



Capsulas

La pérdida de oportunidad resulta indemnizable en el ámbito de la contratación pública

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de junio de 2024 (C-547/22)

¿Cuántas veces han escuchado aquello de que “lo importante es participar”? Quien lo dijera seguro que no estaría pensando en que alguna vez una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) abrazaría su tesis. O, por lo menos, apuntaría a que los Estados miembros no pueden excluir de plano las indemnizaciones por perder la oportunidad de participar.

Antecedentes

Los antecedentes del caso se remontan a 2013, cuando la Asociación eslovaca de fútbol excluyó a un consorcio del que formaba parte la empresa INGSTEEL, de un procedimiento de contratación pública relativo a obras de remodelación, modernización y construcción de estadios de fútbol. El motivo de la exclusión fue no cumplir los requisitos del anuncio de licitación relativos a su capacidad económica y financiera.

Tras una decisión prejudicial anterior (STJUE de 13 de julio de 2017, asunto C-76/16), el Tribunal Supremo eslovaco anuló la exclusión. Sucedió que entretanto ya se había concluido la celebración de un acuerdo marco con el único licitador que quedó tras la exclusión del consorcio.

Fue entonces cuando se solicitó una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la exclusión. Tras analizar el caso, el Tribunal Comarcal de Bratislava II decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, en esencia, si un órgano jurisdiccional nacional que deniegue la indemnización en concepto de

pérdida de oportunidad actúa de conformidad con la Directiva 89/665. En su remisión, explica que INGSTEEL ha solicitado una indemnización por lucro cesante, toda vez que la ley eslovaca establece que *“los perjuicios reales y el lucro cesante se indemnizarán, salvo disposición especial en contrario”*, sin que se reconozca expresamente la indemnización por pérdida de oportunidad.

Indemnización por pérdida de oportunidad

Como punto de partida, el artículo 2.1.c) de la Directiva 89/665 establece de forma amplia que *“los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso (...) prevean las facultades necesarias para (...) c) conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción”*.

Como hemos destacado en anteriores Cápsulas, es jurisprudencia reiterada del TJUE que para interpretar una disposición de Derecho de la Unión *“no solo debe tenerse en cuenta su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte”*. Desgranemos estos tres conceptos tal y como los entiende el TJUE en este caso:

- Sobre la interpretación literal: el TJUE señala que la Directiva 89/665 es una disposición formulada de forma amplia y que, a falta de indicaciones que permitan distinguir las diferentes categorías de perjuicio, puede referirse a cualquiera de ellos. Esta





La pérdida de oportunidad resulta indemnizable en el ámbito de la contratación pública

Pg. 2/2

vía interpretativa, pues, apunta que el legislador comunitario no quiso excluir la pérdida de la oportunidad de participar en un procedimiento de contratación pública como perjuicio indemnizable.

- Sobre la interpretación contextual: el TJUE apunta a que es reiterada la jurisprudencia que afirma que los particulares perjudicados por una infracción del Derecho de la Unión imputable a un Estado miembro tienen derecho a la reparación del perjuicio sufrido siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que la norma infringida les confiera derechos; (ii) que la infracción esté suficientemente caracterizada y (iii) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el daño.

En este punto lo relevante es que de la propia Directiva 89/665 se desprende que el sistema de recursos tiene por objeto garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

- Sobre la interpretación teleológica: el TJUE, brevemente, apunta que aunque la Directiva 89/665 no lleve a cabo una armonización completa de todas las vías de recurso posibles en materia de contratación pública, resulta evidente que la voluntad del legislador es garantizar que en todos los Estados miembros se permita no solo la anulación de decisiones ilegales, sino también la indemnización de las personas perjudicadas, sin que el legislador quisiera excluir ningún tipo de perjuicio.

No se cumpliría dicho objetivo si se interpretase que los Estados pueden excluir, por principio, que se obtenga una indemnización en caso de pérdida de oportunidad.

Especialmente gráfico es el razonamiento del TJUE cuando apunta que *“si bien un perjuicio puede resultar de la no adjudicación, como tal, de un contrato público, procede señalar que (...) el licitador que ha sido excluido ilegalmente puede sufrir un perjuicio distinto, que se corresponde con la oportunidad perdida de participar en el procedimiento de contratación pública”*.

A vueltas con la cuantificación

La aproximación teórica es clara. Ahora bien, el TJUE recuerda que será el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro el que fije los criterios que permitan determinar y cuantificar los daños derivados de la pérdida de oportunidad. En este punto, el TJUE indica que, aunque es cierto que los tribunales eslovacos han venido interpretando que el lucro cesante debe indemnizarse cuando es *“altamente probable, incluso próximo a la certeza”*, el principio de primacía obliga a los órganos jurisdiccionales a interpretar su Derecho interno de manera conforme con el Derecho de la Unión *“y que esta exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada, incluso asentada, si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva”*.

Se puede interpretar este inciso como una recomendación al Tribunal de Bratislava de revisar con cautela si la interpretación tan estricta que se ha venido haciendo en Eslovaquia de *“lucro cesante”* impediría, de facto, reconocer la indemnización por pérdida de oportunidad porque nunca se alcanzaría el umbral de prueba que se solicita (*“lucro cesante altamente probable”*).