CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 23 de octubre de 1997 *

I. Introducción

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, el Raad van State van België solicita al Tribunal de Justicia que precise el alcance de una sentencia anterior de este mismo Tribunal, [1] en la que interpretó las Directivas 71/304/CEE [2] y 71/305/CEE [3] declarando que las sociedades matrices de grupos de sociedades pueden inscribirse en las listas de contratistas para participar en las licitaciones, siempre y cuando acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios necesarios para la ejecución de los contratos. La cuestión controvertida en el presente asunto es si los Estados miembros están o no obligados a tener en cuenta la posición dominante que una sociedad matriz posee en las sociedades del grupo.

II. Hechos

2. Las circunstancias que dieron lugar a la cuestión prejudicial de que hoy conoce el Tribunal de Justicia son las mismas que las del asunto C-389/92, que concluyó con la citada sentencia de 14 de abril de 1994, cuya parte dispositiva constituye el objeto de la presente solicitud de interpretación.

3. En aquel asunto, al que me remito para una reconstrucción más exhaustiva de los elementos de hecho y de Derecho de la presente controversia, el Tribunal declaró que «la Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administra-tivos de obras por medio de agencias o sucursales, y la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, deben interpretarse en el sentido de que permiten, para apreciar los criterios a que debe responder un contratista, al examinar una solicitud de clasificación pre-sentada por una persona jurídica que domine un grupo, tener en cuenta a sociedades que pertenezcan al grupo, siempre y cuando la persona jurídica de que se trate acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades que sean necesarios para la ejecución de los contratos. Corres-ponde al Juez nacional apreciar si se aporta tal prueba en el asunto principal».

* Lengua original: italiano.

1 — Sentencia de 14 de abril de 1994, Ballast Nedam Groep (C-389/92, Rec. p. I-1289).

2 — Directiva del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales (DO L 185, p. 1; EE 06/01, p. 129).

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

4. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta ahora, también a la luz de las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Gulmann en el asunto antes citado, [4] cuál es el sentido exacto que debe atribuirse al término «permiten» empleado en el fallo de la sentencia que acabo de reproducir, y si dicha expresión deja un margen de apreciación discrecional a los Estados miembros para la concesión de la clasificación de que se trata.

Para resolver el litigio del que conoce, el Raad van State decidió, por tanto, someter al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones:

«¿Debe entenderse el término "permiten", utilizado en la frase "[...] permiten tener en cuenta [...]", que figura en el fallo de la sentencia de 14 de abril de 1994 en el asunto C-389/92, como "obligan a"?

Si el término "permiten", que figura en la mencionada frase, no debe entenderse como "obligan a", ¿implica ello que el Estado miembro interesado dispone de una facultad discrecional, aunque se cumpla el requisito establecido por el Tribunal de Justicia?

¿En qué casos y por qué motivos debe entonces tenerse en cuenta a las sociedades que pertenezcan a una persona jurídica que domine un grupo?»

III. Examen del litigio

5. La cuestión sometida al examen del Tribunal debe resolverse situando el término controvertido «permiten» en el contexto de la sentencia antes citada. No se discute que el Tribunal de Justicia empleó dicha expresión refiriéndose al espíritu de las Directivas 71/304 y 71/305, con las que la Comunidad quiso liberalizar el sector de los contratos públicos de obras y permitir a las empresas europeas participar en las licitaciones anunciadas en los Estados miembros, eliminando así los obstáculos que se oponían a la realización efectiva de un mercado abierto en lo que respecta a la prestación de los servicios de que se trata. [5] En efecto, el Tribunal de Justicia quiso garantizar la posibilidad de que empresas de otros Estados miembros participen, en pie de igualdad con las empresas del Estado miembro de que se trate, en las licitaciones que regula la Directiva 71/305.

A este respecto, es evidente que la posibilidad que tiene un Estado miembro de ejercer una potestad discrecional en cuanto a la clasificación de que se trata, que puede constituir un requisito previo para la participación

4 — Conclusiones de 24 de febrero de 1994, Rec. p. I-1291.

5 — Véanse los considerandos séptimo y noveno de la Directiva 71/305.

en la licitación, dejaría desprovista de todo valor a la regla que establece el apartado 4 del artículo 28 de la Directiva 71/305, según el cual, «para la inscripción de los contratistas de otros Estados miembros en una lista como la antedicha, no se podrán exigir otras pruebas o declaraciones que las solicitadas a los empresarios nacionales y, en ningún caso, otras distintas a las mencionadas en los artículos 23 a 26».

6. Debe asimismo recordarse que, en la sentencia antes citada, el Tribunal de Justicia empleó la expresión «permiten», que es, precisamente, el mismo término que había utilizado el órgano jurisdiccional remitente para la formulación de la cuestión prejudicial planteada en aquella ocasión. Así pues, dicha expresión debe interpretarse en ese contexto y se explica teniendo en cuenta el requisito que estableció el Tribunal de Justicia, con el que se exige a este respecto que «la persona jurídica de que se trate acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades [las sociedades participadas] que sean necesarios para la ejecución de los contratos».

7. Así pues, de cuanto antecede se desprende que el Estado miembro no dispone de ninguna discrecionalidad en lo que respecta a la decisión de clasificar a las sociedades matrices de grupos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia. No obstante, por otro lado, corresponde al Estado miembro determinar si la sociedad matriz satisface efectivamente dichos requisitos. A tal fin, soy del parecer de que el Estado miembro debe asimismo establecer criterios apropiados, que permitan determinar las condiciones en las cuales puede considerarse que un grupo de sociedades proporciona garantías adecuadas para asegurar el respeto de los compromisos asumidos mediante la eventual adjudicación de un contrato.

8. No oculto que, en esta materia, sería sin duda deseable la intervención del legislador comunitario para armonizar y coordinar las diferentes disposiciones en el ámbito societario que regulan la responsabilidad del grupo e, individualmente, de sus sociedades participadas en lo que respecta a los compromisos asumidos por la sociedad dominante como consecuencia de la adjudicación del contrato. En efecto, existen problemas delicados que se derivan de la equiparación de un grupo, considerado en su conjunto, a la figura del empresario individual. Se trata de cuestiones de amplio alcance que, como ya se ha dicho, merecerían una reflexión mucho más atenta en el marco de la elaboración de la normativa. El mismo Abogado General Sr. Gulmann, en sus conclusiones [6] relativas al asunto C-389/92, hizo referencia a esta circunstancia y previno, precisamente, al Tribunal de Justicia frente al riesgo de dar una respuesta general y abstracta, prefiriendo, por su parte, resolver específicamente el caso entonces sometido al examen del Tribunal.

9. Problemas como los derivados de situaciones de conflicto de intereses entre la sociedad dominante y las sociedades participadas, o los relativos a la inadecuación del objeto social de las sociedades que, finalmente, deban realizar las obras contratadas, podrían, en efecto, causar graves inconvenientes a la entidad adjudicadora si no se detectan y resuelven oportunamente. Por otro lado, a este respecto debe tenerse presente que la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en materia de conflicto de intereses entre las sociedades de grupos o de nulidad de los actos por contravenir el objeto social se deriva, en general, de

6 — Conclusiones citadas en la nota 4 *supra*.

situaciones en las que el acreedor de la sociedad participada o socio minoritario trata de servirse de los vicios del negocio impugnado para impedir que parte del patrimonio de la sociedad participada pueda serle arrebatado y afluir al de la sociedad matriz o, incluso, para exigir la responsabilidad patrimonial de la sociedad dominante. En la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales se ha tratado de dar respuesta a estos problemas hallando, en ocasiones, remedios que, si bien son sin duda perfectibles, permiten hacer frente en gran medida a la doble exigencia de asegurar el correcto y sano desarrollo de las operaciones mercantiles y garantizar la transparencia en las relaciones entre acreedores, socios y sociedades. [7]

10. En el caso que ahora se somete al Tribunal de Justicia, la situación, en cambio, es básicamente la opuesta: el acreedor de que se trata es la entidad adjudicadora, y la otra parte en el contrato es la propia sociedad matriz, que ejecuta el contrato a través de sus sociedades dependientes. Los vínculos existentes entre la sociedad matriz y las sociedades participadas pueden ser los más diversos en lo que respecta a la importancia de la participación y a la propia naturaleza del nexo jurídico que las une. La influencia del Derecho de sociedades nacional puede, asimismo, desempeñar un papel determinante en el diseño de la imagen y estructura del grupo. En esta situación, el ente adjudicador podría resultar, finalmente, penalizado por la circunstancia de no poder exigir válida y eficazmente, en tales casos, a la sociedad matriz y, lo que es más importante, a las distintas sociedades del grupo el respeto de los compromisos asumidos por la primera en virtud de la adjudicación del contrato. [8] En otras palabras, es necesario que se reúnan los requisitos necesarios para que la obligación de cumplimiento prevista incumba efectivamente, precisamente en tanto que obligación jurídicamente vinculante, a las sociedades del grupo. [9] Huelga decir que el marco en que se inserta esta problemática se complica considerablemente si se piensa en las consecuencias que se derivan de la intersección, incluso en el seno del mismo grupo, de las legislaciones en materia de sociedades de los distintos Estados miembros, así como de la inevitable aplicación de normas de Derecho internacional privado, en ocasiones insuficientes para desenmarañar el laberinto jurídico en que se encuentra el intérprete y, sobre todo, para garantizar una plena equivalencia entre las

7 — A este respecto, véase, entre otros muchos, para un enfoque comparado, Wooldridge, F.: «Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws», en *European Company Laws — A comparative Approach*, Aldershot, 1991, p. 103; Cerrai, A., Mazzoni, A.: «La tutela del socio e delle minoranze», en *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milán, 1993, p. 339; Hopt, K. G.: «Groups of companies, Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies», *loc. cit.*, p. 715; Grierson C. K., «Shareholders liability, Consolidation and Pooling», en *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, Londres, 1994, p. 205.

8 — En efecto, la situación que se presentaría es, en algunos aspectos, análoga a la de la empresa que subcontrata a terceros parte del contrato. A este respecto, la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305 (DO L 210, p. 1), pese a no ser aplicable *ratione temporis* al caso de autos, introdujo el artículo 20 *ter*, en el que se establece que «en el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá solicitar al licitador que le comunique en su oferta la parte del contrato que tenga la intención de subcontratar eventualmente con terceros. Dicha comunicación no prejuzga la cuestión de la responsabilidad del contratista principal».

9 — A este respecto, véanse las observaciones del Sr. G. Rossi sobre la sentencia de 14 de abril de 1994 en *Giurisprudenza italiana*, Parte I, Sección I, columna 545, p. 1995.

normas de Estados con tradiciones y concepciones diferentes en la esfera del Derecho. [10]

11. El principio jurídico sentado por el Tribunal de Justicia en la sentencia antes citada obliga, por tanto, a los Estados miembros, según mi parecer, además de a respetar el principio de no discriminación, representado en este caso por la prohibición de ejercer facultad discrecional alguna a la hora de conceder la clasificación controvertida, a poner de manifiesto una especial diligencia a la hora de establecer y aplicar reglas objetivas y transparentes que garanticen, con arreglo al marco jurídico vigente en el propio Estado miembro, el respeto efectivo del requisito indicado por el Tribunal de Justicia, a saber, la plena disponibilidad de los medios necesarios para la ejecución del contrato. A falta de prueba de este requisito, en efecto, se falsearía el correcto juego de la competencia, permitiendo a grupos de sociedades no provistos de los medios adecuados, sea desde el punto de vista jurídico o desde el técnico-económico, participar en igualdad de condiciones en las licitaciones, junto con otros candidatos que, por el contrario, reúnan básicamente todos los requisitos.

IV. Conclusión

12. A la luz de cuanto antecede, propongo que se responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Raad van State van België:

«Por el término "permiten" empleado en la parte diapositiva de la sentencia de 14 de abril de 1994 dictada en el asunto C-389/92 debe entenderse "obligan a".

10 — La exigencia consistente en que un grupo de empresas que participa en una licitación revista una forma jurídica concreta se admite en el artículo 21 de la Directiva 71/305, según el cual «estarán autorizadas a licitar las asociaciones de contratistas. No se exigirá la transformación de dichas asociaciones bajo una forma jurídica determinada para la presentación de la oferta, pero la asociación elegida será obligada a proceder a dicha transformación cuando le haya sido adjudicado el contrato». Naturalmente, en el caso de una sociedad matriz de un grupo, esta regla puede dar lugar a diferentes interpretaciones según se considere al grupo en su totalidad como una única entidad, en cuyo caso no se aplicaría el artículo 21, o dicha norma se refiera a la candidatura de la sociedad matriz, pretendiendo así, eventualmente, que la estructura societaria en que se articula el grupo adopte una forma jurídica bien definida.

Por otro lado, corresponde a las autoridades nacionales asegurar el respeto del requisito al que se supedita dicha obligación de equiparación y, en particular, cerciorarse de que se compruebe la plena disponibilidad de los medios necesarios para la ejecución del contrato mediante la aplicación de criterios no discriminatorios y adecuados para garantizar también de manera eficaz los derechos y expectativas legítimas de las entidades adjudicadoras.»