesión a Brutélé. Concretamente, para cumplir las exigencias del Derecho comunitario el municipio habría debido convocar una licitación con vistas a examinar si la concesión de su servicio de teledistribución a Coditel o a otros operadores económicos constituía una alternativa más ventajosa que la elegida finalmente.

23. Pero para poder apreciar debidamente las circunstancias del caso, continúa el órgano jurisdiccional remitente, es necesario realizar un examen más detenido de los criterios que se desprenden de la sentencia Teckal,⁸ en particular con respecto a la naturaleza del control de la autoridad pública concedente sobre la entidad concesionaria. Según la interpretación que dicho órgano jurisdiccional hace de esta jurisprudencia, sólo es

posible eludir las exigencias de transparencia del Derecho comunitario si concurren cumulativamente dos requisitos de interpretación estricta: por una parte, que la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y, por otra, que la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad que la controla.

24. En este sentido, Brutélé ha alegado que constituye una «asociación intermunicipal pura» cuyas actividades están destinadas y reservadas a los municipios asociados, que sus estatutos permitieron que el municipio de Uccle constituyera por sí solo un subsector de explotación dotado de autonomía de decisión, lo que le permitía ejercer un control inmediato y preciso de las actividades de la sociedad en ese subsector, exactamente idéntico al que el municipio ejerce sobre sus propios servicios internos. Afirma que Uccle dispone de un consejero en el consejo rector de Brutélé y de tres consejeros en el consejo del sector de explotación bruselense, de la facultad de designar un interventor de cuentas, y de un experto municipal. Añade que el municipio de Uccle tiene la facultad de desligarse en cualquier momento de dicha sociedad, lo que es una prueba más de su completo control de la explotación de su red de teledistribución.

25. Según el órgano jurisdiccional remitente, los estatutos de Brutélé revelan que los socios de la cooperativa son municipios y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez exclusivamente a municipios; que dicha sociedad cooperativa no admite socios privados; que el consejo rector se compone

⁸ — Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 50.

de representantes de los municipios —tres como máximo por cada municipio— designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios; que el consejo rector dispone de las facultades más amplias; que los municipios se dividen en dos sectores, de los que uno agrupa a los municipios de la región de Bruselas, que pueden subdividirse en subsectores; que dentro de cada sector se constituye un consejo de sector integrado por consejeros designados por la asamblea general, que se reúne en grupos distintos que representan a los titulares de participaciones sociales de cada sector, propuestos por los municipios; que el consejo rector puede delegar en los consejos de sector sus facultades en lo que respecta a los problemas propios de los subsectores, en especial las condiciones de aplicación de las tarifas de precios, el programa de obras e inversiones, la financiación de éstas, las campañas publicitarias, así como las cuestiones comunes a los diferentes subsectores que integran el sector de explotación; que los demás órganos estatutarios de la sociedad son la asamblea general, cuyas decisiones obligan al conjunto de los socios, el director general, el comité de expertos, compuesto por funcionarios municipales, y el comité de interventores de cuentas; que el director general, los expertos y los interventores son nombrados por el consejo rector o por la asamblea general según corresponda.

26. De ahí deduce el órgano jurisdiccional remitente que la autonomía de decisión de la que disfruta el municipio de Uccle no es tan completa como pretende Brutélé. Por ejemplo, el consejo rector es el que ejerce las facultades más amplias, y dicho municipio (sólo) tiene un representante en él. Aun cuando todas las decisiones se adoptan por órganos sociales integrados exclusivamente por representantes de los municipios y

asociaciones intermunicipales, eso no supone que cada socio disponga a título individual respecto a la sociedad de una influencia determinante igual a la que tendría si el socio del que se trata hubiera organizado por sí mismo la actividad dentro de su ámbito propio.

27. En cuanto al segundo requisito derivado de la sentencia Teckal⁹ (que esa «persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan»), el órgano jurisdiccional remitente argumenta que está acreditado que la sociedad realiza en lo sustancial sus actividades sólo en relación con sus asociados. El órgano jurisdiccional remitente no ha planteado ninguna cuestión prejudicial acerca de este requisito.

III. Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

28. Con arreglo al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, han presentado observaciones escritas Coditel, el municipio de Uccle,

⁹ — Citada en la nota 8, apartado 50.

Brutélé, los Gobiernos alemán y neerlandés y la Comisión de las Comunidades Europeas. Todos ellos participaron en la vista celebrada el 9 de abril de 2008, salvo el municipio de Uccle, que no estuvo representado.

del municipio de Uccle a la cooperativa Brutélé es contraria al principio de transparencia.

29. Básicamente, en todas las observaciones se comparte el análisis de que este asunto se circunscribe al ámbito de la adjudicación de concesiones públicas, ámbito en el que no son de aplicación las Directivas sobre contratos públicos, pero sí el principio general de transparencia.¹⁰

30. Excepto *Coditel*, todos convienen en que, a la luz de los datos aportados por la petición de decisión prejudicial, se ha cumplido el *segundo criterio Teckal*.

31. En cuanto al *primer criterio Teckal*, hay disparidad de opiniones.

32. *Coditel* y la *Comisión* entienden que no se cumple este criterio y que la adhesión directa

33. *Coditel* subraya que el municipio de Uccle, antes de su adhesión a Brutélé, no mantenía ninguna relación con ésta, por lo que la jurisprudencia *Teckal* no es en absoluto relevante. Además, el municipio de Uccle posee sólo el 8,26 % de las participaciones sociales de Brutélé (76 de un total de 920). A esto se añade que Brutélé ofrece sus servicios, tales como teledistribución, telefonía e Internet, de manera comercial y en competencia con otros operadores privados. La estructura interna de Brutélé es esencialmente idéntica a la estructura interna de una empresa privada. El municipio de Uccle no tiene ninguna posibilidad de controlar Brutélé y, a la vista del gran número de socios y la eventual divergencia de intereses, no resulta verosímil que pueda haber un verdadero control colectivo por los cooperativistas. Con arreglo a la sentencia *Carbotermo y Consorzio Alisei*,¹¹ es irrelevante que el 100 % del capital de Brutélé esté en manos de municipios y entidades territoriales. Por este motivo, estima *Coditel* insuficiente que al municipio de Uccle se le haya concedido un subsector de explotación.

34. En sus observaciones, la *Comisión* se ocupa también de las estructuras internas de decisión de Brutélé, y llega a la conclusión de

10 — Por su parte, el Gobierno neerlandés alega que la petición de decisión prejudicial no contiene información suficiente para hacer una valoración adecuada de este aspecto.

11 — Citada en la nota 2, apartado 37.

que un municipio como Uccle apenas tiene posibilidad de ejercer por sí solo una influencia determinante.¹² El consejo rector de Brutélé dispone de amplias competencias y, en particular, establece las tarifas. En cualquier caso, el municipio de Uccle tan sólo tiene una influencia «compartida» y no puede hacer valer libremente su propia voluntad, tal como exigiría el primero de los criterios Teckal.

35. El *municipio de Uccle y Brutélé*, que, por el contrario, opinan que sí se cumple el primer criterio Teckal, subrayan el aspecto de la pura intermunicipalidad de la cooperativa, tanto en virtud de sus estatutos como de la legislación belga.

36. El *municipio de Uccle* señala que, tras su adhesión, mantiene un «control análogo» en el sentido de la sentencia Teckal sobre la red municipal de teledifusión. Recalca que el Tribunal de Justicia no habla de un control «idéntico», sino de un control «análogo». Exigir el control absoluto e individual de un municipio sobre una forma de sociedad intermunicipal haría imposible la existencia

de ese tipo de entidades, que por definición implican la colaboración de varios sujetos.

37. *Brutélé* hace referencia al cumplimiento del primer criterio Teckal sólo de forma subsidiaria, remitiéndose en concreto a la sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), apartados 57 y siguientes. En primer lugar, alega Brutélé que los artículos 43 CE y 49 CE, así como los principios de igualdad, de no discriminación y de transparencia, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, de por sí, a la adhesión, sin licitación, de un municipio a una sociedad intermunicipal pura, sin participación alguna de capital privado y fundada específicamente para la realización de objetivos deliberados de interés municipal y general. De la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 48, se deduce que los municipios tienen la posibilidad de realizar las tareas de interés público que les corresponden. Sin embargo, aplicar a una sociedad intermunicipal las reglas del Derecho comunitario en materia de contratación pública supondría obligar a los municipios a externalizar sus tareas acudiendo al mercado. Recuerda Brutélé que el Derecho belga reconoce a los municipios expresamente la posibilidad de crear asociaciones intermunicipales.¹³ La relación entre el municipio de Uccle y la cooperativa Brutélé no tiene origen contractual, sino que procede de una adhesión, un procedimiento regulado tanto en la ley como en los estatutos de Brutélé. Brutélé se basa en una forma de cooperación intermunicipal pura, sus estatutos excluyen la

12 — A este respecto, la Comisión se remite a las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 65, y Carbotermo y Consorzio Alisei, citada en la nota 2.

13 — Se remite a la Constitución belga y a la loi relative aux intercommunales (citada en los puntos 6 y 7 de estas conclusiones).

participación de capital privado y realiza sus tareas en interés de los municipios. El objetivo de la sociedad es poner a disposición de los usuarios el mayor número posible de canales de televisión en las mejores condiciones y, en su caso, ampliar la oferta a la radio y a diversas estructuras de comunicaciones. En tercer y último lugar, argumenta Brutélé que el municipio de Uccle, dentro de la sociedad y, especialmente también por medio de la estructura interna de decisión y el subsector propio, ejerce el control análogo al ejercido sobre los propios servicios de que se trata en el presente asunto.

38. El *Gobierno belga* considera que se ha de responder afirmativamente a la primera cuestión. En su opinión, un municipio puede, sin convocar una licitación, adherirse a una sociedad cooperativa, cuyos socios son exclusivamente otros municipios y asociaciones de municipios, con objeto de atribuir a esa sociedad la gestión de su red de teledistribución, siendo así que la sociedad realiza sus actividades en lo sustancial sólo en relación con sus asociados y en interés de éstos, y que las decisiones relativas a dichas actividades se adoptan por el consejo rector y por los consejos de sector dentro de los límites de las delegaciones conferidas a éstos por el primero, órganos estatutarios que están integrados por representantes de las entidades públicas y que adoptan sus decisiones por mayoría.

39. Según dicho Gobierno, no puede considerarse a Brutélé, que excluye la participación de capital privado, como un tercero con respecto al municipio de Uccle. Por lo tanto, la concesión de la red de teledistribución no fue adjudicada externamente, sino que mantuvo su carácter interno.

40. A juicio del Gobierno belga, las demás cuestiones prejudiciales se deben únicamente al hecho de que la asociación intermunicipal es una forma de colaboración que, por su propia naturaleza, reúne a distintos municipios que cooperan entre sí. En este sentido, cabe señalar que las administraciones descentralizadas tienen derecho a optar por la colaboración a fin de garantizar una gestión eficaz. Entre otras posibilidades, existe la de cooperación entre entidades territoriales de menor y de mayor tamaño. En cuanto a las entidades territoriales menores, con frecuencia se encuentran ante la inevitable necesidad de hacer frente a tareas de gran envergadura de forma conjunta mediante una estructura de ámbito más amplio. Cómo han de organizarse internamente y cómo han de controlarse tal colaboración de entidades territoriales es una decisión que compete a las autoridades de cada Estado miembro. A este respecto existen multitud de modelos de organización y control internos. En el caso de una forma de colaboración que, al definir los mecanismos de control, tiene en cuenta el diferente tamaño de las entidades territoriales que la componen, no se puede deducir que no exista un control análogo al ejercido sobre los propios servicios. Además, es connatural a la cooperación intermunicipal que las decisiones no sean adoptadas por un solo

municipio, sino por mayoría, precisamente en atención a su objetivo común. Un control por decisiones mayoritarias debe calificarse, según el Gobierno belga, como un «control análogo» en el sentido de la jurisprudencia. Por todo ello, respecto al municipio de Uccle, que cuenta con representantes en los órganos de Brutélé, cabe sostener que ejerce sobre Brutélé un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios.

Bundesländer, como Brandeburgo y Berlín, cuentan con un Oberverwaltungsgericht (Tribunal superior administrativo) común. Resultaría casi descabellado hablar de falta de control o de control insuficiente de la corporación territorial sobre dichos organismos que pertenecen de forma conjunta a varias entidades territoriales. Otro control «conjuntamente ejercido» y no por ello menos efectivo es el que se ejerce sobre un adjudicatario cuya propiedad está en manos de varias personas jurídicas de Derecho público. Tal es el caso de Brutélé, pues en ella participan únicamente municipios, que ejercen conjuntamente su facultad de control como lo harían sobre un servicio (común).

41. El *Gobierno alemán* es de la opinión de que en un caso como el presente no son aplicables los principios y las normas que rigen la contratación pública, pues se cumplen los dos criterios Teckal. Ante una pluralidad de «autoridades públicas dominantes», dichos criterios deben interpretarse de manera que, cuando el poder adjudicador comparta con otras personas jurídicas de Derecho público la propiedad del adjudicatario, no pueda deducirse de ese dominio conjuntamente ejercido por diferentes autoridades públicas un debilitamiento del control. Por ejemplo, si varias entidades territoriales pueden crear y «explotar» conjuntamente servicios públicos organizativamente unitarios, sería absurdo pensar que en esos casos exista una falta de control o un control insuficiente por cada una de esas entidades. El Derecho alemán de organización administrativa cuenta con múltiples ejemplos de este tipo, como las Oberfinanzdirektionen (direcciones superiores tributarias) y ciertos servicios tanto del Bund (Estado federal) como de los Bundesländer (estados federados). En algunos Bundesländer existen autoridades comarcales que constituyen tanto servicios del Landkreis (comarca) como organismos públicos inferiores del Bundesland. Y algunos

42. El Gobierno alemán añade que, si por el hecho de que una entidad adjudicadora ejerza el control sobre el adjudicatario junto con otras autoridades públicas se ha de presumir que hay un control «insuficiente» y que procede aplicar el Derecho de contratación pública, esto tendrá graves repercusiones sobre el necesario margen de libertad en la configuración de la colaboración intermunicipal. La elección de una determinada forma de colaboración intermunicipal quedaría siempre sometida a la condición de superar el procedimiento de licitación, con lo que la colaboración intermunicipal como forma de organización de las tareas públicas quedaría claramente relegada frente a la realización de las tareas individualmente por cada entidad territorial al margen de las normas de la contratación pública. De esta manera, el Derecho de contratación pública ejercería una presión totalmente absurda sobre los

municipios para que abandonaran, en su caso, la cooperación con otros municipios. Pero éste no parece ser el objetivo del Derecho de contratación pública. Por el contrario, su aplicación solamente se ha de plantear cuando el municipio acuda al mercado para la realización de sus tareas.

43. Por último, el Gobierno alemán señala que el derecho de autonomía municipal está protegido en el plano europeo por la Carta Europea de Autonomía Local.¹⁴ En él se incluye el derecho de los municipios a desempeñar sus tareas por sí mismos y, por otra parte, a asociarse con otras entidades locales sin tener que convocar previamente un «concurso».

44. El *Gobierno neerlandés* propone responder afirmativamente a la primera cuestión. En cuanto a la segunda, con el trasfondo del primero de los dos criterios de la sentencia Teckal y de la subsiguiente jurisprudencia, así como de los datos aportados por la petición de decisión prejudicial, observa que, con respecto a Brutélé, los municipios y las asociaciones de municipios de que se trata están en condiciones de ejercer una influencia determinante. Así lo demuestra la propia circunstancia de que dichas entidades posean la totalidad del capital y de que esté excluida la participación privada. Y el hecho

de que los municipios y las asociaciones de municipios dominen completamente los órganos de decisión de Brutélé confirma la existencia de una influencia determinante, pues éstos están compuestos por representantes de aquéllos. En consecuencia, los municipios y las asociaciones de municipios están en condiciones de ejercer una influencia determinante tanto en los objetivos estratégicos como en las decisiones más importantes; por ejemplo, el establecimiento de las tarifas. Brutélé no dispone de ningún tipo de autonomía, por lo que no puede considerarse como un tercero con respecto a los municipios y a las asociaciones de municipios. En cuanto a la tercera cuestión, el Gobierno neerlandés opina que para que exista un «control análogo al ejercido sobre los propios servicios» basta con que los municipios y asociaciones de municipios en cuestión ejerzan el control conjuntamente.

IV. Apreciación jurídica

45. Dado que las cuestiones prejudiciales aluden a distintos aspectos de una misma cuestión, haré un examen conjunto de todas ellas.

46. La cuestión básica es si la adhesión de un municipio como el municipio de Uccle a una cooperativa intermunicipal pura como Brutélé y la consiguiente transmisión de la

14 — La Carta Europea de Autonomía Local, Tratado abierto a la firma por los Estados miembros del Consejo de Europa en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, está en vigor desde el 1 de septiembre de 1988 (más información en: <http://conventions.coe.int>).

gestión de la red municipal de teledistribución a dicha cooperativa debe considerarse como una adjudicación de concesión sometida a los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública, o se trata de una realización cuasi-interna de las tareas que queda al margen del sistema de licitación. Los aspectos que preocupan al órgano jurisdiccional remitente se refieren en especial a las estructuras internas de decisión: por una parte, las decisiones de los órganos estatutarios como el consejo rector y los consejos de sector; por otra parte, las decisiones esencialmente no individuales, sino adoptadas por mayoría. ¿Pueden dichas estructuras de decisión ser conformes al criterio, establecido por la jurisprudencia, del «control análogo al ejercido sobre los propios servicios»?

47. El órgano jurisdiccional remitente entiende que el dominio sobre la cooperativa y sus decisiones por parte de las corporaciones territoriales es ejercido de forma conjunta por medio de los órganos estatutarios de la sociedad, lo que dota a ésta de una cierta autonomía respecto de sus socios. Con ello probablemente no exista un «control como el ejercido sobre los propios servicios», por lo que el órgano jurisdiccional remitente se inclina por estimar el primer motivo de la demanda.

48. Para un correcto planteamiento de la cuestión cabe señalar en primer lugar que, como bien ha advertido el órgano jurisdic-

cional remitente, según la reiterada jurisprudencia ninguna de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública¹⁵ es de aplicación a la adjudicación de concesiones de servicios.^{16 17} Que la situación del litigio principal pertenece al ámbito de las concesiones de servicios y no al de las adjudicaciones de contratos de servicios queda de manifiesto por el hecho de que no es la entidad territorial quien paga la contraprestación por el servicio, sino que ésta consiste en el derecho a la explotación de un servicio propio,¹⁸ lo que va asociado a la asunción del riesgo de explotación.¹⁹

15 — Entre otras, 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 (DO L 209, p. 1). El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es favorecer la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros; véase la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).

16 — Neergaard: *The Concept of Concession in EU Public Procurement Law versus EU Competition Law and National Law*, en: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, señala que existen muy diferentes conceptos de concesión en función del contexto jurídico, y que el concepto de concesión en el Derecho comunitario sobre contratos públicos difiere sustancialmente del utilizado en el Derecho de la competencia y, en algunos casos, también del concepto nacional.

17 — Baste ver las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartados 56 y 57; de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartados 9 y 16; Parking Brixen, citada en la nota 12, apartado 42, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia (C-382/05, Rec. p. I-6657), apartado 29.

18 — Acerca de los criterios de diferenciación, véase la sentencia Telaustria y Telefonadress, citada en la nota 17, apartado 58. Véase también la definición legal del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), aún no aplicable en el momento de los hechos relevantes del litigio principal: «contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.» Se trata en ese caso de la explotación y mantenimiento de organizaciones existentes; véase Trepte: *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2007, 4.42. Debe tenerse en cuenta, básicamente, que la calificación como concesión de servicios es una cuestión que se ha de apreciar a la luz del Derecho comunitario; véase la sentencia Comisión/Italia, citada en la nota 17, apartado 31.

19 — Sentencia Parking Brixen, citada en la nota 12, apartado 40. De este aspecto se ocupa también Arrowsmith: *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 6.62 y 6.63.

49. Dado que en el momento de los hechos relevantes para el litigio principal no había ninguna directiva sobre la coordinación de procedimientos de adjudicación de concesiones de servicios por los poderes públicos,²⁰ las consecuencias que se derivan del Derecho comunitario para la adjudicación de dichas concesiones han de examinarse en todo caso exclusivamente a la luz del Derecho primario, en particular de las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado CE.²¹

50. Del Derecho comunitario se derivan las exigencias de igualdad de trato y de transparencia para la adjudicación de concesiones de servicios públicos,²² especialmente en cuanto a la prohibición de discriminación indirecta por motivos de nacionalidad con arreglo a los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE,²³ que por lo general hacen necesario un procedimiento de licitación.

51. Existe una excepción para la «realización cuasi-interna de las tareas»,²⁴ según la jurisprudencia que se inició con la mencionada sentencia Teckal,²⁵ que ha sido objeto de posterior desarrollo²⁶ y ha sido aplicada a todas las disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratación pública o de concesiones de servicios públicos,²⁷ siempre que la operación de que se trate, por su propia naturaleza, constituya prácticamente una medida administrativa interna.²⁸ Por consiguiente, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es la entidad adjudicadora debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan.²⁹

20 — La situación tras la posterior Directiva 2004/18 (citada en la nota 18) apenas ha cambiado, pues, aunque en ella se define el concepto de concesión de servicios públicos, con arreglo a su artículo 17 la Directiva no se aplica a dichas concesiones. Véase, para más detalle, Flamme/Flamme/Dardenne: *Les marchés publics européens et belges*, 2005, pp. 19 y 20.

21 — Sentencias Coname, citada en la nota 17, apartado 16; Parking Brixen, citada en la nota 12, apartado 46, y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartados 18 y ss. Broussy/Donnat/Lambert: *Délégations de services publics, L'actualité juridique - droit administratif* (AJDA) 2005, pp. 2340 y ss., especialmente p. 2341, advierten de que tal invocación del principio de no discriminación implica el riesgo de que en el futuro las normas de contratación pública se expandan mucho más allá de las Directivas pertinentes y de que lleguen a regular incluso los supuestos cuyo valor no alcance el umbral para la aplicación de las Directivas.

22 — Trepte: *Transparency Requirements*, en: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, señala que el concepto de transparencia en el Derecho comunitario sobre contratos públicos es un concepto restringido, pues se refiere a la igualdad de trato de los licitadores de los distintos Estados miembros, y no a la transparencia, que implica otras obligaciones.

23 — Véanse, entre otras, las sentencias Telaustría y Telefonadress, citada en la nota 17, apartados 60 y 61; Coname, citada en la nota 17, apartados 18 y 19, y Parking Brixen, citada en la nota 12, apartados 47 y ss.

24 — La denominación no es uniforme: a menudo se habla de (cuasi) «adjudicación *in house*» o de «operación *in house*» (en sentido amplio).

25 — Citada en la nota 8.

26 — Véanse en particular las sentencias Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 15, apartado 49; Coname, citada en la nota 17, apartados 23 a 26; Parking Brixen, citada en la nota 12, apartados 56 y ss.; ANAV, citada en la nota 21, apartado 24; Carbotermo y Consorzio Alisei, citada en la nota 2, apartados 36 y 37; de 19 de abril de 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (C-295/05, Rec. p. I-2999), apartados 55 a 57, y de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparo y Manipulado de Correspondencia (C-220/06, Rec. p. I-12175), apartado 58.

27 — En la sentencia Parking Brixen, citada en la nota 12, apartado 61, el Tribunal de Justicia deja claro que los dos criterios Teckal no sólo se han de aplicar en el ámbito de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos, sino en general en todo el Derecho comunitario de contratación pública.

28 — Flamme/Flamme/Dardenne, citados en la nota 20, p. 32, apartado 20, en remisión a los apartados 49 y 50 de la sentencia Teckal, citada en la nota 8, recalcan que la excepción de la «realización cuasi-interna de tareas» se basa en el sencillo razonamiento de que no es posible un «contrato consigo mismo».

29 — Véanse las sentencias Teckal, citada en la nota 8, apartado 50; Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 15, apartado 49; de 13 de enero de 2005, Comisión/España (C-84/03, Rec. p. I-139), apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-29/04, Rec. p. I-9705), apartado 34; Carbotermo y Consorzio Alisei, citada en la nota 2, apartado 33, y Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), citada en la nota 26, apartado 55.

A. El primer criterio Teckal

52. Ahora bien, el primer requisito, esto es, el ejercicio de un «control análogo al ejercido sobre los propios servicios», precisa de ser analizado.

1. Exclusión de las empresas de economía mixta

53. De la reiterada jurisprudencia que ha seguido a la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau³⁰ se desprende inequívocamente que las sociedades de economía mixta de ningún modo pueden considerarse como entidades sobre las que se ejerce un control análogo al

30 — El apartado 49 de la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, a la que se ha hecho amplia referencia, citada en la nota 15, reza como sigue: «Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.» Belorgey/Gervasoni/Lambert: *Qualification de marché public*, AJDA 2005, pp. 1113 y ss., especialmente p. 1114, en remisión a la sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros (C-18/01, Rec. p. I-5321), estiman que la sentencia Stadt Halle establece expresamente lo que ya constaba anteriormente como jurisprudencia implícita.

ejercido sobre los propios servicios, independientemente de que la participación de capital privado en dicha sociedad sea solamente minoritaria.³¹ A este respecto basta con que la sociedad esté abierta al capital privado, aunque su participación (aún) no sea efectiva.³² Asimismo, en la valoración debe incluirse la cesión de participaciones sociales a terceros privados en el período inmediatamente posterior a la adjudicación.³³

54. Es evidente que en circunstancias como las del litigio principal no cabe apreciar la existencia capital privado. No existe ninguna participación de capital privado, y además Brutélé excluye su entrada en la sociedad.

2. Otras circunstancias relevantes

55. No obstante, de la jurisprudencia se desprende que con la sola apreciación de que no existe, ni se admite, participación de capital privado no siempre se cumple sufi-

31 — Baste ver las sentencias Coname, citada en la nota 17, apartado 26; Comisión/Austria, citada en la nota 29, apartado 46; ANAV, citada en la nota 21, apartado 31, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, Rec. p. I-385), apartado 64. Sigue sin estar claro cómo se ha de valorar una participación de particulares o de organizaciones sin ánimo de lucro del sector social o cultural (véase al respecto Egger, citado en la nota 2, p. 170, apartado 637).

32 — En este sentido, véanse las sentencias Coname, citada en la nota 17, apartado 26, y ANAV, citada en la nota 21, apartados 30 a 32.

33 — Sentencia Comisión/Austria, citada en la nota 29, apartados 38 a 42. En tal caso, la adjudicación de un contrato debe examinarse teniendo en cuenta la totalidad de las fases (adjudicación y reestructuración del capital), así como los objetivos perseguidos.

cientemente el criterio Teckal de «ejercer un control análogo al ejercido sobre los propios servicios». ³⁴ Obviamente, las cuestiones del órgano jurisdiccional remitente también deben entenderse con este trasfondo.

en cuestión había adquirido una vocación de mercado y un margen de autonomía que impedían entender que la autoridad pública concedente ejerciera sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios. ³⁷

56. De algunas de las sentencias que se ocupan del primer criterio Teckal se deduce que «es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes». ³⁵ «Del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. Debe tratarse de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.» ³⁶

58. Por lo tanto, es evidente que en el examen de estas cuestiones en el asunto Parking Brixen se tuvieron en cuenta dos tipos de razones: tanto el grado de vocación de mercado como el margen de autonomía ³⁸ de la entidad concesionaria. Estas dos categorías concuerdan con la sentencia Teckal, cuyo apartado 51 mencionaba igualmente como criterio la existencia o carencia de autonomía de la entidad de que se trate respecto a la entidad o entidades adjudicadoras desde el punto de vista decisivo. ³⁹

57. Especialmente en la sentencia Parking Brixen se refleja el abanico de criterios que pueden ser significativos a estos efectos: la transformación en una sociedad anónima, la ampliación del objeto social, la apertura obligatoria de la sociedad, a corto plazo, a capital ajeno; la sustancial expansión del radio territorial de las actividades y los considerables poderes atribuidos al consejo de administración llevaron al Tribunal de Justicia en esa sentencia a considerar el conjunto de las circunstancias en el sentido de que la sociedad

59. Sin embargo, en la jurisprudencia posterior sobre los criterios Teckal, el Tribunal de Justicia sólo dirigió la atención en algunos casos hacia esas otras circunstancias. En los dos asuntos mencionados, Parking Brixen y

34 — Véase, entre otros, Probst/Wurzel: *Zulässigkeit von In-house-Vergaben und Rechtsfolgen des Abschlusses von vergaberechtswidrigen Verträgen*, en: *European Law Reporter* 2007, pp. 257 y ss., especialmente p. 261.

35 — Sentencias Parking Brixen, citada en la nota 12, apartado 65, y Carbotermo y Consorzio Alisei, citada en la nota 2, apartado 36.

36 — Sentencias Parking Brixen, citada en la nota 12, apartado 65, y Carbotermo y Consorzio Alisei, citada en la nota 2, apartado 36.

37 — Sentencia Parking Brixen, citada en la página 12, apartados 67 a 70. Crítico con la justificación de unos criterios que en la práctica podrían dar lugar a que las entidades utilizadas por las corporaciones de Derecho público para la realización de sus tareas quedaran encasilladas en determinadas formas jurídicas, véase Kotschy: *Arrêts «Stadt Halle», «Coname» et «Parking Brixen»*, *Revue du droit de l'Union européenne* 2005, n° 4, pp. 845 y ss., especialmente p. 853.

38 — Cuanto más clara sea la estrecha vinculación con el poder adjudicante del contrato o de la concesión y cuanto menores sean las posibilidades de la entidad adjudicataria de actuar en el mercado de forma comercial para terceros, más fácil resultará defender la presencia de una operación *in house*, según señalan Probst/Wurzel, citados en la nota 34, p. 261.

39 — Sentencia Teckal, citada en la nota 8, apartado 51.

Carbotermo, concurren varias de esas circunstancias, de las cuales sólo concurría en ambos casos la atribución de amplias facultades o de considerables poderes al consejo de administración.

ejercía mediante una sociedad holding interpuesta.⁴² El Tribunal de Justicia argumentó que, según las circunstancias del caso, la intervención de un intermediario de este tipo puede debilitar el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital.⁴³

60. En la sentencia *Parking Brixen*, el Tribunal de Justicia consideró que *Stadtwerke Brixen AG* había adquirido una vocación de mercado que ponía en precario el control municipal, y señaló una serie de cinco razones,⁴⁰ entre las cuales figuraban la mencionada apertura obligatoria de la sociedad, a corto plazo, a capital ajeno y la expansión del ámbito territorial de las actividades de la sociedad a toda Italia y al extranjero.⁴¹

62. De este modo, ha de tenerse en cuenta que en esos casos concurren diversas circunstancias especiales y, por lo tanto, se procedió a una apreciación global.⁴⁴

61. En la sentencia *Carbotermo y Consorzio Alisei* fue determinante el hecho de que la eventual influencia del municipio italiano *Busto Arsizio* en las decisiones de la empresa *AGESP SpA*, dedicada a los más variados servicios de utilidad pública, se

3. La cooperación intermunicipal pura, aunque no siempre, en general sí está exenta de licitación

63. Sin embargo, hay muchos motivos para pensar que las situaciones que dieron lugar a las sentencias *Parking Brixen* y *Carbotermo y Consorzio Alisei* constituyen supuestos específicos en que el Tribunal de Justicia estimó sobrepasado un límite, y que la externaliza-

40 — A este respecto, Ferrari habla de indicios de independencia incompatibles con el concepto de control análogo al ejercido sobre los propios servicios (Ferrari: *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, en: *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2006, pp. 271 y ss., especialmente p. 273).

41 — Sentencia *Parking Brixen*, citada en la página 12, apartado 67. Jennert: *Das Urteil «Parking Brixen»*, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau)* 2005, pp. 623 y ss., especialmente p. 626, observa que de esta manera no resulta posible asegurar el mercado nacional mediante adjudicaciones *in house* no sujetas a licitación, con participación simultánea en la competencia por medio de la expansión intermunicipal.

42 — En los puntos 22 y 23 de las conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl presentadas en el asunto *Carbotermo y Consorzio Alisei*, citadas en la nota 2, se dice que ese asunto se caracteriza, de forma similar a cuanto ocurre en el asunto *Stadt Halle y RPL Lochau*, por la circunstancia de que el contrato público no se adjudicara directamente a la entidad en la que el ente territorial posee una participación directa, sino que se trataba de un supuesto de participación indirecta.

43 — Sentencia *Carbotermo y Consorzio Alisei*, citada en la nota 2, apartado 39.

44 — De la «apreciación global» habla acertadamente Jennert, citado en la nota 41, p. 625.

ción de tareas de interés general en una entidad en que cooperan diversas corporaciones públicas, sin participación alguna de capital privado, debe considerarse, no *a priori*⁴⁵ pero sí en principio, exenta de licitación. Así lo confirman los antecedentes y la evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que a continuación se exponen.

64. En la sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei recién mencionada, en que el supuesto de hecho no fue calificado, por diversas circunstancias, como exento de licitación, se dice literalmente: «El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según los términos del apartado 50 de la sentencia Teckal, antes citada.»⁴⁶

65. En los apartados siguientes de la sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei queda claro que con esa reserva («sin ser un indicio decisivo») se hace referencia a las otras circunstancias aludidas, a saber, el debilitamiento del control debido a la intervención de una sociedad holding, a pesar de que su capital esté en un 99,98 % en manos de la entidad territorial en cuestión, y las amplias facultades de los consejos de administración tanto de la

sociedad holding como de la sociedad anónima fundada por aquélla y que era la adjudicataria en ese asunto.⁴⁷ Los respectivos estatutos, a juicio del Tribunal de Justicia, no reservaban al municipio en cuestión ninguna facultad de control ni le atribuían ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a ambos consejos de administración. En esencia, el control que el municipio ejercía sobre esas dos sociedades no iba más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconoce a la mayoría de los socios, lo que limitaba considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas.⁴⁸

66. Por su parte, la más reciente sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) revela que, en el caso de cooperación intermunicipal pura, ha de considerarse, por lo general, que se cumple el primer criterio Teckal («ejercicio de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios»), por lo que, por lo general, no es preciso un análisis más profundo de las estructuras internas de decisión y de las mayorías. En efecto, el fragmento antes reproducido de la sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei⁴⁹ se reiteró en el apartado 57 de la posterior sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), si bien con ligeras modificaciones. Donde la sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei decía «sin ser un

45 — Sentencia Comisión/España, citada en la nota 29, apartado 40.

46 — Citada en la nota 2, apartado 37.

47 — Citada en la nota 2, apartados 38 a 40.

48 — Sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, citada en la nota 2, apartado 38.

49 — Citada en la nota 2, apartado 37: «El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según los términos del apartado 50 de la sentencia Teckal [citada en la nota 8] [...]»

indicio decisivo», en la sentencia Asemfo aparece «en principio». Así, «tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que [...]» se convirtió en «tiende a indicar, en principio, que [...]».

Justicia que aquí interesa la facultad de control de cada corporación pública dentro de una sociedad intermunicipal pura.

67. Por lo tanto, todo apunta a que, cuando la autoridad adjudicadora del contrato o de la concesión posee, ella sola o junto con otras autoridades públicas,⁵⁰ todo el capital de una entidad adjudicataria, esto indica, por lo general, que la autoridad adjudicadora ejerce un control sobre dicha entidad análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, en el sentido del apartado 50 de la sentencia Teckal. Sin embargo, esta regla general puede tener excepciones,⁵¹ como ya se ha expuesto,⁵² cuando concurren circunstancias especiales.

4. Criterios para un análisis detallado de la facultad de control

68. A continuación trataré de la relevancia que tiene en la jurisprudencia del Tribunal de

69. En el propio asunto Teckal versaba sobre una situación de forma de cooperación intermunicipal⁵³ en la que se perfilaba la cuestión del control con el trasfondo de la proporción de las participaciones sociales: en concreto, se trataba de una mancomunidad de 45 municipios de Reggio Emilia, en la que participaba el municipio de Viano con un 0,9 %. A este respecto señaló el Abogado General Cosmas, que era improbable que «pueda sostenerse que el municipio de Viano ejerce sobre la mancomunidad un control análogo al que ejerce una entidad sobre un órgano interno».⁵⁴ La propia sentencia nada dice sobre esta cuestión; en particular, la formulación del criterio del control en su apartado 50⁵⁵ no entra a valorar este aspecto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en cualquier caso, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia no respondió *a priori* negativamente a la cuestión de la facultad de control de un municipio con una participación social

50 — Ya que *a priori* no se excluye tampoco el control mayoritario: véase también Fenoyl: *Contrats «in house» — état des lieux après l'arrêt Asemfo*, AJDA 2007, pp. 1759 y ss., especialmente p. 1761.

51 — Egger, citado en la nota 2, p. 169, apartado 626, habla con acierto de una presunción *iuris tantum*.

52 — Véase *supra*, puntos 55 y ss. de estas conclusiones.

53 — A esto se refieren también Pape/Holz: *Vergabefreie In-house-Geschäfte*, NJW 2005, pp. 2264 y ss., especialmente p. 2265. En su opinión, aunque desde el punto de vista puramente formal una sociedad constituida por diversas corporaciones públicas no puede entenderse como una adjudicación *in house* porque, debido al derecho de codecisión de los demás socios, no puede determinarse *a priori* si cada uno de ellos ejerce sobre la entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, no obstante, desde el punto de vista funcional es apropiado considerarla como una adjudicación *in house*.

54 — Conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas el 1 de julio de 1999 en el asunto, Teckal (sentencia citada en la nota 8), punto 61.

55 — Sentencia Teckal, citada en la nota 8.

y un derecho de voto relativamente pequeños, con lo que otorgó al órgano jurisdiccional remitente la posibilidad de considerar cumplido el criterio del control en el litigio principal.

70. Es cierto que posteriormente, en la sentencia Coname del año 2005, se respondió que una participación del 0,97 % del capital social debía juzgarse insuficiente.⁵⁶

71. Sin embargo, con la sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) quedó claro que el tamaño de la participación de una corporación pública individual en una sociedad formada por diversas corporaciones públicas (ya no podía utilizarse para cuantificar la facultad de control. El Tribunal de Justicia declaró expresamente que, incluso una participación tan reducida como, por ejemplo, el 0,25 % del capital de dicha sociedad (el 1 % se repartía entre cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción) no se opone a que pueda hablarse de una «realización cuasi-interna de

tareas» en relación con el conjunto de las corporaciones participantes.⁵⁷

72. En el litigio principal correspondiente a la recién mencionada sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) también es de resaltar que la facultad de control sobre la entidad a la que se confiaron las obras en cuestión pertenecía de modo patente a la Administración central del Estado, y no a las cuatro Comunidades Autónomas propietarias en conjunto del 1 % del capital social.⁵⁸ Este hecho no impidió al Tribunal de Justicia considerar cumplido el primer criterio Teckal no sólo en cuanto al Estado español, sino también, y expresamente, en cuanto a las Comunidades Autó-

57 — Citada en la nota 26, apartados 58 a 60. El apartado 59 reza: «A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero.» En el apartado 61 queda claro que esta afirmación no se refiere a todas las Comunidades Autónomas españolas, a pesar de que Tragsa actúa para todas ellas [véanse las conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 28 de septiembre de 2006 en el asunto Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), sentencia citada en la nota 26, puntos 13 y 14], sino a las que son accionistas de Tragsa.

58 — En la sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), citada en la nota 26, apartado 13, punto 5), se reproduce una disposición del Derecho nacional: «[...] las funciones organizativas, tutelares y de control, con respecto a Tragsa y sus filiales, serán ejercidas por los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Medio Ambiente.» Por lo tanto, la competencia del control es de la Administración central y no de las Comunidades Autónomas. Así, el Abogado General Geelhoed subrayó, en sus conclusiones presentadas el 28 de septiembre de 2006 en el asunto Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), sentencia citada en la nota 26, punto 51, que las Comunidades Autónomas no ejercían por sí mismas ninguna competencia de control y tampoco podían deducirlas de su participación accionarial. Todas las competencias de control están en poder del accionista principal, el Estado español, es decir, la Administración central. La propia sentencia declara, en su apartado 51: «Por último, según el artículo 3, apartado 6, del referido Real Decreto, las relaciones de Tragsa con estos entes públicos no tienen naturaleza contractual, sino que son, a todos los efectos, de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes.» Más adelante, en los apartados 59 a 61, al tratarse de la cuestión de la facultad de control, se utilizan argumentos totalmente distintos a las estructuras internas de decisión, en concreto, la obligación legal de cumplimiento del contrato, la imposición estatal de las tarifas y la naturaleza no contractual de la relación.

56 — Sentencia Coname, citada en la nota 17, apartados 23 y 24. A eso se añadió, en el litigio principal de ese asunto, que la sociedad en cuestión estaba abierta (siquiera parcialmente) al capital privado; véase el apartado 26 de la sentencia Coname.

nomas con participación en el capital social.⁵⁹ Pero la sentencia no permite saber, en cuanto al control por las Comunidades Autónomas, si constituye una reorientación de la jurisprudencia o si, por el contrario, las circunstancias especiales del caso concreto fueron determinantes en la resolución, como cabe presumir.⁶⁰ En cualquier caso, queda patente que no se debe sobrevalorar la cuestión del poder interno de control y de decisión en las formas puras de cooperación entre corporaciones públicas.

73. Tanto con un criterio sistemático a partir de las aclaraciones de la jurisprudencia en relación con la proporción de la participación social,⁶¹ como con un criterio gramatical a partir de la utilización del plural en el tenor del segundo criterio Teckal (que la «persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan»), se deduce⁶² que no es necesario un pleno poder individual de control por la corporación

pública de que se trate, sino que es suficiente un poder de control colectivo y mayoritario.⁶³

74. La cuestión determinante parece ser si las corporaciones públicas participantes disponen colectivamente del control de la persona en cuestión (aquí, la cooperativa Brutélé) o si ésta actúa al margen de dicho control conjunto.

5. Conclusión parcial

75. El análisis jurídico ha dejado claro que, por lo general, una forma de cooperación intermunicipal pura puede estar exenta de licitación si no concurren otras circunstancias especiales que indiquen que el grado de vocación de mercado y el margen de autonomía de la entidad intermunicipal exceden los límites de una forma de cooperación intermunicipal para el cumplimiento de tareas de interés general que sea neutral desde el punto de vista de la contratación pública.

59 — No obstante, las conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 28 de septiembre de 2006, en el asunto Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), sentencia citada en la nota 26, ponían de relieve expresa y detalladamente las dudas sobre este aspecto y denunciaban la constante falta de influencia propia de las Comunidades Autónomas (puntos 98 a 101). También exponen dudas en este sentido Broussy/Donnat/Lambert: *Actualité du droit communautaire, Marché in house*, AJDA 2007, pp. 1125 y 1126.

60 — Como bien recalca Müller: *Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe*, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis (ZVB)* 2007, pp. 197 y ss., especialmente p. 202, las especiales circunstancias consistían, entre otras, en la obligación legal de aceptar y ejecutar los contratos y en el establecimiento de las tarifas por la Administración. Véase también Piazzoni: *Précisions jurisprudentielles sur les contrats "in house"*, *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation* 2007, n° 12, pp. 56 y ss., especialmente p. 58, y Mok: *Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen C-295/05, Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken* 2007, n° 417, pp. 4413 y ss., p. 4423.

61 — Acerca de la interpretación sistemática, véase sobre todo Riesenhuber: *Europäische Methodenlehre*, 2006, pp. 253 y ss.

62 — Acerca de la interpretación literal, véase sobre todo Riesenhuber: *Europäische Methodenlehre*, 2006, pp. 250 y ss.

63 — Véase principalmente Dreher: *Das In-house-Geschäft*, *NzBau* 2004, pp. 14 y ss., especialmente p. 17, quien subraya que el aspecto fundamental es la falta de capacidad de decisión propia por parte del poder adjudicador. Véase también Dischendorfer: *The Compatibility of Contracts Awarded Directly to "Joint Executive Services" with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, Asemfo v Tragsa*, *Public Procurement Law Review* 2007, pp. NA123 y ss., p. NA129.

76. A pesar de que hasta ahora no existe seguridad jurídica⁶⁴ sobre la exacta delimitación de criterios como el «grado de vocación de mercado» y el «margen de autonomía», por lo que no está claro dónde residen exactamente los límites de una cooperación intermunicipal para el cumplimiento de tareas de interés general que sea neutral a los efectos de la contratación pública, tampoco hay motivo alguno para creer que en el seno de Brutélé se hayan excedido dichos límites.

77. Corresponde a los órganos nacionales, aquí el órgano jurisdiccional remitente, valorar estas circunstancias en cada caso. En el presente, es probable que en tal valoración no se pueda constatar la superación de ninguno de los límites antes expuestos. En efecto, las estructuras internas de decisión de Brutélé se caracterizan por la influencia colectiva de las entidades territoriales participantes mediante la adopción de decisiones por mayoría. No sólo ejercen su influencia en la asamblea general, sino también por medio del consejo rector, compuesto por represen-

tantes de los municipios. Con eso queda ya suficientemente contestada, en sentido afirmativo, la cuestión del poder de control. A esto se añade que el subsector permite apreciar incluso un mayor peso de las decisiones individuales del municipio. La vocación de mercado de Brutélé se refiere a las tareas de interés general como la tele-distribución, la telefonía e Internet, y no aporta ningún indicio de que se haya excedido un umbral de neutralidad a los efectos de la contratación pública (con toda la imprecisión de que adolecen los criterios correspondientes).

78. Por lo tanto, todo apunta a que en un caso como el presente estamos ante una forma de cooperación entre corporaciones públicas exenta de licitación.

64 — Sobre la falta general de seguridad jurídica respecto a múltiples conceptos jurídicos indeterminados y problemas de delimitación en los criterios Teckal, véanse, entre otros, Jennert, citado en la nota 41, pp. 625 y 626, que celebra la seguridad jurídica que aportan los criterios concretos y prácticos de esta sentencia; hace referencia a cuestiones pendientes, sobre todo en cuanto a la posterior enajenación de participaciones en una sociedad municipal beneficiaria de adjudicaciones tiempo atrás gracias a la aplicación de la jurisprudencia *in house*, y argumenta que también la enajenación de participaciones se somete a los principios de igualdad de trato y de transparencia; conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl en el asunto Carbotermo y Consorzio Alisei, citado en la nota 2, punto 17; Söbbeke: *Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften, Die Öffentliche Verwaltung* 2006, pp. 996 y ss., especialmente p. 997, constata que las imprecisiones que desde la sentencia Teckal han dificultado el manejo de la figura jurídica del supuesto *in house* como excepción a la obligación de licitación se han ido reduciendo paulatinamente con las sentencias Stadt Halle y RPL Lochau y Carbotermo y Consorzio Alisei.

79. En contra del punto de vista de Coditel, en el presente contexto no es relevante que Brutélé ofrezca sus servicios de forma mercantil a los usuarios, entrando así en competencia⁶⁵ con otros operadores privados.

65 — De igual manera, es irrelevante para la resolución que mediante esta realización cuasi-interna de las tareas, otras empresas que también estarían dispuestas a asumir las tareas de que se trate queden excluidas de la competencia, ya que este efecto es inherente a la realización cuasi-interna de las tareas (Egger, citado en la nota 2, p. 163, apartado 600).

6. La importancia de la cooperación intermunicipal

80. Aunque, en mi opinión, ya han quedado contestadas las presentes cuestiones prejudiciales, aún quisiera subrayar brevemente la conclusión a la que he llegado y, al mismo tiempo, ocuparme de los argumentos contrarios de Coditel y de la Comisión.

81. La normativa en materia de contratos públicos es y será uno de los más eficaces instrumentos políticos de los Estados miembros y de las instituciones de la UE en el proceso de integración europea.⁶⁶ Sin embargo, no debe utilizarse a la ligera este potencial, sino que sus objetivos han de estar en consonancia con los valores de otros ámbitos políticos.

82. Si se exigiera, como proponen el órgano jurisdiccional remitente, Coditel y la Comisión, una «amplia autonomía de decisión» de los municipios implicados, concretamente en el sentido de que el municipio de que se trate pudiera ejercer el «dominio» sobre la asociación intermunicipal (en este caso, sobre la cooperativa), se cerraría en la práctica el camino a este tipo de cooperación. En efecto, es característica esencial de una auténtica asociación intermunicipal la toma paritaria de las decisiones, no el dominio de uno solo de los socios. Así, de las opiniones expresadas por Coditel y la Comisión en el

procedimiento y en la vista se deduce que los criterios esbozados por ambos conducen, en realidad, a la exigencia de que una sola de las corporaciones territoriales pueda controlar en la práctica *por sí sola* la sociedad. Es evidente que un supuesto así no puede designarse en modo alguno como cooperación o colaboración.

83. Como ya he dicho, eso haría prácticamente inviable cualquier forma de cooperación intermunicipal pura. Así, las entidades territoriales participantes en una asociación de este tipo siempre tendrían que contar con la posibilidad de verse obligadas a adjudicar sus contratos a mejores postores del sector privado, lo que equivaldría a una privatización de funciones de interés general forzada por las disposiciones en materia de contratos públicos.⁶⁷

84. Si se interpretase el primer criterio Teckal de esa forma estricta, se atribuiría a los objetivos del Derecho de la competencia un

66 — Bovis: *Public Procurement in the European Union*, 2005, p. 240.

67 — Véanse también las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 1 de marzo de 2005 en el asunto Parking Brixen, sentencia citada en la nota 12, punto 68. En este sentido, Calsolaro también señala, en su comentario de la sentencia Parking Brixen, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia seguramente no deba entenderse como una obligación de externalización [Calsolaro, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, en: *Foro Amministrativo (Consiglio di Stato)* 2006, pp. 1670 y ss., especialmente p. 1674].

peso excesivo e injustificado, cometiendo al mismo tiempo una intromisión en la autonomía de los municipios y, por ende, en las competencias de los Estados miembros.⁶⁸

85. Así lo recalcan también con acierto los Gobiernos que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia. El derecho de autonomía municipal no sólo ha encontrado su fundamento en las disposiciones jurídicas de los Estados miembros, sino, como bien ha apuntado el Gobierno alemán, también en la Carta Europea de Autonomía Local, suscrita por todos los Estados miembros en el marco del Consejo de Europa y ratificada ya por la mayoría de ellos.⁶⁹ En el artículo 263 del Tratado CE se establece el «Comité de las Regiones», compuesto por representantes de los entes regionales y locales. Este precepto reconoce en cierta medida su autonomía, al institucionalizar cauces de expresión de los puntos de vista regionales y municipales. Por

último, el Tratado de Lisboa⁷⁰ recalca, con el artículo 3 *bis* del futuro Tratado CE, la importancia de la autonomía regional y local para la identidad nacional de los Estados miembros, identidad que se ha de respetar.

86. Son los propios municipios quienes deben decidir si realizan las tareas de interés público que les corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligados a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios,⁷¹ o si prefieren hacerlo con ayuda de una entidad jurídicamente diferente de ellos, que actuarían como autoridad adjudicadora de contratos o de concesiones. Si se deciden por la segunda alternativa, de nuevo tienen libertad para elegir entre limitarse a realizar esas tareas esencialmente propias⁷² bajo su solo dominio o en cooperación «pura» con otras corporaciones públicas, con control análogo al ejercido sobre sus propios servicios, quedando totalmente al margen de la normativa sobre ayudas estatales y sobre contratos públicos,⁷³ o bien entrar en el juego de la competencia mediante su propia

68 — Véanse también las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 1 de marzo de 2005 en el asunto Parking Brixen, sentencia citada en la nota 12, punto 71. No supone una intromisión en esa autonomía la sola aplicación general de la normativa en materia de contratos públicos a las entidades públicas mixtas (véase al respecto Egger, citado en la nota 2, p. 168, apartado 621), sino su aplicación exacerbada. Véase también Frenz: *Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon, Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP) 2008, pp. 73 y ss., especialmente p. 85: Es preciso proteger la autonomía municipal en sus aspectos básicos, pero sin que ésta se convierta en un salvoconducto para eludir las libertades fundamentales europeas.

69 — Citada en la nota 14. Según su artículo 6, apartado 1, sin perjuicio de las disposiciones más generales creadas por la Ley, 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.

70 — Por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306, p. 1), que aún no ha entrado en vigor.

71 — Sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 15, apartado 48.

72 — A este respecto, el segundo criterio Teckal (que la persona realice la parte esencial de la actividad con la corporación o las corporaciones públicas que la controlan) permite una cierta actividad destinada a terceros. Hay que considerar, por una parte, una descarga (temporal) de capacidad, pero por otra parte también, por ejemplo, como revela la sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), citada en la nota 26, una aceptación sistemática de tareas (legalmente regulada) para otras corporaciones públicas (en el caso mencionado, para todas las Comunidades Autónomas españolas), de las cuales sólo cuatro poseen pequeñas participaciones en el capital.

73 — Jennert, citado en la nota 41, p. 626.

participación, con implicación de capital privado⁷⁴ o con una vocación de expansión en el mercado, lo cual acarrea la pérdida de privilegios.⁷⁵ Y, por último, disponen de las otras alternativas clásicas de la adjudicación externa y la privatización, en las que, en cualquier caso, no existe privilegio alguno a efectos de la normativa sobre contratación pública.

especialmente relacionadas con el tráfico y con el medio ambiente, que no se limitan al ámbito municipal.⁷⁹ En este sentido, la cooperación intermunicipal sin participación de capital privado constituye, debido a sus efectos sinérgicos, una vía profusamente utilizada en muchos Estados miembros para el eficaz y eficiente cumplimiento de las funciones públicas.⁸⁰

87. No siempre resulta fácil afrontar la multiplicidad de funciones tradicionales⁷⁶ y modernas⁷⁷ de los municipios (y de las entidades territoriales en general), sobre todo en tiempos de escasez presupuestaria y, muy especialmente para los municipios más pequeños.⁷⁸ Además, hay muchas tareas,

B. El segundo criterio Teckal

88. En el presente asunto no es necesario entrar a analizar el segundo criterio Teckal, pues, según la exposición del órgano jurisdiccional remitente, no existe ninguna duda al respecto.⁸¹

74 — Por lo tanto, en su caso también con el aprovechamiento de *know-how* externo.

75 — Jennert, citado en la nota 41, p. 626.

76 — Entre las funciones más o menos tradicionales de los municipios y entidades territoriales cabe mencionar, entre otras, el aseguramiento de los suministros básicos, como la energía y el agua; la organización o gestión del tráfico, de la recogida de residuos y de las instituciones educativas y culturales y los hospitales. Para más ejemplos véase, sobre todo, Frenz, citado en la nota 68, y Papier: *Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht*, *Deutsche Verwaltungsblätter* (DVBl) 2003, pp. 686 y ss.

77 — Definir de forma «estática» las tareas públicas de interés general sería olvidar que lo que los ciudadanos esperan de sus municipios varía a lo largo del tiempo. Por otro lado, el concepto de «funciones de interés general» que utiliza el Derecho comunitario en materia de contratos públicos no se puede equiparar únicamente a los «servicios de interés general». Por ejemplo, el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 10 de mayo de 2001, Agorà y Excelsior (C-223/99 y C-260/99, Rec. p. I-3605), apartados 33 y ss., declaró que la organización de ferias y exposiciones es una actividad de interés general, pues en ellas no sólo se satisfacen intereses de los expositores y comerciantes, sino que se da también un impulso a los intercambios, gracias a la información que reciben los consumidores [en el contexto de la interpretación del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, citada en la nota 15; en ese caso se trataba de la calificación como «organismo de Derecho público», que en el asunto Agorà y Excelsior no existía, ya que se consideró que la necesidad satisfecha no era de «carácter industrial o mercantil»].

78 — A este respecto, véase también Kotschy, citado en la nota 37, p. 853.

79 — A muchas entidades territoriales se les plantean amplias tareas de trascendencia suprarregional; por ejemplo, relativas al transporte público metropolitano, el desarrollo agrario y la protección del medio ambiente, para cuya realización es una alternativa obvia la cooperación entre tales entidades. Un ejemplo de tal cooperación se encuentra en la sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), citada en la nota 26.

80 — Además de las opiniones de los Gobiernos intervinientes, véanse también, a este respecto, Söbbeke, citado en la nota 64, p. 999; Flömer/Tomerius: *Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?*, NZBau 2004, pp. 660 y ss., especialmente p. 661.

81 — Es evidente que el órgano jurisdiccional nacional a quien le incumbe la resolución del caso puede extraer todos los elementos necesarios de la sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, citada en la nota 11, apartado 70: «Cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto.»

V. Conclusión

89. Por las razones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las tres cuestiones prejudiciales de la forma siguiente:

«Los artículos 12 CE, 43 CE Y 49 CE, así como los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia, no se oponen a la adhesión de un municipio a una cooperativa a la que se transfiere la gestión de la red municipal de teledistribución sin convocar una licitación, siempre que dicho municipio ejerza sobre la cooperativa un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que la cooperativa realice en lo sustancial sus actividades sólo en relación con sus socios. La circunstancia de que esa cooperativa esté constituida exclusivamente por municipios y asociaciones de municipios (o corporaciones públicas), sin participación alguna de capital privado, se ha de considerar un indicio de que, en principio, se cumple el requisito de control análogo al ejercido sobre los propios servicios. En circunstancias como las presentes, el control ejercido sobre los órganos estatutarios de la cooperativa, compuestos por representantes de los municipios y de las asociaciones de municipios, mediante la adopción de decisiones por mayoría debe considerarse como un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios.»