

FORO DE ACTUALIDAD

ESPAÑA

EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN

El efecto directo de las Directivas de contratación

El incumplimiento del deber de transposición de las Directivas en materia de contratación produce el denominado efecto directo de algunas de sus disposiciones y el correlativo desplazamiento de la legislación interna de contratos públicos. Este artículo pretende recoger una visión general de los documentos interpretativos adoptados por distintos órganos de contratación en los que se reconoce el efecto directo de las Directivas y se analizan aquellos preceptos que podrían ser invocados por los particulares por cumplir los presupuestos exigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE

Contratos públicos, Efecto directo, Directivas.

The direct effect of the Directives on public contracts

The breach of the obligation to transpose the Directives on public contracts gives rise to the direct effect of some their provisions and their corresponding supremacy over domestic legislation on public contracts. This article aims to provide an overview of the interpretative documents issued by the relevant authorities on contracts. According to the documents, Directives produce direct effect and can be relied on directly before a national court by individuals since they meet the criteria of the Court of Justice of the European Union.

KEY WORDS

Public contracts, Direct effect, Directives.

Fecha de recepción: 15-9-2016

Fecha de aceptación: 30-10-2016

El día 28 de marzo de 2014, se publicaron en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/ue, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (la «Directiva de Concesiones», la «Directiva de Contratos» y, conjuntamente, las «Directivas»). El plazo para incorporar el contenido de las Directivas a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros se fijó en el 18 de abril de 2016.

La disolución de las Cortes Generales en octubre de 2015 ha impedido al Estado español llevar a cabo la transposición de las Directivas dentro del plazo establecido. Como es sabido, el procedimiento de transposición de una Directiva al ordenamiento jurídico español exige la tramitación por el procedimiento legislativo ordinario, de un proyecto de ley aprobado por el Gobierno.

El incumplimiento del deber de transposición produce el denominado efecto directo de las Directivas y el correlativo desplazamiento del Real Decreto Legislati-

vo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («TRLCSP»), lo que plantea distintas cuestiones: (i) en primer lugar, qué aspectos del efecto directo resultan admisibles en este supuesto; y (ii) en segundo lugar, qué preceptos pueden ser directamente aplicados una vez agotado el plazo de transposición.

EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO ESPAÑOL

El Estado español invoca la disolución de las Cortes como justificación de la falta de transposición de las Directivas. Sin embargo, la alegación de previsiones o circunstancias de su sistema legal interno no justifica el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Directivas europeas. Además, el Estado pudo haber recurrido a un instrumento legislativo extraordinario como es el Real Decreto-ley para transponer las Directivas.

Estas dos consideraciones han sido expresamente reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional:

(i) El Tribunal de Justicia declaró en su Sentencia de 2 de marzo de 1982 (caso 94/8: *Comisión contra la República Italiana*), que la disolución del parlamento no justifica el incumplimiento de la obligación de transponer la normativa europea.

(ii) El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 329/2015, de 15 de septiembre, ha reconocido que la necesidad de transponer una Directiva europea puede constituir el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» para aprobar un Real Decreto-ley por el Ejecutivo.

Ante esta situación, distintos órganos administrativos han adoptado documentos interpretativos en los que se reconoce el efecto directo de las Directivas y se analizan aquellos preceptos que podrían ser invocados por los particulares por cumplir los presupuestos exigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se trata de la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública, publicada en el *BOE* de 17 de marzo de 2016 (la «Recomendación de la JCCAE»); el Documento de trabajo sobre la aplicación de las Directivas Europeas de contratación pública aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en sesión de 1 de marzo de 2016 (el «Documento de los TACP»); el Informe 5/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (el «Informe de la JCCAA»); el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña (el «Informe de la JCCAC»); y la Instrucción 1/2016, de la Dirección General de la Contratación Pública de la Generalitat de Cataluña (la «Instrucción de la DGCPGC») (conjuntamente, los «Documentos interpretativos»).

Los Documentos interpretativos tienen por objeto facilitar a los órganos de contratación y a los Tribunales que resuelven los recursos especiales en materia de contratación la aplicación de la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016. Sin embargo, estos Documentos tienen un carácter meramente orientador.

Los aspectos del efecto directo que resultan admisibles a las Directivas

El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Van*

Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963. El Tribunal declaró que el Derecho europeo no solo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares; de esta forma, los particulares pueden invocar directamente normas europeas ante los tribunales nacionales o europeos sin necesidad de que hayan sido previamente transpuestas al Derecho interno. El efecto directo reviste dos aspectos: vertical y horizontal.

Tanto la Recomendación de la JCCAE, el Documento de los TCP, como el Informe de la JCCAA coinciden en que solo el efecto vertical descendente es de aplicación a las Directivas. Solo los particulares podrán invocar el contenido de las Directivas para hacer valer sus intereses frente al Estado. Sin embargo, se excluye el efecto directo horizontal (entre particulares) y, el efecto directo vertical descendente, de manera que el Estado no podrá crear obligaciones al particular con base en el contenido de las Directivas. Se trata, pues, de impedir que el Estado pueda beneficiarse de su propio incumplimiento.

No obstante, el Informe de la JCCAC entiende que el Estado tiene que llevar a cabo «la aplicación directa» de aquellas normas que, de acuerdo con esta doctrina del efecto directo, pueden ser invocadas por los particulares, a partir de la fecha en que finaliza el plazo para su transposición.

Ninguno de los Documentos interpretativos contiene ninguna previsión en relación con el denominado «efecto directo triangular». Este aspecto se refiere al supuesto en el que el Derecho europeo es invocado por un particular ante un órgano interno, pero su aplicación comporta una consecuencia negativa para otro particular. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite excepcionalmente esta eficacia triangular, si bien los límites y el alcance no han quedado definidos del todo. La admisión de la eficacia triangular de las Directivas podría tener una importancia sustancial.

En todo caso, hay que tener en cuenta el principio de interpretación conforme, que tiene su fundamento en el principio de primacía del Derecho europeo, y que ya ha sido puesto en práctica durante el periodo que ha mediado entre la publicación de las Directivas y la finalización del plazo de transposición —Acuerdo 37/2014, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón; Resolución 143/2014, de 10 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación de Madrid; o Informe de la Abogacía del Estado 3/2015, de 27 de enero—.

El concreto efecto directo de las Directivas

Analizados los aspectos del denominado efecto directo que resultan aplicables a las Directivas, resta ahora estudiar qué disposiciones de las Directivas pueden ser directamente invocadas por los particulares ante los tribunales nacionales.

El Tribunal de Justicia ha señalado que para que una disposición pueda ser directamente aplicada es necesario que concurran los siguientes requisitos: (i) que haya transcurrido el plazo de transposición; (ii) que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa —que su significado sea plenamente comprensible de sus propios términos y su grado de detalle y concreción no requieran un desarrollo o ser complementados—, y (iii) que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición —que no otorgue a los Estados ningún margen de apreciación—.

Los Documentos interpretativos contienen un análisis exhaustivo de aquellos preceptos de las Directivas que, a su juicio, resultan directamente aplicables. Teniendo en cuenta la extensión y el alcance de los distintos Documentos, a continuación haremos una breve referencia a aquellas previsiones que entendemos pueden tener una mayor relevancia práctica:

(i) Transferencia del riesgo operacional

Los Documentos interpretativos señalan como una de las novedades de la Directiva de Concesiones la definición de los contratos de concesión alrededor de la idea de transferencia del denominado «riesgo operacional» al concesionario de la obra o servicio. El artículo 5.1 de la Directiva de Concesiones establece que se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.

La Recomendación de la JCCAE concluye que, cuando no se produzca la transferencia del riesgo operacional, no estaremos ante un contrato de concesión, sino ante un contrato de obras o servicios.

En realidad, cabe equiparar esta idea del riesgo operacional a la tradicional de nuestro Derecho de la contratación de que el concesionario habrá de explotar la obra a su riesgo y ventura, de modo que cabe cuestionar la novedad de la Directiva de Concesiones en este punto.

(ii) Contrato de gestión de servicios públicos

El efecto directo de la aplicación de la Directiva de Concesiones conlleva dos consecuencias: (i) dado que hasta ahora no existía un régimen específico para los contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada, habrá que determinar su régimen jurídico; y (ii) la necesaria transferencia del denominado «riesgo operacional».

La JCCAE entiende que el régimen jurídico aplicable a los contratos de concesión de servicios públicos es el siguiente: en primer lugar, las disposiciones de la Directiva de Concesiones que resultan de aplicación directa; en segundo lugar, las disposiciones del TRLCSP, que genéricamente regulen los contratos sujetos a regulación armonizada; y por último, las normas del TRLCSP que regulan el contrato de gestión de servicios públicos.

Sin embargo, en aquellos supuestos en los que no se produzca una transferencia del «riesgo operacional» (que, como se ha expuesto anteriormente, no es algo sustancialmente distinto a la explotación del servicio a riesgo y ventura del concesionario), el contrato se registrará por las normas con efecto directo contenidas en la Directiva de Contratos para los contratos de servicios; las disposiciones del TRLCSP para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada; y las normas del TRLCSP relativas al contrato de gestión de servicios públicos.

(iii) Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado

Las Directivas no regulan el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, sin embargo, sí que regulan los contratos mixtos.

La Recomendación de la JCCAE considera que las pautas a seguir para el régimen jurídico aplicable a los contratos de colaboración público-privados debe ser el siguiente: (i) cuando se trate de materias reguladas por normas de las Directivas con efecto directo, se aplicará el régimen jurídico de los contratos mixtos; (ii) cuando se trate de materias no reguladas por las Directivas o reguladas por normas que no tengan efecto directo, continuará siendo de aplicación el criterio de la prestación principal.

(iv) Procedimiento negociado

En relación con la utilización del procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada, la JCCAE entiende que no podrá utilizarse cuando se trate de un supuesto concreto que

esté recogido en el TRLCSP, pero no lo esté en la Directiva de Contratos.

En el mismo sentido, cuando se trate de un supuesto contenido en el TRLCSP que no esté recogido en la Directiva de Concesiones, los contratos de concesión de obra pública y gestión de servicios públicos no podrán adjudicarse mediante el procedimiento negociado.

A modo ejemplificativo, la Recomendación de la JCCAE señala que los órganos de contratación no podrán ampararse en el artículo 170.b) del TRLCSP —supuestos en los que no pueda determinarse el precio global del contrato— para adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada. Tampoco podrán ampararse en el artículo 170.e) del TRLCSP para adjudicar contratos de concesión de obra y gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada.

(v) Disponibilidad electrónica de los pliegos

A juicio de la JCCE, como consecuencia del efecto directo del artículo 53.1 de la Directiva de Contratos y 34.1 y 2 de la Directiva de Concesiones, los órganos de contratación deberán dar acceso a los pliegos correspondientes a la licitación de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obra pública y gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada a través de su Perfil del Contratante.

(vi) Nulidad del contrato y recurso administrativo especial

Como consecuencia de la nueva delimitación de los contratos sujetos a regulación armonizada, se amplía el ámbito objetivo de los supuestos de nulidad recogidos en el artículo 37 del TRLCSP y se amplían los supuestos susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Por último, el plazo mínimo de espera de 15 días entre la adjudicación y la formalización del contrato se amplía también a todos los contratos sujetos a regulación armonizada.

En relación con el recurso especial en materia de contratación, el Documento de los TACP hace una especial referencia a la aplicación del recurso especial a los contratos de gestión de servicios públicos atendiendo únicamente al valor estimado del contrato y, por tanto, con independencia de los gastos de primer establecimiento y el plazo.

(vii) Sistemas dinámicos de contratación

La contratación en el marco de los sistemas dinámicos de contratación debe realizarse de acuerdo con

las normas del procedimiento restringido y en las condiciones y plazos establecidos en el artículo 34 de la Directiva de Contratos.

En relación con el plazo para la presentación de las ofertas, los TACP entienden que, en caso de que un poder adjudicador indicara en la licitación pública un plazo inferior a diez días para presentar ofertas en contratos sujetos a la Directiva de Contratos, el efecto directo de la Directiva determinaría la nulidad del plazo establecido.

(viii) Modificación de los contratos

El Documento de los TACP dedica una reflexión a la nueva regulación en materia de modificación de los contratos. Aquellas cuestiones que plantean cuestiones interpretativas no podrán ser aplicadas directamente, y los preceptos que contienen mandatos claros, precisos e incondicionados no pueden ser aplicados por el Estado en tanto no sean transpuestos. Por tanto, a juicio de los TACP resulta de aplicación el régimen contenido en el TRLCSP aunque este resulte más restrictivo.

No obstante, tienen efecto directo las siguientes previsiones: (i) los modificados no pueden alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco; (ii) posibilidad de modificar el contrato aunque no esté prevista en el pliego siempre que obedezca a circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever; y (iii) obligación de publicación de la modificación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

(ix) Duración de las concesiones

El Documento de los TACP considera que las prescripciones contenidas en el artículo 18 de la Directiva de Concesiones, desplazan la regulación contenida en el TRLCSP sobre el plazo de los contratos de concesión de obras y gestión de servicios públicos.

(x) Plazos de recepción de las solicitudes de participación y ofertas

La JCCAE y los TACP entienden que continúan aplicándose los plazos de recepción de las solicitudes de participación y ofertas contenidos en el TRLCSP por ser más amplios que los contenidos en las Directivas.

JULIA SANZ DE LA ASUNCIÓN*

* Abogada del Área Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).