

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

CONFERENCIA

“EL PRINCIPIO DE EFECTO DIRECTO: EMPECEMOS POR EL PRINCIPIO”

Jaime Pintos Santiago*

Doctor en Derecho

Jurista y funcionario de carrera

SUMARIO

I. EXORDIO.- II. LAS DIRECTIVAS.- III. EL EFECTO DIRECTO.- IV. EXAMEN PARTICULARIZADO EN LAS DIFERENTES NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ATENCIÓN ESPECIAL A LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

RESUMEN**

Hemos llegado al más que previsible y esperado punto de finalización del plazo de transposición de la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública sin norma nacional que ampare este paquete legislativo en el ámbito del Derecho interno español ¡una vez más! Este fenómeno genera una significativa suma de actividad interpretativa, de gestión, de opinión y de otras índoles que giran en torno al efecto directo de estas Directivas. Este trabajo busca huir del manido efecto directo y poner precisamente el acento, desde el enfoque del estudio propio de este principio del Derecho de la Unión Europea, en aquellos aspectos en los que no se ha recabado tanto y algunos de los cuales pueden ser objeto de crítica fundada.

I. EXORDIO

Es imposible entender y hablar de un Derecho de la contratación pública en la Unión Europea, sin antes aludir y explicar el propio Derecho de la Unión Europea como ordenamiento jurídico global.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

Asimismo, es imposible atender al Derecho interno español de la contratación pública sin antes referir el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea.

De este modo, sabemos ya que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea u ordenamiento jurídico comunitario es un verdadero ordenamiento que posee su propio sistema de fuentes que emanan de las instituciones de la Unión Europea y, asimismo, goza de mecanismos y procedimientos tanto de aplicación de las normas como de sanción por su incumplimiento.

Sabemos que el Derecho de la Unión Europea está compuesto por los denominados 'Derecho originario' y 'Derecho derivado'.

De igual modo conocemos que el Derecho originario se sitúa a la cabeza del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y que esa preeminencia se da también en la normativa sobre contratación pública a través de la plasmación de los principios consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que posteriormente se reflejan en la contratación pública como principios generales de la misma.

El Derecho de la Unión Europea como fuente derivada está integrado por las normas y actos jurídicos adoptados por las instituciones comunitarias en el ejercicio de las competencias normativas que les atribuyen los Tratados, actos típicos, además de por otra serie de actos atípicos. Como actos típicos nos encontramos a los Reglamentos, las Directivas, las Decisiones, las Recomendaciones y los Dictámenes. Entre los actos atípicos destacan los principios generales del Derecho, trascendentales precisamente para la contratación pública y objeto de impulso y refuerzo tanto en las nuevas Directivas como en el todavía "vigente" Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público¹.

* Doctor en Derecho por la UCLM; Licenciado en Derecho; Máster en Derecho de la Contratación Pública y Máster Oficial en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por la misma Universidad.

Es miembro del Consejo de Redacción de la "Revista Contratación Administrativa Práctica" de la Editorial Wolters Kluwer-La Ley; miembro del Consejo de Redacción de la Revista "GABILEX", Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha; miembro del Comité Científico de la "Revista Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho" (Editorial Liberlex); miembro de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP) y del Observatorio de Contratación Pública (ObCP).

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

Es este Derecho derivado el que concentra la práctica totalidad de las normas comunitarias en materia de contratación pública, a salvo de los grandes principios que fijan los Tratados y otros lineamientos fundamentales de actuación que también inciden en la contratación pública, como pueden ser por ejemplo el del mercado único o la supresión de fronteras internas a través del Acuerdo Schengen.

Recordemos que la pertenencia de un Estado a la Unión Europea produce como consecuencia una distribución de competencias entre el Estado miembro y la Unión. El Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía y en ese ámbito rigen las normas nacionales, pero hay otras materias cedidas a la Unión en las que rigen tanto el Derecho originario, como el Derecho derivado. Una de esas materias cedidas de importante ámbito por su trascendencia social, medioambiental y económica es la contratación pública.

Es autor de la sección "Derecho global y comparado de la contratación pública" de la Revista Contratación Administrativa Práctica de la Editorial Wolters Kluwer-La Ley. Ha dirigido o coordinado libros o monográficos para Revistas jurídicas dedicados por ejemplo al Derecho comparado de la contratación pública, a la ética pública y al principio de transparencia o la implantación de la administración electrónica, en los que además han participado autores de distintas nacionalidades; en muchos de estos casos representados por los máximos exponentes del Derecho administrativo y constitucional de sus respectivos países. Asimismo es autor de decenas de publicaciones entre colaboraciones en libros y artículos en revistas jurídicas y editoriales de impacto, tanto de España como de otros países.

Ha participado como ponente invitado en diferentes Congresos, Máster, Cursos de Postgrado, Seminarios, Jornadas, Encuentros o Cursos de Experto y Especialistas, tanto nacionales como internacionales, dentro y fuera de España, en países como Ecuador, Perú, República Dominicana o Uruguay. Asimismo ha impartido también clases y ha sido coordinador de cursos en distintas escuelas de administración pública nacionales y regionales (INAP, EAR, ECLAP o ERAP) y es autor de manuales dirigidos a la formación de empleados públicos.

** N del A. Se utiliza tipografía "verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad. Asimismo este documento tiene activo el acceso al texto de dispositivos lectores de pantalla para usuarios con problemas de visión.

¹ Véase PINTOS SANTIAGO, J., "El sistema de contratación pública español. Una visión constructiva a sus principios generales: la incorporación de los principios de promoción del desarrollo humano y de sostenibilidad ambiental", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 139, sept-oct 2015, pág. 13.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

Es manifiesto también que las normas de los dos ordenamientos jurídicos coexisten, que los dos ordenamientos tienen unos mismos destinatarios y que esa coexistencia y relación está gobernada por los principios de autonomía, de efecto directo y de primacía del Derecho de la Unión Europea, que sabemos deben ser obligatoriamente tenidos en cuenta por los poderes adjudicadores y los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de interpretar la normativa interna, principios fundamentales que también afectan a la normativa de la Unión y a la normativa nacional de los Estados miembros en materia de contratación pública.

Veamos pues ahora algunos de los puntos anteriores de una forma más desarrollada y como resulta esa coexistencia al amparo del efecto directo de las Directivas.

II. LAS DIRECTIVAS

La Directiva supone una legislación en dos etapas cuyo funcionamiento a efectos de buscar un símil nacional se asemeja a una ley marco de las contempladas en el artículo 150.3 de la Constitución española, que recordemos apunta así *“El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, ...”*.

La figura de la Directiva se incluyó para ofrecer a las instituciones comunitarias una fórmula basada en la distribución de tareas y en la colaboración entre el ordenamiento de la Unión Europea y los ordenamientos internos. La Directiva es más flexible que el Reglamento y se adecua mejor a las particularidades de los Derechos internos.

No tienen un alcance general, sólo obligan a sus destinatarios que son los Estados. Sin embargo, cuando las Directivas se dirigen a todos los Estados, como es habitual en el caso de las Directivas en materia de contratación pública, se presenta como un procedimiento de legislación indirecta que en la práctica tiene un alcance general, algo que de algún modo ya estaría violentando el espíritu para el que fueron pensadas.

La Directiva obliga en cuanto al resultado, dejando a los Estados la competencia en cuanto a la forma y los medios de incorporación. Esta libertad de los Estados ha sido limitada por el Tribunal de Justicia de

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

la Unión Europea (TJUE) que ha declarado que el instrumento escogido por cada Estado miembro debe responder plenamente a las exigencias de certidumbre y claridad de las situaciones queridas por las Directivas.

Las Directivas establecen un plazo determinado para su ejecución. Ese plazo es obligatorio para los distintos Estados y su incumplimiento ha dado lugar a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condene en ocasiones a los Estados que no han cumplido en este sentido, entre ellos el Reino de España².

De otro lado, el Tribunal de Justicia ha establecido mecanismos para garantizar la aplicación de las Directivas cuando no se hubiesen incorporado en plazo por los Estados. Así, aunque la Directiva no es directamente aplicable, el alto Tribunal de la Unión Europea ha señalado que se podrá exigir la aplicación directa de aquellas

² España ha sido sancionada en reiteradas ocasiones en virtud del recurso por incumplimiento, recurso que permite controlar si los Estados miembros respetan las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea y que es muy común en los casos de falta de transposición en plazo o transposición incorrecta de las Directivas por parte de los Estados miembros. Así, por ejemplo en materia de contratos públicos España ha sido sancionada en virtud de las STJCE de 17 de noviembre de 1993, que condenó al Estado español por mantener en vigor toda una serie de disposiciones, tanto de la Ley de Contratos del Estado como de su Reglamento, que eran contrarias a la normativa comunitaria sobre contratos públicos; de 16 de octubre de 2003, que declaró el incumplimiento español al no someterse al conjunto de las disposiciones de la Directiva comunitaria de obras con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia; de 18 de marzo de 1992, en la que el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de la Directiva 71/305/CEE, sobre los contratos públicos de obras; de 3 de mayo de 1994, en la que el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; de 15 de mayo de 2003, que condenó a España al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, a las decisiones adoptadas por determinadas sociedades de Derecho privado; de 13 de enero de 2005, que también condenó a España al excluir del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a determinadas entidades y al excluir del ámbito de aplicación objetivo de este texto refundido los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

disposiciones de una Directiva cuyo contenido sea claro, preciso e incondicional. Es lo que ya conocemos como 'efecto directo'.

El caso es que las Directivas, a medida que tengan mayor concreción en su contenido tendrán mayor aptitud para ser aplicadas en el orden interno pese a la ausencia de ejecución o a la ejecución incorrecta de los Estados. Sin embargo la cada vez mayor precisión de las Directivas plantea el problema de que en la práctica vienen a sustituir a los Reglamentos, lo que va contra el principio de atribución de competencias, por eso es menester exigir que las Directivas detalladas sólo puedan ser adoptadas por las instituciones comunitarias cuando éstas tengan la opción para regular esta materia adoptando bien un Reglamento o bien una Directiva. Por el contrario, cuando el Tratado prevea específicamente la Directiva como instrumento a utilizar, **no es correcto que las instituciones adopten una Directiva que por su concreción y detalle se aproxime a los efectos de un Reglamento, dado que se estaría falseando el juego de atribución de competencias. Este sería también el primero de los puntos a cuestionarse al respecto del contenido y efecto directo del nuevo paquete de Directivas y del juego del principio de subsidiariedad entre el Derecho de la Unión Europea y los Derechos nacionales de los Estados miembros, sobre todo a la vista de que a una gran cantidad del contenido de dichas Directivas se le atribuye efecto directo.**

Resumiendo, la Directiva es una fuente derivada que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 288 TFUE). Son normas de resultado y un instrumento para armonizar las legislaciones de los Estados miembros. En España las Directivas son transpuestas por el Estado o por las Comunidades Autónomas según el reparto competencial establecido en el Bloque de Constitucionalidad, entendido como el conjunto de normas de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas³, aunque el responsable del cumplimiento correcto y en plazo de esa

³ Véase DE CABO DE LA VEGA, A., "Nota sobre El Bloque de Constitucionalidad", *Jueces para la democracia*, núm. 24, 1994, págs. 58 y ss., <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552692> [fecha última consulta: 12-marzo-2015].

II ENCUESTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

transposición ante la Unión Europea es siempre y únicamente el Estado español como Estado miembro de pleno derecho de la Unión y como competente exclusivo en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3º CE).

Es de este modo como el Estado español, el legislador nacional, tenía la obligación de transponer las Directivas 2014/23, 24 y 25 como máximo hasta el 18 de abril de 2016⁴, para no incumplir en este punto como viene siendo ya un hábito el Derecho de la Unión Europea y no convertirse de este modo en la tónica que parece ser perpetuada⁵.

III. EL EFECTO DIRECTO

El efecto directo significa que todos los destinatarios de las normas europeas, tanto los Estados como los ciudadanos, quedan obligados por esas normas y pueden exigir su observancia ante los Tribunales internos. Sin embargo el efecto directo no es una regla absoluta, con lo que se hace necesario matizar la anterior precisión y analizar qué condiciones deben darse para que el supuesto de efecto directo pueda aplicarse⁶.

El principio del efecto directo fue establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la Sentencia *Van*

⁴ Para la trasposición de la Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, hay un plazo mayor, que se extiende hasta el 27 de noviembre de 2018.

⁵ Las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, incorporaron tardíamente a nuestro ordenamiento interno las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, cuyo plazo de trasposición había finalizado el 31 de enero de 2006. Lo mismo ocurrió con la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que traspuso al Derecho español lo dispuesto por las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE en materia de contratos de suministro y de obras, respectivamente, y cuyo plazo de trasposición vencía el 14 de junio de 1994 y con la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporó al ordenamiento español la Directiva 93/38/CEE (junto a la 92/13/CEE), cuyo plazo de trasposición había vencido el 1 de enero de 1997.

⁶ Véase BALLESTEROS MOFFA, L.A., *La aplicación administrativa directa del Derecho comunitario*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

*Gend and Loos*⁷. El fundamento del efecto directo lo situó el Tribunal de Justicia en la especificidad del ordenamiento jurídico comunitario, en beneficio del cual los Estados han limitado su soberanía. En base a esta idea el Tribunal declaró que el Derecho de la Unión Europea, independientemente de las legislaciones de los Estados miembros, **crea obligaciones para los particulares y genera derechos que forman parte de su patrimonio jurídico, derechos que no son sólo de los operadores económicos de la contratación pública, sino también de los destinatarios, usuarios y beneficiarios finales de esos contratos públicos.**

De este modo, para que una norma comunitaria tenga efecto directo el Tribunal exige como condición que la disposición en concreto aparezca desde el punto de vista de su contenido como incondicional y suficientemente precisa:

- La incondicionalidad supone que la aplicación de una norma no esté subordinada a una medida posterior que contenga un poder discrecional, bien de los órganos de la Unión Europea o bien de los Estados miembros. De ahí que todos aquellos preceptos de las nuevas Directivas que requieran de tomar una opción o decisión por parte de los Estados miembros a la hora de legislar no posean ese efecto directo, ya que se encuentran sujetos a una condicional, a una elección.
- La precisión significa que la norma o disposición debe interponer una obligación en términos inequívocos.

Los dos criterios anteriores se podrían reducir a un solo requisito de carácter funcional: una norma tendría efecto directo siempre que sus características sean tales que la hagan susceptible de una aplicación judicial directa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha distinguido el alcance del efecto directo en función de las distintas categorías de normas comunitarias. Por lo que se refiere a las normas de los Tratados se distinguen dos categorías:

1. Las disposiciones de aplicabilidad directa completa: las cuales crearían obligaciones y derechos para los ciudadanos, no sólo con respecto a los Estados (efecto directo vertical), sino

⁷ Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend and Loos*.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

también en relación con otros particulares (efecto directo horizontal). Es en este plano en el que podemos situar a los grandes principios fundamentales derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y por ende a los principios generales de la contratación pública que de ellos se derivan, los comúnmente conocidos y aceptados por todos principios de igualdad, transparencia, publicidad, concurrencia competitiva, etc.

2. Las disposiciones de aplicabilidad directa limitada: que crean sólo derechos y obligaciones en relación con los Estados (efecto directo vertical), siendo este tipo de disposiciones las más numerosas y entre las que se encuadran, como ahora veremos, las Directivas de contratación pública.

IV. EXAMEN PARTICULARIZADO EN LAS DIFERENTES NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ATENCIÓN ESPECIAL A LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En relación con los Reglamentos no hay duda alguna en cuanto a que gozan de una aplicabilidad directa completa, tanto en relación con los Estados como en relación con los particulares, disponen así tanto de un efecto directo vertical como horizontal. Recordemos que el Reglamento es una fuente derivada directa del Derecho de la Unión Europea⁸, de alcance general, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 288 TFUE).

El problema más importante se plantea en relación con las Directivas, las más numerosas y más importantes de las normas comunitarias en materia de contratación pública, que necesitan de una norma interna de incorporación a cada Derecho nacional. Si una Directiva se ha incorporado correctamente al Derecho nacional, sus efectos alcanzan a los ciudadanos a través de las medidas nacionales (disposiciones con rango de ley y disposiciones reglamentarias internas). Pero si la Directiva no se ha adoptado correctamente o si transcurre el plazo de ejecución de la transposición y los Estados no

⁸ La principal, ya que a través de él se expresa por excelencia el poder legislativo de la Unión Europea.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

la han adoptado, juega el principio de efecto directo establecido por el Tribunal de Justicia.

Es así que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para este último tipo de normas puede resumirse en tres estadios:

- En primer lugar, toda Directiva puede invocarse por los particulares ante los jueces nacionales para que estos verifiquen si se ha llevado a cabo una adaptación correcta del Derecho interno, es lo que se conoce como eficacia interpretativa de las Directivas. Por lo tanto, incluso una vez transpuesta la Directiva su efecto directo puede seguir teniendo oportunidades⁹.
- En segundo lugar, las disposiciones de una Directiva, que sean desde el punto de vista de su contenido incondicionales y suficientemente precisas, disponen de efecto directo vertical, esto es, los ciudadanos pueden exigir su aplicación al juez nacional sólo frente al Estado, pero no frente a otros particulares, sean estos personas físicas o jurídicas¹⁰.

Aquí nos encontramos con un segundo elemento a tener en cuenta en este estudio, ya que lo anterior **es debido a que el alto Tribunal europeo ha configurado, en este caso y bajo mi punto de vista de una manera criticable, el efecto directo como una técnica sancionatoria frente a los Estados miembros que han incumplido su obligación de incorporar en plazo o de forma correcta la Directiva al**

⁹ Un ejemplo podría ser la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Segunda, de 13 de enero de 2005, en el asunto C-84/03, en la que el Estado español fue sancionado por que la transposición que había hecho del Derecho de la Unión Europea no se adaptaba al contenido de las Directivas en preceptos que tenían un contenido incondicional y suficientemente preciso como el de los supuestos tasados del procedimiento negociado. En mi opinión, en definitiva en los tres casos objeto de autos de esta Sentencia, no se pretendía otra cosa que huir del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea y de los principios y procedimientos aplicables en el mismo, más rigoristas que los contemplados en ese momento y para los tres casos (ámbito subjetivo, convenios administrativos y procedimiento negociado) por el Estado español.

¹⁰ Además este efecto directo en el caso de las Directivas de contratación pública es el conocido como efecto directo vertical ascendente, en contraposición al descendente, de forma que no sea el Estado quién pueda alegar dicho efecto directo ante los particulares para que no pueda utilizar en su beneficio las consecuencias de un incumplimiento ante la falta de transposición en plazo o la incorrecta transposición (STJUE, de 12 de diciembre de 2013, *Portgas*, asunto C-425/12).

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

Derecho interno. Sin embargo, y esto es lo que es necesario poner de relieve, jurídicamente no parece la mejor de las opciones. De este modo, pienso que hubiera sido más correcto entender que el efecto directo sea una consecuencia inmediata del carácter de norma jurídica que tiene la Directiva, tal y como ocurre sin más para el caso de los Tratados o los Reglamentos.

La principal consecuencia de esta otra teoría, es que permitiría el efecto directo horizontal de las Directivas, pudiendo así ser alegadas también frente a otros particulares, porque ya no se basaría el efecto directo en el incumplimiento del Estado y la sanción consiguiente, sino en la fuerza jurídica que la Directiva posee como norma, que es lo que parece debía haber sido, en mi opinión, en beneficio último de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y empresas de la Unión Europea, que son los que en este caso se quedan en una situación de malogro.

- En tercer y último lugar, aquellas disposiciones de una Directiva que no tengan un contenido incondicional y suficientemente preciso pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares.

Es también en esta última vertiente del efecto directo en donde se encuentra otro de los grandes principios fundamentales de la Unión Europea, de creación también jurisprudencial a través en este caso de la sentencia *Francovich y otros*¹¹, que es el principio de la responsabilidad de un Estado miembro frente a los particulares por los daños sufridos como resultado de un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de dicho Estado. El caso de autos era el de dos ciudadanos italianos cuyos salarios no habían sido pagados por sus empresarios y que recurrieron contra el Estado italiano por no haber adaptado correctamente al ordenamiento interno las normas comunitarias sobre protección de los trabajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia del empresario, que era el supuesto en cuestión de los dos trabajadores. El Tribunal de Justicia indicó en su fallo que

¹¹ STJCE de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

“1) Las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que definen los derechos de los trabajadores deben interpretarse en el sentido de que los interesados no pueden invocar esos derechos contra el Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales a falta de medidas de ejecución adoptadas dentro del plazo señalado.

2) Un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE”.

Por lo tanto y aunque en esta sentencia el Tribunal no reconoció el segundo estadio del efecto directo anteriormente enumerado, sí reconoció como novedad una tercera vía para reclamar al propio Estado una indemnización consecuencia de haber privado a los trabajadores de unos derechos que la Directiva pretendía otorgar a los trabajadores por cuenta ajena y de los que éstos carecían por la omisión del Estado, que no había adaptado el Derecho nacional a lo previsto en la misma.

Esta tercera vía ha sido posteriormente desarrollada y consolidada por el propio TJCE a través de sentencias posteriores, de manera que además del supuesto de no transposición de una Directiva recogido en la sentencia *Francovich*, ha ampliado estos supuestos de responsabilidad del Estado a los casos de transposición incorrecta en la Sentencia *Wagner Miret*¹², a la cual *“se la podría reservar un lugar destacado dentro el amplio espectro de Sentencias que ha dictado el TJCE, tanto por su referencia trascendental en el Derecho interno español, como por servir de ratificación de otra de las Sentencias más significativas de dicho Tribunal, me refiero en este caso a la Sentencia Francovich... [Dado que] si tenemos en cuenta la solución que plantea la Sentencia Francovich, se podría entender que en la Wagner Miret se extiende y perfecciona la solución al manifestar que podrá el actor pedir la indemnización por los perjuicios sufridos por «incumplimiento» de la Directiva, mientras que en la Francovich el*

¹² Sentencia del TJCE (Sala 5), de 16 de diciembre de 1993, asunto C-334/92.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

Estado estará obligado a reparar los daños que resultan por la «no aceptación» del Derecho nacional a la Directiva,...»¹³.

Asimismo en desarrollo igualmente de esta doctrina el TJCE ha considerado como supuestos de responsabilidad de los Estados el de mantenimiento y aplicación de una Ley nacional contraria al Derecho de la Unión Europea (STJCE *Brasserie du Pêcheur SA c. República Federal de Alemania* y *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros*¹⁴), de forma que el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea *“se extiende a todos los actos estatales, legislativos, o administrativos que deben cumplir y aplicar el Derecho Comunitario, independiente de cuál sea el órgano al que se atribuye la violación”*¹⁵; caso este último el de la práctica administrativa nacional vulneradora del Derecho de la Unión Europea que también se dio en el caso de la Sentencia *Hedley Lomas*¹⁶, estableciendo así un catálogo, que es de esperarse experimentara en el futuro las ampliaciones y precisiones que correspondan, conforme se expidan nuevos pronunciamientos al respecto por el TJUE, ante la nueva casuística que se le presente.

Precisamente, como tercer inciso destacable que hacemos en este estudio, **esta es una posibilidad que aunque remota sí es posible también dentro del marco normativo de la nueva generación de Directivas transcurrido su plazo de transposición**; así el supuesto del operador económico que se ve prohibido de contratar y que podría hacerlo en base al principio de proporcionalidad (artículo 38.6 de la Directiva 2014/23/UE) o también

¹³ PUNZÓN MORALEDA, J., “Aplicación judicial del Derecho comunitario: «La Sentencia Wagner Miret»”, *REALA*, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 266, 1995.

¹⁴ STJCE de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

¹⁵ GILDA CICCIO, S., “La responsabilidad del estado por violación del Derecho Comunitario. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Ars Boni et Aequi*, Universidad Bernardo O’Higgins, Vol. 6, núm. 1, Chile, 2010, pág. 16.

¹⁶ STJCE de 23 de mayo de 1996, asunto C-5/95, *The Queen c. Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.* Rec. p. 1-2604-2616. Respecto de la importancia de esta sentencia véase PÉREZ GONZÁLEZ M. C., Capítulo Tercero, “Los supuestos de incumplimiento”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares por incumplimiento del Derecho Comunitario*; Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Madrid, 2000, pág. 241 y ss.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

el supuesto de los llamados contratos o concesiones reservadas, ya que ninguna posibilidad la aleja taxativamente de un hipotético daño en el lucro cesante que pueda llegar a convertirse en real. Con ello se cierra el círculo del efecto directo y de la aplicabilidad directa de las Directivas, ya que la sentencia *Francovich y otros* constituyó el corolario natural del efecto directo y de la primacía del Derecho de la Unión Europea¹⁷.

Es oportuno indicar ya en este punto que el efecto directo vertical de la Directivas se presume también de la Directivas en materia de contratación pública por su contenido claro, incondicional y suficientemente preciso en aquéllos preceptos que así lo establezcan. Así, por ejemplo, de conformidad con la STJCE de 24 de septiembre de 1998, en el caso *Walter Tögel*, asunto C-76/97, las disposiciones contenidas en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios¹⁸ resultaron incondicionales y suficientemente precisas para que un particular pueda invocarlas frente al Estado y ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el supuesto de incorrecta transposición por el Derecho nacional, o lo que es lo mismo, produjeron efecto directo.

Premisas que son igualmente aplicables a las nuevas directivas sobre contratos públicos una vez transcurrido el plazo de transposición legalmente previsto para las mismas, por ser en gran medida su contenido similar¹⁹.

Ocurre, que a diferencia de anteriores ocasiones en las que no se transpuso por el Reino de España en plazo las Directivas de contratación pública, el régimen organizacional actual en torno a la contratación pública ha evolucionado mucho y ha dado lugar a la existencia de numerosos órganos administrativos especializados en la

¹⁷ ORDOÑEZ SOLIS, D., "La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea", *Ministerio de Justicia*, núm. 2048, Estudios, Pág. 39, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338970534?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Conten> [Fecha última consulta: 28- febrero-2015].

¹⁸ Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE) núm. L 209 de 24.07.1992.

¹⁹ Sobre el efecto de la Directiva 2014/24/UE véase MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015, págs. 104 y ss.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

materia, tanto de carácter consultivo como resolutorio. Esto ha traído como consecuencia que la Junta de Contratación Administrativa del Estado publique con carácter oficial en el Boletín Oficial del Estado de fecha 17 de marzo de 2016 una Recomendación no vinculante sobre este efecto directo, que se ve también complementada, en esta ocasión, con un Documento de trabajo sobre la aplicación de las Directivas Europeas de contratación pública realizado por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, ya que, sea como fuere, tampoco en la actual oportunidad se ha cumplido con la transposición correcta en plazo, pese a haberse iniciado los trámites de los correspondientes anteproyectos de Ley y a haberse incorporado ya algunos preceptos de las Directivas al actual texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a través de diversas modificaciones legislativas.

Como dijimos finalizando el exordio, el control de la actuación de los Estados miembros se lleva a cabo, entre otros, por los Jueces y tribunales nacionales, que pueden incluso dejar inaplicadas las disposiciones nacionales contrarias a las normas comunitarias, ya que la labor de garantes ordinarios del Derecho de la Unión Europea de los Jueces y tribunales nacionales no se agota en las cuestiones prejudiciales ante el TJUE, sino que continúa en la obligación de dar a la ley interna que deba aplicar, en la máxima medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión (sentencias 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, entre otras), hasta el punto que si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente, y aquí es donde entra en participación el principio del efecto directo, el Derecho de la Unión Europea y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho de la Unión (véanse las sentencias de 5 de marzo de 1998, *Solred*, C-347/96, apartado 30, y *Engelbrecht*, antes citada, apartado 40). Obligaciones que son predicables, tanto de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y los órganos que tienen atribuida la facultad consultiva, como de las distintas autoridades administrativas y órganos de contratación al efecto.

II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. El efecto directo de las directivas de contratación pública

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 13 de junio de 2016

Dr. Jaime Pintos Santiago

Recordando lo dicho con anterioridad y recalcando los puntos en los que se ha querido incidir en este estudio, que por lo pronto no presentan una solución inmediata, es en este escenario en el que nos situamos desde el 18 de abril de 2016, que añade incertidumbre e inseguridad jurídica a esta materia tan compleja, tan esclava de los plazos y el rigor y tan necesitada de una ordenada regulación, que además ha sufrido en el vigente texto refundido y viene haciéndolo ya históricamente en las distintas leyes de contratos públicos, una ingente cantidad de modificaciones legislativas; y que supone, a la par, la principal herramienta de actuación administrativa de una importancia social, medioambiental y económica que llega a alcanzar aproximadamente el 20% del PIB y con facilidad y las más de las veces supera el tercio del presupuesto de gasto de las distintas Administraciones Públicas.

Es en este nuevo escenario precisamente, con esos últimos datos aportados de carácter cuantitativo, que vuelvo a enfatizar ahora, en el que nos han situado nuestros gobernantes y legisladores a todos los destinatarios y operadores de la contratación pública, que con carácter general verán malograda su situación, exigiéndoles por ejemplo a los segundos un esfuerzo añadido, en muchos sentidos, no ausente de inseguridad jurídica, ni de un previsible aumento de la litigiosidad y, por consiguiente, de la carga administrativa que tendrán que asumir las Juntas Consultivas y los Tribunales de Recursos Contractuales, como primer frente que empiece a dar cordura a esta nueva situación.