CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 19 de octubre de 2000 [1]

1. A través de la lectura de dos publicaciones francesas, el *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* y el *Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, la Comisión ha tenido conocimiento de que no se han publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie S, tres anuncios de licitación publicados, respectivamente, por dos servicios públicos de construcción y urbanización (en lo sucesivo, «SPCU») y una sociedad anónima de viviendas de alquiler moderado (en lo sucesivo, «SA VAM»). A juicio de la Comisión, el artículo 11 de 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 [2] (en lo sucesivo, «Directiva»), obliga a su publicación en dicha serie S, habida cuenta tanto de su importe como de la naturaleza del organismo que convoca la licitación.

2. En efecto, para la Comisión, tanto los SPCU como las SA VAM deben considerarse entidades adjudicadoras a efectos del artículo 1, letra b), de la Directiva.

3. Al no considerar satisfactoria la respuesta de la República Francesa al escrito de requerimiento que se le había remitido, la Comisión, después de haber señalado, según sus propias declaraciones, muchos otros contratos adjudicados por organismos del mismo tipo que no habían sido publicados en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, de modo que se podía hablar de una práctica habitual, emitió un dictamen motivado. Por último, al seguir considerando insatisfactorias las explicaciones de las autoridades francesas, la Comisión interpuso el recurso objeto de examen.

4. Sin embargo, procede señalar con carácter preliminar que, durante el desarrollo del procedimiento escrito, el litigio ha evolucionado.

5. En efecto, desde la presentación de su escrito de contestación, la República Francesa ha admitido que los SPCU, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, de las sentencias dictadas el 15 de enero de 1998 [3] y el 10 de noviembre de 1998, [4] son efectivamente entidades adjudicadoras a efectos del artículo 1, letra b), de la Directiva, reconociendo así que dichos organismos están obligados a publicar sus anuncios de licitación en el *Diario Oficial de las Comunidades Euro-*

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 199, p. 54.

3 — Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73).

4 — BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821).

peas, serie S. En consecuencia, en lo que respecta a los SPCU, el Tribunal de Justicia sólo podrá declarar el incumplimiento.

6. En cuanto a las SA VAM, el litigio también se ha limitado en el sentido de que, pese a no estar de acuerdo sobre la cuestión de si procede o no considerarlas entidades adjudicadoras a efectos de la Directiva, se desprende de los escritos de las partes que éstas han llegado a la conclusión de que sus puntos de vista sólo discrepan en una cuestión muy concreta, cuya respuesta será decisiva para la resolución del litigio y que consiste en determinar si el control del que son objeto las SA VAM por parte de los poderes públicos se corresponde exactamente con el tipo de control al que se refiere la Directiva al establecer los criterios que caracterizan a las entidades adjudicadoras.

7. El Tribunal de Justicia está muy familiarizado con la Directiva, al haberla interpretado en las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, y BFI Holding, antes citadas. Por este motivo, no considero útil recordar en esta ocasión el contexto en el que se adoptó, los objetivos que persigue y su articulación general. Centraré directamente mi atención en su artículo 1 que, mediante una serie de definiciones, establece el ámbito de aplicación de la Directiva. Con arreglo a lo dispuesto en dicho artículo:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) "contratos públicos" de obras: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador;

b) "[entidades adjudicadoras]": el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

[se entenderá por] "organismo de Derecho público": cualquier organismo:

— creado para satisfacer específicamente 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 bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En el anexo I figuran las listas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que reúnen los criterios enumerados en el párrafo segundo de la presente letra. Dichas listas son lo más completas posible y podrán ser revisadas según el procedimiento previsto en el artículo 35. A tal efecto, los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas;

[...]»

8. En su recurso, la Comisión se propone demostrar, basándose principalmente en el Código de la construcción y de la vivienda (en lo sucesivo, «Código»), publicado por el *Journal officiel de la République française,* que las SA VAM deben considerarse organismos públicos y, por tanto, entidades adjudicadoras a efectos del artículo 1, letra b), de la Directiva.

9. Para ello, la Comisión señala, en primer lugar, que nos encontramos ante organismos creados para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, consistentes en el alojamiento de las personas y familias de recursos modestos, y que tales organismos están dotados de personalidad jurídica, de modo que se cumplen los dos primeros requisitos que establece dicho artículo para que puedan considerarse organismos de Derecho público.

10. Al examinar, a continuación, el tercer requisito, la Comisión destaca, sin que se discuta este extremo, que para que se considere que un organismo cumple dicho requisito, basta que concurra una sola de las tres características a las que se refiere la Directiva, a saber, que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos, que exista un control de gestión por parte de estos últimos y que los poderes públicos nombren a más de la mitad de los miembros de los órganos directivos.

11. A la vista de determinadas disposiciones del Código, que será preciso examinar, para la Comisión es evidente que el control ejercido por los poderes públicos sobre las SA VAM se corresponde exactamente con el que tenía en mente el legislador comunitario.

12. En su escrito de contestación, la República Francesa se propone demostrar que el control al que están sometidas estas sociedades no se corresponde en absoluto con el control al que se refiere la Directiva. A su juicio, los diferentes controles que menciona la Comisión no permiten en modo alguno a los poderes públicos inmiscuirse en las resoluciones relativas al buen funcionamiento de las SA VAM. Se trata de controles de tipo administrativo, que deben distinguirse del control de gestión o de inversión que se prevé, a su juicio, en el artículo 1, letra b).

13. En su réplica, la Comisión rechaza la pertinencia de tal distinción. Según su parecer, nada de lo dispuesto en el artículo 1, letra b), permite afirmar que sólo se prevé un control que conceda a los poderes públicos la posibilidad de inmiscuirse en la gestión cotidiana de la sociedad.

14. En su dúplica, la República Francesa, partiendo siempre de la premisa de que para que exista control de la gestión a efectos del artículo 1, letra b), es preciso que exista un control que entrañe una apreciación de la manera en que se administran los fondos, presenta sus alegaciones para demostrar que los diferentes controles puestos de relieve por la Comisión son de carácter administrativo y excluyen cualquier intromisión en la gestión.

15. En su escrito de intervención, el Reino Unido se adhiere a la interpretación de la Directiva en la que fundamenta su contestación la República Francesa.

16. De este modo, resulta evidente que la cuestión sobre la que discrepan las partes consiste en determinar cuándo debe considerarse que la gestión de un organismo está sometida al control de otro organismo.

17. A mi juicio, la respuesta a esta pregunta no depende únicamente del sentido que debe atribuirse al término control, sino también de lo que debe entenderse por gestión, aun cuando las partes discrepan únicamente sobre el concepto de control.

18. En consecuencia, procede examinar sucesivamente esos dos términos.

¿Qué es gestión? ¿Qué es control?

19. Según el diccionario *Le Petit Robert,* el término «gestion», que se emplea en la versión francesa y describe la acción de gestionar, debe relacionarse con los términos administración, dirección, gerencia y organización, términos que suponen, todos ellos, el ejercicio de una determinada forma de poder.

20. Esto nos conduce a pensar que un control que no tenga por objeto el modo en que los órganos directivos de un organismo orientan las acciones de éste no

debería considerarse un control sobre la gestión de dicho organismo.

21. No se oponen a ese significado los términos «gestión», [5] «gestione» [6] y «gestão», [7] que se utilizan en las versiones española, italiana y portuguesa de la Directiva, respectivamente, ni el término «diacheirísi» que se utiliza en la versión griega. [8]

22. Incluso se refuerza con la utilización de los términos «Leitung» [9] y «management» [10] en las versiones alemana e inglesa, respectivamente, y con la utilización acumulativa, en neerlandés, de los términos «activiteiten» y «beheer». [11]

23. Al parecer, el término «drift», que figura en la versión danesa, puede también considerarse equivalente del término «gestión». [12]

24. En cuanto al término «contrôle», empleado en versión francesa, debo señalar que el análisis semántico de este término no proporciona, desafortunadamente, indicación alguna que permita decidir entre los dos conceptos opuestos que alegan, por una parte, la Comisión y, por otra parte, la República Francesa y el Reino Unido.

25. De este modo, la consulta del diccionario *Le Petit Robert* demuestra que por «contrôle» se entiende tanto una relación de vigilancia y comprobación, como una relación de dominio y de dirección.

26. Ciertamente, tal como indica dicho diccionario, el primer significado tiene a su favor que es más antiguo, mientras que el segundo no apareció hasta el siglo XX, atribuyendo al término «contrôle» francés el sentido que presenta en inglés el término «control». Pero ciertamente esta evolución semántica no nos permite determinar de modo indudable la acepción del término «contrôle» que tenía en mente el legislador comunitario en 1993.

27. Siguiendo en el plano semántico, cabe indicar que cuando se trata de describir una situación en la que control significa dominio, se habla de una empresa que posee el control de otra, y no de una empresa que ejerce un control sobre otra, si bien no es cierto a la inversa, en el sentido de que el hecho de estar sometido a un control no implica forzosamente la existencia de un

5 — «todo organismo [...]» «[...] cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos [...]»

6 — «organismo [...]» «[...] oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi [...]»

7 — «qualquer organismo [...]» «[...] cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou [...]»

8 — «κάθε οργανισμός [...]» «[...] είτε η διαχείριση υπόκειται σε έλεγχο από το κράτος ή τους οργανισμούς αυτούς [...]»

9 — «jede Einrichtung [...]» «[...] die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt [...]»

10 — «any body [...]» «[...] or subject to management supervision by those bodies [...]»

11 — «iedere instelling [...]» «waarvan of wel de activiteiten [...] of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten [...]»

12 — «organ [...]» «eller hvis drift er underlagt disses kontrol [...]»

poder de intromisión en la toma de decisiones.

28. Ante esta imposibilidad de llegar a una conclusión a través del análisis del texto francés de la Directiva, a partir del cual razonan el Gobierno francés y la Comisión, las normas de interpretación establecidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia obligan a examinar las demás versiones lingüísticas.

29. Las versiones española, italiana y portuguesa, que utilizan los términos «control», «controllo» y «controlo», respectivamente, y la versión griega, que utiliza el término «élencho», no aportan más información que la versión francesa.

30. A primera vista, el hecho de que en la versión alemana el término utilizado, como equivalente del «contrôle» francés, sea, en lugar del término «Aufsicht», empleado en el lenguaje corriente para traducir «vigilancia», puede llevar a pensar que el legislador comunitario no ha tenido intención de prever específicamente un control que suponga un poder de injerencia.

31. Sin embargo, me parece difícil llegar a conclusiones definitivas a partir de la utilización del término «Aufsicht», puesto que en lengua alemana se emplea el término «Aufsichtsrat» para designar al consejo de vigilancia de una sociedad anónima, es decir, el órgano que, conjuntamente con el comité ejecutivo, dirige la sociedad cuando ésta no está estructurada según el modelo clásico en el que existe un consejo de administración. En efecto, en tal modalidad de administración de la sociedad anónima, el «Aufsichtsrat», lejos de ser un simple órgano de control del comité ejecutivo, interviene, en cambio, en la gestión de la sociedad, en el sentido de que no queda al margen de la definición de sus objetivos y estrategia.

32. El término «toezicht» que se utiliza en la versión neerlandesa da lugar, *mutatis mutandis*, a las mismas observaciones que el término «Aufsicht» de la versión alemana.

33. La versión en lengua inglesa de la Directiva no aclara mucho más, ya que la expresión «management supervision» no informa sobre el alcance de los poderes del controlador, dejando sin determinar si se trata de una mera vigilancia de la regularidad de la gestión o si existe la posibilidad de intervenir en los acuerdos de gestión.

34. Una vez realizada esta breve incursión en la pluralidad lingüística característica del Derecho comunitario, ¿a qué conclusión se puede llegar?

35. Evidentemente, no cabe llegar a una conclusión definitiva sobre el tipo de con-

trol al que pretendía referirse el legislador comunitario, que nos permita ocuparnos directamente del examen *in concreto* de los controles a los que están sujetas las SA VAM para compararlos con dicho tipo.

36. Sin embargo, parece que tal incursión no ha sido inútil, ya que, al menos, he demostrado que no es contrario al texto considerar que un control que consiste en vigilar el modo en que se dirige el organismo de que se trata, y no en intervenir en su dirección, es suficiente para que nos hallemos en presencia de un organismo de Derecho público a efectos del artículo 1, letra b), de la Directiva.

37. En consecuencia, la siguiente etapa de mi investigación consistirá en examinar con detenimiento la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no con la esperanza de hallar en ella una definición de control a efectos del artículo 1, letra b), puesto que, si existiera tal definición, es evidente que las partes se habrían referido a ella y yo mismo habría basado en ella mi argumentación, sino para buscar elementos que puedan aclararnos qué criterio debe prevalecer para determinar los organismos de Derecho público comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

38. Hasta el momento, la única sentencia que ha tratado el problema de la interpretación del concepto de organismo de Derecho público a efectos de la Directiva 93/37 es la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada. [13]

39. Es cierto que dicho concepto, que figura asimismo en el artículo 1, letra b), de otra Directiva adoptada en materia de contratos públicos, 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, [14] ha sido también examinado en la sentencia BFI Holding, antes citada. En esta sentencia se recuerda que «para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 11). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer» (apartado 62). Sin embargo, esa sentencia se ocupa fundamentalmente de la cuestión de determinar qué es un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Por tanto, centraré mi atención en la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada.

40. A mi juicio, su interés con respecto al presente asunto no reside, a diferencia de lo

13 — La sentencia de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda (C-353/96, Rec. p. I-8565), versa sobre la Directiva 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), que ha precedido a la Directiva de que se trata en el caso de autos.

14 — DO L 209, p. 1.

que indica la Comisión, en las siguientes apreciaciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en el apartado 28 de la sentencia para llegar a la conclusión de que se cumplía el tercer requisito:

— la «Österreichische Staatsdruckerei» (Imprenta del Estado austriaca; en lo sucesivo, «ÖS») ha sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, a saber, la producción de documentos administrativos sometidos, en diferentes grados, a un régimen de seguridad, y posee personalidad jurídica;

— el director general de la ÖS es designado por un órgano integrado, en su mayoría, por miembros nombrados por la Cancillería Federal o por los diferentes ministerios;

— además, está sometida al control del Tribunal de Cuentas y un servicio estatal de inspección se ocupa de velar por los impresos sujetos a un régimen de seguridad;

— por último, según las declaraciones realizadas en la vista por la SRG, la mayoría de las acciones de la ÖS pertenecen al Estado austriaco.

41. En efecto, la apreciación efectuada sobre la designación de los órganos directivos basta por sí sola para considerar que concurre el tercer requisito. En consecuencia, no cabe considerar que la apreciación efectuada sobre el control ejercido por el Tribunal de Cuentas y por un servicio estatal de inspección, que por otra parte el Tribunal de Justicia introduce con el término «además», permita llegar a conclusión alguna en cuanto al grado de control que el Tribunal de Justicia considera suficiente para que se cumpla este requisito.

42. En el presente caso, llegar a tales conclusiones sería tanto más arriesgado cuanto que el Abogado General Sr. Léger, en sus conclusiones sobre ese asunto, puso de manifiesto que, en el anexo I, XI, E.1, b), del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se basa la Unión Europea, [15] la definición de los organismos austriacos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva incluye la sumisión al control presupuestario del Tribunal de Cuentas.

43. En consecuencia, lo que establece el Tribunal de Justicia acerca del control ejercido por la ÖS se reduce, en cierto modo, a señalar que dicho organismo se encuentra precisamente sometido a un control que, según admitió la República de Austria en el momento de su adhesión, se corresponde con el que prevé la Directiva

15 — DO 1994, C 241, p. 21, y DO 1995, L 1, p. 1.

cuando adopta como criterio el control por los poderes públicos.

44. El verdadero interés de la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, a efectos de la cuestión que se trata de dilucidar, reside en la presentación sintética de los requisitos que deben concurrir para que pueda hablarse de organismo de Derecho público, que se formula en el marco de las explicaciones destinadas a comprobar el cumplimiento de los requisitos en el caso de la ÖS.

45. En efecto, su apartado 20 es del siguiente tenor:

«A este respecto, es preciso observar que, según el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37, un organismo de Derecho público es cualquier organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y *cuya actividad depende estrechamente del Estado,* de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público.» [16]

46. Se observa inmediatamente que el Tribunal de Justicia, al recordar, con términos tomados directamente de la Directiva, los dos primeros requisitos, presenta el tercero, sin detenerse en los tres criterios alternativos que exige aplicar, como propio de un determinado tipo de relaciones con los poderes públicos: la dependencia estrecha. En consecuencia, cabe concluir que los tres criterios establecidos en el artículo 1, letra b), de la Directiva, en lo que respecta al tercer requisito, constituyen tres formas alternativas de comprobar una misma realidad: la situación de dependencia estrecha respecto de los poderes públicos.

47. Dado que son alternativos, pero deben permitir reflejar la misma realidad, estos criterios han de presentar, al tratarse, en cierto modo, de instrumentos de medida, lo que cabría denominar un mismo grado de sensibilidad. No me parece admisible que uno de estos criterios pueda interpretarse de modo que incluya en la categoría de organismos de Derecho público a entidades que presentan una situación de dependencia de los poderes públicos muy diferente de la de las entidades clasificadas en la misma categoría en aplicación de cualquiera de los otros dos criterios.

48. En particular, ello significa que sólo deben considerarse organismos de Derecho público, en razón del control ejercido sobre su gestión, las entidades cuya dependencia de los poderes públicos alcance la misma intensidad que la dependencia que resulta de una financiación procedente mayoritariamente de los poderes públicos o que la

16 — El subrayado es mío.

dependencia derivada de la designación por dichos poderes públicos de más de la mitad de los miembros que integran los órganos directivos.

49. Es cierto que este planteamiento pragmático adoptado por el Tribunal de Justicia no permite decantarse por una de las dos concepciones básicas desarrolladas por la Comisión, por una parte, y, por la República Francesa, por otra, entre el carácter suficiente de una simple vigilancia de la regularidad de la gestión y la necesidad de comprobar la existencia de un control que suponga una forma de intervención en la gestión. A decir verdad, dicho planteamiento va más allá y transciende en cierto modo esa oposición, invitándonos a no detenernos en el carácter del control ejercido, sino a pronunciarnos en función de la situación concreta creada por la existencia de tal control. En mi opinión, este planteamiento armoniza perfectamente con los objetivos de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos que recordaba el Abogado General Sr. Léger al señalar, en el punto 47 de sus conclusiones sobre al asunto Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citado, que:

«La legislación comunitaria sobre contratos públicos se ha desarrollado para garantizar, en el plano comunitario, el respeto de los principios de libre competencia y de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, contra los que atentan estos comportamientos tradicionales y generalizados. Su objetivo consiste en garantizar a los agentes económicos, cualquiera que sea su procedencia, la igualdad de acceso a los contratos que para la realización de sus proyectos ofrece el poder público, al margen de la forma que éste pueda adoptar.»

50. En una nota a pie de página, el Abogado General recordó la sentencia Beentjes, antes citada. Posteriormente, el Tribunal de Justicia ha precisado en el apartado 62 de la sentencia BFI Holding, antes citada, y en el apartado 36 de la sentencia Comisión/Irlanda, antes citada, que no sólo el concepto de Estado, sino también el de entidad adjudicadora, deben recibir una interpretación funcional.

51. Para aplicar este planteamiento del Tribunal de Justicia, no será preciso preguntarse si cada uno de los controles que recae sobre las SA VAM expuestos por la Comisión puede, por sí solo y como tal, colocar a dichas sociedades en una situación de dependencia de los poderes públicos, sino que será preciso forjarse una opinión sobre la cuestión de si, *habida cuenta del marco legislativo y reglamentario en el que se integran* las SA VAM, los diferentes controles a los que están sometidas crean, en la práctica, una dependencia estrecha de los poderes públicos. En efecto, es evidente que un mismo control puede ser objeto de una apreciación diferente según el contexto en el que se integra. Un determinado tipo de control no tendrá los mismos efectos en función de que, en virtud de las normas por las que se rige, el organismo controlado disponga de gran libertad de gestión o, por el contrario, esas mismas

normas regulen muy estrictamente su actividad y le impongan una línea de gestión predeterminada.

52. Por este motivo, me parece indispensable examinar ahora el estatuto de las SA VAM y el entorno jurídico en el que se integran estas sociedades.

Marco jurídico en el que se integran las actividades de las SA VAM

53. Las SA VAM son sociedades mercantiles y, como tales, se rigen por la Ley de sociedades de 1966. Sin embargo, su carácter es completamente particular, ya que su inclusión, en virtud del artículo L. 411-2 del Código, en la lista de los organismos gestores de viviendas de alquiler moderado, tiene como consecuencia su sujeción a toda una serie de normas establecidas en dicho Código. Algunas de ellas son aplicables a todos los organismos gestores de viviendas de alquiler moderado, en particular los servicios públicos gestores de viviendas de alquiler moderado y los SPCU, mientras que otras tienen por objeto específicamente las SA VAM.

54. De este modo, con arreglo al artículo L. 422-2 del Código, su objeto es realizar, en las condiciones determinadas por sus estatutos, principalmente con vistas al arrendamiento, las operaciones previstas en el artículo L. 411-1. Dicho artículo L. 411-1 enumera estas operaciones de la siguiente forma:

«Las disposiciones del presente libro tienen por objeto regular la construcción, adquisición, reforma, saneamiento, reparación y gestión de viviendas colectivas o individuales, urbanas o rústicas, que cumplan los requisitos técnicos y de precio de coste que se determinen mediante decisión administrativa, y destinadas a personas y a familias con escasos recursos [...]»

55. Procede observar que no sólo el tipo de clientela a la que las SA VAM ofrecen sus servicios está determinado por la ley, sino que los requisitos técnicos y los precios de coste de las viviendas que pueden gestionar estas sociedades se fijan mediante decisión administrativa.

56. La constitución de una SA VAM debe llevarse a cabo respetando los estatutos tipo, adjuntos al artículo R. 422-1 del Código. Dichos estatutos tipo son extremadamente detallados. En lo que respecta al objeto social de la sociedad, destaca la distinción entre el objeto principal —el arrendamiento de las viviendas a cambio de una renta determinada con arreglo a las normas establecidas en el Código y la construcción de dichas viviendas— y el objeto accesorio, que se concreta en diecisiete tipos de actividades definidas de modo muy preciso.

57. En los estatutos tipo se precisa que la transmisión de las acciones debe realizarse a un precio no superior a un límite máximo, cuyo método de cálculo se define en los estatutos, y que es necesaria, salvo que la transmisión tenga lugar en el seno de una familia, la autorización del consejo de administración o de vigilancia, que no está obligado a comunicar los motivos de su autorización o de su denegación.

58. Los cargos de los miembros del consejo de administración o del consejo de vigilancia de una SA VAM se ejercen gratuitamente, sin perjuicio de la posibilidad de abonar a los titulares de dichos cargos que ejerzan una actividad por cuenta ajena una compensación global de un importe calculado de conformidad con lo dispuesto en el Código.

59. Si se obtienen beneficios, no podrán distribuirse dividendos superiores a un límite determinado.

60. Con arreglo al apartado 11 de esos estatutos tipo:

«En el mes siguiente a aquel en que se haya celebrado la junta general ordinaria convocada de conformidad con el artículo 157 de la Ley de 24 de julio de 1966, antes citada, la sociedad dirigirá al representante del Estado en el departamento del domicilio social, a la Caisse des dépôts et consignations y al ministro competente en materia de vivienda, todos los documentos contables y los informes presentados a la junta de accionistas, así como el acta de ésta.

En caso de prórroga de la junta general de accionistas, la resolución judicial por la que se conceda un plazo adicional debe remitirse en las mismas condiciones.»

61. Sin embargo, el hecho de que una SA VAM se estructure conforme a dichos estatutos tipo no basta para que pueda iniciar su actividad, puesto que el artículo L. 422-5 del Código exige que se preste una autorización mediante decisión administrativa, autorización que, con arreglo al artículo R. 422-16, otorga el ministro competente en materia de construcción y vivienda, previo dictamen del consejo departamental de la vivienda y del consejo superior de viviendas de alquiler moderado.

62. Procede señalar que la anterior versión de los estatutos tipo, [17] que se ha adjuntado por error al recurso de la Comisión, preveía la presencia de un comisario del Gobierno, cuyas competencias se definían en los siguientes términos:

«Cuando se haya concedido a la sociedad la autorización prevista en el primer párrafo del artículo R. 422-4 del Código de la construcción y la vivienda, se designará un comisario del Gobierno, mediante orden del ministro competente en materia

17 — Versión resultante del Decreto nº 91-385, de 23 de abril de 1991, sustituido por el Decreto nº 93-749, de 27 de marzo de 1993.

de vivienda, que dispondrá de plena competencia para efectuar inspecciones, mediante el examen de documentos y visitas sobre el terreno.

Asistirá, con voz pero sin voto, a las sesiones del consejo de administración y podrá, en su caso, convocarlo. Recibirá, en las mismas condiciones que los miembros del consejo de administración, las convocatorias, órdenes del día y cualesquiera otros documentos que deben serle remitidos antes de cada sesión. Asimismo, recibirá copia de las actas de dichas sesiones, así como de los acuerdos adoptados por delegación del consejo de administración.

Además, podrá solicitar un nuevo examen de la totalidad o de una parte de un acuerdo adoptado por el consejo de administración, en el plazo de los quince días siguientes a su fecha de recepción. Dicho examen deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días. La ejecución del acuerdo de que se trate se suspenderá hasta que se lleve a cabo el nuevo examen.

Presentará al ministro competente en materia de vivienda un informe anual sobre la actividad de la sociedad.

La retribución del comisario del Gobierno, que deberá ser abonada por la sociedad, se establecerá en la orden de nombramiento, de conformidad con un baremo aprobado por orden interministerial.»

63. Si esta disposición no hubiera sido suprimida en 1993, la propia utilización de un concepto de control de la gestión que suponga un poder de intervención, tal como sostienen la República Francesa y el Reino Unido, conduciría a considerar que las SA VAM son organismos públicos a efectos del artículo 1, letra b), de la Directiva.

64. Sin embargo, del resto de las disposiciones que deben incluirse obligatoriamente en sus estatutos, antes expuestas, se desprende que las SA VAM están estrictamente reguladas, tanto en lo que respecta a la actividad que pueden desarrollar, como en lo que atañe a su modo de funcionamiento y a la utilización de sus recursos, y que el perfil del accionista de dichas sociedades es, sin duda, muy distinto del de un accionista de una sociedad anónima que sólo está sometida a la Ley de 1966.

65. Por supuesto, esta regulación no debe confundirse con el control al que se refiere el artículo 1, letra b), de la Directiva. Una cosa es la existencia de normas que un organismo debe respetar, por precisas que sean, y otra el control de su gestión. En efecto, si la vigilancia del cumplimiento de esas normas y la sanción de su infracción sólo pueden ser garantizadas por los tribunales, no cabe hablar de control del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público.

66. Pero no puede hacerse caso omiso de esta estricta regulación cuando se trata de

determinar si las SA VAM están en una situación de dependencia estrecha de los poderes públicos.

67. En efecto, si las normas de gestión son muy detalladas, la mera vigilancia de su cumplimiento desembocará irremisiblemente en una influencia de los poderes públicos, que no será muy diferente de la que crean la designación por estos últimos de la mayoría de los miembros de los órganos directivos o una financiación mayoritariamente pública, en el sentido de que la gestión será la que deseen los poderes públicos y el control sólo constituirá un instrumento que perfeccionará un dominio, cuyas condiciones habrán sido creadas por las normas reguladoras.

68. En otros términos, y volviendo sobre el planteamiento formulado en la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, ante una regulación normativa estricta, el control, tal como lo entiende la Comisión en su interpretación del artículo 1, letra b), de la Directiva, produce, desde el punto de vista de la dependencia estrecha de los poderes públicos, el mismo resultado que produciría, a falta de tal regulación, el control en el sentido de dicho artículo tal como lo concibe la República Francesa.

Los controles controvertidos

69. Procede examinar ahora si se debe concluir que los distintos controles que menciona la Comisión colocan a las SA VAM en una situación de dependencia estrecha de los poderes públicos.

70. La primera disposición del Código invocada por la Comisión, para determinar que las SA VAM están sometidas a un control de su gestión por los poderes públicos, es el artículo L. 422-7. En dicho artículo se dispone:

«En caso de irregularidades graves, de falta grave en la gestión o de omisión del consejo de administración o del comité ejecutivo y del consejo de vigilancia de una sociedad de viviendas de alquiler moderado o de crédito inmobiliario, el ministro competente en materia de construcción y vivienda podrá, oídas las observaciones presentadas por la sociedad o convocada ésta a tales efectos, ordenar su disolución y nombrar un liquidador.»

71. Esta disposición requiere tres observaciones.

72. En primer lugar, no me parece posible sostener que las tres situaciones previstas se refieran, todas ellas, a deficiencias en la llevanza de la contabilidad, malversaciones o casos de corrupción. Dichas hipótesis están comprendidas fundamentalmente en la categoría de «irregularidades graves».

73. En cambio, la «falta grave en la gestión» difícilmente puede referirse a otra cosa que a los acuerdos adoptados de modo incorrecto por los órganos sociales, por ejemplo, vulnerando los objetivos que debe perseguir la sociedad, o a los acuerdos imprudentes en el ámbito económico.

74. Por último, el reproche relativo a la «omisión» se refiere a las abstenciones culpables o a una falta general de dinamismo.

75. En consecuencia, procede concluir que estas dos últimas categorías están comprendidas en la política de gestión y no en el control de la regularidad.

76. En segundo lugar, no veo cómo el ministro competente en materia de construcción y vivienda (en lo sucesivo, «ministro») puede detectar «una falta grave en la gestión» o una «omisión» si no efectúa, al menos periódicamente, un control de dicha gestión. Este control se hace posible efectivamente por la obligación de la sociedad de remitir al ministro y a otras autoridades no sólo todos los documentos contables, sino, sobre todo, los informes presentados a la junta general, así como el acta de ésta (véase el apartado 11 de los estatutos tipo, citado anteriormente).

77. En tercer lugar, es indiscutible que las facultades que confiere dicho artículo al ministro son muy amplias, puesto que le permiten acordar, si considera que la gestión es gravemente deficiente, la disolución de una SA VAM.

78. La siguiente disposición, el artículo L. 422-8, [18] que invoca asimismo la Comisión, ofrece al ministro la posibilidad de acudir a una medida menos grave que la disolución, a saber, la suspensión de los órganos directivos, pero ésta lleva aparejadas medidas drásticas relativas a la gestión de la sociedad, que se confía temporalmente a un administrador provisional nombrado por el ministro.

18 — En los supuestos previstos en el artículo L. 422-7, el ministro competente en materia de vivienda puede limitarse a suspender el consejo de administración o el consejo de vigilancia y el comité ejecutivo, o sólo este último, mediante orden motivada, y nombrar a un administrador provisional al que se transmitirán, de pleno Derecho, todas las facultades del consejo de administración o del consejo de vigilancia y del comité ejecutivo, para continuar las operaciones en curso.
La función del administrador provisional finaliza bien con ocasión de la designación de un nuevo consejo de administración o de un nuevo consejo de vigilancia por la junta general celebrada a más tardar antes de que transcurra el plazo de un año, renovable en una ocasión a partir de la decisión ministerial, o bien, a falta de dicha designación, con el nombramiento de un liquidador por el ministro competente en materia de construcción y vivienda.
Durante los dos años siguientes a la fecha en que concluya el cargo del administrador provisional, éste deberá ser convocado y podrá asistir a todas las sesiones del consejo de administración o del nuevo consejo de vigilancia de la sociedad, así como a las juntas generales de accionistas.
Si, durante este período, comprueba que las medidas indispensables de recuperación de la sociedad no son adoptadas o no son ejecutadas, informará de ello al ministro competente en materia de construcción y vivienda. Éste, de acuerdo con el ministro de Economía y Hacienda, podrá, después de haber oído las observaciones de la sociedad, bien proceder a la disolución y a la liquidación del organismo de que se trate, o bien suspender de nuevo el consejo de administración o el consejo de vigilancia, y nombrar un administrador provisional determinando la duración de su mandato. Este administrador deberá, antes de la expiración de su mandato, convocar una junta general con vistas a proceder a la designación de un nuevo consejo de administración o de un nuevo consejo de vigilancia. A falta de dicha designación, se procederá a la disolución y a la liquidación del organismo.

79. En consecuencia, no se trata siquiera de una intervención en la gestión, sino de la transmisión de los poderes de gestión a una persona elegida por los poderes públicos.

80. Además, la conclusión del cargo de esta persona no lleva aparejada la vuelta a la situación anterior, puesto que la sociedad deberá someterse, durante dos años, a una mayor vigilancia. [19]

81. También en relación con la parte normativa del Código, la Comisión ha señalado los artículos L. 423-1 y L. 423-2, [20] que permiten al ministro tanto ordenar la liquidación de una SA VAM cuya actividad sea demasiado reducida, como obligar, por el contrario, a una SA VAM cuya actividad supere un volumen predeterminado a ceder a otro organismo gestor de viviendas de alquiler moderado una parte de su cartera de inmuebles en arrendamiento.

82. Tales medidas permiten indiscutiblemente al ministro imponer una gestión de unas determinadas características o, al menos, exigir un mínimo de dinamismo en la gestión o impedir la constitución de SA VAM que constituyan verdaderos imperios inmobiliarios.

83. Sin embargo, como pone de manifiesto la Comisión, el Código no se limita a prever intervenciones ministeriales destinadas a subsanar una gestión caracterizada por faltas graves o deficiencias, o a hacer respetar los límites dentro de los cuales debe ejercerse la actividad de las SA VAM. En efecto, el Código establece, como principio general, en su artículo L. 451-1, la sujeción de los organismos gestores de viviendas de alquiler moderado, y, por tanto, de las SA VAM, «al control de la administración». El artículo R. 451-1 especifica que todos los organismos gestores de viviendas de alquiler moderado, al margen de su naturaleza jurídica y de la forma de financiación de sus operaciones, «estarán sometidos al control del ministro de Hacienda y del ministro competente en materia de construcción y vivienda». Para garantizar su plena eficacia, el artículo L. 451-2, [21] amplía dicho control a los documentos en poder de arquitectos y

19 — La Comisión también habría podido referirse al artículo L. 422-6, que prevé medidas de suspensión individual de miembros de los órganos directivos, y al artículo L. 422-9, que prevé que:
«En el supuesto de que una sociedad de viviendas de alquiler moderado o de crédito inmobiliario se abstenga, durante un período de dos años, de transmitir a la autoridad administrativa competente los documentos administrativos y contables enumerados en el decreto previsto por el artículo L. 423-3, o si le resulta imposible renovar su consejo de administración o celebrar una junta general de accionistas, la autoridad administrativa podrá ordenar su disolución y nombrar un liquidador, en las condiciones que se establezcan por decreto, bien a solicitud de los socios que posean la mayoría del capital, bien a instancia del representante del Estado en el departamento, o bien por iniciativa propia.»

20 — Artículo L. 423-1:
«Cualquier organismo gestor de viviendas de alquiler moderado que gestione menos de 1.500 viviendas y que no haya construido un mínimo de 500 viviendas o concedido 300 créditos durante un período de diez años podrá ser disuelto mediante orden del ministro competente en materia de construcción y vivienda, quien nombrará un liquidador, o mediante orden conjunta del citado ministro y del ministro del Interior, cuando se trate de un servicio público de construcción y urbanización.»
Artículo L. 423-2:
«Cualquier organismo gestor de viviendas de alquiler moderado que gestione más de 50.000 viviendas podrá ser requerido, mediante orden del ministro competente en materia de construcción y vivienda, para que ceda la totalidad o parte de las viviendas que excedan de dicho número al organismo o a los organismos que expresamente se designen.»

21 — Los funcionarios encargados del control previsto en el artículo anterior podrán consultar, exclusivamente a efectos de dicho control, en los despachos de los arquitectos o empresarios que se hayan relacionado con organismos sometidos a dicho control, todos los documentos contables, copias de cartas y justificantes de ingresos y de gastos.
Cualquier denegación de información debidamente comprobada supondrá la imposición de una multa de 60.000 FRF a su autor.

empresarios que se hayan relacionado con los organismos gestores de viviendas de alquiler moderado, y establece fuertes sanciones económicas para los supuestos de denegación de información.

84. Procede destacar que el artículo L. 451-1 no limita en absoluto el alcance del control que pueden ejercer los poderes públicos sobre las SA VAM, cuando especifica, por ejemplo, que dicho control es un mero control de la regularidad.

85. En efecto, los poderes públicos tienen a su disposición, además de los medios descritos anteriormente, toda una serie de instrumentos que les permiten orientar la gestión de las SA VAM. La Comisión ha facilitado dos ejemplos.

86. En primer lugar, menciona el artículo R. 423-72 del Código, que somete al acuerdo previo del ministro una decisión perteneciente de modo manifiesto a la gestión de una sociedad, a saber, la revalorización del activo.

87. En segundo lugar, invoca el Decreto nº 93-236, de 22 de febrero de 1993, relativo a la creación de la comisión interministerial de inspección de la vivienda social. Según el artículo 3 de dicho Decreto:

«La comisión tendrá por objeto el control de las personas físicas o jurídicas que intervengan en el ámbito de la vivienda social.

Controlará, mediante el examen de documentos y visitas sobre el terreno, las operaciones de construcción, adquisición o reforma de viviendas subvencionadas por el Estado, o cuya financiación esté regulada por el Estado o haya sido pactada con éste, o que sean financiadas con cargo a recursos exentos de tributación.

[...]

Los ministros de los que depende la comisión podrán encargar a ésta la realización de controles e investigaciones, así como de estudios, auditorías o evaluaciones en el ámbito de la vivienda social.

La comisión formulará propuestas sobre el curso de deba darse a sus informes de inspección y se cerciorará de que las personas sujetas a control apliquen las medidas adoptadas por los ministros de los que depende.

Previa solicitud, la comisión prestará su apoyo a los servicios desconcentrados de los Ministerios de Economía y Hacienda, del Presupuesto y de Infraestructuras.»

88. Como es evidente, ese organismo no se limita a observar. Puede formular, a solicitud del ministro, propuestas relativas a la gestión de los diferentes organismos gestores de viviendas de alquiler moderado y, si el ministro las aprueba, garantizará su aplicación efectiva.

89. Evidentemente, la República Francesa no discute la existencia de estas diferentes formas de control.

90. Por lo que se refiere a las diversas hipótesis de intervención del ministro recogidas en el Código y destacadas por la Comisión, la República Francesa subraya el hecho de que corresponden a situaciones muy concretas que, en la práctica, sólo se presentan excepcionalmente.

91. En lo que respecta al poder general de control del ministro, la República Francesa alega:

«Procede destacar que, en el presente caso, se trata de controles imprevistos realizados mediante visitas sobre el terreno y el examen de los documentos. Consisten en una comprobación de la contabilidad de los organismos. Los funcionarios pueden reclamar la presentación de los fondos, de los valores y de cualesquiera documentos. Pueden exigir cualquier información, con el único límite de no interferir en el funcionamiento de los servicios. El resultado de este control es un informe en el que los funcionarios-inspectores se limitan a comunicar al ministro las malversaciones o los abusos. En definitiva, este servicio de inspección constituye más una amenaza que pesa constantemente sobre los organismos susceptibles de ser visitados que un control de gestión en sentido estricto, del que se derivarían decisiones adoptadas sobre opciones estratégicas o de inversión.»

92. Sin embargo, creo haber demostrado antes que, en lo que respecta al artículo L. 422-7 del Código y a los estatutos tipo a los que deben atenerse las SA VAM, el control de la autoridad pública es más amplio y se refiere a todos los documentos sometidos a la junta general y a las actas de ésta.

93. En cuanto a la comisión interministerial de inspección de la vivienda social, la República Francesa alega, en su escrito de dúplica:

«[...] la comisión interministerial de inspección de la vivienda social no puede dirigir órdenes o instrucciones a los organismos que controla. Estas inspecciones concluyen con un informe que contiene las respuestas del organismo a los elementos positivos o negativos detectados por la inspección y

pueden incluir propuestas o recomendaciones dirigidas tanto al propio organismo como a la administración de tutela. A continuación, el informe se remite al presidente del organismo controlado y a los organismos de tutela administrativa locales (el Préfet y el Trésorier Payeur Général) y nacionales (ministro del tesoro y ministro competente en materia de vivienda). Por su naturaleza y por sus destinatarios, un informe de la comisión interministerial de inspección de la vivienda social tiene, por tanto, valor de control administrativo con carácter estimativo e informativo. Mientras que el comité rector de la comisión interministerial de inspección de la vivienda social o su comisión permanente se encargan del curso que debe darse a tales observaciones, la comisión interministerial de inspección de la vivienda social sólo formula recomendaciones que conducen, en su caso, a una negociación con el propio organismo para impulsar su evolución, en particular si su situación económica se vuelve crítica.»

94. Sin embargo, incluso en tal caso, la argumentación no me parece fundada, puesto que dichas inspecciones se añaden a los demás controles ya descritos. Además, es interesante destacar que, según la propia República Francesa, dicha comisión puede verse obligada a negociar con el organismo controlado «para impulsar su evolución».

95. A mi juicio, teniendo en cuenta la jurisprudencia establecida en la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, debemos dar la razón a la Comisión, ya que todo contribuye a demostrar que, en efecto, las SA VAM se encuentran en una situación de dependencia estrecha de los poderes públicos, debido a los controles que éstos ejercen sobre su gestión.

96. Queda una última dificultad relativa al modo en que la Comisión ha llegado a apreciar un incumplimiento. En efecto, en su recurso, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37 y, en particular, de su artículo 11, apartado 2, en relación con diferentes procedimientos de adjudicación de contratos públicos para la construcción de viviendas por parte de SPCU y SA VAM. A mi juicio, es difícil acoger, en esos términos, las pretensiones de la Comisión.

97. Dado que la Comisión no solicita a este Tribunal que declare el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la Directiva 93/37 habida cuenta del hecho de que la República Francesa no ha adoptado las disposiciones necesarias para exigir a las SPCU y a las SA VAM la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie S, de sus anuncios de licitación cuando su importe supera el límite fijado por dicha Directiva, lo que no habría presentado ninguna dificultad, puesto que ésta es precisamente la cuestión que se ha discutido en el presente procedimiento, estimo que el Tribunal de Justicia debería limitarse a declarar la existencia de un incumplimiento en los tres supuestos concretos señalados por la Comisión.

Conclusión

98. A la luz de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que:

— Declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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, y más en concreto las que le impone su artículo 11, apartado 2, al no haber adoptado las disposiciones necesarias para que el servicio público de construcción y urbanización de Val-de-Marne, la sociedad anónima gestora de viviendas de alquiler moderado Logirel de Lyón y el servicio público de construcción y urbanización de París publicaran en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* serie S, los anuncios de licitación publicados en el *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* de 7 de febrero de 1995, en el *Moniteur des travaux publics et du bâtiment* de 16 de febrero de 1995 y en el *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* de 16 de febrero de 1995, respectivamente.

— Condene en costas a la República Francesa.