CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 6 de septiembre de 2007 [1]

I. Introducción

1. Entender la radiodifusión como un medio de información sería reducirla a su aspecto más característico, obviando otros de mayor trascendencia, a la luz de la importancia socio-cultural adquirida a lo largo de su historia. En las sociedades occidentales la conjunción de esos sistemas de comunicación con el bienestar material alcanzado parece reavivar la máxima romana *panem et circenses,* con la que el poeta latino Juvenal [2] se mofaba de la ociosidad acomodaticia del pueblo romano y de su desinterés por los asuntos políticos. [3] Hoy podría traducirse ese aforismo intercambiando pan por confort y los juegos de circo romano por la televisión.

2. Nadie discute ya la enorme atracción de las imágenes, capaces de infiltrarse hasta en los rincones más recónditos de la privacidad; por lo tanto, para evitar que presagios como el de George Orwell en su novela *1984* [4] conviertan la técnica audiovisual en una máquina al servicio de la propaganda, los Gobiernos se esmeran en pergeñar cautelas que garanticen cierto grado de objetividad e independencia, al menos en la radiotelevisión pública.

3. Las tres preguntas que el Oberlandesgericht (tribunal de apelación) de Düsseldorf ha dirigido a este Tribunal de Justicia se enmarcan en ese contexto, el de la pugna por un servicio público de radiodifusión idóneo y

1 — Lengua original: español.

2 — Décimo Junio Juvenal (nacido probablemente entre 55 y 60 en Aquino y muerto con toda certeza después de 127), autor de las «Sátiras», del que no hay más referencias biográficas que las esporádicas confidencias de su propia obra. Por sus críticas a las autoridades debió sufrir algún exilio al final de su vida, tal vez por haber aludido en una de sus composiciones poéticas a Tito Elio Alcibíades, un mayordomo del emperador Adriano; Juvenal, *Sátiras*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; traducción, estudio introductorio y notas de B. Segura Ramos, Madrid 1996, p. XIV.

3 — «[...] El mismo pueblo, [...] / ha tiempo que, desde que no vendemos los votos / a nadie, ha descargado sus preocupaciones. Pues quien antes / confería imperio, fasces, legiones, todo, ahora se / contiene y sólo anhela con avidez dos cosas, / pan y juegos del Circo. [...]» Sátira X, versos 74-81.

4 — Es lugar común catalogar esta novela, escrita en 1948 tras el trauma de la segunda conflagración mundial, no tanto como diatriba contra el totalitarismo, sino como advertencia de la sutileza con la que puede instalarse un régimen de ese tipo, valiéndose de la manipulación de los medios de comunicación. Orwell, G., *1984,* Ed. Destino S.A., Madrid, 1997.

acorde con las exigencias del Estado de derecho, en particular con su neutralidad, respetando la pluralidad de opciones políticas. En Alemania, según se desprende del auto de remisión, esa garantía se sustenta, en gran medida, otorgando a los entes de radiodifusión públicos la tarea de recaudar y gestionar sus fondos, provenientes de la obligación de abonar cierto gravamen por la mera circunstancia de poseer una radio o una televisión.

4. Este modelo de financiación derivado de un indiscutido deber de servicio público plantea el dilema de si esas entidades de radiodifusión han de considerarse «poderes adjudicadores» en el sentido de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública o si, por el contrario, no merecen esta categoría, quedando liberadas de los procedimientos de licitación.

II. Marco jurídico

A. *Normativa comunitaria*

5. Con carácter previo, el órgano jurisdiccional remitente ha acudido tanto al artículo 1, apartado 9, para el ámbito de aplicación personal, como al artículo 16, letra b), respecto del material, de la Directiva 2004/18/CE, [5] que codificó los regímenes de licitación de los contratos públicos en el plano comunitario; aduciendo que, expirado el plazo para la adaptación del derecho nacional a la Directiva sin haberse producido la pertinente trasposición, la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (tribunal supremo alemán) le conduce a interpretar las reglas nacionales a la luz de cualquier acto legislativo comunitario de reciente adopción, aunque no rija para el procedimiento de contratación controvertido.

6. Aun aceptando los motivos del Oberlandesgericht, conviene atenerse al original del artículo 1, letras a) y b), de la Directiva 92/50/CEE, [6] por dos razones: en primer lugar, porque constituye el precepto básico que guió al legislador alemán para acomodar su ordenamiento jurídico al comunitario y, por ende, la normativa nacional se remite a ese artículo; en segundo lugar, por la absoluta identidad de las reglas paralelas del texto refundido de la Directiva 2004/18.

5 — Directiva 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 suministros y de servicios (DO L 134, p. 114).

6 — Directiva 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; EE 17/01, p. 9).

7. Para delimitar su ámbito de aplicación *ratione personae,* el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, dentro del título I, dedicado a las disposiciones generales, considera organismos adjudicadores a:

«[...] El Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.»

Entendiendo por organismo de derecho público todo organismo:

«– creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil,

— dotado de personalidad jurídica, y

— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público».

8. A continuación, ese precepto destaca que «en el anexo I de la Directiva 71/305/CEE [7] figuran las listas de los organismos de derecho público o de categorías de estos organismos que responden a [esos] criterios [...]. Dichas listas serán tan completas como sea posible y podrán revisarse con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 30 *ter* de dicha Directiva; [...]».

9. El propio artículo 1, en su letra a), enumera los negocios jurídicos contenidos *ratione materiae* en la Directiva, excluyendo expresamente:

«[...]

7 — Directiva del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9).

iv) los contratos de compra, desarrollo, producción o coproducción de programas por los organismos de radiodifusión y los contratos de compra de tiempo de difusión;

[...]»

B. *Derecho nacional*

1. La regulación sobre contratación pública

10. Los procedimientos para la licitación de contratos de las administraciones públicas alemanas se integran en la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; [8] en lo sucesivo, «GWB»); el artículo 1, letra b), de la Directiva, relativo a los poderes adjudicadores, tiene su réplica nacional en el artículo 98, número 2, de la GWB:

«Artículo 98 – Poder adjudicador

Son poderes adjudicadores en el sentido del presente capítulo:

1. los entes territoriales y sus patrimonios especiales;

2. otras personas jurídicas de derecho público y privado, constituidas con el objeto específico de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, si están financiadas en su mayor parte por las entidades de los números 1 o 3, de forma individual o conjuntamente mediante participación o de otro modo, o bien si estas últimas ejercen el control sobre su dirección o han nombrado más de la mitad de los miembros de uno de sus órganos de administración o vigilancia. Lo anterior se aplica igualmente cuando esté recogida en el número 1 la entidad que, individual o conjuntamente con otras, concede la mayor parte de la financiación o haya nombrado a la mayoría de los miembros de un órgano de administración o vigilancia;

3. las asociaciones cuyos miembros estén comprendidos en los números 1 y 2;

[...]»

8 — Desde el 1 de enero de 1999 está en vigor la versión de la Ley tras su sexta reforma mediante la Ley 703-4/1 de 26 de agosto de 1998 (BGBl. I, p. 358).

2. La normativa sobre el canon para la radiotelevisión pública

11. Según el auto de remisión, la financiación de los entes públicos de radiodifusión está regulada en Alemania en dos convenios celebrados entre el Bund y los Länder. Los perfiles del canon de radiodifusión se describen esencialmente en el Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens (convenio sobre el régimen de los cánones de radiodifusión; en lo sucesivo, «Convenio») de 31 de agosto de 1991, modificado en 1996.

12. Su artículo 2 reza así:

«1) El canon de radiodifusión se compone del canon básico y del canon de televisión. Su importe se fijará mediante el convenio de financiación de los organismos de radiodifusión.

[...]»

13. El artículo 4 del Convenio dispone:

«1) La obligación de pago del canon de radiodifusión comienza el primer día del mes en que se posee un aparato receptor de radiodifusión.

2) [...]»

14. A su vez, el artículo 7 del Convenio regula el reparto de las rentas obtenidas mediante el canon:

«1) Los ingresos procedentes del canon básico corresponden al ente de radiodifusión del Land y, en la cuantía determinada en el Convenio de financiación de los organismos de radiodifusión, a Deutschlandradio y a la Landesmedienanstalt (organismo de medios de comunicación del Land), en cuyo ámbito se posea un receptor de señales de radio y televisión.

2) Los ingresos procedentes del canon de televisión corresponden al organismo de radiodifusión del Land y, en la medida establecida en el Convenio de financiación de los organismos de radiodifusión, al organismo de medios de comunicación del

Land en cuyo territorio se posea el receptor de señales de televisión, así como a Zweites Deutsches Fernsehen (segundo canal público de televisión; en lo sucesivo, "ZDF"). [...]

[...]»

15. Explica el órgano jurisdiccional remitente que un segundo convenio, el Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (convenio de financiación de los organismos de radiodifusión; en lo sucesivo, «Convenio de financiación») de 26 de noviembre de 1996, configura concretamente el importe de los cánones, fijando su cuantía con la aquiescencia de los Parlamentos de los Länder.

16. El examen y el cálculo del presupuesto de los organismos de radiodifusión se ha delegado, según los artículos 2 a 6 del Convenio de financiación, en la Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (comisión de estudio y cálculo de las necesidades financieras de los organismos de radiodifusión; en lo sucesivo, «KEF»), de carácter independiente, que elabora, al menos cada dos años, un informe en el que se basa la decisión en materia de cánones adoptada por los Parlamentos y los Gobiernos de los Länder (artículo 3, apartado 5, en relación con el artículo 7, apartado 2, del Convenio de financiación).

17. Mediante un Reglamento de 18 de noviembre de 1993, sobre el procedimiento de pago de los cánones de Westdeutscher Rundfunk Köln, aprobado de conformidad con el artículo 4, apartado 7, del Convenio con la autorización del Gobierno del Land, los organismos de radiodifusión de los respectivos Länder liquidan los gravámenes a los ciudadanos por medio de la Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (central de cobro del canon de los organismos públicos de radiodifusión alemanes; en lo sucesivo, «GEZ») en el ejercicio de funciones públicas.

III. Los hechos del litigio principal y las cuestiones prejudiciales

18. Los recurrentes ante el Oberlandesgericht Düsseldorf son los organismos de radiodifusión de los Länder, miembros de la Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (agrupación de los organismos regionales públicos de radiodifusión alemanes; en lo sucesivo, «ARD») y el organismo público de televisión ZDF, creado por Convenio de 6 de junio de 1961, así como Deutschlandradio (en lo sucesivo, todos juntos, «organismos de radiodifusión»).

19. Dichos entes fundaron en 2002 la GEZ como entidad administrativa de derecho público, con la misión de cobrar y liquidar los cánones correspondientes a cada uno de los organismos de radiodifusión de los Länder. Al carecer de personalidad jurídica,

la GEZ actúa en nombre y por cuenta de los respectivos organismos de radiodifusión.

20. En agosto de 2005, tras un sondeo de mercado, la GEZ invitó por escrito a once empresas a presentar ofertas vinculantes de prestación de servicios de limpieza en sus edificios, así como en la cantina de Westdeutscher Rundfunk (uno de los organismos de radiodifusión integrados en la ARD) en Colonia, para el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2006 y el 31 de diciembre de 2008, previéndose una prórroga tácita anual. El montante del contrato se estimaba en más de 400.000 euros. No se tramitó un procedimiento comunitario de adjudicación ajustado a las disposiciones nacionales y a la Directiva pertinente.

21. La compañía Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (en lo sucesivo, «GEWA»), demandada ante el Oberlandesgericht de Düsseldorf, y el coadyuvante, el Sr. Warnecke, respondieron al llamamiento de la GEZ con sendas ofertas. La primera tenía el precio más bajo de todas. En una resolución de 9 de noviembre de 2005, el Consejo de administración de la GEZ decidió entablar negociaciones con cuatro licitadores, entre los que se contaban la reclamante y el coadyuvante. También decidió analizar con detalle la viabilidad económica de las proposiciones, utilizando el método Kepner-Tregoe, que fija determinados valores para los criterios de evaluación técnico-específica, comercial y de riesgos. Según esta evaluación, la oferta de la reclamante ocupaba el tercer lugar, y la del coadyuvante, el primero.

22. La GEZ comunicó por teléfono a GEWA que no se le había adjudicado el contrato. En un escrito de reclamación de 14 de noviembre de 2001, esta empresa denunció que la GEZ, en su condición de poder adjudicador, había incumplido la normativa de contratos públicos, al no licitar a escala comunitaria el contrato de limpieza. La GEZ desestimó la queja.

23. GEWA interpuso entonces un recurso ante la Vergabekammer (sala competente en la adjudicación de contratos públicos) de la Bezirksregierung (gobierno del distrito) de Colonia, en el que designaba como oponente a la GEZ. Pretendía obligar a la central de cobro a contratar los trabajos de limpieza en un procedimiento formal del capítulo cuarto de la GWB y, subsidiariamente, lograr una nueva evaluación, según la apreciación jurídica de la Vergabekammer.

24. Sostenía que la GEZ, en cuanto organismo de radiodifusión, era un poder adjudicador en el sentido del artículo 98, número 2, de la GWB, ya que tales organismos se

financian primordialmente con cánones abonados por los ciudadanos y ya que la prestación básica de servicios de radio y televisión, de evidente carácter público, constituye una necesidad de interés general desprovista de cualquier significación industrial o mercantil.

25. Mantenía, asimismo, que el artículo 1, letra a), inciso iv), de la Directiva 92/50 sólo excluye los contratos de compra, desarrollo, producción o coproducción de programas por los organismos de radiodifusión y los contratos de compra de tiempo de difusión, claramente distintos del objeto de la prestación controvertida en el litigio principal.

26. En una resolución de 13 de febrero de 2006, la referida Vergabekammer acogió el recurso de GEWA e instó a la GEZ y a los organismos de radiodifusión, si deseaban persistir en su oferta, a atenerse a la normativa de contratación pública, a los principios de igualdad de trato y de transparencia, así como a publicar una convocatoria en el ámbito europeo.

27. Frente a esa resolución se alzaron los organismos de radiodifusión de los Länder en la vía contencioso-administrativa, pidiendo su revocación, porque la pretensión de la reclamante contra la GEZ sería inadmisible y, en todo caso, infundada. A su juicio, en su condición de organismos públicos de radiodifusión, no se erigen en poderes adjudicadores en el sentido del artículo 98, número 2, de la GWB, pues la financiación de la radiodifusión pública corre a cargo fundamentalmente de los gravámenes de los usuarios.

28. Añaden que falta el control estatal del artículo 98, número 2, de la GWB, porque sólo se lleva a cabo una vigilancia jurídica secundaria y limitada. Además, los miembros de los Consejos de administración de los organismos de radiodifusión representan diversos grupos de relevancia social. La ausencia de mayorías en sus Consejos de dirección descarta cualquier influencia del Estado en la adjudicación del contrato público.

29. GEWA, en cambio, defiende la resolución de la Vergabekammer.

30. Por considerar que el resultado del litigio depende de la interpretación del artículo 1 de la Directiva [92/50], el Vergabesenat del Oberlandesgericht (sala competente para la adjudicación de contratos públicos del tribunal de apelación de Düsseldorf) acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas, al amparo del artículo 234 CE, párrafo primero, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse que el requisito del artículo 1, [letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50] abarca, dentro de la "financiación por el Estado", la efectuada de manera indirecta a ciertos organismos con el pago de cánones por las personas que poseen receptores de radiodifusión, teniendo en cuenta el imperativo constitucional de que el Estado garantice la independencia de los medios económicos y de que existan esas entidades?

2) Si la respuesta a la primera cuestión prejudicial fuera afirmativa, ¿debe interpretarse que el artículo 1, [letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50], exige para que concurra la "financiación por el Estado" una influencia pública directa en la adjudicación de contratos por el organismo que financia?

3) Si la respuesta a la segunda cuestión prejudicial fuera negativa, ¿debe interpretarse el artículo 1, [letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50], a la luz del artículo 1, letra a), inciso iv), en el sentido de que sólo excluye de su ámbito de aplicación los servicios mencionados en esta última disposición e incluye otros servicios de carácter accesorio y auxiliar que no sean específicos de la programación (argumento *a contrario*)?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

31. La petición prejudicial se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 7 de agosto de 2006.

32. Han depositado observaciones escritas GEWA, los organismos de radiodifusión, los Gobiernos alemán, polaco y austriaco, así como el Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Cambio (en lo sucesivo, «AELC») y la Comisión Europea.

33. En la vista celebrada el 14 de junio de 2007 han comparecido para exponer oralmente sus alegaciones los representantes

legales de los organismos de radiodifusión, de GEWA, así como los agentes del Gobierno alemán, de la Autoridad de Vigilancia de la AELC y de la Comisión Europea.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *Delimitaciones previas*

34. Aunque el órgano jurisdiccional remitente ha formulado tres cuestiones, parece conveniente atajar conjuntamente las dos primeras, [9] pues aluden ambas al ámbito de aplicación personal y al artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50. [10]

35. Los organismos de radiodifusión alemanes opinan que no se financian con fondos públicos y aducen una supuesta analogía entre la normativa sobre contratación pública objeto de este litigio y los artículos 87 CE y 88 CE, relativos a las ayudas de Estado, que exigen su abono «con fondos estatales».

36. Sin embargo, como acertadamente indica la Comisión, no creo que la distinta naturaleza de las dos regulaciones ni el fin que persiguen autoricen una comparación tan audaz, pues, mientras en los subsidios el Tratado CE pretende evitar cualquier distorsión de la competencia injustificada en un mercado concreto provocada por el empleo de dinero público, en las licitaciones se indaga la subsunción de una entidad en el concepto de «entidad adjudicadora» para dictaminar si se sujeta a los procedimientos de licitación.

37. Se observa, por tanto, la falta de «identidad de razón» en esos dos campos jurídicos, por lo que no procede su comparación analógica.

38. Por último, aunque la tercera pregunta carece de relevancia para calificar a los organismos de radiodifusión alemanes como entes adjudicadores, según alegan ellos mismos en las observaciones escritas, su análisis alberga cierta utilidad si se responde de forma afirmativa a la primera y negativa a la segunda, ya que, al solicitar la interpretación del artículo 1, letra a), inciso iv), de la Directiva 92/50, el Oberlandesgericht aspira a desvelar el ámbito de aplicación material, lo que resulta lógico, aunque parezca evidente.

9 — En esta línea se sitúan el Gobierno austriaco y, aunque afrontándolas por separado, también el Gobierno polaco.

10 — En los puntos 5 y 6 de estas conclusiones se explica esta opción.

B. *Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda*

39. La controversia atañe al modelo alemán para dotar de recursos económicos a los entes de radiodifusión. Se trata, pues, de estudiar las características primordiales del sistema, para dilucidar si las rentas de esos organismos son «estatales» conforme a la Directiva 92/50 y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

1. Una obligación de pago regulada por normas de derecho público

40. Los organismos de radiodifusión defienden que el pago del canon se deja al libre albedrío del usuario, quien puede esquivar el abono, prescindiendo de todo aparato receptor. El Gobierno alemán abunda en esta idea, al entender que hay una obligación directa entre los organismos y el consumidor, que no afecta a los presupuestos del Estado, ya que la GEZ cobra el canon, pero no ingresa el dinero recaudado en las arcas del Tesoro. Ambos rechazan, por tanto, la financiación «por el Estado», en este caso.

41. Mas las alternativas del artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 92/50 se conciben como una presunción, supeditada a la financiación mayoritariamente pública. Constatada esa premisa, se supone la dependencia, por lo que no cabe exigir otros requisitos de aplicación como, por ejemplo, que la financiación provoque una influencia directa del Estado en la adjudicación de contratos públicos. El examen de esa condición se enmarca en la segunda alternativa, la del control, pues permite calibrar su intensidad. [11]

42. Además, esta reflexión se corrobora con la distinción operada por la sentencia University of Cambridge entre las cantidades devengadas con o sin contraprestación, [12] ya que sólo aspiraba a servir de pauta al órgano jurisdiccional remitente de ese litigio para discernir si se cumplía la referida premisa de la presunción, es decir, la financiación mayoritariamente pública.

43. De los dos puntos anteriores se infiere la improcedencia de la segunda pregunta, tal y como la ha formulado el Oberlandesgericht y la conveniencia de tratarla conjuntamente con la primera.

11 — Sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia (C-237/99, Rec. p. I-939), apartados 48 y ss.

12 — Sentencia de 3 de octubre de 2000 (C-380/98, Rec. p. I-8035), apartados 22 a 25.

44. Regresando al fondo del asunto, no se discute en este litigio que el canon se implantó mediante acuerdos de derecho público («Staatsverträge»), el Convenio y el Convenio de financiación. [13]

45. Tampoco se discute que un «Staatsvertrag» es un acto de derecho público de ese ordenamiento jurídico alemán. [14]

46. En consecuencia, la relación jurídica que vincula al poseedor de un televisor o de una radio con los organismos de radiodifusión se incardina en el derecho público, configurándose casi como un tributo, pues el deber de pago se genera con la mera tenencia de un receptor de ondas de radio o de televisión, auténtico «hecho imponible» típico en cualquier exacción fiscal, en la que el televidente se convierte en sujeto pasivo. Poco importa, por lo demás, la denominación que el gravamen ostente en el derecho nacional. [15]

47. Así pues, tanto el funcionamiento como la existencia de los organismos de radiodifusión se vinculan a la acción del legislador, expresión máxima de la sumisión al Estado, por lo que la mención, como primera alternativa de la financiación mayoritaria por el Estado, en el precepto analizado no obedece a ninguna casualidad, sino a la lógica de que la subordinación económica refleja por antonomasia esa «estrecha dependencia de un organismo respecto al Estado» a la que aludió el Tribunal de Justicia. [16] Encajaría aquí la famosa frase del jurista alemán von Kirchmann, denunciando que el derecho no pertenece al ámbito de las ciencias, ya que bastan «tres palabras rectificadoras del legislador» para que «bibliotecas enteras se conviertan en basura», [17] con la que también se resalta la fuerza del poder legislativo.

48. Tras lo expuesto, se perfila el carácter público de los recursos de los organismos de radiodifusión recaudados por la GEZ; a mayor abundamiento, hay quien le reconoce a esta central de cobro la cualidad de un ente estatal, a pesar de su falta de personalidad jurídica, aduciendo la potestad de liquidar el canon y de reclamarlo en vía de apremio, [18] prerrogativas propias del ejercicio de funcio-

13 — Puntos 11 y ss. de estas conclusiones.

14 — En la doctrina de ese país, Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 12ª ed. revisada y ampliada, Ed. C.H. Beck, Múnich, 1999, pp. 352 y ss.

15 — Mientras el Gobierno alemán observa que la palabra «Gebühr» (tasa o canon) no es adecuada para designar la obligación de pago, parte de la doctrina la adscribe al derecho fiscal como «Abgabe» (derecho o gravamen); Boesen, A., *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB,* Editorial del Bundesanzeiger, 1ª ed., Colonia, 2000, p. 151, nº 73.

16 — Sentencias, citadas, University of Cambridge, apartado 20, y Comisión/Francia, apartado 44.

17 — Von Kirchmann, J.-H., *La jurisprudencia no es ciencia,* traducción al castellano y escrito preliminar de Antonio Truyol y Sierra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 54.

18 — Frenz, W., «Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Beihilfeempfänger und öffentliche Auftraggeber», en *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis,* 3/2007, p. 269.

nes ligadas a la soberanía nacional, que intensificarían su talante público.

49. Pero ese talante, aunque entrañe un indicio importante para acreditar un sustento económico del Estado, no lo demuestra fehacientemente, como sugieren los organismos de radiodifusión, por lo que procedería examinar otras peculiaridades del sistema alemán de subvención de la radiodifusión estatal.

2. Una financiación indirecta

50. Los organismos de radiodifusión y el Gobierno alemán coinciden en que la Directiva 92/50 sólo se refiere a los pagos realizados *directamente* con cargo a los presupuestos de Estado [19] y no a las transferencias mediatas de recursos financieros desde cualquier instancia pública u otra entidad adjudicadora. Alegan asimismo que en el presente caso el abono del canon circula únicamente entre el consumidor y los organismos de radiotelevisión, sin ninguna intervención del Estado, que no participa en ese flujo de capitales.

51. Discrepo profundamente de tal interpretación.

52. En primer lugar, el Gobierno alemán pone el acento en una acepción «traslativa» y simplista de la financiación, que sólo comprendería la transferencia, el cheque, el giro bancario o el traslado material de sacas de dinero en un vehículo blindado desde el Tesoro hasta la sede del ente subvencionado.

53. Aparte de que no hay diferencia sustancial entre que el Estado ingrese el canon para reintegrarlo a los entes financiados y que les atribuya la potestad recaudadora, [20] conviene no olvidar que el propio Estado crea la estructura para imponer el gravamen, pues determina la obligación de pago y fija su cuantía a través de una comisión indepen-

19 — Dreher, M. «Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht», *NZBau — Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergabe*, 6/2005, p. 302.

20 — Opitz, M., «Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks?», *NVwZ — Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, nº 9/2003, p. 1090.

diente, la KEF, pero supeditada a la ratificación y a una eventual modificación por los Länder, quienes ostentan la última palabra. [21]

54. En segundo lugar, el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50 no se reduce a los modos de financiación directa, pues la única modulación del verbo financiar proviene del adverbio «mayoritariamente» («überwiegend», en alemán; «majoritairement» en francés; y «for the most part» en inglés), sin que haya ninguna alusión a la forma, mediata o inmediata, de llevar a cabo el aporte dinerario a los entes subvencionados.

55. Para terminar, hay cierto respaldo jurisprudencial implícito a la posibilidad de que se produzca un apoyo económico indirecto del Estado, ya que el Tribunal de Justicia ha reconocido respecto de la segunda alternativa del tercer guión del precepto el control mediato del Estado, [22] que podría extenderse también a la primera alternativa, especialmente habida cuenta de la equivalencia de las tres alternativas, [23] como ha recordado acertadamente el Gobierno alemán.

21 — Frenz, W., obra citada, p. 272. Los organismos de radiodifusión, en sus observaciones, mencionan un recurso de inconstitucionalidad pendiente ante el Bundesverfassungsgericht (tribunal constitucional alemán) dirigido contra la revisión a la baja introducida por los Länder en la propuesta de aumento de tarifa del canon.

22 — Sentencia de 17 de diciembre de 1998, Connemara Machine Turf (C-306/97, Rec. p. I-8761), apartado 34.

23 — Sentencia Comisión/Francia, citada, apartado 49.

3. Una financiación sin contrapartida

56. La sentencia University of Cambridge, ya reseñada, definió la financiación pública, añadiendo una distinción fundamental, en función de que la entidad receptora de la ayuda quede obligada a una contraprestación específica, pues únicamente si faltara tal compensación, se cumpliría el requisito de la financiación pública. [24]

57. Con el trasfondo de ese precedente y al amparo de su tesis de que el consumidor paga sin intermediarios a los organismos de radiodifusión, estos organismos y el Gobierno alemán propugnan que por esa retribución el usuario obtiene como «contraprestación específica» el derecho a captar las imágenes y las ondas de la televisión y de la radio públicas alemanas; se apoyan en esta tesitura para negar el carácter público de la financiación controvertida. [25]

24 — Apartado 21 de la sentencia.

25 — Hailbronner, K., «Öffentliches Auftragswesen», en Grabitz, E./Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, Ed. C.H. Beck, Múnich, 2006, B 4, p. 22, nº121.

58. Para rebatir ese discurso, bastaría traer a colación que, en atención a su origen normativo, los recursos generados por el canon televisivo no son privados. Pero pueden replicar que, si la regulación legal de las cantidades abonadas por el consumidor determinaran el carácter público de los fondos recaudados, los honorarios de los arquitectos, de los abogados y de los médicos se considerarían desembolsos públicos e indirectos en el sentido de las Directivas sobre licitaciones. Mas, aplicando su silogismo, si el examen de la alternativa de la financiación pública se atuviera únicamente al origen privado del dinero, ni los pagos a las oficinas de marcas y patentes, ni a los catastros ni a los registros de la propiedad inmobiliaria, por citar sólo algunos entes en los que el interesado costea directamente el servicio que le dispensa la autoridad pública, y en suma ningún impuesto, merecerían reputarse fondos públicos según la Directiva 92/50.

59. Incluso, si se esgrimiera que también los caudales públicos se entregan a cambio de la programación emitida en los canales de radio y de televisión estatales, no se le atribuiría mayor crédito. Las cantidades (públicas) vertidas a los organismos de radiodifusión no instauran ni refuerzan una dependencia semejante a la de las relaciones comerciales normales, pues representan una medida complementaria [26] en la que se basa el funcionamiento de dichas entidades, sin que el Estado espere ni perciba el contravalor en forma de prestación concreta.

60. En resumen, no sólo rechazo la teoría de que el abono del canon corre a cargo del usuario como contraprestación por el acceso a una programación pública, sino también la idea de que al Estado se le retribuye su respaldo económico mediante el servicio de radiodifusión público como contrapartida.

4. Una actividad libre de competencia

61. Aunque no procede precisar lo que se entiende por «organismo de derecho público creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil», [27] el Gobierno austriaco y el Órgano de Vigilancia de la AELC no yerran al integrar el estudio

26 — Según la sentencia University of Cambridge, ya apuntada, apartado 25.

27 — Sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821), apartados 48 a 50.

de la posición competitiva de los organismos de radiodifusión en el contexto de esta cuestión prejudicial.

62. A tenor de la estructura de la recaudación del canon radiotelevisivo, orquestada en una ley especial y con las prerrogativas de derecho público aludidas (liquidación y posible ejecución forzosa), no puede sostenerse válidamente que los recursos financieros destinados a satisfacer la necesidad de interés general de una programación pública, que indiscutiblemente prestan los organismos de radiodifusión, no se generan con independencia de las condiciones de mercado. Los medios pecuniarios de que se dotan mediante el gravamen no provienen, pues, del ejercicio de una actividad en liza con sus competidores, sino que se sufragan por la colectividad, [28] sin preocuparse por el empleo efectivo que el consumidor haga de su oferta de programas audiovisuales.

63. Esta forma tutelada de actuar en el comercio libera a los organismos de radiodifusión de la incertidumbre sobre sus ingresos, pues gozan de la garantía del Estado, plasmada en los presupuestos elaborados por la KEF. Por tanto, aun dando la razón a la tesis que propugna el origen privado de los fondos, la manera en la que esos entes se aseguran la confianza en el flujo de recursos pecuniarios no difiere de aquella en la que el capital se pone a su disposición directamente por el Estado.

64. A la pregunta que formulé en la vista sobre si esa garantía de financiación de los organismos de radiodifusión que el Estado alemán está constitucionalmente obligado a prestar se extiende a las deudas contraídas, [29] el Gobierno germano respondió rechazando categóricamente tal eventualidad. Sin embargo, como señaló la Comisión, ese interrogante ni siquiera se suscita, ya que la KEF averigua con regularidad las demandas pecuniarias de los organismos de radiodifusión, cubriéndolas con holgura; así, se les redime también de acudir al crédito privado en la tesitura crítica de insolvencia, reforzándose, pues, el aspecto público de la subvención.

5. Otros elementos de juicio

65. De todo cuanto antecede se deduce el carácter público de los medios económicos

28 — Seidel, I., «Öffentliches Auftragswesen», en Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Editorial C.H. Beck, Múnich, 2006, p. 27, nº 82; Boesen, A, obra citada, p. 152.

29 — Hasta ahora, la exigencia de un mecanismo público de compensación de deudas se había mencionado únicamente en el ámbito del examen del primer guión del artículo 1, letra b), segundo párrafo, de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, relativo a la satisfacción del interés general; sentencia de 10 de mayo de 2001, Agorà y Excelsior (C-223/99 y C-260/99, Rec. p. I-3605), apartado 40.

que sustentan la labor de los organismos de radiodifusión. No obstante, todavía cabe agregar algunas reflexiones.

66. Así, en primer lugar, la jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia requiere que el concepto autónomo comunitario de «entidad adjudicadora» se interprete de manera funcional [30] y amplia, [31] habida cuenta del objetivo de evitar el riesgo de otorgar preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos de las entidades adjudicadoras, como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado se guíe por motivaciones ajenas a su carácter económico. [32]

67. En este contexto, en respuesta a una pregunta que les dirigí en la vista, los organismos de radiodifusión indicaron que ninguna de las once empresas contactadas por la GEZ para presentar ofertas vinculantes estaba ubicada en otro Estado miembro. Este dato, por sí solo, resulta revelador de que los temores del legislador comunitario no eran infundados.

68. En segundo lugar, los organismos de radiodifusión, arropados por parte de la doctrina alemana, [33] hacen hincapié en el mandato constitucional de imparcialidad que los protege de cualquier injerencia de los poderes públicos en su gestión.

69. Sin necesidad de glosar las excelencias del artículo 5, apartado 1, de la Ley fundamental alemana, que ha conseguido implantar un servicio público de radiotelevisión de calidad, no hay incompatibilidad alguna entre ese mandato y la debatida obligación de tales organismos de respetar y atenerse a los procedimientos de licitación diseñados por las directivas comunitarias.

70. En las observaciones de este procedimiento prejudicial no se ha aportado ninguna razón para demostrar que el sometimiento de los organismos de radiodifusión a las modalidades de las Directivas pudiera poner en peligro su neutralidad. Además, la

30 — Sentencias BFI Holding, antes citada, apartado 62; de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda (C-353/96, Rec. p. I-8565), apartado 36; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau (C-470/99, Rec. p. I-11617), apartado 53; de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931), apartado 41; y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España (C-283/00, p. I-11697), apartado 73.

31 — Wollenschläger, F, «Der Begriff des "öffentlichen Auftraggebers" im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes», *EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerecht)*, nº 8/2005, p. 345.

32 — Sentencias, ya citadas, University of Cambridge, apartado 17; Universale-Bau, apartado 52; y Adolf Truley, apartado 42.

33 — Dreher, M., obra citada, p. 303; Hailbronner, K., obra citada, p. 22, nº 123.

libertad de prensa de la radiodifusión y su imparcialidad no han sido nunca criterios para examinar la cualidad de entidad adjudicadora de los organismos de derecho público. [34]

71. Por último, no se discute el predominio absoluto de la financiación de los organismos de radiodifusión a través del canon en relación con otras fuentes de ingresos, en particular con la publicidad, por lo que, en atención a las explicaciones expuestas, se llega al veredicto de que la forma en la que los entes televisivos sufragan sus costes cumple el requisito de financiación mayoritaria por el Estado del artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50.

6. Respuesta a las cuestiones prejudiciales primera y segunda

72. A la luz de las reflexiones precedentes, invito al Tribunal de Justicia a solventar las cuestiones primera y segunda del Oberlandesgericht Düsseldorf así: la financiación indirecta de organismos con el pago de cánones por quienes poseen receptores de radiodifusión constituye una financiación en el sentido de la disposición controvertida, cuyo análisis no permite exigir otros criterios añadidos como, por ejemplo, una influencia directa del Estado en la adjudicación de contratos públicos por el organismo que financia.

C. *Sobre la tercera cuestión prejudicial*

73. Con esta pregunta el órgano remitente quiere averiguar si el artículo 1, letra a), inciso iv), de la Directiva 92/50 incluye en su ámbito de aplicación los servicios de carácter accesorio y auxiliar, que no sean específicos de la programación.

74. Ya he señalado la utilidad de la respuesta si se confiere la condición de «entidad adjudicadora» a los organismos de radiodifusión. Al solicitar la interpretación de esa disposición, el Oberlandesgericht intenta precisar su ámbito de aplicación material para resolver si excluye los servicios de limpieza de los locales de tales entes.

34 — Seidel, I., obra citada, p. 27, nº 82.

75. El texto del precepto es tan nítido que bastaría acudir al adagio *in claris non fit interpretatio*. La norma libera de la obligación de someterse a los procedimientos de licitación a los contratos íntimamente vinculados con el contenido de los programas de radio y de televisión (compra, desarrollo, producción, coproducción y los relativos a la adquisición de tiempo de emisión).

76. Al tratarse de una salvedad a la regla general, requiere una exégesis restrictiva, por lo que cualquier otra actividad gregaria de las expresamente enunciadas ha de formalizarse en un negocio jurídico, tras una licitación pública.

77. Esta deducción aparece avalada por la evolución legislativa comunitaria, según se desprende de la comparación de las respectivas exposiciones de motivos de las Directivas 92/50 y 2004/18. Así, el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2004/18 ha matizado el escueto undécimo considerando de la Directiva 92/50, amparando a «otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa». En cambio, no engloba el «suministro del material técnico imprescindible» para elaborar esos programas.

78. Por consiguiente, si el instrumental especializado no encuentra refugio en la excepción, tampoco podrían encontrarlo los servicios de limpieza de los edificios de los organismos de radiodifusión.

79. En suma, tanto la glosa gramatical como la auténtica abogan por la utilización del argumento *a contrario* a la hora de definir la acción material de la Directiva 92/50 respecto de los contratos celebrados con los organismos de radiodifusión alemanes.

80. Me permito un último apunte, pues en el contexto de este precepto hay que buscar el respeto de la garantía constitucional de imparcialidad de los entes televisivos alemanes, mejor que en su modo de financiación; [35] de ahí que el legislador comunitario haya previsto la excepción de los programas para tener en cuenta motivos de orden cultural y social, como reza en el repetido considerando vigésimo quinto de la Directiva 2004/18.

35 — También Boesen, A., obra citada, p. 152, nº 75.

VI. Conclusión

81. Conforme a las consideraciones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales del Oberlandesgericht de Düsseldorf, declarando que:

«1) El requisito de la "financiación por el Estado" del artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, ha de interpretarse en el sentido de que abarca la efectuada de manera indirecta a ciertos organismos con el pago de cánones por quienes poseen receptores de radiodifusión, sin que pueda supeditarse a otras exigencias como, por ejemplo, una influencia directa del Estado en la adjudicación de contratos públicos por el organismo que financia.

2) El artículo 1, letra a), inciso iv), de la Directiva 92/50 sólo excluye de su ámbito de aplicación los servicios que menciona, incluyendo todos los demás de carácter accesorio y auxiliar, que no sean específicos de la programación.»