

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 15 de mayo de 2003 *

En el asunto C-214/00,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. G. Valero Jordana, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Reino de España, representado por el Sr. S. Ortiz Vaamonde, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: español.

que tiene por objeto que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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 (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por 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), al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

- al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por todas las entidades adjudicadoras, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), incluidas las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público;
- al no permitir la interposición de recursos contra todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidos todos los actos de trámite, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público; y
- al no haber previsto la posibilidad de que se tomen todo tipo de medidas cautelares procedentes en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la

suspensión de una decisión administrativa, eliminando para ello las dificultades y los obstáculos de cualquier tipo y en particular la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. R. Schintgen, en funciones de Presidente de la Sala Sexta, y el Sr. V. Skouris (Ponente), las Sras. F. Macken y N. Colneric y el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Léger;
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes orales de las partes en la vista celebrada el 14 de marzo de 2002;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 13 de junio de 2002;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 30 de mayo de 2000, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 226 CE, un recurso con objeto de que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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 (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por 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; en lo sucesivo, «Directiva 89/665»), al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

- al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por todas las entidades adjudicadoras, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), incluidas las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público;

- al no permitir la interposición de recursos contra todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidos todos los actos de trámite, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público; y

- al no haber previsto la posibilidad de que se tomen todo tipo de medidas cautelares procedentes en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa, eliminando para ello las dificultades y los obstáculos de cualquier tipo y en particular la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 2 De los considerandos primero y segundo de la Directiva 89/665 se desprende que los mecanismos que existían en la fecha de su adopción, tanto en el ámbito nacional como en el comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos y en particular de las Directivas 71/305/CEE 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), y 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), no permitían siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular en la fase en que las infracciones aún podían corregirse.

3 El tercer considerando de la Directiva 89/665 señala que «la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que 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».

4 Del quinto considerando de dicha Directiva resulta que, «dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar» y que «la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas».

5 El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 establece lo siguiente:

«1. 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, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean

accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. [...]»

- 6 A tenor del artículo 2, apartados 1, letra a), 3 y 4, de la Directiva 89/665:

«1. 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:

- a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por [las entidades adjudicadoras];

[...]

3. Por sí mismos, los procedimientos de recurso no deberán tener necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los que se refieran.

4. Los Estados miembros podrán determinar que el organismo responsable, al estudiar si procede adoptar medidas provisionales, pueda tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general, y decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas. La decisión de no

conceder estas medidas provisionales no prejuzgará los demás derechos reivindicados por la persona que solicite tales medidas.»

7 La Directiva 71/305 y la Directiva 77/62 fueron derogadas, respectivamente, por la Directiva 93/37 y por la Directiva 93/36. Las referencias que hacen el primer considerando y el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 a las Directivas así derogadas deben entenderse hechas a las Directivas 93/37 y 93/36.

8 Conforme al artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, cuyo tenor es esencialmente idéntico al del artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37:

«[...] se entenderá por [...] *entidad adjudicadora*: 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.

Se entenderá 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.

[...]»

- 9 El artículo 1, puntos 1 y 2, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), tiene el siguiente tenor:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- 1) *poderes públicos*: el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por una o varias de dichas entidades o de dichos organismos de Derecho público.

Se considerará como organismo de Derecho público, cualquier organismo que:

- haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no [sean] de carácter industrial o comercial,

- tenga una personalidad jurídica propia,

y

- esté financiado, mayoritariamente, por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público; o su gestión esté sujeta a un control por parte de estos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión más de la mitad de cuyos miembros son nombrados por el Estado, por las entidades territoriales o por otros organismos de Derecho público;

2) *empresas públicas*: aquéllas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

- tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa,

o

- dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa,

o

- puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa».

- ¹⁰ Los procedimientos de recurso iniciados contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de la Directiva 93/38 están regulados por la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14), cuyo cuarto considerando señala que la Directiva 89/665 se limita a los procedimientos de formalización de contratos dentro del ámbito de aplicación de las Directivas 71/305 y 77/62.

Normativa nacional

- ¹¹ El ámbito de aplicación personal de la legislación española en materia de contratación pública está definido en el artículo 1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE n° 119, de 19 de mayo de 1995, p. 14601; en lo sucesivo, «Ley 13/1995»), que incluye a todas las

administraciones públicas territoriales, ya sea la administración del Estado o las administraciones autonómicas y locales. En su apartado 3, dicho artículo establece:

«Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.»

- 12 La disposición adicional sexta de la misma Ley, titulada «Principios de contratación en el sector público», tiene el siguiente tenor:

«Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.»

- 13 Debe señalarse que, posteriormente a la interposición del presente recurso, el Reino de España ha adoptado, mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nº 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775), una nueva versión refundida de la Ley antes citada, que se limita, no obstante, a reunir y ordenar las disposiciones anteriores, sin modificar su contenido.
- 14 Por lo que se refiere a los recursos administrativos, el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su versión modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE nº 12, de 14 de enero de 1999, p. 1739; en lo sucesivo, «Ley 30/1992»), señala que pueden ser objeto de recurso directo «los actos de trámite, si [...] deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos».
- 15 Por lo que respecta al recurso contencioso-administrativo, el artículo 25, apartado 1, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE nº 167, de 14 de julio de 1998, p. 23516; en lo sucesivo, «Ley 29/1998»), se expresa en términos idénticos a los de la Ley 30/1992, al disponer:

«El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.»

- 16 El artículo 111 de la Ley 30/1992, titulado «Suspensión de la ejecución», establece lo siguiente:

«1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho [...]

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. [...]

[...]»

17 De la exposición de motivos de la Ley 29/1998 se desprende que, «teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible» y que «la Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo».

18 Según el artículo 129, apartado 1, de la Ley 29/1998:

«Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.»

19 El artículo 136 de la misma Ley establece:

«1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. [...]

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.»

- 20 Es preciso añadir que los artículos 29 y 30 de la Ley 29/1998 se refieren, en primer lugar, a los casos en que la administración está obligada, en virtud de una disposición, de un contrato o de un acto, a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas; en segundo lugar, a los casos en que la administración no ejecuta sus actos firmes, y, en tercer lugar, a la vía de hecho.

Procedimiento administrativo previo

- 21 Mediante escrito de 18 de diciembre de 1991, el Gobierno español comunicó a la Comisión los textos legales vigentes en aquel momento que a su juicio constituían la adaptación del Derecho interno a la Directiva 89/665, a saber, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, la Ley de Procedimiento Administrativo de 18 de julio de 1958, la Ley de Contratos del Estado y la Constitución Española.
- 22 Con fecha de 21 de junio de 1994, los servicios de la Comisión transmitieron al Representante Permanente de España ante la Unión Europea sus primeras observaciones sobre el contenido de las medidas nacionales de adaptación del Derecho interno.
- 23 La respuesta dada por las autoridades españolas el 13 de septiembre de 1994 fue considerada insuficiente por la Comisión, que, en consecuencia, remitió al Gobierno español, el 29 de mayo de 1996, un escrito de requerimiento en el que indicaba, en primer lugar, que el ámbito de aplicación de las medidas nacionales

no coincidía con el de la Directiva 89/665; en segundo lugar, que según estas medidas los actos denominados «de trámite» sólo podían ser objeto de recurso directo en supuestos excepcionales, y, en tercer lugar, que las citadas medidas únicamente contemplaban la posibilidad de suspender la ejecución de un acto administrativo si se había interpuesto un recurso contra dicho acto.

- 24 En su respuesta de 9 de octubre de 1996, el Gobierno español alegó sobre el primer punto que la Ley 13/1995 contenía una transcripción literal del concepto de «organismo de Derecho público» contemplado en las Directivas 93/36, 93/37 y 92/50. Respecto a los otros dos puntos, recordó los casos en los que un acto de trámite puede ser objeto de recurso directo e insistió en la exigencia legal de que se interponga previamente un recurso para poder suspender la ejecución de un acto.
- 25 A raíz de una reunión que se celebró en octubre de 1997 entre las autoridades españolas competentes y los servicios de la Comisión, aquellas enviaron a la Comisión un nuevo escrito, con fecha de 30 de enero de 1998, en el que mantenían íntegramente las opiniones defendidas en su respuesta de 9 de octubre de 1996.
- 26 Durante una reunión que tuvo lugar en octubre de 1998 y en un escrito de 14 de enero de 1999, las autoridades españolas confirmaron su postura en relación tanto con el ámbito de aplicación como con las medidas provisionales. Por lo que respecta a la cuestión de los actos recurribles, remitían a la Ley 29/1998, que había modificado en parte el régimen aplicable a los actos de trámite.
- 27 Por último, el 2 de febrero de 1999, las autoridades españolas comunicaron oficialmente a la Comisión las Leyes 29/1998 y 4/1999. Tras analizar estos nuevos textos legales, la Comisión concluyó que el Reino de España no había puesto fin a los incumplimientos de la Directiva 89/665 y, el 25 de agosto de 1999, le remitió un dictamen motivado en el que lo instaba a que adoptase las medidas necesarias para atenerse a él en el plazo de dos meses desde su notificación.

- 28 El Gobierno español respondió a dicho dictamen motivado mediante escrito de 8 de noviembre de 1999, en el que refutaba el análisis realizado por la Comisión.
- 29 En tales circunstancias, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el fondo

Sobre la adaptación del Derecho interno en lo relativo al ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665

Alegaciones de las partes

- 30 La Comisión recuerda, con carácter preliminar, que, al adaptar su ordenamiento jurídico interno a las directivas comunitarias, los Estados miembros están obligados a respetar el sentido de los términos y conceptos empleados en éstas, con el fin de garantizar la uniformidad de la interpretación y la aplicación de los textos comunitarios en los distintos Estados miembros. Por consiguiente, las autoridades españolas están obligadas a dar a la expresión «organismo de Derecho público», empleada en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, el sentido que tiene en el Derecho comunitario.
- 31 A este respecto, la Comisión destaca que estas Directivas no hacen mención alguna al régimen, público o privado, con arreglo al cual se han constituido los organismos de Derecho público ni a la forma jurídica adoptada, sino que se interesan por otros criterios, entre los cuales se encuentra la finalidad para la que dichos organismos han sido creados. En particular, alega que la interpretación

funcional del concepto de «entidad adjudicadora» y, por tanto, del de «organismo de Derecho público» adoptada en la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia implica que este último concepto engloba a las sociedades mercantiles bajo control público, a condición de que cumplan los requisitos previstos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas antes citadas y sin que la forma jurídica de las entidades de que se trate tenga relevancia.

- 32 Pues bien, la Comisión sostiene que, aunque el tenor del artículo 1 de la Ley 13/1995 reproduce de manera casi literal el de las disposiciones correspondientes de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, contiene, no obstante, una diferencia sustancial, ya que excluye del ámbito de aplicación de esta Ley a las entidades de Derecho privado. En efecto, la Ley 13/1995 añade un requisito previo relativo a la forma de constitución de las entidades, que no está previsto en la legislación comunitaria, a saber, que la entidad sea de Derecho público.
- 33 La Comisión considera que la exclusión que realiza el artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995 se ve confirmada por la disposición adicional sexta de dicha Ley, cuya única razón de ser reside, a su juicio, en el hecho de que, si no existiera esta disposición, los contratos a los que se refiere quedarían totalmente excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley.
- 34 La Comisión afirma que, al quedar fuera del ámbito de aplicación personal de la normativa española en materia de contratos públicos, las entidades de Derecho privado también quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por ende, del régimen de recursos en materia de contratación pública. A juicio de la Comisión, esta exclusión infringe las disposiciones de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 relativas a su ámbito de aplicación, así como las disposiciones de la Directiva 89/665, en la medida en que impide la aplicación de las garantías procesales previstas por ésta. La Comisión concluye de ello que el ordenamiento jurídico español no se ha adaptado correctamente a la Directiva 89/665, ya que no garantiza, para todo el ámbito de aplicación personal de dicha Directiva, los recursos previstos por ella.

- 35 El Gobierno español sostiene, con carácter principal, que esta imputación es manifiestamente infundada. Señala que, aunque la Comisión le imputa una infracción de la Directiva 89/665, no hace ninguna alusión a ésta sino al ámbito de aplicación personal de otras directivas, a saber, las directivas materiales relativas a la contratación pública. El Gobierno español deduce de lo anterior que lo que la Comisión impugna en realidad en el caso de autos es la adaptación del Derecho interno al artículo 1 de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y no una adaptación incorrecta a la Directiva 89/665, cuya infracción invoca.
- 36 En efecto, dicho Gobierno considera que, por una parte, la Directiva 89/665 no contiene normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por tanto, no define el ámbito de aplicación personal de las citadas normas de procedimiento que figuran en las Directivas 93/50, 93/36 y 93/37. Por otra parte, la referida Directiva entra en juego en una fase posterior, puesto que exige que los Estados miembros establezcan procedimientos de recurso eficaces y rápidos en caso de que se infrinjan las normas previstas en las directivas que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. En consecuencia, según el Gobierno español, si el Tribunal de Justicia estimase este motivo, tendría que examinar en el caso de autos si fue correcta la adaptación del Derecho interno a la Directiva 89/665, cuando dicha Directiva ni siquiera regula la materia en la cual la Comisión afirma que la adaptación del Derecho interno fue incorrecta. En opinión del Gobierno español, la Comisión debiera haber iniciado un procedimiento separado para poder examinar si el Reino de España ha adaptado correctamente su ordenamiento jurídico a las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, que sí contienen elementos y normas concretas que delimitan su ámbito de aplicación personal.
- 37 Con carácter subsidiario, el Gobierno español alega que, en lo relativo al ámbito de aplicación personal de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, el Derecho interno se adaptó correctamente.
- 38 Este Gobierno destaca que la interpretación del concepto de «organismo de Derecho público» no es uniforme en los distintos Estados miembros y que, en consecuencia, no es posible dar una solución definitiva de carácter general. Por tanto, considera que, para determinar si un organismo cumple o no los requisitos para entrar en el ámbito de aplicación personal de las Directivas de que se trata, es necesario realizar un análisis detallado en cada caso concreto.

- 39 A este respecto, el Gobierno español señala, por una parte, que la expresión «organismo de Derecho público» empleada en las citadas Directivas se refiere a una entidad de Derecho público y que en el ordenamiento jurídico español las expresiones «entidad de Derecho público» y «organismo de Derecho público» se utilizan indistintamente.
- 40 Por otra parte, dicho Gobierno sostiene que, en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, el concepto de «organismo de Derecho público» no incluye a las sociedades mercantiles bajo control público y que el hecho de que la Directiva 93/38 diferencie este concepto, idéntico en las cuatro Directivas, del de «empresa pública», cuya definición se corresponde con la de «sociedad mercantil pública», demuestra que se trata de dos conceptos distintos.
- 41 Por otro lado, el Gobierno español estima que, para delimitar el concepto de «organismo de Derecho público», es necesario determinar previamente el carácter mercantil o industrial de la «necesidad de interés general» que se pretende satisfacer. En este contexto, destaca que, en el ordenamiento jurídico español, las sociedades mercantiles públicas persiguen en principio satisfacer necesidades de interés general, lo que explica que estén bajo control público. No obstante, dichas necesidades tienen carácter mercantil o industrial, pues en caso contrario no constituirían el objeto de una sociedad mercantil.
- 42 En efecto, según el Gobierno español, es difícil negar el carácter mercantil o industrial de las sociedades mercantiles o industriales o de las necesidades a las que responden, ya que tienen tal carácter desde todos los puntos de vista. A este respecto, dicho Gobierno hace referencia a su forma jurídica, que es de tipo privado, al régimen jurídico aplicable a sus actividades, que es el régimen mercantil, al hecho de que estas sociedades siempre tienen por objeto una actividad mercantil y a su finalidad, que gira en torno al ánimo de lucro, ajeno al interés general que persiguen las asociaciones, fundaciones y organismos de Derecho público, y que nunca trasciende los intereses privados de los socios.

- 43 En respuesta a las alegaciones del Gobierno español sobre el carácter manifiestamente infundado de su primera imputación, la Comisión señala que la propia Directiva 89/665 define, en su artículo 1, apartado 1, su ámbito de aplicación por referencia al de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. Añade que, para definir el ámbito de aplicación de la Directiva 89/665, el legislador comunitario podría haber reproducido en ésta las disposiciones necesarias de las otras tres Directivas. El hecho de que el legislador optase por utilizar otra técnica con el fin de no sobrecargar de manera inútil el contenido de la Directiva 89/665 no puede invocarse para impedir que el Tribunal de Justicia controle la adaptación del ordenamiento jurídico español a esta Directiva.
- 44 Por lo que se refiere a la supuesta distinción que realiza la Directiva 93/38 entre los conceptos de «organismo de Derecho público» y «empresa pública», la Comisión alega que dicha Directiva no explicita el concepto de organismo de Derecho público, definido del mismo modo en las cuatro Directivas de que se trata, sino que amplía el ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias sobre contratación pública a determinados sectores (agua, energía, transportes y telecomunicaciones) excluidos de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, con el fin de abarcar ciertas entidades que tienen una actividad importante en los citados sectores, a saber, las empresas públicas y las que tienen derechos exclusivos o especiales concedidos por las autoridades. Además, la Comisión considera necesario recordar que el concepto de empresa pública siempre ha sido distinto del de organismo de Derecho público, ya que los organismos de Derecho público se crean para satisfacer de manera específica necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, mientras que las empresas públicas actúan para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil.
- 45 Por último, por lo que se refiere a la alegación del Gobierno español relativa a la necesidad de realizar un análisis en cada caso concreto para determinar si un organismo cumple o no los requisitos de sujeción a las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, la Comisión sostiene que no se puede, como hace la normativa española, excluir *a priori* del ámbito de aplicación de la Directiva 89/665 a un grupo entero de organismos, a saber, las entidades de Derecho privado que cumplen los tres requisitos enunciados en las citadas Directivas, aunque esta exclusión se examine de nuevo en cada caso concreto.

- 46 Por otro lado, la Comisión afirma que esta interpretación es conforme con el sistema de las disposiciones consideradas. A su juicio, si el legislador comunitario hubiera querido vincular la falta de carácter industrial o mercantil al régimen jurídico del organismo y no al interés que éste persigue, no habría incluido la mención «que no tengan carácter industrial o mercantil» en el guión correspondiente a las necesidades que se satisfacen sino en el renglón anterior, para calificar directamente al organismo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 47 Ha quedado acreditado que, a tenor del artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, en relación con la disposición adicional sexta de la misma Ley, los organismos públicos que tienen estatuto de Derecho privado, categoría constituida en el ordenamiento jurídico español por las sociedades mercantiles bajo control público, quedan fuera del ámbito de aplicación personal de la normativa española sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por tanto, del régimen de recursos en materia de contratación pública.
- 48 Resulta de lo anterior que, para determinar si esta exclusión constituye una adaptación correcta del Derecho interno al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, es necesario comprobar si el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en esta disposición se refiere únicamente a los organismos que se rigen por el Derecho público, como sostiene el Gobierno español, o si los organismos que tengan estatuto de Derecho privado pueden también estar comprendidos dentro de este concepto.
- 49 A este respecto, procede recordar que, según se desprende de sus considerandos primero y segundo, la Directiva 89/665 pretende reforzar los mecanismos existentes, tanto en el ámbito nacional como en el comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas en materia de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de suministro y de obras, en particular en la fase en que las infracciones aún pueden corregirse. Para ello, el artículo 1, apartado 1, de la

citada Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que las decisiones ilegales adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

50 Dado que la Directiva 89/665 se aplica a los procedimientos de recurso iniciados contra las decisiones de las entidades adjudicadoras adoptadas en el marco de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, su ámbito de aplicación personal coincide necesariamente con el de dichas Directivas.

51 De ello se desprende que, para determinar si la normativa española adoptada para ejecutar el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 incorpora correctamente el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en este artículo, es necesario hacer referencia a la definición de dicho concepto y, de manera más particular, a la de «organismo de Derecho público» utilizada, con unos términos esencialmente idénticos, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

52 El Tribunal de Justicia ya ha precisado, en relación con el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartados 20 y 21).

53 Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de

contratos públicos, el concepto de «organismo de Derecho público» debe recibir una interpretación funcional (véanse, en particular, las sentencias de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartados 41 a 43, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53). El Tribunal de Justicia también ha precisado que, a la vista de este doble objetivo, el concepto de «organismo de Derecho público» debe interpretarse en sentido amplio (sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-1931, apartado 43).

- 54 En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto (en este sentido, véanse en especial las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 6 y 29; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 61 y 62, y Comisión/Francia, antes citada, apartados 50 y 60).
- 55 De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.
- 56 Es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 como de la Directiva 89/665 no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas Directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen jurídico correspondan al Derecho privado.

- 57 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.
- 58 Por otra parte, no cabe sostener que esta conclusión suponga hacer caso omiso del carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que dichas sociedades persiguen satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si la entidad afectada cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.
- 59 La citada conclusión tampoco queda desvirtuada por la falta de referencia expresa en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 a la categoría específica de «empresas públicas», que sin embargo se utiliza en la Directiva 93/38. A este respecto, basta con recordar que los procedimientos de recurso iniciados contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de la Directiva 93/38 se rigen por la Directiva 92/13 y no por la Directiva 89/665.
- 60 Por tanto, se deduce de lo anterior que, en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos no incorpora correctamente el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.
- 61 En tales circunstancias, debe acogerse la primera imputación de la Comisión.

Sobre la adaptación del Derecho interno en lo relativo al ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665

Alegaciones de las partes

- 62 La Comisión alega que el ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665 se redujo indebidamente, ya que las disposiciones españolas en materia de recursos, a saber, los artículos 107 de la Ley 30/1992 y 25, apartado 1, de la Ley 29/1998, excluyen la posibilidad de recurrir contra determinadas decisiones ilegales adoptadas por las entidades adjudicadoras. La Comisión afirma que, en particular, dichas disposiciones limitan la posibilidad de recurrir contra los actos de trámite, es decir, contra los actos administrativos que no ponen fin a un procedimiento administrativo. Pues bien, como confirmó el Tribunal de Justicia en su sentencia de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros (C-81/98, Rec. p. I-7671), esta Directiva no establece excepción alguna al respecto.
- 63 En apoyo de su alegación, la Comisión invoca los artículos 1, apartado 1, y 2, apartados 1, letra b), y 8, de la Directiva 89/665, de los que, según afirma, se desprende que cualquier medida presuntamente ilegal debe poder ser recurrida de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible.
- 64 La Comisión señala que la primera parte de la proposición («cualquier medida presuntamente ilegal») debe entenderse en el sentido de que se refiere a cualquier tipo de actos supuestamente ilegales y no sólo a los actos definitivos. Por otro lado, afirma que la segunda parte de la proposición («recurrida de manera eficaz y [...] lo más rápidamente posible») obliga a concluir que la posibilidad de recurrir contra los actos de trámite es una de las mejores técnicas para garantizar la eficacia y la rapidez de los recursos, ya que esperar a que se resuelva el procedimiento de adjudicación del contrato es la mejor manera de debilitar o incluso de destruir la eficacia y la rapidez de los recursos que exige la Directiva 89/665.

65 A título de ejemplo, la Comisión cita una sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1994, relativa a un procedimiento negociado, en la cual el órgano jurisdiccional español declaró que no cabía recurso contra la decisión de una entidad adjudicadora de pedir a las empresas que habían licitado que presentasen documentación adicional para regularizar su situación y que la regularidad de dicha decisión sólo podía cuestionarse en el marco del procedimiento de revisión del acto definitivo que pusiera fin al procedimiento negociado. La Comisión afirma que el hecho de calificar de acto de trámite la petición de que se presentase documentación daba lugar así a que la petición sólo pudiera ser impugnada si la empresa afectada se veía excluida del procedimiento por no haber presentado la documentación adicional reclamada. Pues bien, la Comisión considera que esta empresa, aunque no quedase excluida del citado procedimiento, podía encontrarse, no obstante, en una posición de debilidad respecto a las demás empresas licitadoras y que, por tanto, debía poder recurrir contra la petición de que presentase documentación complementaria.

66 El Gobierno español refuta esta imputación alegando que la Comisión no ha probado la existencia de un incumplimiento. En efecto, afirma que ésta se ha limitado a exigir que se suprima la distinción entre los actos definitivos y los actos de trámite, sin citar el menor ejemplo que acredite que esta distinción desvirtúa efectivamente la finalidad de la Directiva 89/665 y, por tanto, sin probar que la normativa española puede impedir que se alcance el objetivo de dicha Directiva.

67 El Gobierno español alega que la posición de la Comisión se basa en el desconocimiento del concepto de acto de trámite. Estima que, por definición, un acto de trámite no ocasiona un perjuicio al interesado sino que como mucho prepara una decisión definitiva que le será favorable o desfavorable. Así, el acto de trámite no implica una toma de posición sino que forma parte de un procedimiento iniciado con el fin de obtener una decisión. A este respecto, el Gobierno español explica que, si un acto con apariencia de acto de trámite implicase por sí mismo una toma de posición, dejaría de ser un acto de trámite propiamente dicho y sería recurrible.

- 68 Este Gobierno añade que las disposiciones de Derecho español relativas a la posibilidad de impugnar los actos de trámite que han sido citadas por la Comisión no son propias de la contratación pública, sino que se aplican a todos los procedimientos. Destaca que esta técnica, que persigue evitar que los procedimientos se vean paralizados por reclamaciones y recursos sucesivos interpuestos en la fase de los actos preparatorios que aún no afectan definitivamente a los derechos de los interesados, no sólo tiene gran arraigo en el ordenamiento jurídico español, sino que además es común a todos los ordenamientos de los Estados miembros.
- 69 El Gobierno español destaca que, por lo demás, esta idea ha sido recogida en la propia jurisprudencia comunitaria, y hace especial referencia a la sentencia de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles/Comisión (C-282/95 P, Rec. p. I-1503). Afirma que el Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que el carácter preparatorio del acto recurrido es uno de los motivos de inadmisibilidad del recurso de anulación y que se trata de un motivo que dicho Tribunal puede examinar de oficio (sentencia de 14 de febrero de 1989, Bossi/Comisión, 346/87, Rec. p. 303).
- 70 Tomando como ejemplo las ayudas de Estado, el Gobierno español recuerda además que ni las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas de Estado ni el Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 83, p. 1), prevén de manera expresa que los actos de mero trámite que no producen ningún efecto definitivo para las partes interesadas no puedan ser objeto de un recurso separado. Sin embargo, en principio no procedería admitir ningún recurso contra la decisión de la Comisión de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, sin perjuicio de los motivos que puedan invocarse contra dicha decisión, que es un acto de trámite, cuando llegue el momento de recurrir contra la decisión final. Por tanto, el Gobierno español concluye que no existía ninguna razón para incluir en la Directiva 89/665 esta distinción elemental que permite funcionar a todos los sistemas de recursos administrativos o jurisdiccionales.
- 71 Por otra parte, dicho Gobierno estima que la Comisión tampoco ha aportado ninguna razón que justifique que los criterios aplicados por el Tribunal Supremo

en la sentencia que cita son contrarios al objetivo de la Directiva 89/665. Afirma que en la referida sentencia el Tribunal Supremo explicó que la petición de que se presentase documentación complementaria era un acto de trámite, puesto que no ponía fin a la licitación sino que era un simple acto previo a la decisión de adjudicación. El Gobierno español precisa además que la adjudicación final del contrato fue impugnada porque la empresa adjudicataria no había presentado la documentación exigida por la administración. Pues bien, a juicio de ésta, la documentación que faltaba no era fundamental y su ausencia era un vicio subsanable. Este Gobierno añade que, en un procedimiento negociado, que no es público y no contiene una fase de exclusión, el acto definitivo de adjudicación es el único relevante a efectos de un eventual recurso, debido a la propia naturaleza del procedimiento, y que en consecuencia no procede distinguir entre los actos de trámite y los actos definitivos.

72 La Comisión replica que la alegación del Gobierno español según la cual la imposibilidad de recurrir contra los actos de trámite es una técnica profundamente arraigada en el ordenamiento jurídico español y común a todos los ordenamientos de los Estados miembros es improcedente en la medida en que pretende interpretar los términos de una directiva utilizando los Derechos nacionales. Pues bien, afirma que el ámbito de aplicación material de los recursos contemplados en la Directiva 89/665 está determinado por la propia Directiva y no por disposiciones nacionales. En caso contrario, dicha Directiva no se aplicaría de manera uniforme en los distintos Estados miembros, lo que podría privar de efecto a la armonización perseguida en el ámbito comunitario.

73 Por lo que se refiere a las alegaciones del Gobierno español basadas en la jurisprudencia comunitaria relativa a la impugnación de las decisiones adoptadas por la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia y de las ayudas de Estado, ésta destaca que se trata de sentencias y de disposiciones que no guardan relación con la Directiva 89/665 y que, por consiguiente, no pueden ser utilizadas para justificar la conformidad del ordenamiento jurídico español con dicha Directiva. A este respecto, la Comisión subraya el hecho de que un ordenamiento jurídico contiene una pluralidad de normas que resuelven de manera distinta los problemas planteados según el sector que regulan y que la unidad del ordenamiento jurídico no puede dar lugar a su uniformidad ni a que la voluntad del intérprete suplante a la del legislador.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 74 Con carácter preliminar, procede recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 30/1992 y en el artículo 25, apartado 1, de la Ley 29/1998, los actos de trámite sólo pueden ser objeto de recursos administrativos y de recursos contencioso-administrativos si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión o un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.
- 75 Ha quedado acreditado que estas disposiciones tienen la consecuencia de excluir los actos de trámite del ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665, salvo que cumplan alguno de los requisitos citados.
- 76 Dado que la Directiva 89/665 no define de manera expresa el alcance del concepto de «decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras» que figura en su artículo 1, apartado 1, la cuestión de si los actos de trámite que no cumplen ninguno de los requisitos mencionados constituyen decisiones en relación con las cuales los Estados miembros deben garantizar la existencia de recursos a efectos de la referida Directiva debe examinarse a la luz de la finalidad de ésta y cuidando de que no se desvirtúe su efecto útil.
- 77 A este respecto, es necesario recordar que, con arreglo a su sexto considerando y a su artículo 1, apartado 1, la Directiva 89/665 pretende garantizar que en todos los Estados miembros existan procedimientos adecuados que permitan la anulación de las decisiones de las entidades adjudicadoras que infrinjan el Derecho comunitario relativo a la contratación pública o las normas nacionales que adapten el ordenamiento jurídico interno a dicho Derecho, así como la indemnización de las personas perjudicadas por tal infracción.

78 Según se desprende del artículo 1, apartados 1 y 3, de dicha Directiva, los procedimientos de recurso a que ésta se refiere deben ser, por una parte, eficaces y lo más rápidos posible y, por otra, accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

79 A este respecto, procede señalar por un lado que, como se ha recordado en el apartado 74 de la presente sentencia, la normativa española garantiza a los interesados la posibilidad de recurrir no sólo contra los actos definitivos sino también contra los actos de trámite, siempre que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o que produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

80 Por otro lado, la Comisión no ha acreditado que esta normativa no garantice una tutela judicial adecuada de los particulares perjudicados por infracciones de las normas pertinentes del Derecho comunitario o de las normas nacionales que adapten el ordenamiento jurídico interno a dicho Derecho.

81 Resulta de lo anterior que debe desestimarse la segunda imputación de la Comisión.

Sobre la adaptación del Derecho interno al régimen de medidas provisionales previsto por la Directiva 89/665

Alegaciones de las partes

82 La Comisión alega que las disposiciones nacionales que adaptan el Derecho interno español al artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665, a saber,

los artículos 111 de la Ley 30/1992 y 129 a 136 de la Ley 29/1998, no garantizan la existencia de un procedimiento de urgencia, independiente de la interposición de un recurso, que tenga por objeto suspender el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos o la ejecución de cualquier decisión adoptada por las entidades adjudicadoras.

- 83 De manera más particular, la Comisión señala que, salvo en el caso excepcional del artículo 136, apartado 2, de la Ley 29/1998, la normativa española no establece ninguna posibilidad de adoptar medidas provisionales si no existe un recurso en cuanto al fondo. Pues bien, la Comisión afirma que del apartado 11 de la sentencia de 19 de septiembre de 1996, Comisión/Grecia (C-236/95, Rec. p. I-4459), se desprende que todas las medidas provisionales deben poder adoptarse independientemente de cualquier acción previa.
- 84 Por lo demás, la Comisión destaca, por una parte, que la única medida cautelar que puede adoptarse en los recursos administrativos es la suspensión de la ejecución. Por otra parte, en los recursos contencioso-administrativos, el juez de medidas provisionales tiene tendencia a no adoptar ninguna medida distinta de la suspensión de la ejecución. La Comisión explica que, según resulta de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, las medidas cautelares no pueden referirse al fondo del asunto porque no deben anticipar el resultado del litigio principal. Pues bien, la Comisión considera que este principio de neutralidad de las medidas cautelares en relación con el fondo del litigio principal provoca que, al contrario de lo que exige el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665, el juez de medidas provisionales no pueda adoptar todas las medidas necesarias para corregir una infracción.
- 85 El Gobierno español no discute que tanto las normas del procedimiento administrativo como las del recurso contencioso-administrativo dan lugar a que la adopción de una medida provisional esté supeditada a la interposición previa de un recurso y no pueda en ningún caso solicitarse de manera autónoma.

- 86 En efecto, por lo que se refiere al artículo 136 de la Ley 29/1998, el Gobierno español precisa que, si bien en los supuestos en él contemplados las medidas cautelares pueden solicitarse y acordarse antes de la interposición del recurso, esta disposición no implica que dichas medidas sean independientes de éste, ya que el interesado debe necesariamente interponer el recurso contra el acto que considera ilegal en el plazo de diez días a partir de que se le notifique la resolución que acuerde las medidas solicitadas. Deberá entonces solicitar la ratificación de dichas medidas y, en el caso de que no interponga recurso en plazo, éstas quedarán automáticamente sin efecto.
- 87 Por lo que respecta a la suspensión en vía judicial, el Gobierno español destaca que el proceso contencioso-administrativo no se inicia mediante demanda sino mediante un simple escrito que debe citar el acto impugnado o denunciar la inactividad de la administración y en el cual el interesado puede pedir la suspensión de la ejecución del acto impugnado, sin necesidad de redactar la demanda. El Gobierno español explica que, una vez interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional reclama a la administración el expediente administrativo y sólo después de que éste sea entregado al recurrente empieza a contar el plazo para formalizar la demanda y formular los motivos de su recurso.
- 88 En cuanto al hecho de que no exista una posibilidad como ésta en la normativa que regula la suspensión en vía administrativa, el Gobierno español alega que es totalmente excepcional que resulte necesario interponer un recurso administrativo en materia de contratación pública y que, en el supuesto improbable de que sea preciso agotar los recursos administrativos, el plazo previsto en el artículo 111, apartado 3, de la Ley 30/1992 es brevísimo. En efecto, estima que esta disposición contiene un régimen particularmente avanzado al respecto, ya que establece que, si la autoridad administrativa no ha dictado resolución expresa sobre la solicitud de suspensión en el plazo de treinta días, la suspensión se entenderá concedida.
- 89 Por lo que se refiere a la justificación de la obligación de interponer recurso contra el acto cuya ilegalidad dio lugar a la solicitud de suspensión, el Gobierno español señala que las medidas provisionales contempladas en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665 se denominan «provisionales» precisamente porque pretenden garantizar los resultados de un litigio creando una situación transitoria hasta que éste se resuelva y que dicha Directiva parte

siempre de la hipótesis de que las medidas provisionales son solicitadas por la persona que impugna la validez del acto. Dicho Gobierno afirma que se deduce de ello que no tiene sentido reclamar para las medidas provisionales la independencia absoluta que exige la Comisión puesto que, por definición, cualquier medida provisional es una medida accesorio.

- 90 Por otra parte, dado que los recursos contencioso-administrativos se interponen por medio de un simple escrito, sería inconcebible, en opinión del Gobierno español, que, en una interpretación finalista de la Directiva 89/665, una forma de interposición de los recursos como ésta pueda considerarse una traba o un obstáculo, ya que el interesado puede solicitar y obtener la medida cautelar que desee antes de concretar los motivos del recurso que presenta contra el acto que estima ilegal.
- 91 El Gobierno español invoca asimismo los artículos 242 CE y 243 CE y el artículo 83 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de los que se desprende, a su juicio, que en el ordenamiento jurídico comunitario la solicitud de medidas provisionales no constituye una vía de recurso autónoma, sino más bien una solicitud accesorio del recurso de anulación.
- 92 Por lo que respecta a la conclusión que extrae la Comisión de la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, el Gobierno español considera que, si la declaración aislada del Tribunal de Justicia contenida en el apartado 11 de esta sentencia tuviera la consecuencia que la Comisión le atribuye, la Directiva 89/665 exigiría que el juez pudiera adoptar medidas provisionales sin que nadie se lo hubiera pedido. Sostiene además que, aunque la palabra «acción» utilizada por el Tribunal de Justicia lo fuera en el sentido técnico de acción procesal, ello no significa que dicha sentencia confirme la alegación de la Comisión. En efecto, dicho Gobierno afirma que las medidas autónomas exigidas por ésta implican también el ejercicio de una acción ante un órgano jurisdiccional. En cualquier caso, el Gobierno español observa que en la referida sentencia el Tribunal de Justicia no tuvo que pronunciarse sobre el fondo del incumplimiento imputado, dado que el Estado demandado había reconocido que no había adaptado su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Directiva 89/665 en el plazo establecido por el dictamen motivado.

93 En cuanto a la posibilidad de que se adopten medidas positivas, el Gobierno español señala que, según se desprende de la exposición de motivos y del artículo 129 de la Ley 29/1998, esta Ley introdujo la posibilidad de solicitar y obtener cualquier medida cautelar, incluso medidas positivas, y que corresponde al juez que conoce del asunto determinar cuáles se imponen en función de las circunstancias. A este respecto, añade que el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a obtener medidas cautelares forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Más particularmente, en una sentencia de 29 de abril de 1993 que se refería a una orden impugnada porque establecía unos servicios mínimos más amplios de lo necesario, dicho Tribunal declaró que el artículo 24 de la Constitución Española, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, permite al juez adoptar la medida cautelar consistente en dar nueva redacción a una orden dictada para asegurar servicios mínimos en caso de huelga general.

94 Por último, el Gobierno español explica que no comprende la alegación de la Comisión según la cual la obligación de impugnar en cuanto al fondo la legalidad de un acto de la entidad adjudicadora simultáneamente a la presentación de la solicitud de medidas cautelares priva de eficacia al sistema, ya que, a su juicio, cualquier solicitud de medidas cautelares implica un examen del fondo del asunto, aunque se limite a una apreciación *prima facie* del problema.

Apreciación del Tribunal de Justicia

95 Ha quedado acreditado que, a excepción de los supuestos contemplados en el artículo 136, apartado 2, de la Ley 29/1998, la normativa española supedita la solicitud de medidas provisionales a la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo.

96 Para comprobar la conformidad de dicha normativa con la Directiva 89/665, es necesario recordar, con carácter preliminar, que, según se desprende del quinto considerando de dicha Directiva, la brevedad de los procedimientos de

adjudicación de los contratos públicos requiere un tratamiento urgente de las infracciones de las normas relevantes del Derecho comunitario, o de las normas nacionales que adaptan el ordenamiento jurídico interno al citado Derecho, de que adolezcan estos procedimientos.

- 97 Con tal fin, el artículo 2, apartado 1, letra a), de esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de habilitar a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso para que adopten, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por las entidades adjudicadoras.
- 98 En la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, que versaba sobre la conformidad con la Directiva 89/665 de una normativa nacional que, por una parte, limitaba la tutela judicial provisional a los procedimientos de suspensión de la ejecución de un acto administrativo y, por otra parte, supeditaba la medida de suspensión a la interposición de un recurso de anulación contra el acto impugnado, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de precisar el alcance de las obligaciones derivadas al respecto de la citada Directiva. En particular, declaró que, en virtud del artículo 2 de esta Directiva, los Estados miembros están obligados, más en general, a conferir a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso la facultad de adoptar, independientemente de cualquier acción previa, todas las medidas provisionales, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión (sentencia Comisión/Grecia, antes citada, apartado 11).
- 99 A este respecto, procede señalar que, si bien la normativa española establece la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de carácter positivo, no cabe considerar que constituya un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las

entidades adjudicadoras, dado que exige por regla general la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo como condición para la adopción de una medida provisional contra una decisión de la entidad adjudicadora.

100 Esta apreciación no queda desvirtuada por el hecho de que, en el marco de la suspensión en vía judicial, el recurso pueda interponerse mediante un simple escrito y que la demanda pueda formalizarse posteriormente a la solicitud de la medida cautelar, dado que la exigencia de que se cumpla previamente una formalidad de este tipo tampoco puede considerarse compatible con las prescripciones de la Directiva 89/665, tal como fueron precisadas en la sentencia Comisión/Grecia, antes citada.

101 Se desprende de ello que debe acogerse la tercera imputación de la Comisión.

102 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/665, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

- al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; y

- al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

103 Procede desestimar el recurso en todo lo demás.

Costas

- 104 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. En virtud del artículo 69, apartado 3, de dicho Reglamento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas. Dado que se ha desestimado una de las pretensiones de la Comisión, procede condenar a ésta a abonar un tercio de las costas y al Reino de España a abonar dos tercios de las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)

decide:

- 1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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, en su versión modificada por 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, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

— al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; y

- al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

- 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
- 3) Condenar a la Comisión de las Comunidades Europeas a cargar con un tercio de las costas y al Reino de España a cargar con dos tercios de las costas.

Schintgen

Skouris

Macken

Colneric

Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 15 de mayo de 2003.

El Secretario

El Presidente de la Sala Sexta

R. Grass

J.-P. Puissochet