

**Enrique  
Díaz  
Bravo\***

**Universidad de  
Sevilla**

ediaz8@us.es

Recibido: 10.04.2023

Aceptado: 30.05.2023

## **La tutela jurisdiccional efectiva en el Derecho europeo y su proyección orgánica y funcional en la contratación pública**

### **Effective judicial protection in European law and its organic and functional projection in public procurement**

**Resumen:** Los derechos e intereses legítimos de las personas requieren de ordenamientos que cuenten con instituciones, principios y normas que los protejan y garanticen frente a vulneraciones que los afecten, todo ello por medio de procedimientos rápidos, eficaces y oportunos, realizados por órganos imparciales e independientes, es decir que materialicen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Dicho derecho forma parte de los cimientos civilizatorios de los Estados democráticos de Derecho, y especialmente en la Unión Europea se garantiza en su estructura institucional supranacional mediante el accionar de la Comisión Europea, en forma indirecta, y por medio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, todo ello aplicando una serie de instrumentos que recogen de forma específica dicho derecho, como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es este trabajo se examinan aspectos orgánicos y funcionales de la Comisión y del Tribunal de la Unión Europea con el objeto de visibilizar la conexión entre derecho formal y derecho material en el ámbito de la contratación pública.

**Palabras clave:** tutela jurisdiccional efectiva; contratación pública; Unión Europea; tribunal de justicia; Comisión Europea.

**Abstract:** The people's rights and interests require a legal system that has institutions, principles and regulations that protect them and guarantee them against violations, all through fast, effective, and timely procedures, carried out by impartial and independent bodies, is say that they materialize the right to effective jurisdictional protection. Said right is part of the civilizing foundations of a democratic state based on the rule of law, and especially in the European Union it is guaranteed in its supranational institutional structure through the actions of the European Commission -indirectly- and through the Court of Justice, all this applying a series of instruments that specifically include this right, as in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In this work, organic and functional aspects of the Commission and the Court of Justice are examined in order to make visible the connection between formal law and substantive law in the field of public procurement.

**Keywords:** Right to an effective remedy; public procurement; European Unión Court of Justice; European Commission.

\* Profesor e Investigador Postdoctoral "María Zambrano" (contrato financiado por la Unión Europea-NextGenerationEU), Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha, acreditado como profesor contratado doctor por la ANECA. Director ejecutivo de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9355-0009>

Los ordenamientos jurídicos democráticos se caracterizan por contener un conjunto de previsiones mínimas de garantía de los derechos de las personas, configurando así los derechos en materiales o materializables, y no únicamente en aclamaciones puramente formales sin correlación con la realidad característica del tránsito del Derecho como declaración política hacia el Derecho como garantía constitucional, o como ha dicho Pérez (2018, p. 277) los derechos no pueden estar “desconectados de los mecanismos idóneos para hacerlos cumplir”. Esta es una de las características del Derecho democrático, el derecho con su correspondiente y correlativa garantía, lo que permite un doble efecto virtuoso, por una parte, proyectar la dignidad de las personas con un contenido material que se traduce en la protección de sus derechos, y por otra, controlar la acción del Estado someténdola al imperio del Derecho.

La relevancia de la existencia de mecanismos normativos adjetivos que aseguren el respeto y la protección sustantiva de los derechos de las personas en un sistema multinivel como es el supranacional de la Unión Europea, en adelante «UE», le compete tanto a los órganos nacionales como a los supranacionales, donde estos últimos son llamados especialmente para controlar y también para dar amparo a los afectados por situaciones de incumplimientos del Derecho nacional y también del Derecho comunitario, de modo que los nacionales de los Estados miembros cuentan con un doble protección, la que permitirá alcanzar con mayor eficacia los fines de la propia UE.

Así, en el ámbito supranacional, el Tratado de la Unión Europea dispone la existencia de una serie de instituciones que le permitirán alcanzar sus objetivos, especialmente, para estos efectos, el de garantizar la aplicación de sus normas y defender a sus ciudadanos<sup>1</sup>, de modo de garantizar el derecho/principio a la tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial contenido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se encuentra en estrecha vinculación con el artículo 19 del Tratado en comentario que, como sostiene Moya (2017, p. 408), es una “norma que impone a los Estados miembros establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos del Derecho de la Unión.”

La premisa anterior del sistema se torna evidente en el ámbito de la contratación pública, ya que dos de las instituciones del entramado de la Unión Europea cobran especial importancia, ellas son la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ambas constituyen una especie de foros de contratación pública con distintos alcances, ya que la Comisión tiene el carácter de foro administrativo y el Tribunal de Justicia es de carácter jurisdiccional, pero ambos tienen un elemento en común que consiste en que a través de las herramientas/competencias que el ordenamiento comunitario les ha atribuido, tienen el poder-deber de resguardar y garantizar el cumplimiento del Derecho europeo en materia de contratación pública.

## 1. La tutela jurisdiccional efectiva como marco estructurante del sistema

El derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho fundamental que es parte de los mínimos estructurales del Estado democrático de Derecho, y que permite que toda persona recurra al Estado para obtener auxilio y protección de sus derechos, es este sentido es un poder

jurídico para proteger los derechos subjetivos y los intereses legítimos de las personas para que los órganos que ejercen jurisdicción, en un sentido amplio y no únicamente judicial, conozcan y resuelvan en forma oportuna e imparcial y en conformidad al Derecho los conflictos jurídicos alegados

<sup>1</sup> El artículo 17, N° 1, del TUE sostiene que: “1. La Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones. Las instituciones de la Unión son: El Parlamento Europeo, El Consejo Europeo, El Consejo, La Comisión Europea (denominada en lo sucesivo «Comisión»), El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, El Banco Central Europeo, El Tribunal de Cuentas.”

por el requirente, todo por medio de un procedimiento racional y justo.

Como primer y fundamental antecedente, se debe tener en consideración que es la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la que en tres de sus disposiciones proyecta la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho humano con los consiguientes efectos que ello tiene tanto como principio y regla en los ordenamientos jurídicos democráticos. Ello se concreta en el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 7); el derecho a un recurso efectivo para proteger los derechos fundamentales (artículo 8); y, en el derecho a ser oído por un juez imparcial e independiente (artículo 10).

El segundo de los instrumentos jurídicos relevantes es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) la que expresamente consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial en su artículo 47, disponiendo a la letra:

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

En el ámbito de la contratación pública es de tal relevancia lo dispuesto por la Carta de Derecho que la propia Directiva 2007/66/CE<sup>2</sup> de recursos en su considerando N° 36 sostiene que ella:

respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En

concreto, la presente directiva pretende garantizar el pleno respecto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta.

Es relevante tener en consideración que la naturaleza del órgano que conocerá y resolverá sobre los requerimientos que formulen las personas no se agota únicamente en los órganos pertenecientes al poder judicial, o dicho de otra forma, el derecho a la tutela no es únicamente judicial sino que jurisdiccional (Razquin y Vázquez, 2017, p. 408), ampliándose a todos aquellos que cumplen con una serie de elementos que han sido reiterados en diversos pronunciamientos por parte del TJUE, tales como se ponen de manifiesto en la sentencia del Asunto C-103/97, Köllensperger y Atzwanger:

(17) A este respecto, hay que recordar que, según una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia<sup>3</sup>.

La amplitud de las garantías del derecho a tutela jurisdiccional como categoría jurídica (principio/derecho) puede ser vista también en el derecho a una buena administración, que se encuentra consagrado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), el que determina que:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte

<sup>2</sup> Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

<sup>3</sup> Asunto C-103/97. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de febrero de 1999. Josef Köllensperger GmbH & Co. KG y Atzwanger AG contra Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz.

desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Es decir, los contenidos esenciales del derecho a tutela, haciendo una relación entre los derechos a una buena

administración y al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, se refieren esencialmente al derecho de toda persona a ser oída dentro de procedimiento justo y oportuno, a que el órgano motive sus decisiones lo que lo dota de legitimidad jurídica y, que por medio de sus decisiones se restablezca el imperio del Derecho reparando en los casos que corresponda, todo lo que resulta aplicable tanto para los órganos administrativos como para los órganos propiamente judiciales.

En este trabajo se efectuará una mirada del modelo orgánico y funcional de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia de la UE, desde la óptica de la contratación pública y su consideración de foros de tutela para el amparo y protección del Derecho de la UE con el objeto de proteger los derechos e intereses de sus ciudadanos.

## 2. El procedimiento correctivo y prejudicial ante la Comisión Europea

En el entramado normativo europeo encontramos que el Tratado de la UE, en adelante «TUE», establece que la Comisión Europea, en lo sucesivo «CE» deberá velar por la aplicación de las normas europeas, y las medidas adoptadas en virtud de su aplicación (art. 17 TUE), para lo cual supervisará el Derecho europeo bajo el control del TJUE.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante «TFUE», (art. 258<sup>4</sup>, ex art. 226), establece un procedimiento de carácter prejudicial, para asegurar el cumplimiento del derecho comunitario, lo que constituye una expresión de la potestad general de intervención de la Comisión en caso de infracción a las normas comunitarias<sup>5</sup>, procedimiento que tiene como fin representar al Estado miembro la infracción otorgándole la oportunidad, por una parte, para que por sí mismo pueda corregir y rectificar su actuación para que se ajuste a Derecho; o bien, por otra

parte, para que haga presente a la CE sus descargos, alegaciones y defensas respecto del actuar que ha sido objeto del reparto<sup>6</sup>.

La actuación de la CE bajo este procedimiento, como identificaba Craig (2011, p. 408), es en parte, una forma de solución amistosa sin recurrir a un procedimiento judicial, en parte, un mecanismo para que los individuos puedan presentar quejas a la CE respecto de incumplimientos al derecho comunitario, y, en parte, una herramienta de aplicación del derecho en manos de la Comisión, sentido sobre el que coincidía Trepte (1993, pp. 211-212).

Dicho lo anterior, y a la luz del análisis de las normas relativas al procedimiento infraccional de carácter general de la CE es fácilmente identificable que este solo puede ser iniciado de *motu proprio* por la CE, ya sea por haber actuado de oficio, o bien por iniciativa o requerimiento de

<sup>4</sup> Inc. 1º: “Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.”

<sup>5</sup> Véase Asunto C-570/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. Symvoulio Apochetefseon Lefkosias contra Anatheoritiki Archi Prosforon. Petición de decisión prejudicial: Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias – Chipre. Apartado 34.

<sup>6</sup> Véase Asunto C-394/02. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de junio de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica.

un particular, quien puede efectuar una comunicación a la Comisión –pero no forzarla a actuar– indicando la existencia de una supuesta infracción al Derecho comunitario por parte de un Estado nacional, dicha comunicación puede ser formal o informal, principalmente será informal en aquellos casos en que el denunciante estime que su relación con el poder adjudicador puede verse dañada.

En lo que respecta el rol que les cabe a los particulares en los procedimientos ante la CE, como denunciantes, existen opiniones disimiles. Así, es posible encontrar la opinión de Craig (2011, p. 410), quien ha sostenido que, a pesar de que las quejas o comunicaciones de los particulares sean en la mayoría de los casos imprecisas, generalmente ofrecen elementos para detectar y perseguir los incumplimientos del derecho comunitario. Por otra parte, algunas opiniones, entre las que destaca la de Arrowsmith (1999) han sido contrarias a la posibilidad que los particulares efectúen comunicaciones o denuncias ante la CE, atendido que el mejor foro de protección de los derechos de los particulares es en los ordenamientos internos.

Coincidiendo con el análisis que realizaba Trepte (1993, p. 208), la posibilidad de mantenerse en reserva o anónima la identidad del denunciante particular ante la CE, de modo que el Estado supuestamente infractor no pueda enterarse de quien efectuó la denuncia, se ve más bien limitada a aquellos casos en que la infracción es de carácter general, y no responde a un incidente aislado y específico, donde sí sería *rastreable* el denunciante. Sin embargo, por una parte, las comunicaciones o denuncias informales, donde no se conoce la identidad del denunciante, pueden proteger los intereses de los particulares en determinados casos; pero también puede, por otra parte, afectar al mismo denunciante que ha buscado mantener en secreto o reserva su identidad, puesto que si la CE requiere mayores antecedentes o evidencias no podrá contactarlo. Del mismo modo, no será posible mantener informado al denunciante informal sobre el estado de avance de su comunicación, lo que es un derecho para todos aquellos que formulen denuncias formales ante la CE.

En consonancia con lo anterior, se ha sostenido en estudios sobre la UE (E. Communities, 1997, pp. 87-88) que, el acceso por parte de sujetos particulares a la Comisión, a fin de que inicie un procedimiento contra un

Estado miembro, ha ido en aumento ya que tiene, al menos tres particularidades: 1. Se mantiene el anonimato del particular; 2. Es gratis; y, 3. En muchos casos se alcanza un acuerdo entre la CE y el Estado miembro reclamado. Mientras que la desventaja es el tiempo de resolución del asunto, 20 meses en promedio.

Ahora bien, el procedimiento infraccional general, de carácter correctivo y prejudicial es comandado por la CE, como guardiana del Tratado, a fin de resguardar la legalidad del derecho supranacional europeo, pudiendo constituir una instancia previa al TJUE, a fin de corregir las infracciones detectadas por la Comisión, frente a la infracción de toda norma comunitaria, incluyendo las de contratación pública (en este sentido véase: (Trybus *et al.*, 2014, p. 353).

Procedimentalmente, cuando la CE estime que se ha producido una infracción, por parte de un Estado miembro del Derecho comunitario, podrá requerirle, a través de una *notificación formal*, que corrija o explique la situación de incumplimiento, y una vez escuchado el estado requerido, la CE emitirá un *dictamen motivado*, donde expresará las brechas o incumplimientos que existen de la normativa reguladora, las medidas que el Estado miembro debe cumplir para corregir dichas infracciones, y el plazo dentro del cual se debe verificar la actuación correctiva, que, usualmente, será de dos meses.

En caso de que el dictamen no sea adoptado por el Estado infractor, se faculta a la CE para recurrir al TJUE, transitando desde una etapa prejudicial preventiva a la etapa judicial represiva. Para ello, la CE puede iniciar el denominado procedimiento de recurso de incumplimiento ante el TJUE, el que tiene el carácter de declarativo, para el cual no requiere demostrar un interés específico, sino que, al actuar en protección del interés general por medio de la cautela del Derecho comunitario, su propia posición en el ordenamiento supranacional legitima su actuar, lo anterior ha sido expresamente aclarado por Moreno (2010, p. 71) al sostener que: “...las acciones ejercidas sobre la base del art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la UE tienen una naturaleza puramente declarativa.”

En dicho procedimiento, la CE puede solicitar la dictación de medidas provisionales al TJUE, sobre las que se trata más adelante, con objeto de asegurar la eficacia del recurso, y como se ha dicho anteriormente, no se consoliden

situaciones irreversibles. Al constituir una expresión de las facultades discrecionales de la CE, el procedimiento puede ser dado por finalizado siempre que la Comisión lo estime, tal como explica Pachnou (2003, pp. 12-13), ya sea porque ha estimado que el caso no tiene suficiente relevancia o bien, por no disponer de suficientes recursos para proseguir, atendido que debe priorizar otros, el punto de no retorno del procedimiento es una vez se ha presentado el recurso de incumplimiento al TJUE.

Ahora bien, en materia de contratación pública, el Derecho comunitario ha regulado específicamente el rol de la CE, ya que, sin perjuicio de las facultades generales establecidas en el art. 258, el actuar de la Comisión ha sido tratado en forma especial en la Directiva 89/665, estableciéndose un procedimiento correctivo especial en materia de contratación pública. Dicho procedimiento se caracteriza, principalmente, porque la CE puede iniciar el procedimiento correctivo especial, siempre y cuando, considere que un Estado miembro ha incurrido en una infracción clara y manifiesta de las normas reguladoras de un procedimiento de adjudicación, todo ello previo a la celebración de un contrato.

Así las cosas, nos enfrentamos a un foro de tutela de legalidad, donde la CE puede observar a cada Estado miembro que se encuentre en una situación de infracción de la normativa comunitaria, las circunstancias que, a su juicio, lo sitúan en dicha situación infraccional del derecho europeo, con el objeto de que se tomen medidas, para la rápida corrección de toda infracción<sup>7</sup> previa a la suscripción del contrato.

Este foro de legalidad es un foro administrativo correctivo, de carácter especial, precontractual (Moreno y Pleite, 2007, p. 46) y, del mismo modo es un foro preventivo a la etapa jurisdiccional ante el TJUE o prejudicial, ya que, frente a la respuesta insatisfactoria del Estado miembro requerido, o bien del incumplimiento de lo acordado, es la CE que elevará los antecedentes al TJUE para que este resuelva sobre la cuestión.

No resulta banal efectuar un apunte sobre la existencia de este procedimiento correctivo especial, atendido que la CE ya cuenta con la posibilidad de iniciar un procedimiento correctivo de carácter general, según lo dispuesto en el art. 258 previamente tratado, pero aun así, la UE ha tomado la decisión de establecer un procedimiento correctivo, preventivo y especial, para la contratación pública a cargo de la Comisión, que como hemos visto, debe ser invocado *antes de la celebración de un contrato*, como indica el art. 3. 1. de la Directiva 89/665, por ello la implicación que la CE tiene con la contratación pública es estrecha, jugando un papel relevante en la rápida prevención de las infracciones que en el ámbito del Derecho comunitario pueden ocurrir, constituyendo un complemento a las funciones de corrección de la legalidad, que ejerce la CE ordinariamente, tal como lo ha dicho el TJUE al tratar sobre el procedimiento especial contemplado en la Directiva, cuando ha sostenido que:

constituye una medida preventiva que no puede contravenir ni sustituir las competencias que corresponden a la Comisión en virtud del artículo 169 (ex 226, actual 258) del Tratado. Esta última disposición confiere, efectivamente, a la Comisión la facultad discrecional de recurrir al Tribunal de Justicia cuando estime que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado y que el Estado miembro de que se trate no se atiene al dictamen motivado de la Comisión<sup>8</sup>.

En otro orden de cosas, resulta interesante revisar el desarrollo normativo respecto del rol y las facultades que se pretendieron otorgar a la CE, durante la discusión de la Directiva en el seno de la UE, principalmente porque originalmente se contemplaba que la CE tuviera facultades para suspender el procedimiento de contratación pública, en caso de urgencia, por un periodo de tres meses máximo por motivos tales como la falta de publicidad de la licitación en el diario oficial de la UE, que las condiciones del llamado a licitación fueren contrarias al derecho comunitario, o bien, que se hubiere producido la exclusión de un oferente

<sup>7</sup> Véase Considerando N° 8, Directiva 89/665/CEE.

<sup>8</sup> Asunto C-359/93. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 1995. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos.

Mismo criterio ha sido sostenido también en la sentencia del Asunto C-394/02. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de junio de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica.

con violación a las reglas comunitarias, así lo disponían, como identificaba Hebly (2011, pp. 227-228), los artículos 4 y 5 de la Propuesta de la Comisión Europea, COM (88) 733 final - SYN 89.

Dicha propuesta, finalmente fue rechazada y sustituida por el texto aprobado en la Directiva 89/665, atendido que el Consejo de la UE sostenía que la facultad de suspender el procedimiento por parte de la CE era desproporcionado y se apartaba del objetivo buscado, siendo que una suspensión de este tipo, además de duplicar funciones con los órganos nacionales, podría acarrear serias consecuencias económicas, de modo que se proponía un sistema de estrecha cooperación entre la CE y los Estados miembros, de modo de corregir las eventuales infracciones al Derecho comunitario. Este punto es muy relevante de destacar, ya que el principio de proporcionalidad especialmente aplicado a la contratación pública implica como ha explicado Moreno en que “toda medida que se adopte debe ser a la vez necesaria y apropiada al fin perseguido... requiere también que se concilien competencia y equilibrio financiero” (2006, p. 66).

### 2.1. La actuación de la Comisión Europea en torno a la directiva de Recursos

La competencia de la CE fue específicamente regulada en la Directiva 89/665, cuando se disponía que esta tendría la facultad de iniciar el procedimiento correctivo, contemplado en el art. 3 de la Directiva en comento, cuando estimare que en el procedimiento de adjudicación de un contrato se hubiera cometido una *infracción clara y manifiesta* de las normas europeas reguladores en materia de contratos públicos, regulados por las directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE, vigentes en aquel entonces.

Se estableció como procedimiento, que la CE efectuaría una notificación al Estado miembro y a la entidad pública o poder adjudicador, que llevaran adelante el procedimiento de contratación. En la comunicación de este *procedimiento sumario* como lo denominó Samaniego (1990, p. 410), la CE debería explicar las razones por las cuales, a su juicio, se estaba cometiendo una *infracción clara y manifiesta*

a la normativa comunitaria, solicitando, en virtud de ello, su corrección.

Así, el Estado nacional debería responder, dentro del plazo de veintidós días una vez recibida la notificación, pudiendo responder: 1. confirmando la corrección de la infracción; 2. indicando que no se ha corregido y los argumentos fundados de dicha posición, ello basado en la existencia de un procedimiento pendiente en el ordenamiento nacional; o bien, 3. indicando que el procedimiento de adjudicación ha sido suspendido de acuerdo con las facultades que establece la Directiva. En todo caso, deberá el Estado miembro comunicar todo cambio en el estado de cosas a la CE.

La Comisión al iniciar un procedimiento, tiene la obligación de actuar en forma rápida y eficaz, ya que en caso contrario se perdería el fundamento de la propia facultad de intervención de la CE en los procedimientos de contratación pública, y es así como lo ha planteado el TJUE, cuando le ha espetado a la CE que:

(38) La Comisión no ha actuado, por tanto, de forma que la entidad adjudicadora sea consciente, lo más rápidamente posible, de proseguir a su cuenta y riesgo la ejecución de un contrato celebrado en condiciones especiales de rapidez, el mismo día de la decisión del Consejo de Estado belga de 17 de noviembre de 1993. No obstante, en su reclamación de 29 de octubre de 1993, Van Hool destacaba en términos alarmistas la urgencia de una intervención de la Comisión. Ante dichas circunstancias, la Comisión no ha dado muestras de toda la diligencia que cabía esperar de una parte que ha interpuesto a continuación una demanda de medidas provisionales<sup>9</sup>.

### 2.2. La CE y el mecanismo corrector y la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos

La Directiva 2007/66/CE introdujo ciertas modificaciones al procedimiento establecido en la Directiva 89/66/CEE, sin embargo, no se altera sustancialmente la facultad y el rol de la CE como un mecanismo corrector de infracciones

<sup>9</sup> Asunto C-87/94 R. Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 1994. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica.

graves a la normativa, sino que, se pretendió mejorar las debilidades detectadas, que obstaban a alcanzar útilmente sus objetivos. Ello atendido que, en opinión de algunos, la competencia de la Comisión para hacer cumplir efectivamente las normas de contratación pública resultaba insuficiente, principalmente por la exigencia de demostrar, por una parte, que la infracción alegada era *clara y manifiesta*, y por otra, de actuar rápidamente antes de la firma del contrato, así Bovis (2006, p. 91) sostenía que la CE debía efectuar un especial *test cualitativo*, por lo que las situaciones que no fueran lo suficientemente claras o ambiguas quedarían fuera de la competencia de la CE<sup>10</sup>.

Lo anterior provocaba, de acuerdo al Reporte de Evaluación de Impacto de la CE, que la Comisión y los estados se focalizaran en la discusión de si la supuesta infracción reunía las calidades de clara y manifiesta, lo que provocaba su ineficiencia en comparación con el mecanismo general del art. 258 TFUE (ex 226) y las medidas provisionales que se podían ventilar en los procedimientos ante las cortes nacionales, todo lo anterior tuvo como resultado que el mecanismo de corrección fijado en la Directiva 89/665 no haya sido casi utilizado desde comienzos de los años 90's.

En virtud de lo anterior, la Directiva 2007/66/CE adoptó una serie de modificaciones, la primera, y más evidente, es que se denomina a la facultad "mecanismo corrector" (art. 3), cuestión que solo viene a explicitar el uso que, previamente, tanto la doctrina y la jurisprudencia venían haciendo del contenido de la Directiva 89/665.

La segunda modificación, que sí tiene una importancia mayor, es que se ha sustituido el término "infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias" por "infracción grave de la legislación comunitaria", con el propósito de abrir las posibilidades de la CE para iniciar el procedimiento correctivo, tal como lo había indicado el Reporte de Evaluación de Impacto ya citado. Dicha materia constituía una barrera para alcanzar el efecto útil buscado por la Directiva, por lo que la nueva disposición otorga un ámbito más amplio de acción a la CE, lo que tiene como resultado que se podrá aplicar un *test menos*

*riguroso* (Trepte, 2007, p. 600) para que la CE pueda iniciar un procedimiento, menor rigurosidad que se traduce en la existencia de menores barreras procesales. Es así como la Comisión no requiere evidenciar un interés específico para el ejercicio de sus facultades, especialmente en la referida al ejercicio de la acción de incumplimiento ante el TJUE, atendido que todas sus acciones se fundan en el interés general de la Unión Europea (Moreno, 2010, p. 72).

Y, por otra parte, establece una preeminencia del actuar de los particulares afectados de proceder directamente a través de los recursos, limitando el rol de la Comisión, de modo que "...el uso del mecanismo corrector debe orientarse a los casos de infracciones graves..."<sup>11</sup>, atendido que la Directiva busca "...incitar a las personas interesadas a hacer un mayor uso de las posibilidades de recurso por procedimientos de urgencia antes de la celebración del contrato"<sup>12</sup>. En la doctrina especializada, Díez (2012, p. 220) ha sostenido que el mecanismo corrector se encuentra dirigido, más que a la garantía de los licitadores, a la *garantía de las disposiciones europeas*. Así, sostiene, otra de las posiciones existentes en la forma de afrontar el derecho de la contratación pública, como se ha señalado, cual es una garantía, primero y principal, al principio de legalidad.

Procedimentalmente, se contempla que la notificación que efectuará la CE se realizará únicamente al Estado nacional, y no al poder adjudicador, como conjuntamente se debía efectuar antes de la modificación, indicando las razones que estima la Comisión para considerar que se ha cometido una vulneración grave del ordenamiento comunitario, y en la misma le deberá solicitar que dichas infracciones sean corregidas. El resto del procedimiento se mantiene en términos generales.

De esta manera, es posible apreciar que el procedimiento correctivo de la CE es un elemento que pretende una mayor eficacia en la solución de las infracciones que ocurran en procedimientos de contratación pública, ya que sin reunir los elementos que el sistema general de recursos exige -principalmente que el órgano que conoce tenga la facultad de resolver y que sus efectos sean vinculantes- el

<sup>10</sup> Así lo indicaba la CE en: (C. o. T. E. Communities, 2006).

<sup>11</sup> Considerando 28. Directiva 2007/66/CE.

<sup>12</sup> Considerando 28. Directiva 2007/66/CE.

procedimiento correctivo persigue evitar un procedimiento jurisdiccional ante el TJUE, y que el Estado nacional, y el poder adjudicador en cuestión, adopten medidas que permitan superar la infracción a la normativa europea que ha sido observada en forma clara y evidente, por parte de la CE.

Ahora bien, en caso de que, habiéndose efectuado la tramitación del procedimiento de requerimiento a un Estado miembro, la CE, privativamente, está facultada para decidir si presentará ante el TJUE un recurso por incumplimiento, y respecto de que elementos, acciones u omisiones, son los configuradores, a juicio de la Comisión, de una infracción grave a las disposiciones comunitarias.

### 3. El garante de la tutela efectiva: El Tribunal de Justicia de la UE

Las vías por medio de las cuales actúa el TJUE en materia de contratación pública son dos, una precontenciosa y otra contenciosa (Razquin, 1996, p. 203). La primera de ellas, por vía de consulta, es la cuestión prejudicial contemplada en el entramado jurídico de la Unión Europea con el objetivo que, frente a la duda por parte de un juez nacional respecto de la interpretación o validez de un determinado precepto o conformidad de la actuación de una Administración Pública, el juez pueda dar una respuesta conforme con el Derecho europeo y la doctrina del TJUE; y, en segundo lugar, una serie de recursos que tiene por objeto obtener la resolución de una controversia entre un sujeto y una entidad pública, especialmente en materia de contratación, respecto de la entidad u órgano licitante.

#### 3.1. La cuestión prejudicial como garantía interpretativa y de aplicación uniforme del Derecho

La primera de ellas, por vía de consulta, es la cuestión prejudicial contemplada en el entramado jurídico de la Unión Europea con el objetivo que, frente a la duda por parte de un juez nacional respecto de la aplicación o interpretación de una disposición, o respecto de la legalidad de un determinado precepto o actuación de una Administración Pública, se eleve una consulta al Tribunal de Justicia a fin que este discorra respecto de la consulta del juez nacional obteniendo una interpretación respecto de su consulta conforme al Derecho supranacional, lo que constituye una expresión del sistema de la *aplicación descentralizada del Derecho comunitario* (Pescatore, 1993, p. 530).

Lo anterior tiene un doble alcance, el primero dar una interpretación conforme al Derecho europeo frente a un caso concreto ocurrido en un ordenamiento jurídico doméstico, lo que provoca un segundo efecto, y a mi juicio el principal, consistente en que la aplicación del Derecho comunitario sea homogénea y uniforme en todos los ordenamientos miembros de la UE, ya que sin ello no existiría coherencia interpretativa ni material de la ley, afectándose la igualdad de los sujetos por falta de seguridad jurídica.

Lo dicho, en materia de contratación pública es de vital importante, puesto que dos de los motivos que justifican la existencia de normas de contratación pública en ente supranacional como es el europeo, son la apertura de los mercados, la libre competencia (González de Zárate, 2022, p. 34) y la igualdad de trato de todos sus ciudadanos, pilares fundantes de la contratación pública, ya que ello permite, como se ha dicho, una mayor competencia entre los oferentes, dinamizando la economía en el espacio supranacional, lo que, al menos en teoría, provoca que el Estado acceda a mejores condiciones en los procesos de adquisiciones de bienes y servicios.

Ahora bien, el art. 18, N° 3, b) del TUE, dispone como función del TJUE, el pronunciarse "...con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones." Y, por su parte, el TFUE, en el art. 267 establece que el TJUE será competente para pronunciarse con carácter prejudicial respecto de: a) la interpretación de los Tratados; y, b) la validez e interpretación de los actos adoptados por las

instituciones, órganos u organismos de la Unión. Por su parte, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia<sup>13</sup>, en lo sucesivo «RPTJ», regula en su Título III las cuestiones prejudiciales.

Por medio del documento denominado “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”<sup>14</sup> el TJUE aclaró y estableció una serie de elementos que explican y facilitan la naturaleza y, sobre todo, la operatividad de las cuestiones prejudiciales. Principalmente despeja su contenido al sostener en el punto I, 1. que:

La remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros los medios para que la interpretación y la aplicación de este Derecho sean uniformes en la Unión.

Dicha remisión por parte del juez nacional al TJUE, puede tener por objeto una *cuestión de interpretación*, o bien una *cuestión de validez*. La primera, busca establecer la compatibilidad interpretativa de una norma jurídica, o de un acto jurídico con el Derecho de la UE, para efectuar una correcta y coherente aplicación, este tipo de cuestiones prejudiciales son de carácter facultativo para el juez, a menos que la decisión del remitente *no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno* (art. 267, TFUE), situación que encuentra su excepción cuando se enfrente a la situación denominada *acto aclarado*, es decir que se exista jurisprudencia clara y asentada en el TJUE sobre materias similares; o bien, se enfrente a la situación de *acto claro*, que consiste que la aplicación del Derecho no provoca duda alguna, ni siquiera espacio para una duda razonable, considerando el juez o tribunal que el TJUE u otros órganos jurisdiccionales nacionales resolverían del mismo modo. Por su parte, la segunda cuestión, la de validez, busca un pronunciamiento referido a la validez de un acto o disposición del Derecho europeo con las fuentes principales del mismo, especialmente respecto de los tratados constitutivos de la UE.

A su vez, el procedimiento de un asunto prejudicial puede ser clasificado en procedimiento ordinario, procedimiento acelerado y en procedimiento de urgencia. El procedimiento prejudicial acelerado se encuentra contemplado en el artículo 105 del RPTJ, el que establece que podrá tramitarse una decisión prejudicial “...mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo”, lo que podrá ser solicitado por el órgano solicitante de la misma, o bien ser decretada excepcionalmente de oficio, oyendo previamente al Juez Ponente y al Abogado General. Mientras que el procedimiento de urgencia se encuentra tratado en el mismo Reglamento, en su artículo 107, el que indica que cuando se planteen materias relativas a las contenidas “en el Título V de la tercera parte del TFUE<sup>15</sup>, podrá tramitarse mediante un procedimiento de urgencia que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento.”

En materia de contratación pública, la remisión de una cuestión prejudicial al TJUE por parte de un órgano competente para resolver un recurso al respecto, puede causar grave retardo en el procedimiento de que se trate la consulta, lo que afectaría una serie de disposiciones relativas a la tutela judicial efectiva, pero especialmente aquellas consideradas en la Directiva de Recursos sobre la tramitación rápida y eficaz de los recursos en materia de contratación.

En este orden de cosas, en materias tales como la procedencia de la dictación de medidas cautelares, especialmente la suspensión del procedimiento de contratación, destinado a interrumpir con urgencia los efectos de una decisión o acto que pueda causar graves perjuicios irreversibles, es que la tramitación y resolución de una cuestión prejudicial debe ser igualmente rápida atendida la naturaleza extraordinaria y urgente del requerimiento. En dicho sentido, es que el órgano remitente puede solicitar que se recurra a un procedimiento acelerado, dando una tramitación breve, lo que se concederá atendida circunstancias graves o extraordinarias que así lo justifiquen y que sean acreditadas debidamente,

<sup>13</sup> DO L 265 de 29 de septiembre de 2012.

<sup>14</sup> Documento 2012/C 338/01, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6/11/2012.

<sup>15</sup> Denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

en caso contrario no procederá la autorización del procedimiento acelerado por parte del Tribunal. Es posible apreciar lo anterior en la jurisprudencia del TJUE, en el asunto C-424/01, CS Austria (2003), cuando se resolvió rechazar, en el marco de una cuestión prejudicial requerida por el Bundesvergabeamt (Austria), el que efectúo la solicitud de aplicar un procedimiento acelerado, frente a lo cual, principalmente, el Tribunal sostuvo:

19. El órgano jurisdiccional remitente también solicitó al Tribunal de Justicia que tramitase la remisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado, con arreglo al artículo 104 *bis* de su Reglamento de Procedimiento<sup>16</sup>, alegando que estas cuestiones se planteaban en el marco de un procedimiento sobre medidas provisionales y se referían a la adjudicación de un contrato aún pendiente que la entidad adjudicadora deseaba adjudicar lo antes posible, habida cuenta de que un posible retraso en la adjudicación del referido contrato podía implicar una reducción de la capacidad de tratamiento radiológico de dos grandes hospitales austriacos.

20. Sin embargo, esta última solicitud fue desestimada por el Presidente del Tribunal de Justicia, a propuesta del Juez Ponente y oído el Abogado General, mediante auto de 20 de noviembre de 2001, debido a que las circunstancias invocadas por el órgano jurisdiccional remitente no acreditaban que existiese una urgencia extraordinaria en que se diera respuesta a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial.

Por otra parte, la decisión del TJUE en una cuestión prejudicial tiene efecto de cosa juzgada particular y un carácter *erga omnes especial*, de modo que es obligatoria, por una parte, para todos los sujetos intervinientes en el procedimiento, obviamente incluido el tribunal remitente, y por otra parte, es obligatorio para todos los operadores jurídicos, atendido que es el TJUE el máximo intérprete del Derecho de la Unión, siendo sus pronunciamientos y doctrina obligatorios, lo que no impide, sin embargo, volver a plantear la materia en otros asuntos, ya que como sostiene Núñez, las sentencias prejudiciales “no tienen eficacia de cosa juzgada formal y por tanto es posible

plantear al Tribunal cuestiones prejudiciales sobre la validez o sobre la interpretación de preceptos sobre los que ya se ha pronunciado” (2017, p. 18).

Los efectos formales de la sentencia se limitan a la interpretación del Derecho, en las *cuestiones de interpretación*; mientras que en las *cuestiones de validez* el TJUE puede declarar la invalidez del acto de la institución u órgano europeo, frente a lo cual el juez remitente deberá resolver de acuerdo con la resolución de la cuestión prejudicial.

Entonces, en términos estrictos es posible sostener que, el procedimiento o la cuestión prejudicial es aquella en virtud de la cual un juez nacional efectúa una consulta al TJUE sobre la interpretación o la validez del Derecho de la UE, referido a un litigio principal que se encuentra en curso ante el tribunal que efectúa la solicitud de pronunciamiento<sup>17</sup>, el cual tendrá alcances obligatorios, con el objeto de garantizar la homogénea aplicación del Derecho europeo en los ordenamientos de cada uno de los estados miembros.

### 3.2. Procedimiento en caso de incumplimiento de disposiciones comunitarias

El recurso por incumplimiento es el procedimiento que permite que el TJUE controle y verifique que la actuación de los Estados miembros sea conforme con las previsiones normativas comunitarias, recurso que puede tener su origen en la presentación que efectúe la CE o bien cualquier Estado miembro, siempre habiendo sometido previamente la cuestión controvertida a la Comisión.

Como sostiene Nuñez (2017, p. 9) la sentencia estimatoria en un procedimiento de recurso por incumplimiento tiene el *carácter de declarativo y se limita a constatar su existencia*, debiendo ser el Estado miembro el que adopte todas las medidas necesarias y tendientes a la corrección de las vulneraciones o infracciones declaradas por el TJUE, ya que es su obligación ejecutar las sentencias del TJUE, debiendo para ello adoptar todas las medidas necesarias (art. 260, N° 1, TFUE). En estos casos la CE puede volver

<sup>16</sup> Actual artículo 105 del RPTJ.

<sup>17</sup> Véase el asunto C-16/65. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 1965. Firma G. Schwarze contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.

a someter el asunto a conocimiento del TJUE cuando a juicio de la Comisión no se hayan adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, a efectos de obtener su cumplimiento por medio del establecimiento de multas (Regí, 2016, p. 4).

### 3.3. Herramientas provisionales como garantía para el efecto útil de los procedimientos

Una de las mayores dificultades en el ámbito de la interpretación de las normas y su confrontación con los hechos y los derechos del agraviado y del interés general, se provoca en los casos en que un órgano de resolución de recursos en materia de contratación se ve enfrentado a resolver sobre la solicitud de medidas provisionales o suspensivas. En el ámbito del TFUE solo hace mención en los artículos 278<sup>18</sup> y 279<sup>19</sup> sobre la facultad del Tribunal para dictar dichas medidas suspensivas o provisionales, pero no establecen condiciones ni reglas que permitan conmensurar los elementos que deben tener los jueces al momento de resolver sobre la procedencia de dichas medidas.

Ahora bien, en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, a continuación «RPTJ», encontramos algunas reglas, no solo procedimentales, sino que además interpretativas que le permitirán al juez y al Tribunal aplicar las normas, confrontándolas con los hechos y ponderando los diversos intereses, para obtener un balance de estos que arroje cual debe preferirse en el caso concreto por sobre los demás. El RPTJ trata, en los arts. 160 y siguientes, respecto de la demanda de suspensión o de medidas provisionales, donde establece una serie de condiciones para que la declaración de una medida provisional, las que trataremos en los párrafos siguientes.

Solo será procedente la solicitud de suspensión de un acto cuando se haya impugnado el mismo mediante un recurso ante el propio TJUE, de acuerdo con lo establecido en el art. 278 del TFUE. En el caso del resto de medidas provisionales (art. 279 TFUE), solo podrán ser declaradas

admisibles cuando sean solicitadas por una de las partes del asunto ventilado ante el Tribunal, y guarden relación con dicho asunto. Por tanto, se deben efectuar dos precisiones, la primera es que es requisito previo que exista un recurso presentado y en curso ante el Tribunal, a diferencia de lo que ocurre en los derechos nacionales en los que no es requisito que exista un recurso previo para la presentación de medidas provisionales o suspensión. Y, por otra parte, cabe anotar que, el particular, ni ningún otro, que haya solicitado la actuación de la CE, por medio del procedimiento del art. 258 del TFUE, son considerados como parte ante el procedimiento incoado por el TJUE.

Ahora bien, la disposición en análisis del RPTJ (art. 160, N° 3), fija pautas que deberán contemplar las demandas o requerimientos de suspensión o de otras medidas provisionales, indicando que deberán especificar: 1. el objeto del litigio; 2. las circunstancias que den lugar a la urgencia; y, 3. las alegaciones de hechos y fundamentos de derecho que justifiquen *prima facie* la concesión de la medida solicitada, alegaciones que no tienen que acreditar que efectivamente tiene razón en el fondo de lo solicitado, sino que los argumentos esgrimidos son al menos fundados, discutibles y defendibles, en torno a la cuestión solicitada.

Lo anterior ha sido tratado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y expresada en los siguientes términos:

(30) Según reiterada jurisprudencia, el juez de medidas provisionales podrá ordenar tales medidas si se demuestra que su concesión está justificada a primera vista de hecho y de Derecho (*fumus boni iuris*) y que son urgentes, en el sentido de que, para evitar que los intereses de la parte demandante sufran un perjuicio grave e irreparable, es necesario que tales medidas sean acordadas y surtan efectos desde antes de que se resuelva sobre el procedimiento principal. El juez de medidas provisionales también ponderará, en su caso, los intereses en conflicto<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Art. 278 TFUE (ex art. 242 TCE): “Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.”

<sup>19</sup> Art. 279 TFUE (ex art. 243 TCE): “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo.”

<sup>20</sup> Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003. Asunto C-320/03 R, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria.

Una vez recibido el escrito y admitido a tramitación se le dará traslado a la otra parte, para que, dentro de un plazo fijado presente sus observaciones. El presidente del Tribunal, atendido los antecedentes, podrá acceder a la solicitud, aún antes de recibir las observaciones de la otra parte. En todo caso, para dictar una medida provisional o suspensión deberá aplicar las pautas contenidas en el art. 160, pautas que han tenido un importante desarrollo en la doctrina del propio Tribunal.

Es así como debe, en primer lugar, verificar que exista un caso *prima facie* o *fumus boni juris*; luego de lo que se verificará, en segundo lugar, la urgencia o *periculum in mora*, es decir, que se requiera la dictación de la medida atendido que sin ella se producirían daños irreparables a los intereses y derechos de un sujeto dentro del procedimiento, y al propio ordenamiento jurídico; y, en tercer lugar, una vez que haya verificado la concurrencia de las dos primeras condiciones, debe proceder a efectuar un balance o equilibrio de intereses, donde deberá evaluar y contrastar las ventajas y las desventajas de la dictación de la medida, considerando además el interés público, para determinar qué decisión es la que provocará menos daños.

La decisión sobre la demanda de medidas provisionales o suspensión se deberá adoptar de la forma más rápida posible y sin dilaciones, la que se expresará a través de un Auto motivado, debiendo ser notificado inmediatamente a

las partes, y contra el que no procederá recurso alguno. En el Auto se podrá fijar un plazo de vigencia de la medida provisional y/o suspensión decretada, y en caso que no se pronuncie la medida se mantendrá en efecto hasta la sentencia que ponga término al procedimiento, y del mismo modo, el Auto podrá exigir que se constituya una garantía o caución por parte del demandante de las medidas, atendida las circunstancias que el Tribunal considere pertinentes, supeditando de ese modo el efecto de la medida a la verificación, tanto en la cuantía como en la modalidad, de la constitución de la caución mencionada.

La decisión del Tribunal, expresada generalmente mediante un Auto del presidente, donde se resuelve la solicitud de las medidas provisionales y/o de suspensión, solo podrá ser revisada, atendido que no procede recurso alguno en su contra, en el caso que se modifiquen o cambien las circunstancias que motivaron o se tuvieron en cuenta al momento de su resolución. Del mismo modo, luego del rechazo de una medida provisional se podrá presentar nuevamente una solicitud, pero siempre fundada en hechos nuevos.

La decisión recaída sobre una solicitud de medida provisional o suspensión ya sea que la acoja o rechace, no supondrá una valoración o prejuizgamiento del asunto principal por parte del Tribunal.

## 4. A modo de conclusión

La existencia de principios, instituciones, reglas y procedimientos destinados a garantizar la plena protección de los derechos de las personas debe ser considerado en los ordenamientos jurídicos democráticos como un mínimo estructural de cada sistema jurídico-político, lo que se debe manifestar tanto formal como materialmente, es decir es un avance civilizatorio que no puede tener regresión.

Ahora bien, dicho avance civilizatorio requiere de concreción práctica, y tal como se ha presentado a lo largo de este trabajo, en el sistema supranacional de la Unión Europea dicha concreción se expresa en las potestades y competencias entregadas a la Comisión Europea y al

propio Tribunal de Justicia. Dichos órganos europeos han promovido la materialización de las garantías de los ciudadanos en cada uno de los países miembros, a través de las diversas herramientas que el ordenamiento jurídico les ha conferido, con diversos enfoques y alcances.

Así, respecto de la Comisión, al no tener efecto vinculante sus dictámenes y necesariamente se debe recurrir al TJUE la pertinencia inicial para su examen en el marco del objeto central del presente trabajo pareciera ser secundaria, no obstante, a lo largo del mismo se ha verificado que la CE juega un rol central en el armazón de garantías del derecho de la contratación pública en la UE, formando parte de la

ingeniería europea para la garantía de cumplimiento del derecho supranacional.

A su vez, el análisis de las decisiones del TJUE han resaltado el carácter que están dotadas de un efecto concreto o directo a las partes, es decir a la corrección de una infracción concreta en el Derecho comunitario, pudiendo significar además una condena al Estado miembro, lo que provocará la modificación o adaptación de su ordenamiento jurídico interno al Derecho supranacional europeo, que se integra al contenido jurisprudencial del TJUE, cuestión que en materia de contratación pública constituye una verdadera fuerza modificadora de los ordenamientos nacionales para adaptarlos a las previsiones comunitarias, además que los criterios jurisprudenciales, es decir la doctrina del TJUE, ha sido incorporada en la doctrina de los tribunales nacionales como un elemento

legitimador de los criterios interpretativos del juez nacional, al momento de confrontar el caso concreto con el derecho nacional y europeo, generando así un cuerpo doctrinario jurisprudencial que se integra al sistema de fuentes del Derecho de la UE en esta área cada vez más expansiva que es la contratación pública.

En definitiva, el Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva plasmado en el acceso a remedios rápidos y eficaces y, a que la resolución de ellos se lleve a efecto por medio de las garantías de un justo y racional procedimiento son columnas estructurales del modelo social y democrático de Derecho de la Unión Europea con miras a proyectar, en todo el entramado jurídico-político de cada Estado miembro, los principios de justicia e igualdad como elementos constitutivos de la dignidad de las personas.

## Referencias

- Arrowsmith, S. (1999). The Community's Legal Framework on Public Procurement: 'the way Forward' at last? *Common Market Law Review*, (36), 13-49.
- Bovis, C. (2006). *EC public procurement: case law and regulation*. Oxford University Press.
- Communities, Commission of The European. (2006). *Impact assessment report - Remedies in the field of public procurement*.
- Communities, European. (1997). *The Single Market Review. Subsidies III: Dismantling of barriers. V. 2. Public Procurement*. <http://aei.pitt.edu/85778/>
- Craig, P. (2011). *EU law: text, cases, and materials* (5th ed.). Oxford University Press.
- Díez, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Marcial Pons.
- González de Zárate, R. (2022). *Contratación pública y libre competencia*. Aranzadi.
- Hebly, J. (Ed.) (2011). *European public procurement: legislative history of the 'remedies' directives 89/665/EEC and 92/13/EEC*. Kluwer Law International.
- Moreno, J. (2006). *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*. Bomarzo.
- Moreno, J. (2010). *La reforma de la Ley de contratos del sector público en materia de recursos: análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, la LCSE y la LJCA*. Wolters Kluwer.
- Moreno, J. y Pleite, F. (2007). *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público: estudio sistemático* (1st ed.). La Ley - Wolters Kluwer.
- Moya, F. (2017). Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la Ley. *Revista de derecho político*, (99), 399-431.
- Núñez, M. (2017). *La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales*. Paper presentado en el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, La Laguna. [www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1823-Ponencia-Cuarta-Sesion-Efectos-de-la-Invalidez](http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1823-Ponencia-Cuarta-Sesion-Efectos-de-la-Invalidez)
- Pachnou, D. (2003). *The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC Public Procurement Rules: A case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece*. (Doctor of Philosophy), University of Nottingham.

- Pérez, Á. (2018). El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista Derecho del Estado*, (41), 255-283.
- Pescatore, P. (1993). Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE. En Gil Rodríguez Iglesias & Diego Liñan Noguerras (eds.), *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (pp. 1191). Cívicas.
- Razquin, M. (1996). *Contratos públicos y derecho comunitario*. Aranzadi.
- Razquin, M. y Vázquez Matilla, Francisco Javier. (2017). *La adjudicación de contratos en la nueva ley de contratos del sector público*. Aranzadi.
- Regí, J. (2016). La tutela del Derecho de la Unión Europea: La cuestión prejudicial y el recurso por incumplimiento. *Revista de Estudios Jurídicos*, (16), 1-24. doi:<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3211>
- Samaniego, G. (1990). El control del Derecho comunitario de los contratos públicos. *Revista de Administración Pública*, (123), 401-416.
- Trepte, Peter. (1993). *Public procurement in the EC*. CCH Editions.
- Trepte, Peter. (2007). *Public procurement in the EU: a practitioner's guide* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Trybus, M., Caranta, R., y Edestam, G. (eds.). (2014). *EU public contract law: public procurement and beyond*. Bruylant.