# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 15 de mayo de 1997 *

1. Mediante la cuestión prejudicial objeto del presente asunto, la Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (Comisión federal de Control de la Adjudicación de Contratos Públicos; en lo sucesivo, «Comisión federal de Control» pregunta al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 41 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios [1] (en lo sucesivo, «Directiva sobre servicios»).

Más concretamente, la Comisión federal de Control solicita al Tribunal que determine si, de conformidad con dicha disposición, los organismos establecidos por los Estados miembros con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, [2] relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso (en lo sucesivo, «Directiva sobre recursos»), también son competentes, una vez transcurrido el plazo de adaptación del Derecho interno previsto en la Directiva sobre servicios (y a falta de medidas nacionales de aplicación), para conocer de recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios relativos a alegadas violaciones de las normas comunitarias al respecto.

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 209, p. 1.

2 — 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).

## Marco normativo comunitario y nacional

2. Para mejor comprender el alcance de la cuestión planteada, procede, en primer lugar, recordar el marco jurídico en el que se inscribe, rememorando tanto las normas comunitarias como las disposiciones nacionales pertinentes.

### — *La normativa comunitaria*

3. En relación con la Directiva sobre servicios, procede recordar, en primer lugar, el artículo 36, que establece los criterios en que debe basarse la Administración para la adjudicación de los contratos públicos. En particular, con arreglo a la letra a) del apartado 1 del artículo 36, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, deben tenerse en cuenta los «distintos criterios que variarán en función del contrato: por ejemplo, la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo de entrega o de ejecución, el precio». En los restantes casos, de conformidad con la letra b) de la misma

disposición, debe tenerse en cuenta, en cambio, «únicamente el precio más bajo».

En el artículo 44 de la Directiva sobre servicios se fija hasta el 1 de julio de 1993 el plazo dentro del cual los Estados miembros están obligados a adoptar y comunicar las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la Directiva.

4. La Directiva sobre recursos impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en la materia [3] puedan ser recurridas de manera rápida y eficaz cuando el criterio de legalidad invocado sea (directa o indirectamente) el Derecho comunitario (apartado 1 del artículo 1).

Tras la entrada en vigor de la Directiva sobre servicios, la Directiva sobre recursos se aplica también a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios; en efecto, el artículo 41 de la Directiva sobre servicios, cuya interpretación solicita ahora el órgano remitente a este Tribunal, introduce una modificación en el texto del artículo 1 de la Directiva sobre recursos destinada a incluir expresamente en el ámbito de aplicación de esta última también los recursos relativos a la adjudicación de contratos públicos de servicios.

5. En el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva sobre recursos se dispone que, cuando los organismos responsables del procedimiento de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, los Estados deben garantizar que «cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción [léase: un órgano jurisdiccional] en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base».

Como garantía de independencia, en el párrafo segundo del mismo apartado 8 del artículo 2 se exige, además, que los miembros de este último organismo estén sujetos a las mismas condiciones aplicables a los Jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad, y que al menos el presidente de este organismo independiente posea las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un Juez. Por último, en esa misma disposición se establece que dicho organismo debe adoptar sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio, y que tales decisiones deben tener efectos jurídicos vinculantes.

3 — Se trata, obviamente, de los contratos contemplados en las Directivas 71/305/CEE (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9) y 77/62/CEE (DO L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), actualmente sustituidas por la Directiva 93/37/CEE (DO L 199, p. 54) y la Directiva 93/36/CEE (DO L 199, p. 1), respectivamente.

— *La normativa nacional*

6. La adaptación del ordenamiento jurídico alemán a las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos se llevó a cabo mediante la modificación de la Haushaltsgrundsätzegesetz (Ley General Presupuestaria; en lo sucesivo, «HGrG»). Concretamente, mediante la segunda Ley de modificación de la HGrG, que entró en vigor en 1993, [4] el legislador alemán introdujo los nuevos artículos 57a a 57c, con objeto de dar cumplimiento a las Directivas en materia de contratos públicos de obras y suministros, así como a la Directiva sobre recursos. [5]

En cambio, tal como confirma expresamente la propia resolución de remisión, el Derecho alemán no ha sido adaptado a la Directiva sobre servicios.

7. El artículo 57a de la HGrG constituye la base jurídica general para la adopción de las normas de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos. Dicha disposición faculta al Gobierno federal para regular, por vía reglamentaria y con la aprobación del Bundesrat, la adjudicación de los contratos públicos de suministro, obras y servicios por parte de los organismos enumerados en esa misma disposición.

Las disposiciones posteriores (artículos 57b y 57c), referentes a los recursos disponibles en caso de infracción de las normas comunitarias (o nacionales de adaptación del Derecho interno), establecen a tal efecto un procedimiento de control de doble instancia. Un primer control se encomienda a los servicios de control de adjudicaciones (Vergabeprüfstellen); contra las decisiones de estos últimos, puede recurrirse posteriormente ante las comisiones de control (Vergabeüberwachungsausschüße) creadas en cada uno de los Länder, o bien —cuando el procedimiento de adjudicación controvertido es competencia de una autoridad federal— ante la Comisión federal de Control.

8. En particular, el artículo 57b de la HGrG regula la actividad de los servicios de control de adjudicaciones. De conformidad con el apartado 2 de dicha disposición, las competencias de estos servicios deben ser definidas por el Gobierno federal mediante Reglamento y previa aprobación del Bundesrat. Los apartados 3, 4 y 5 de este mismo artículo contienen una serie de disposiciones relativas al inicio del procedimiento de control, la suspensión de los procedimientos de adjudicación considerados sospechosos y la información que las entidades adjudicadoras están obligadas a proporcionar a los propios servicios.

En el apartado 6 se precisa que la presentación de una reclamación ante el servicio competente no afecta al derecho de los particulares a ejercer una acción jurisdiccional ordinaria de indemnización por los daños eventualmente sufridos con ocasión del procedimiento de adjudicación.

9. El artículo 57c de la HGrG contiene una serie de normas aplicables a las comisiones

4 — BGBl 1993, I, pp. 1928 y ss.

5 — En general, en la doctrina alemana esta técnica legislativa se conoce como «solución presupuestaria».

de control; [6] los miembros de dichas comisiones, cuya composición se regula de manera detallada en los apartados 2, 3 y 4 de esa misma disposición, deben ejercer su actividad de forma independiente y bajo su propia responsabilidad. En particular, con arreglo al apartado 3 del artículo 57c, se aplican por analogía a los miembros titulares de las comisiones de control determinadas disposiciones de la Deutsche Richtergesetz (Ley del Poder Judicial; en lo sucesivo, «DRiG») en materia de anulación o revocación de su nombramiento, así como de independencia e inamovibilidad. [7]

Las comisiones de control ejercen exclusivamente un control de legalidad de los procedimientos de adjudicación, sin entrar en el examen de las apreciaciones de hecho de los servicios de control de adjudicaciones, y pueden, llegado el caso, anular las decisiones de estos últimos, ordenándoles pronunciarse de nuevo (apartado 5 del artículo 57c). Puede interponer un recurso ante las mismas todo aquél que invoque una infracción de las disposiciones aplicables en la materia (apartado 6).

10. Por último, en el apartado 7 del artículo 57c se establecen normas específicas aplicables a la Comisión federal de Control. Sus miembros «funcionarios» se eligen entre los presidentes y vocales de las secciones con funciones decisorias del Bundeskartellamt. [8] Los presidentes de sala de la Comisión federal de Control son nombrados entre los presidentes de sección del Bundeskartellamt. El Presidente del Bundeskartellamt nombra a los vocales externos [9] a propuesta de los organismos profesionales de Derecho público, decide la creación y la composición de las salas y ejerce, por delegación del Gobierno, el control jerárquico sobre la Comisión federal de Control.

6 — Por lo demás, estas normas son asimismo aplicables a la Comisión federal de Control, con la excepción de las disposiciones específicas contempladas en el apartado 7 del artículo 57c (véase *infra*, en el texto).

7 — Se trata de las siguientes disposiciones de la DRiG:
— apartados 1 y 2 del artículo 18, que contemplan los casos de nulidad del nombramiento de Jueces (nombramiento por parte de una autoridad incompetente *ratione materiae*, nombramiento de una persona que no tenga la nacionalidad alemana o privada de derechos políticos); en cambio, no es aplicable el apartado 3 del artículo 18 (en el que se establece que dicha nulidad sólo puede invocarse cuando haya sido declarada mediante sentencia judicial firme), en cuyo lugar en el apartado 3 del artículo 57c se establece que la nulidad sólo puede invocarse una vez declarada por la autoridad que efectuó el nombramiento y dicha decisión no pueda ser objeto de ulterior recurso;
— los apartados 1 y 2 del artículo 19, que se refieren a los casos en que puede revocarse el nombramiento. No obstante, no se aplica el apartado 3 del artículo 19, que supedita la revocación del nombramiento al consentimiento del interesado o la existencia de una sentencia judicial firme;
— los apartados 1 y 2 del artículo 26, en los que se establece que el control jerárquico sobre la actividad de los Jueces no puede menoscabar su independencia;
— el apartado 1 del artículo 27 (los Jueces tienen derecho a un destino en un órgano jurisdiccional determinado);
— los apartados 1 y 3 del artículo 30, así como los artículos 31 a 33 y el artículo 37, en los que se establecen las condiciones en que pueden revocarse las competencias conferidas a un Juez o procederse a su traslado a otras funciones; en líneas generales, esto puede suceder como consecuencia de un expediente disciplinario oficial o por motivos de reestructuración de la organización judicial. Cabe destacar que no se aplica el apartado 2 del artículo 30, en el que se dispone que la revocación o el traslado sólo pueden ordenarse, salvo por motivos de organización, mediante una sentencia judicial firme.

8 — Oficina federal de Defensa de la Competencia, autoridad administrativa nacional competente para la defensa de la competencia.

9 — Además de los miembros «funcionarios» (o integrados en el Bundeskartellamt), forman parte de la Comisión federal de Control, asimismo, miembros externos (u honorarios). Actualmente, está compuesta por una única sala, presidida por un presidente de sección del Bundeskartellamt e integrada por cuatro miembros internos, cinco miembros externos y cinco miembros externos suplentes (véase Stockmann, *Die Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes*, WUW 1995, pp. 572 y ss.; el autor es actualmente el Presidente de esta Comisión).

De conformidad con esta misma disposición, la Comisión federal de Control debe adoptar su reglamento interno, en el que se regulan el reparto y la tramitación de los expedientes.

11. Basándose en la normativa que acaba de describirse, el 22 de febrero de 1994 el Gobierno federal adoptó, con el dictamen favorable del Bundesrat, dos Reglamentos de desarrollo. El primero de ellos, por el que se adoptan disposiciones en materia de adjudicación de contratos públicos, se refiere expresamente sólo a los contratos de obras y suministro, por lo que no se aplica a los contratos de servicios. [10]

En cambio, el segundo Reglamento tiene alcance general, y contiene las normas de aplicación de la obligación de establecer procedimientos de recurso adecuados en materia de contratos públicos (en lo sucesivo, «Reglamento sobre recursos»). [11] En el artículo 1 de este Reglamento se establece cuáles son los servicios de control de adjudicaciones competentes para conocer de las reclamaciones referidas a cada uno de los poderes adjudicadores enumerados en el artículo 57a de la HGrG. En el artículo 2 se dispone que el servicio de control de adjudicaciones competente en cada caso está facultado para suspender el procedimiento de adjudicación; que dicha suspensión debe ordenarse mediante decisión escrita debidamente motivada, que debe notificarse a la Administración y al reclamante; y que en ella debe llamarse la atención de este último sobre la posibilidad de recurrir ante la comisión de control competente, que debe indicarse a tal efecto.

10 — BGBl 1994, I, pp. 321 y ss.
11 — BGBl 1994, I, pp. 324 y ss.

12. El artículo 3 del Reglamento sobre recursos, por último, se refiere a la actividad de las comisiones de control. De conformidad con dicha disposición, las comisiones de control están obligadas a iniciar un procedimiento ante el Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177, cuando estimen necesario un pronunciamiento sobre la interpretación del Tratado o sobre la validez o interpretación de actos adoptados con areglo al propio Tratado.

A tenor de dicha disposición, las comisiones de control deben adoptar, respetando los principios contenidos en la Ley de modificación de la HGrG, un reglamento interno por el que se establezcan sus normas de procedimiento. Dichas comisiones se pronuncian, tras haber oído a los interesados, mediante decisión escrita y motivada. En el apartado 4 del artículo 3 se precisa, por último, que las comisiones de control, a diferencia de los servicios de control de adjudicaciones, no están facultadas para suspender el procedimiento de adjudicación.

13. El reglamento interno de la Comisión federal de Control entró en vigor el 1 de agosto de 1995, y no consta que fuera publicado. La versión aportada por el Gobierno alemán en el presente procedimiento consta de cinco secciones, y regula la organización y el reparto de funciones en el seno de dicho organismo, el procedimiento, que comprende una fase escrita y una fase oral, las deliberaciones, así como otros aspectos específicos, entre ellos determinadas formalidades relativas a la decisión definitiva.

Dicha versión del reglamento interno parece ser el resultado de la modificación de una versión anterior del mismo reglamento, que entró en vigor en junio de 1994 y tampoco fue publicada. De hecho, según la Comisión, que facilitó dicha información —sin que, significativamente, fuera discutida— durante la vista, la versión original y la actualmente vigente presentan algunas diferencias por lo que respecta, en particular, a la publicidad de las vistas, a la exigencia de fase oral y a los plazos procesales. [12]

14. Para completar el marco normativo hasta aquí descrito, procede destacar, por último, que la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos ha sido objeto de dos sentencias recientes, en las que el Tribunal de Justicia ha condenado al Gobierno alemán por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. La primera declaración de incumplimiento se refería a la incorrecta adaptación del Derecho interno a la Directiva en materia de contratos públicos de obras y suministro, [13] mientras que la segunda se refería a la no adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre servicios. [14]

Por lo que respecta a la adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre recursos, es objeto de un procedimiento de infracción iniciado por la Comisión que actualmente se encuentra en curso. [15] La Comisión reprocha al Gobierno alemán, fundamentalmente, el grado insuficiente de protección jurisdiccional que ofrecen a los particulares las disposiciones nacionales de ejecución de la Directiva con respecto a lo establecido en ella.

## Hechos

15. Paso ahora a exponer los hechos que dieron lugar al litigio principal, los cuales, a diferencia del marco normativo, son simples y pueden resumirse como sigue.

En 1995, Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (en lo sucesivo, «entidad adjudicadora») sacó a concurso un contrato público de servicios de planificación general de la construcción de

12 — Por otra parte, la Comisión dio a entender que albergaba dudas sobre la versión del reglamento interno que debe considerarse actualmente vigente. En efecto, sostiene que la única versión oficialmente notificada por el Gobierno alemán, sin que posteriormente haya procedido a ninguna actualización o modificación oficial, es la de junio de 1994, aportada como documento oficial en el marco de un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 169 iniciado por la propia Comisión contra Alemania (acerca de dicho procedimiento, véase *infra*, en el texto).

13 — Sentencia de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania (C-433/93, Rec. p. I-2303); procede señalar que las Directivas aplicables en la época de los hechos eran, respectivamente, la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988 (DO L 127, p. 1), por lo que respecta a los contratos públicos de suministro, y la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989 (DO L 210, p. 1), por lo que respecta a los contratos públicos de obras. Procede recordar, por otro lado, que, conforme a una reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento tomando como referencia la situación normativa existente al término de los plazos fijados por la Comisión en su dictamen motivado (en el presente caso, el 3 de febrero de 1993).

14 — Sentencia de 2 de mayo de 1996, Comisión/Alemania (C-253/95, Rec. p. I-2423).

15 — El escrito de requerimiento, de 31 de diciembre de 1995, fue publicado, en lengua alemana, en la *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, nº 23/95, pp. 1940 y ss. El dictamen motivado correspondiente fue enviado el 29 de julio de 1996 (véase el comunicado de prensa de la Comisión nº IP/96/614).

los nuevos edificios gubernamentales en Berlín. [16] Por tratarse de servicios de carácter intelectual, la Administración optó por un procedimiento negociado, previa publicación de un anuncio de licitación, conforme lo autoriza la letra c) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva sobre servicios.

16. La sociedad Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (en lo sucesivo, «demandante»), que participó en el concurso, presentó una oferta el 25 de agosto de 1995.

La entidad adjudicadora procedió a calificar las dieciocho ofertas recibidas, seleccionando y calificando siete de ellas; posteriormente, decidió adjudicar el contrato a dos de las empresas ofertantes, entre las que no se encontraba la demandante, encomendándoles la creación de una asociación profesional para la prestación de los servicios requeridos. La adjudicación quedó formalizada el 12 de enero de 1996, cuando dicha asociación ya había iniciado su actividad.

17. Por estimar que su exclusión constituía una infracción de la Directiva sobre servicios, así como de las disposiciones nacionales en la materia, la demandante presentó una reclamación ante el Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (Ministerio federal de Ordenación del Territorio, Construcción y Urbanismo, en su condición de servicio de control de adjudicaciones competente), solicitando la suspensión cautelar del procedimiento y, con carácter principal, la adjudicación del contrato a su favor. En apoyo de sus pretensiones, la demandante alegó que había sido reiteradamente informada por la entidad adjudicadora de su idoneidad profesional para realizar dicha tarea, así como también de que su oferta era la más ventajosa desde el punto de vista del precio.

Mediante escrito de 20 de diciembre de 1995, el servicio de control de adjudicaciones ante el que se presentó la reclamación se declaró incompetente, desestimando la reclamación sin entrar en el fondo de la misma. Dicha decisión se fundaba en la no adopción del Reglamento federal, previsto en la Ley, mediante el cual el Gobierno hubiera debido conferir a los servicios de control de adjudicaciones la competencia para conocer también de los litigios relativos a los contratos de servicios.

18. En la comunicación a la demandante del resultado de su reclamación, el servicio de control de adjudicaciones le informaba, asimismo, de la posibilidad de recurrir ante la Comisión federal de Control para impugnar la legalidad de su decisión. Así lo hizo la demandante, formulando las siguientes pretensiones: con carácter principal, que se anulara la declaración de incompetencia dictada en primera instancia de control, se suspendiera el procedimiento de adjudicación del contrato público y se adjudicara dicho contrato a la propia demandante; con carácter subsidiario, que se sometiera la cuestión al Tribunal de Justicia para que se pronunciara con carácter prejudicial sobre el objeto del litigio.

16 — Publicado en el *Amtsblatt Berlin* de 23 de junio de 1995, así como en el DO S 120, p. 166.

La Comisión federal de Control decidió suspender el procedimiento y someter a este Tribunal la presente cuestión, mediante la cual le solicita, recordémoslo, que determine si, de conformidad con el artículo 41 de la Directiva sobre servicios, los organismos establecidos por los Estados miembros con arreglo a lo dispuesto en la Directiva sobre recursos también son competentes, a partir de la fecha en que hubiera debido adaptarse el Derecho interno a la Directiva sobre servicios, para conocer de los recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios.

La cuestión fue objeto de un intenso debate entre las partes, tanto en las observaciones escritas como durante la vista. Cabe destacar que la propia demandante, pese a haber solicitado expresamente (aunque con carácter subsidiario), como queda indicado, la remisión de los autos al Tribunal de Justicia para que éste se pronunciase con carácter prejudicial sobre la cuestión litigiosa, reconoció que la Comisión federal de Control *no constituye un órgano jurisdiccional* a efectos del artículo 177; no obstante, solicitó al Tribunal que respondiera, pese a ello, a la cuestión planteada, alegando, no sin contradecirse, consideraciones relativas a la tutela de los particulares y su derecho a una protección *jurisdiccional* efectiva.

## Admisibilidad

19. Antes de entrar a examinar el fondo de la cuestión prejudicial, procede comprobar si este Tribunal es competente para pronunciarse sobre la cuestión prejudicial remitida por la Comisión federal de Control. En efecto, el examen del marco normativo que acaba de describirse, relativo a la creación de la Comisión de que se trata, así como de la normativa que regula su actividad, suscita serias dudas acerca de la posibilidad de calificar a dicho organismo como «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 177 del Tratado y, en consecuencia, acerca de la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. [17]

La Comisión se mostró netamente partidaria de que se declarase la inadmisibilidad de la cuestión, hasta el punto de renunciar a definir su postura sobre el fondo. Por lo que respecta al Gobierno alemán, sostiene que la entidad de que se trata es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177. Con todo, durante la vista admitió expresamente haber iniciado los trámites necesarios para modificar las disposiciones pertinentes, con el fin de permitir, entre otras cosas, la interposición de recursos contra las decisiones de las comisiones de control ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, para así garantizar una efectiva tutela jurisdiccional a los interesados. [18]

17 — Subrayo, incidentalmente, que dicho examen tiene como único objetivo comprobar si concurren los requisitos subjetivos para que el Tribunal se pronuncie sobre la cuestión planteada, y no determinar si fue correcta la adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre recursos, cuestión que, en su caso, será objeto de un procedimiento diferente. Es cierto que el antes mencionado procedimiento de infracción iniciado por la Comisión, que tiene por objeto la incorrecta adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre recursos por parte del Gobierno alemán, presenta aspectos relacionados con el procedimiento que hoy nos ocupa; pero también presenta aspectos diferentes, de modo que debe respetarse rigurosamente la distinción, tanto formal como sustantiva, entre uno y otro.

18 — De esa circunstancia, destacada en la vista por la Comisión, esta última deduce una prueba adicional del carácter no jurisdiccional de las comisiones de control en su forma actual; esta deducción fue discutida, a su vez, por el Gobierno alemán, que sostuvo, en la propia vista, que dichas modificaciones están destinadas únicamente a introducir algunas mejoras en un sistema que ya resulta satisfactorio desde el punto de vista de la tutela jurisdiccional, recordando, por otra parte, que dicha información fue facilitada en el marco de otro procedimiento diferente.

20. Para dilucidar esta cuestión, señalaré, con carácter preliminar, que el propio Derecho nacional califica a la Comisión de que se trata (así como a las comisiones de control de los Länder) como «órganos cuasijurisdiccionales» (gerichtsähnliche Einrichtung), y no como órganos jurisdiccionales en sentido estricto. [19]

Esta circunstancia, pese a no ser en sí misma determinante, en la medida en que el concepto de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 es un concepto comunitario [20] en el que el Tribunal de Justicia también ha considerado (en ocasiones) comprendidos órganos que no tienen carácter jurisdiccional con arreglo al Derecho nacional, [21] hace necesario, sin embargo, proceder a un examen detallado de la naturaleza del órgano de que se trata y de la forma en que debe ejercer su actividad, con el fin, precisamente, de comprobar si, en el presente caso, se aprecian las características orgánicas y funcionales que, según la jurisprudencia del Tribunal, deben concurrir para que un órgano de carácter no jurisdiccional pueda, pese a ello, estar comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 177.

19 — Véase la exposición de motivos de la segunda Ley de modificación de la HGrG, mediante la cual se introdujeron los artículos 57a a 57c anteriormente examinados (BT-Drucksache 12/4636, p. 12). Por otra parte, se trata de un planteamiento comprensible si se tienen en cuenta las peculiaridades del Derecho constitucional alemán. En efecto, la creación de un «órgano jurisdiccional» federal en sentido estricto mediante la modificación de una Ley ordinaria (como es la HGrG) hubiera constituido una violación del Derecho constitucional aplicable (al menos en el caso de la Comisión federal de Control), en la medida en que la Ley Fundamental alemana (artículos 95 y 96) contiene una relación taxativa de los órganos jurisdiccionales federales, que sólo puede ser ampliada, en su caso, mediante una reforma constitucional.

20 — Cuya definición, por razones evidentes de aplicación uniforme del Derecho comunitario, no puede dejarse a la discreción de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (véase ya, en términos generales, la sentencia de 1 de febrero de 1972, Hagen, 49/71, Rec. p. 23).

21 — Véase ya, por ejemplo, la sentencia de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels (61/64, Rec. p. 407).

21. Empezaré, por tanto, recordando brevemente los hitos más significativos —para lo que aquí interesa— de dicha jurisprudencia, subrayando, por otra parte, el hecho de que ésta se ha desarrollado al hilo de los asuntos concretos de que ha conocido el Tribunal, sin que en ningún caso se haya producido una definición general y exhaustiva del concepto de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177.

22. El primer asunto se refería a un tribunal arbitral profesional neerlandés (el Scheidsgerecht) que planteó una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, precisando, no obstante, que no se consideraba un órgano jurisdiccional a efectos de su propio Derecho nacional. En la sentencia Vaassen-Göbbels, antes citada, [22] el Tribunal se declaró competente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, considerando que, en aquel caso, el órgano remitente presentaba las características de un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177.

En particular, el Tribunal tuvo en cuenta expresamente las siguientes circunstancias: el Scheidsgerecht era un órgano regularmente constituido a efectos de la Ley neerlandesa, de carácter permanente, y encargado de resolver litigios, estando sujeto a normas de procedimiento contradictorio análogas a las que rigen el funcionamiento de los tribunales de Derecho común y obligado a aplicar normas jurídicas; además, las personas pertenecientes a la categoría profesional de que se trataba estaban obligadas a someterse a él en caso de litigio con el fondo de pensiones competente; por último, el nombramiento de los miembros de dicho órgano correspondía

22 — Citada en la nota precedente.

al ministro competente, que designaba asimismo a su presidente y aprobaba su reglamento de procedimiento. [23]

23. Así pues, al adoptar el enfoque que acabo de describir, el Tribunal de Justicia ha demostrado desde un principio que, a la hora de calificar a un órgano remitente como órgano jurisdiccional para los fines y a los efectos del Tratado, atribuye una importancia determinante no tanto al *nomen iuris* del órgano de que se trate, sino más bien a sus características materiales (como su origen legal, su estabilidad, el carácter de jurisdicción obligatoria, la existencia de normas de procedimiento transparentes y la aplicación de normas jurídicas). Por otra parte, se trata de un enfoque al que hay que adherirse plenamente, sobre todo si se tiene en cuenta el contexto histórico en el que se desarrolló. En efecto, en la época de la sentencia Vaassen-Göbbels, el mecanismo de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el órgano jurisdiccional comunitario acababa de empezar a funcionar, y el Tribunal era plenamente consciente de la necesidad de alentar su utilización para garantizar la difusión y la aplicación uniforme del Derecho comunitario, con ayuda incluso —en caso necesario— de una interpretación extensiva del concepto de órgano legitimado para plantear cuestiones prejudiciales.

24. Es ésta la perspectiva desde la que deben entenderse algunas sentencias posteriores en la materia, como por ejemplo la sentencia Broekmeulen, [24] en la que el Tribunal declaró la admisibilidad de la cuestión planteada por una comisión (neerlandesa) competente para resolver los recursos de los médicos contra la denegación de la autorización para el ejercicio de su profesión o de su inscripción en el correspondiente registro. Ahora bien, también en aquel asunto el Tribunal encontró algunas características orgánicas y funcionales de la comisión de que se trataba que permitían detectar una función de tipo jurisdiccional en la actividad que ejercía. En particular, el Tribunal consideró relevante, de manera expresa, el carácter permanente de la comisión, la participación de la autoridad pública en su composición, la existencia de un reglamento interno en el que se establecía un procedimiento contradictorio, el carácter exclusivo de su competencia y, por último, el carácter definitivo de sus decisiones. Habida cuenta, por otra parte, del hecho de que dicha comisión estaba llamada a aplicar el Derecho comunitario, invocado por los demandantes, el Tribunal declaró, en consecuencia, que, para garantizar el efecto útil de éste, era necesario responder a la cuestión planteada.

25. En la misma óptica se inscribe, asimismo, la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia Simmenthal. [25] En aquel asunto, el pretore di Alessandria había planteado al Tribunal una petición de decisión prejudicial en el marco de un procedimiento de apremio. El Gobierno italiano impugnó la competencia del Tribunal para responder a las cuestiones del pretore por vulnerar el principio de contradicción, subrayando la facultad que tenía el Juez para resolver, en el marco de

23 — También en su más reciente jurisprudencia, el Tribunal ha reiterado que considera órganos jurisdiccionales a efectos del artículo 177 a los tribunales arbitrales laborales que satisfacen dichos requisitos. Véase, en este sentido, por ejemplo, la sentencia de 17 de octubre de 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199), en la que el Tribunal declaró que el órgano remitente, en aquel caso un tribunal arbitral profesional danés, había sido creado por Ley (en la que se regulaban concretamente la manera en que debía constituirse, el número de miembros nombrados por las partes y las modalidades de designación del árbitro superior), era competente para resolver con carácter exclusivo y en última instancia los litigios entre las partes, y cualquiera de las partes podía someterle el litigio, sin necesidad del acuerdo de la otra parte. Por otro lado, el Abogado General Sr. Lenz había subrayado, a este respecto, que dicho órgano debía aplicar asimismo normas jurídicas, como son las disposiciones de los convenios colectivos pertinentes.

24 — Sentencia de 6 de octubre de 1981 (246/80, Rec. p. 2311), sobre la cual véanse también, para más detalles, los puntos 39 y 40 *infra*.

25 — Sentencia de 28 de junio de 1978 (70/77, Rec. p. 1453), apartado 10.

dicho procedimiento, basándose únicamente en las alegaciones del demandante. A este respecto, el Tribunal, tras haber declarado que el pretore «ejerce una función jurisdiccional a efectos del artículo 177», precisó que su competencia prejudicial no estaba supeditada al carácter contradictorio del procedimiento en cuyo marco el Juez nacional hubiera formulado una cuestión prejudicial; no obstante, el Tribunal añadió que «es posible que, en aras de una buena administración de justicia, la cuestión prejudicial sólo deba plantearse, en su caso, tras un debate contradictorio». [26] En otras palabras, el Tribunal precisó que, cuando el carácter de órgano jurisdiccional del órgano remitente está fuera de toda duda, el hecho de que se haya procedido a la remisión antes de un (eventual) debate contradictorio no excluye la admisibilidad de la propia petición de decisión prejudicial.

26. Aun sin desligarse de la generosa interpretación que acabo de describir, no por eso ha dejado el Tribunal de establecer límites bien definidos al concepto de órgano jurisdiccional a efectos del Tratado. En efecto, en su auto en el asunto Borker, [27] posteriormente confirmado mediante auto en el asunto Greis Unterweger, [28] el Tribunal precisó que sólo se consideraba competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la cuestiones planteadas por órganos jurisdiccionales que deben resolver «en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional». [29] Por tratarse, en aquellos asuntos, respectivamente, del Conseil de l'Ordre des avocats de Paris (Consejo del Colegio de Abogados de París, al que un Abogado de dicho Colegio había solicitado la expedición de una declaración para su aportación en el marco de un litigio pendiente ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro) y de la Commissione consultiva per le infrazioni valutarie italiana (Comisión consultiva para las infracciones en materia monetaria, encargada de emitir dictámenes motivados no vinculantes dirigidas al Ministero del Tesoro), el Tribunal estimó que en ninguno de los dos casos se reunía dicho requisito. [30]

27. Desde una óptica diferente, el Tribunal ha tenido ocasión, posteriormente, de precisar que, para estar comprendido en el concepto de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177, el órgano remitente debe, en todo caso, ser independiente. Este criterio, tal vez por ser consustancial a la esencia misma de la función judicial, no fue explicitado por vez primera hasta la sentencia Corbiau, en la que el Tribunal se declaró incompetente para responder debido a que el órgano remitente, pese a ser un órgano jurisdiccional con arreglo al Derecho nacional, no presentaba, según el Tribunal, las garantías necesarias de su calidad de tercero con respecto a las partes del litigio que debía resolver. [31] Se trataba, concretamente, del directeur des contributions directes et des accises (Director de tributos directos e indirectos) de Luxemburgo, competente, conforme a la Ley, para resolver en primera instancia los litigios entre los contribuyentes y los servicios (bajo su dirección) que liquidaban los tributos.

26 — Sentencia Simmenthal, apartado 10.

27 — Auto de 18 de junio de 1980 (138/80, Rec. p. 1975).

28 — Auto de 5 de marzo de 1986 (318/85, Rec. p. 955).

29 — Auto Borker, citado en la nota 27 *supra*, apartado 4.

30 — En el mismo sentido, véase también, como más reciente, la sentencia de 19 de octubre de 1995, Job Centre (C-111/94, Rec. p. I-3361), dictada en el marco de un procedimiento de «giurisdizione volontaria» sobre una solicitud de calificación de los Estatutos de una sociedad a efectos de su inscripción en el registro correspondiente. El Tribunal de Justicia estimó que el Tribunale di Milano, que era el órgano remitente, ejercía, en ese ámbito, funciones no tanto de carácter jurisdiccional como de autoridad administrativa.

31 — Sentencia de 30 de marzo de 1993 (C-24/92, Rec. p. I-1277). En realidad, en sentencias anteriores aparecen ya algunas referencias más o menos expresas al criterio de la independencia: véanse, por ejemplo, los fundamentos de Derecho de la sentencia Pretore di Salò/X, en la que el Tribunal de Justicia apreció, junto a otros elementos, también la calidad de la independencia del Juez *a quo*, llegando a la conclusión de que se trataba de un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 (sentencia de 11 de junio de 1987, 14/86, Rec. p. 2545, apartado 7).

Por otro lado, el criterio de la independencia resultó determinante, si bien en sentido opuesto, en el asunto Asociación Española de Banca Privada y otros. [32] Efectivamente, en aquel caso, el órgano remitente era el Tribunal de Defensa de la Competencia español, en relación con el cual se habían invocado, en las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, una serie de elementos de los que se desprendía su carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177, tales como, además del carácter contradictorio del procedimiento, establecido de manera inequívoca en la Ley, la independencia en el ejercicio de sus funciones por parte de sus miembros, así como su inamovilidad. [33] En su sentencia en aquel asunto, el Tribunal no abordó específicamente esta cuestión; ahora bien, el hecho de que respondiera a las cuestiones planteadas induce a pensar que se adhirió implícitamente a la postura del Abogado General.

28. De la jurisprudencia que acaba de exponerse se desprende claramente que, aun a falta de una definición de alcance general del concepto de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177, el Tribunal de Justicia ha definido una serie de requisitos esenciales a cuya concurrencia está supeditada la legitimación de un órgano para someter cuestiones prejudiciales.

Tales requisitos se refieren, en síntesis, a: el origen del órgano, que debe haber sido creado por Ley y no mediante un simple acuerdo entre las partes; su vinculación con los poderes públicos; su carácter de órgano permanente, en el sentido de que no debe ejercer una función judicial con carácter meramente ocasional; la competencia del órgano para resolver litigios que deben zanjarse mediante una decisión de carácter jurisdiccional; la sustanciación, ante el órgano de que se trate, de un procedimiento análogo al que rige en los tribunales ordinarios, caracterizado (con los límites anteriormente indicados) por un debate contradictorio; la aplicación, por parte del órgano, de normas jurídicas (y, por tanto, no de criterios de equidad); el carácter obligatorio de la jurisdicción, que excluye, por tanto, la disponibilidad de recursos alternativos, y, por último, la independencia del órgano, desde el punto de vista tanto de su calidad de tercero con respecto a las partes del litigio como de la inamovilidad de los miembros que lo componen.

29. Llegados a este punto, volviendo al caso que nos ocupa, procede pues comprobar si la Comisión federal de Control presenta características que permitan considerar que ejerce una función jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado en el sentido exigido por el Tribunal.

La Comisión, como queda dicho, sostiene que el órgano de que se trata no satisface ninguno de los requisitos definidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que acaba de exponerse. En apoyo de su tesis, la Comisión subraya, ante todo, que la Comisión federal de Control fue creada mediante una ley «marco» (como es la segunda Ley de modificación de la HGrG, que no confiere a los particulares ni obligaciones ni derechos subjetivos y debe ser desarrollada mediante actos de carácter reglamentario; además, el órgano controvertido muy bien podría verse

32 — Sentencia de 16 julio de 1992 (C-67/91, Rec. p. I-4785).

33 — Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, presentadas el 10 de junio de 1992 (Rec. p. I-4806), punto 11.

«privado» de su base jurídica —y, por tanto, imposibilitado para pronunciarse— en los casos en que, como en el presente asunto, no exista una instancia de control competente de rango inferior. Por otra parte, la Comisión formula las siguientes observaciones: el órgano remitente no decide tras un procedimiento contradictorio, como lo confirman los fundamentos de Derecho de su primera decisión; [34] su procedimiento se rige por un reglamento interno no publicado y que en cualquier momento puede ser modificado de manera autónoma; no existen disposiciones que atribuyan efectos jurídicos vinculantes a sus decisiones; no es un órgano independiente, en la medida en que está imbricado con la estructura de personal y logística del Bundeskartellamt, a su vez un órgano administrativo y en todo caso no jurisdiccional; la duración mínima del mandato de sus miembros «funcionarios» y de su Presidente no está fijada mediante Ley.

30. Habida cuenta de la naturaleza de la Comisión federal de Control de la técnica legislativa con la que fue creada y, sobre todo, de la forma en que ejerce su actividad, confieso que comparto al menos algunas de las observaciones formuladas por la Comisión, que por lo demás son a mi entender las más significativas.

En primer lugar, no creo que las normas que rigen el procedimiento de recurso ante la Comisión de que se trata puedan considerarse análogas a las que rigen el funcionamiento de los tribunales ordinarios. Por el contrario, el hecho de que, a tenor de la Ley, el reglamento de procedimiento deba ser adoptado de manera autónoma por cada una de las comisiones y pueda ser modificado por ellas de forma autónoma, unido al hecho de que su publicación no sea obligatoria, me induce a considerar que, en el presente caso, no se dan las garantías necesarias de transparencia y seguridad jurídica que deben concurrir en el caso de un procedimiento de carácter jurisdiccional.

31. No me refiero sólo, deseo subrayarlo, a la inexistencia de un procedimiento contradictorio entre las partes, que sin embargo está suficientemente demostrada en la práctica. En mi opinión, mucho más relevante resulta la falta de concurrencia de los requisitos «funcionales» mínimos que caracterizan a un procedimiento de carácter jurisdiccional, en concreto con arreglo a la jurisprudencia dictada en el asunto Vaassen-Göbbels. [35] Como queda indicado, en aquel asunto el reglamento de procedimiento que regulaba la sustanciación del procedimiento ante el órgano remitente estaba sujeto a la aprobación del ministro competente, de modo que no podía haber duda alguna acerca de la certidumbre, transparencia y publicidad de las disposiciones procesales aplicables. Esta circunstancia, por otro lado expresamente subrayada, fue debidamente tenida en cuenta, tanto por el Abogado General como por el Tribunal, para llegar a la conclusión de que se trataba, en aquel asunto, de un órgano «sujeto a normas de procedimiento contradictorio *análogas a las que rigen el funciona-*

34 — Decisión de 2 de agosto de 1994 (publicada en *EU Public contract law*, nº 3/94, pp. 47 y ss.), mediante la cual la Comisión federal de Control declaró que no actuaba en el marco de un procedimiento contradictorio, precisando, al respecto, que las pretensiones de las partes no eran sino simples sugerencias para que adoptara una determinada posición.

35 — Huelga decir que, al relativizar (aunque dentro de los límites a que queda hecha referencia) el requisito específico de la existencia de un procedimiento contradictorio en la sentencia Simmenthal, el Tribunal no pretendió en modo alguno eliminar también el requisito más general del carácter jurisdiccional del procedimiento. Se trata, en efecto, de un elemento fundamental, cuyo papel determinante aparece no sólo expresamente en la sentencia Vaassen-Göbbels, sino también, como se ha visto, en la lógica que subyace en otras decisiones del Tribunal de Justicia en la materia.

*miento de los tribunales de Derecho común».* [36]

32. En cambio, en el caso que nos ocupa, me parece difícil encontrar garantías procesales similares; en el caso de existir, en todo caso, pueden ser modificadas de manera autónoma y «opaca» por parte del órgano juzgador, lo que me parece contrario a las más elementales exigencias de seguridad jurídica. Prueba de ello son, por otro lado, las reservas formuladas por la Comisión por lo que respecta a la versión del reglamento que actualmente se encuentra vigente —a la que ya se ha hecho referencia— debido a las diferencias existentes entre la versión enviada por el Gobierno alemán en el marco del procedimiento de infracción y la aportada en el presente procedimiento.

En estas circunstancias, no considero que pueda atribuirse al procedimiento de recurso ante la Comisión federal de Control el carácter de un procedimiento de carácter jurisdiccional tal como lo ha definido el Tribunal. En efecto, el presente caso se sitúa, a este respecto, decididamente fuera de la lógica de la sentencia Vaassen-Göbbels, ya de por sí generosa.

36 — Véanse la sentencia Vaassen-Göbbels, citada en la nota 21 *supra*, punto I (el subrayado es mío), así como las conclusiones del Abogado General Sr. Gand presentadas en el mismo asunto, en las que se afirma: «El procedimiento seguido [...] tiene carácter jurisdiccional» (Rec. 1966, p. 434).

33. Por otra parte, subsisten, en mi opinión, serias dudas con respecto a la independencia del órgano de que se trata, al menos desde el punto de vista de la inamovilidad de sus miembros.

A este respecto, resulta significativo el apartado 7 del artículo 57c de la HGrG, cuyo contenido recordaré para facilitar la lectura: los miembros «funcionarios» de la Comisión federal de Control son nombrados entre los presidentes de sección y los vocales del Bundeskartellamt, los primeros con funciones de presidentes de sala de la propia comisión. El Presidente del Bundeskartellamt nombra a los vocales externos, decide la composición y la creación de las salas y ejerce, por delegación del Gobierno, el control jerárquico sobre la Comisión. [37] Además, la Comisión federal de Control utiliza, también desde el punto de vista material, las estructuras y los servicios del Bundeskartellamt.

34. En otras palabras, los miembros «funcionarios» de la Comisión son miembros del propio Bundeskartellamt y siguen integrados formalmente en la plantilla de éste. En la

37 — Se trata de un control que se limita a las facultades de amonestación (Vorhalt) y de apercibimiento (Ermahnung) y que, por tanto, según la doctrina, no debe afectar en ningún caso al contenido de las decisiones de carácter jurisdiccional. La jurisprudencia parece confirmar este enfoque, aunque no faltan excepciones relativas a casos de errores considerados manifiestos. A este respecto, véanse también los apartados 1 y 2 del artículo 26 de la DRiG, aplicable en el presente caso, que establecen que el control jerárquico sobre las actuaciones de los Jueces no puede menoscabar su independencia; nótese, sin embargo, que no se aplica a los funcionarios, en cambio, el apartado 3 del mismo artículo 26 de la DRiG, que contempla el derecho de los Jueces a recurrir contra las medidas de control jerárquico de las que sean destinatarios (apartado 3 del artículo 57c).

práctica, esto significa que ejercen simultáneamente las funciones de miembros de la Comisión federal de Control y de miembros del Bundeskartellamt. A ello se añade el que, en la normativa por la que se creó el órgano de que se trata, no existen disposiciones sobre la duración del mandato de sus miembros «funcionarios», y el hecho de que, en cambio, sí se fije en ella expresamente la duración del mandato de los miembros externos (cinco años) [38] permite suponer que no se trata de un simple olvido.

Todo esto demuestra que, en la práctica, los miembros de la Comisión no tienen ninguna garantía, si no de inamovilidad, cuando menos de una duración predeterminada de su mandato, presupuesto indispensable para asegurar su independencia. Por el contrario, en cualquier momento, y mediante simples medidas de organización interna, pueden ser despojados de su competencia «adicional» y destinados de nuevo exclusivamente a sus funciones «normales». Es cierto que, como se ha visto, a dichos miembros se les aplican por analogía, mientras forman parte de la referida Comisión, determinadas disposiciones de la DRiG en materia de estabilidad e independencia de los Jueces, [39] pero también lo es que no les son aplicables, en cambio, las disposiciones previstas en la propia DRiG relativas, precisamente, al derecho de los Jueces de oponerse a la revocación de su nombramiento o a su traslado, de modo que pueden ser «revocados» discrecionalmente y en cualquier momento por el Presidente del Bundeskartellamt.

35. No considero que la petición de principio que figura en el apartado 3 del artículo 57c, que prescribe la autonomía y la independencia de los miembros de la Comisión, sea suficiente para alterar los términos del problema, en la medida en que queda desmentida por el hecho de que, en la práctica, sus propios miembros pertenecen a la Administración y continúan perteneciendo a ella incluso desde el punto de vista funcional. En realidad, considero que un sistema como el que es objeto del presente asunto, en virtud del cual se reconoce a un reducido número de funcionarios de la Administración la condición de Jueces con carácter temporal y para el ejercicio de determinadas funciones, aplicándoles una serie igualmente limitada de disposiciones aplicables a los Jueces, excluidas, sin embargo, las garantías normalmente previstas para estos últimos en caso de revocación de su nombramiento o de traslado, es demasiado complejo y poco transparente como para garantizar en la práctica la estabilidad necesaria con el fin de asegurar la independencia de quienes ejercen una función judicial.

36. De hecho, pueden plantearse dudas adicionales por lo que respecta al aspecto concreto de la imparcialidad de la Comisión federal de Control en los litigios de su competencia. En efecto, como se ha visto, dicha Comisión es una emanación del Bundeskartellamt, es decir, de la Administración, pese a lo cual está encargada de resolver litigios en materia de contratos públicos y, por ende, entre la propia Administración y los administrados. Esta circunstancia debería excluir el que pueda hablarse, en su caso, de calidad de tercero y, por tanto, de independencia. A menos, naturalmente, que se pretenda entender la independencia exigida a los Jueces

38 — Apartado 2 del artículo 57c de la HGrG.

39 — Véase la nota 7 *supra*.

como cualidad moral de las personas físicas que componen el órgano colegiado. [40]

37. Por último, creo poder adherirme a otra de las observaciones de la Comisión, igualmente determinante. En la normativa por la que se creó la Comisión federal de Control, no figura ninguna disposición relativa a los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por ésta y, en particular, a su eficacia vinculante. Al tratarse de un órgano que, con arreglo al Derecho nacional, no es un órgano jurisdiccional, no se aplica el principio general que establece el carácter vinculante de las decisiones de carácter jurisdiccional. En consecuencia, a falta de disposiciones expresas, el hecho de que dicho órgano fuera creado mediante la mencionada «solución presupuestaria», con el fin declarado de excluir la creación de derechos subjetivos en favor de los participantes en los concursos de adjudicación de contratos públicos, [41] permite albergar dudas sobre la obligatoriedad de sus decisiones. [42]

40 — Véase, a este respecto, la sentencia Corbiau, citada en la nota 31 *supra*. Bien es cierto que, en aquel asunto, el órgano remitente estaba vinculado precisamente a los servicios que habían efectuado la liquidación tributaria controvertida; no obstante, la lógica que inspiró el razonamiento del Tribunal (así como las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon) no difiere de la que debe prevalecer también en el caso que nos ocupa, habida cuenta de que la Comisión federal de Control forma en todo caso parte integrante de la Administración y, por consiguiente, no es un órgano tercero en los litigios que enfrentan a la Administración y al administrado.

41 — Véase la exposición de motivos del proyecto de modificación de la HGrG (BT-Drucksache 12/4636, p. 12).

42 — Véanse las dudas expresadas, a este respecto, por una parte de la doctrina, en particular por Boesen, EuZW 1996, p. 586, que señala que las decisiones de la Comisión federal de Control no son títulos ejecutivos; véase también, sobre esta cuestión, el escrito de requerimiento y el dictamen motivado enviados por la Comisión al Gobierno alemán en el marco del varias veces mencionado procedimiento de infracción.

Se trata de un elemento de apreciación que arroja nuevas dudas sobre el carácter jurisdiccional de las decisiones que debe adoptar la Comisión federal de Control y, por tanto, sobre la posibilidad de detectar en ella las características de un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177.

38. En síntesis, habida cuenta de todas las observaciones hasta aquí formuladas, considero que la Comisión federal de Control no satisface los requisitos necesarios, en todo caso por lo que respecta a las garantías procesales y a la independencia, para poder reconocerle la condición de Juez a efectos del artículo 177, y que, por tanto, procede declarar la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial que plantea.

39. Cabría sostener, en sentido contrario, que, cuando la cuestión prejudicial la plantea un órgano que actúa como única instancia de recurso disponible para el particular que invoca normas comunitarias, el Tribunal de Justicia debe pronunciarse en todo caso con el fin, por un lado, de evitar que el demandante quede desprovisto de una tutela efectiva y, por otro, de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Esta es, en sustancia, la tesis de la demandante. Como se ha señalado, aun afirmando que la Comisión federal de Control no es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177, la demandante solicita al Tribunal que

haga caso omiso de este hecho y responda pese a todo a la cuestión que plantea, sosteniendo que la solución contraria acabaría por perjudicarla. Esta postura podría sustentarse en la sentencia Broekmeulen, en la cual, como se ha indicado, el Tribunal declaró la admisibilidad de la cuestión planteada por un organismo profesional competente para resolver los recursos relativos a la inscripción en el registro profesional, declarando, en particular que «al no existir en la práctica un recurso efectivo ante los órganos jurisdiccionales ordinarios en una materia que afecta a la aplicación del Derecho comunitario, la comisión de recursos, que ejerce sus funciones con la aprobación de las autoridades públicas y funciona con su apoyo, y cuyas decisiones, adoptadas tras un procedimiento contencioso, se consideran, de hecho, definitivas, debe considerarse un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a efectos del artículo 177 del Tratado». [43]

40. No puedo acoger la tesis de la demandante; creo que la sentencia Broekmeulen puede llevarnos demasiado lejos. Las condiciones subjetivas y objetivas para el funcionamiento del sistema de cooperación entre los Jueces nacionales y el Juez comunitario establecido en el artículo 177 del Tratado no pueden variar en función de las particularidades de cada caso concreto. Si un órgano no es un órgano jurisdiccional, el hecho de que no exista nada mejor no cambia las cosas. Sostener lo contrario e interpretar la sentencia Broekmeulen de semejante modo equivaldría a atribuir una importancia determinante a un atributo del sistema procesal del que forma parte el órgano, y no al propio órgano como tal, en cuyo caso carecería de pertinencia que éste reúna o no los requisitos expresamente enunciados por el Tribunal.

41. En cualquier caso, aun admitiendo todo esto, hay que señalar que las circunstancias del caso que hoy nos ocupa son, a este respecto, muy diferentes. El presupuesto fundamental de aquella sentencia era, como se ha dicho, el hecho de que no existía «en la práctica un recurso efectivo ante los órganos jurisdiccionales ordinarios» para el ciudadano que invocaba normas de Derecho comunitario.

En el presente caso, en cambio, el participante en un concurso para la adjudicación de un contrato público que se considere indebidamente excluido de dicho concurso tiene a su alcance, ante todo, la presentación de un recurso de indemnización por los daños que pueda haber sufrido, lo que, por sí solo, podría constituir ya, al menos en principio, un recurso suficiente.

42. Además, los órganos jurisdiccionales ordinarios alemanes, pese a no existir una disposición normativa al respecto y no obstante las vacilaciones expresadas por la doctrina, parecen haberse inclinado de manera definitiva por declararse competentes para conocer de los recursos interpuestos por participantes en los concursos para la adjudicación de contratos públicos por alegadas infracciones (también) de las disposiciones comunitarias vigentes. Así lo confirman los dos recientes autos en que el Kammergericht

43 — Sentencia Broekmeulen, citada en la nota 24 *supra*, apartado 17.

(tribunal de apelación) de Berlín declaró la admisibilidad de sendas demandas de medidas cautelares —posteriormente desestimadas sobre el fondo— mediante las cuales los licitadores excluidos de la convocatoria anunciada por la Administración solicitaban la suspensión del procedimiento de adjudicación. [44]

A ello se añade el hecho de que, como queda indicado, el Gobierno alemán informó a la Comisión de que había iniciado los trámites de modificación necesarios para adecuar su legislación a las exigencias de la Directiva sobre recursos, modificaciones que prevén expresamente, entre otras cosas, la posibilidad de recurrir contra las decisiones de las comisiones de control ante los órganos jurisdiccionales ordinarios. [45]

43. Así las cosas, negar a la Comisión de que se trata el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177, además de ser perfectamente acorde con la jurisprudencia del Tribunal, no plantea ningún problema de tutela jurisdiccional efectiva de los particulares en el sentido indicado.

Por el contrario, considero que la solución que propongo, a saber, la incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre la presente cuestión prejudicial, se inscribe en una perspectiva que va más allá del caso concreto y, en todo caso, garantiza una mayor protección del derecho de los particulares a obtener una tutela que, para ser efectiva, ha de ser jurisdiccional. En efecto, dicha solución se basa, a todas luces, en la convicción de que sólo a los órganos que están en condiciones de ofrecer a los particulares todas las garantías enunciadas por el Tribunal de Justicia, y no a otros, puede reconocérseles la condición de órganos jurisdiccionales a efectos del artículo 177 del Tratado.

44. Para terminar, no debe pasarse por alto una última consideración, relativa a la *ratio* misma de la Directiva sobre recursos. Como es sabido, la adopción de esta última responde a una necesidad imperiosa de elevar y uniformar el grado de tutela jurisdiccional de los derechos de los particulares en materia de contratos públicos. En efecto, en determinados Estados miembros, el acto de adjudicación y los restantes actos administrativos relacionados con él o bien no eran impugnables ante un Juez, o bien lo eran aunque con efectos poco satisfactorios por lo que respecta a sus consecuencias para la posterior suerte del contrato. Precisamente con el fin de poner fin a esta laguna, la Directiva sobre recursos introdujo la obligación de los Estados miembros, de establecer un sistema capaz de garantizar eficazmente los derechos sustantivos conferidos por las normas comunitarias pertinentes (Directivas sobre obras, suministros y servicios) a los participantes en los concursos para la adjudicación de contratos públicos. Es ésta la perspectiva desde la que deben interpretarse las normas de dicha Directiva; y es ésta también la perspectiva que, al menos según la Comisión, han adoptado hasta ahora todos los demás Estados miembros en la adaptación de su Derecho interno a la Directiva. Uno de los documentos aportados en la vista por la Comisión ofrece un panorama de los órganos a los que cada uno de los Estados miembros ha atribuido la competencia de resolver en materia

44 — Kammergericht Berlin, decisiones de 10 de abril de 1995 (KartU 7605/94, EuZW 1995, pp. 645 y ss.), y de 31 de mayo de 1995 (KartU 3259/95, NVwZ 1996, pp. 415 y ss.).

45 — Procede señalar, con carácter incidental, que las modificaciones legislativas en curso podrían acabar relegando a un valor meramente «histórico» la sentencia que el Tribunal de Justicia debe pronunciar en este asunto, si bien sólo, por supuesto, por lo que se refiere a la admisibilidad y, en consecuencia, a la legitimación de las actuales comisiones de control para plantear cuestiones prejudiciales.

de contratos públicos con arreglo a la Directiva sobre recursos: se trata, en la mayor parte de los casos, de órganos jurisdiccionales ordinarios o, cuando existen, de tribunales administrativos sujetos al control, en segunda instancia, del Consejo de Estado. [46]

Se trata de un dato significativo que, en mi opinión, sin dejar de respetar la distinción entre el presente procedimiento y el iniciado por la Comisión con arreglo al artículo 169 del Tratado, debe en todo caso valorarse en su justa medida.

45. Habida cuenta de todas las observaciones precedentes, propongo al Tribunal, en síntesis, que declare la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial, por haber sido planteada por un órgano que no es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado.

**Sobre el fondo**

46. Por lo que respecta al fondo de la cuestión, que abordaré únicamente en aras de la exhaustividad, bastará con algunas observaciones.

Como se ha indicado, la petición de decisión prejudicial versa sobre la competencia de los servicios de control de adjudicaciones para conocer también, una vez transcurrido el plazo establecido para la adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre servicios, de los recursos relativos a procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios; y ello, cuando no existe (aunque esté prevista en la Ley) una disposición normativa (en el presente caso, un Reglamento federal) que les atribuya expresamente dicha competencia.

47. Tanto la demandante como el Gobierno alemán sostuvieron a este respecto que, habida cuenta del efecto directo que debe reconocerse a las disposiciones pertinentes de la Directiva sobre servicios, [47] los órganos creados con objeto de adaptar el Derecho interno a la Directiva sobre recursos deben poder conocer también de las impugnaciones relativas a los contratos públicos sobre servicios.

No obstante, es evidente que dicha cuestión no puede ser resuelta por el Tribunal de Justicia en el marco del presente asunto. En efecto, al Tribunal de Justicia no le está permitido sustituir al legislador nacional, que tiene la competencia, por expresa reserva de ley, para decidir si corresponde a los servicios de control de adjudicaciones resolver también los recursos presentados en materia de contratos de servicios.

46 — En consecuencia, la Comisión se declaró satisfecha con las medidas de adaptación de su Derecho interno adoptadas por todos los Estados miembros (con la excepción, naturalmente, de Alemania, contra la que inició el procedimiento con arreglo al artículo 169).

47 — Según las alegaciones presentadas, este efecto directo, además de derivarse del carácter suficientemente preciso e incondicional de las disposiciones invocadas, ya fue confirmado por el Tribunal, aunque de manera indirecta, en la sentencia Comisión/Alemania, en la que declaró que el Gobierno alemán, al no adaptar su Derecho interno a la Directiva sobre servicios, había incumplido sus obligaciones (véase la nota 14 *supra*).

48. De nada vale invocar, a este respecto, el efecto directo de la Directiva sobre servicios. Aun cuando comprobase la existencia de dicho efecto directo, el Tribunal no podría deducir de ello más que el derecho de los particulares a invocar las disposiciones de que se trata ante *un* Juez; pero, de ningún modo, llegar hasta el punto de indicar ante *qué* Juez debe hacerlo, sin invadir el ámbito de competencias del legislador nacional. [48]

Es evidente que una situación en la que, ante la inexistencia de un Juez competente para conocer del litigio, los particulares no tuvieran la posibilidad concreta de invocar una disposición comunitaria que tenga efecto directo, constituiría un indicio de la existencia de una infracción manifiesta del Derecho comunitario. [49] Obviamente, semejante infracción sería perseguible por las instancias competentes con ayuda de los instrumentos previstos al efecto, además de poder abrir la vía, en su caso, a los recursos establecidos por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad del Estado ante los particulares que hayan sufrido daños patrimoniales como consecuencia del incumplimiento, imputable al Estado de que se trate, de las obligaciones que le incumben con arreglo al Derecho comunitario. Ahora bien, se trata, una vez más, de recursos bien distintos, desde el punto de vista tanto formal como material, del procedimiento que aquí nos ocupa, y que, por tanto, no afectan a la solución que propongo en el presente caso.

49. En consecuencia, a la luz de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que declare la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial, por no ser la Comisión federal de Control, que la plantea, un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado.

48 — Véanse ya, en este mismo sentido, la sentencia de 9 de julio de 1985, Bozzetti (179/84, Rec. p. 2301), apartado 17, y, como más reciente, la sentencia de 18 de enero de 1996, SEIM (C-446/93, Rec. p. I-73), en la que puede leerse lo siguiente: «[...] corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para resolver los litigios que tienen por objeto derechos individuales, derivados del ordenamiento jurídico comunitario, entendiéndose, no obstante, que los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de estos derechos. Con esta salvedad, no corresponde al Tribunal de Justicia intervenir en la solución de los problemas de competencia que pueda plantear, en el plano de la organización judicial nacional, la calificación de determinadas situaciones jurídicas fundadas en el Derecho comunitario» (apartado 32).

49 — Así como, con toda probabilidad, del apartado 1 del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que consagra el derecho a un Juez.