



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima)

de 14 de noviembre de 2013 \*

«Procedimiento prejudicial — Artículo 49 TFUE — Libertad de establecimiento — Artículo 56 TFUE — Libre prestación de servicios — Principios de igualdad de trato y de no discriminación — Obligación de transparencia — Ámbito de aplicación — Convenio celebrado entre organismos públicos de un Estado miembro y una empresa de ese Estado miembro — Cesión, por tales organismos, de su actividad de prestación de servicios de televisión y, por una duración determinada, del derecho exclusivo a utilizar sus redes de cable a una empresa de ese Estado miembro — Posibilidad de que un operador económico del mismo Estado miembro invoque los artículos 49 TFUE y 56 TFUE ante los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro — Inexistencia de licitación — Justificación — Existencia de un convenio anterior — Transacción destinada a poner fin a un litigio relativo a la interpretación de ese convenio — Riesgo de depreciación de la actividad cedida»

En el asunto C-221/12,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Raad van State van België (Bélgica), mediante resolución de 2 de mayo de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 11 de mayo de 2012, en el procedimiento entre

**Belgacom NV**

e

**Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN),**

**Inter-Media,**

**West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM),**

**Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),**

en el que participan:

**Telenet NV,**

**Telenet Vlaanderen NV,**

**Telenet Group Holding NV,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima),

integrado por el Sr. A. Rosas, en funciones de Presidente de la Sala Décima, y los Sres. D. Šváby (Ponente) y C. Vajda, Jueces;

\* Lengua de procedimiento: neerlandés.

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Belgacom NV, por la Sra. B. Schutyser, advocaat;
- en nombre de Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) y Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE), por los Sres. D. D'Hooghe y P. Wytinck, advocaten;
- en nombre de Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV y Telenet Group Holding NV, por el Sr. T. De Meese, advocaat;
- en nombre del Gobierno belga, por el Sr. J.-C. Halleux y la Sra. C. Pochet, en calidad de agentes, asistidos por M<sup>e</sup> S. Depré, avocat;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. C. Colelli, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. T. van Rijn, I. Rogalski y A. Tokár, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.
- 2 Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre Belgacom NV (en lo sucesivo, «Belgacom») y cuatro asociaciones intermunicipales, Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) y Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (en lo sucesivo, «Intermunicipales»), en relación con diversas decisiones mediante las cuales éstas aprobaron la celebración, sin acudir al mercado, de convenios que establecen la transmisión a Telenet NV (en lo sucesivo, «Telenet») de su actividad de prestación de servicios de televisión y de contratos de abono a la televisión suscritos por sus clientes y, por una duración determinada, los derechos accesorios sobre sus redes de cable y la concesión de un derecho de enfiteusis sobre tales redes.

## Marco jurídico

- 3 El artículo 1 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, y corrección de errores DO 2004, L 351, p. 44), contiene las definiciones siguientes:

«[...]

2. a) Son “contratos públicos” los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

[...]

- d) Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

[...]

4. La “concesión de servicios” es un 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.

[...]»

- 4 De conformidad con el artículo 17 de la Directiva 2004/18, ésta no es aplicable a las concesiones de servicios.

## Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 5 Las Intermunicipales, cuyos socios son únicamente de Derecho público, prestaban inicialmente servicios de teledistribución mediante sus propias redes de cable.
- 6 En 1996 adquirieron, a través de una sociedad cooperativa de Derecho común, Interkabel, una participación del 1,51 % en el capital de Telenet, con ocasión de la constitución de esta última, mediante la aportación a la misma de derechos de uso parcial de sus redes de cable por un período de 50 años. Tales derechos de uso consistían en un derecho exclusivo de uso de dichas redes para la prestación de los servicios denominados «de telecomunicación punto a punto» y en un derecho no exclusivo en relación con la prestación de servicios denominados «multimedia», conservando las Intermunicipales el derecho exclusivo a utilizar sus redes para la prestación de servicios de radiodifusión.
- 7 El documento de aportación atribuía igualmente a Telenet un derecho de tanteo en el caso de que se cedieran los derechos de propiedad sobre las redes de cable de las Intermunicipales y un derecho preferente en caso de concesión a un tercero de derechos de uso de éstas para la prestación de «servicios multimedia».
- 8 Posteriormente, las Intermunicipales constituyeron la agrupación de interés económico IN-DI con el fin de ofrecer, en particular, servicios de televisión digital interactiva a través de sus redes de cable.

- 9 Telenet interpuso una acción en cuanto al fondo y una acción de medidas cautelares con el fin de que se prohibiera el ejercicio de dicha actividad, por considerar que está comprendida en el ámbito de los «servicios de telecomunicación punto a punto» en el sentido del documento de aportación de 1996. Pronunciándose mediante resolución cautelar, el juez competente en materia de medidas cautelares acogió la acción entablada ante él. Se promovió un recurso de apelación contra su auto.
- 10 Simultáneamente se iniciaron negociaciones entre todas las partes interesadas con el fin de alcanzar un acuerdo transaccional. Tales negociaciones dieron lugar a la celebración de un acuerdo de principio, que los órganos competentes de las Intermunicipales aprobaron mediante decisiones adoptadas durante el mes de diciembre de 2007.
- 11 Dicho acuerdo preveía, en particular, la asignación a Telenet de un derecho de enfiteusis sobre las redes de las Intermunicipales por un plazo de 38 años, correspondiente a la duración residual de los derechos de uso de éstas que le habían sido inicialmente concedidos en virtud del documento de aportación de 1996, mediante el pago de diversas contraprestaciones respecto, en particular, a los costes y las amortizaciones, al capital invertido y a los gastos de gestión, de mantenimiento, de ampliación y de actualización de tales redes. De esta manera, según el referido acuerdo, dicha empresa ostentaba el derecho exclusivo a utilizar aquéllas para la prestación de servicios de telefonía, de acceso a Internet y de televisión analógica, digital e interactiva. De este modo, podría desde entonces proponer en el territorio cubierto por dichas redes una oferta correspondiente a los criterios comerciales actuales, conocida como «triple play», sobre la prestación combinada de dichos servicios. El aludido acuerdo estipulaba además, en particular, la transferencia a Telenet de la actividad de prestación de servicios de televisión de las Intermunicipales y de contratos de abono a tales servicios. El total de las contraprestaciones previstas se estimaba en 350 millones de euros.
- 12 Dicho acuerdo de principio dio lugar a la celebración de un acuerdo final (en lo sucesivo, «acuerdo controvertido»). El valor total de las contraprestaciones adeudadas por Telenet ascendió a 425 millones de euros, es decir, 5 millones de euros más que el importe de una oferta calificada de «no vinculante» formulada a iniciativa de Belgacom para la adquisición de las actividades de distribución de señales de televisión analógica y digital de las Intermunicipales y de los contratos de abono a tales servicios así como de los derechos no exclusivos de utilización de las redes de cable de las Intermunicipales para la prestación de servicios de teledistribución. Se concluyó dicho último acuerdo al término de una nueva serie de decisiones adoptadas por las Intermunicipales en junio de 2008.
- 13 Estas últimas decisiones, al igual que las mencionadas en el apartado 10 de la presente sentencia, fueron objeto de un recurso por parte de Belgacom ante el Raad van State van België (Consejo de Estado de Bélgica).
- 14 Dicha sociedad había previamente interpelado a las Intermunicipales sobre la celebración del acuerdo de principio, manifestando su interés en adquirir determinados derechos cuya transmisión estipulaba tal acuerdo. En respuesta las Intermunicipales habían señalado que Belgacom no podía ser considerada un interlocutor potencial debido a las restricciones contenidas en el documento de aportación de 1996 y al hecho de que la transmisión a su favor de los derechos referidos equivaldría a garantizarle una situación de monopolio, dado que Belgacom ya ofrecía servicios de televisión completos mediante su propia red en el territorio cubierto por las redes de cable de las Intermunicipales. La referida sociedad replicó al respecto que las redes mencionadas en último lugar podían ser objeto de una utilización compartida que permitiría el mantenimiento de una competencia efectiva. Posteriormente, pero antes de celebrarse el acuerdo controvertido, Belgacom formuló la oferta aludida en el apartado 12 de la presente sentencia.
- 15 En el procedimiento principal Belgacom basa sus recursos, en particular, en los artículos 43 CE y 49 CE, a los que corresponden actualmente los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, respectivamente. Sostiene que se imponen los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como el

principio de proporcionalidad, cualquiera que sea la calificación que deba darse al acuerdo controvertido, y que no existe ninguna razón imperiosa de interés general que pueda justificar el hecho de que no haya habido convocatoria de licitación antes de la celebración del acuerdo controvertido.

- 16 Las Intermunicipales alegan, en cambio, que la aplicación del principio de igualdad no excluye que un contrato como el referido en el asunto principal pueda celebrarse sin anuncio de licitación previo si la autoridad pública que toma la correspondiente iniciativa tiene razones concretas para hacerlo que, sin estar necesariamente relacionadas con el interés general, sean de hecho reales y procedentes en Derecho, lo que, a su juicio, se corresponde con el concepto de «circunstancias objetivas» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sostienen que es así en el presente asunto habida cuenta, por una parte, de los derechos preferentes y de tanteo que ostenta Telenet en virtud del documento de aportación de 1996, que, según alegan, deben considerarse constitutivos de un derecho exclusivo que hace irrealizable la apertura a la competencia efectiva y, por otra, del litigio existente entre las Intermunicipales y Telenet en cuanto al alcance de dicho documento de aportación, teniendo en cuenta la duración previsible de los procedimientos y el riesgo de graves sanciones a las que se expondrían las Intermunicipales si, mediante una resolución definitiva, se declarara que han pasado por alto ese documento.
- 17 El órgano jurisdiccional remitente señala que todas las partes del procedimiento principal reconocen que el acuerdo controvertido no está comprendido en el ámbito de aplicación de ninguna de las directivas en materia de contratos públicos. Según dicho tribunal, cualquiera que sea la calificación del acuerdo controvertido, las decisiones de las Intermunicipales en las que se inspira se inscriben en el marco de una intervención pública destinada a regular el ejercicio de una actividad económica y el principio de igualdad y la obligación de transparencia limitan la facultad discrecional que ostenta la autoridad sobre el particular. Considera, por lo demás, que, teniendo en cuenta la importancia de la operación de que se trata, es probable que, en caso de acudir al mercado, algunas empresas establecidas en el extranjero habrían manifestado su interés.
- 18 El referido órgano jurisdiccional declara que la celebración del acuerdo controvertido se debió a la voluntad de poner fin al litigio surgido entre las Intermunicipales y Telenet en cuanto al alcance del documento de aportación de 1996 y que tal litigio se derivó exclusivamente de una evolución tecnológica que las partes contratantes no podían prever en el momento en que aquél se otorgó. Concretamente, el reparto de los derechos de uso de las redes de cable de las Intermunicipales, tal como se estipuló en el aludido documento, no permitía que ninguna de las partes ofreciera servicios de televisión completos, dependiendo los servicios de televisión interactiva de los derechos exclusivos de Telenet mientras que las Intermunicipales únicamente tenían el derecho a explotar los servicios de teledistribución.
- 19 No obstante, dicho órgano jurisdiccional declara igualmente que el acuerdo controvertido va más allá de lo necesario para poner fin al referido litigio, modificando radicalmente el reparto de los derechos de uso de las redes de cable de las Intermunicipales previsto en el documento de aportación de 1996, mediante la concesión a Telenet de derechos que inicialmente no le habían sido atribuidos y que no eran objeto de litigio. Gracias a este acuerdo, mediante el pago de una contraprestación de 425 millones de euros, Telenet ostenta desde entonces un derecho al uso exclusivo global de dichas redes, lo cual le permite proponer en el territorio abarcado por tales redes, que representa alrededor de un tercio de su zona de actividad, servicios completos de televisión y, por lo tanto, una oferta «triple play» correspondiente a los criterios comerciales actuales, de la misma manera que ya lo venía haciendo en los otros dos tercios de su zona de actividad.
- 20 El órgano jurisdiccional remitente estima además que la existencia del documento de aportación de 1996 no puede, por sí sola, considerarse una justificación para la celebración del acuerdo controvertido. Entiende que, por una parte, podría haberse instalado un sistema de utilización

compartida de la red de cable. Por otra, los derechos preferentes y de tanteo que ostenta Telenet en virtud del referido documento no son de suficiente entidad para impedir que varios candidatos reciban igual trato y, por lo tanto, que sus ofertas se sujeten a un examen comparativo real.

- 21 Dicho tribunal se plantea, no obstante, un interrogante acerca de si el contexto general, caracterizado, además de por el documento de aportación de 1996, por la desavenencia surgida posteriormente en cuanto al alcance de ese documento a causa de las evoluciones tecnológicas y por la resolución judicial adoptada en relación con la referida desavenencia, podría constituir un motivo justificativo de que no se acudiera al mercado. Señala que, en efecto, por una parte, la transmisión a un tercero de derechos que fueron cedidos a Telenet en virtud de dicho documento habría indefectiblemente suscitado nuevos litigios e incrementado la inseguridad jurídica. Puntualiza que, por otra parte, la falta de solución de la desavenencia con Telenet tuvo como consecuencia que las Intermunicipales no pudieran prestar servicios de televisión completos durante un largo período, lo cual, según precisa, no sólo irrogó un perjuicio económico importante, ya que, por su parte, Belgacom podía ocupar el mercado, sino que igualmente pudo afectar a los consumidores.
- 22 En tal contexto el aludido órgano jurisdiccional prevé la posibilidad de que el acuerdo controvertido, que materializa la transacción y pone fin a la desavenencia surgida entre Telenet y las Intermunicipales, pueda considerarse un complemento legítimo del documento de aportación de 1996, y no un convenio autónomo que sólo pueda celebrarse en la observancia de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.
- 23 Por último, el órgano jurisdiccional remitente señala que, en la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartado 19, el Tribunal de Justicia se refirió a la posibilidad de justificar una diferencia de trato constitutiva de discriminación indirecta por la nacionalidad, resultante de la adjudicación directa de una concesión de servicios, por «circunstancias objetivas». No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se plantea un interrogante sobre el alcance de dicho concepto en relación con el alcance del concepto de «razones imperiosas de interés general».
- 24 En estas circunstancias, el Raad van State van België acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:
- «1) ¿Deben interpretarse los artículos 49 TFUE o 56 TFUE en el sentido de que una empresa establecida en Bélgica puede invocar ante el juez belga las normas fundamentales del Derecho de la Unión, en particular la obligación de transparencia que se deriva de los citados artículos, en relación con un convenio que no está comprendido en el ámbito de aplicación de ninguna de las directivas sobre contratación pública, en virtud del cual una autoridad belga cede derechos a otra empresa belga sin acudir al mercado para recabar ofertas?
- 2) El intento por evitar el incumplimiento de un marco contractual existente muy detallado, no discutido en sí mismo, entre una persona jurídica de Derecho público y una empresa de Derecho privado, no controlada por [aquella] persona jurídica de Derecho público, o la celebración de una operación o de un acuerdo transaccional cuyo objetivo sea poner fin a un litigio existente sobre la interpretación del citado marco contractual, de forma tal que dicha transacción se base en los derechos de las partes conforme a una resolución provisional de un juez de medidas cautelares, siendo así que, a falta de tal transacción, la actividad de que se trate de [la referida persona jurídica] puede sufrir un [perjuicio] importante y una pérdida patrimonial y, entre tanto, los consumidores carecen de tales servicios, ¿pueden tener la consideración de razones imperiosas de interés general o al menos de circunstancia objetiva que pueda justificar el hecho de que las personas de Derecho público no acudan al mercado y adjudiquen directamente el contrato, con carácter excepcional y apartándose del principio de igualdad de trato y de prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, consagrados en los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, y de la obligación de transparencia que de ello se deriva?

- 3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, ¿deben limitarse la operación o el acuerdo transaccional citados, para no restringir las libertades fundamentales mencionadas, garantizadas por el Derecho de la Unión, más de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, a lo estrictamente necesario para poner fin al litigio en curso, o bien pueden las partes pactar un acuerdo transaccional de mayor alcance para tener en cuenta las futuras controversias que tengan una relación razonable y lógica con el litigio, que garantice los intereses de los consumidores y al mismo tiempo asegure una maximización del valor de las actividades de que se trata que son objeto de cesión?»

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

#### *Sobre la primera cuestión prejudicial*

- 25 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que un operador económico de un Estado miembro puede invocar ante los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro el incumplimiento de la obligación de transparencia que se deriva de dichos artículos con ocasión de la celebración de un convenio en méritos del cual uno o varios organismos públicos de dicho Estado miembro ceden a título oneroso a un operador económico del mismo Estado miembro, en particular, el derecho exclusivo a explotar redes de cable de teledistribución y su actividad de prestación de servicios de televisión, así como los contratos de abono relacionados con tal actividad.
- 26 Debe señalarse que, independientemente de las modalidades prácticas y de las calificaciones determinadas por las partes, según parece, un convenio como el acuerdo controvertido, en la medida en que transfiere a Telenet la actividad de prestación de servicios de televisión de las Intermunicipales y, en particular, para ejercer tal actividad, le confiere el derecho exclusivo a explotar las redes de cable de ésta, debe considerarse una concesión de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18.
- 27 En efecto, por una parte, en cuanto obliga al cesionario a desarrollar la actividad cedida, tal convenio constituye un contrato público sobre la prestación de servicios a que se refiere el anexo II de la Directiva 2004/18, a excepción del modo de remuneración, ya que la contraprestación por el servicio de televisión consiste en el derecho a explotar la actividad de que se trata, de acuerdo con la definición que figura en dicho artículo 1, apartado 4. Por otra parte, el requisito de que el riesgo vinculado a la explotación de dicha actividad debe ser transferido al concesionario (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 11 de junio de 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, Rec. p. I-4779, apartado 72, y de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, Rec. p. I-1335, apartado 26 y jurisprudencia citada) también se cumple en virtud de dicho convenio.
- 28 Ahora bien, a pesar de la exclusión de las concesiones de servicios del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 en virtud del artículo 17 de ésta, las autoridades públicas que adjudican una concesión de esas características están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado FUE, los principios de no discriminación por razón de nacionalidad y de igualdad de trato y a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva, toda vez que tal concesión tiene un interés transfronterizo cierto (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 17 de julio de 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, Rec. p. I-5641, apartados 58 y 59 y jurisprudencia citada).

- 29 Por lo que respecta a la existencia de un interés transfronterizo cierto, éste puede resultar, en particular, de la trascendencia económica del convenio cuya celebración se proyecta, del lugar de su ejecución (véase, en este sentido, la sentencia ASM Brescia, antes citada, apartado 62 y jurisprudencia citada) o incluso de características técnicas (véase, por analogía, la sentencia de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso, C-147/06 y C-148/06, Rec. p. I-3565, apartado 24).
- 30 Corresponde al tribunal remitente llevar a cabo una valoración detallada de todos los elementos pertinentes al respecto (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, Rec. p. I-12169, apartado 25 y jurisprudencia citada), lo cual, según parece, ya ha realizado en el caso de autos, ya que declaró que, habida cuenta de la importancia del convenio controvertido en el asunto principal, es probable que algunas empresas establecidas en otros Estados miembros hubieran manifestado su interés en caso de acudir al mercado.
- 31 Debe asimismo puntualizarse que existe un interés transfronterizo cierto sin que sea preciso que un operador económico manifieste efectivamente su interés. Es especialmente así cuando, como en relación con el asunto principal, el litigio versa sobre la falta de transparencia que ha envuelto el convenio de que se trate. En efecto, en tal caso, los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros no tienen la posibilidad real de manifestar su interés en obtener esa concesión (véanse, en este sentido, las sentencias Coname, antes citada, apartado 18, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 55).
- 32 Además, una vez demostrada la existencia de un interés transfronterizo cierto en relación con la adjudicación de una concesión de servicios determinada, la obligación de transparencia que se impone a la autoridad concedente beneficia a todo licitador potencial (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de abril de 2010, Wall, C-91/08, Rec. p. I-2815, apartado 36), aunque se halle establecido en el mismo Estado miembro que esa autoridad.
- 33 A los efectos que procedan, debe precisarse que el Derecho de la Unión impondría las mismas exigencias a la autoridad cedente si el convenio controvertido en el asunto principal no obligara al cesionario a desarrollar la actividad cedida, de forma que tal convenio supusiera entonces una autorización para ejercer una actividad económica. En efecto, tal autorización no se distingue de una concesión de servicios en lo que atañe a la obligación de observar las normas fundamentales del Tratado y los principios que de ellas se derivan en la medida en que algunos operadores económicos establecidos en otros Estados miembros pueden estar potencialmente interesados en el ejercicio de dicha actividad (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 3 junio de 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Rec. p. I-4695, apartados 46 y 47, y de 9 de septiembre de 2010, Engelmann, C-64/08, Rec. p. I-8219, apartados 51 a 53).
- 34 Teniendo en cuenta todas las consideraciones que preceden, debe responderse a la primera cuestión planteada que procede interpretar los artículos 49 TFUE y 56 TFUE en el sentido de que un operador económico de un Estado miembro puede alegar ante los tribunales de ese Estado miembro el incumplimiento de la obligación de transparencia que se deriva de tales artículos, que se hubiera cometido con ocasión de la celebración de un convenio en virtud del cual uno o varios organismos públicos de ese Estado miembro hubieran adjudicado a un operador económico del mismo Estado miembro una concesión de servicios que tiene un interés transfronterizo cierto, o concedido a un operador económico el derecho exclusivo a desarrollar una actividad económica que presenta tal interés.

*Sobre la segunda cuestión prejudicial*

- 35 Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que circunstancias como las controvertidas en el asunto principal pueden considerarse razones imperiosas de interés



general o circunstancias objetivas que puedan justificar la adjudicación directa por organismos públicos, a un operador económico, de una concesión de servicios sobre una actividad de prestación de servicios de televisión desarrollada por tales organismos mediante redes de cable que les pertenecen, como excepción a los principios de igualdad de trato y de no discriminación consagrados en dichos artículos.

- 36 Las circunstancias así referidas son la voluntad de respetar determinados derechos que, mediante un convenio preexistente, los organismos interesados hayan otorgado a ese operador en cuanto a la utilización de dichas redes de cable, así como la voluntad de alcanzar un acuerdo transaccional al objeto de poner fin a un litigio relativo al alcance de tales derechos teniendo en cuenta una resolución judicial cautelar, evitando la depreciación de dicha actividad de prestación de servicios de televisión desarrollada por tales organismos mediante dichas redes y permitiendo que se formule una oferta comercial completa a los abonados a tales servicios.
- 37 Debe recordarse que, en la medida en que una concesión de servicios presente un interés transfronterizo cierto, su adjudicación, sin transparencia alguna, a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas situadas en otro Estado miembro que puedan estar interesadas en esa concesión. Al excluir a todas esas empresas, dicha diferencia de trato opera principalmente en detrimento de éstas y, por lo tanto, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (véase, en este sentido, la sentencia ASM Brescia, antes citada, apartados 59 y 60, y jurisprudencia citada).
- 38 Como excepción, tal medida puede admitirse en virtud de una de las razones que recoge el artículo 52 TFUE, o, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede considerarse justificada por razones imperiosas de interés general (véanse, por analogía, las sentencias Engelmann, antes citada, apartados 51 y 57 y jurisprudencia citada, y de 10 de mayo de 2012, Duomo Gpa y otros, C-357/10 a C-359/10, apartado 39 y jurisprudencia citada). Sobre este último punto, del apartado 51 en relación con el apartado 57 de la sentencia Engelmann, antes citada, se desprende que no procede distinguir entre las circunstancias objetivas y las razones imperiosas de interés general. En efecto, tales circunstancias deben constituir, en último término, una razón imperiosa de interés general.
- 39 Pues bien, los motivos mencionados en la presente cuestión prejudicial, tanto si se consideran aisladamente como si se consideran conjuntamente, no pueden reputarse razones imperiosas de interés general.
- 40 Procede admitir ciertamente que el principio de seguridad jurídica, que es un principio general del Derecho de la Unión, puede justificar que se respeten los efectos jurídicos de un convenio incluso, en la medida en que lo exija este principio, en el caso de un convenio celebrado antes de que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre las implicaciones del Derecho primario con respecto a los convenios de ese tipo y que, *a posteriori*, resulte contrario a algunas de tales implicaciones (véase, en este sentido, la sentencia ASM Brescia, antes citada, apartados 69 y 70). No obstante, no puede invocarse dicho principio para dar a un convenio una extensión contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación ni a la obligación de transparencia que de ellos se deriva. Es indiferente, al respecto, que tal extensión pueda constituir una solución razonable adecuada para poner fin a un litigio surgido entre las partes interesadas, por razones totalmente independientes de su voluntad, en cuanto al alcance del convenio que las une.
- 41 Por otra parte, en relación con el riesgo de depreciación de una actividad de carácter económico desarrollada por un organismo público en razón de un marco contractual preexistente que resulta inadecuado habida cuenta de la evolución del contexto técnico comercial, según reiterada jurisprudencia, los motivos de carácter económico no pueden admitirse como razones imperiosas de

interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véase la sentencia de 16 de febrero de 2012, *Costa y Cifone*, C-72/10 y C-77/10, apartado 59 y jurisprudencia citada).

- 42 Al respecto, debe señalarse que la circunstancia de que la celebración del acuerdo controvertido coincida con el interés de los consumidores, que, en su defecto, no podrían disfrutar de la televisión interactiva, ni siquiera de una oferta combinada de servicios comercialmente atractiva, no se distingue realmente del motivo relativo a la depreciación de dicha actividad, sino que, por el contrario, se halla íntimamente relacionada con éste. En efecto, esta circunstancia no se refiere a todos los consumidores presentes en el territorio cubierto por las redes de cable de las Intermunicipales, sino únicamente a los que están abonados a los servicios de televisión que aquéllas prestaban como parte de la actividad cuya cesión a Telenet es objeto del asunto principal, y la imposibilidad de que las Intermunicipales propongan a dichos abonados algunos servicios a causa del reparto de los derechos de utilización de sus redes de cable que regula el documento de aportación de 1996 explica la pérdida de atractivo de la oferta comercial que pueden formular en el mercado y, por lo tanto, la depreciación de dicha actividad.
- 43 Por último, debe precisarse que las consideraciones que, examinadas aisladamente, no constituyen razones imperiosas de interés general que justifiquen la inaplicación de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como de la obligación de transparencia, no pueden adquirir tal cualidad por el mero hecho de su combinación.
- 44 Teniendo en cuenta todas las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión planteada que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que:
- la voluntad de no vulnerar determinados derechos que, mediante un convenio preexistente, organismos públicos hayan concedido a un operador económico en cuanto a la utilización de redes de cable que les pertenecen no puede justificar que se dé a tal convenio una extensión contraria al Derecho de la Unión en forma de adjudicación directa de una concesión de servicios o de un derecho exclusivo a ejercer una actividad que tiene un interés transfronterizo cierto, aunque fuera con miras a poner fin a un litigio surgido entre las partes interesadas, por razones totalmente independientes de su voluntad, en cuanto al alcance de ese convenio;
  - motivos de carácter económico, como la voluntad de evitar la depreciación de una actividad económica, no son razones imperiosas de interés general que puedan justificar la adjudicación directa de una concesión de servicios sobre esa actividad o de un derecho exclusivo a desarrollar tal actividad y que tiene un interés transfronterizo cierto, como excepción a los principios de igualdad de trato y de no discriminación consagrados en dichos artículos.

#### *Sobre la tercera cuestión prejudicial*

- 45 Habida cuenta de la respuesta dada a la segunda cuestión prejudicial, no procede responder a la tercera cuestión planteada.

#### **Costas**

- 46 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Décima chambre) declara:

- 1) **Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que un operador económico de un Estado miembro puede alegar ante los tribunales de ese Estado miembro el incumplimiento de la obligación de transparencia que se deriva de dichos artículos que se hubiera cometido con ocasión de la celebración de un convenio en virtud del cual uno o varios organismos públicos de ese Estado miembro hubieran adjudicado a un operador económico del mismo Estado miembro una concesión de servicios que tiene un interés transfronterizo cierto, o concedido a un operador económico el derecho exclusivo a desarrollar una actividad económica que presenta tal interés.**
- 2) **Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que:**
  - **la voluntad de no vulnerar determinados derechos que, mediante un convenio preexistente, organismos públicos hayan concedido a un operador económico en cuanto a la utilización de redes de cable que les pertenecen no puede justificar que se dé a tal convenio una extensión contraria al Derecho de la Unión en forma de adjudicación directa de una concesión de servicios o de un derecho exclusivo a ejercer una actividad que tiene un interés transfronterizo cierto, aunque fuera con miras a poner fin a un litigio surgido entre las partes interesadas, por razones totalmente independientes de su voluntad, en cuanto al alcance de ese convenio;**
  - **motivos de carácter económico, como la voluntad de evitar la depreciación de una actividad económica, no son razones imperiosas de interés general que puedan justificar la adjudicación directa de una concesión de servicios sobre esa actividad o de un derecho exclusivo a desarrollar tal actividad y que tiene un interés transfronterizo cierto, como excepción a los principios de igualdad de trato y de no discriminación consagrados en dichos artículos.**

Firmas