

Derecho de la Unión Europea

Sergio Salinas Alcega
Víctor Fernández-Rodríguez Fairén

El Informe relativo al Derecho de la Unión Europea correspondiente a 2019 se divide en dos apartados. El primero, dedicado a las disposiciones de Derecho de la Unión Europea, incluye una referencia a la Directiva (UE) 2019/1024 que actualiza el marco normativo en materia de reutilización de la información del sector público. En el segundo apartado se analizan diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que abordan la acción de entes locales en ámbitos como contratación pública, derechos de los trabajadores o sistema común del IVA.

I. LEGISLACIÓN

A. DIRECTIVA (UE) 2019/1024 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, RELATIVA A LOS DATOS ABIERTOS Y LA REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO (VERSIÓN REFUNDIDA)

Esta Directiva tiene como objeto adaptar el marco jurídico establecido en la Directiva 2003/98/CE para aprovechar las nuevas oportunidades que ofrece el desarrollo tecnológico en relación con el análisis, explotación y tratamiento de datos. Desarrollos como el aprendizaje automático, la inteligencia artificial o el internet de las cosas amplían el potencial que la información del sector público tiene para la economía y la sociedad europeas. Con ese fin se introducen diversos cambios en el marco normativo aplicable a esa reutilización de la informa-

ción del sector público para explotar ese mayor potencial, introduciendo modificaciones en aspectos como el acceso en tiempo real a los datos dinámicos a través de medios técnicos adecuados o las excepciones al principio de tarificación del coste marginal. A esos efectos se establece que los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta Directiva a más tardar el 17 de julio de 2021.

La puesta a disposición de los ciudadanos y las empresas de la información en poder de los organismos del sector público permite la creación de nuevos productos y servicios. La reutilización de dicha información aporta un valor añadido tanto para los reutilizadores como para los usuarios finales y para la sociedad en su conjunto; ese valor añadido alcanza incluso al propio organismo público que, a través del fomento de la transparencia y la responsabilidad, así como de las aportaciones de reutilizadores y usuarios finales, puede mejorar la calidad de la información recopilada y la realización de su misión de servicio público. Pero para alcanzar ese objetivo se debe disponer de un marco regulador que garantice que la reutilización de esos documentos en poder de los organismos del sector público se hace en condiciones equitativas, proporcionadas y no discriminatorias.

A los efectos de esta Directiva se entiende por reutilización la utilización de documentos en poder de los organismos del sector público, incluyendo la realizada posteriormente dentro del propio organismo, con fines distintos a la labor de servicio público. En ese sentido debe tenerse en cuenta que la Directiva se aplica a los documentos en poder de organismos del sector público que, mediante decisión de estos, se hagan accesibles con fines de reutilización. La Directiva no contiene una obligación general del organismo del sector público de permitir la reutilización, contemplándose excepciones en relación con aquellos documentos con acceso restringido o excluido, sea por razón de las normas nacionales del Estado miembro o debido a las excepciones contempladas en la propia Directiva. Igualmente la Directiva tampoco resulta aplicable a documentos cuyo acceso esté sometido a la demostración de un interés particular.

En cualquier caso se establece el deber de los organismos del sector público de promover y alentar la reutilización de documentos en su poder, inclusive los textos oficiales de carácter legislativo y administrativo. Para ello se contempla la puesta a disposición de dichos documentos de manera gratuita, previéndose también, cuando sea necesario, la aplicación de tarifas limitadas, en principio, a los costes marginales. Así, en el caso de que la puesta a disposición de un documento exija al organismo del sector público una búsqueda exhaustiva o la realización de modificaciones costosas del formato de la información solicitada, esos costes deben incluirse en los costes marginales. En relación con esta cuestión de los costes marginales se contempla el supuesto especial de determinados

organismos (bibliotecas, museos o archivos), que podrán percibir costes superiores para no entorpecer su funcionamiento normal. Asimismo se establece como regla que los ingresos totales obtenidos por el suministro y autorización de reutilización no han de superar el coste de recogida, producción, reproducción, difusión, conservación y compensación de derechos, incrementado por un margen de beneficio razonable de la inversión.

Más allá de la cuestión de los costes señala la Directiva que en ciertos casos la reutilización estará condicionada a la obtención de una licencia que impondrá al titular obligaciones en relación con la responsabilidad en el uso de esa información, la protección de datos personales, el uso correcto y la garantía de no modificación de los documentos o la indicación de la fuente. Las licencias concedidas por los organismos del sector público deben ser justas y transparentes y plantear las mínimas restricciones para la reutilización del documento, por ejemplo mediante la simple indicación de la fuente. A eso se añade que los Estados miembros deben procurar que estén disponibles en línea licencias-tipo públicas, que permitan a cualquier persona y para cualquier fin acceder a datos y contenido, así como utilizarlos, modificarlos y compartirlos de manera gratuita. En ese mismo sentido se señala que los Estados deben fomentar el uso de licencias abiertas, con el objetivo de que en el futuro eso sea la práctica común en toda la Unión. Por otra parte, apunta la Directiva que el organismo del sector público que ponga a disposición documentos para su reutilización sin condiciones ni restricciones puede eximirse de toda responsabilidad con respecto al uso que los reutilizadores den a esos documentos.

En relación con la compatibilidad de este marco normativo con otros sectores del Derecho de la Unión Europea la Directiva señala que su contenido no afecta a la regulación dirigida a la protección de datos personales, sea en los Derechos de los Estados miembros o en el Derecho de la Unión Europea. De acuerdo con eso la reutilización de datos personales solo es admisible si se cumple el principio de limitación de la finalidad previsto en los arts. 5.1.b) y 6 del Reglamento (UE) 2016/679. En ese sentido se recuerda que el único medio para compatibilizar la reutilización de la información en poder del sector público con las obligaciones contraídas en virtud de la normativa sobre la protección de datos es anonimizar esa información. Sin embargo, esa tarea, consistente en evitar que las personas a las que se refiere dicha información estén identificadas o sean identificables, tiene un coste que, de conformidad con la Directiva, debe considerarse como formando parte de los costes marginales de difusión a que se refiere la presente Directiva.

En ese mismo plano de la compatibilidad con otros sectores del Derecho de la Unión Europea señala la Directiva que su contenido no afecta tampoco a los derechos de propiedad intelectual de terceros (derechos de autor y afines),

ni se aplica a documentos sometidos a derechos de propiedad industrial (patentes, marcas, diseño o dibujos y modelos). Y de la misma forma tampoco afecta a los derechos de propiedad intelectual de los organismos del sector público, cuya ejercicio fuera de los límites de la Directiva no resulta en absoluto restringido. En este plano se advierte que las obligaciones de esta Directiva solo se aplicarán si son compatibles con los acuerdos internacionales sobre protección de los derechos de propiedad intelectual. Ello no obsta que los organismos del sector público deban ejercer sus derechos de autor de una manera que facilite la reutilización. Por su parte los documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual por parte de terceros deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de esta Directiva. En caso de que un tercero fuese el titular inicial de los derechos de propiedad intelectual de un documento que obra en poder de una biblioteca (incluidas las universitarias), museo o archivo, y el período de protección esté aún vigente, a los efectos de la Directiva debe considerarse que sobre dicho documento existen derechos de propiedad intelectual por parte de terceros.

II. JURISPRUDENCIA

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de interés para los entes locales se han seleccionado siete sentencias que se ofrecen agrupadas por materias. El primer bloque comprende cuatro sentencias que analizan cuestiones distintas de la normativa de la Unión Europea en materia de contratación pública, como la obligación de cumplimiento por los licitadores de requisitos establecidos en la ley del Estado miembro pero no en el pliego de condiciones, la capacidad del poder adjudicador para valorar la exclusión de un licitador como consecuencia de la resolución anticipada de un contrato anterior de ese licitador con el mismo poder adjudicador o con otro distinto o la necesidad de examen de los recursos de exclusión recíproca interpuestos por varios licitadores en un procedimiento de adjudicación de un contrato público. El segundo bloque, centrado en los derechos de los trabajadores, comprende dos sentencias que se refieren al derecho a descanso diario y semanal y a vacaciones anuales retribuidas en caso de actividades de interés general encuadradas en las funciones esenciales del Estado y al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa, siendo el cesionario una persona jurídica de Derecho público, en concreto un Ayuntamiento. El último bloque lo compone una sola sentencia que se refiere a la regularización de la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido en caso de transacciones no percibidas, total o parcialmente, por el sujeto pasivo debido a la declaración de insolvencia de los deudores. En cada uno de los dos primeros bloques las sentencias se ordenan cronológicamente.

1. EXCLUSIÓN DE UN OPERADOR DE UN PROCEDIMIENTO PÚBLICO DE LICITACIÓN POR NO CUMPLIR UN REQUISITO NO ESTABLECIDO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES AUNQUE SÍ EN LA LEY NACIONAL

La sentencia de 2 de mayo (as. C-309/18) da respuesta a la solicitud de cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio respecto de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública así como de los principios del Derecho de la Unión en esta materia. La cuestión se enmarca en el litigio seguido ante el órgano solicitante en relación con un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el Ayuntamiento de Montelanico. En el anuncio de ese procedimiento no se señalaba expresamente la obligación de los operadores de indicar los costes de la mano de obra en su oferta económica, tal como exige el art. 95.10 del Código de Contratación Pública italiano. La empresa clasificada en segundo lugar solicitó la anulación del procedimiento puesto que la empresa elegida debía haber sido excluida al no indicar en su oferta los costes de mano de obra.

El Tribunal de Justicia recuerda que, en base a los principios de igualdad y transparencia, las condiciones exigidas para participar en un procedimiento de licitación han de estar formuladas de manera clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y para que el poder adjudicador pueda comprobar que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Los principios citados se oponen a la exclusión de un licitador por incumplir una obligación que no resulta expresamente de los documentos del procedimiento o de la ley vigente, sino de una interpretación de dicha ley o de dichos documentos.

A ello se añade que el art. 56.3 de la Directiva 2014/24 autoriza a los Estados miembros a limitar los casos en que los poderes adjudicadores podrán solicitar a los operadores económicos que presenten, completen, aclaren o añadan la información o los documentos supuestamente incompatibles, erróneos o que falten en un plazo adecuado. Y, por último, conforme al principio de proporcionalidad, la normativa nacional sobre contratación pública que tenga por objeto garantizar la igualdad de trato de los licitadores no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

En este caso se señala que, aunque el anuncio de licitación no recordaba expresamente la obligación del art. 95.10 del Código de Contratación Pública, sí se precisaba la aplicación de las normas de este. Por lo que cualquier licitador razonablemente informado y normalmente diligente podía conocer la obliga-

ción de indicar en la oferta económica los costes de mano de obra. Por ello los principios de igualdad de trato y de transparencia no se oponen a una normativa nacional en la que la inclusión de los costes de mano de obra conlleva la exclusión del licitador sin que sea posible recurrir al procedimiento de subsanación de defectos de tramitación, incluso en el caso de que el anuncio de licitación no recordase expresamente la obligación legal de proporcionar esa indicación.

No obstante, añade el Tribunal de Justicia que el formulario preestablecido que debían utilizar forzosamente los licitadores no permitía materialmente indicar por separado los costes de mano de obra. A ello se añade que el pliego de condiciones precisaba que los licitadores no podían presentar ningún documento que no hubiese sido solicitado específicamente por el poder adjudicador. Por ello corresponde al órgano remitente verificar esa imposibilidad material y si la documentación correspondiente al anuncio de licitación creaba confusión en los licitadores. En caso de respuesta afirmativa el poder adjudicador puede conceder a ese licitador la posibilidad de regularizar su situación en un plazo establecido y cumplir las obligaciones previstas por la normativa nacional.

2. FACULTAD DEL PODER ADJUDICADOR PARA EXCLUIR DE UN PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A UN LICITADOR A QUIEN SE RESOLVIÓ UN CONTRATO PÚBLICO ANTERIOR

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 19 de junio (as. C-41/18), responde a la solicitud de cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Campania acerca de la interpretación del art. 57.4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. La cuestión planteada por el juez nacional se refiere a un asunto que se sigue ante él por la adjudicación por el Ayuntamiento de Nápoles de un contrato de servicio a comedores escolares a un licitador (*Sirio Srl*) que ya había obtenido ese mismo contrato el año anterior, siendo dicho contrato resuelto anticipadamente como consecuencia de un episodio de intoxicación alimentaria; lo que fue recurrido por *Sirio Srl* ante los tribunales. Otro licitador (*Meca Srl*), participante en el procedimiento de concesión del actual contrato, recurrió la decisión del poder adjudicador al considerar que se debería haber impedido la participación de *Sirio Srl* a la vista de la resolución del contrato anterior.

El Tribunal de Justicia comienza su respuesta apuntando que, a la vista de la similitud existente entre el art. 57.4.c) y g) de la Directiva 2014/24 y el art. 45.2 de la Directiva 2004/18, puede acudir a su propia jurisprudencia en relación con el segundo en materia de causas facultativas de exclusión de un licitador. Y a este respecto recuerda la obligación de los Estados miembros de respetar el De-

recho de la Unión al precisar las condiciones de aplicación de dichas causas, a lo que se añade la innegable restricción del margen de maniobra de los Estados que se opera por la Directiva 2014/24. Además recuerda el Tribunal de Justicia que, de conformidad con el art. 57.4 de esta Directiva, la valoración sobre la exclusión de los licitadores corresponde al poder adjudicador y en ningún caso al juez. Y esa facultad descansa en la necesidad de permitir al poder adjudicador apreciar la integridad y fiabilidad de cada uno de los licitadores.

Por otra parte el art. 57.5 de la citada Directiva señala que el poder adjudicador puede ejercer en cualquier momento esa facultad de exclusión de un licitador, sin tener que esperar a que un juez dicte sentencia. Esto se interpreta como un indicio de la voluntad del legislador de la Unión de que el poder adjudicador efectúe su propia valoración de los actos de un operador económico antes o durante el procedimiento. En ese sentido la vinculación automática del poder adjudicador a la apreciación de un tercero le haría difícil atender al principio de proporcionalidad al aplicar las causas facultativas de exclusión. En ese sentido cabe entender la previsión contenida en el art. 80.5.c) del Código de Contratos Públicos italiano, condicionando esa facultad del poder adjudicador a que no se haya impugnado la resolución de un contrato anterior ante los tribunales, o si se hizo que ya exista sentencia. Como consecuencia de esa previsión el poder adjudicador no puede excluir al licitador en cuestión aunque su comportamiento se hubiese considerado lo suficientemente deficiente como para justificar la resolución del contrato público. Además el citado art. 80.5.c) no incita manifiestamente a un adjudicatario afectado por la resolución de un contrato público anterior a adoptar medidas correctoras, lo que puede contravenir lo señalado en el art. 57.6 de la Directiva 2014/24. Por todo ello se concluye que una normativa nacional como la de este caso resulta contraria al art. 57.4.c) y g) de la Directiva 2014/24.

3. DESCARTE DEL EXAMEN DEL RECURSO PLANTEADO CONTRA LA DECISIÓN DE LA ENTIDAD ADJUDICADORA POR UN LICITADOR EXCLUIDO DE UN PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

El Tribunal de Justicia responde a la solicitud de cuestión prejudicial que le dirige el Consejo de Estado de Italia respecto de la interpretación del art. 1.1.1 y 3 de 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 suministro y de obras. La cuestión se plantea como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa que quedó en tercer lugar (*Lombardi Srl*) en un concurso convocado por el municipio de

Auletta para el saneamiento hidrológico de su centro histórico. El recurrente contesta la admisión en el procedimiento de adjudicación de las dos empresas que le precedieron en el resultado final por considerar que no reunían los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. Por su parte la empresa que obtuvo el citado contrato (*Delta Lavori SpA*) presentaba recurso incidental de exclusión de *Lombardi Srl* al considerar que durante el procedimiento de concesión había dejado de reunir los requisitos de adjudicación previstos en el anuncio de la misma.

El Consejo de Estado pregunta al Tribunal de Justicia si resulta compatible con la citada Directiva la decisión de inadmitir, en virtud de normas o jurisprudencia nacionales sobre sustanciación de recursos de exclusión recíprocos, un recurso principal de un licitador con interés en que se le adjudique el contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas de transposición referidas a la exclusión de otro licitador. El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 5 de septiembre (as. C-333/18), recuerda que, dado el objeto de la Directiva de reforzar la garantía de la aplicación efectiva del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, del citado art. 1.1.1 y 3 de dicha Directiva resulta que los recursos contra el poder adjudicador han de ser accesibles, como mínimo, a cualquiera que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y se haya visto o pueda verse perjudicado por una supuesta infracción. En el caso de interposición, tras un procedimiento de adjudicación, de recursos por dos licitadores para su exclusión recíproca de dicho procedimiento se entiende que ambos tienen interés en obtener el contrato y pueden hacerlo en caso de exclusión del otro. E incluso en caso de exclusión de todos los licitadores debería abrirse nuevo procedimiento en el que cada uno de ellos podría obtener el contrato. Por ello la presentación de recurso incidental no puede conducir a descartar el examen del recurso principal de un licitador excluido, puesto que cada licitador puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la imposibilidad de que la entidad adjudicadora seleccione una oferta adecuada.

Esa consideración como equivalente de los intereses que están detrás de los recursos de exclusión recíproca impone a los tribunales que conocen de ellos no declarar inadmisibles el recurso principal sobre la base de normas procesales que dan prioridad al examen del recurso incidental de otro licitador. Ello incluso aunque existan otros licitadores cuyas ofertas no resultan afectadas por los recursos de exclusión, puesto que pudiera ser que la entidad adjudicadora constataste la imposibilidad de seleccionar una oferta adecuada y procediese a organizar un nuevo procedimiento al considerar que las ofertas restantes no se ajustan suficientemente a sus expectativas. En ese sentido se considera que no

cabe supeditar esa admisibilidad de antemano a que el recurrente en el recurso principal aporte la prueba de que las ofertas peor clasificadas son también inadecuadas y la entidad adjudicadora se vería llevada a repetir el procedimiento de adjudicación, sino que basta con la existencia de tal posibilidad. Y esto no resulta afectado por el hecho de que licitadores peor clasificados no participen en el litigio principal.

E igualmente afirma el Tribunal de Justicia que no puede tomarse en consideración su propia conclusión en el asunto *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, referida por el órgano jurisdiccional remitente. En esa ocasión la denegación por el Tribunal de Justicia de acceso a recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora a un licitador cuya oferta había sido rechazada se enmarcaba en un asunto en que la decisión del poder adjudicador había sido confirmada por resolución con fuerza de cosa juzgada antes de que tuviese ocasión de pronunciarse el juez que conocía del recurso de dicho licitador. Sin embargo, en este caso ninguno de los licitadores que han planteado los recursos de exclusión recíprocos ha sido excluido definitivamente del procedimiento.

Por último el principio de autonomía procesal de los Estados miembros no justifica en ningún caso que normas nacionales hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión. Por ello, de conformidad con el art. 1.1.1 y 3 de la Directiva 89/665, un licitador que interpone recurso no puede, sobre la base de normas o prácticas procesales nacionales como las descritas en este caso, verse privado de su derecho a que se examine dicho recurso en cuanto al fondo.

4. EXCLUSIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO DE UN LICITADOR COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCIÓN ANTICIPADA DE UN CONTRATO PÚBLICO ANTERIOR POR SUBCONTRATAR PARTE DE LAS OBRAS SIN AUTORIZACIÓN PREVIA

Mediante sentencia de 3 de octubre (as. C-267/18) el Tribunal de Justicia responde a la solicitud de interpretación que le dirige el Tribunal Superior de Bucarest en relación con el art. 57.4.g) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Esa cuestión se enmarca en el litigio seguido ante el órgano remitente relativo al procedimiento de adjudicación de un contrato para la ampliación de una carretera nacional. La autoridad adjudicadora (*Compañía Nacional para la Administración de las Infraestructuras Viarias*) tenía conocimiento, por medio del Sistema Electrónico de Contratos Públicos, que uno de los licitadores (*Delta*) que se presentaban al procedimiento había visto como se resolvía anticipadamente

el contrato que había obtenido en el procedimiento de adjudicación convocado por el Ayuntamiento de Râmincu Vâlcea para la rehabilitación y modernización de un complejo recreativo.

En respuesta a las aclaraciones de la autoridad adjudicadora de este segundo procedimiento, *Delta* apuntaba que no existía incumplimiento grave de carácter reiterado de las obligaciones contractuales en relación con el contrato anterior, y que había recurrido la decisión del Ayuntamiento ante los tribunales. Por su parte el Ayuntamiento señaló que la resolución anticipada se debía a la subcontratación de partes importantes de la obra sin autorización previa. Tras ello la entidad adjudicadora en el presente contrato concluyó la exclusión de la oferta presentada por *Delta*, que había declarado en el documento único europeo de contratación que no existían motivos de exclusión contra ella debido a faltas profesionales graves ni derivadas de una situación que hubieran dado lugar a la resolución anticipada de un contrato público anterior, al pago de una indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables.

El Tribunal de Justicia advierte que un poder adjudicador no está vinculado automáticamente por la apreciación respecto de la fiabilidad de un licitador de otro poder adjudicador, debiendo examinar y valorar por sí mismo si las irregularidades cometidas por dicho licitador justifican la resolución anticipada del contrato. Es decir que la resolución de un contrato anterior por otro poder adjudicador no basta para que el nuevo poder adjudicador decida que un licitador incurrió en deficiencias significativas o persistentes en el sentido del art. 57.4.g) de la Directiva 2014/24.

Corresponde por tanto a la *Compañía Nacional para la Administración de las Infraestructuras Viarias* valorar si el recurso por el licitador en un contrato anterior a la subcontratación sin autorización de parte de las obras afecta al cumplimiento de requisitos sustanciales de dicho contrato. Para ello deberá tener en cuenta tanto la importancia de la parte de la obra subcontratada como la incidencia negativa de la intervención del subcontratista en la ejecución del contrato. Asimismo habrá que examinar si el contrato permitía la subcontratación y, en ese caso, si exigía previa autorización del poder adjudicador. En ese mismo sentido la *Compañía Nacional para la Administración de las Infraestructuras Viarias* debía valorar si el recurso a un subcontratista modificaba sustancialmente la oferta presentada por ese licitador, hasta el punto que de figurar en el procedimiento inicial habría permitido la participación de otros licitadores distintos de los inicialmente admitidos o la selección de una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

Por último se considera que la *Compañía Nacional para la Administración de las Infraestructuras Viarias* debe determinar si, al no informar de la resolución

del contrato anterior, el licitador incurrió en alguno de los comportamientos recogidos en el art. 57.4.h) de la Directiva 2014/24. En este sentido se señala que el licitador en cuestión al concurrir al segundo procedimiento de adjudicación debía haber informado al poder adjudicador acerca de su situación. Y a este respecto estaba obligado a demostrar la calificación errónea de la subcontratación, de forma que no había incumplido sus obligaciones en el marco del primer contrato, o al menos que la falta de autorización previa del poder adjudicador en el marco de dicho contrato era una irregularidad menor. Todo ello podía haberse mencionado en el formulario normalizado del documento único europeo de contratación anexo al Reglamento de Ejecución 2016/7, cuya parte III se dedica a los *criterios de exclusión*, incluyendo un apdo. C relativo a los *motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional*.

No obstante, en caso de concurrir una de las circunstancias del art. 57.4.g) o h) de la Directiva 2014/24 el poder adjudicador, de conformidad con lo señalado en el art. 57.6 de la misma Directiva en relación con su Considerando 102, debe dar al operador económico interesado la posibilidad de aportar pruebas de que las medidas correctoras adoptadas bastan para evitar la reincidencia en la irregularidad que está en el origen de la resolución del contrato anterior y que demuestren su fiabilidad pese a existir una causa facultativa de exclusión.

Por tanto concluye el Tribunal de Justicia que, de conformidad con el citado art. 57.4.g) de la Directiva 2014/24, la subcontratación por un operador económico de una parte de las obras de un contrato público anterior sin previa autorización del poder adjudicador constituye un incumplimiento de un requisito sustancial de ese mismo contrato, que justifica su exclusión de un procedimiento de contratación pública posterior. No obstante, el poder adjudicador de este segundo procedimiento debe valorar por sí mismo la integridad y fiabilidad del operador económico, para estimar que esa subcontratación rompe la relación de confianza con ese operador económico. Y antes de decidir esa exclusión el poder adjudicador debe dar al operador económico la posibilidad de exponer las medidas correctoras adoptadas a raíz de la resolución del contrato anterior.

5. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN CASO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS, DE CENTROS DE ACTIVIDAD O DE PARTES DE EMPRESAS O DE CENTROS DE ACTIVIDAD SIENDO EL CESIONARIO DE LA ACTIVIDAD UNA PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO

La sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio (as. C-317/17) da respuesta a la solicitud de cuestión prejudicial del Tribunal de Primera Instancia de Faro en relación con la interpretación del art. 4.2 del TUE y del art. 2.1.d) de la Di-

rectiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Esta solicitud tiene origen en el litigio planteado por la sra. Cátia Correia Moreira por la extinción de su contrato de trabajo con el Ayuntamiento de Portimao, tras desempeñar distintos cargos de confianza en una empresa pública de ese municipio. Tras la disolución de esa empresa, parte de los trabajadores eran internalizados por el Ayuntamiento, entre ellos la demandante, para posteriormente comunicársele su integración en la función pública, si superaba el correspondiente proceso de selección, con la obligación de permanecer diez años al menos. A eso se añadía que tras superar el procedimiento de selección se hacía saber a la demandante que su retribución sería inferior a la que percibida en la empresa municipal. Como consecuencia de su oposición, el Ayuntamiento le comunicaba la extinción de su contrato de trabajo por cierre de la empresa.

El Tribunal de Justicia comienza respondiendo a la cuestión que le plantea el Juez nacional en el sentido de si quien desempeña un puesto de confianza puede considerarse trabajador a los efectos del art. 2.1.d) de la Directiva 2001/23. A este respecto se recuerda que, de conformidad con el citado art. 2.1.d), se considera como trabajador a cualquier persona protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate. Y que, de acuerdo con el apdo. 2 de ese mismo art. 2, la definición de contrato o relación laboral se hará de conformidad con lo recogido en la legislación nacional. Es decir que la concreción de ese concepto corresponde al propio Estado conforme a su Derecho, lo que no obsta que en este caso el Tribunal de Justicia señale que en su opinión en el Derecho portugués un contrato para desempeñar un puesto de confianza se califica como contrato de trabajo. Esta conclusión no resulta afectada por el hecho de que ese ordenamiento otorgue a ese tipo de trabajador una protección menor que en otros supuestos, contemplando la posibilidad de resolver ese contrato con un simple preaviso previo en un plazo relativamente breve y sin que se requiera justa causa. En efecto, recuerda el Tribunal de Justicia que el citado art. 2.1.d) no exige alcanzar un determinado nivel de protección por el Derecho laboral del Estado miembro concernido. Y añade que en caso contrario se privaría de efecto directo a la Directiva cuyo objeto es el mantenimiento, no la extensión, de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, garantizando la continuación del contrato o de la relación laboral sin modificaciones, para que los trabajadores no se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión del centro de actividad. Por ello quien desempeña un puesto de confianza disfrutará de la protección de la Directiva 2001/23 siempre que esté protegido como trabajador por el Derecho nacional y

cuenta con un contrato de trabajo en la fecha de la transmisión, cuestiones que debe verificar el órgano jurisdiccional nacional.

A continuación el Tribunal de Justicia responde a la segunda cuestión planteada por el Juez portugués acerca de la posible oposición con la Directiva 2001/23 en relación con el art. 4.2 del TUE, de una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión de actividad a un Ayuntamiento, los trabajadores afectados se sometan a un procedimiento público de selección y queden obligados por un nuevo vínculo. Para ello se concreta en primer lugar que la condición de persona jurídica de Derecho público del cesionario de la actividad no impide la aplicación de la Directiva. De hecho esa aplicabilidad se condiciona, según el art. 1.1.c) de dicha Directiva, a que la transmisión afecte a un entidad que ejerza actividad económica, con o sin ánimo de lucro, excluyéndose en principio las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público. Este extremo debe ser verificado por el órgano remitente, si bien se señala que dado que este parece considerar la aplicabilidad de la Directiva a la transmisión en este caso, se deduce que estima que las actividades transmitidas no son inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público. En todo caso recuerda el Tribunal de Justicia que, conforme al art. 3.1.1. de la Directiva 2001/23, se debe producir la transferencia al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o una relación laboral existente en la fecha de la transmisión.

A continuación se recuerda que el objeto de la Directiva es impedir que los trabajadores se encuentren en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión. En ese sentido señala el Tribunal de Justicia que en este caso la disminución del salario durante al menos diez años que resulta de la eventual integración de una persona en la función pública supone una modificación de las condiciones contractuales que puede colocarla en una situación menos favorable a la que tenía antes de la transmisión, lo que contradice tanto el art. 3.1.1 como el objetivo mismo de la Directiva 2001/23.

Por último se advierte que el deber de respeto por la Unión de la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros, consagrado en el art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea, no permite privar al trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en un ámbito en que esos Estados han transferido competencias a la Unión. Por ello se concluye que la Directiva 2001/23 en relación con el art. 4.2 del TUE se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de la Directiva, al ser el cesionario un Ayuntamiento se exija a los trabajadores afectados someterse a un procedimiento público de selección, quedando obligados por un nuevo vínculo con el cesionario.

6. LIMITACIÓN DEL DERECHO A DESCANSO DIARIO Y SEMANAL Y A UN PERIODO ANUAL DE VACACIONES RETRIBUIDAS EN CASO DE ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL ENCUADRADAS EN LAS FUNCIONES ESENCIALES DEL ESTADO

El Tribunal Superior de Constanza plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del art. 2 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y de varios artículos de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Esa solicitud, a la que el Tribunal de Justicia responde mediante sentencia de 20 de noviembre (as. C-147/17), se enmarca en un litigio planteado por los acogedores familiares profesionales ante la Dirección General de Asistencia Social y de Protección de la Infancia de Constanza y el Sindicato de Familia de Constanza reclamando el pago de salarios por actividades desarrolladas en periodos de descanso semanal, vacaciones o festivos así como indemnización equivalente en compensación por las vacaciones anuales retribuidas de los años 2012 a 2015.

El Tribunal de Justicia comienza confirmando que los demandantes entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88 dado que cumplen las condiciones para ser considerados trabajadores a esos efectos. En ese sentido se apunta que desempeñan su función, velar de manera continua por la crianza, cuidado y protección de los menores que se les confían por una autoridad pública, a cambio de retribución y mediante contrato de trabajo de carácter especial con el servicio de protección de la infancia competente. Además los demandantes tienen derecho a la seguridad social y a la formación profesional. A ello se añade que el amplio margen del que disponen los acogedores para desempeñar sus funciones así como su desempeño de una misión de confianza o interés general no obstan que exista una relación de subordinación con el servicio con el que suscriben el contrato.

A continuación se aborda si este supuesto entraría en la excepción del art. 2.2 de la Directiva, conforme al cual esta no se aplicaría cuando se opongan a ello particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, como las de las fuerzas armadas, la policía o los servicios de protección civil. El Tribunal advierte de la necesidad de una interpretación restrictiva de esa excepción, que debe limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que se intentan proteger. En ese sentido se señala que esa exclusión del ámbito de aplicación tiene carácter funcional, justificándose exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos desempeñados por trabajadores de los sectores citados. Por ello se incluye en ese concepto a trabajadores que ejer-

zan su actividad por cuenta de una persona de Derecho privado que asume, bajo control de las autoridades públicas, una misión de interés general encuadrada en las funciones esenciales del Estado. Los acogedores familiares se entienden incluidos en el ámbito de ese art. 2.2 de la Directiva puesto que desarrollan su actividad tanto para una autoridad pública como para un organismo privado bajo el control de dicha autoridad. Además se trata de una misión de interés general encuadrada en las funciones esenciales del Estado, como es contribuir a la protección de la infancia, que tiene como especificidad que su objetivo es integrar al menor en el hogar y la familia del acogedor de manera continua y prolongada.

Asimismo se recuerda que el que se trate de actividades que no se prestan a una planificación del tiempo de trabajo ya se ha incluido anteriormente entre las particularidades de las actividades que justifican la excepción que contempla el art. 2.2 de la Directiva 89/391. En este caso se señala que los acogedores ejercen su actividad de manera continua, salvo periodos determinados, como por ejemplo cuando el menor está en la escuela; lo que no obsta que la Dirección General pueda autorizar al acogedor la separación del menor durante el periodo vacacional. A eso se añade que la obligación de conceder al acogedor el derecho a separarse del menor en periodos como el descanso semanal o anual, propicios para el desarrollo del menor, choca con el objetivo de la integración del menor en un marco afectivo y educativo favorable a su desarrollo armonioso, en concreto en el hogar y la familia del acogedor. Por ello limitar las horas de trabajo semanal o imponer el reconocimiento del disfrute de días de descanso semanal o anual en los que los acogedores queden dispensados de ejercer su actividad no es compatible con las particularidades inherentes a esa actividad. Así se concluye que se trata de una actividad que se opone a que se le aplique la Directiva 2003/88.

Pero la posibilidad de exclusión del art. 2.2 de la Directiva añade que en el caso de actividades excluidas las autoridades deben velar porque la salud y la seguridad de los trabajadores queden aseguradas en la *medida de lo posible*. En este supuesto el contrato celebrado por los acogedores contempla periodos en los que no tienen que ocuparse activamente de los menores, por ejemplo cuando acuden a la escuela. Asimismo permite a los acogedores desplazarse, en principio acompañados de los menores, y solicitar la autorización de la autoridad pública para separarse del menor, tras comprobar que no se menoscaba el cumplimiento de su misión. Por ello se concluye que el Derecho rumano garantiza en la medida de lo posible la seguridad y la salud de los acogedores. Igualmente se recuerda que, conforme al art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho a descanso diario y semanal y a un periodo anual de vacaciones retribuidas pueden limitarse si se respetan los estrictos requisitos establecidos en el art. 52.1 del mismo texto y se garantiza el contenido esencial de ese derecho. En este caso en opinión del Tribunal las limitaciones legales a

esos derechos respetan el contenido esencial de los mismos y son necesarias para el interés general de la preservación de los menores, por lo que se respetan los requisitos del citado art. 52.1 de la Carta.

7. REDUCCIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL IVA EN CASO DE TRANSACCIONES NO PERCIBIDAS, TOTAL O PARCIALMENTE, POR EL SUJETO PASIVO DEBIDO A LA DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA DE LOS DEUDORES

El Tribunal Arbitral Tributario de Portugal solicita al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial acerca de la interpretación del principio de neutralidad fiscal y del art. 90 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al Sistema Común del Impuesto sobre el Valor Añadido. La solicitud deriva de la negativa de la Administración tributaria y aduanera de Portugal a la solicitud de una sociedad anónima (*Tratamento de Águas Residuais do Ave*) para la regularización del IVA abonado y relativo a créditos impagados y considerados irrecuperables debido a la insolvencia de los deudores.

La sentencia de 6 de diciembre (as. C-672/17) comienza advirtiendo, con carácter preliminar, que aunque la regularización de la base imponible en este caso se refiera a importes debidos antes la entrada en vigor de la Directiva IVA, el 1 de enero de 2007, no es necesario plantear la determinación de la norma de Derecho de la Unión aplicable puesto que las disposiciones de la citada Directiva aplicables en este caso son idénticas a las de la Directiva 77/388/CEE del Consejo.

Por otra parte recuerda el Tribunal de Justicia que el art. 90.1 de la Directiva IVA, que contempla la anulación, rescisión, impago total o parcial o reducción del precio después de que la operación quede formalizada, obliga a los Estados miembros a reducir siempre la base imponible y, en consecuencia el importe del IVA adeudado por el sujeto pasivo cuando, tras convenir una transacción, una parte o toda la contrapartida no se percibe por el sujeto pasivo. Esta previsión se considera expresión del principio fundamental de la Directiva IVA de que la base imponible esté constituida por la contraprestación realmente percibida, que trae como corolario que la Administración tributaria no perciba en concepto de IVA un importe superior al percibido por el sujeto pasivo. Además el apdo. 2 del mismo art. 90 permite a los Estados miembros no aplicar esa regla en caso de impago total o parcial del precio de la operación y el art. 273 de la misma Directiva les habilita a establecer las obligaciones que consideren necesarias para garantizar la correcta recaudación del IVA, previniendo el fraude, siempre que ello no sirva para imponer obligaciones suplementarias de facturación respecto a las fijadas en el capítulo 3 de la Directiva.

Ese margen de apreciación que se reconoce a los Estados, en esos arts. 90.1 y 273, respecto de las formalidades a cumplir por los sujetos pasivos ante las autoridades tributarias nacionales para proceder a una reducción de la base im-

ponible no obsta que de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulte que las medidas antifraude o para evitar la evasión fiscal solo pueden, en principio, constituir una excepción al cumplimiento de las normas relativas a la base imponible, limitada a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo específico. Se trata por tanto de una excepción que debe afectar lo menos posible a los objetivos y principios de la Directiva IVA, y no puede ser utilizada de forma que se afecte negativamente a la neutralidad del IVA. Por ello las formalidades a cumplir por los sujetos pasivos para ejercitar su derecho a reducir la base imponible del IVA deben limitarse a las que permitan acreditar que, tras convenir una transacción, parte o toda la contrapartida no ha sido definitivamente percibida.

En el caso de autos se señala la aplicabilidad de los arts. 90.1 y 273 de la Directiva IVA a un requisito que supedita la reducción de la base imponible de un sujeto pasivo, en caso de impago, a la comunicación previa a su deudor, siempre que este esté sujeto al impuesto, de su intención de anular todo o parte del IVA. A ello se añade que el requisito de informar al deudor de su obligación de regularizar el importe del IVA soportado que ha podido deducir, puede contribuir tanto a garantizar la exacta percepción del IVA como a evitar fraudes y eliminar el riesgo de pérdida de ingresos fiscales. La obligación del deudor insolvente de identificar sus deudas impagadas y a sus acreedores, referida por la sociedad para alegar la falta de utilidad de la exigencia controvertida y en consecuencia la vulneración del principio de neutralidad fiscal, no permite garantizar suficientemente el respeto de esos objetivos, aunque solo sea porque esa obligación se basa únicamente en la iniciativa del deudor.

Por otra parte el carácter previo a la regularización de la base imponible del IVA de la obligación de comunicación del sujeto pasivo al deudor insolvente debe permitir al Estado actuar dentro de los plazos señalados, en el marco del procedimiento de insolvencia, para recuperar el IVA soportado que ese mismo deudor haya podido soportar. E igualmente el requisito establecido en el litigio principal no compromete el principio de neutralidad fiscal dado que permite al sujeto pasivo recuperar íntegramente el IVA abonado en exceso a la Administración tributaria en relación con créditos impagados. Por último se señala que al no someterse a requisitos particulares de forma, pudiendo realizarse por cualquier medio adecuado, la citada comunicación consiste en un trámite de muy fácil realización y muy poco gravoso, si bien se advierte que se trata de una circunstancia, la relativa al carácter gravoso del trámite, que corresponde verificar al órgano remitente.

Por todo ello se concluye que no se opone al principio de neutralidad fiscal y a los arts. 90.1 y 273 de la Directiva IVA una normativa nacional que condiciona la reducción de la base imponible del IVA por el sujeto pasivo, en caso de impago, a la previa comunicación al adquirente del bien o servicio sujeto al impuesto de su intención de anular total o parcialmente el IVA a los efectos de recificar la deducción del importe del IVA que este haya podido practicar.