

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2013**

*«Procedimientos de adjudicación de contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones – Directiva 93/38/CEE – No adaptación del Derecho interno – Posibilidad de que el Estado invoque esta Directiva contra un organismo concesionario de un servicio público sin que el Derecho interno haya sido adaptado a esa norma»*

En el asunto C-425/12,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Portugal), mediante resolución de 26 de junio de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de septiembre de 2012, en el procedimiento entre

**Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA**

y

**Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. T. von Danwitz (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby y C. Vajda, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Wahl;

Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 4 de julio de 2013;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA, por el Sr. J. Vieira Peres, abogado;
- en nombre del Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, por las Sras. M. Ferreira da Costa y M. Pires da Fonseca, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. M. Afonso y el Sr. A. Tokár, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 18 de septiembre de 2013;

dicta la siguiente

**Sentencia**

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998 (DO L 101, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 93/38»).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA (en lo sucesivo, «Portgás») y el Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (en lo sucesivo, «el Ministerio»), relativo a una decisión por la que se ordenaba la recuperación de la ayuda financiera concedida a dicha sociedad en el marco del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, debido a que Portgás no había respetado las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública al adquirir contadores de gas de otra sociedad.

### **Marco jurídico**

#### *Derecho de la Unión*

3 El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/38 dispone:

«La presente Directiva se aplicará a las entidades contratantes que:

- a) sean poderes públicos o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2;
- b) sin ser poderes públicos ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en el apartado 2 o varias de estas actividades y gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.»

4 Entre las actividades mencionadas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/38 figura la puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de gas.

5 A tenor del artículo 4, apartados 1 y 2, de dicha Directiva:

«1. Para adjudicar sus contratos de suministros, de obras y de servicios, o para organizar sus concursos de proyectos, las entidades contratantes aplicarán los procedimientos que se adapten a las disposiciones de la presente Directiva.

2. Las entidades contratantes velarán por que los suministradores, los contratistas o los prestadores de servicios no sean objeto de discriminación.»

6 El artículo 14, apartado 1, letra c), inciso i), de la citada Directiva dispone que ésta se aplicará a los contratos adjudicados por entidades contratantes que ejerzan actividades en el ámbito del transporte o de la distribución de gas, siempre que el importe estimado de dichos contratos, excluido el impuesto sobre el valor añadido, sea igual o superior a 400.000 euros.

7 De conformidad con el artículo 15 de la Directiva 93/38, los contratos de suministro y de obras y los contratos que tengan por objeto los servicios enumerados en el anexo XVI A de dicha Directiva se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III, IV y V de ésta.

8 En virtud del artículo 45, apartado 2, de la Directiva 93/38, la República Portuguesa debía adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva y aplicarlas a más tardar el 1 de enero de 1998. Respecto a las modificaciones introducidas en esa Directiva por la Directiva 98/4, éstas debían transponerse al ordenamiento jurídico interno portugués a más tardar el 16 de febrero de 2000.

*Derecho portugués*

9 El Decreto-Lei nº 223/2001, de 9 de agosto de 2001 (*Diário da República*, I serie A, nº 184, de 9 de agosto de 2001, p. 5002), transpuso la Directiva 93/38 al ordenamiento jurídico portugués. De conformidad con su artículo 53, apartado 1, el Decreto-Lei nº 223/2001 entró en vigor a los 120 días de su publicación.

**Litigio principal y cuestión prejudicial**

10 Portgás es una sociedad anónima de Derecho portugués que opera en el sector de la producción y distribución de gas natural.

11 El 7 de julio de 2001, Portgás celebró un contrato de suministro de contadores de gas con Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda. El importe de dicho contrato era de 532.736,92 euros.

12 El 21 de diciembre de 2001, Portgás presentó una solicitud de cofinanciación comunitaria en el marco del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, que fue aprobada. El 11 de octubre de 2002 se firmó el contrato de adjudicación de ayuda financiera para la cobertura de los gastos subvencionables del proyecto POR/3.2/007/DREN, del que formaba parte la adquisición de los contadores de gas.

13 A raíz de una auditoría realizada por la Inspeção-Geral das Finanças (Inspección General de Hacienda), el 29 de octubre de 2009, el gestor del Programa Operacional Norte ordenó que se recuperase la ayuda financiera concedida a Portgás en el marco de este proyecto, debido a que, en lo relativo a la adquisición de los citados contadores de gas, Portgás había incumplido las normas del Derecho de la Unión aplicables a la adjudicación de contratos públicos, de modo que la totalidad del gasto objeto de cofinanciación pública dejaba de ser subvencionable.

14 Portgás interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto con objeto de que se anulase la decisión que ordenaba la recuperación de la ayuda. Ante este Tribunal, la citada sociedad sostuvo que el Estado portugués no podía exigirle, en cuanto empresa privada, que cumpliera las disposiciones de la Directiva 93/38. En efecto, según la referida sociedad, en el momento de la celebración del contrato con Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda, las disposiciones de dicha Directiva no se habían transpuesto aún al ordenamiento jurídico portugués y, por tanto, no podían tener efecto directo en lo que a ella se refería.

15 El Ministerio señaló ante el órgano jurisdiccional remitente que la Directiva 93/38 no sólo tiene por destinatarios a los Estados miembros, sino también a todas las entidades contratantes, tal como las define dicha Directiva. Según el Ministerio, Portgás estaba sujeta a las obligaciones impuestas por dicha Directiva en su condición de concesionaria exclusiva de un servicio público en su área de concesión.

16 Al albergar dudas respecto a la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión invocadas en el litigio principal, el Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Pueden interpretarse los artículos 4, apartado 1, y 14, apartado 1, letra c) inciso i), de la [Directiva 93/38], así como las demás disposiciones de [dicha Directiva] o los principios generales de Derecho comunitario aplicables, en el sentido de que crean obligaciones para los concesionarios particulares de servicios públicos –en especial, una entidad contemplada por el artículo 2, apartado 1, letra b), de la [Directiva 93/38]–, mientras dicha Directiva no haya sido transpuesta al Derecho interno por el Estado portugués, y de que el incumplimiento de esas

obligaciones puede ser invocado contra dicha entidad concesionaria particular por el mismo Estado portugués, mediante un acto atribuible a alguno de sus Ministerios?»

### **Sobre la cuestión prejudicial**

17 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 4, apartado 1, 14, apartado 1, letra c), inciso i), y 15 de la Directiva 93/38 pueden invocarse contra una empresa privada, por el mero hecho de que ésta tenga la condición de concesionario exclusivo de un servicio de interés público comprendido en el ámbito de aplicación subjetivo de dicha Directiva y si, en caso de respuesta afirmativa, las autoridades del Estado miembro de que se trate pueden invocar esas disposiciones mientras la citada Directiva no haya sido traspuesta aún al ordenamiento interno de dicho Estado miembro.

18 Con carácter preliminar, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado dentro de plazo el Derecho nacional a la directiva, bien cuando lo haya adaptado incorrectamente (véanse, en particular, las sentencias de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81, Rec. p. 53, apartado 25, y de 24 de enero de 2012, Dominguez, C-282/10, apartado 33 y jurisprudencia citada).

19 En lo que respecta a los artículos 4, apartado 1, 14, apartado 1, letra c), inciso i), y 15 de la Directiva 93/38, procede señalar que estas disposiciones obligan, de manera incondicional y precisa, a las entidades contratantes que desarrollan su actividad en los sectores del transporte o la distribución de gas, entre otros, a adjudicar los contratos de suministros cuyo importe estimado, excluido el impuesto sobre el valor añadido, sea igual o superior a 400.000 euros con arreglo a lo dispuesto en los títulos III, IV y V de dicha Directiva, y a velar por que los suministradores, empresarios o proveedores de servicios no sean objeto de discriminación.

20 De ello se deduce que estas disposiciones de la Directiva 93/38 son incondicionales y suficientemente precisas para ser invocadas ante los tribunales nacionales.

21 Dadas estas circunstancias, procede determinar si las citadas disposiciones pueden invocarse ante los tribunales nacionales contra una empresa privada, como Portgás, en su condición de concesionario exclusivo de un servicio público.

22 A este respecto, es preciso recordar que, en virtud del artículo 288 TFUE, párrafo tercero, el carácter obligatorio de una directiva, fundamento de la posibilidad de invocarla, sólo existe respecto «al Estado miembro destinatario». De ello resulta que, según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona ante un tribunal nacional (sentencias de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Rec. p. 3969, apartado 9; de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 20, y Dominguez, antes citada, apartado 37 y jurisprudencia citada).

23 En lo que atañe a las entidades contra las que pueden invocarse las disposiciones de una directiva, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que esas disposiciones pueden ser invocadas contra un Estado, sea cual sea la condición en la que actúa, como empleador o como autoridad pública. En efecto, en uno y otro caso hay que evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 49; de 12 de julio de 1990, Foster y otros, C-188/89, Rec. p. I-3313, apartado 17, y Dominguez, antes citada, apartado 38).

24 Así pues, según reiterada jurisprudencia, entre las entidades contra las que pueden invocarse las disposiciones de una directiva que pueden tener efecto directo figuran los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (sentencias Foster y otros, antes citada, apartado 20; de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero, C-343/98, Rec. p. I-6659, apartado 23; de 5 de febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02, Rec. p. I-1477, apartado 24; de 19 de abril de 2007, Farrell, C-356/05, Rec. p. I-3067, apartado 40, y Dominguez, antes citada, apartado 39).

25 De esta jurisprudencia se desprende que, aun cuando un particular esté comprendido en el ámbito de aplicación subjetivo de una Directiva, las disposiciones de ésta no pueden invocarse como tales en su contra ante los tribunales nacionales. Así, como señaló el Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones, el mero hecho de que una empresa privada concesionaria exclusiva de un servicio público forme parte de las entidades a las que se refiere expresamente el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 93/38 no lleva aparejado que puedan invocarse contra esa empresa las disposiciones de dicha Directiva.

26 En efecto, es necesario que dicho servicio de interés público se preste bajo el control de una autoridad pública y que la citada empresa disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (véase, en este sentido, la sentencia Rieser Internationale Transporte, antes citada, apartados 25 a 27).

27 En lo que concierne a la situación de Portgás, de la resolución de remisión resulta que el Estado portugués encomendó a esta empresa, como concesionaria exclusiva, la prestación de un servicio de interés público, a saber, la explotación de la red de distribución de gas en la región del Norte de Portugal.

28 Ahora bien, las indicaciones dadas por el órgano jurisdiccional remitente no permiten determinar al Tribunal de Justicia si, en el momento de los hechos examinados en el litigio principal, este servicio de interés público se prestaba bajo el control de las autoridades estatales y si Portgás disponía de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

29 A este respecto, en relación con la cuestión de si el citado servicio de interés público se prestaba bajo el control de las autoridades portuguesas, procede señalar que Portgás ha alegado, sin que el Gobierno portugués la contradiga, que su capital social no pertenece mayoritariamente ni exclusivamente al Estado portugués y que este último no puede ni designar a los miembros de sus órganos de gestión y de control ni darle instrucciones sobre la gestión de su actividad de servicio público. Sin embargo, los autos que obran en el Tribunal de Justicia no indican claramente si se daban estas circunstancias en el momento de los hechos examinados en el litigio principal.

30 Respecto a la cuestión de si Portgás disponía de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares, procede señalar que, si bien esta empresa disfrutaba, con arreglo al contrato de concesión, de derechos especiales y exclusivos, ello no implica, como señaló el Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, que dispusiera de esas facultades exorbitantes. El hecho de que Portgás pudiera solicitar que se efectuaran las expropiaciones necesarias para la instalación y la explotación de las infraestructuras, sin poder no obstante efectuarlas ella misma, no basta, como tal, para que pueda reconocerse que Portgás disponía de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

31 Dadas estas circunstancias, corresponde al tribunal remitente comprobar si, en el momento de los hechos examinados en el litigio principal, Portgás era un organismo encargado de prestar un servicio de interés público bajo el control de una autoridad pública, y si dicha empresa disponía al efecto de las mencionadas facultades exorbitantes.

32 En el supuesto de que, con arreglo a la jurisprudencia citada en el apartado 24, Portgás formase parte de las entidades contra las que un particular puede invocar las disposiciones de la Directiva 93/38, procede examinar si también las autoridades portuguesas podían invocar estas disposiciones contra Portgás.

33 A este respecto, debe observarse que, si bien el Tribunal de Justicia ha declarado que las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva pueden ser invocadas por los particulares contra un organismo encargado, bajo el control de la autoridad pública, de un servicio de interés público y que disponga, a tal efecto, de facultades exorbitantes (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Foster y otros, apartados 18 y 20, y Dominguez, apartados 38 y 39 y jurisprudencia que allí se cita), el presente asunto se sitúa en un contexto diferente del de dicha jurisprudencia.

34 En el contexto del presente asunto, es preciso recordar que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, y por la propia directiva. Esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros (véase la sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. p. I-7411, apartado 40 y jurisprudencia que allí se cita), así como a los organismos que, bajo el control de estas autoridades, están a cargo de un servicio de interés público y disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes. De ello se deduce que las autoridades de los Estados miembros deben disponer de la posibilidad de hacer que tales organismos respeten las disposiciones de la Directiva 93/38.

35 En efecto, sería contradictorio considerar que las autoridades estatales y los organismos que reúnan las condiciones expuestas en el apartado 24 de la presente sentencia están obligados a aplicar la Directiva 93/38, y al mismo tiempo denegar a las citadas autoridades la posibilidad de hacer que respete las disposiciones de dicha Directiva, en su caso ante los tribunales nacionales, un organismo que reúna estas condiciones, cuando también éste deba ajustarse a la citada Directiva.

36 Además, los Estados miembros podrían sacar partido del incumplimiento del Derecho de la Unión cometido al no transponer correctamente una directiva al Derecho interno, si el respeto de las disposiciones de la Directiva 93/38 por esos organismos no pudiera garantizarse a iniciativa de una autoridad estatal.

37 Por último, esta solución supondría permitir que un competidor privado invocase las disposiciones de la Directiva 93/38 contra una entidad contratante que reúna los criterios que figuran en el apartado 24 de la presente sentencia, mientras que las autoridades estatales no podrían invocar contra ella las obligaciones que se derivan de dicha Directiva. Así, en función de la naturaleza de las personas o de los organismos que invocasen contra ella la Directiva 93/38, esa entidad contratante estaría obligada, o no, a dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva. Ahora bien, en tales circunstancias, la citada Directiva ya no se aplicaría de manera uniforme en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate.

38 De ello se deduce que una empresa privada a la que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las

relaciones entre particulares está obligada a respetar las disposiciones de la Directiva 93/38 y, por tanto, las autoridades de un Estado miembro pueden invocar en su contra esas disposiciones.

39 Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que:

– Los artículos 4, apartado 1, 14, apartado 1, letra c), inciso i), y 15 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que no pueden invocarse contra una empresa privada, por el mero hecho de que ésta tenga la condición de concesionario exclusivo de un servicio de interés público comprendido en el ámbito de aplicación subjetivo de dicha Directiva, mientras la citada Directiva no haya sido traspuesta aún al ordenamiento interno del Estado miembro de que se trate.

– Una empresa de este tipo, a la que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares, está obligada a respetar las disposiciones de la Directiva 93/38 y, por tanto, las autoridades de un Estado miembro pueden invocar en su contra esas disposiciones.

#### **Costas**

40 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

**Los artículos 4, apartado 1, 14, apartado 1, letra c), inciso i), y 15 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, deben interpretarse en el sentido de que no pueden invocarse contra una empresa privada, por el mero hecho de que ésta tenga la condición de concesionario exclusivo de un servicio de interés público comprendido en el ámbito de aplicación subjetivo de dicha Directiva, mientras la citada Directiva no haya sido traspuesta aún al ordenamiento interno del Estado miembro de que se trate.**

**Una empresa de este tipo, a la que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares, está obligada a respetar las disposiciones de la Directiva 93/38, en su versión modificada por la Directiva 98/4, y, por tanto, las autoridades de un Estado miembro pueden invocar en su contra esas disposiciones.**