

G A \_ P

Gómez-Acebo & Pombo



# Contratos del Sector Público

---

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2022 N.º 144

# Tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión en materia de contratos

---

El TUE pone a cargo de los Estados miembros establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, pero ¿qué ocurre cuando la aplicación de una norma procesal es incompatible con la garantía última del referido derecho? ¿qué sucede cuando el derecho interno, cumplida la regulación procesal de los recursos en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, no garantiza sin embargo la impugnación de una incorrecta interpretación del Derecho europeo?

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2021 (en adelante “TJUE” y “la Sentencia TJUE”), dictada como consecuencia del planteamiento de una cuestión de prejudicialidad en relación con la interpretación de los artículos 4 TUE, apartado 3, y 19 TUE, apartado 1, y de los artículos 2 TFUE, apartados 1 y 2, y 267 TFUE, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “Carta”), así como de los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo<sup>1</sup>, se pronuncia sobre el alcance

y la operatividad del Derecho a la tutela judicial efectiva conferida por el Derecho de la Unión y los recursos de que disponen los sujetos afectados por una eventual infracción de ese derecho.

En el año 2017 la Agencia USL convocó la licitación de un contrato público por valor de 12.000.000 de euros – que debía adjudicarse conforme al criterio de la oferta económicamente mas ventajosa - para la selección de una empresa de trabajo temporal que le suministrara trabajadores igualmente temporales.

---

<sup>1</sup> 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 (DO 1989, L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (DO 2014, L 94, p. 1) (en lo sucesivo, “Directiva 89/665”).

Uno de los licitadores que acudió a la convocatoria, pero que fue excluido de la licitación tras la evaluación de las ofertas técnicas<sup>2</sup>, fue la empresa RASTT, que, considerando que su exclusión no era oportuna, planteó un recurso ante el tribunal competente de la jurisdicción contencioso administrativa impugnando no sólo su exclusión del procedimiento sino denunciando la irregularidad del mismo (del procedimiento de adjudicación). Las razones que esgrimió fueron: la falta de división por lotes, la indeterminación de los criterios de evaluación y el nombramiento irregular de la mesa de contratación.

Planeado el recurso, el órgano jurisdiccional lo admitió a trámite pero lo desestimó, razón por la que RASTT formuló recurso de apelación ante el Consiglio di Stato<sup>3</sup>, órgano éste que consideró – en línea con lo argumentado por los adjudicatarios - que RASTT carecía de la legitimación necesaria para alegar los motivos que adujo acerca de la irregularidad del procedimiento y ello porque al haber sido excluida del procedimiento de adjudicación<sup>4</sup>, tiene la consideración de tercero respecto del proceso de licitación. Contra esta resolución del Consejo de Estado, RASTT presentó recurso de casación ante la Corte Suprema Italiana, aduciendo una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 1 de la Directiva 89/665<sup>5</sup> y de conformidad con

la configuración de la “vulneración del derecho a la tutela judicial” como uno de los “motivos basados en la ‘jurisdicción’ para los que el artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución establece que se podrá interponer recurso de casación contra las resoluciones del Consiglio di Stato”.

Ante esta circunstancia, el Tribunal Supremo de Casación Italiano plantea el siguiente escenario:

- La negativa del Consejo de Estado de examinar los motivos basados en la irregularidad del procedimiento de adjudicación del contrato vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del Derecho de la Unión.
- Cuando el Consejo de Estado realiza una aplicación o una interpretación de disposiciones nacionales incompatibles con las disposiciones del Derecho de la Unión, está ejercitando una potestad jurisdiccional que no tiene (está ejerciendo una facultad para legislar que ni siquiera es competencia del legislador nacional); falta de potestad jurisdiccional que debería poder recurrirse en casación.
- Sin embargo, de conformidad con la sentencia n.º 6/2018 de la Corte costituzionale

---

<sup>2</sup> La mesa de contratación, tras evaluar las ofertas técnicas, admitió a dos empresas a la fase siguiente, relativa al análisis económico de las ofertas, si bien RASTT, que se había clasificado en tercera posición al término de la valoración de las ofertas técnicas, fue excluida al haber obtenido su oferta técnica una puntuación inferior a la correspondiente al umbral mínimo.

<sup>3</sup> El Consejo de Estado Italiano – al igual que el Consejo de Estado Español hasta la Ley Maura-Silvela de 1904 – tiene funciones jurisdiccionales.

<sup>4</sup> Considera, el Consiglio di Stato, que RASTT no solo carece de cualificación para participar en el procedimiento de licitación, sino también de legitimación para impugnar los resultados del mismo con arreglo a otros aspectos, puesto que tiene un mero interés de hecho, análogo al de cualquier otro operador económico del sector que no hubiera participado en el procedimiento de adjudicación del contrato.

<sup>5</sup> Remite a las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675).

italiana<sup>6</sup> se desprende que el Derecho constitucional italiano no permite equiparar un motivo basado en una infracción del Derecho de la Unión con una alegación sobre cuestiones de “jurisdicción”, en el sentido del citado artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución<sup>7</sup>.

El Tribunal remitente se plantea así qué hacer, si atenerse a la interpretación derivada de la sentencia referida, lo que le llevaría a inadmitir el recurso de casación – lo que considera incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva en el sentido del Derecho de la Unión – o si procede incluir dentro del control de los límites externos de la jurisdicción del Consejo de Estado (en el sentido del artículo 111 de la Constitución Italiana) los casos de desnaturalización fundamental del Derecho que pudieran suponer una denegación de justicia, como la aplicación de una norma procesal de Derecho nacional de modo incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva conferido por el Derecho de la Unión, lo que permitiría admitir el recurso de casación.

Por ello, y de conformidad con el artículo 267 TFUE, el Tribunal italiano plantea una cuestión de prejudicialidad en la que solicita del TJUE

que se pronuncie acerca de si el derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos consagrados, en particular, en el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo<sup>8</sup>, y en el artículo 47, párrafo primero, de la Carta, se opone a que no se puedan invocar, en el marco de un recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Consiglio di Stato, motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión.

El TJUE concluye al respecto que “los artículos 4 TUE, apartado 3, y 19 TUE, apartado 1, así como el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una disposición del Derecho interno de un Estado miembro que, según la jurisprudencia nacional, tiene como efecto que los justiciables —como los licitadores que han participado en un procedimiento de adjudicación de un contrato público— no puedan impugnar ante el órgano jurisdiccional superior de la jurisdicción ordinaria de ese Estado miembro la conformidad con el Derecho de la Unión de una sentencia del órgano jurisdiccional superior de la jurisdicción contencioso-administrativa de dicho Estado miembro en el marco de un recurso de casación”.

<sup>6</sup> Sentencia n.º 6/2018 de la Corte costituzionale italiana de 18 de enero de 2018, relativa a la interpretación del artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución (IT:COST:2018:6; en lo sucesivo, “sentencia n.º 6/2018”),

<sup>7</sup> Con arreglo a esa sentencia, la extralimitación en las facultades jurisdiccionales que puede impugnarse mediante recurso de casación por motivos inherentes a la jurisdicción hace referencia exclusivamente a dos supuestos:

1. En caso de falta absoluta de competencia, es decir, cuando el Consiglio di Stato o la Corte dei conti se declaran competentes en un ámbito reservado al legislador o a la Administración, o, por el contrario, se declaran incompetentes partiendo de la premisa incorrecta de que el asunto de que se trata no puede ser objeto de control judicial en términos absolutos.
2. En caso de una falta de competencia relativa cuando el Consiglio di o la Corte dei conti se declaran competentes para conocer de un asunto atribuido a otro órgano jurisdiccional o, por el contrario, se inhiben partiendo de la premisa incorrecta de que corresponde a otros órganos jurisdiccionales.

<sup>8</sup> El artículo 19 TUE establece, en su apartado 1, que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...) garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”.

Recuerda la STJUE que:

- El derecho a la tutela judicial efectiva expuesto en el artículo 47 de la Carta está dirigido a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (artículo 51, apartado 1, de la Carta).
- Las Directivas en materia de contratación obligan, a los Estados miembros, a establecer una regulación procesal de los recursos judiciales que garanticen la salvaguarda de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores<sup>9</sup>.
- El artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar a los justiciables, en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, el respeto de su derecho a la tutela judicial efectiva<sup>10</sup> si bien, y sin perjuicio de la existencia de normas de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, configurar la regulación procesal de los referidos recursos, a condición de que:
  - dicha regulación no sea menos favorable en las situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión que en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que

- no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).
- El Derecho de la Unión no se opone, en principio, a que los Estados miembros limiten o supediten a determinados requisitos los motivos que pueden invocarse en los procedimientos de casación, siempre que se respeten los principios de efectividad y de equivalencia.

En definitiva, los preceptos cuya interpretación se reclama en la cuestión de prejudicialidad deben entenderse como imperativos en lo concerniente a la obligación de los Estados miembros de garantizar el Derecho a la tutela judicial efectiva en materias de Derecho de la Unión – en el sentido de asegurar la posibilidad de acceder a la vía jurisdiccional y a recurrir en su seno – pero no obliga

- Ni a prever una vía de recurso adicional para los supuestos en los que el Tribunal de apelación haya interpretado de forma incorrecta el Derecho de la Unión.
- Ni a contemplar la “infracción del Derecho de la Unión” como un motivo que permite interponer recurso de casación.

Por ello, en una situación como la controvertida, no puede exigirse al Estado miembro que establezca la posibilidad de interponer un recurso de casación ante el órgano

<sup>9</sup> Sentencia de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, apartado 128 y jurisprudencia citada y artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, que debe interpretarse a la luz del artículo 47 de la Carta.

<sup>10</sup> Sentencia de 26 de marzo de 2020, Miasto Łowicz y Prokurator Generalny, C-558/18 y C-563/18, EU:C:2020:234, apartado 32 y jurisprudencia citada

superior de la jurisdicción ordinaria contra las decisiones de inadmisibilidad procedentes del órgano superior de la jurisdicción contencioso administrativa, cuando su Derecho nacional no prevé tal vía de recurso.

Ahora bien, para la reparación de esta infracción de las Directivas y del artículo 47 de la Carta:

- Todo órgano contencioso-administrativo del Estado miembro debe dejar inaplicada esa jurisprudencia no conforme con el Derecho de la Unión, en caso de incumplimiento de tal obligación, en la posibilidad de que la Comisión Europea

interponga un recurso por incumplimiento contra dicho Estado miembro;

- Los particulares que, en su caso, hayan resultado perjudicados por la violación de su derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia pueden exigir la responsabilidad de dicho Estado miembro, siempre que se cumplan los requisitos relativos al carácter suficientemente caracterizado de la violación y a la existencia de una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por la persona perjudicada<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 59; de 24 de octubre de 2018, XC y otros, C-234/17, EU:C:2018:853, apartado 58, y de 4 de marzo de 2020, Telecom Italia, C-34/19, EU:C:2020:148, apartados 67 a 69.