

El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014

Javier Serrano Chamizo

Asesor Jurídico

**Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de
la Comunidad Autónoma de Euskadi**

**VI Seminario de contratación pública (Nuevos escenarios para la
contratación pública)**

Formigal (Huesca), 16 a 18 de septiembre de 2015

I) Objeto

El objeto de este trabajo es el siguiente:

- a) En primer lugar, se trata de analizar la situación jurídica en la que se encontrará la normativa española sobre contratación pública actualmente vigente¹ en el caso, altamente probable, de que expire el plazo de incorporación al Ordenamiento interno de las Directivas que sobre la materia se han dictado en el año 2014 (la llamada “cuarta generación” de Directivas) sin que hayan entrado en vigor las disposiciones que deben trasponerlas²; en concreto, se trata de determinar qué preceptos de dichas Directivas cumplen los requisitos que el Derecho comunitario, y más específicamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ), exige para considerar que son directamente aplicables sin necesidad de que exista una norma nacional que la incorpore al Ordenamiento interno.³

- b) Adicionalmente, y habida cuenta de que actualmente nos hallamos en el periodo en el que las Directivas anteriores (la “tercera generación”) están derogadas y sin embargo no ha transcurrido aún el plazo para la incorporación de las nuevas, se plantea la cuestión de qué valor jurídico debe darse a estas últimas mientras no finalice dicho plazo.⁴

¹ Nos referimos, fundamentalmente, al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

² Se trata de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. El plazo de transposición de la mayor parte de su contenido finaliza el día 18 de abril de 2016.

³ No se incluye el análisis de otros dos posibles efectos de las directivas no incorporadas en plazo, que son la posibilidad de declaración del incumplimiento y, en su caso, de responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor frente a los particulares.

⁴ De la importancia que este tema tiene para los operadores jurídicos de la contratación pública (fundamentalmente, para los órganos de contratación) da una idea el hecho de que ya ha habido pronunciamientos al respecto de órganos consultivos o de asesoramiento; en especial, pueden verse la Nota Informativa 2/2014, de la Secretaría Técnica de la

II) Las Directivas: características

De acuerdo con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Directiva es una disposición de derecho comunitario derivado que obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Sus destinatarios son los Estados miembros, a los que se impone la obligación de incorporar (trasponer) ciertos contenidos a su Ordenamiento interno; es un instrumento jurídico que solo vincula a dichos destinatarios, y que no tiene, en principio, efectos generales frente a cualquier persona física o jurídica ni puede ser válidamente alegada ante los órganos jurisdiccionales de los estados miembros, lo que la distingue, por ejemplo, del Reglamento.⁵ Dicho de otro modo, su cumplimiento sólo es exigible a los Estados destinatarios y no se puede invocar su aplicación directa a un caso o litigio concreto⁶; tal aplicación corresponde únicamente a la norma que transpone la Directiva.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, que examina la aplicación del artículo 46 de la Directiva 2014/24, relativa a la división de contratos en lotes, y el Informe de 27 de enero de 2015 de la Abogacía General del Estado (A. G. Entes Públicos 3/15 (R-6/2015), que examina la cuestión de las “adjudicaciones internas horizontales”, autorizadas en el artículo 12.2 de la Directiva 2014/24 y no previstas expresamente en el TRLCSP ni en la Directiva anterior.

⁵ “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”(Artículo 288 TFUE).

⁶ Para simplificar, y siguiendo una práctica habitual, en el texto emplearemos indiferentemente los términos “efecto directo” o “aplicación” o “aplicabilidad directa”, si bien en puridad ambos no son sinónimos, pues se refieren a principios distintos; por ejemplo, M^a Teresa Mata Serra señala que “la “aplicabilidad directa” supone que la norma comunitaria pasa a formar parte del ordenamiento interno de los Estados sin ningún acto de incorporación expreso, desde su publicación en el DOCE; la existencia de “efecto directo”, por el contrario, sólo puede predicarse de aquellas normas que constituyan una fuente inmediata de derechos y obligaciones para sus destinatarios, por lo que, las mismas resultan directamente invocables por los particulares ante los Tribunales, los que han de protegerlas y exigir las” (“Restricciones jurisprudenciales a la atribución de “efecto directo” a las directivas”, de Teresa Mata Serra, en “Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, tomo I”, 1994).

III) La posible aplicabilidad directa de las Directivas: requisitos y consecuencia

Temeroso de que los Estados miembros eludan el cumplimiento del Derecho comunitario mediante el subterfugio de no dictar las normas de incorporación de las Directivas al derecho nacional, el TJ ha venido perfilando desde antiguo una doctrina que establece la aplicabilidad directa de los preceptos de las Directivas cuando se cumplen varios requisitos, que se resumen a continuación:⁷

- a) Que el estado miembro haya incumplido su deber de trasposición, bien porque no ha dictado en plazo la norma de trasposición, bien porque la ha dictado pero su contenido no respeta el mandato de la Directiva.
- b) Que el precepto de la Directiva contenga un mandato preciso, claro e incondicionado.
- c) Que el precepto suponga el reconocimiento a los particulares de un derecho frente a los poderes públicos (“efecto directo vertical ascendente”). En cambio, no es aceptable el efecto directo de las directivas para dirimir litigios entre particulares (“efecto directo horizontal”)⁸ ni que los poderes públicos invoquen esta técnica frente a los particulares (“efecto directo vertical descendente”).⁹
- d) La técnica del efecto directo de las Directivas solo debe emplearse en defecto de una norma de incorporación correcta, pues si esta norma existe, debe ser la que se aplique. Además, también es subsidiario del principio de interpretación del derecho nacional vigente en el sentido favorable al efecto útil de las directivas, de modo que solo cuando esta operación no sea posible debe acudir a la doctrina del efecto directo.¹⁰

⁷ Por todas, la STJ de 26-2-1986, asunto C-152/84.

⁸ STJ de 10 de marzo de 2005, asunto C-235/03, apartado 16.

⁹ STJ de 5 de abril de 1979, asunto C-148/78; ver, por ejemplo, el artículo “La aplicación, por el Tribunal Supremo, del efecto vertical descendente de las Directivas”, de Isaac Ibáñez García, y el documento de EUR – Lex “El efecto directo del Derecho europeo”, ambos disponibles en Internet.

¹⁰ STJ de 23 de diciembre de 2009, asunto C-305/08 y STJ de 28 de enero de 2010, asunto C-406/08, apartado 50 en ambos casos

- e) La consecuencia de considerar de aplicabilidad directa un precepto de una Directiva es la correlativa obligación de todas las autoridades nacionales o poderes públicos (incluso los órganos jurisdiccionales) de ejecutarlo, descartando la aplicación de cualquier norma nacional que la contradiga.¹¹

IV) La aplicación directa de las Directivas de contratación pública

Dado que la Directiva ha sido el principal instrumento jurídico del que se han valido las instituciones comunitarias para desarrollar la legislación europea sobre contratación pública, el TJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su efecto directo como consecuencia de la transposición tardía o incorrecta. De las correspondientes sentencias y del contraste del contenido de las directivas con los requisitos expuestos en el apartado III) pueden deducirse los siguientes criterios generales:

a) Contenidos de las Directivas de contratación pública susceptibles de efecto directo

La doctrina del efecto directo es aplicable a los preceptos de las Directivas sobre contratación pública que cumplan los requisitos expuestos en el apartado III) de este trabajo. A la vista de todo ello y de la jurisprudencia comunitaria, y sin ánimo exhaustivo, dicha doctrina es aplicable a materias tales como el concepto de poder adjudicador, el derecho a presentar un recurso en los términos establecidos por el derecho europeo, la elección de los procedimientos de adjudicación y normas relativas a los concursos de proyectos, normas comunes en el sector técnico y de publicidad y criterios de participación, de selección y de adjudicación.¹²

¹¹ STJ de 2 de junio de 2005, asunto C-15/04.

¹² Ver, por ejemplo, la STJ de 24 de septiembre de 1998, asunto C-76/97, apartado 46.

b) La excepción del efecto directo vertical descendente

Debe señalarse una matización importante, relacionada con la prohibición del efecto directo vertical descendente: carecen de aplicabilidad directa los preceptos de las nuevas Directivas que reconocen excepciones o límites a los principios generales de la contratación pública y que los poderes adjudicadores pretendan invocar para restringir el ámbito de aplicación de tales principios en perjuicio de la oportunidad de los particulares de participar en una licitación abierta a cualquier operador económico que cumpla los requisitos de participación. La tentación de acudir a este efecto directo vertical descendente puede darse porque las nuevas Directivas contienen algunas excepciones o limitaciones como las descritas que no figuraban en la anterior Directiva y en su norma nacional de trasposición; por ejemplo, la posibilidad de que las personas jurídicas receptoras de adjudicaciones internas tengan participación privada en algunos casos¹³, o la exclusión de ciertos servicios jurídicos del ámbito objetivo.¹⁴ En estos casos, además de la prohibición del efecto directo vertical descendente, el argumento para invalidar esta pretensión es que es ajustado a la Directiva una transposición que exija la aplicación de parte o de todo su contenido a supuestos que ella excluya de su ámbito (una transposición más “exigente”, como hace el TRLCSP es el caso de los contratos no sujetos a regulación armonizada de las Administraciones Públicas).

c) Contenidos susceptibles de trasposición facultativa

No es infrecuente que las Directivas de contratación pública posibiliten que los Estados miembros decidan discrecionalmente incorporar o no algunos de sus contenidos, mediante expresiones del tipo “...los Estados miembros podrán establecer...” u otras similares; en estos casos, las normas correspondientes nunca podrán beneficiarse de la aplicación directa porque carecen de incondicionalidad.¹⁵

¹³ Artículos 12.1 c) y 12.3 c) de la Directiva 2014/24; por cierto que es una prevención que el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público ha decidido no incorporar.

¹⁴ Artículo 10 d) de la Directiva 2014/24.

¹⁵ Por ejemplo, los artículos 32.1, 46.3, 57.3 y 77.1 de la Directiva 2014/24.

V) **El valor de las Directivas antes de la finalización del plazo de trasposición**

Como ya se ha dicho, para que pueda predicarse de una directiva su efecto directo es requisito imprescindible que haya transcurrido ya su plazo de incorporación al Ordenamiento interno sin que este se haya producido satisfactoriamente. A partir de este principio, se cuestiona cuál es el valor jurídico de una directiva antes de la finalización de dicho plazo, además, claro está, del que le es más propio y característico, esto es, imponer el deber de trasposición a los Estados destinatarios; en otras palabras, se trata de determinar si el legislador y los operadores jurídicos (órganos jurisdiccionales, tribunales administrativos, licitadores, órganos de contratación...) deben tenerlas en cuenta y, en su caso, con qué alcance. A nuestro juicio, serían aplicables los siguientes criterios que, en la práctica reducen en gran medida el ámbito y la virtualidad de esta doctrina:¹⁶

- a) durante el plazo de incorporación, las autoridades del Estado destinatario deben abstenerse de adoptar medidas o disposiciones que puedan comprometer el resultado que la directiva pretende conseguir, es decir, que puedan poner en riesgo la correcta incorporación en plazo; por ejemplo, no será ajustada al derecho comunitario una norma interna contraria a la directiva amparándose en que se dicta cuando está a punto de finalizar el plazo de trasposición si cabe pensar que no hay tiempo suficiente para aprobar en plazo la norma que la derogue e incorpore íntegramente la citada directiva. Parece que este deber de abstención está dirigido al legislador que haya de aprobar la norma de trasposición, pues resulta difícil imaginar cómo puede poner en riesgo el éxito de la trasposición un acto singular de un operador jurídico (como la aprobación de unos pliegos o una resolución de adjudicación) que además no puede sino ajustarse a la legislación vigente y aplicable, entre la que no se incluye la directiva en plazo de trasposición. En

¹⁶ Ver la STJ de 18 de diciembre de 1997, asunto C-129/96 y las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2015 en el asunto C-324/14.

definitiva, esta obligación de abstención no es sino un aspecto especial del alcance más típico de las directivas, que es la obligación de resultado que deben obtener los órganos legislativos (reglamentarios, en su caso) del Estado miembro y no tiene virtualidad para los operadores que aplican la normativa sobre contratación pública. Por otro lado, evidentes razones de seguridad jurídica aconsejan esta opción limitada sobre el valor de las directivas en plazo de transposición.

- b) cuando la nueva directiva incluye la positivización de la jurisprudencia del TJ que ha fijado la interpretación correcta de la directiva anterior¹⁷, su contenido puede ser utilizado para discernir y delimitar el contenido de dicha jurisprudencia a los efectos de aplicar correctamente la normativa vigente, siempre que ello no suponga establecer normas y requisitos incondicionales en perjuicio de los operadores económicos; por lo tanto, no se trata en puridad de un valor como fuente de derecho productora de preceptos, condición que, en realidad, solo corresponde a la jurisprudencia del TJ positivizada (y que le correspondería igualmente aunque no estuviera positivizada). Consecuentemente, es claro que este uso interpretativo de la nueva directiva en ningún caso puede oponerse a la legislación vigente, que todavía tiene la condición de aplicable.

¹⁷ Es el caso de las directivas de la cuarta generación, que positivizan (o al menos, dicen positivizar) la jurisprudencia dictada a propósito de las directivas de contratación pública que derogan.