

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TJCE DE 13 DE OCTUBRE DE 2005, ASUNTO C-458/03, PARKING BRIXEN GmbH

Diana Santiago Iglesias\*

Universidade de Santiago de Compostela

### Resumen

El Municipio de Brixen adjudicó sin un procedimiento previo de licitación la gestión de un aparcamiento público de pago a una sociedad de economía mixta, nacida como consecuencia de la transformación de una "azienda speciale". Las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia tienen por objeto determinar en primer lugar, a efectos de la aplicación de la Directiva 92/50 reguladora del contrato público de servicios, si dicha adjudicación constituyó una concesión de servicios públicos o un contrato público de servicios y en segundo lugar si la falta de licitación previa, en caso de que se trate de una concesión de servicios públicos, es compatible con el Derecho comunitario.

**Palabras clave:** Contrato público de servicios y concesión de servicios públicos: ámbito de aplicación. Adjudicación, sin licitación previa, de la gestión de un aparcamiento público de pago por un Ente Público a un prestador de servicios con forma de sociedad de economía mixta. Análisis de la situación bajo la perspectiva de la libre competencia y la igualdad de trato.

### Abstract

The municipal council of Brixen gave, without a competitive process, the management of a public parking area to a company that comes out of the conversion of a public authority "azienda speciale". The questions raised for a preliminary ruling were on one hand, if the award of the management of the public parking area involved a public service contract within the meaning of Directive 92/50, or a public service concession and, on the other hand if the procedure, in case it was a public service concession, would be compatible with Community law.

**Keywords:** Public service contract and public service concession. Management of a public parking area by a public Authority without competitive procedure. Restrictions on freedom to provide services within the Community and the principles of equal treatment and non-discrimination.

---

*Recibido: 24/11/06. Aceptado: 10/01/07*

\* Área de Derecho Administrativo

## I. Antecedentes de la Sentencia

El objeto de esta Sentencia es una petición de decisión prejudicial planteada por la Sección autónoma para la Provincia de Bolzano del Tribunal Administrativo Regional del Trentino-Alto Adigio a causa del litigio entre, por un lado, la sociedad Parking Brixen GmbH y por otro el Municipio de Brixen, provincia de Bolzano, y la sociedad Stadtwerke Brixen AG.

Según la versión original de la Ley italiana núm. 142 de 1990, de 8 de julio, del ordenamiento de las autonomías locales, entre las formas de gestión de servicios públicos locales que podían utilizar los municipios se encontraban las llamadas “*aziende especiales*”<sup>1</sup>. La Stadtwerke Brixen era una “*azienda especial*” encargada de la gestión de determinados servicios públicos locales, hasta que, mediante acuerdo núm. 97 de 2001, de 25 de octubre, el Municipio de Brixen la transformó en una sociedad anónima llamada Stadtwerke Brixen AG, en virtud del artículo 115 del Decreto legislativo núm. 267 de 2000, de 18 de agosto, por el que se aprueba el Texto Único de la legislación en materia de ordenamiento de las autonomías locales. Según este artículo, era posible que los municipios transformasen sus “*aziende especiales*” en sociedades anónimas, permaneciendo como accionistas únicos de las mismas durante un periodo no superior a los dos años a partir de la fecha de la transformación. En los Estatutos de esta sociedad se establecía que la nueva sociedad se subrogaría en todos los derechos y obligaciones preexistentes de la antigua “*azienda especial*”.

Es la gestión de un aparcamiento municipal el hecho a raíz del cual se suscita el litigio. El Municipio de Brixen encomienda la gestión de este aparcamiento a la citada sociedad Stadtwerke Brixen AG mediante acuerdo núm. 107 de 2002, de 28 de noviembre. Según dicho acuerdo, la sociedad cobraría las tasas del aparcamiento como contrapartida de la gestión, pagando al Municipio de Brixen una compensación anual vinculada al precio de los tickets de aparcamiento.

El objeto del recurso presentado por la sociedad Parking Brixen es la atribución de la gestión de ese aparcamiento a la sociedad Stadtwerke Brixen AG. sin el correspondiente procedimiento previo de licitación. Así, la Sección

---

<sup>1</sup> Las *aziende especiales* italianas eran una figura similar a nuestras actuales entidades públicas empresariales.

autónoma para la Provincia de Bolzano del Tribunal Administrativo Regional del Trentino-Alto Adigio planteó ante el Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- Si la adjudicación de la gestión del aparcamiento público constituye un contrato público de servicios o bien una concesión de servicio público a la que deben aplicarse las normas comunitarias de la competencia.
- Puesto que, de tratarse de una concesión de servicio público la adjudicación de la gestión de aparcamientos públicos de pago podría efectuarse sin licitación pública previa de conformidad con la legislación italiana, se plantea la cuestión de si tal adjudicación sería compatible con el Derecho comunitario, en particular con los principios de libre prestación de servicios, libre competencia y prohibición de discriminación y las consecuentes obligaciones de igualdad de trato y de transparencia, así como de proporcionalidad.

## **II. Debate procesal ante el TJCE**

En este apartado se expondrán las posiciones de la Abogado general y del Tribunal de Justicia ante las cuestiones prejudiciales planteadas.

### **1. Delimitación entre contratos públicos de servicios y concesiones de servicio público**

Esta cuestión era clave para determinar si resultaba de aplicación a este supuesto la Directiva 92/50 CEE. En el caso de que se tratase de un contrato público de servicios sí resultaría de aplicación la citada directiva, mientras que en caso de que se tratase de una concesión de servicio público la respuesta sería negativa.

Según la Directiva 92/50 CEE, el contrato público de servicios implica una relación bilateral, caracterizada por la existencia de una contraprestación pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio. Por el contrario, en la concesión de servicio público se observa una relación triangular en la que, por un lado, el concesionario recibe como contraprestación por la prestación del servicio las cantidades exigidas al usuario del servicio público por el disfrute del mismo y, por otro lado, puede ser obligación del

concesionario pagar un canon a la entidad adjudicadora por concederle la posibilidad de explotar un determinado servicio.

Según estas definiciones, el supuesto descrito en esta sentencia parecía corresponderse con la figura de la concesión de servicio público, puesto que la sociedad Stadtwerke Brixen AG, pagando el correspondiente canon al Municipio de Brixen, explotaba el servicio de aparcamiento asumiendo el riesgo económico derivado y percibiendo las cantidades abonadas por terceros por el uso del servicio.

Ésta es la conclusión a la que llegaron tanto el Tribunal de Justicia como la Abogado general, y la consecuencia fundamental fue la imposibilidad de aplicación de la Directiva 92/50 CEE al supuesto. Ésta era una cuestión de gran trascendencia, puesto que, de haber resultado de aplicación esta Directiva, la necesidad de una licitación previa a la adjudicación de la explotación del servicio de aparcamiento sería indiscutible.

## **2. La adjudicación de una concesión de servicio público sin licitación previa y su compatibilidad con las exigencias de Derecho de la Unión Europea**

Tal y como ponen de relieve el Tribunal de Justicia y la Abogado general en sus conclusiones, las obligaciones comunitarias, entre las que se encuentran la prohibición de discriminación, la obligación de transparencia y las demás libertades básicas que se infieren del propio Tratado de la CE, son inexcusablemente aplicables a los supuestos de concesión de servicio público, salvo en aquellos casos en que se trate de operaciones internas entre el poder adjudicador y el adjudicatario.

Cabría pensar que, al tratarse de dos empresas con domicilio en el mismo país comunitario, no resultaría de aplicación el Tratado de la CE. Sin embargo, este argumento carece de justificación, puesto que la ausencia de un procedimiento de licitación previo a la adjudicación privaría a empresas de otros países comunitarios, eventualmente interesadas, de la posibilidad de concurrir.

Así, pese a no ser necesario un procedimiento análogo al previsto en las Directivas sobre contratos públicos, habría de garantizarse una publicidad adecuada y suficiente que permita a todo licitador potencial concurrir al

procedimiento, respetándose, de esta forma, la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad. En este sentido, por cierto, se había pronunciado con anterioridad el Tribunal de Justicia en la sentencia “Teleaustria y Telefonadress”.<sup>2</sup> En palabras del propio Tribunal, “los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 TCE o 49 TCE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”.<sup>3</sup>

Ante esta situación, el Municipio de Brixen y la sociedad Stadtwerke Brixen AG alegaban la imposibilidad de aplicación de los preceptos antes mencionados, ya que, a pesar de la argumentación expuesta por el Tribunal, en este caso estaríamos ante una de las conocidas como “operaciones in house” al cumplirse, según su opinión, los criterios establecidos en la Sentencia “Teckal”.<sup>4</sup> En este sentido, el TJCE aprovechó la ocasión para establecer una serie de criterios para determinar el alcance de ese tipo de operaciones.

El primero de ellos exige que la entidad adjudicadora ejerza sobre su contraparte un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Tal y como hace la Abogado general, a la hora de analizar el cumplimiento de este primer criterio se examinarán los siguientes aspectos:

- la participación de inversores privados en la sociedad.
- el poder de decisión del Municipio sobre la Stadtwerke Brixen AG.

En primer lugar, habrá que ver si participan particulares en la sociedad, puesto que su presencia podría impedir que prevaleciesen los intereses públicos de la Administración sobre los intereses económicos privados. La participación de un tercero, por pequeña que sea, determinaría el incumplimiento del primer criterio Teckal, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia en las Sentencias “Stadt Halle”<sup>5</sup> y “Mödling”<sup>6</sup>. Sería interesante ver

---

<sup>2</sup> Sentencia de Tribunal de Justicia, de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, Teleaustria y Telefonadress, sobre contratos públicos y concesiones de servicios públicos en el sector de las telecomunicaciones.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia. De 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen, Stadtwerke brixen AG. Fundamento jurídico 52.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal Srl y Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, sobre la adjudicación por parte de un ente territorial a una mancomunidad a la que está asociado de un contrato de suministro de productos y de prestación de servicios determinados.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH y Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und

qué ocurriría si se incorporasen particulares a la sociedad en un futuro, ya que en el presente caso el Municipio todavía conserva la condición de socio único. Esta posibilidad se abre en virtud de la cláusula de transformación que da al Municipio un plazo de dos años, desde la transformación efectiva, para renunciar a su condición de accionista único. En este punto, la Abogado general y el Tribunal mantuvieron posturas dispares. Por un lado, la primera sostenía que no era suficiente la mera previsibilidad de que la sociedad se transformase en mixta, derivada de la obligación legal antes descrita, para entender incumplido el primer criterio "Teckal", ya que, mientras no se hubiese producido la apertura de capital de la filial, no sería necesario tener en cuenta los intereses del inversor privado bastando con utilizar las medidas de publicidad y transparencia necesarias en el momento de la elección del socio privado. Así, según la opinión de la Abogado general, la participación de terceros en un futuro como consecuencia de una obligación legal, en principio, no excluiría el hecho de que la entidad adjudicadora ejerciese sobre la sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Por otro lado, sin embargo, el Tribunal consideró que la mera previsibilidad de incorporación futura de socios privados, es decir, de la transformación de la sociedad en mixta, supone el incumplimiento del primer criterio.

En segundo lugar, habría que analizar el alcance del poder de decisión que el Municipio de Brixen tiene sobre la nueva sociedad. El consejo de administración de la sociedad goza de amplios poderes de gestión, siendo un ejemplo muy ilustrativo de la autonomía de la sociedad frente a sus socios la facultad del consejo, sin necesidad de acuerdo previo de la junta general de accionistas, de realizar todos los actos que considere necesarios para la consecución de su objeto social, así como la posibilidad de constituir garantía y suscribir letras de cambio hasta un valor de cinco millones de euros.

El requisito mínimo que se debe exigir a una sociedad para poder ser considerada como medio propio de un Municipio es la participación al cien por cien del mismo. Pero la participación íntegramente pública no es suficiente

---

Energieverwertungsanlage TREA Leuna, que tiene por objeto el planteamiento de una cuestión prejudicial relativa a la adjudicación sin licitación pública de contratos públicos de servicios a una empresa de economía mixta.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/04, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria, sobre el incumplimiento de la Directiva 92/50/CEE sobre el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

para dar por cumplido el primer criterio "Teckal", según la opinión del Tribunal. Así, mientras para la Abogado general se cumpliría el primer criterio "Teckal", ya que considera que el elemento decisivo consistiría en que la entidad adjudicadora pudiese llevar a cabo en todo momento sus objetivos de interés público en el seno de la sociedad, siendo irrelevante el que los órganos de la sociedad gozen de amplias facultades de gestión, para el Tribunal lo importante era realizar un análisis genérico de todas las circunstancias relativas al funcionamiento de la sociedad, en lugar de centrarse en el grado de autonomía de gestión. Así, resaltaría el hecho de que, pese a que el Consejo Municipal realizaba funciones de supervisión estratégica, garantizaba con su actuación la autonomía de la empresa. Es más, la sociedad contaba con una amplia autonomía respecto de sus socios, de tal manera que el control municipal sobre la Stadtwerke Brixen AG. se limitaba a las medidas que el Derecho de Sociedades atribuye a cualquier accionista.

Por tanto y utilizando estos argumentos, el Tribunal de Justicia consideró que no es posible entender que existe un control sobre la sociedad Stadtwerke Brixen AG análogo al que el Municipio ejerce sobre sus propios servicios.

El segundo criterio establecido en la sentencia "Teckal" se concreta en que la entidad mercantil adjudicataria realice su actividad, esencialmente, para la entidad adjudicadora a la que pertenece. El Tribunal de Justicia, al considerar que no se cumple en este caso el primer criterio "Teckal", ya no entró a analizar el cumplimiento del segundo de los criterios establecidos en la citada sentencia. Así, concluyó su pronunciamiento declarando la incompatibilidad de la adjudicación de la concesión de servicios sin licitación previa con los principios comunitarios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Por el contrario, la Abogado general, en sus conclusiones, al considerar cumplido el primero de los criterios sí entró a analizar el segundo con algún detenimiento.

En este sentido trató de examinar si la sociedad actuaba en el mercado del mismo modo que otras, o bien lo hacía vinculada estrechamente a los poderes públicos, circunstancia que podría determinar la existencia de "operaciones in house". Así, habría que valorar la importancia cuantitativa y cualitativa de la actividad realizada por la sociedad en otros ámbitos distintos

del municipal. La ampliación del objeto social y la expansión del ámbito territorial de las actividades de la sociedad a todo el país e incluso al extranjero no son, según opinión de la Abogado general, motivos suficientes para deducir que la sociedad no desarrolle la parte fundamental de su actividad para el Municipio de Brixen, de manera que habría que analizar la actividad efectivamente realizada.

La Abogado general entendió cumplidos los dos criterios "Teckal" y por tanto, al considerar la concesión de la gestión del aparcamiento una operación interna, la falta de licitación previa no sería contraria al Derecho comunitario. De este modo, se puede deducir de sus argumentaciones su preferencia por una interpretación flexible de los criterios establecidos en la Sentencia Teckal que facilite la utilización de las sociedades de economía mixta como instrumento de gestión de servicios públicos, evitando con ello una privatización de los servicios locales.

Con todo, la Abogado general no aclaró en sus argumentaciones en qué se concreta el análisis de la actividad efectivamente realizada por la sociedad, es decir, qué aspectos concretos de la actividad de la sociedad se habrían de valorarse. No es esta una cuestión baladí, puesto que si una sociedad de economía mixta actúa en el mercado estrechamente vinculada a los poderes públicos su posición es claramente ventajosa sobre las demás sociedades con las que compite. Por tanto, sería necesario el establecimiento por el Tribunal de criterios claros para determinar cuándo la actividad de una sociedad no tiene como destinatario fundamental al ente público que la participa.

En este punto, podrían realizarse algunas reflexiones sobre la actividad de las sociedades de economía mixta locales partiendo de su exámen desde una doble perspectiva. Por un lado, desde la óptica de las relaciones interadministrativas y, por otro, desde la de su actuación en el mercado en competencia con otras sociedades privadas. Así, podría pensarse que el hecho de que una sociedad de economía mixta prestase servicios, dentro de su objeto social y por un importe inferior a la mitad de su volumen total de negocios, a otros Entes Públicos, no sería suficiente para entender que la sociedad no realiza la parte fundamental de su actividad con el Ente Público que la participa, ya que, en última instancia su actividad perseguiría fines de interés general en su totalidad. Por el contrario, si parte de su actividad, aunque representase un porcentaje mínimo, se dirigiese a prestar servicios en el

mercado, podría pensarse que, se estaría vulnerando el principio de libre competencia y de igualdad si se le permitiese acceder a la gestión de servicios públicos sin concurrir a la correspondiente licitación, ya que esto la colocaría en una situación de superioridad sobre el resto de sus competidores.

En realidad, son éstas meras especulaciones y ha de corresponder al Tribunal la ardua tarea de establecer criterios claros acerca del volumen de actividad y de los destinatarios de la misma, a efectos de saber con exactitud en que supuestos nos encontraríamos ante operaciones "in house".

### **III. Final: el contenido del fallo**

1.- Sólo ante operaciones "in house" podrá obviarse el cumplimiento de los requisitos de transparencia y de licitación previa exigidos por el Derecho comunitario en general y por determinadas Directivas en particular.

2.- Para poder hablar de operaciones "in house", habría que ver si se cumplen los criterios establecidos en la sentencia "Teckal". En la sentencia "Brixen", el Tribunal introduce algunos matices sobre la interpretación de los citados criterios que se podrían sintetizar de la siguiente manera:

Sólo se podría considerar que el poder adjudicador controla a la sociedad y, por tanto, que existe una relación de dependencia entre ellos, si éste ejerce un fuerte control administrativo sobre ella, superior al que tendría un socio único sobre una sociedad mercantil. Por tanto, no bastaría con que la sociedad fuese cien por cien municipal, sino que tendría que ejercer una influencia determinante incluso sobre las decisiones singulares más relevantes de aquélla.

Con respecto al segundo criterio, a pesar de que el Tribunal no entra en su valoración, puesto que considera incumplida la primera de las condiciones, la Abogado general, por el contrario, ofrece en sus conclusiones una posible de interpretación del mismo. La sociedad ha de realizar la parte fundamental de su actividad, cualitativa y cuantitativamente considerada, para la entidad adjudicadora, valorando a tal efecto, no lo previsto en sus estatutos, sino la actividad efectivamente realizada por ella.