

LAS «MEDIDAS CAUTELARES» EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 y de la subsiguiente reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Por

SUSANA DE LA SIERRA (*)

Doctora en Derecho (IUE)

Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SUSTRATO FÁCTICO. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCESOS AUTÓNOMOS Y LA INSTRUMENTALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: 1. *La tutela cautelar en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. 2. *La proliferación de los procesos autónomos*.—III. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL LÉGER.—IV. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—V. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR ESPAÑOL.

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de mayo de 2003, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas adoptó una sentencia (1) con la que retomaba una materia que, tras

(*) La autora quisiera agradecer a Carmen CHINCHILLA sus comentarios a una versión inicial del presente trabajo. La responsabilidad por las eventuales incorrecciones es, sin embargo, de quien firma.

(1) As. C-214/00, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, Rec. 2003, pág. I-4667. Sobre la sentencia del Tribunal de Justicia, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y a medidas cautelares contencioso-administrativas. La sentencia *Comisión c. España*, C-214/00, de 15 de mayo de 2003», en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español*, Civitas, Madrid, 3.ª ed., 2004, págs. 409 ss. [también en «REDA», 119 (2003), págs. 471 ss.]; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo español ante la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 en materia contractual*, «REDE», 7 (2003), págs. 517 ss. De carácter más esquemático, v., además, S. BALLESTEROS ARRIBAS, *Condena al Reino de España por no haber extendido el sistema de recursos a las empresas públicas y por la necesidad de interponer recurso para que se puedan adoptar medidas cautelares [Comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003]*, «El Consultor», núm. 17, 15 de septiembre de 2003, págs. 2962 ss. Previamente a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la doctrina había ya llamado la atención sobre la necesidad de interpretar la normativa sobre contratos de las Administraciones Públicas a la luz del Derecho comunitario. Cfr. en este sentido, por todos, J. M. BAÑO LEÓN, *La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, núm. 151 de esta REVISTA (2000), págs. 11 ss.; L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes Administrativas*, Aranzadi, Elcano, 9.ª ed., 2003, págs. 599 ss.

su éxito fulgurante en la primera mitad de los años noventa del pasado siglo, había caído en un cierto olvido en la jurisprudencia del alto órgano jurisdiccional. Se trata de la tutela cautelar y, en concreto, de la que cabe otorgar en materia de contratación pública a raíz de la adopción de, fundamentalmente, dos Directivas comunitarias. Estas Directivas, conocidas como Directivas «recursos» (2), establecen, como es sabido, un conjunto de mecanismos de impugnación de las decisiones de las entidades adjudicadoras (3) de los contratos públicos a los que vienen referidas (suministros, obras y servicios). En concreto, se establece la posibilidad de accionar contra dichas entidades por haber incumplido la normativa comunitaria en materia de contratación pública, o las normas nacionales de transposición de dicho Derecho. En estos supuestos cabe adoptar, «*lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores*» (4).

Varios Estados miembros se han visto obligados a modificar su legislación para incorporar las previsiones de las Directivas. Francia, por ejemplo, se vio en su día inmersa en un intenso debate doctrinal sobre la necesidad, las características y la operatividad de un instrumento de estas características (5). Hoy, el *référé précontractuel* convive con el resto de *ré-*

(2) 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 (véase, en concreto, el art. 2); Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios [el art. 41 extiende la aplicación de la Directiva 89/665 a los contratos de servicios]. Más adelante, una tercera Directiva incorporó disposiciones de parecida índole, si bien que con ligeras variaciones, para los contratos de los sectores «excluidos», esto es, el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones [Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones].

(3) El concepto de «entidad adjudicadora» también es objeto de atención del Tribunal de Justicia en la sentencia de 15 de mayo de 2003. La «entidad adjudicadora» es para el legislador comunitario, y así lo ha entendido el Tribunal de Justicia, todo ente, independientemente de su naturaleza pública o privada, que adjudique un contrato de los enunciados en la Directiva (y que en Derecho español se consideran contratos públicos, sometiéndose por tanto a una normativa específica, cual es la de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). El Tribunal opta por un criterio funcional en su entendimiento de la expresión «organismo de Derecho Público» empleado por las Directivas. Así, en la medida en que la entidad en cuestión satisfaga intereses generales en su actividad, en principio va a considerarse que se encuentra en el ámbito de aplicación de las mencionadas Directivas. V. fundamentos jurídicos 47 a 60 de la sentencia.

(4) V. artículo 2.1, apartado *a)*, de la Directiva 89/665/CEE. El apartado *b)* alude al recurso de anulación frente a las decisiones ilegales de las entidades adjudicadoras, recurso que es un proceso ordinario de anulación, y no un proceso de urgencia como el recogido para las medidas cautelares en el apartado *a)*. En fin, en el apartado *c)* se prevé la posibilidad, para los perjudicados por la infracción, de solicitar daños y perjuicios.

(5) Cfr. C. CHANTEPY, *L'encadrement du référé précontractuel. Conclusions sur Conseil d'État, section, 3 novembre 1995*, «RFDA», 11/6 (1995), págs. 1077 ss.; J.-M. CLEMENT, *Pre-*

férés incorporados al Código de Justicia Administrativa de 2000 (CJA) (6) como un mecanismo más al servicio de la celeridad de la justicia.

Por su parte, Grecia fue condenada el 19 de septiembre de 1996 por la no transposición en el plazo debido de la Directiva 89/665/CEE (7), y sólo entonces procedió a modificar su legislación. Las autoridades griegas alegaban la existencia de un Decreto Presidencial que regulaba parcialmente la cuestión, pero remitían con carácter general a la normativa procesal, así como a la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado griego, entendiéndose que con ello las necesidades de tutela de los justiciables en el ámbito protegido por la Directiva comunitaria se hallaban ampliamente satisfechas.

En lo que respecta a España, como es conocido, la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, había puesto de manifiesto que las exigencias de la Directiva

mière décision du Conseil d'État sur l'article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, «Petites Affiches», 9 (1995), págs. 14 ss.; P. DEVOLVÉ, «Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats», en *Mélanges Perrot*, Dalloz, París, 1996, págs. 83 ss.; S. DEYGAS, *Référé précontractuel et difficultés d'exécution*, «Procédures», 1 (1998), págs. 19 ss.; S. LAGUMINA/E. PHILIPPE, *Le référé précontractuel, bilan et perspectives*, «AJDA», 2000, págs. 283 ss.; D. MORENO, *Du référé précontractuel et du contrôle de l'appel d'offres sur performance*, «Quotidien Juridique», 65 (1997), págs. 5 ss.; B. POUJADE, *Le référé précontractuel: un premier bilan*, «Petites Affiches», 58 (1997), págs. 17 ss.; R. VANDERMEEREN, *Le référé administratif précontractuel*, «AJDA», 1994, págs. 91 ss.

(6) En concreto, se contempla en los artículos L. 551-1 y L. 551-2 CJA, que sustituyen a los artículos L. 22 y L. 23 del antiguo Código de Tribunales Administrativos de Primera Instancia y Tribunales Administrativos de Apelación. Existen, además, disposiciones reglamentarias específicas en los artículos R. 551-1 a R. 551-4 CJA. El párrafo tercero del artículo L. 551-1 CJA, referido a los poderes del juez, establece que «[el presidente del tribunal administrativo] puede ordenar al autor de la omisión que se conforme a sus obligaciones, y suspender la adopción del contrato o la ejecución de todo acto relacionado con el mismo. Además, puede anular estos actos y suprimir las cláusulas o prescripciones destinadas a figurar en el contrato y que desconozcan las mencionadas obligaciones» [obsérvese que el legislador francés ha optado por regular de forma conjunta los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo 2.1 de la Directiva 89/665, esto es, las medidas cautelares y los poderes de anulación —al margen de un proceso cautelar—, respectivamente]. El artículo L. 551-2 CJA, relativo al *référé* precontractual para los denominados sectores excluidos (y que resulta poco utilizado en la práctica), incluye una previsión más genérica: «[el presidente del tribunal administrativo, o el magistrado en el que delegue, puede ordenar al autor de la omisión que se conforme a sus obligaciones. Determina los plazos en los que el autor de la omisión ha de ejecutar. Puede también adoptar una multa coercitiva que resultaría de aplicación una vez expirados los plazos establecidos. Puede en todo caso tener en consideración las consecuencias probables de esta última medida para todos los intereses susceptibles de ser vulnerados, en particular el interés público, y decidir no acordarla en tanto sus consecuencias negativas puedan superar sus ventajas». Cfr. sobre estos artículos, incluyendo referencias bibliográficas y una breve explicación sobre su puesta en práctica, C. LEPAGE/Ch. HUGLO (comps.), *Code de Justice Administrative*, Litec, París, 2002-2003. Sobre la estructura del Código de Justicia Administrativa, su elaboración y las cuestiones principales que afronta, me remito a mi artículo *En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia*, «REDA», 116 (2002), págs. 557 ss. De forma más detallada, me refiero a estas cuestiones en mi memoria de tesis doctoral, *La tutela cautelar contencioso-administrativa. Una perspectiva comparada (Los ordenamientos español, francés y alemán en el contexto del Derecho Administrativo Europeo)*, defendida en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, el 8 de noviembre de 2003.

(7) As. C-236/95, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica*, Rec. 1996, pág. I-4459. Esta sentencia, como se verá, es citada por el Tribunal de Justicia en su pronunciamiento de 15 de mayo de 2003 como base dogmática del mismo.

89/665/CEE eran compatibles con el Derecho positivo en vigor, de manera que no resultaba necesario proceder a su modificación. El actual Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pese a aludir a ciertos aspectos del Derecho comunitario, no menciona expresamente las Directivas «recursos», y tampoco incluía —hasta su reciente reforma— mención alguna a un sistema de recursos propio y con carácter de urgencia en materia de adjudicación de contratos públicos. A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha incorporado un nuevo artículo 60 bis a la Ley de Contratos, para de esta manera adaptar el Derecho español al Derecho comunitario en el sentido indicado por el órgano jurisdiccional de Luxemburgo. Esta reforma será objeto de comentario más adelante, en el epígrafe V, al cual me remito.

II. SUSTRATO FÁCTICO. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCESOS AUTÓNOMOS Y LA INSTRUMENTALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso por incumplimiento contra el Reino de España en virtud del artículo 226 (antiguo art. 169) del Tratado de la Comunidad Europea, ante la no transposición en el Derecho español de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (8). Así, en primer lugar, la Comisión

(8) Con carácter previo a la interposición del recurso de incumplimiento tuvo lugar el procedimiento administrativo, en el que la Comisión trató de verificar si España había procedido a la incorporación de las Directivas en el Derecho interno. El 18 de diciembre de 1991, España comunicó a la Comisión los textos legales vigentes que, a su entender, respondían a los requisitos establecidos en las Directivas [tégase en cuenta que el plazo de transposición de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, finalizaba el 21 de diciembre de 1991, tal y como establecía el artículo 5 de la propia Directiva]. Dichos textos legales eran la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 26 de diciembre de 1956, la Ley de Procedimiento Administrativo de 18 de julio de 1958, la Ley de Contratos del Estado y la Constitución española. En 1994 continuó la correspondencia entre la Comisión y el Reino de España, fruto de la cual resultó un escrito de requerimiento que la Comisión dirigió a España el 29 de mayo de 1996, determinando cuáles eran las carencias de la legislación española en vigor a la luz del texto de las mencionadas Directivas. En años sucesivos ambas partes continuaron el intercambio de información y, el 2 de febrero de 1999, España comunicó oficialmente a la Comisión las Leyes 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 4/1999, que modifica la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Con dicha comunicación, las autoridades españolas consideraban haber cumplido con las exigencias comunitarias de transposición. Sin embargo, la Comisión no lo entendió así y, por esta razón, remitió al Reino de España un dictamen motivado el 25 de agosto de 1999, en el que se reiteró el requerimiento de 1996, instando a las autoridades españolas a realizar las reformas necesarias en un plazo de dos meses desde la notificación del dictamen. El Gobierno español respondió a dicho dictamen el 8 de noviembre de 1999, poniendo de manifiesto su disconformidad con el parecer de la Comisión, dado que, a su entender, no se había producido incumplimiento del Derecho comunitario. Con estos antecedentes, la Comisión interpuso recurso de incumplimiento el 30 de mayo de 2000, fruto del cual es la sentencia objeto del presente comentario.

consideraba que España no había extendido el sistema de recursos que garantiza la Directiva a todas las entidades adjudicadoras, dado que excluía de su ámbito de aplicación a las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que carecieran de carácter industrial o mercantil y que reunieran una serie de condiciones explicitadas en la sentencia (9). En segundo lugar, la legislación española no permitía la interposición de recursos contra todas y cada una de las decisiones adoptadas por dichas entidades adjudicadoras, dado que las posibilidades de recurrir los actos de trámite durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público se encontraban sumamente limitadas. Ambas cuestiones fueron escrutadas por el Tribunal, quien consideró en su fallo que, en efecto, España había incumplido las obligaciones derivadas del Derecho comunitario respecto de la primera cuestión, mientras que, en lo referente a la segunda, esto es, a la posibilidad de impugnar los actos de trámite, el Tribunal de Justicia no apreció vulneración del Derecho comunitario.

Tras esta breve mención de dos de las cuestiones deducidas en la sentencia, cabe adentrarse ahora en el objeto concreto del presente comentario: el sistema de medidas cautelares español y su compatibilidad con el Derecho comunitario en materia de contratación pública. En este marco, la Comisión de las Comunidades Europeas puso de manifiesto en sus alegaciones que España había incumplido el Derecho comunitario, *«al no haber previsto la posibilidad de que se tomen todo tipo de medidas cautelares procedentes en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa, eliminando para ello las dificultades y los obstáculos de cualquier tipo y en particular la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora»*.

Dos eran las cuestiones que se planteaban ante estas alegaciones. En primer lugar, el Tribunal de Justicia habría de preguntarse si el Derecho español disponía de las medidas cautelares suficientes y necesarias para proteger provisionalmente el ámbito material afectado. En segundo lugar, se ponía en tela de juicio la característica de la instrumentalidad como elemento definitorio de las medidas cautelares, apuntando a la existencia de instrumentos procesales autónomos que, determinados por la urgencia, habrían de resolver los conflictos surgidos en el procedimiento de adjudicación.

(9) Las entidades adjudicadoras a que se refiere la sentencia en este caso son *«las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público»*.

1. *La tutela cautelar en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Con carácter previo al análisis de las Conclusiones del Abogado General Léger, así como al de la propia sentencia del Tribunal de Justicia, cabe realizar algunas consideraciones. En primer lugar, se ha de recordar que el régimen de tutela cautelar aplicable a los contratos públicos en España ha sido tradicionalmente el régimen general previsto en la legislación procesal administrativa. Sólo a raíz de la modificación operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, como se verá, dicho régimen será específico para los contratos públicos, sin que en principio quepa su extensión a otros procesos.

En segundo lugar, se ha de aludir al tipo de medidas cautelares que cabe adoptar en el contencioso-administrativo español, dado que ésta es la materia objeto de la sentencia del Tribunal de Justicia (10). La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 amplía, como es sobradamente conocido, el espectro de medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas por el juez de lo contencioso. Es cierto que en la práctica la Ley no viene sino a «codificar» en cierta manera la jurisprudencia que, consciente de los límites de la antigua Ley de la Jurisdicción de 1956, impulsó el instituto de la tutela cautelar para adaptarlo a las exigencias constitucionales del derecho a una tutela judicial efectiva (11). Sin embargo, el reco-

(10) La sentencia del Tribunal de Justicia y las Conclusiones del Abogado General aluden también a las medidas provisionales que cabe adoptar por la propia Administración en el procedimiento administrativo. Sin embargo, centraré mi argumentación en las medidas procesales, toda vez que el Derecho comunitario las considera indispensables como garantía última del sistema. En efecto, es cierto que las Directivas «recursos» no exigen el establecimiento de un sistema de medidas cautelares ante un juez y, de hecho, algunos Estados miembros han optado por modelos de protección cautelar ubicados en la propia Administración. Sin embargo, esta última modalidad únicamente tiene cabida en el estricto marco establecido por la Directiva 89/665/CEE en su artículo 2.8, que reproduzco por el interés que presenta: «*Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y el organismo de base. El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas calificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes*». Es decir, los procedimientos previstos en las Directivas mencionadas, incluyendo naturalmente las medidas cautelares, pueden ser procedimientos administrativos, pero en última instancia tiene que estar expedito el acceso al juez. Como se verá, éste es uno de los aspectos criticables de la reforma de la Ley de Contratos operada a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia.

(11) Se han escrito muchas líneas sobre esta cuestión, de manera que me remito a las monografías publicadas sobre la materia: M. BACIGALUPO SAGGESE, *La nueva tutela cautelar*

nocimiento expreso de la ampliación, así como la regulación concreta en varios artículos de diversos aspectos procesales —en contraposición al escueto tenor del artículo 122 de la Ley de 1956—, no pueden recibir sino una acogida positiva (12).

El artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción de 1998 (en adelante, LJ) establece una generosa cláusula general según la cual «[l]os interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» (13). Esta cláusula, así como el resto de disposiciones normativas que la acompañan, no han sido consideradas, sin embargo, suficientes por el Tribunal de Justicia, a efectos de proteger los intereses en el sentido previsto en las Directivas. Esto es así debido a que el mencionado artículo añade un dato que constituirá uno de los ejes de la motivación del Tribunal de Justicia para declarar la no conformidad del Derecho español con el Derecho comunitario, cual es el de que las medidas se puedan solicitar *en cualquier estado del proceso*. No cabe entender que el proceso al que viene referido el artículo 129 es el propio proceso cautelar, ya que se parte de la premisa de un proceso paralelo previamente existente, o que se prevé va a existir, respecto del cual se adop-

en el contencioso-administrativo, Marcial Pons, Madrid, 1999; M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999; C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, cit.; E. OSORIO ACOSTA, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid, 1986; F. J. RODRÍGUEZ PONTÓN, *Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso-Administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999.

(12) Es cierto también, por otro lado, que la Ley presenta insuficiencias y requeriría una serie de modificaciones y ajustes. Únicamente a título de ejemplo, ya que no es éste el lugar para realizar un análisis en profundidad de estas cuestiones, cabe indicar que habría de incorporarse una regulación más detallada del procedimiento de adopción de las medidas, y sería deseable la inclusión de un listado-propuesta de medidas cautelares, similar al recogido en el artículo 112 del Código portugués del Proceso de los Tribunales Administrativos, que resultaría sin duda de utilidad a los recurrentes.

(13) Esta formulación es común a otras regulaciones modernas de la tutela cautelar. Es el caso del denominado *référé conservatoire* en Francia, previsto en el artículo L. 521-3 CJA, que establece que «[e]n caso de urgencia, y mediante una simple solicitud que será admisible incluso en ausencia de acto administrativo previo, el juez de référés puede ordenar todas las medidas útiles [distintas de la suspensión y del denominado *référé-liberté*] sin obstaculizar la ejecución de ningún acto administrativo». La utilidad de la medida no indica sino el vínculo de dicha medida con el objeto protegido, que es en definitiva la efectividad de la sentencia que en su día se dicte. Este tipo de *référé* es una suerte de medida cautelar residual a adoptar en los supuestos en los que no exista una medida cautelar específica. Como es sabido, el sistema de tutela cautelar en Francia se encuentra altamente sistematizado, tanto desde el punto de vista procesal como desde el punto de vista material, de manera que este *référé conservatoire* garantiza la protección en todos aquellos supuestos no previstos singularmente por su regulación concreta. En Portugal, el artículo 112 del Código del Proceso de los Tribunales Administrativos se pronuncia en términos sumamente parecidos a la regulación española: «*Quien esté legitimado para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa puede solicitar la adopción de la medida o medidas cautelares, previas o de conservación, que se consideren adecuadas para asegurar la eficacia de la sentencia que se dicte en el proceso*» [sigo la traducción realizada por Patricia VALCÁRCEL y Pablo MENÉNDEZ, publicada en núm. 162 de esta REVISTA (2003), págs. 427 ss., con prólogo del profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA].

tan las concretas medidas, siguiendo unos cauces procedimentales diferentes. La medida cautelar aparece inescindiblemente unida a otro proceso, que es el relativo al fondo del asunto, de manera que la primera va a ser siempre dependiente, instrumental, del proceso principal, y nunca autónoma.

Por otra parte, el artículo 136 LJ recoge una regulación específica para los supuestos de inactividad y de vía de hecho de la Administración, previstos en los artículos 29 y 30 LJ. La especificidad radica en un reforzamiento de la presunción de apariencia de buen derecho que justifica en su caso la adopción de la medida cautelar. Los criterios de adopción de las medidas cautelares con la nueva Ley son en general, y para todas las medidas, los clásicos del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, para cuya apreciación se ha de proceder a una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, tal y como indica el artículo 130 LJ (14). Las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 136 responden al mismo esquema, si bien el legislador, debido al tipo de actividad impugnada, ha optado por «penalizar» a la Administración, en la medida en que considera que en estos supuestos se presume la apariencia de buen derecho de la pretensión del demandante, por tratarse de irregularidades flagrantes. A menos que la evidencia mues-

(14) En efecto, el artículo 130 LJ establece que «[p]revia valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». La ponderación de intereses no es un tercer elemento o criterio a aplicar en el juicio cautelar, tal y como se consideró en una jurisprudencia ya superada del Consejo de Estado francés. La ponderación de intereses es un método de valoración de los criterios de los que tradicionalmente se ha servido el juez para adoptar o no una medida cautelar. Dichos criterios, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, se encuentran en la médula de la medida cautelar, toda vez que éstos surgen como un mecanismo para evitar los perjuicios que la mora procesal pueda causar a las situaciones jurídicas afectadas por el proceso. De un lado, el *periculum* se plasma en la ley en el daño constituido por la pérdida de la finalidad legítima del recurso y, de otro, la eventual afectación de la situación jurídica alegada por el recurrente exige un examen sumario de la concurrencia de dicha situación jurídica, es decir, exige adentrarse en la apariencia de buen derecho de la pretensión. Ésta es la opción que parece estar siguiendo la jurisprudencia, y la que tuvo en mente el Ponente en el Congreso de los Diputados de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Jesús LÓPEZ MEDEL [cfr. su monografía *La Elaboración Parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano, 2001, pág. 85]. Una opinión discrepante es la de C. CHINCHILLA, quien considera que la fórmula de la pérdida de la finalidad legítima del recurso remite únicamente al *periculum in mora*. No obstante lo anterior, la autora lamenta la ausencia de una mención expresa del *fumus boni iuris* y considera que, pese a dicha ausencia, el *fumus* ha de ser tenido en cuenta por los Tribunales. En la medida en que este criterio se encuentra en la propia definición de las medidas cautelares, ha de contribuir necesariamente a la valoración del *periculum*. Cfr. C. CHINCHILLA MARÍN, «Medidas cautelares: comentario a los artículos 129 y 130», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, «REDA», 100 (1998), págs. 863 ss. [pág. 871; 875]. Se han de citar, además, otros de los trabajos de esta autora, en los que analiza en profundidad la reforma de las medidas cautelares operada por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 y estudia, en concreto, los criterios de adopción de dichas medidas. Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, «Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa», en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 15 ss.; ibidem, «La tutela cautelar», en J. LEGUINA VILLA/M. SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2.ª ed., 2001, págs. 587 y ss.

tre que no concurren las situaciones a las que viene referido el artículo, la medida cautelar va a ser adoptada, de un modo cuasi automático.

Interesa destacar, además, por cuanto es un dato que presenta relación con el objeto de la sentencia del Tribunal de Justicia aquí comentada, que en el caso de los recursos frente a vías de hecho o inactividad de la Administración cabe solicitar (y adoptar) la medida cautelar antes incluso de la interposición del recurso principal (art. 136.2 LJ). En este supuesto, sin embargo, las medidas continúan estando referidas a un recurso principal. Así, el propio artículo 136.2 establece que decaerán de forma automática las medidas adoptadas a su amparo si quien ha solicitado la medida cautelar no interpone el recurso correspondiente.

A raíz de lo expuesto en líneas precedentes cabe concluir que la instrumentalidad es una de las características que definen las medidas cautelares en el Derecho positivo español actual, en consonancia con la tradición histórica y con las aportaciones doctrinales clásicas (15). Éste es el sentido, además, de ciertas expresiones empleadas por la Ley de 1998, como son las referencias a la garantía de la efectividad de la sentencia (art. 129 LJ) o a la pérdida de la finalidad legítima del recurso (art. 130 LJ), expresiones que remiten una vez más a la accesoriedad de la medida cautelar respecto del proceso principal del que es vicaria. De lo anterior se deduce que el régimen de tutela cautelar ha de construirse, para ser un régimen lógico, respetando las características que definen la estructura de la institución.

2. *La proliferación de los procesos autónomos*

La realidad social y económica actual se encuentra presidida por la nota de la celeridad. A ello se ha de añadir, además, otro dato sociológico, cual es el de la tardanza de la justicia, un fenómeno común a todos los ordenamientos. Si justicia retardada es justicia denegada, resulta necesario recomponer el sistema procesal actual, de manera que determinadas situaciones presididas por una especial urgencia reciban un tratamiento adecuado.

Por esta razón, junto a las medidas cautelares, existen una serie de instrumentos, de importancia creciente, que han hecho su aparición desde diversos frentes: el legislativo nacional, el legislativo comunitario y el jurisprudencial. Se trata de los procesos autónomos y urgentes que, como en el caso de algunas fórmulas nacionales de transposición de las Directivas comunitarias objeto de comentario (16), tratan de resolver un problema concreto planteado en un ámbito material también concreto (17).

(15) La doctrina atribuye la paternidad de esta teoría a CALAMANDREI, quien la desarrolla en *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936, pág. 22.

(16) Es el caso, por ejemplo, del *référé précontractuel* en Francia, al que ya me he referido.

(17) La creciente creación de procesos autónomos de carácter urgente o sumario que satisfagan las necesidades de la tutela judicial efectiva en determinados contextos jurídico-fácticos es un hecho en algunos ordenamientos de nuestro entorno. Sobre esta materia me remito a mi memoria de tesis doctoral, cit., págs. 77 ss. [págs. 119-122]. Ésta fue, además,

Francia dispone de este tipo de instrumentos. En la regulación de los antiguamente denominados «procedimientos de urgencia», y hoy situados bajo un paraguas terminológico común —el *référé*—, coexisten auténticas medidas cautelares junto a procesos autónomos y urgentes. En el primero de los supuestos cabe destacar la suspensión de los actos administrativos, que sólo tiene cabida si existe un previo recurso de anulación o de reforma (18). Por su parte, el denominado *référé-liberté*, un proceso especialmente sumario (se ha de resolver en 48 horas) para la protección de las libertades fundamentales, carece de la característica de la instrumentalidad, ya que el juez se manifiesta sobre el fondo y, en su caso, la resolución tendrá fuerza de cosa juzgada.

También en Portugal, la reciente adopción del Código del Proceso de los Tribunales Administrativos ha permitido la introducción de distintos instrumentos procesales que responden a idénticas necesidades de celeridad. El legislador portugués ha sido consciente de la dispar naturaleza de las instituciones reguladas y por ello ha establecido previsiones propias a cada una de ellas. Así, ha introducido un Título IV, con la rúbrica «De los procesos urgentes» (arts. 97-111), y un Título V, «De los procesos cautelares» (arts. 112-134). Estos últimos responden a una definición que recuerda, como ya indiqué, a la recogida en los artículos 129 LJ y L. 521-3 del Código francés de Justicia Administrativa: «*Quien esté legitimado para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa puede solicitar la adopción de la medida o medidas cautelares, previas o de conservación, que se consideren adecuadas para asegurar la eficacia de la sentencia que se dicte en el proceso*» (art. 112). La Ley portuguesa reproduce la fórmula española del aseguramiento de la sentencia, y alude a las medidas cautelares, que define como previas o de conservación, en un sentido similar al instrumento residual francés conocido como *référé conservatoire*. Además, en el artículo 2 del nuevo Código portugués, el legislador ha estimado oportuno indicar que las medidas cautelares, entendidas en este sentido, forman parte del derecho a una tutela judicial efectiva, aludiendo en esta ocasión a la utilidad de la medida (19), que se equipararía a la efectividad de la sentencia, exigida por el artículo 112. La instrumentalidad, en fin, se pone de manifiesto una vez más en el artículo 113, en el que se afirma que «*[e]l proceso cautelar depende de la causa que tenga por objeto la decisión sobre el fondo del asunto, pudiendo tramitarse de forma preliminar o incidental respecto del proceso principal*».

Por su parte, el Título correspondiente a los procesos urgentes regula dos tipos de cuestiones. Por un lado, las denominadas «intimaciones»,

una de las cuestiones surgidas en los debates del III Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que tuvo lugar en Santander los días 29 y 30 de abril de 2004, y que proporcionó un tratamiento monográfico de la eficacia del contencioso-administrativo y, en concreto, de las medidas cautelares.

(18) Vid. artículo L. 521-1 CJA.

(19) «*[O]btener las medidas cautelares previas o de conservación destinadas a asegurar el efecto útil de la decisión que se adopte*». La utilidad, se ha de recordar, es el criterio que guía la adopción de las medidas cautelares propias del *référé conservatoire* francés.

unos procedimientos caracterizados por una especial urgencia. Su finalidad es proteger, en primer lugar, el derecho a obtener información sobre los procedimientos administrativos y el acceso a los archivos y registros públicos (arts. 104 ss.). En segundo lugar, se garantizan los derechos, libertades y garantías mediante *«la rápida adopción de una sentencia de fondo que imponga a la Administración la realización de una conducta positiva o negativa»*, en los supuestos en que ello resulte necesario y *«al no ser posible o suficiente, en las circunstancias del caso, decretar provisionalmente una medida cautelar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 131»* (art. 109) (20).

Por otro lado, el Título IV recoge previsiones específicas para dos tipos de proceso a los que denomina «impugnaciones urgentes». Se trata del contencioso electoral, que, como establece el artículo 97 en su apartado 2, es *«urgente y de plena jurisdicción»*, así como del contencioso precontractual, que constituye la transposición portuguesa de las Directivas «recursos». Son, como en el supuesto anterior, juicios plenarios, sobre el fondo del asunto, sin que dependan de otro procedimiento considerado principal. Y, también como en el supuesto anterior, el legislador portugués ha previsto un régimen jurídico específico para estos procesos, si bien es cierto que con carácter supletorio se remite a las disposiciones generales que regulan los recursos frente a lo que se denomina «acción administrativa especial».

La distinción entre medidas cautelares y procesos autónomos y urgentes, que, como se ha visto, se ha plasmado ya en recientes reformas legislativas en otros ordenamientos jurídicos, es uno de los elementos clave de la cuestión debatida en este momento. Sin embargo, la cuestión no se afronta de forma directa y dogmáticamente clara. Las alegaciones de la Comisión en el asunto C-214/00 aquí comentado se centran en el carácter accesorio de las medidas cautelares contencioso-administrativas en España, respecto del cual no existían excepciones. Ello resultaría contrario al Derecho comunitario, toda vez que, según la Comisión, de las Directivas se deduce que el tipo de medidas que han de ser adoptadas no exige necesariamente la existencia de un proceso principal o de fondo respecto del cual la medida cautelar haga las veces de instrumento de la efectividad de la sentencia. En este sentido, las medidas cautelares previstas en las Directivas serían medidas autónomas que podrían solicitarse independientemente de la interposición de un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal.

El Gobierno español comparte la apreciación de la Comisión sobre la instrumentalidad de las medidas cautelares en el Derecho interno, pero considera que ello no se opone a lo establecido en las Directivas comunitarias. Así, la necesidad de interponer un recurso sobre el fondo, al que haya de acompañar la medida cautelar en cuestión, no reduce la protección que pretenden garantizar las Directivas. Ello es así, en especial, si se tiene en consideración la ausencia de formalismo que preside la interposición de

(20) Como en el caso francés, también el legislador portugués ha considerado oportuno introducir un proceso autónomo y urgente en materia de protección de los derechos fundamentales.

este tipo de recurso, ya que resulta suficiente con un simple escrito, a reserva de formalizar la demanda con posterioridad. Además, continúa el Gobierno, el propio Derecho comunitario, en el régimen regulador de las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, incorpora esta característica de la instrumentalidad, de manera que resultaría contradictorio exigir su concurrencia en unos casos, pero no en otros. Por último, el Gobierno español realiza una consideración de alcance general, indicando que la accesoriidad es uno de los elementos que definen las medidas cautelares y que su ausencia significaría la destrucción de esta categoría.

III. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL LÉGER

Con estos antecedentes y estas consideraciones cabe adentrarse ya en las Conclusiones del Abogado General en el caso concreto (21), el Sr. Léger, y en el pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

El Abogado General se aparta de la postura del Gobierno español, en la medida en que considera que la accesoriidad no es una característica definitoria de los instrumentos procesales previstos en los artículos 1.1 y 2.1 de la Directiva 89/665/CEE, sino que dichos instrumentos se identifican por su autonomía. El Abogado General centra su discurso en el siguiente razonamiento: *«el sistema establecido por la Directiva sobre recursos tiene por objeto permitir la aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos. La Directiva sobre recursos exige por tanto que los procedimientos de recurso contra las decisiones ilegales de la entidad adjudicadora sean eficaces y rápidos»* (22). De dicha interpretación deduce Léger que las medidas cautelares han de poder adoptarse antes incluso de que se interponga un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal. Concluye Léger afirmando que *«[l]a necesidad de adoptar medidas urgentes y eficaces se compagina mal con la exigencia de interponer un recurso previo sobre el fondo»* (23). Hasta este momento, el Abogado General se ha centrado en la necesaria celeridad que preside los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y la correspondiente respuesta judicial, que ha de ser igualmente rápida en aras a garantizar su efectividad. Insiste, de un modo que retomará el Tribunal de Justicia en la sentencia, en la inconveniencia de la interposición previa del recurso de fondo, ya que ello supondría un menoscabo para la protección jurídica. A pesar de que la argumentación del Abogado del Estado pueda ser aceptable con carácter general desde el punto de vista de la teoría de la justicia administrativa, de la Directiva no se deduce una exigencia de creación de procesos autónomos de respuesta urgente a una determinada situación jurídica.

Para apoyar su argumento, el Abogado General acude a una sentencia

(21) Conclusiones presentadas el 13 de junio de 2002.

(22) Párr. 103 de las Conclusiones.

(23) Párr. 104 de las Conclusiones.

anterior, de 19 de septiembre de 1996, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica* (24), en la que el Tribunal habría sostenido idéntica opinión. Dicha sentencia sorprende por su brevedad, que obedece a la aquiescencia del Gobierno helénico, en la medida en que éste reconoce su incumplimiento. Sin embargo, entiendo que el Abogado General, así como el Tribunal de Justicia en su sentencia, realizan una interpretación errada de la sentencia relativa al caso griego. El Abogado General reproduce en sus conclusiones un párrafo de la sentencia del Tribunal de Justicia de 1996, según el cual «*los Estados miembros están obligados, más en general, a conferir a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso la facultad de adoptar, independientemente de cualquier acción previa, todas las medidas provisionales, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión*» (25). El Abogado General, como decía, reproduce este fragmento, olvidando sin embargo las propias comillas que habían sido introducidas por el Tribunal, e introduciendo un subrayado propio en otra de las frases. En efecto, el Abogado General subraya la expresión «*independientemente de cualquier acción previa*», mientras que el órgano jurisdiccional había insistido en la necesidad de garantizar la aplicación de la medida cautelar de suspensión. El Tribunal trataba con ello de destacar el eje central de la cuestión, que era la existencia en Grecia de un único tipo de medidas cautelares —la suspensión— que, además, como suele ser habitual, al menos en las tradiciones jurídico-administrativas que siguen el modelo francés, había de venir vinculada a un recurso de anulación (26). De hecho, la gran virtualidad del Derecho comunitario fue en su día la modificación del Derecho griego para admitir todo tipo de medidas cautelares en el contencioso-administrativo, cuya solicitud, además, no venía condicionada por el tipo de recurso que se hubiera interpuesto. Se ha de destacar, en fin, que, en el tiempo inmediatamente posterior a la reforma, dichas medidas se admitían únicamente en los supuestos previstos en las Directivas comunitarias, esto es, para los asuntos en los que se hubiera de aplicar el Derecho comunitario. Sin embargo, el sistema se hizo insostenible y hubo de ampliarse su aplicación a todo el contencioso, aun cuando en el conflicto se viera afectado exclusivamente el Derecho nacional (27).

(24) Citada en nota 7.

(25) Párr. 11 de la sentencia de 19 de septiembre de 1996.

(26) En este sentido ha de entenderse el párrafo 10 de la sentencia, que reproduzco a continuación: «*En efecto, procede declarar que, en lo que respecta a la suspensión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, la legislación nacional invocada y, más en particular, el artículo 52 del Decreto Presidencial núm. 18/89 constituyen disposiciones generales relativas al procedimiento de suspensión de la ejecución de un acto administrativo impugnado mediante un recurso de anulación, que no pueden, por sí mismas, garantizar una correcta adaptación del Derecho interno a la Directiva*». Un supuesto similar a esta regulación griega existe en el Derecho francés. V. artículo L. 521-1 CJA, que exige un recurso de anulación o de reforma para poder solicitar la suspensión.

(27) Véase sobre esta cuestión A. KEDIKOGLU, *L'influence du droit communautaire sur le régime de la protection juridictionnelle provisoire dans le droit administratif en France et en Grèce*, memoria de DEA, Universidad Assas-París II.

Por lo tanto, en la sentencia de 1996, al Tribunal le interesa destacar el hecho de que Grecia sólo cuenta con un tipo de medidas cautelares, la suspensión —pese a que al respecto exista una interpretación generosa del Consejo de Estado griego—, suspensión que, además, ha de ir vinculada al recurso de anulación. El Tribunal de Justicia continúa con esta argumentación en los párrafos que siguen al expuesto más arriba, concluyendo que la limitación de la protección jurisdiccional provisional a los procedimientos de suspensión de la ejecución de un acto administrativo contra el que se haya interpuesto un recurso de anulación no puede ser considerada acorde con las exigencias de seguridad jurídica y, por lo tanto, no es conforme con la jurisprudencia comunitaria (28).

Ninguna consideración específica se realiza en la sentencia de 1996 sobre la necesidad de disponer de procesos autónomos que garanticen una rápida resolución sobre el fondo. Únicamente se incluye la salvedad mencionada en el citado párrafo 11, según la cual los procedimientos de recurso que exige la Directiva lo son «*independientemente de cualquier acción previa*». Dicha expresión admite diversas interpretaciones, aun cuando, en ausencia de mayores precisiones, no dejen de ser conjeturas (29). En la medida en que el Tribunal de Justicia estaba analizando la vinculación entre la suspensión y el recurso de anulación, parece lógico entender que, en primer lugar, aludía a la posibilidad de adoptar todas las medidas cautelares necesarias en el caso concreto, independientemente del tipo de acción por el que se hubiera optado. Es decir, la interposición de un recurso de anulación no impedía *a radice* la solicitud de medidas cautelares distintas de la suspensión. En segundo lugar, puede considerarse que, en efecto, el Tribunal estaba indicando que la celeridad exige que no se haya de esperar a la previa interposición de un recurso de fondo para poder solicitar la medida cautelar. Sin embargo, el calificativo «previo» no excluye *per se* la accesoriadad de la medida cautelar en cuestión. Como sucede en España con las medidas provisionalísimas reguladas en el artículo 136.2 LJ, es posible solicitar una medida cautelar y, con posterioridad, interponer el correspondiente recurso. Con ello cabe concluir que la sentencia *Comisión c. Grecia* admite diversas interpretaciones que, además, a la luz del caso concreto que se había de resolver, parecen alejarse de la opinión vertida por el Abogado General en sus Conclusiones.

Ello no obstante, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Comisión c. República Helénica* sirve de sustento a Léger a la hora de declarar la incompatibilidad del Derecho español con el Derecho comunitario. La necesidad de contar con todas las medidas de urgencia que permitan corregir y subsanar las ilegalidades cometidas por la entidad adjudi-

(28) Cfr. párr. 14 de la sentencia de 19 de septiembre de 1996.

(29) A ello se añade el peligro de la interpretación literal en el contexto plurilingüe del Derecho comunitario. Sobre esta cuestión, v. en general A. CALOT ESCOBAR, «Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva. La necesaria desconfianza ante la falsa claridad de las normas comunitarias (los malos entendidos de un derecho plurilingüe)», en *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva*, CGPJ/Gobierno Vasco, Vitoria, 1995, págs. 261 ss.

cadora a lo largo del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trata resultaría, a juicio de Léger, incompatible con la exigencia de interponer un recurso previo sobre el fondo contra la decisión ilegal.

El Gobierno español, como se vio, había alegado que, al margen de lo establecido en el régimen especial de tutela cautelar para la inactividad y la vía de hecho (art. 136 LJ), la obligación de interponer el recurso puede solventarse mediante la presentación de un mero escrito sin motivar en el que el recurrente anuncia su intención de impugnar la decisión y señala cuál va a ser el objeto de la demanda. Si bien en ciertos supuestos se admite la interposición directa de la demanda, sin necesidad de escrito previo, ello constituye una facultad en manos del demandante y sólo en determinados recursos específicos, como en el contencioso-electoral, una obligación (30). Nótese que este último supuesto, el contencioso-electoral, es tratado en otros ordenamientos jurídicos como un proceso urgente y autónomo, dotado de un especial régimen normativo. Éste es el caso, como ya se indicó, del Derecho portugués, cuyo Código del Proceso de los Tribunales Administrativos distingue entre procesos autónomos y medidas cautelares, e incluye el contencioso-electoral y el contencioso precontractual entre los primeros. Esta necesidad de urgencia, apreciada por igual en el ordenamiento jurídico español, se manifiesta aquí mediante la excepción a la regla del escrito de interposición.

Ante dicho sistema, el Abogado General afirma que *«confies[a] no comprender la razón de ser de dicha "mera formalidad" a la que el legislador español da sin embargo una importancia especial. En efecto, [le] parece desproporcionado supeditar la aplicación efectiva de la Directiva en lo referente a dicho extremo al cumplimiento previo de una mera formalidad»* (31). Al margen de otras cuestiones que han surgido o surgirán en el presente comentario, y al margen de compartir o no el tenor general de la condena al Estado español (32), considero que esta «confesión» del Abogado General reproduce el espíritu que, a mi entender, ha presidido la presente sentencia del Tribunal de Justicia. Surgen dudas respecto al grado de aprehensión que del funcionamiento del contencioso-administrativo español, y con él de las medidas cautelares, han alcanzado el Abogado General y el Tribunal de Justicia; ninguno de los dos se ha adentrado en el auténtico significado del Derecho positivo y en su interpretación por la jurisprudencia, sino que se han limitado a realizar afirmaciones de carácter general, en ausencia, además, de una dogmática clara sobre la tutela cautelar. En el aspecto concreto relativo al escrito de interposición, aun cuando dicho requisito se hu-

(30) Sobre estas cuestiones, cfr., por todos, P. SALA SÁNCHEZ, «La iniciación del proceso contencioso-administrativo», en V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA/P. SALA SÁNCHEZ, *Derecho Procesal Administrativo*, CEURA, Madrid, 2001, págs. 79 ss.

(31) Párr. 113 de las Conclusiones.

(32) Como he indicado en otros apartados del presente comentario, la creación de procesos autónomos y sumarios presenta una necesidad imperiosa en determinados ámbitos jurídico-materiales. Ello no justifica, sin embargo, que se distorsionen las categorías jurídicas, por cuanto ello no redundaría sino en una indeseable inseguridad jurídica. A los Altos Tribunales se habría de exigir, por ello, una claridad dogmática que garantice dicha seguridad.

biera considerado abusivo de cara a garantizar una tutela judicial efectiva, el análisis del Derecho procesal administrativo español hubiera debido ser más prolijo. Sólo de esta manera se comprende el auténtico sentido, la virtualidad, de las instituciones. Las diferencias entre el proceso civil y el proceso administrativo, la necesidad de acceder al contenido del expediente administrativo, para de esta manera preparar la demanda en los términos que resulten más convenientes para el justiciable, no son siquiera mencionadas ni en las conclusiones del Abogado General ni, mucho menos, en la sentencia del Tribunal de Justicia. La distinción entre las medidas cautelares y los procesos autónomos y urgentes, la justificación de la supuesta opción de la Directiva por estos últimos, no han sido apenas esbozadas en ninguno de los dos textos, las Conclusiones y la sentencia.

Por último, el Abogado General indica que, con carácter general, no cabe pronunciarse en este momento sobre la adecuación del Derecho español a las exigencias comunitarias en materia de tutela cautelar derivadas del modelo elaborado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia (33). Ello es así porque la Directiva 89/665/CEE incorpora un régimen específico en materia de contratación pública que, en tanto que ley especial, deroga la normativa general (34).

IV. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal de Justicia se supedita a lo establecido por el Abogado General e insiste en la urgencia que preside la resolución de los recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (35), refiriéndose a continuación a la sentencia *Comisión c. Grecia* (36). Insiste, por tanto, en la incompatibilidad del Derecho español con las exigencias comunitarias, debido a la exigencia de la interposición de un recurso previo sobre el fondo al que acompaña la medida cautelar solicitada (37). Por último, concluye el Tribunal afirmando que «[e]sta apreciación no queda desvirtuada por el hecho de que, en el marco de la suspensión en vía judicial, el recurso pueda interponerse mediante un simple escrito y que la demanda pueda formalizarse con posterioridad a la solicitud de la medida cautelar, dado que la exigencia de que se cumpla previamente una formalidad de este tipo tampoco puede considerarse compatible con las prescripciones de la Directiva 89/665, tal como fue-

(33) Recordemos que el Derecho comunitario sobre tutela cautelar se ha desarrollado a raíz de diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia, desde la conocida sentencia *Factortame* [sentencia de 19 de junio de 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros*, as. C-213/89, Rec. 1990, pág. I-2433]. Con su jurisprudencia, el Tribunal ha establecido unos requisitos que han de ser tenidos en consideración por los jueces nacionales en la aplicación del Derecho comunitario. Entre estos requisitos destaca la observancia de la jurisprudencia en materia cautelar del propio Tribunal, que ha de servir como modelo en los Estados.

(34) Párr. 114.

(35) Párr. 96.

(36) Párr. 98.

(37) Párr. 99.

*ron precisadas en la sentencia Comisión/Grecia, antes citada» (38). Resulta cuanto menos curioso que el Tribunal sólo aluda a la suspensión y no a otras medidas cautelares. Además, es criticable que el Tribunal no se adentre en la explicación sobre la insuficiencia del mecanismo español plasmado en el famoso simple escrito. El Abogado General «confesó» que no comprendía dicho sistema. Al Tribunal de Justicia se le hubiera debido exigir que lo aclarara en cierta manera, para adoptar una resolución en consecuencia. La remisión genérica a la sentencia *Comisión c. Grecia* no resulta de recibo, por cuanto las características del presente caso presentan unas peculiaridades que hubieran merecido un estudio más detallado.*

Concluye el Tribunal de Justicia condenando al Reino de España por haber *«incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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 suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular: [...] al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora».*

V. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

El legislador español ha incorporado una serie de modificaciones al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio— a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003. Dichas modificaciones, operadas por el artículo 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, afectan al apartado 1 del artículo 2 de la Ley de Contratos (apartado Uno del art. 67), así como a la Disposición Adicional Sexta de dicha Ley (apartado Dos del art. 67). En ambos supuestos se trata de reformas referidas a la primera de las cuestiones litigiosas ventiladas en la sentencia, a saber: el ámbito subjetivo de la Ley de Contratos y, en concreto, la necesaria ampliación del concepto de entidad adjudicadora a las sociedades de Derecho privado que reúnan las condiciones indicadas en la sentencia del Tribunal de Justicia (39).

(38) Párr. 100.

(39) Cfr. nota 9. Los apartados Cuatro y Cinco del artículo 67 de la Ley 62/2003 se refieren, respectivamente, a la aplicación, en el régimen general de la contratación pública, de determinadas disposiciones relativas a las competencias de las Administraciones Públicas en las reclamaciones formuladas en el contexto de los denominados «sectores excluidos» —esto es, el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones—, y al carácter básico de los preceptos modificados.

Por otro lado, el apartado Tres de dicho artículo 67 incorpora un nuevo artículo 60 bis en la Ley de Contratos, que innova el régimen de las medidas cautelares en un sentido pretendidamente acorde con el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, y que reza como sigue:

«1. Los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Esta solicitud podrá formularse con independencia de que se interponga el recurso correspondiente.

2. Serán órganos competentes para adoptar, en su caso, tales medidas provisionales los que lo sean para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase.

3. El plazo para solicitar la adopción de las medidas citadas será de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa.

Contra dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquéllas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida».

La solución adoptada por el legislador es, de un lado, en cierta manera ambigua y, de otro, presenta el peligro de la atomización de la tutela cautelar, al que algunos autores se han referido en su estudio de otros ordenamientos jurídicos (40).

(40) V. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C. H. Beck, Munich, 4.ª ed., 1998, págs. 6 ss.; F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Von Decker, Heidelberg, 1988, págs. 36 ss. La atomización alude a la convivencia de sistemas de tutela cautelar diferenciados en función del ámbito material al que vengán referidos. Así, en Alemania el fenómeno ha cobrado ya tintes rayanos en lo esquizofrénico, toda vez que el estudio de la tutela cautelar exige atender a cada uno de los sectores del ordenamiento a los que viene referida. Esta situación ha sido criticada por los autores mencionados y ha llevado a SCHOCH a proponer un esquema teórico común para todos los instrumentos cautelares, basado en el concepto de «distribu-

La ambigüedad deriva de los siguientes datos. En primer lugar, se afirma que la solicitud puede formularse con independencia de que se interponga el recurso (de fondo) correspondiente. Sin embargo, a continuación se indica que el único recurso frente a la decisión adoptada por quien haya de resolver la solicitud de tutela cautelar es el que, en su caso, se interponga contra las resoluciones dictadas en el procedimiento principal. De forma consciente o inconsciente, el legislador continúa aferrándose al modelo histórico de accesoriadad, de instrumentalidad de las medidas cautelares, pese al tenor de la sentencia del Tribunal de Justicia.

En segundo lugar, el legislador ha optado por no precisar de qué tipo de medida cautelar se trata, esto es, si es una medida cautelar administrativa o judicial. Las Directivas comunitarias no aluden a esta cuestión, pero la garantía judicial es la cláusula de cierre del sistema en todo caso (41). Además, el propio Tribunal de Justicia tiene en mente un sistema jurisdiccional, y no administrativo, de protección de urgencia en el ámbito material afectado por la sentencia. Así, no entra a analizar la adecuación de las medidas provisionales adoptadas en el procedimiento administrativo —a pesar de citar expresamente el artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (42)—, sino que se centra en las que considera deficiencias de la tutela cautelar judicial (43).

A pesar, como señalaba, de que la Ley no se pronuncia a favor de ninguna de ambas opciones, administrativa o judicial, está proponiendo un sistema de medidas cautelares adoptadas en el contexto del procedimiento administrativo. Así, alude a las medidas provisionales, término que, por oposición al de medidas cautelares, suele (es cierto, sólo «suele») referirse a este tipo de medidas en los supuestos en los que son adoptadas por la Administración. Además, el apartado 3 del artículo 60 bis incorpora un plazo de diez días de silencio negativo. Si en dicho plazo no ha recaído resolución expresa, la solicitud ha de entenderse denegada. Es claro que una

ción de riesgos». En general, sobre la tutela cautelar en Alemania, v. en castellano M. BACIGALUPO SAGGESE, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, núm. 128 de esta REVISTA (1992), págs. 413 ss. Una situación similar se detecta en Francia, ya que la legislación especial ha generado un sistema de recursos propio para determinados ámbitos materiales, previendo en este contexto medidas cautelares específicas para dichos ámbitos (*ad ex* en materia fiscal o audiovisual, así como en lo relativo a los contratos de las instituciones sanitarias públicas, a ciertos supuestos relacionados con la organización pública del deporte, o a los planes de ordenación del territorio respecto de los cuales no se ha elaborado una evaluación de impacto ambiental). Este complejo conglomerado ha sido incorporado acertadamente por el legislador francés al Código de Justicia Administrativa, en vigor desde el 1 de enero de 2001, contribuyendo de esta manera a garantizar la seguridad jurídica «en un mundo de leyes desbocadas» [cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999: el autor propone en esta obra la codificación para paliar los problemas de inseguridad jurídica generados por la prolífica producción normativa que caracteriza a las sociedades modernas].

(41) A este dato, cuya plasmación positiva es el artículo 2.8 de la Directiva 89/665/CEE, me referí más arriba.

(42) Por ejemplo, en el párr. 82, que reproduce las alegaciones de la Comisión.

(43) Cfr. párr. 99, como conclusión de los anteriores y antesala del fallo.

previsión de estas características no puede tener lugar si quien ha de resolver es un órgano jurisdiccional. En fin, dado que con estas medidas que el legislador ha denominado «provisionales» en realidad se pueden estar adoptando resoluciones que afecten al fondo del asunto (44), la ausencia de recurso prevista en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 60 bis podría plantear problemas desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva.

El sistema jurisdiccional español de respuesta urgente a determinados complejos jurídico-materiales (en concreto, en la contratación pública) resulta insuficiente, tal y como el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA viene denunciando entre nosotros desde algunos años. Como indica este autor en su comentario a la sentencia de 15 de mayo de 2003, «[l]a pretensión del Gobierno español de que eran suficientes las reglas existentes sobre medidas cautelares era notoriamente absurda» (45). En efecto, las reglas existentes en aquel momento no eran suficientes para el objetivo perseguido, y es de temer que tampoco lo sean las recientemente aprobadas, en especial si no se realiza un esfuerzo para distinguir con claridad dos instituciones hermanas, pero diferentes: las medidas cautelares y los procesos autónomos y sumarios. Ambas son necesarias en el contexto social y económico actual, pero su configuración técnica difiere necesariamente. La ambigüedad del régimen incorporado en el artículo 60 bis de la Ley de Contratos es posible que logre salvar su existencia, pero la práctica mostrará cuál es su aplicación, e indicará si dicha aplicación se adecua a las necesidades de una tutela judicial efectiva.

(44) Esto es lo que indica el Tribunal de Justicia en su sentencia de 15 de mayo de 2003, al afirmar en el párrafo 99 que las medidas han de ser, en su caso, adecuadas «*para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras*». Con estas medidas, por tanto, quien haya de adoptarlas puede corregir las infracciones, algo que en ciertos supuestos podría conllevar la resolución de determinados aspectos de la cuestión litigiosa.

(45) Pág. 422.