

**AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 26 de noviembre de 1999 ***

En el asunto C-192/98,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), por la Corte dei Conti (Italia), destinada a obtener, en el procedimiento de fiscalización posterior incoado ante ella contra

Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS),

una decisión prejudicial sobre la interpretación 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 (DO L 209, p. 1),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente; J.C. Moitinho de Almeida, D.A.O. Edward (Ponente), L. Sevón y R. Schintgen, Presidentes de

* Lengua de procedimiento: italiano.

Sala; P.J.G. Kapteyn, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann, H. Rag-nemalm, M. Watheler y V. Skouris, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Cosmas;
Secretario: Sr. R. Grass;

oído el Abogado General;

dicta el siguiente

Auto

- 1 Mediante resolución de 7 de abril de 1998, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de mayo siguiente, la Corte dei Conti (Tribunal de Cuentas) planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación 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 (DO L 209, p. 1).
- 2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un procedimiento de fiscalización relativo a la legalidad, regularidad y rentabilidad de la gestión de la Azienda nazionale autonoma delle strade (Empresa nacional autónoma de carreteras,

convertida en Ente nazionale per le strade; en lo sucesivo, «ANAS»), en lo que atañe a dos tramos de un empréstito emitido por esta última.

El asunto principal y las cuestiones prejudiciales

- 3 En el marco de sus actividades de construcción, mantenimiento y explotación de carreteras y autopistas nacionales, ANAS obtuvo dos préstamos, entre los cuales figuran cuatro tramos de dos billones de LIT, que forman parte cada uno de ellos de un empréstito que se eleva a un total de 8 billones de LIT.
- 4 Los dos primeros tramos se consiguieron en el mercado italiano. Los correspondientes contratos fueron aprobados y convertidos en ejecutivos mediante Órdenes interministeriales del Ministerio dei Lavori Pubblici (Ministerio de Obras Públicas) y del Ministerio del Tesoro, de 26 de febrero de 1991 y de 30 de enero de 1992, respectivamente.
- 5 Para conseguir el tercer tramo, ANAS, considerando que la oferta del grupo de bancos italianos era demasiado onerosa, acudió al mercado internacional de capitales. Celebró con el banco «Nomura International Plc», con domicilio social en Londres, un contrato de empréstito obligacionario que previa la emisión de «Eurobond» en dólares USA de tipo variable, contrato que fue aprobado, junto con los contratos swap conexos, mediante diversas Órdenes Ministeriales de los Departamentos mencionados. Estas Órdenes Ministeriales fueron adoptadas entre diciembre de 1993 y noviembre de 1994, es decir, con posterioridad a que finalizara el plazo previsto para dar cumplimiento a la Directiva 92/50, a saber, el 1 de julio de 1993, y antes de que el ordenamiento jurídico interno italiano se hubiera adaptado a ésta, resultado que se consiguió mediante el Decreto Legislativo nº 157, de 17 de marzo de 1995.
- 6 Tras comprobar que los referidos contratos se habían aprobado con posterioridad a la expiración del plazo para adaptar el Derecho interno a la Directiva 92/50, el

órgano fiscalizador competente declaró que dicha Directiva no había sido aplicada, siendo así que, según él, era directamente aplicable y habría debido por ello ser respetada. ANAS puso en tela de juicio esta tesis, sosteniendo que la Directiva 92/50 no se ajustaba a los criterios para poder ser considerada directamente aplicable y que, al ser ANAS en el momento de los hechos una empresa nacional autónoma, no podía ser considerada una «entidad adjudicadora», en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50.

- 7 Este análisis fue confirmado en su integridad en relación con la conclusión del cuarto y último tramo del empréstito, que se obtuvo gracias a un contrato de préstamo con un grupo de bancos italianos, aunque la Orden Ministerial de aprobación fue adoptada con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto Legislativo nº 157.
- 8 Posteriormente, la Corte dei Conti, y más concretamente la Sección encargada de fiscalizar los actos del Gobierno y de las Administraciones del Estado, hubo de pronunciarse sobre la legalidad, regularidad y rentabilidad de la gestión de ANAS en lo que atañe a los tramos tercero y cuarto del mencionado empréstito. Al considerar que el ejercicio de tal fiscalización precisaba de la interpretación de algunos elementos del Derecho comunitario, la Corte dei Conti decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las tres cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Las peculiaridades de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios —que, como es notorio, prevé un período transitorio para su completa aplicación (considerando vigesimoprimer), la utilización de dos series de disposiciones según se trate de servicios enumerados en el Anexo I A o en el Anexo I B (artículos 8 y 9), así como un procedimiento de revisión (tras un plazo de tres años) de los resultados obtenidos, a fin de hacer posible “la aplicación plena de la Directiva a una gama de contratos de servicios más

amplia" (considerando vigesimoséptimo y artículo 43)—, ¿impiden o hacen más difícil su aplicabilidad inmediata en el ordenamiento interno (a partir del 1 de julio de 1993), no existiendo un acto formal de adaptación por parte del Estado miembro?

- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, la regulación de la citada Directiva (los servicios contemplados en el artículo 8) ¿resulta o no aplicable a la Azienda nazionale autonoma delle strade-ANAS, en lo que atañe a si se cumplen o no los criterios para que sea considerada "entidad adjudicadora", en el sentido del artículo 1, letra b), de la propia Directiva?
- 3) En caso de respuesta afirmativa a la precedente cuestión, la aplicación de la Directiva 92/50/CEE —que no parece presentar margen para la duda en lo que atañe al contrato de préstamo celebrado con el grupo de bancos italianos para obtener el cuarto y último tramo del empréstito por importe de 8 billones de liras autorizado mediante la Ley nº 405/90—, ¿debe reconocerse también en lo relativo al contrato celebrado entre ANAS y "Nomura International Plc" para obtener la cantidad de 2 billones de LIT (tercer tramo), mediante un empréstito obligacionario con emisión de "Eurobond" en dólares USA de tipo variable, habida cuenta de que el considerando decimotercero y el artículo 1, letra a), inciso vii), de la misma Directiva prevén excluir de los servicios bancarios (de los que trata la categoría 6 del Anexo I A) los "contratos relativos a la compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros [...]”?»

Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

- 9) La Corte dei Conti considera que cuando actúa, con carácter colegiado, en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, ya se trate de la fiscalización preventiva de la legalidad de los actos o de la fiscalización posterior sobre la gestión del

balance y del patrimonio de las Administraciones del Estado, cumple todos los criterios que el Tribunal de Justicia estima necesarios para tener la consideración de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros», a efectos del artículo 177 del Tratado.

- 10 La Corte dei Conti alega, en efecto, que fue creada con carácter permanente por la Constitución italiana, la cual garantiza la independencia de dicho Organismo y de sus miembros; que el procedimiento de fiscalización tiene en su totalidad carácter contradictorio, con intervención de las Administraciones interesadas, y que su función de fiscalizar la gestión de las Administraciones públicas tiene carácter obligatorio, en cuanto que se desarrolla mediante programas que la propia Corte dei Conti define y que, una vez adoptados, la vinculan tanto a ella como a las Administraciones afectadas, que no pueden sustraerse a los mismos.
- 11 Por otro lado, la Corte dei Conti afirma que el procedimiento de fiscalización finaliza mediante una decisión colegiada definitiva, en cuya virtud, con arreglo al artículo 3, apartado 4, de la Ley nº 20/1994, de 14 de enero de 1994 (GURI nº 10, de 14 de enero de 1994), se verifica y declara la legalidad y regularidad de la gestión o, por el contrario, su ilegalidad e irregularidad, por un lado, y se valora si los resultados de la actividad administrativa responden a los objetivos previstos en la ley, por otro. Así pues, añade la Corte dei Conti, existe una primera fase que es estrictamente jurídica y una segunda fase que consiste en verificar tanto la regularidad financiera de la gestión como los resultados de la misma en términos de eficiencia, eficacia y economía, así como en aplicar parámetros de tipo financiero, económico, estadístico y similares.
- 12 En una comunicación de 24 de mayo de 1999, que el Gobierno italiano transmitió al Tribunal de Justicia, la Corte dei Conti invoca el hecho de que el procedimiento de fiscalización se desarrolla con carácter contradictorio, en forma de un litigio que versa sobre cuestiones de legalidad y en el que se oponen, por un lado, el servicio de fiscalización, el cual, en el marco de la instrucción, formula acusaciones contra la Administración, y, por otro lado, dicha Administración, que niega las acusaciones. Dicho litigio lo resuelve posteriormente la Sección de

fiscalización, actuando de forma colegiada y previa celebración de una vista en la que son oídos los representantes de la Administración afectada.

- 13 En cuanto a los efectos jurídicos de las decisiones («resoluciones») así dictadas, la Corte dei Conti indica que existe una incidencia indirecta sobre la gestión de la Administración interesada, puesto que, en virtud del artículo 3, apartado 6, de la Ley nº 20/1994, esa Administración está obligada a comunicarle las medidas que adopte a raíz de la resolución de la que sea destinataria. Por otra parte, en lo que atañe a las Administraciones públicas no territoriales, el artículo 3, apartado 8, de la Ley nº 20/1994 prevé que la Corte dei Conti podrá exigir, en su resolución, que se revisen aquellos actos que considere contrarios a Derecho.
- 14 ANAS estima que no cabe ninguna duda de que, considerada de un modo abstracto y general, la Corte dei Conti es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado.
- 15 En respuesta a una pregunta formulada por este Tribunal de Justicia, el Gobierno italiano sostiene que debe declararse la inadmisibilidad de las cuestiones planteadas por la Corte dei Conti.
- 16 El Gobierno italiano añade que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano (principalmente la sentencia nº 335/95; *Rivista della Corte dei Conti*, 1995, 3, II, p. 163) distingue entre la fiscalización preventiva de la legalidad de los actos y la fiscalización posterior sobre la gestión financiera de las empresas. Mientras que el primer tipo de fiscalización comporta, según la referida jurisprudencia, numerosos aspectos análogos a la función jurisdiccional, la fiscalización posterior de la gestión, prevista en el artículo 3, apartado 4, de la Ley nº 20/1994, «no puede revestir las características de una fiscalización que quepa asimilar a la función jurisdiccional, es decir, destinada a la aplicación del Derecho objetivo, con exclusión de toda apreciación que no sea de orden estrictamente jurídico»; por el contrario, se configura «como una fiscalización de carácter empírico, inspirada no tanto en parámetros normativos precisos como en

modelos ideales basados en la experiencia común, los cuales encuentran en los conocimientos técnico-científicos propios de las diferentes disciplinas sus criterios racionalizadores a efectos de evaluar los resultados de la acción administrativa».

- 17 Según el Gobierno austriaco, de las explicaciones facilitadas por la Corte dei Conti en su resolución de remisión se desprende que dicha Institución tiene competencia para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales. No obstante, habida cuenta de que no dispone de las normas nacionales pertinentes relativas a la organización de aquella Institución, ni, con carácter general, de las normas relativas a su marco jurídico, al Gobierno austriaco no le resulta posible apreciar con carácter definitivo la realidad de la mencionada competencia.
- 18 La Comisión mantiene que, en el ejercicio de su función de fiscalización posterior, la Corte dei Conti no puede tener la consideración de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado. En particular, la Comisión alega que, en el procedimiento principal, la Corte dei Conti no conoce de un litigio que haya de resolver adoptando una decisión de carácter jurisdiccional. En efecto, puesto que las funciones de fiscalización posterior que ejerce la Corte dei Conti versan sobre actos que, como las Órdenes Ministeriales que aprueban los contratos de préstamo discutidos en el litigio principal, ya han sido ejecutados, dicha Institución realiza la operación de comprobar los resultados obtenidos por la Administración en relación con los programas inicialmente establecidos. Al proceder de esta manera, la Corte dei Conti no ejerce funciones jurisdiccionales, sino de carácter administrativo.
- 19 La Comisión indica, por otro lado, que la Corte dei Conti no examina la acción de la Administración basándose exclusivamente en la aplicación de normas jurídicas, sino tomando en consideración otros parámetros. La Comisión añade que la situación sería diferente si los contratos de préstamo concluidos entre ANAS y Nomura International plc hubieran sido impugnados por otra sociedad. Tan sólo en un supuesto como éste se estaría en presencia de un litigio entre un particular y la Administración. En cuyo caso, por lo demás, el órgano competente

para resolverlo no sería la Corte dei Conti sino el Tribunal contencioso-administrativo regional.

- 20 Para apreciar si un organismo posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión sujeta únicamente al Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véanse, en particular, las sentencias de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels*, 61/65, Rec. p. 377; de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23, y de 2 de marzo de 1999, *Eddline El-Yassini*, C-416/96, Rec. p. I-1209, apartado 17).
- 21 Además, constituye jurisprudencia reiterada que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional (véanse el auto de 5 de marzo de 1986, *Greis Unterweger*, 318/85, Rec. p. 955, apartado 4, y las sentencias de 19 de octubre de 1995, *Job Centre*, C-111/94, Rec. p. I-3361, apartado 9, y de 12 de noviembre de 1998, *Victoria Film*, C-134/97, Rec. p. I-7023, apartado 14).
- 22 Así pues, la competencia de un organismo para pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie deberá determinarse basándose tanto en criterios estructurales como funcionales. A este respecto, un organismo nacional puede tener la consideración de «órgano jurisdiccional», a efectos del artículo 177 del Tratado, si ejerce funciones jurisdiccionales, aun cuando en el ejercicio de otras funciones, en particular de carácter administrativo, no pueda reconocérsele tal calificación.

- 23 De lo anterior se deduce que para determinar si un organismo nacional, al que la ley atribuya funciones de diversa naturaleza, debe ser calificado de «órgano jurisdiccional», a efectos del artículo 177 del Tratado, resulta necesario verificar cuál es la naturaleza específica de las funciones que ejerce en el contexto normativo particular en el que se ve obligado a pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie. En el marco de este examen, carece de relevancia el hecho de que deban calificarse de «órganos jurisdiccionales», a efectos del artículo 177 del Tratado, otras Secciones del organismo de que se trate, o incluso la misma Sección que haya pedido al Tribunal de Justicia que se pronuncie, si bien actuando en el ejercicio de funciones distintas de las que dieron lugar a que se efectuara dicha petición.
- 24 Pues bien, de las observaciones sometidas a la consideración de este Tribunal de Justicia se desprende que la función de fiscalización posterior que ejerce la Corte dei Conti en el litigio principal es esencialmente una función de evaluación y verificación de los resultados de la actividad administrativa. De ello se deduce que, en el contexto que dio lugar a la presente cuestión prejudicial, dicha Institución no ejerce funciones jurisdiccionales.
- 25 En tales circunstancias, este Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por la Corte dei Conti.

Costas

- 26 Los gastos efectuados por los Gobiernos italiano y austriaco, así como por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no

pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

resuelve:

El Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones planteadas por la Corte dei Conti mediante su resolución de remisión de 7 de abril de 1998.

Dictado en Luxemburgo, a 26 de noviembre de 1999.

El Secretario

R. Grass

El Presidente

G.C. Rodríguez Iglesias