

LOS EFECTOS JURIDICOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PUBLICA ANTE EL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE TRANSPOSICION SIN NUEVA LEY DE CONTRATOS PUBLICOS. LA DIRECTIVA DE CONCESIONES.

José María Gimeno Feliu

Catedrático Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

Introducción: La Unión Europea acaba de culminar un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública (con fecha de publicación en el DOUE para el 28 de marzo de 2014). Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas¹.

Como ya se ha dicho, las Directivas, que entraron en vigor a los 20 días de su publicación, conceden un plazo de transposición a los Estados de dos años (18 de abril de 2016). La transposición en España, a diferencia de otros países, se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley, preparado por el Gobierno de la Nación². Esta opción supone en la práctica

¹ Vid. J.A. MORENO MOLINA, "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, "Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13 y J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, "La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación" en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

² Esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido (me remito a mi trabajo "La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional", Noticias UE núm. 267, 2007, pp. 61-67). Interesa recordar la Recomendación de la Comisión, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, la Comisión les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y

que la transposición de las Directivas “agote” o supere dichos plazos, lo que plantea problemas jurídicos ya sea a nivel interpretativo, ya sea a nivel de efecto directo, una vez se cumpla el plazo de transposición si no se ha producido la incorporación de la regulación de las Directivas³.

dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los trámites legislativos ordinarios.

Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que al incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor L. MARTIN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, pp. 186-187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias -y entiendo que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes- que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones inherentes a este órgano constitucional². También podría pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, pp. 236-237), sería prever un procedimiento específico de transposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa recepticia contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa “Ley de Bases Comunitaria” -coincidente con la Directiva- caso de vencerse el plazo de mandato. Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

³ Labor que corresponde al juez nacional como juez comunitario (por supuesto, a los órganos de recursos contractuales, en España), tal y como se pone de manifiesto en la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*, al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que “son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.” (negrita nuestra). Esto nos obliga a interpretar la legislación nacional de forma compatible a los principios e intereses públicos de las Directivas. En todo caso, conviene recordar que cuando se produzca la transposición al ordenamiento español de la citada normativa comunitaria no podremos por ese hecho “olvidarnos de ella en el día a día”, ya que desde una perspectiva estrictamente formal, la norma nacional y sus modificaciones exigen un detallado examen de sus condiciones o requisitos técnico-formales a fin de determinar su validez, pues en la medida en que se vaciara de contenido preceptos de las Directivas comunitarias sería de aplicación la jurisprudencia contenida en el Auto del TJUE de 22 de abril de 1994, en la que se afirma que el incumplimiento del contenido de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria, de tal manera que en el mismo se reconoce a la Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, la posibilidad de incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público.

I.- EL VALOR INTERPRETATIVO DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN

Interesa en este momento analizar si las Directivas de 2014 ya vigentes tienen algún valor jurídico o si, por el contrario, debe estarse en todo caso al vencimiento del plazo para su incorporación⁴. En una primera aproximación, y desde la doctrina fijada por la STJUE 4 de julio de 2006, *Adeneler* y otros (Asunto C-212/04) resulta incuestionable que la obligación general de interpretación conforme (interpretación del Derecho interno de conformidad con la directiva) nace únicamente a partir de la expiración del plazo de transposición de ésta⁵.

Esto significaría que, con anterioridad al transcurso del plazo de transposición no rige, en puridad, este principio. Sin embargo, lo cierto es que, como reconoce la propia sentencia *Adeneler*, una Directiva produce efectos jurídicos frente al Estado miembro destinatario a partir de su publicación (no en vano las Directivas despliegan su eficacia desde que entran en vigor). Y aquí es donde cabe preguntarse si tiene fuerza interpretativa el nuevo paquete comunitario en tanto se produce la transposición.

La respuesta, con los matices que se expondrán, debe ser afirmativa, pues solo así (como bien advirtiera el profesor GARCIA DE ENTERRIA) puede preservarse el efecto útil de la normativa comunitaria. Máxime cuando las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las

⁴ Como indica L. MARTIN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100), el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, "La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008, ob. Cit., pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario – con fundamento en las Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en el TRLCSP.

⁵ Esta cuestión ha sido objeto de análisis en mi trabajo "El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho "pretoriano". Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma", en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60

normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*. Esto explica, además, la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de realizar una interpretación del Derecho nacional lo más conforme posible al Derecho comunitario (existe reiterada jurisprudencia: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111).

Desde esta perspectiva, las previsiones de las Directivas de contratación pública, durante en plazo de transposición y hasta que esta fuera efectiva, deben desplegar, cuando menos, un efecto interpretativo que preserve el efecto útil de la nueva regulación (caracterizada, no se olvide, por el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea) lo que obliga a que se reinterpreten las normas nacionales todavía no modificadas o adaptadas en el sentido de “rechazar” las que suponen ir en contra de lo que ahora se regula. Se trataría, en definitiva, de un deber jurídico de abstención, a realizar interpretaciones que puedan comprometer gravemente el éxito de las Directivas ya en vigor. Este principio de interpretación conforme, en sentido negativo de abstención, debe operar como criterio exegético desde el mismo momento de entrada en vigor de las Directivas en tanto normas directamente aplicables. Es la consecuencia que se deduce de la doctrina fijada en la STJUE la sentencia de 18 de diciembre de 1997, as. 129/96 *Inter Environnement Wallonie*, al advertir que durante el plazo de transposición “*debe abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva*”. Como ha indicado M. BELLIDO BARRIONUEVO “desde que la directiva comunitaria es publicada o notificada a los Estados miembros produce efectos jurídicos, en primer lugar y tal y como indicaba el TJCE en la jurisprudencia *Kolpinguis*, las autoridades nacionales deben interpretar su Derecho nacional a la luz de la directiva comunitaria, en segundo lugar, los Estados deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la directiva comunitaria”⁶.

⁶ M. BELLIDO BARRIONUEVO, “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, [Cuadernos de Derecho Público. 1997-2007. Número 24](#).

En todo caso, el principio de seguridad jurídica será un límite, pues la interpretación conforme no puede conducir a una interpretación *contra legem*, pues en este caso ya no estamos ante una mera interpretación sino ante otro escenario diferente de desplazamiento, de forma indebida, de normas válidas. Tal opción implicaría, en la práctica, cierta anticipación del efecto directo derivado del deber de incumplimiento de transposición y tal opción no es admisible dentro del sistema de articulación de ordenamientos jurídicos comunitario/nacional (sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de octubre de 2013, Asunto Comisión/España c-151/12)⁷.

Así lo ha entendido también la Abogacía del Estado en su Informe 3/2015, de 27 de enero de 2015, en relación sobre la posibilidad de que la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos Sa (ENRESA) utilice a la Empresa para la Gestión de Residuos Industriales SA (ENGRISA) como medio propio y servicio técnico, donde se defiende la aplicación de las previsiones del artículo 12 de la Directiva 24/2014 argumentando lo siguiente:

“el hecho de que no haya concluido todavía el plazo de transposición, no impide, una vez que la Directiva 2014/24/UE ha entrado en vigor, que pueda aplicarse el régimen dispuesto en su artículo 12, y ello en razón de la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (la cual durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de esta deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer el resultado prescrito por ésta (sentencias del TJUE de 18 de diciembre de 1997, Int&-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, apartado 45; de 8 de mayo 2003, ATRAL, C-14102, EU:C:2003:265, apartado 58; de 23 de abril de 2009, VTB-VAB y Galatea, C-261/07 y C-299/07,

⁷ La Comisión reprochaba a España una inadecuada transposición de la directiva marco de aguas. En especial, la problemática se centraba en que la Orden ARM/2656/2008 limitaba expresamente su aplicación a las cuencas hidrográficas intercomunitarias, por lo que el argumento del gobierno español (obviamente, para evitar la condena) postulando una aplicación extensiva de la referida Orden a las cuencas hidrográficas intracomunitarias, supondría una aplicación que excedía del tenor de la citada norma (así parece inferirse de la sentencia y, con mucha más claridad, de las conclusiones del abogado general

EU:C:2009:244, apartado 38 y de 26 de mayo de 2011, Stichting Natuur en Milieu y otros, C-65/09 y C-167/09, EU:C:2011:348, apartado 78). Puesto que tal obligación de abstención se impone a todas las autoridades nacionales (sentencia de 4 de julio de 2006, C-212/04, Adeneler y otros, EU:C:2006:443, apartado 2, y jurisprudencia allí citada), debe entenderse que se refiere a la adopción de cualquier medida, general o específica, que pueda producir ese efecto comprometedor.

b) En segundo lugar, es también criterio del TJUE que durante el periodo de transposición de una Directiva los Estados miembros están autorizados a seguir aplicando sus sistemas nacionales, aun cuando no sean conformes con la directiva en cuestión (sentencias de 10 de noviembre de 2005, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-316/04, EU:C:2005:678, apartado 42, y de 14 de septiembre de 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-138/05, EU:C:2006:577, apartado 42).

Ahora bien, el hecho de que los Estados miembros estén autorizados, durante el periodo de transposición de la Directiva, a seguir aplicando sus normas nacionales, aun cuando no sean conformes con la Directiva pendiente de transposición, no impide que, no haciendo uso de esa facultad de seguir aplicando sus normas internas (la autorización para aplicar sus normas nacionales no es sino una facultad de la que pueden renunciar), puedan aplicar las previsiones de la Directiva, a condición, obviamente, de que no se produzcan perjuicios a terceros

En relación con esta última exigencia —que no se produzcan perjuicios a terceros—, debe indicarse que la aplicación del régimen dispuesto por el artículo 12 de la Directiva de continua referencia no da lugar, a juicio de este Centro Directivo, a que se produzcan perjuicios a terceros. En efecto, la admisión de las "encomiendas de gestión horizontal" podría suponer, prima facie, un perjuicio para la libre competencia en la medida en que la posibilidad de que un medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador pueda conferir encargos a otra persona jurídica controlada por el mismo

poder adjudicador supondría excluir o excepcionar esos encargos de los procedimientos de adjudicación de los contratos basados en los principios de publicidad y concurrencia; ahora bien, esta afectación a la libre competencia ha de entenderse inexistente desde el momento en que si la Directiva 2014/24/UE admite esa posibilidad, ello es debido precisamente a que el legislador comunitario ha entendido que no se distorsiona la competencia, pues, en otro caso no la hubiera reconocido.

c) El plazo de transposición de una Directiva impone obligaciones de carácter positivo a los Estados destinatarios. En relación con estas obligaciones, la jurisprudencia del TJUE tiene declarado que 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 TUE, apartado 3, y por la propia Directiva (sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48; de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72195, EU:C:1996:404, apartado 55, e Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 40). De esta obligación se deriva que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que, al expirar dicho plazo, se haya alcanzado el resultado prescrito por la Directiva (sentencias Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 44 y Stichting Natuur Milieu y otros, anteriormente citada, apartados 84 y 85). Por otra parte existe una obligación de todos los operadores jurídicos de proceder a una interpretación conforme del Derecho nacional con las directivas.

Pues bien, si, una vez que ha entrado en vigor una Directiva y durante su plazo de transposición, los Estados miembros deben abstenerse de realizar actuaciones que comprometan el resultado previsto por esa nueva norma de Unión Europea, si han de adoptar las medidas necesarias para alcanzar ese resultado y si, y esto es muy relevante, la autorización a seguir aplicando sus normas internas (aun cuando éstas no sean conformes con la nueva

Directiva) es en realidad una facultad de la que pueden no hacer uso, lo razonable es entender que, habiendo entrado en vigor la Directiva 2014/24/UE y aunque esté pendiente de transposición, es jurídicamente admisible aplicar las previsiones contenidas en su artículo 12, especialmente cuando, como acontece en el caso que se examina y según lo dicho, el régimen dispuesto en ese precepto es un régimen muy detallado que no hace necesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional para posibilitar su efectiva aplicación y cuando, como se ha razonado, la aplicación del repetido precepto no causa perjuicio a terceros” (negrita nuestra).

Similar parecer ha sido también aplicado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 19/2014, de 17 de diciembre, sobre Previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Análisis de su aplicabilidad. Así, en relación a la posibilidad de articular lotes (artículo 46 de la Directiva 24/2014), se defiende que:

“la opción de limitar el número de lotes al cual las empresas pueden presentar ofertas y el número de lotes a los que pueden resultar adjudicatarias, son plenamente aplicables en la actualidad, en tanto que no contravienen el régimen jurídico vigente en materia de contratación pública, tanto comunitario como interno –más teniendo en cuenta que su aplicabilidad no se deja a elección de los estados miembros, tal como se desprende de la dicción literal de la Directiva, al hacer referencia a que “los poderes adjudicadores podrán”, “precisarán”, “estarán facultados”.

De hecho, estas previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/CE no hacen más que confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad al derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las

previsiones sobre este aspecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para "animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes" con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública (considerando 78 de la Directiva 2014/24/CE)".

Por supuesto, se deberá aplicar ya la Directiva si son previsiones que desarrollan o refuerzan las previsiones de las anteriores Directivas o si son plasmación de doctrina del TJUE. Así, en este Informe se concluye que se pueden aplicar las previsiones de compra conjunta y que se consideran como buenas prácticas ya aplicables actualmente, la aplicación de las previsiones de la Directiva 2014/24/CE relativas a la reducción de cargas administrativas de los operadores económicos mediante, tanto los certificados de inscripción en el registro de empresas licitadoras, como la admisión de declaraciones responsables para participar en los procedimientos de contratación pública; la no exigencia de un volumen de negocios mínimo anual superior al doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados; y efectuar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos sobre sus planes y sus requisitos de contratación

Esta "anticipación jurídica" (al menos con valor interpretativo ha sido admitida por el propio TJUE, en la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13,), apartado 37.

"Por otro lado, el considerando 101 de la Directiva 2014/24, adoptada con posterioridad a las fechas en que se produjeron los hechos del litigio principal, al señalar que los poderes adjudicadores han de tener la posibilidad de excluir a los operadores económicos, en particular por faltas profesionales graves, como infracciones de las normas sobre competencia, teniendo en cuenta que tales faltas pueden poner en tela de juicio la integridad de un operador económico, muestra que la causa de exclusión mencionada en el apartado 35 de la presente sentencia se considera justificada desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Además, el artículo 57, apartado 4, letra d),

de dicha Directiva establece de forma clara y precisa dicha causa de exclusión.”⁸

En definitiva, existe ya “fuerza jurídica” de las nuevas Directivas de contratación pública de la que deriva que, antes del plazo de transposición de las Directivas sea posible la interpretación conforme a las mismas del marco nacional vigente (como ya ha realizado en el Acuerdo 37/2014, de 30 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, o en la Resolución núm. 143/2014 del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 10 de septiembre de 2014 al utilizar el concepto de riesgo operacional para delimitar cuando existe una concesión de servicios, y que se regula en la Directiva 23/2014, de concesiones)⁹, siempre con el objetivo de no realizar una interpretación que puedan frustrar la finalidad (obviamente futura) de las Directiva y que no se comporte como una interpretación *contra legem*¹⁰. Así, tampoco se podrá tener en consideración la Directiva 2014/24 si ésta «contradice las disposiciones de la Directiva 2004/18». Esto se deriva, por supuesto, del principio de seguridad jurídica que

⁸ Asimismo, es preciso señalar que la Abogado General Kokott, en sus conclusiones en el asunto Auroux y otros (C-220/05), punto 50, se refirió a una disposición de la Directiva 2004/18 para confirmar una interpretación de la Directiva 93/37, a pesar de que ésta aún no era pertinente *ratione temporis*. No obstante, el Tribunal de Justicia señaló en el apartado 61 de su sentencia Auroux y otros (C-220/05), que la disposición en cuestión de la Directiva 2004/18 no era «aplicable *ratione temporis* a los hechos del litigio principal». Véanse, asimismo, las conclusiones del Abogado General Wahl en el asunto Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13) punto 40, y la exclusión, por parte del Tribunal de Justicia, de la pertinencia de la Directiva 2014/24 en el apartado 8 de la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13).

⁹ En la Resolución 219/2014, de 10 de diciembre, del TACPCM, también se utiliza, a efectos interpretativos, el artículo 24 de la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, a efectos de considerar cuándo se produce el conflicto de intereses.

¹⁰ El Informe 7/2014, de 13 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ya utiliza esta practica interpretativa al determinar el valor estimado del contrato: “... el valor estimado es el importe total «a pagar» (el TRLSCP habla de «pagadero» y el artículo 5.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, se refiere al importe total a pagar), y no el importe «a percibir» el poder adjudicador por el uso de sus instalaciones. En segundo lugar, porque el contratista percibe un precio cierto, expresado en euros, como contraprestación de su servicio, con independencia de quien lo abone. El hecho de que el valor estimado lo determine el órgano de contratación no implica que sea éste quien deba abonarlo en todo caso. Aquí más bien resulta de aplicación la previsión del artículo 8 de la Directiva 23/2014, de concesiones: «el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios.

prohíbe la aplicación retroactiva de un instrumento que no es aplicable *ratione temporis*¹¹.

Solo así se garantiza un efecto útil del Derecho de la Unión europea que es, por supuesto, de obligado conocimiento por cualquier operador jurídico. Tesis aplicada por la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 25 de febrero de 2015 (recurso 0000463 / 2013) y el Acuerdo del TACPA 60/2015, de 15 de mayo, con la cita de la doctrina *Adeneler*, recuerda la vigencia de las nuevas Directivas y sus consecuencias prácticas. Solo así se garantiza un efecto útil del Derecho de la Unión europea que es, por supuesto, de obligado conocimiento por cualquier operador jurídico.

Criterio que se defiende también en las Conclusiones del Abogado General, SR. NIILLO JÄÄSKINEN, presentadas el 8 de septiembre de 2015 (Asunto C-324/14), al afirmar que como *“marco de la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2004/18, pueden utilizarse las disposiciones y los considerandos de la Directiva 2014/24 como guía interpretativa, aunque no haya finalizado el plazo para su transposición, en la medida en que ésta codifica la jurisprudencia que aplica la Directiva 2004/18, o añade detalles a la misma, siempre que no contradiga la Directiva 2004/18 ni establezca normas y requisitos incondicionales en perjuicio de los operadores económicos”*.

Junto a este valor interpretativo de las Directivas comunitarias, no puede desconocerse la **existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema**¹². En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea¹³. De hecho, son, en la práctica, una especie de

¹¹ Se debe recordar la formulación clásica del Tribunal de Justicia en su sentencia *Fédesa y otros* (C-331/88), apartado 45, en la que declaró que «si bien, como regla general, el principio de seguridad jurídica se opone a que un acto comunitario comience a producir efectos en una fecha anterior a la de su publicación, puede ocurrir lo contrario, con carácter excepcional, cuando así lo exija el objetivo perseguido y se respete adecuadamente la confianza legítima de los interesados».

¹² Me remito en extenso a mi trabajo “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, REDA núm. 172, 2015.

¹³ En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013.

codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema. Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE¹⁴. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos interpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos¹⁵. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)¹⁶. Esto explica porque los órganos de control nacionales, en tanto “juez comunitario” aplican esta doctrina¹⁷.

II.- EL EFECTO DIRECTO E LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PUBLICA VENCIDO EL PLAZO DE TRANSPOSICION.

Como es suficientemente conocido, la Directiva es uno de los instrumentos jurídicos de que disponen las instituciones europeas para aplicar las políticas europeas¹⁸. Se trata de una herramienta que se emplea principalmente en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE enuncia que la Directiva es obligatoria. Al igual que el Reglamento y la Decisión europeos, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo

¹⁴ Vid. CHINCHILLA MARÍN, C.: “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.

¹⁵ Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SANCHEZ MORON: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011

¹⁶ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

¹⁷ Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...”, ob.cit., p.82.

¹⁸ Por todos, E. PUERTA DOMINGUEZ, *La Directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho*, Comares, Granada, 1999, pp. 142-143.

es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial.

Se trata, pues, de un acto jurídico que necesita de recepción formal en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Así, las Directivas de contratación pública se debe transponerse en un plazo establecido (de 2 años). Transcurrido este plazo sin que se haya recepcionado el contenido de las mismas las consecuencias jurídicas son las siguientes:

a) la Comisión puede pedir al Tribunal de Justicia que condene a los Estados (el incumplimiento de la sentencia dictada con este motivo puede derivar en una nueva condena que puede concluir en la imposición de multas);

b) en determinadas condiciones, el Tribunal de Justicia también concede a los particulares la posibilidad de obtener una indemnización derivada de la incorrecta transposición o de una transposición con retraso de una Directiva (sentencia Francovitch y Bonifaci, de 19 de noviembre de 1991);

c) el Tribunal de Justicia considera que la Directiva tiene un efecto directo (es decir, los particulares pueden alegarla ante el juez).

En relación a este último aspecto, y para preservar la nota de primacía del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea¹⁹, conviene recordar que la Directiva “desplegará” un efecto directo vertical al expirar el plazo de transposición, de tal forma que los particulares pueden alegar el texto contra los Estados ante los tribunales siempre que sus disposiciones sean

¹⁹ El carácter de primacía del derecho comunitario se ha abordado en los siguientes Asuntos: Asunto 26/62: Van Gend & Loos, (naturaleza jurídica del Derecho comunitario, y derechos y obligaciones del individuo); Asunto 6/64: Costa/ENEL, (naturaleza jurídica del Derecho comunitario, aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario); Asunto 14/68: Walt Wilhelm u.a., (naturaleza jurídica del Derecho comunitario y primacía del Derecho comunitario); Asunto 106/77: Simmenthal, (Derecho comunitario, aplicabilidad directa y primacía), Asunto 826/79: Mireco, (primacía del Derecho comunitario); Asunto C-213/89: Factortame, (aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario); Asunto C-6: Francovich, y 9/90: Bonifaci, (eficacia del Derecho comunitario y responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario, en este caso, no transposición de una directiva); Asuntos C-13 y 113/91: Debus, (conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional, aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario); Asunto C-393/92: Gemeente Almelo, (primacía y validez uniforme del Derecho comunitario); Asuntos C-46/93: Brasserie du pêcheur, y C-48/93: *Factortame*, (eficacia del Derecho comunitario y responsabilidad general de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario); Asunto C-10/97-C-22/97: *IN.CO.GE '90 Srl.*, (primacía del Derecho comunitario); Asunto C-212/97: Centros Ltd, (medidas nacionales para evitar el aprovechamiento abusivo del Derecho comunitario)

incondicionales y suficientemente precisas²⁰. Criterio por lo demás ya consolidado por la jurisprudencia del TJUE cuyas sentencias *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988, y *Fratelli*, de 22 de junio de 1989 (relativas en este caso a contratos públicos) reconocen el efecto directo por no transposición en plazo de Directivas comunitarias “en cuanto a las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las Directivas, siendo responsabilidad de los Estados miembros el incumplimiento de este deber de adaptación” (STJUE 19 noviembre de 1991)²¹.

La doctrina del TJUE es clara sobre esta cuestión. Así, ya desde la Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, y la Sentencia de 19 de enero de 1982, URSULA BECKER contra FINANZANT MUNSTER-INNENSTADT, se resolvió la aplicabilidad del efecto directo de las Directivas comunitarias. De hecho, la Sentencia URSULA BECKER plantea una cuestión de gran trascendencia, cual es, que las Directivas comunitarias constituyen normas básicas del Derecho comunitario. A este respecto la citada resolución del TJUE viene a

²⁰ El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Van Gend en Loos* del 5 de febrero de 1963. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho europeo no solo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas. Por lo tanto, no es necesario que el país de la UE recoja la norma europea en cuestión en su ordenamiento jurídico interno. Efecto directo que se reconoce así, entre otras, en la STJUE, de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, asunto 41/71. El TJUE reconoce de nuevo el efecto directo en su sentencia de 7 de octubre de 1968, *Corveleyn c. Estado belga*, Rec. 1968, p.536. A partir de la sentencia *Van Duyn*, el TJUE insistirá en ocasiones posteriores sobre la posibilidad de invocar ante los tribunales nacionales. Así, sentencias de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, asunto 67/74; de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, asunto 36/75; de 8 de abril de 1976, *Royer*, asunto 48/75; y de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, asunto 30/77 (todas ellas con relación a la misma directiva 64/221/CE); sentencias de 7 de julio de 1976, *Watson y Belmann*, asunto 118/75; de 14 de julio de 1977, *Sagulo*, asunto 8/77; y de 3 de julio de 1980, *Pieck*, asunto 157/79 (éstas con relación a la directiva relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de trabajadores en los Estados Miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad). En este mismo sentido se manifiesta el TJCE en sentencias de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, asunto 103/88; y de 1 de junio de 1999, *Kortas*, asunto C-319/97. Doctrina aceptada por nuestro Tribunal Supremo ya desde las STS 15 de marzo de 1999 o STS de 17 de julio de 2003.

²¹ Por todos, en relación a esta jurisprudencia del TJUE, pueden consultarse, R. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, págs. 267-275; S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 133-137; LEZERTUA RODRIGUEZ, *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, “RVAP”, núm. 11, 1985, págs. 275 y ss; JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea*, “RAP”, núm. 109, 1986, págs. 119 y ss.; y TRAYTER JIMENEZ, *El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación*, “RAP”, núm. 125, 1991, págs. 227 y ss. En concreto para la contratación pública se puede consultar A. COLABIANCHI, *Dirrettive comunitarie sugli applati: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, “Giurisprudenza Civile”, 1990, vol. I, pág. 8.

confirmar a su vez una jurisprudencia anterior, en el sentido de que "cuando las disposiciones de una Directiva son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y precisas, tales disposiciones pueden ser invocadas por los particulares afectados a falta de medios de ejecución de la mencionada Directiva que debían haber sido adoptadas por el Estado destinatario de la Directiva en un plazo determinado". En consecuencia, los particulares ven reforzada su esfera jurídica y el Derecho comunitario logra que su efecto útil, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuada por una eventual inejecución de las Directivas comunitarias por un Estado miembro²².

Pero no se trata de una cuestión dispositiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, ya declaró que *necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria*. Criterio asumido en la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*, al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que "son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665"²³.

En consecuencia, los preceptos de las Directivas de contratación pública de 2014 que sean claros, precisos e incondicionados desplegarán efectos

²² EDWARD David A. O., *Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas*, "Revista Vasca de Administración Pública" núm. 42, mayo-agosto 1995, pp. 35 -42.

²³ Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, "cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos". *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, "La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las SSTJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos y, por ello, serán parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa²⁴.

Con el objetivo de evitar incertidumbres, contrarias al principio de seguridad jurídica que debe presidir las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional²⁵, parece conveniente que se presente un documento que resuelva o aclare que preceptos tienen dicho efecto directo y deben ser ya aplicados. Y si esa función la desarrolló en 2005 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado²⁶, parece más conveniente que la misma sea abordada de forma coordinada por los Tribunales Administrativos de contratos públicos (como se acordó en la IV reunión de coordinación celebrada en Madrid, en 2015, y que ya se había avanzado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Memoria del año 2014).

IV. PRECEPTOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PUBLICA QUE DESPLEGARAN EFECTO DIRECTO: LA DIRECTIVA 23/2014, DE CONCESIONES

Aunque se ha avanzado en la Transposición en España, la propia “complejidad” de la tramitación para preparar el texto, y la convocatoria de

²⁴ La STJCE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Vid., por todos, J.M. TRAYTER, “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, RAP núm. 125, 1991, pp. 188 y ss. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO, de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo.

²⁵ R. ALONSO GARCIA, Derecho Comunitario, Ceura, Madrid, 1994, p. 287.

²⁶ Así, en la Recomendación de 18 de abril de 1986, dirigida a los órganos de contratación, que sostuvo que determinadas normas de las Directivas comunitarias, entonces en vigor, sobre contratos de obras y suministros, singularmente las referentes a publicidad de licitaciones en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, resultaban aplicables por los órganos de contratación, aún antes de promulgarse la normativa española de adaptación. (Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo y Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre). Posteriormente, la Resolución de 25 de octubre de 1994, de la Dirección General del Patrimonio del Estado (Boletín Oficial del Estado, número 258, de 28 de octubre) hace pública la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por la que, respecto a las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, considera aplicables determinados extremos de las mismas - la publicidad comunitaria de licitaciones de contratos de servicios (contratos con empresas consultoras y de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales en la legislación española) y los nuevos plazos de publicidad en las Directivas de obras y suministros- pese a no haber sido incorporadas todavía a dicha legislación, (lo fueron por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas) fundándose en haber vencido el plazo fijado por las propias Directivas para hacerlo.

proceso electoral que impide su aprobación parlamentaria ya en esta legislatura, hace muy probable que el Reino de España incumpla con el plazo de transposición. Así, el 18 de abril de 2016, en ausencia de acto legislativo de recepción formal del contenido de las Directivas de contratación pública, los preceptos de las mismas que sean claros, precisos e incondicionados tendrán efecto directo y deberán ser aplicados.

Para el caso de la Directiva 23/2014, de concesiones, son varios los preceptos que, por ese carácter de incondicionados, deberán ser considerados plenamente eficaces.

Esto sucede con los siguientes preceptos:

1) Las **definiciones** –artículo 5- surtirán plenos efectos jurídicos, pues son, obviamente, incondicionadas. En todo caso no supone una gran novedad práctica, pues las mismas, con carácter general se encuentran en las Directivas de 2004. Sí que tiene gran significado el hecho de que el concepto de concesión de servicios es ya plenamente operativo, de tal manera que se “desplaza” la categoría del contrato de gestión de servicios públicos de nuestro TRLCSP (artículo 8). Y, también, a la posibilidad de CPPI que no figura como opción en dicha Directiva (lo que cuestiona la persistencia del modelo de sociedad de economía mixta).

2) El **ámbito de aplicación y su concreción** –poder adjudicador y entidades adjudicadoras- tendrá efecto jurídico. Sin embargo, se trata de conceptos muy “asimilados” en la práctica y con importante doctrina del TJUE que se viene aplicando de forma uniforme y constante²⁷.

3) Será de directa aplicación igualmente las previsiones del artículo 8 en relación al **cálculo del valor estimado de la concesión**. Para lo que se deberá tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) *el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión ;*
- b) *la renta procedente del pago de tasas y multas por los*

²⁷ Sirva de ejemplo el Informe 7/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la naturaleza jurídica de la Feria de Zaragoza a efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación pública.

usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora;

c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública;

d) el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión;

e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión;

f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios;

g) las primas o pagos a los candidatos o licitadores.

4) La **posibilidad de cooperación vertical** (*in house providing*) deberá cumplir con las exigencias del artículo 17 de la Directiva: 1) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; 2) que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador; 3) que no exista participación privada en la persona jurídica controlada. Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual.

5) La determinación del **plazo de las concesiones** deberá determinarse respetando las previsiones del artículo 18 de la Directiva (que desplaza toda la regulación española que contiene previsiones sobre plazos en los contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos). Así, *“para las concesiones que duran más de cinco años, la duración*

máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión”.

Este plazo se explica en el considerando 52 de la Directiva de la siguiente manera: *“La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.*

6) Para la determinación de las reglas aplicables al régimen de **un contrato mixto de concesiones** deberá estarse a las previsiones de los artículos 21 y 22 de la Directiva. Así, en las concesiones cuyo *objeto sean tanto obras como servicios* se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de *concesión* predominante en el *objeto* principal del contrato. Para los supuestos de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios es el más alto.

7) La regulación de los **servicios de investigación y desarrollo** será de directa aplicación, si bien esta cuestión ya está incorporada a nuestra legislación, tras la transposición de las Directivas de 2004.

8) En la determinación de la **capacidad y solvencia de los licitadores** (operadores económicos, en terminología de la Directiva), deberá respetarse el contenido del artículo 26 que, cuando menos, tendrá un evidente valor interpretativo.

9) La obligación de incorporar **las nomenclaturas en los contratos** de concesión (artículo 27) será inmediatamente eficaz en abril del 2016, lo que afecta a los denominados contratos de gestión de servicios públicos en España, considerados no armonizados al no estar cubiertos por la Directiva 2004/18. Esta exigencia de CPV para toda concesión, de obra o de servicios- debe ser respetada. Y, en tanto elemento de publicidad y transparencia su incumplimiento implicará la nulidad del procedimiento.

10) Serán también directamente aplicables las previsiones de **confidencialidad** contenidas en el artículo 28. Previsión que se viene aplicando ya en España y que no parece que pueda producir distorsiones. La STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, ya declaró que el órgano que conozca de un recurso en materia de contratación deberá garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. La justificación es la siguiente:

“(…), es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un

procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.

Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.³⁷

Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores”.

La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores, pues como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, *Cosepuri Soc. Coop. p.A.* contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada.

11) Interesa destacar la directa aplicabilidad de las previsiones de los artículos 31 y 32, que relativos a los **anuncios de las licitaciones y su forma de adjudicación**, que deberán ajustarse a los modelos que contiene la Directiva. Obligación de anunciar que se extiende ahora a las concesiones de servicios (contratos de gestión de servicios públicos).

12) El **acceso electrónico directo, completo, gratuito y sin restricciones, por medios electrónicos, de los documentos relativos** a las concesiones, será una previsión con efecto directo (artículo 34). Así, PCAP y PTT deberán ser accesibles electrónicamente en todo caso (sin que se pueda obligar a justificar el interés de la documentación o a retirarla, previo pago, en determinadas oficinas).

13) La definición de **conflicto de interés**, y sus efectos, tendrá efecto directo (artículo 35.2). El concepto de conflicto de intereses (también contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)²⁸, comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

14) También tendrá efecto directo la previsión del artículo 36 de la Directiva referida a **requisitos técnicos o funcionales**, que exige que los mismos definan “*las características requeridas de los trabajos o servicios que son objeto de la concesión. Figurarán en los documentos de concesión*”. Se trata de fijar el máximo de transparencia, para favorecer la competencia. Y, para ello, la Directiva advierte que no será posible rechazar una oferta basándose en que las obras y los servicios ofrecidos no se ajustan a los *requisitos técnicos u funcionales* a los que han hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por *cualquier* medio adecuado, que las soluciones que *propone* cumplen de forma equivalente los *requisitos técnicos y funcionales*.

15) La justificación de la **solvencia de los licitadores se realizará mediante declaración responsable** (artículo 38). Y en los casos que se utilicen medios externos, estos deberán en todo caso estar disponibles durante todo el plazo de la concesión. Cuestión importante en la práctica y que ya se utiliza como parámetro interpretativo, tal y como hemos advertido con anterioridad. Esto significa que la regulación del 146 TRLCSP quedará

²⁸ Asimismo, el artículo 8 incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos desde la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad, además de procurar “*sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos*” (artículo 8.5).

desplazada en lo relativo al carácter potestativo de tal posibilidad, que pasará a ser la regla general.

16). Los **supuestos de exclusión** (artículo 38) son, en varias de sus previsiones, ejemplo evidente de incondicionalidad y, por ello, tendrán efecto directo. Lo que implica una alteración del sistema de prohibiciones de contratar de tal manera que aquellas no contenidas en nuestro TRLCSP deberán ser aplicadas. Un ejemplo es la previsión del apartado 7 b) al establecer como causa de exclusión *“si un conflicto de intereses en el sentido del artículo 35, párrafo segundo, no se puede subsanar con eficacia por ninguna otra medida menos intrusiva”*.

17) Los **plazos mínimos de presentación de ofertas** son de directa aplicación (artículo 39). Así, a partir del 18 de abril de 2016 –siempre cumpliendo con la exigencia de utilización de medios electrónicos- el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes incluyas o no licitaciones para la concesión será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de concesión. Y cuando el procedimiento se desarrolle en etapas sucesivas, el plazo mínimo para la recepción de ofertas iniciales será de 22 días a partir de la fecha en que se envíe la convocatoria de ofertas.

18) La **exigencia de informar sin demora** de las actuaciones derivadas en el procedimiento de licitación (artículo 40), será también de aplicación directa. Se debe informar *en todo caso los nombres de los licitadores seleccionados, las razones por las que se haya desestimado su solicitud de participación o su oferta, así como las razones por las que, en su caso, haya decidido no adjudicar un contrato que había sido anunciado o reiniciar el procedimiento*. Esta previsión ya existe en nuestro TRLCSP –para facilitar la posibilidad de interponer el recurso especial- y no plantea especiales problemas prácticos.

19) Los **criterios de adjudicación** también tendrán efecto directo (artículo 41). Así estos deberán ser objetivos, respetar los principios de la contratación pública y garantizar la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva *tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora*. Esos criterios estarán vinculados al objeto de la concesión y no conferirán al poder adjudicador o la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada. *Podrán*

incluir, entre otros, criterios medioambientales, sociales o relacionados con la innovación. En todo caso, no son admisibles los criterios relativos a las capacidades de la empresa (o su experiencia)²⁹. Estas previsiones ya vienen siendo aplicadas en España y no deben presentar dificultades prácticas al encajar con la regulación contenida en el artículo 150 TRLCSP.

20) Las **previsiones sobre subcontratación** (artículo 42) son también de directa aplicación las previsiones relativas a la posibilidad de que el poder adjudicador al licitador o *al solicitante* que mencione en la oferta la parte de la *concesión* que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos (lo que no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del *concesionario* principal); así como, *el caso de los contratos de obras y respecto de los servicios que deban prestarse in situ bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicador, tras la adjudicación de la concesión y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de ésta, la exigencia al concesionario de comunicar el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento, así como la de notificar cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso de la concesión, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie ulteriormente a la obra o servicio en cuestión.*

21) Gran efecto práctico derivará de la aplicación directa del nuevo **régimen de modificaciones del contrato concesional** (artículo 43). El nuevo régimen, casi análogo al del artículo 72 de la Directiva de contratación pública, parece ampliar las posibilidades de modificación (lo que puede desplazar el régimen de los artículos 105 a 107 TRLCSP). En todo caso, la doctrina ya consolidada del TJUE no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como advierte en considerando 107 de la Directiva 2014/24, “es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la

²⁹ Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido “intelectual”, y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continúa siendo un criterio de solvencia.

jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁰. Así, esta doctrina sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad (que no *ius variandi*) y que se limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial³¹.

Interesa destacar una importante medida introducida por la Directiva sobre contratación pública, que establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso)³². Posibilidad ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014. Asunto C-161/13. La finalidad de esta exigencia (que en España ya se aplica en Aragón y Navarra), es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales³³, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal³⁴. Para ello estarán especialmente legitimados los

³⁰ Por todos, J.M. GIMENO FELIU, “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 83-140.; I. GALLEGO CORCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167 y J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015, pp. 65-89

³¹ H. HOEPFFNER, afirma que la modificación no es una señal de una enfermedad del contrato sino que es un elemento de su vida, de su propia supervivencia. “La modification des contrats de la commande publique a l’e preuve du droit communautaire”, *Revue française de droit administratif*, núm. 1 de 2011, pp. 98-114.

³² Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe- y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. Cit., pp. 203-210.

³³ Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.

³⁴ El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que «II. *Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de*

licitadores no seleccionados³⁵. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GMBH*, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial³⁶. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad³⁷. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato.

22) Por último, son de efecto directo las previsiones que **reforman el ámbito de aplicación de la Directiva “recursos”**, que se extiende ahora al

Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos».

³⁵ La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juega la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: “*Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi»*”. Este criterio es defendido por J.M. BAÑO LEON, “*Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos*”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 148-151.

³⁶ Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101..Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

³⁷ Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

contrato de concesión de servicios, lo que desplaza la “arcaica” previsión del artículo 40 TRLCSP que determina la competencia en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial.

Todas estas previsiones obligan a la “relectura” del vigente TRLCSP, que deberá ser aplicado sin desconocer las previsiones directas de la Directiva, que serán parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los Tribunales administrativos y la jurisdicción, ya que el conocido –e incuestionable- principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene a este. Criterio confirmado por jurisprudencia constante del TJUE.