

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. JÁN MAZÁK

presentadas el 9 de octubre de 2007¹

I. Introducción

1. El presente recurso fue interpuesto por la Comisión el 7 de febrero de 2006 conforme al artículo 228 CE. La Comisión alega que la República Portuguesa no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2004 en el asunto Comisión/Portugal (C-275/03)² y solicita que se imponga una multa coercitiva a Portugal. En la citada sentencia el Tribunal de Justicia declaró que la República Portuguesa había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de

obras,³ al no haber derogado el Decreto-ley nº 48051, de 21 de noviembre de 1967, por el que se supedita la concesión de una indemnización de daños y perjuicios a los perjudicados por una violación del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de normas nacionales de adaptación a tal Derecho al requisito de que se demuestre que ha existido dolo o culpa.

II. Marco jurídico

2. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en su versión modificada, dispone que «en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible [...]».

1 — Lengua original: inglés.

2 — No publicada en la Recopilación.

3 — DO L 395, p. 33.

3. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665 establece que «los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

5. El artículo 81 de la Directiva 2004/18 dispone que «de conformidad con la Directiva 89/665 [...] los Estados miembros asegurarán la aplicación de la presente Directiva mediante mecanismos eficaces, accesibles y transparentes.»

[...]

6. La referencia en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 a la Directiva 71/305 debe entenderse como referencia a la Directiva 2004/18.⁷

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.»

4. La Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras⁴ fue derogada por la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,⁵ que a su vez fue derogada por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios,⁶ con efectos a partir del 31 de enero de 2006.

III. Procedimiento administrativo y pretensiones de las partes

7. Mediante escrito de 4 de noviembre de 2004 la Comisión advirtió a las autoridades portuguesas sobre los términos de la sentencia en el asunto C-275/03 y el hecho de que el artículo 228 CE obliga a Portugal a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de dicha sentencia. La Comisión instó a las autoridades portuguesas para que le informaran de las medidas adoptadas dentro de un plazo que expiraba el 15 de enero de 2005.

4 — DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9.

5 — DO L 199, p. 54.

6 — DO L 134, p. 114.

7 — Véase el artículo 81 de Directiva 2004/18.

8. El 19 de noviembre de 2004 las autoridades portuguesas enviaron a la Comisión una copia del proyecto de una nueva ley relativa a la responsabilidad extracontractual del Estado y de otros entes públicos. Las autoridades portuguesas solicitaron a la Comisión que indicara si consideraba que el proyecto de ley garantizaría la completa y debida adaptación del Derecho interno a la Directiva 89/665. Además, mediante escrito de 12 de enero de 2005 las autoridades portuguesas solicitaron a la Comisión que no emprendiera ninguna acción con arreglo al artículo 228 CE hasta que hubiera comenzado la nueva legislatura como resultado de las elecciones de 20 de febrero de 2005, a fin de que el procedimiento de aprobación de la ley sobre responsabilidad extracontractual del Estado pudiera ser iniciado durante el primer semestre de 2005.

9. El 21 de marzo de 2005 la Comisión envió un escrito de requerimiento a las autoridades portuguesas en el que informaba a éstas de que la disolución del Parlamento portugués (Assembleia da República Portuguesa) y la celebración de elecciones no justificaban el incumplimiento por Portugal de sus obligaciones derivadas de la Directiva 89/665 y de los plazos establecidos por ésta. La Comisión también indicó que en cualquier caso el proyecto de ley no se ajustaba a la Directiva 89/665. La Comisión informó a las autoridades portuguesas de que al no haber recibido ninguna información sobre las medidas adoptadas para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-275/03, consideraba que Portugal había incumplido sus obligaciones derivadas del artículo 228 CE, apartado 1. La Comisión instó a Portugal a presentar sus observa-

ciones al respecto en un plazo de dos meses. La Comisión también advirtió a las autoridades portuguesas de que el Tribunal de Justicia puede imponer sanciones pecuniarias en virtud del artículo 228 CE, apartado 2. La Comisión indicó que precisaría ante el Tribunal de Justicia el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que consideraba debería pagar Portugal dadas las circunstancias.

10. Mediante escrito de 25 de mayo de 2005 las autoridades portuguesas respondieron al escrito de requerimiento de la Comisión. La Comisión, insatisfecha con la respuesta, emitió un dictamen motivado el 13 de julio de 2005 en el que manifestaba que Portugal no había adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-275/03 y había incumplido sus obligaciones derivadas del artículo 228 CE, apartado 1. La Comisión fijó un plazo de dos meses para que la República Portuguesa adoptara las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia en el asunto C-275/03. La Comisión también advirtió a Portugal del hecho de que, si interpusiera un recurso ante el Tribunal de Justicia, éste podría imponer sanciones pecuniarias y que la propia Comisión propondría la condena al pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

11. En su respuesta de 12 de diciembre de 2005 al dictamen motivado las autoridades

portuguesas indicaron que el proyecto de ley sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, que entre otras disposiciones derogaría el Decreto-ley nº 48051, ya había sido presentado al Parlamento portugués para su aprobación final. Estimando que la República Portuguesa no había ejecutado la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-275/03, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

sentencia dictada en el referido asunto C-275/03, desde el día en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente asunto hasta la fecha de ejecución de la primera sentencia.

- Condene en costas a la República Portuguesa.

12. En su recurso la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 228 CE, apartado 1, al no haber adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto C-275/03.
- Condene a la República Portuguesa a abonar a la Comisión, mediante ingreso en la cuenta «recursos propios» de las Comunidades Europeas mencionada en el artículo 9 del Reglamento (CE, Euratom) nº 1150/2000 del Consejo, una multa coercitiva de 21.450 euros por cada día de retraso en la ejecución de la

13. La República Portuguesa solicita al Tribunal de Justicia que:

- 1) Desestime por infundadas todas las pretensiones de la Comisión y:
 - a) declare que la República Portuguesa ha tomado todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-275/03 y por tanto declare infundada la primera pretensión de la Comisión;
 - b) exonere a la República Portuguesa de la obligación de pagar una multa

coercitiva de 21.450 euros por cada día de retraso en la ejecución de la sentencia dictada en el referido asunto C-275/03, desde el día en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente asunto hasta la fecha de ejecución de la primera sentencia, y por tanto declare infundada la segunda pretensión de la Comisión.

- 2) Con carácter subsidiario, si no se estimaran las anteriores pretensiones —*quod non*— reduzca el importe de la citada multa coercitiva, por ser manifiestamente excesivo, y fije el coeficiente de gravedad aplicable a un nivel no superior a 4 (cuatro), establezca su pago con periodicidad anual y suspenda su pago hasta la entrada en vigor de las medidas adoptadas mientras tanto por el Estado portugués.

IV. Cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 228 CE, apartado 1

A. Alegaciones de las partes

14. La Comisión afirma que Portugal no ha adoptado las medidas necesarias para

la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto C-275/03, ya que ese Estado miembro no ha derogado el Decreto-ley nº 48051. La Comisión mantiene que el proyecto de ley sobre la responsabilidad extracontractual del Estado y de otros entes públicos, que se presentó al Parlamento portugués por el Gobierno portugués, no da cumplimiento a la referida sentencia. Además, al no haberse comunicado otras medidas a la Comisión, ésta considera que la República Portuguesa ha incumplido sus obligaciones derivadas del artículo 228 CE, apartado 1.

15. Portugal estima que el proyecto de ley nº 56/X sobre la responsabilidad extracontractual del Estado y de otros entes públicos, que fue aprobado por unanimidad por el Parlamento portugués el 6 de abril de 2006 y entrará en vigor en breve, constituye la válida adaptación del Derecho interno a la Directiva 89/665. Portugal considera también que el régimen jurídico adoptado mientras tanto por ese mismo Estado se adapta debidamente a la Directiva 89/665 y por tanto ejecuta plenamente la sentencia del asunto C-275/03. Al respecto Portugal alega que los artículos 22 y 271 de la Constitución de la República Portuguesa (CRP) y el nuevo Código de procedimiento contencioso-administrativo (CPCA) garantizan suficientemente la ejecución de la sentencia en el asunto C-275/03. Mantiene además que los tribunales portugueses han reconocido en jurisprudencia reiterada que existe una presunción de culpa en relación con los actos ilegales de la Administración.

B. *Apreciación*

16. En el marco del procedimiento regulado por el artículo 228 CE corresponde a la Comisión facilitar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para determinar el estado de ejecución por parte de un Estado miembro de una sentencia por incumplimiento. Asimismo, cuando la Comisión ha aportado elementos suficientes que muestran la persistencia del incumplimiento, corresponde al Estado miembro de que se trata impugnar de forma sustancial y detallada los datos presentados y las consecuencias derivadas de ellos.⁸

17. En el fallo de su sentencia en el asunto C-275/03, el Tribunal de Justicia declaró que la República Portuguesa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, al no haber derogado el Decreto-ley nº 48051, de 21 de noviembre de 1967, por el que se supedita la concesión de una indemnización de daños y perjuicios a los perjudicados por una violación del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de normas nacionales de adaptación a tal Derecho al requisito de que se demostrara que había existido dolo o culpa.

18. Dados los términos del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto

C-275/03, es necesario a mi juicio determinar en el contexto del presente asunto, que se refiere al incumplimiento de obligaciones derivadas del artículo 228 CE, apartado 1, si la República Portuguesa ha ejecutado dicha sentencia, y en particular si ha derogado el Decreto-ley nº 48051.

19. La fecha de referencia para apreciar si se han incumplido las obligaciones derivadas del artículo 228 CE, apartado 1, es la fecha de terminación del plazo fijado en el dictamen motivado emitido conforme a dicha disposición. Además, puesto que la Comisión pretende que se imponga a la República Portuguesa una multa coercitiva, también hay que determinar si el supuesto incumplimiento de las obligaciones se prolongó hasta la vista del presente asunto ante el Tribunal de Justicia.

20. En el presente asunto se pone de manifiesto por las alegaciones escritas de la Comisión, y en realidad también por las de Portugal, que, si bien se encuentra actualmente en trámite ante el Parlamento portugués un proyecto de ley para la derogación del Decreto-ley nº 48051, la ley aún no ha sido definitivamente aprobada. El mismo Gobierno portugués reconoció en sus alegaciones escritas que para la entrada en vigor de la proyectada Ley nº 56/X serán precisas, entre otros requisitos, la firma del Presidente da República y la publicación en el *Diário da*

8 — Sentencia de 18 de julio de 2006, Comisión/Italia (C-119/04, Rec. p. I-6885), apartado 41.

República. A la fecha de expiración del plazo prescrito por el dictamen motivado de 13 de julio de 2005 la República Portuguesa aún no había practicado esas actuaciones necesarias en el procedimiento legislativo.

21. Además en la vista celebrada el 5 de julio de 2007, al indicarse al agente de la República Portuguesa que el Decreto-ley nº 48051 aún seguía en vigor en la fecha de la propia vista, el agente respondió que la República Portuguesa tenía la intención de modificar el régimen actual mediante la aprobación de la Ley nº 56/X. Está claro por tanto que a 5 de julio de 2007 la República Portuguesa no había derogado el Decreto-ley nº 48051. Por otra parte en esa fecha las obligaciones a cargo de Portugal de proceder a la adaptación del Derecho interno a los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 seguían incumplidas.⁹

22. Por lo que atañe a las alegaciones del Gobierno portugués basadas en los artículos 22 y 271 de la CRP, en el CPCA y en la jurisprudencia de los tribunales portugueses¹⁰ sobre la presunción de culpa, esas alegaciones son a mi juicio jurídicamente irrelevantes e inapropiadas en el contexto del presente procedimiento. A mi parecer

tales alegaciones constituyen un intento por parte de Portugal de reabrir el procedimiento del asunto C-275/03 y pretenden un nuevo examen de cuestiones que las partes ya debatieron y que el Tribunal de Justicia apreció por tanto al pronunciar su sentencia en ese asunto.

23. A la luz de todo lo expuesto la conclusión debe ser que la República Portuguesa no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia en el asunto C-275/03 en lo que se refiere a la adaptación a los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, y por tanto ha incumplido sus obligaciones derivadas del artículo 228 CE, apartado 1.

24. Dado que se ha acreditado así que el incumplimiento de obligaciones por parte de la República Portuguesa aún persiste en la fecha de la vista del presente asunto ante el Tribunal de Justicia, procede examinar a continuación la pretensión de la Comisión relativa a la multa coercitiva.

V. La sanción pecuniaria apropiada

A. Alegaciones de las partes

25. Basándose en el método de cálculo definido en su Comunicación 96/C 242/07, de

9 — Dichas disposiciones no han sido derogadas mientras tanto.

10 — Véase el punto 15 anterior.

21 de agosto de 1996, sobre la aplicación del artículo [228] del Tratado CE¹¹ y en su Comunicación 97/C 63/02, de 28 de febrero de 1997, sobre el método de cálculo de la multa coercitiva prevista en el artículo [228] del Tratado CE,¹² la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que imponga a la República Portuguesa una multa coercitiva de 21.450 euros por cada día de retraso en la ejecución de la sentencia dictada en el asunto C-275/03. Dicha multa debe imponerse desde el día en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente asunto hasta la fecha en la que se ejecute la sentencia en el asunto C-275/03.

26. La Comisión considera que una multa coercitiva es el medio más apropiado para poner fin cuanto antes al incumplimiento declarado. Una multa coercitiva de 21.450 euros por cada día de retraso es proporcionada a la gravedad y a la duración del incumplimiento teniendo debidamente en cuenta la necesidad de garantizar que la sanción sea efectiva. Según la Comisión el importe debe calcularse multiplicando una base uniforme de 500 euros por un coeficiente de 11 (en una escala de 1 a 20) por la gravedad del incumplimiento, un coeficiente de 1 por la duración de éste y un coeficiente de 3,9 [basado en el Producto Interior Bruto (PIB) de Portugal y en la ponderación de votos de ese Estado en el Consejo], que refleja la capacidad de pago de Portugal.

27. Respecto a la duración del incumplimiento la Comisión alega que al 12 de octubre de 2005, fecha en la que decidió interponer el presente recurso, habían transcurrido 11 meses desde la fecha en la que se dictó la sentencia en el asunto C-275/03. Conforme a sus orientaciones adoptadas en marzo de 2001 la Comisión comienza a contar la duración de un incumplimiento del artículo 228 CE a partir del séptimo mes siguiente a la fecha de la sentencia declarativa de un incumplimiento del Derecho comunitario. En el presente asunto la multiplicación del «coeficiente 0,1 por 5 meses (de noviembre de 2004 a mayo de 2005) da como resultado 0,5». El coeficiente por la duración debe ser por tanto 1, el mínimo.

28. En lo que atañe a la gravedad del incumplimiento la Comisión considera que deben tenerse en cuenta dos factores al establecer el importe de la multa coercitiva, a saber, la importancia de las reglas comunitarias infringidas y los efectos de la infracción en los intereses generales y particulares. Según el tercer considerando de la Directiva 89/665, «la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación». Y «resulta importante, para que [la apertura] tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho.» La Comisión considera que las reglas que fueron infringidas son de gran importancia y que los efectos de esa infracción en los intereses generales y particulares pueden ser considerables. Al respecto el sector de la contratación pública representaba en 2002 el 13,2 %

11 — DO C 242, p. 6.

12 — DO C 63, p. 2.

del PIB de Portugal.¹³ Sin perjuicio de lo anterior, y en vista en primer lugar del hecho de que el Tribunal de Justicia se pronunció por primera vez en el asunto C-275/03 sobre la cuestión de si las reglas nacionales que someten la concesión de una indemnización de daños y perjuicios a los perjudicados por una violación del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de normas nacionales de adaptación a tal Derecho al requisito de que se demuestre que ha existido dolo o culpa son compatibles con los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, y en segundo lugar del hecho de que el incumplimiento que dio lugar a la sentencia en el asunto C-275/03 es en el caso de Portugal un supuesto aislado de adaptación incorrecta a una Directiva comunitaria en el ámbito de la contratación pública, la Comisión considera que el coeficiente de gravedad que debe aplicarse en el presente asunto es 11.

el calendario de referencia para la valoración de la persistencia del incumplimiento por un Estado miembro después de pronunciarse la sentencia en virtud del artículo 228 CE, no debe aplicarse en el presente asunto. La Comisión también considera que las circunstancias en el asunto C-278/01, Comisión/España,¹⁶ en el que la sentencia del Tribunal de Justicia declaró que la terminación del incumplimiento es este caso sólo podía determinarse con carácter anual, son materialmente diferentes de las del presente asunto, que se refiere a la adopción de medidas para la correcta adaptación del Derecho nacional a una disposición de la Directiva 89/665.

29. La Comisión señaló en su réplica que, en contra de lo alegado por Portugal,¹⁴ el punto 13.3 de la Comunicación de la Comisión de 2005 — Aplicación del artículo 228 CE¹⁵ (en lo sucesivo, «Comunicación de 2005»), que prevé la posibilidad de adaptar

30. La Comisión estima además, en contra también de lo mantenido por Portugal,¹⁷ que en el presente asunto no es necesario suspender la imposición de una multa coercitiva conforme al punto 13.4 de la Comunicación de 2005. Ese punto prevé la suspensión de una multa coercitiva por ejemplo cuando es preciso cierto tiempo para comprobar si se han tomado todas las medidas necesarias para la ejecución de una sentencia. Como el presente asunto se refiere a la adaptación del Derecho interno a una directiva, la Comisión puede tener constancia inmediata de las medidas nacionales de adaptación al recibir la notificación de éstas.

13 — Un poco inferior a la media comunitaria del 16 %.

14 — Véase el punto 33 más adelante.

15 — SEC(2005) 1658.

16 — Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Rec. p. I-14141), apartado 51.

17 — Véase el punto 34 más adelante.

31. Portugal considera que el importe de la multa coercitiva que propone la Comisión y en particular el coeficiente 11 de gravedad es manifiestamente desproporcionado y excesivo a la luz de las circunstancias del presente asunto. Según el Gobierno portugués la imposición de responsabilidad civil a la Administración puede parecer un instrumento de la política en materia de contratación pública en el marco de la Directiva 89/665. Sin embargo tal instrumento no debe considerarse de importancia máxima en relación con dicha política. El objetivo de la política en materia de contratación pública es principalmente garantizar la legalidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. La posibilidad de imponer responsabilidad a la Administración debe considerarse un instrumento secundario para proteger los intereses de los perjudicados. Además Portugal pone en duda que el incumplimiento haya tenido incidencia alguna en los intereses generales y particulares ya que los tribunales portugueses han reconocido en reiterada jurisprudencia que existe una presunción de culpa en relación con los actos ilegales de la Administración, de modo que se facilita la concesión de indemnización a los particulares perjudicados, de plena conformidad con los requisitos de la Directiva 89/665.

32. Portugal alega que el presente asunto no es similar a otros asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 228 CE dado que no se trata de la aplicación incorrecta del Derecho comunitario sino antes bien de la supuesta adaptación

incorrecta a una Directiva. Portugal sostiene que ello debe considerarse una circunstancia atenuante. Además el presente asunto, a diferencia de otros resueltos por el Tribunal de Justicia en los que la Comisión propuso inferiores coeficientes de gravedad, no afecta a intereses fundamentales como la salud pública o la integridad física de las personas. Por otra parte el presente asunto no se refiere a una materia sensible que corresponda a la competencia exclusiva de la Comunidad y que haya sido objeto de amplia legislación y doctrina en la jurisprudencia comunitaria. Portugal considera por tanto sorprendente que la Comisión proponga un coeficiente 11 de gravedad en un caso referido a la falta parcial de adaptación a la Directiva 89/665. Portugal estima por consiguiente que en este caso el coeficiente de gravedad no debe ser superior a 4.

33. Portugal mantiene además que de conformidad con el punto 13.4 de la Comunicación de 2005, que sustituyó a las Comunicaciones 96/C 242/07 y 97/C 63/02, el calendario de referencia apropiado en el presente caso para apreciar la adaptación a la Directiva 89/665 debe ser anual, y no diario como pretende la Comisión.

34. Por otra parte Portugal estima que de conformidad con el punto 13.4 de la Comunicación de 2005 la multa coercitiva debe suspenderse en el presente caso. Al adoptar el proyecto de la Ley nº 56/X Portugal ha

garantizado que se han dado todos los pasos necesarios para ejecutar la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-275/03. Sólo es necesario el transcurso de algún tiempo hasta que se apruebe la Ley.

miembro de que se trate. A este respecto las propuestas de la Comisión sobre la sanción pecuniaria no vinculan al Tribunal de Justicia y sólo constituyen una referencia útil.²⁰ Además las comunicaciones de la Comisión relativas al artículo 228 CE no vinculan al Tribunal de Justicia sino que contribuyen a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de la actuación de la Comisión.²¹

B. *Apreciación*

35. Si el Tribunal de Justicia declarase que la República Portuguesa no ha ejecutado su sentencia en el asunto C-275/03, el Tribunal de Justicia puede conforme al artículo 228 CE, apartado 2, párrafo tercero, condenar a ese Estado miembro al pago de una suma a tanto alzado y/o de una multa coercitiva.¹⁸

36. Según su reiterada jurisprudencia, corresponde al Tribunal de Justicia apreciar en función de las circunstancias de cada caso la sanción pecuniaria que debe imponerse.¹⁹ La determinación de la sanción con arreglo al artículo 228 CE es por tanto competencia exclusiva del Tribunal de Justicia. Al ejercer su facultad de apreciación incumbe por tanto al Tribunal de Justicia fijar una suma a tanto alzado y/o una multa coercitiva que sea adecuada a las circunstancias y proporcionada tanto al incumplimiento declarado como a la capacidad de pago del Estado

37. En el presente asunto la demanda de la Comisión basó su propuesta de la sanción económica cuya imposición a Portugal solicitaba, entre otros elementos, en sus Comunicaciones 96/C 242/07 y 97/C 63/02. Procede observar que el 7 de febrero de 2006, fecha de presentación de la demanda en el presente asunto ante el Tribunal de Justicia, esas Comunicaciones ya no estaban en vigor y habían sido sustituidas por la Comunicación de 2005 con efecto desde el 1 de enero de 2006.²²

38. Considero apropiado en el contexto del presente procedimiento que el Tribunal de

18 — Véase la sentencia de 12 de julio de 2005, Comisión/Francia (C-304/02, Rec. p. I-6263), apartados 80 a 82 en particular.

19 — Comisión/Francia, citada en la nota 18, apartado 86.

20 — Véase la sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión/Grecia (C-387/97, Rec. p. I-5047), apartado 89.

21 — Véase la sentencia Comisión/Grecia citada en la nota 20, apartado 87.

22 — Véase el punto 25 de la Comunicación de 2005.

Justicia atiende, entre otros elementos, a la Comunicación de 2005 más reciente, así como a las alegaciones de las partes, como punto de referencia útil para determinar si en el presente caso debe imponerse una sanción pecuniaria, y en caso afirmativo el importe de dicha sanción. Al apreciarlo así estimo que la referencia de la Comisión a sus anteriores Comunicaciones no ha dificultado la defensa de sus intereses por parte de Portugal en el curso del presente procedimiento y que se han respetado los principios de transparencia, previsibilidad y seguridad jurídica. Portugal precisamente puso de relieve en sus alegaciones escritas que la Comunicación de 2005 había sustituido las anteriores comunicaciones de la Comisión y en realidad, como resulta de las alegaciones de Portugal, este Estado miembro invoca específicamente los puntos 13.3 y 13.4 de la Comunicación de 2005. A mi juicio Portugal tuvo pleno conocimiento del contenido de la Comunicación de 2005 y de que ésta podía ser utilizada como referencia en relación con la imposición de sanciones pecuniarias por el Tribunal de Justicia.

39. A mi parecer, para la aplicación coherente del procedimiento de ejecución previsto por el artículo 228 CE, éste debe entenderse como una herramienta para la completa realización del objetivo del procedimiento regulado por el artículo 226 CE, que consiste en poner fin a las infracciones del Derecho comunitario, y al mismo tiempo como un medio para disuadir a los Estados miembros de la inexecución de las sentencias del Tribunal de Justicia que declaran un

incumplimiento del Derecho comunitario con arreglo al artículo 226 CE.

40. En términos concretos el procedimiento establecido por el artículo 228 CE, apartado 2, tiene por objeto inducir al Estado miembro infractor a ejecutar la sentencia dictada en un procedimiento por incumplimiento y, por ende, garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario por dicho Estado. Las medidas previstas en esta disposición, la suma a tanto alzado y la multa coercitiva, tienen ambas este mismo objeto. La condena al pago de una multa coercitiva o de una suma a tanto alzado tiene por objeto ejercer una presión económica que induzca al Estado miembro a poner fin al incumplimiento declarado. Por consiguiente, las sanciones pecuniarias impuestas deben determinarse en función del grado de persuasión necesario para que dicho Estado miembro modifique su comportamiento.²³

41. En la sentencia de 12 de julio de 2005, Comisión/Francia (C-304/02) el Tribunal de Justicia declaró que si la imposición de una multa coercitiva resulta especialmente adaptada para inducir a un Estado miembro a poner fin lo antes posible a un incumplimiento que, de no existir dicha medida, tendría tendencia a persistir, la imposición del pago de una suma a tanto alzado descansa más bien en la apreciación de las consecuen-

23 — Sentencia de 14 de marzo de 2006, Comisión/Francia (C-177/04, Rec. p. I-2461), apartados 59 y 60.

cias del incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro afectado en los intereses privados y públicos, en especial cuando el incumplimiento se ha mantenido largo tiempo después de la sentencia que inicialmente lo declaró.²⁴

43. En lo que atañe al importe de la multa coercitiva los criterios de base que deben tomarse en consideración para garantizar la naturaleza coercitiva de la multa con vistas a la aplicación uniforme y efectiva del Derecho comunitario son, en principio, la duración de la infracción, su gravedad y la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate. Para aplicar estos criterios, deben tenerse en cuenta, en particular, las consecuencias de la falta de ejecución sobre los intereses privados y públicos y la urgencia que exista de que el Estado miembro de que se trate cumpla sus obligaciones.²⁵

42. A la luz de las circunstancias del presente caso considero que la imposición de una multa coercitiva es un medio apropiado para inducir o persuadir a Portugal para modificar su conducta y cumplir sus obligaciones derivadas de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665. A mi juicio en el presente procedimiento existe prueba suficiente de un riesgo real de que la infracción de la que se trata persistirá si no se impone a Portugal una multa coercitiva. Al respecto, en la vista celebrada el 5 de julio de 2007 se evidenció que la República Portuguesa no había tomado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia en el asunto C-275/03, a pesar de sus reiteradas manifestaciones anteriores de que tal acción era inminente.

44. La Comisión mantiene que el coeficiente de duración del incumplimiento debe fijarse en 1 en el presente asunto. Como puede observarse por las alegaciones de la Comisión ese coeficiente se calculó atendiendo, entre otros factores, a la fecha en la que la Comisión decidió interponer el presente recurso, es decir el 12 de octubre de 2005. A mi juicio la propuesta de la Comisión relativa a la duración es errónea. Además del hecho de que la Comisión no interpuso en realidad el presente recurso hasta el 7 de febrero de 2006, en la sentencia de 14 de marzo de 2006, Comisión/Francia (C-177/04), el Tribunal de Justicia declaró que la duración de la infracción a efectos del artículo 228 CE debe valorarse tomando como punto de referencia el momento en que el Tribunal de Justicia

24 — Sentencia Comisión/Francia, citada en la nota 18, apartado 81.

25 — Sentencia Comisión/Grecia, citada en la nota 20, apartado 92.

aprecia los hechos y no la fecha en que la Comisión interpone su recurso ante aquél.²⁶

46. En estas circunstancias considero apropiado el coeficiente 2 para tomar en cuenta la duración del incumplimiento.

45. En el presente asunto la ejecución de la sentencia en el asunto C-275/03 sólo requería que Portugal adoptara las medidas de adaptación del Derecho nacional a los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 y en particular la derogación del Decreto-ley nº 48051. Es evidente que la falta de aprobación definitiva por parte de Portugal de las medidas legislativas necesarias para la ejecución de la sentencia en el asunto C-275/03, que se pronunció el 14 de octubre de 2004, ha persistido durante un largo período de tiempo. En la fecha de la vista del presente asunto habían transcurrido casi tres años desde que se dictó la sentencia en el asunto C-275/03.²⁷

47. Respecto a la gravedad del incumplimiento no considero acertada la propuesta por la Comisión del coeficiente de gravedad 11, en una escala de 1 a 20. A mi juicio ese coeficiente es claramente excesivo a la luz de las circunstancias del presente asunto y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

48. En relación con esa jurisprudencia el Gobierno portugués ha señalado fundamentadamente a mi juicio que el Tribunal de Justicia ha aplicado un coeficiente de gravedad inferior en asuntos relativos por ejemplo a la puesta en peligro de la salud pública, al daño medioambiental y a la explotación excesiva de recursos pesqueros.²⁸ Considero por tanto que el coeficiente 4 propuesto por el Gobierno portugués es más apropiado en el presente asunto.

26 — Véase el apartado 71. A mi juicio la fecha en la que el Tribunal de Justicia aprecia los hechos es una fecha indeterminable desconocida por las partes. Considero por tanto que a los efectos de imponer una multa coercitiva conforme al artículo 228 CE la duración del incumplimiento debe apreciarse con referencia a la fecha de la vista del asunto, o si no se celebrara vista la fecha de terminación de la fase escrita.

27 — Véase por analogía la sentencia Comisión/Francia, de 14 de marzo de 2006, citada en la nota 23, apartados 73 y 74. En ese asunto el Tribunal de Justicia estimó que debía aplicarse el coeficiente de duración 3, cuando la falta de adopción de medidas de adaptación del Derecho nacional había persistido durante casi cuatro años.

28 — Portugal ha observado a este respecto que en el asunto Comisión/Grecia, cuya sentencia se cita en la nota 20, la Comisión propuso un coeficiente de gravedad 6, en relación con un incumplimiento de obligaciones que ponía en peligro la salud pública, en el que no se había adoptado ninguna medida de ejecución de la primera sentencia. En tanto que en el asunto Comisión/España, cuya sentencia se cita en la nota 16, la Comisión había propuesto el coeficiente de gravedad 4 en relación con la falta de adaptación a una directiva sobre calidad de las aguas de baño, que por tanto afectaba a la protección del medio ambiente y de la salud pública. Además, en el asunto Comisión/Francia, de 12 de julio de 2005, cuya sentencia se cita en la nota 18, que se refería a la política pesquera común, se propuso el coeficiente de gravedad 10.

49. Si bien el incumplimiento de la Directiva 89/665 se revela parcial dado que el presente procedimiento y el asunto C-275/03 se refieren a los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la citada Directiva y no a ésta en su totalidad, el coeficiente de gravedad 4 está justificado, a mi juicio, por la importancia de las disposiciones mencionadas que prevén la adopción de medidas para la concesión de indemnización a las personas perjudicadas por una infracción de las reglas sobre contratación pública.²⁹

50. Al alcanzar esa conclusión quiero subrayar que disiento de las alegaciones de Portugal que tienden a sugerir que la política comunitaria en materia de contratación pública no es de gran importancia. A mi juicio la política de contratación pública es fundamental para garantizar que la competencia en el mercado interior no sea distor-

sionada.³⁰ Además, en contra de lo alegado por Portugal,³¹ considero que la posibilidad de que los operadores privados impugnen las decisiones de las entidades adjudicadoras y obtengan una indemnización cuando hayan sido perjudicados por una infracción de las reglas sobre contratación pública es esencial para el buen funcionamiento de esas reglas. La existencia de tales recursos no sólo protege los intereses de las personas afectadas sino que también garantiza la plena efectividad de la política comunitaria de contratación pública.

51. La falta de derogación del Decreto-ley nº 48051 por parte de Portugal³² hace probablemente más difícil y ciertamente costoso el ejercicio de acciones judiciales por los particulares en este ámbito. Esa situación puede a mi juicio desincentivar el ejercicio de tales acciones por los particulares y debilitar por tanto la plena efectividad de la política comunitaria de contratación pública.

29 — Compárese con la sentencia Comisión/Francia, de 14 de marzo de 2006, citada en la nota 23, en la que el Tribunal de Justicia consideró que el incumplimiento del Derecho comunitario debido a la falta de adaptación parcial a una directiva no era de especial gravedad y por tanto aplicó el coeficiente de gravedad 1. En esa sentencia el Tribunal de Justicia declaró que Francia no había adoptado las medidas necesarias para la plena ejecución de la sentencia de 25 de abril de 2002, Comisión/Francia (C-52/00, Rec. p. I-3827), en lo que atañe a la adaptación del Derecho interno al artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210, p. 29; EE 13/19, p. 8), incumpliendo de este modo las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 228 CE, al continuar considerando que el suministrador de un producto defectuoso era responsable por el mismo concepto que el productor, cuando este último no pudiera ser identificado, incluso en el supuesto de que el suministrador hubiera informado al perjudicado de la identidad de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable.

30 — La dimensión total del sector de la contratación pública, que puede representar 16 % del PIB de la Comunidad y 13,2 % del PIB de Portugal, no puede dejarse de lado.

31 — Véase el punto 31 anterior.

32 — De modo tal que la concesión de indemnización a las personas perjudicadas por una infracción del Derecho comunitario sobre los contratos públicos, o del Derecho nacional de adaptación al primero, depende de la prueba de culpa o de dolo por parte del Estado o de los entes públicos.

52. A la luz de lo expuesto considero que la multa coercitiva que se imponga en el presente asunto debe resultar de multiplicar el importe de base de 600 euros por los coeficientes 4,04 (capacidad de pago),³³ 4 (gravedad del incumplimiento) y 2 (duración del incumplimiento), que lleva al importe de 19.392 euros por cada día de retraso.

53. Por lo que se refiere a la periodicidad de la multa coercitiva, tratándose en el presente asunto de la ejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia que implica la mera aprobación de una modificación legislativa para la adaptación a una parte de una directiva, procede optar por una multa coercitiva diaria.³⁴ Deben desecharse por tanto los argumentos del Gobierno portugués basados en el punto 13.3 de la Comunicación de 2005.

54. Considero además que no es necesario en el presente asunto suspender la imposición de la multa coercitiva. La aprobación de la modificación legislativa necesaria y por consiguiente la ejecución de la sentencia del asunto C-275/03 pueden comprobarse inmediatamente por la Comisión al recibir la noti-

ficación de tal modificación. Por tanto deben rechazarse también los argumentos del Gobierno portugués basados en el punto 13.4 de la Comunicación de 2005.

55. En lo que se refiere a la posibilidad de que el Tribunal de Justicia condene al pago de una suma a tanto alzado estimo que en el presente asunto no está justificada tal sanción a pesar de que la falta de adaptación del Derecho interno a los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 ha persistido durante casi tres años desde que se pronunció la sentencia en el asunto C-275/03 y de que los intereses públicos y privados afectados por ese incumplimiento son de cierta importancia.

56. Esa reflexión tiene soporte en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular en la sentencia de 12 de julio de 2005, Comisión/Francia (C-304/02) y las circunstancias muy específicas de dicho asunto que llevaron al Tribunal de Justicia a condenar al pago de una suma a tanto alzado además de una multa coercitiva.³⁵ En realidad el propio texto del artículo 228 CE, apartado 2, prevé sólo la imposición de una de las dos posibles sanciones mencionadas. Además el Tribunal de Justicia ha estimado que cada una de ambas sanciones cumple una función distinta.³⁶

33 — Procede observar que el importe de base y el coeficiente en relación con la capacidad de pago de Portugal se han tomado de la Comunicación de 2005. Véase el punto 37 anterior.

34 — Véase la sentencia Comisión/Francia, de 14 de marzo de 2006, citada en la nota 23, apartado 77.

35 — Véanse los apartados 114 y 115 de la sentencia Comisión/Francia (C-304/02).

36 — Véase la sentencia Comisión/Francia, de 12 de julio de 2005, citada en la nota 18, (C-304/02), apartado 84.

VI. Conclusión

57. En virtud de las consideraciones expuestas propongo al Tribunal de Justicia:

- Declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, al no haber derogado el Decreto-ley n.º 48051, de 21 de noviembre de 1967, por el que se supedita la concesión de una indemnización de daños y perjuicios a los perjudicados por una violación del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de normas nacionales de adaptación del ordenamiento jurídico interno a tal Derecho al requisito de que se demuestre que ha existido dolo o culpa, y que en consecuencia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 228 CE.

- Condenar a la República Portuguesa a abonar a la Comisión de las Comunidades Europeas, mediante ingreso en la cuenta «recursos propios» de las Comunidades Europeas, una multa coercitiva de 19.392 euros por cada día de retraso en la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia dictada en el asunto C-275/03, Comisión/Portugal, desde el día en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente asunto hasta la completa ejecución de la primera sentencia citada.

- Condenar en costas a la República Portuguesa.