

Asunto C-28/23

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

24 de enero de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Okresný súd Bratislava III (Tribunal Comarcal de Bratislava III, Eslovaquia)

Fecha de la resolución de remisión:

16 de enero de 2023

Parte demandante:

NFŠ a. s.

Partes demandadas:

Slovenská republika (República Eslovaca) actuando a través del Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministerio de educación, ciencia, investigación y deporte de la República Eslovaca)

Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministerio de educación, ciencia, investigación y deporte de la República Eslovaca)

Objeto del procedimiento principal

Petición de decisión prejudicial — Construcción de un estadio de fútbol — Contrato público de obras — Precontrato — Acuerdo de subvención — Clasificación del contrato como público — Nulidad absoluta y nulidad relativa del contrato — Directivas 2004/18/CE, 2014/24/UE y 89/665/CEE

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

1 ¿Son «contratos públicos de obras», en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b) de la Directiva 2004/18, o del artículo 2, apartado 6, letra c), de la Directiva 2014/24, un acuerdo de subvención y un precontrato de compraventa celebrado entre un Ministerio (el Estado) y un organismo de Derecho privado designado sin seguir los procedimientos de licitación pública, en el caso de que el acuerdo de subvención constituya una ayuda de Estado autorizada por la Comisión Europea en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra c), el objeto de las obligaciones del acuerdo de subvención sea, por parte del Estado, la obligación de conceder una subvención y, por parte del organismo de Derecho privado, la obligación de construir un edificio de acuerdo con las condiciones establecidas por el Ministerio y de permitir a una organización deportiva utilizar parte de dicha obra, y el objeto de las obligaciones del precontrato lo constituya la opción unilateral concedida al organismo de Derecho privado en forma de obligación por parte del Estado de adquirir el edificio construido, constituyendo dichos acuerdos, en cuanto al tiempo y al objeto, un conjunto de obligaciones mutuas entre el Ministerio y el organismo de Derecho privado?

2 ¿El artículo 1, apartado 2, letra b) de la Directiva 2004/18, y el artículo 2, apartado 6, letra c) de la Directiva 2014/24 se oponen a las disposiciones del Derecho nacional de un Estado miembro, según las cuales un acto jurídico es nulo en términos absolutos (es decir, desde el origen/*ex tunc*) si, por su contenido u objeto, es contrario a Derecho o constituye una elusión a las normas, o es contrario a las buenas costumbres, en el caso de que dicha infracción sea una infracción grave de las normas de contratación pública?

3 ¿El artículo 2 *quinquies*, apartados 1, letra a), y 2, de la Directiva 89/665 se opone a las disposiciones del Derecho nacional de un Estado miembro, según las cuales un acto jurídico es nulo en términos absolutos (es decir, desde el origen/*ex tunc*) si, por su contenido u objeto, es contrario a Derecho o constituye una elusión a las normas, o es contrario a las buenas costumbres, en el caso de que dicha

infracción sea una infracción grave (una elusión) de las normas de contratación pública, como en el asunto principal?

4 ¿Deben interpretarse el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, así como el artículo 2, apartado 6, letra c), de la Directiva 2014/24 en el sentido de que se oponen *ex tunc* a que un precontrato de compraventa, como el controvertido en el asunto principal, haya producido efectos jurídicos?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios: artículo 1, apartado 2, letra b).

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: artículos 2, apartado 6, letra c), y 18, apartado 1.

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: artículo 2 *quinquies*, apartados 1, letra a), y 2.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania (C-536/07, EU:C:2009:664), apartado 57.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067), apartados 41, 43, y 44.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, Comisión/Italia (arrendamiento de un edificio aún no construido) (C-573/19, EU:C:2021:319), apartados 49 y 50.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Zákon z 26. februára 1964 č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (Ley de 26 de febrero de 1964 n.º 40/1964, por la que se aprueba el Código Civil), en su versión modificada (en lo sucesivo, «Código Civil»):

- Artículo 39: «Será nulo todo acto jurídico que, por su contenido u objeto, sea contrario a Derecho o constituya una elusión de este, o sea contrario a las buenas costumbres» (nulidad absoluta del acto jurídico)
- Artículo 40a: «Si la causa de nulidad de un acto jurídico surge de los artículos 49a, 140, 145, apartado 1, 479, 589 y 701, apartado 1, el acto jurídico se considerará válido si quien se vea afectado por esta validez no invoca la

nulidad del acto jurídico. La nulidad no puede ser invocada por el que la causó. Lo mismo se aplica en el caso de que el acto jurídico no se llevara a cabo de la manera estipulada por las partes (artículo 40). Si un acto jurídico es contrario a la regulación de precios obligatoria, únicamente será nulo en la medida en que sea contrario a esta regulación si quien se ve afectado por el acto invoca su nulidad» (nulidad relativa de un acto jurídico)

Zákon zo 14. decembra 2005 č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Ley de 14 de diciembre de 2005 n.º 25/2006, de Contratos Públicos y por la que se modifican y completan determinadas leyes), en su versión modificada: artículos 1, apartados 2, letra m), y 7, 3, apartado 3, y 147a.

Zákon z 18. novembra 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Ley de 18 de noviembre de 2015 n.º 343/2015, de Contratos Públicos y por la que se modifican y completan determinadas leyes), en su versión modificada: artículos 1, apartado 2, letra c), 3, apartado 3, 10, apartado 3, 181, apartado 1, y 181, apartado 11.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Entre los años 2006 y 2013, el Gobierno de la República Eslovaca (en lo sucesivo, «Gobierno») adoptó una serie de resoluciones con la intención de construir el Národný futbalový štadión (Estadio nacional de fútbol; en lo sucesivo, «estadio») en Eslovaquia, que debía cumplir con los estándares de la UEFA. El inversor/contratista del proyecto debía seleccionarse mediante un procedimiento de contratación abierto.
- 2 En 10 de julio de 2013, el Gobierno, sin haber llevado a cabo ningún proceso de licitación o de concurso, adoptó la resolución n.º 400/2013, por la que se instaba al Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministerio de Educación, ciencia, investigación y deporte de la República Eslovaca; en lo sucesivo, «Ministerio de Educación») a celebrar con una sociedad concreta, a saber, con Národný futbalový štadión, a. s. (el predecesor legal de la parte demandante, la sociedad NFŠ, a. s.), un memorándum que debía establecer las condiciones para el acuerdo de subvención y la construcción del estadio. La versión final del memorándum ya formaba parte de la resolución del Gobierno en cuestión. El Memorándum o spolupráci pri realizácii výstavby a prevádzke športovej infraštruktúry «Národný futbalový štadión» [memorándum de cooperación para la construcción y explotación de la infraestructura deportiva «Národný futbalový štadión» (Estadio nacional de fútbol); en lo sucesivo, «memorándum»] se firmó el 11 de julio de 2013.
- 3 El 15 de agosto de 2013, el Ministerio de Educación y Národný futbalový štadión, a. s. celebraron el Zmluva o podmienkach poskytnutia dotácie na výstavbu Národného futbalového štadióna (acuerdo sobre las condiciones de la subvención para la construcción del Estadio nacional de fútbol; en lo sucesivo,

«acuerdo sobre las condiciones de la subvención»). Según las disposiciones de este acuerdo, se publicó una convocatoria para la recepción de solicitudes de participación en la subvención en el ámbito del deporte n.º 2013-11 «Národný futbalový štadión» en un plazo de 60 días a partir de su entrada en vigor, es decir, el 20 de septiembre de 2013 (en lo sucesivo, «convocatoria para la presentación de solicitudes»).

- 4 En 21 de noviembre de 2013, el Ministerio de Educación y Národný futbalový štadión, a. s. celebraron, sobre la base de la convocatoria para la presentación de solicitudes, el Zmluva o poskytnutí dotácie zo štátneho rozpočtu (acuerdo de subvención a cargo del presupuesto estatal). La subvención se concedió sin que se produjera una selección de entre un número amplio de interesados (sin un procedimiento de concurso), debido a que, según la convocatoria para la recepción de solicitudes, la única entidad elegible era la empresa Národný futbalový štadión, tal y como consta en la resolución del Gobierno n.º 400/2013.
- 5 El Ministerio de Educación se comprometió a entregar la subvención de 27 200 000 euros para la ejecución del proyecto de construcción del estadio.
- 6 La sociedad Národný futbalový štadión, a. s. se comprometió a cofinanciar al menos un 60 % de los gastos de construcción del estadio.
- 7 En 10 de mayo de 2016, el Ministerio de Educación, actuando en nombre de la República Eslovaca, como posible futuro comprador, celebró con la sociedad NFŠ, a. s., como posible futuro vendedor, el Zmluva o budúcej (acuerdo de compraventa) zmluve č. 0385/2016 [precontrato (de compraventa) n.º 0385/2016; en lo sucesivo, el «precontrato»], en el que se establecían las condiciones para la celebración del contrato de compraventa del estadio acordado sobre la base de la convocatoria de NFŠ, a. s. junto con la transferencia a la República Eslovaca de los riesgos asociados a la propiedad y explotación del estadio. El precontrato incluía unos anexos que contenían especificaciones detalladas de los parámetros técnicos y materiales del edificio a construir: el estadio. Por tanto, las características de los edificios fueron determinadas por la República Eslovaca, actuando a través del Ministerio de Educación.
- 8 Ese mismo día, es decir, el 10 de mayo de 2016, el Ministerio de Educación y la parte demandante añadieron el anexo n.º 1 al acuerdo de subvención, que excluía el uso gratuito de determinadas zonas del estadio por parte del Slovenský futbalový zväz (Asociación Eslovaca de Fútbol, Eslovaquia).
- 9 Los efectos jurídicos del precontrato se supeditaban al cumplimiento de tres condiciones, a saber: (1) la publicación del precontrato en el Registro Central de Contratos, (2) la adopción de una decisión por parte de la Comisión Europea sobre la evaluación de las transacciones previstas en el precontrato y en el acuerdo de subvención desde el punto de vista de la admisibilidad de las ayudas de Estado, y (3) la emisión, por parte del Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky (el órgano de contratos públicos de la República Eslovaca; en lo sucesivo,

«órgano»), como autoridad nacional de supervisión de la contratación pública, de un dictamen sobre la compatibilidad de las transacciones previstas en el precontrato con la legislación sobre contratación pública.

- 10 Mediante decisión SA.46530 de 24 de mayo de 2017, la Comisión Europea declaró que la ayuda estatal bajo la forma de subvención y la opción de compraventa antes descritas eran compatibles con el mercado interior de acuerdo en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra c), lo que supondría cumplir con la segunda de las condiciones antes mencionadas con el fin de que el precontrato produzca efectos jurídicos.
- 11 Respecto a la tercera condición antes mencionada, para que el precontrato tenga efectos jurídicos, el órgano, a pesar de la petición del Ministerio de Educación, no emitió dictamen vinculante alguno ni llevó a cabo ningún control con respecto a la transacción prevista en el precontrato y, por tanto, no aprobó la transacción prevista en el mismo. El director del órgano se limitó a enviar una respuesta no vinculante mediante escrito de 8 de julio de 2016.
- 12 En la actualidad están pendientes en vía judicial los siguientes asuntos: (1) El Ministerio de Educación y la República Eslovaca han demandado a la sociedad NFŠ, a. s. la devolución del importe íntegro de la subvención de 27 200 000 euros más intereses y costas por considerar que el acuerdo de subvención es nulo en términos absolutos debido a su incompatibilidad con la ley, (2) la sociedad NFŠ, a. s. ha demandado al Ministerio de Educación y a la República Eslovaca por el contenido de una disposición del precontrato imposible de cumplir que establece el procedimiento para el cálculo del precio de compraventa del estadio, (3) la sociedad NFŠ, a. s. ha demandado a la República Eslovaca y al Ministerio de Educación el pago de una sanción contractual de 48 000 000 euros por no haberse celebrado el contrato de compraventa del estadio en los términos del que establecía el precontrato, y (4) la sociedad NFŠ, a. s. ha demandado a la República Eslovaca y al Ministerio de Educación para que reparen los daños y perjuicios derivados del proyecto del estadio por un importe de 47 349 262,73 euros más intereses y costas.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 13 La parte demandante argumenta que sin la ayuda por parte del Estado bajo forma de subvención y la opción de compraventa, la construcción del estadio no hubiese sido posible de llevar a cabo por un inversor privado (la parte demandante). La ayuda por parte del Estado a este proyecto se materializó en dos instrumentos, a saber, la subvención prevista en el acuerdo de subvención, y la opción prevista en el precontrato. En opinión de la parte demandante, el acuerdo que determinaba las condiciones de la subvención, así como el memorándum, crearon conjuntamente un marco jurídico con el propósito de asegurarle que, si resultaba seleccionado en la convocatoria para la subvención de la construcción del estadio, tendría asegurado la ayuda por parte del Estado.

- 14 Además, la parte demandante argumenta que del precontrato no se desprende ninguna obligación de construir y vender posteriormente el estadio al Ministerio de Educación. En opinión de la parte demandante, el precontrato no se ajusta, por tanto, a la definición de contrato público, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que un contrato pueda ser clasificado como contrato público, del mismo debe desprenderse la obligación de llevar a cabo determinadas obras cuya ejecución pueda reclamarse ante un órgano jurisdiccional. En cambio, del precontrato no se desprende ninguna obligación de ese tipo. La parte demandante cuestiona el carácter oneroso del precontrato argumentando que el objeto del precontrato es únicamente la opción concedida a la parte demandante y no su obligación de cumplir el contrato.
- 15 El Ministerio de Educación asegura que, en la construcción del estadio, se han incumplido las normas de contratación pública. Considera que el acuerdo de subvención a cargo del presupuesto estatal se celebró infringiendo la ley, ya que la subvención se concedió y el contrato se celebró sobre la base de una convocatoria que no preveía un concurso entre los solicitantes de financiación. Por tanto, en opinión del Ministerio de Educación, el acuerdo de subvención es nulo en el sentido del artículo 39 del Código Civil (nulidad en términos absolutos).
- 16 El Ministerio de Educación añade que la no aplicación de los procedimientos de contratación pública y, básicamente, la adjudicación directa del contrato a la empresa NFŠ, a. s. infringieron no solo las normas de contratación pública, sino también otras disposiciones de la República Eslovaca que preveían las normas aplicables al concurso o establecían la obligación de gestionar los fondos públicos de manera eficaz y adecuada desde el punto de vista económico.
- 17 El Ministerio de Educación opina que el acuerdo de subvención con cargo al presupuesto estatal y el precontrato constituyen, en cuanto al tiempo y al objeto, un conjunto de derechos y obligaciones mutuos tanto del Ministerio de Educación como de la sociedad NFŠ, a. s., a través del cual se ha eludido intencionalmente el régimen de la č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Ley n.º 25/2006, de Contratos Públicos y por la que se modifican y completan determinadas leyes), en su versión modificada, o de la zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní (Ley n.º 343/2015 de Contratos Públicos), por lo que desde el origen es nula en términos absolutos por infracción, o incluso elusión, de la Ley de Contratos Públicos.
- 18 En opinión del Ministerio de Educación, la elección del contratista o inversor debería haberse realizado mediante un concurso transparente, y no dando preferencia a un organismo concreto de Derecho privado.
- 19 El Ministerio de Educación afirma que el acuerdo de subvención establecía las condiciones que debía cumplir el estadio (debía ser un estadio de categoría 4 según la regulación de la UEFA, cumplir con determinados requisitos relativos al aforo, equipamiento, dimensiones, parámetros técnicos, preparación de los representantes de deportes, etc.). El Ministerio de Educación era miembro del

comité de dirección y seguimiento de la construcción del estadio, lo que le daba la oportunidad de opinar sobre el avance de la construcción y el uso, así como otras cuestiones relativas a la construcción, la financiación y los análisis y opiniones de asesores externos. Las tareas y el control del comité de seguimiento también se regularon directamente en el precontrato (sección 4.1.1 del precontrato).

- 20 Además, el Ministerio de Educación opina que la sección 2.2 del precontrato recoge explícitamente la contraprestación económica a través del cálculo del precio de compraventa (incluso con indicación de su límite superior). Por tanto, el propio precontrato prevé un procedimiento relativo al precio al que el Estado debe comprar el estadio sobre la base del contrato de compraventa acordado. Así pues, toda la transacción prevista en el precontrato puede valorarse de manera económicamente realista, y resulta en cualquier modo irrelevante si la suma final se incluye en el contrato de compraventa acordado, puesto que del precontrato ya se desprende sin lugar a dudas que las partes del contrato se refieren a una transacción a título oneroso. La aceptación del concepto «onerosidad/gratuidad» por parte de la empresa NFŠ, a. s. llevaría a que, en la práctica, fuera posible utilizar este método intencionado y contrario a Derecho para transformar cualquier contrato oneroso en un contrato gratuito, y esto se haría transformando un contrato oneroso en una forma de obligación en un precontrato con la concesión del derecho de una «opción unilateral» para adjudicar el contrato oneroso acordado únicamente a una parte del contrato (el licitador).

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 21 Resulta necesario esclarecer si (i) el acuerdo de subvención para la construcción de un edificio que, además de su finalidad comercial, va a servir también para la promoción pública del deporte, y (ii) el precontrato celebrado entre el Ministerio de Educación (el Estado) y un organismo de Derecho privado seleccionado obviando los procedimientos de concurso constituyen un «contrato público de obras» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, o el artículo 2, apartado 6, letra c) de la Directiva 2014/23, en el caso de que:

- el acuerdo de subvención constituye una ayuda de Estado aprobada por la Comisión Europea en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra c),
- el objeto del acuerdo de subvención es, por parte del Estado, la obligación de conceder una subvención y, por parte del organismo de Derecho privado, la obligación de construir un edificio de acuerdo con las condiciones especificadas por el Ministerio de Educación y de permitir a una organización deportiva el uso de parte de esta construcción,
- el objeto de las obligaciones del precontrato es una opción unilateral concedida al organismo de Derecho privado en forma de obligación por parte del Estado de recomprar el edificio construido,

- estos contratos constituyen, a su vez, un marco temporal y material de obligaciones mutuas entre el Ministerio de Educación y el organismo de Derecho privado.
- 22 Las partes del procedimiento principal indican que la doctrina y la jurisprudencia no han resuelto si la infracción de la Ley de Contratos Públicos genera una nulidad en términos absolutos de la ley (nulidad desde el origen — *ex tunc*), o se trata de una nulidad relativa (*ex nunc*).
 - 23 Así, la parte demandante, en su solicitud de que se determine el contenido del precontrato en la parte relativa a la cuantificación del precio de compraventa, señala que «ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se ha resultado plenamente si una infracción de la Ley de Contratos Públicos anula el contrato en forma absoluta o relativa». En este contexto, la parte demandante sostiene que la nulidad de un acto jurídico (un acuerdo) no puede ser invocada por el causante de la nulidad (artículo 40a del Código Civil).
 - 24 El Ministerio de Educación solicita que se declare la nulidad absoluta del acto jurídico (el acuerdo), ya que el conjunto de contratos impugnados supone una elusión flagrante de las normas de contratación pública reguladas en la Ley de Contratos Públicos, así como en el Derecho de la Unión.
 - 25 La jurisprudencia nacional relativa a la presente cuestión no es uniforme. La parte demandante hace referencia a las sentencias del Krajský súd v Bratislave (Tribunal Regional de Bratislava, Eslovaquia), que aplicó el concepto de nulidad relativa del contrato en relación con la infracción de las normas de contratación pública. Por otro lado, el Ministerio de Educación invoca una resolución del Ústavný súd (Tribunal Constitucional de la República Eslovaca), que vincula las infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos con la nulidad absoluta *ex tunc*, así como una resolución del Krajský súd v Bratislave, el cual sostuvo que la adjudicación de un contrato que debió haberse adjudicado de acuerdo a los procedimientos previstos en la ley (de contratos públicos) pero no se adjudicó de esta manera, provoca también la nulidad absoluta del contrato.
 - 26 A la luz de lo anterior, resulta necesario determinar si el artículo 2 *quinquies*, apartados 1, letra e), y 2, de la Directiva 89/665 se oponen a una ley en el Derecho nacional de un Estado miembro, según la cual un acto jurídico que, por su contenido o su objeto, sea contrario a la ley o esté destinado a eludir la ley o sea contrario a las buenas costumbres es nulo en términos absolutos (es decir, desde el origen/ *ex tunc*), si esta infracción de la ley consiste en una infracción significativa (una elusión) de las normas de adjudicación de contratos públicos.