

**COMENTARIO A LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS  
CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**D. Jerónimo Martínez García**  
**Secretario General del Ayuntamiento de Toledo**

**D<sup>a</sup> Ana Isabel Elez Gómez**  
**Técnico del Área de Contratación Centralizada de la Consejería de Hacienda y  
Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha**

Fecha de finalización del trabajo: Marzo 2016

**APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE  
CONTRATACION PÚBLICA**

La Unión Europea aprobó tres Directivas sobre contratación pública:

- Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Todas ellas aparecen publicadas en el DOUE de 28 de marzo de 2014 y deberán transponerse antes del 18 de abril de 2016, sin perjuicio del mayor plazo que conceden para la incorporación del uso obligatorio de medios electrónicos en la contratación hasta el 18 de octubre de 2018, salvo para centrales de compra, donde deberán estar operativas el 18 de abril de 2017.

Se trata de tres Directivas materiales, en el sentido de que regulan la materia de la contratación pública bien con carácter general (Directiva 2014/24/UE), sobre sectores específicos (Directiva 2014/25/UE) o sobre concesiones (Directiva 2014/23/UE).

El día 18 de abril de 2016 concluirá el plazo de trasposición del paquete de Directivas de Contratación que hasta la fecha no han sido traspuestas en nuestro derecho interno.

Al margen de la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado español, la principal consecuencia es que, de conformidad con el principio del efecto directo de las directivas comunitarias, una vez concluido su plazo de transposición diversos preceptos de dichas Directivas que serán de aplicación directa en España.

El efecto directo de las directivas comunitarias se traduce en la posibilidad que tiene el juez nacional de aplicar de forma directa la normativa comunitaria cuando esta no se ha

**GABILEX**  
**Nº 5**  
**MARZO 2016**

traspuesto o su trasposición se ha realizado de una forma defectuosa, privando a la directiva de un efecto útil.

No obstante, siguiendo la jurisprudencia del TJUE, la aplicación del efecto directo de un determinado precepto se realizará siempre que sea claro, preciso e incondicionado. Ello obliga a revisar las Directivas de Contratación para analizar qué preceptos ostentan estos caracteres y, en consecuencia, son susceptibles de aplicarse de manera directa, desplazando a la vigente normativa de contratos del sector público.

Esta cuestión tiene ciertas matizaciones que conviene resaltar:

1. En primer lugar, el efecto directo no se aplica a todas las cuestiones derivadas de las relaciones contractuales entre las entidades del sector público y los particulares ya que se reducen a aquellos sujetos que quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación propio de las Directivas. En consecuencia, las Directivas no tendrán efecto directo en relación con las entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores.

2. También respecto del ámbito de aplicación subjetivo hay diferencia ya que la Directiva no será directamente aplicable a aquellos contratos no directamente incluidos en su ámbito de aplicación.

3. Igualmente es importante señalar que la aplicación del efecto directo tiene un carácter exclusivamente vertical ascendente. Esto implica que los preceptos de la directiva pueden ser invocados por los particulares para hacer valer un derecho frente a la Administración. No pueden ser alegados entre particulares (efecto horizontal) o por la Administración, de manera que pudiera ampararse en la Directiva en perjuicio de particulares (efecto vertical descendente), amparando su actuación, por tanto, en su propio incumplimiento.

4. Por último, es necesario poner de manifiesto que las Directivas de Contratación contemplan en buena medida todo el cuerpo jurisprudencial creado desde 2004 por el TJUE y que ya se está aplicando en España, pues ha sido posible incorporar a través de distintas leyes determinados preceptos de las Directivas citadas en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Se trata de la regulación de la acreditación por el empresario de su solvencia económica y financiera (incorporada a través del Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre); la nueva regulación de las prohibiciones de contratar y la nueva regulación de la responsabilidad del concesionario, en línea con lo previsto en la Directiva de Concesiones sobre la necesaria asunción del riesgo operacional por aquél (ambas cuestiones a través de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), y la nueva regulación de los contratos reservados a centros especiales de empleo, empresas de inserción o que se ejecuten en el marco de programas de empleo protegido (a través de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social); y fundamentalmente por los órganos de recursos contractuales, por lo que los cambios que se avecinan no serán tantos en la práctica.

**GABILEX**  
**Nº 5**  
**MARZO 2016**

Y, sin embargo, dada la una situación actual con un gobierno en funciones , el pasado día 17 de marzo en el BOE se recogió la publicación de las Recomendaciones que ha hecho la Junta Consultiva de Contratación sobre la transposición de la Directiva. Dicha Recomendación cuenta, de acuerdo con su propia naturaleza, con el carácter de no vinculante para los órganos de contratación –quiere ser una guía para una aplicación uniforme por parte de todos los órganos de contratación de los aspectos incluidos en la misma-.

Asimismo los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación acordaron, en la IV reunión de coordinación que tuvo lugar en Madrid el día 24 de junio de 2015, elaborar un estudio sobre los efectos jurídicos de las nuevas Directivas de contratación pública ante el vencimiento estéril del plazo de transposición. Dicha documento pretende facilitar la interpretación que la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016 deberá realizar cada uno de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones, a la luz de los principios antes señalados para determinar qué artículos de la Directiva pueden ser directamente aplicados por los órganos de recursos contractuales -que también ostentan la facultad de desplazar el derecho nacional-. Dicho documento fue aprobado en reunión de Madrid el día 1 de marzo de 2016.

Como quiera que la Directiva es uno de los instrumentos legislativos de los que disponen las Instituciones de la Unión Europea para aplicar las políticas europeas, en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE-en adelante, TFUE- establece que la Directiva es una disposición de Derecho derivado de la Unión Europea, que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguirlo. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; no pudiendo aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial.

Es por tanto, un acto jurídico de contenido normativo que necesita para su eficacia de incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo, sin que se haya incorporado el contenido de las mismas –o si se incorporaran incorrectamente-, las consecuencias jurídicas son las siguientes:

- La Comisión puede pedir al TJUE que condene al Estado incumplidor; el incumplimiento de la sentencia dictada con este motivo puede derivar en una nueva condena que puede concluir en la imposición de multas.
- En determinadas condiciones, el TJUE 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.
- Finalmente, la jurisprudencia del TJUE considera que, cumpliéndose ciertos requisitos, la Directiva tiene un efecto directo, de modo que los particulares pueden alegarla ante los jueces nacionales.

**GABILEX**  
**Nº 5**  
**MARZO 2016**

Esta última consecuencia es la más relevante, y así analizamos estos “ciertos REQUISITOS”:

La institución del efecto directo preserva la nota de primacía propia del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y garantiza que el efecto útil del Derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuado por una eventual inexecución de las Directivas por un Estado miembro, quedando además reforzada la esfera jurídica de los particulares beneficiarios del contenido de la Directiva. Se trata de un criterio ampliamente consolidado en la jurisprudencia del TJUE, tanto con carácter general, como en expresa referencia a las sucesivas Directivas de contratación pública. En síntesis, y sin perjuicio de las especificaciones que se expondrán, el efecto directo implica que si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado.

1. Ámbito de aplicación.

El efecto directo de una Directiva afecta únicamente a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de sus normas y con el alcance que éstas fijen, porque ése es también el ámbito del deber de transposición incumplido que lo fundamenta. En la Directiva de contratación pública, dicho ámbito está definido, básicamente, en los apartados 1.1 y 1.4 del artículo 2 (definición de poder adjudicador), por lo que se refiere a las entidades que deben aplicar los procedimientos en ella descritos, y en los apartados 1.5 a 1.9 del artículo 2 y el artículo 4 por lo que se refiere a los contratos incluidos, debiendo distinguirse a su vez los contratos íntegramente sujetos a la Directiva y los contratos, como los de servicios sociales y otros servicios específicos, o los contratos subvencionados, a los que solo les afectan algunas normas y principios generales. Por lo tanto, el efecto directo no puede aplicarse a entidades del sector público distintas de los poderes adjudicadores, ni a la adjudicación de contratos no incluidos en la Directiva; en especial, tampoco puede aplicarse a los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos, más allá de las disposiciones que hacen referencia expresa a ellos. Todos estos supuestos excluidos del efecto directo seguirán rigiéndose por la legislación nacional vigente.

2. Incumplimiento del deber de transposición

El incumplimiento del deber de transposición (o la transposición incorrecta) es la base del mecanismo del efecto directo, y parece prácticamente seguro que el supuesto se va a dar en el caso de la Directiva de contratos; no obstante, deben señalarse al respecto dos matices importantes:

- Aunque no vaya a entrar en vigor antes del final del plazo de transposición una norma que incorpore la nueva Directiva, debe tenerse en cuenta que el TRLCSP satisface ya en gran medida una buena parte del mandato de incorporación de esta última; téngase en cuenta

**GABILEX**  
**Nº 5**  
**MARZO 2016**

que el TRLCSP transpone la anterior Directiva 2004/18, cuyo contenido es muy similar al de su sucesora en muchos aspectos, y que los aspectos novedosos de la Directiva de contratación pública y de la Directiva de concesiones son, en muchos casos, la positivización de la jurisprudencia del TJUE dictada con base en la Directiva 2004/18, la cual ya sirve actualmente para matizar e interpretar el TRLCSP11.

- Un supuesto especial de la “pretransposición” de la Directiva de contratación pública en el TRLCSP a la que se refiere la letra anterior incluye opciones legislativas más “exigentes” que las pedidas por la propia Directiva; esto sucede cuando esta última permite una excepción a los principios generales del derecho europeo de la contratación pública (especialmente, excepciones a la necesidad de sujetar la adjudicación de los contratos a procedimientos con publicidad y concurrencia) que el TRLCSP no recoge. Esta opción legislativa de transposición es perfectamente válida, también en el caso de una norma anterior a la Directiva.

Consecuentemente, en estos supuestos, en los que el contenido de la nueva Directiva esté ya incorporado por el TRLCSP no procede la aplicación del efecto directo, sino la del propio TRLCSP. Debe tenerse en cuenta también que el efecto directo solo debe aplicarse cuando no sea posible la interpretación del derecho nacional conforme al efecto útil de la Directiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, asunto C-91/92, ya declaró que necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria.

3. Mandato claro, preciso e incondicionado.

El contenido del precepto de la directiva debe ser claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva apenas delimita o perfila pero no especifica; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores cumplen esta condición.

En general, y sin perjuicio de un análisis más detallado, cumplen este requisito, entre otras, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación material y personal de la Directiva y las relativas a los procedimientos aplicables a la adjudicación de los contratos sujetos a ella.

4. Prohibición del efecto directo vertical descendente

El efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado “vertical ascendente”, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares (en especial, los operadores económicos) para hacer valer sus intereses frente al Estado. Se excluye la posibilidad de que el efecto directo pueda ser “horizontal” (invocado entre particulares) y, sobre todo, no cabe el efecto directo “vertical descendente”, es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata

**GABILEX**  
**Nº 5**  
**MARZO 2016**

de “evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”. A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado”.

Consecuentemente, los poderes adjudicadores no pueden acogerse al efecto directo de los preceptos no traspuestos de la Directiva que les permiten, por ejemplo, exceptuar de la licitación con publicidad y concurrencia ciertos tipos de contratos.

Por tanto, la consecuencia del efecto directo es la aplicación del precepto de la Directiva, desplazando cualquier norma nacional de sentido contrario. Y esta consecuencia se impone también a los órganos de recursos contractuales, que aunque son de naturaleza administrativa tienen reconocida jurisprudencialmente, a los efectos de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, la condición de “órgano jurisdiccional”. En este sentido resulta de interés la STJUE de 2 de junio de 2005, Koppensteiner, asunto C-15/04, que impone a los órganos encargados de la resolución del recurso especial la inaplicación de las normas nacionales que le impiden cumplir las obligaciones impuestas por las Directivas. Obviamente, los órganos de contratación deberán aplicar estos criterios de interpretación para no iniciar procedimientos ni dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico vigente.

Junto a este valor interpretativo de las Directivas de la Unión Europea, no puede desconocerse la existencia de lo que la doctrina ha denominado como “un derecho pretoriano” que vertebró el sistema. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) 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 Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema. Así, los conceptos “del Derecho de la Unión Europea deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas exclusivamente nacionales.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Gimeno Feliú, José María (2013): «Las nuevas Directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», en Revista Española de Derecho Administrativo núm. 159, julio-septiembre, págs. 39-105
- Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE
- Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión
- Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales
- Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE 17 de marzo)

**GABILEX**  
**Nº 5**  
**MARZO 2016**

- Documento ' Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público aprobado en reunión de Madrid, de 1 de marzo de 2016 Tribunales Administrativos de Contratación Publica