

Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación, así como determinados servicios prestados por abogados, no se sujetan a la directiva 2014/24 sobre contratación pública

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado, en sentencia de 6 de junio de 2019, que la contratación de determinados servicios jurídicos en el marco de la Unión queda fuera de la aplicación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

El litigio trae causa de la interposición ante el Tribunal Constitucional de Bélgica, de un recurso de anulación contra las disposiciones de la Ley de contratos públicos belga que excluyen determinados servicios jurídicos y determinados servicios de arbitraje y conciliación del ámbito de aplicación de la citada Ley.

Los demandantes en el litigio principal alegan que esas disposiciones, al tener como consecuencia sustraer la adjudicación de los servicios que en ellas se contemplan de las normas de adjudicación de contratos públicos previstas por la citada Ley, crean una diferencia de trato que no puede justificarse. La norma belga controvertida es la ley de contratos públicos¹ que excluye, de su ámbito de aplicación, los contratos públicos de servicios que tengan por objeto (artículo 28):

3.º servicios de arbitraje y conciliación,

¹ Loi relative aux marchés publics, de 17 de junio de 2016 (*Moniteur belge* de 14 de julio de 2016, p. 44219).

4.º cualquiera de los siguientes servicios jurídicos:

- a) representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva [77/249] en: (i) un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia de conciliación o arbitraje internacional, o (ii) un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales,
- b) asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en la letra a) del presente apartado, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del citado artículo 1 de la Directiva [77/249],
- e) otros servicios jurídicos que en el Reino de Bélgica estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

Este precepto trae causa del artículo 10 de la Directiva 2014/24 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, que, bajo la rúbrica “*exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios*”, dispone, que la misma “*no se aplicará*” a una serie de contratos públicos de servicios² que enumera³.

La cuestión prejudicial plantea, en definitiva, una duda acerca de la validez del artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva 2014/24, - de la que la norma belga trae causa directa, desde el punto de vista de los principios de igualdad de trato y de subsidiariedad, así

² El artículo 10 de la mencionada Directiva, bajo la rúbrica “*exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios*”, dispone, en sus letras c) y d) que la misma “*no se aplicará*” a aquellos contratos públicos de servicios para: c) servicios de arbitraje y conciliación, d) cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: - representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales,

- asesoramiento jurídico prestado como preparación de los procedimientos mencionados en el inciso i) de la presente letra, o cuando hay una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva [77/249],- otros servicios jurídicos que en el Estado miembro de que se trate estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

³ La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público excluye de su ámbito de aplicación los servicios de conciliación y arbitraje en su artículo 11.3 y declara no sujetos a regulación armonizada, en el artículo 19.2.e) aquellos que tengan por objeto cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: 1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales. 2.º El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado (...) 5.º Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

como de los **artículos 49 TFUE y 56 TFUE**, planteando si la exclusión de esos servicios de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos es contraria a los objetivos, perseguidos por el legislador de la Unión al adoptar la Directiva 2014/24, relativos a la plena competencia, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

Admitida la cuestión prejudicial y concretado su objeto, el Tribunal de Justicia viene a sentar lo siguiente:

1. Por lo que respecta al **principio de subsidiariedad**⁴, recuerda que prevé que en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión⁵. Considera por ello, que del hecho de que el legislador de la Unión excluyese del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 los servicios contemplados en los preceptos controvertidos, se desprende necesariamente que consideró que correspondía a los legisladores nacionales determinar si esos servicios debían someterse a las normas de adjudicación de contratos públicos, y en consecuencia, **no puede sostenerse que dichas disposiciones hayan sido adoptadas vulnerando el principio de subsidiariedad**.
2. Por lo que concierne al respeto de los **artículos 49 TFUE y 56 TFUE**, como resulta del considerando 1 de la Directiva 2014/24⁶ -y ha reiterado la jurisprudencia⁷ -, **la coordinación a escala de la Unión de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías que esos procedimientos pueden establecer y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un EM que deseen ofrecer bienes o servicios a poderes adjudicadores establecidos en otro EM, lo que no comporta que al excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los servicios controvertidos - y, por tanto, no obligar a los EM a someterlos a las normas de adjudicación de contratos públicos,- se menoscabe las libertades garantizadas por los Tratados**.
3. En lo atinente a la **facultad de apreciación del legislador de la Unión**, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁸, éste ha reconocido a aquél - en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen -, una amplia facultad de apreciación y sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tiene

⁴ Enunciado en el artículo 5 TUE, apartado 3.

⁵ En ese sentido, la sentencia de 4 de mayo de 2016, Philip Morris Brands y otros, C 547/14, EU:C:2016:325, apartado 215 y jurisprudencia citada.

⁶ La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los EM debe respetar los principios del TFUE y las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

⁷ Cita la sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C 507/03, ap 27.

⁸ Sentencias de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C 127/07, EU:C:2008:728, ap 57, y de 30 de enero de 2019, Planta Tabak, C 220/17, EU:C:2019:76, ap 44.

previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida⁹, cumpliendo con la obligación de basar su elección en criterios objetivos y apropiados en relación con la finalidad perseguida por la legislación en cuestión.

4. Tampoco considera que se haya conculcado el **principio general de igualdad de trato**, que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado¹⁰.

Expuesto todo lo anterior, la sentencia concluye que:

- Los **servicios de arbitraje y conciliación**, (artículo 10, letra c), de conformidad con el considerando 24 de la Directiva¹¹ y en la medida en la que árbitros y conciliadores deben siempre ser aceptados por todas las partes del litigio y se designan de común acuerdo por ellas, sin que un organismo público que inicie un procedimiento de adjudicación de contratos públicos para un servicio de arbitraje o de conciliación pueda imponer a la otra parte el adjudicatario de ese contrato como árbitro o conciliador común, **no son comparables** con los demás servicios incluidos en la Directiva¹².
- En segundo lugar, por lo que atañe a los **servicios prestados por abogados**, contemplados en el artículo 10, letra d), incisos i) y ii), son servicios que se prestan habitualmente por organismos o personas seleccionados de una manera que no puede someterse a las normas de adjudicación de los contratos públicos en determinados EM, de tal modo que procedía excluirlos del ámbito de aplicación de la Directiva. Además, el precepto controvertido no excluye todos los servicios que puede prestar un abogado en beneficio de un poder adjudicador, sino sólo determinados servicios¹³ que solo se conciben en el marco de una **relación *intuitu personae* entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad**. Esta relación *intuitu personae* caracterizada por la libre elección del defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse.

⁹ Sentencia de 14 de diciembre de 2004, *Swedish Match*, C 210/03, EU:C:2004:802, ap 48.

¹⁰ Sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine y otros*, C 127/07, EU:C:2008:728, apartado 23 y jurisprudencia citada.

¹¹ Que enuncia que los órganos o personas que prestan servicios de arbitraje o de conciliación y demás formas similares de resolución alternativa de controversias se seleccionan de un modo que no puede regirse por las normas de adjudicación de contratos públicos.

¹² De ello se desprende que el legislador de la Unión no ha vulnerado el principio de igualdad de trato al descartar, en el marco de su facultad de apreciación, los servicios contemplados en el artículo 10, letra c), de la Directiva 2014/24 del ámbito de aplicación de esta.

¹³ La representación legal en un procedimiento ante una instancia internacional de arbitraje o de conciliación, ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un EM o de un tercer país y ante los órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales, y el asesoramiento jurídico prestado como preparación de dicho procedimiento o ante la eventualidad de este.

- A ello añade que la confidencialidad de la relación abogado-cliente, cuyo objeto consiste en salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de defensa de los justiciables y en proteger la posibilidad de éstos de dirigirse con entera libertad a su abogado¹⁴, podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones; por lo que los servicios referidos no son comparables a los demás incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24.
- Por último, respecto a los **servicios jurídicos comprendidos entre las actividades que participan, siquiera ocasionalmente, del ejercicio de la autoridad pública**, contemplados en el artículo 10, letra d), inciso v), concluye que esas actividades, y, en consecuencia, esos servicios, están excluidos, con arreglo al artículo 51 TFUE, del ámbito de aplicación de las disposiciones de ese Tratado relativas a la libertad de establecimiento y de las relativas a la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 62 TFUE; así como que se distinguen de los comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva porque participan directa o indirectamente del ejercicio del poder público y de las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado, de manera que **no son comparables**, debido a sus características objetivas, con los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24.

Por todo lo anterior concluye que el examen de las disposiciones del artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), no ha puesto de manifiesto **ningún elemento que pueda afectar a su validez** desde el punto de vista de los principios de igualdad de trato y de subsidiariedad, y de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.

¹⁴ Véase, en ese sentido, la sentencia de 18 de mayo de 1982, AM & S Europe/Comisión, 155/79, EU:C:1982:157, apartado 18.