

LA SUSPENSIÓN CAUTELAR INMEDIATA DE UNA LEY NACIONAL POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (AUTO DE 28 DE JUNIO DE 1990, COMISIÓN C. ALEMANIA)

Por EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA (*)

SUMARIO

I. LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LEYES PARLAMENTARIAS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA. LA LEY ALEMANA SOBRE PEAJES POR LA UTILIZACIÓN DE CARRETERAS FEDERALES DE 30 DE ABRIL DE 1990. RECURSO DE LA COMISIÓN Y PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INMEDIATAS. OTORGAMIENTO DE TALES MEDIDAS *INAUDITA PARTE* Y A RESERVA DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR ORDINARIO. TRANSCENDENCIA DEL NUEVO CRITERIO JURISPRUDENCIAL.—II. LOS HECHOS DEL PROCESO. EL CONTENIDO DE LA LEY ALEMANA RECURRIDA. CONSULTA PREVIA DEL PROYECTO DE LEY A LA COMISIÓN E INFORME NEGATIVO DE ÉSTA. DISCREPANCIA DEL GOBIERNO ALEMÁN Y APROBACIÓN PARLAMENTARIA Y PROMULGACIÓN DE LA LEY. ADVERTENCIA INMEDIATA Y DICTAMEN ULTERIOR DE LA COMISIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 169.1 DEL TRATADO CEE. RESPUESTA NEGATIVA DEL GOBIERNO ALEMÁN. LA DEMANDA DE LA COMISIÓN AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE MEDIDAS CAUTELARES INMEDIATAS; JUSTIFICACIÓN DE LA URGENCIA Y URGENCIA EFECTIVA DE LA DECISIÓN JUDICIAL ANTICIPADA.—III. LA MOTIVACIÓN DEL FALLO. EL ARTÍCULO 84.2 DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO. LA APRECIACIÓN «A PRIMERA VISTA» DEL FUNDAMENTO DE FONDO DEL RECURSO, O *FUMUS BONI IURIS*. EL FALLO.—IV. LAS CONSECUENCIAS GENERALES DEL FALLO. LA PREVALENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU IMPERATIVIDAD INMEDIATA Y URGENTE. LA REVOLUCIÓN DE LOS ESQUEMAS IUSPUBLICÍSTICOS.

(*) Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Abogado.

I

En el número 64 de la *Revista Española de Derecho Administrativo* (diciembre 1989) y en el *Libro Homenaje a José Gabaldón López*, 1990, publiqué un comentario al Auto del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 1989, que suspendió, como medida cautelar, en un proceso apenas iniciado de la Comisión c. Reino Unido, una Ley del Parlamento de este último, en una de sus partes capitales, y ello sobre la base de un *fumus boni iuris* inicial del recurso de la Comisión (mi trabajo se titulaba *Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español*, con un subtítulo más desarrollado).

Noté allí que el Auto comentado era el primero del Tribunal de Justicia que suspendía cautelarmente una Ley formal de cualquiera de sus Estados miembros antes de decidir sobre el fondo. Pues bien, he aquí que unos meses después el Tribunal de Justicia (aunque el Auto que acuerda la medida cautelar sea sólo de su Presidente, según el artículo 85 de su Reglamento de Procedimiento, igualmente aplicado en el Auto anterior) repite la medida, esta vez sobre una Ley alemana de 1990, también en un recurso del artículo 169 del Tratado por incumplimiento de las obligaciones comunitarias interpuesto por la Comisión contra la República Federal. Esta suspensión es todavía más enérgica, pues la acuerda de plano, antes de oír siquiera al Gobierno alemán, aunque el Tribunal reserve una reconsideración de la medida una vez que conozca las alegaciones de dicho Gobierno.

El Parlamento Federal alemán aprobó la Ley de 30 de abril de 1990, *Gesetz über Gebühren für die Benutzung von Bundesfernstrassen mit schweren Lastfahrzeugen*, Ley sobre peajes a pagar por la utilización de las carreteras federales de largo recorrido por camiones pesados, cuya entrada en vigor se defería al 1 de julio de 1990. Llamo la atención sobre la extrema urgencia con que se ha resuelto el incidente de suspensión: planteado por la Comisión con el escrito de apertura del proceso de 23 de junio de 1990, a título de «medida conservatoria», sin oír siquiera al Gobierno demandado, el Presidente otorga la suspensión cinco días naturales después, el día 28 de junio, a tiempo, pues, de evitar su entrada en vigor, que la Ley en cuestión había dispuesto el 1 de julio, dos días después.

De nuevo la decisión del Tribunal, o de su Presidente, se apoya en el *fumus boni iuris*, esto es, en la apariencia de buen derecho en el recurso de la Comisión, aun haciendo reserva de una decisión ulterior una vez oído el Gobierno alemán. Constituye la medida así una especie de anticipo de máxima urgencia respecto a la decisión que el Tribunal tomará en el propio procedimiento cautelar ulteriormente. Es, así, una especie de anticipo doble: de la medida cautelar posterior y, en cuanto fundamentada en la «apariencia o humo de buen derecho», de la propia Sentencia sobre el fondo, aunque la libertad de adoptar ésta en cualquier otro sentido, y por el Tribunal en pleno, no sólo por su Presidente, quede, naturalmente, preservada.

La decisión supone, pues, una muestra de la firmeza creciente con que el Tribunal de Justicia intenta asegurar el orden jurídico comunitario.

La suspensión cautelar de las Leyes nacionales en posible y aparente contradicción con el Derecho comunitario, ahora extendida por vez primera, como hemos visto, a la suspensión inmediata y urgente *inaudita parte*, a reserva de una ulterior reconsideración de la medida en cuanto el Gobierno recurrido tenga ocasión de alegar, queda, pues, robustecida. Es previsible, tras esta importante novedad, que el Tribunal emplee cada vez con mayor extensión la suspensión cautelar de Leyes de los Estados miembros. Es fácil pronosticar la «rutinización» de esa medida aparentemente tan fuerte (la desautorización, por jueces no elegidos democráticamente y no responsables ante nadie, de un Parlamento nacional en bloque, y ello como simple medida provisional y aun sin oír siquiera al Estado autor de la Ley como en este caso se hace por vez primera). Resulta claro que la medida, aun sin tomar en cuenta su inmediatividad, como anticipo inexcusable de la decisión última sobre la propia suspensión en curso de procedimiento, es más fuerte aún que la del control de las Leyes por parte de los Tribunales Constitucionales, que tanto ha costado arraigar, después de tantos debates políticos e ideológicos; aquí se ha llegado a ella por el simple peso de argumentos puramente jurídicos, aunque tras una larga maduración silenciosa.

II

Resumo los hechos, que tomo de los §§ 5 a 17 del Auto.

La Ley alemana objeto de impugnación establece en su artículo 1.º una nueva exacción de peaje que deberán pagar todos los camiones que sobrepasen en carga autorizada las 18 Tm. (salvo algunas excepciones), sea cualquiera su lugar de matrícula, en cuanto utilicen las autopistas federales y las carreteras federales fuera de las ciudades.

La exacción se devenga anualmente según el peso de carga autorizado para cada vehículo, y su importe se fija entre 1.000 y 9.000 marcos. Se prevén ciertas modalidades para limitar el período de devengo de la tasa, con la correspondiente reducción, por días, semanas o meses.

El pago de la exacción se formaliza en un documento, que debe acompañar al vehículo. El control se encomienda a los servicios de Aduanas y a la policía de tráfico. Los controles en las fronteras de los Estados miembros de la Comunidad sólo podrán efectuarse «por sondeo», esto es, no vehículo por vehículo.

Hasta ahí el artículo 1.º. El artículo 2.º modifica la Ley anterior sobre impuestos sobre vehículos de carga e introduce durante un período limitado una reducción de estos impuestos, variable conforme a la carga autorizada del vehículo, con un mínimo de 3.500 marcos.

Es de notar que el proyecto de esta Ley se remitió a consulta a la Comisión, conforme a la Decisión del Consejo de 21 de marzo de 1962, que instituyó un procedimiento de examen y de consultas previas ante la propia Comisión para ciertas disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas que los Estados miembros pretendan dictar en el campo de los transportes.

El Gobierno alemán cumplió con este régimen y sometió el proyecto de Ley a la Comisión, la cual emitió un informe desfavorable al mismo, observando que la reducción proyectada del impuesto sobre los vehículos (reducción prácticamente equivalente al importe de la nueva exacción de peaje) sólo beneficiaría a los transportistas alemanes, ya que los transportistas extranjeros están exonerados de ese impuesto en virtud de acuerdos bilaterales; ello implicaría en la práctica que la nueva exacción de peaje no significaría de hecho una carga para los transportistas alemanes, sino únicamente para los transportistas extranjeros, a los cuales ese peaje no se lo deducirían sus Estados respectivos en los impuestos por ellos pagados.

La Comisión concluía su dictamen observando que el proyecto de Ley formulado por el Gobierno alemán representaba una infracción a la obligación de *stand-still* prevista por el artículo 76 del Tratado CEE, según el cual hasta el establecimiento de una política común del transporte como la prevista en el artículo 75.1, ningún Estado miembro podrá dictar medidas de las que resulten efectos menos favorables, directos o indirectos, a los transportistas de los otros Estados miembros, salvo acuerdo unánime del Consejo. Además, las disposiciones del proyecto de Ley serían contrarias también al artículo 95 del Tratado CEE.

El Gobierno alemán no estuvo de acuerdo con ese informe y promovió su aprobación por el Parlamento. Nada más publicada la Ley, la Comisión, el 11 de abril de 1990, hizo llegar a las autoridades de la República Federal una carta de *misse en demeure* o advertencia, seguida del dictamen motivado previsto por el artículo 169.1 del Tratado CEE.

A la advertencia y al dictamen contestó el Gobierno alemán de manera expresa, observando que el objetivo de la Ley es, por una parte, alinear el impuesto sobre los vehículos, que para los camiones es muy elevado respecto de la media europea y así armonizar las condiciones de la competencia; y, por otra parte, incrementar la aportación insuficiente de los camiones extranjeros a los costos de la infraestructura vial alemana. En concreto, las medidas de que se trata no infringirían el artículo 76 del Tratado CEE, que no prevé ninguna obligación de *stand-still*, sino que es una disposición que particulariza la prohibición de discriminación, puesto que la nueva exacción sobre el transporte y la reducción del impuesto sobre los vehículos no son en sí mismas discriminatorias. Subrayaron las autoridades alemanas, además, que la exacción sobre el transporte no es disconforme con las orientaciones propuestas por la Comisión misma en su proposición de Directiva del Consejo de 8 de enero de 1988, relativa a la imputación de costos de infraestructura a ciertos vehículos utilitarios, y que, en fin, la validez de la Ley en cuestión ha sido limitada y concluye en 1993 en la esperanza de que entre tanto se adopte un sistema armonizado de imposición.

En su demanda de medidas cautelares, la Comisión hace valer de manera especial en orden a justificar la urgencia de la suspensión que la introducción unilateral de la exacción sobre el transporte por carretera previsto constituirá una alteración intolerable del orden público comu-

nitario y perturbaría de modo grave el equilibrio del mercado de transporte, amenazando la supervivencia de un número considerable de empresas pequeñas y medianas de transporte establecidas en los demás Estados miembros.

Además, la introducción de la exacción sobre el transporte amenaza con dar lugar a medidas de retorsión por parte de otros Estados miembros, lo que agravaría aún más la perturbación del mercado y haría ilusorio todo progreso para llegar a una política común.

Ya notamos más atrás la extrema urgencia (cinco días) con que el Tribunal ha resuelto la petición de la Comisión otorgando de manera anticipada la suspensión pedida sin oír siquiera al Gobierno alemán.

III

En su párrafo 17, el Auto comienza la motivación de la medida cautelar que adopta, tras la anterior exposición de los hechos relevantes.

Comienza por recordar que el artículo 84.2 del Reglamento de Procedimiento faculta al Presidente para decidir en Derecho las peticiones de medidas cautelares aun sin que la parte adversa haya podido presentar sus observaciones, medidas que podrán ser ulteriormente modificadas o aplazadas, incluso de oficio.

Observa luego que en el estadio actual del procedimiento, en que la República Federal Alemana no ha podido aún explicarse plenamente en cuanto a la petición de medidas cautelares que ha formulado la Comisión, «no es posible decidir si los motivos de hecho y de derecho avanzados por la Comisión bastan para justificar las medidas cautelares que solicita».

Parece, tras esa observación, que el Presidente va a denegar la suspensión solicitada, pero inmediatamente añade: «Sin embargo los motivos avanzados por la Comisión *no parecen, a primera vista, desprovistos de fundamento y no se puede excluir* que las circunstancias invocadas por la Comisión justifiquen la urgencia exigida para otorgar las medidas provisionales pedidas» (§ 20). Invoca, pues, aquí el *fumus boni iuris* de la posición de la Comisión. Y concluye en el § 20:

«En estas condiciones y habida cuenta de las particularidades del litigio, especialmente de la inminente entrada en vigor de la Ley en cuestión, aparece necesario, *en interés de una buena administración de la justicia*, que sea mantenido el *status quo* para los transportistas de otros Estados miembros, esperando una decisión ulterior sobre otras medidas cautelares, hay lugar, en consecuencia, de ordenar, a título conservatorio, a la República Federal de Alemania que suspenda, en lo que se refiere a los vehículos matriculados en otros Estados miembros, la percepción de la exacción de peaje prevista por la Ley de 30 de abril de 1990, hasta que se dicte el pronunciamiento último sobre el presente procedimiento de medidas cautelares».

El fallo, «ordena» a la R.F.A. lo mismo que dice el fundamento transcrito.

IV

Después de mi comentario citado anteriormente he escrito otro más amplio sobre las medidas cautelares con motivo de la Sentencia del Tribunal de Justicia *Factortame* 19 de junio de 1990. Es el publicado con el título «*La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Transcendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares*», en el número 67 de *Revista Española de Derecho Administrativo*, septiembre de 1990. No es cosa de reiterar lo allí indicado sobre la significación general de las medidas cautelares y sobre su transcendencia tanto en el Derecho Comunitario como, de retruque, en el mismo Derecho Procesal español, radicalmente insuficiente en esta materia.

La supremacía del Derecho Comunitario, tantas veces afirmada por el Tribunal de Justicia, se hace ya patente si en vía incidental y no principal tanto el Tribunal de Justicia como los propios jueces y

Tribunales nacionales en su labor de «jueces de derecho común» u ordinarios del Derecho Comunitario, en cuanto atribuya derechos a los particulares, resulta que pueden suspender una Ley parlamentaria en plena aplicación (doctrina de la citada Sentencia *Factortame*) como retrasar hasta una lejana decisión sobre el fondo su propia entrada en vigor (doctrina del Auto aquí estudiado).

Ya he subrayado que esa posibilidad de que el Tribunal de Justicia suspenda Leyes nacionales queda robustecida en este caso con la aplicación de una suspensión anticipada, urgente e inmediata, *inaudita parte*, lo que supone una especie de reduplicación de la provisionalidad de la medida (que deberá confirmarse o rectificarse más tarde, con independencia de la decisión sobre el fondo).

No será correcto decir que la primacía de la norma comunitaria ha aumentado en su fuerza, porque la primacía existe o no existe y no se mide en potencias distintas. Sí podría hablarse, como hacen las jurisdicciones constitucionales respecto de la Constitución, de que el juez nacional está vinculado al Derecho Comunitario por una «vinculación más fuerte» (*higher obligation, stärkere Bindung*) que a las Leyes de su propio Estado.

Se hace así manifiesto hasta el extremo que la supraordenación del ordenamiento comunitario sobre los ordenamientos nacionales, sean cuales sean el rango de sus normas, va ganando cada día más extensión y operatividad al hacerse inmediata y urgentemente imperativa, hasta el punto de legitimar una suspensión virtualmente «de plano», sin haber dado siquiera al Estado autor de la Ley ocasión de formular sus alegaciones sobre el particular. Si a ello añadimos la ampliación creciente de las competencias comunitarias, sobre todo a partir del Acta Unica y tras los nuevos proyectos en marcha que ya la sobrepasan netamente (Unión Monetaria y Unión Política Europeas), según los acuerdos de los últimos Consejos Europeos (Madrid, Estrasburgo, Dublín), está resultando una verdadera revolución en los esquemas y hábitos tradicionales de los iuspublicistas.

Hay que tener en cuenta todavía que esta posibilidad de suspensión de las Leyes, no es privativa del Tribunal de Justicia, ya que, según la capital Sentencia *Factortame* de 19 de junio de 1990 (me remito al estudio que he dedicado a la misma en *REDA*, número 67, ya citado), el propio Tribunal de Justicia ha declarado que se extiende también a los jueces nacionales, los cuales podrán, pues, a partir de ahora, e

incluso deberán, si las circunstancias así lo imponen, suspender (teóricamente, pues, como en este caso, aun *inaudita parte*, sobre simple petición de un recurrente) las Leyes de sus propios Estados, en los procesos en que actúen como jueces ordinarios del Derecho Comunitario, la alteración de esos esquemas y hábitos comunes en los iuspublicistas alcanza aquí, hasta ahora, su cota más alta imaginable.

Es verdad que el artículo 84.2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal prevé expresamente la posibilidad de que el Presidente acceda a la solicitud de medidas cautelares «antes de que la otra parte haya presentado sus observaciones», sin perjuicio de que la «medida podrá ser modificada posteriormente o revocada, incluso de oficio». Pero esta previsión está hecha para evitar la desaparición de ciertos hechos u objetos de las pretensiones del proceso (mercancías o géneros perecederos, documentos o testimonios amenazados de perderse, etc.; es, pues, una medida «conservatoria» más que de intervención judicial positiva), y en este sentido se han producido todos los autos dictados hasta la fecha por el Tribunal en aplicación de este precepto. A nadie se le habría ocurrido que la regla pudiera ser aplicada alguna vez para la suspensión de plano de la eficacia de las Leyes de los Estados en el caso de los recursos del artículo 169 del Tratado CEE. Una suspensión de las Leyes tan expeditiva carece de precedentes en cualquier jurisdicción constitucional del mundo. Es una verdadera *première* en materia de control judicial de las normas, sólo explicable por la plena y pacífica conciencia del principio de prevalencia o supremacía del Derecho Comunitario.

Resulta claro que en este caso la medida se ha podido acordar porque, aunque el Gobierno alemán no había sido oído aún en el proceso, se conocían muy bien sus argumentos, que había podido desarrollar ampliamente a lo largo de la fase administrativa previa a la judicial, que hemos expuesto con los antecedentes del caso. No obstante lo cual, lo relevante en el plano de las categorías es la expeditividad misma de la aplicación de esa potestad judicial excepcional a las normas superiores de los Estados miembros.

Un simple *fumus*, humo o apariencia de buen derecho, un juicio rápido adoptado «a primera vista», como dice el Auto estudiado, o *prima facie*, aun antes de oír al Estado recurrido, basta para hacer cesar la eficacia de las Leyes emanadas de los Parlamentos y sancionadas por los Jefes de Estado, fuentes últimas consagradas de la tradicional

soberanía. El Derecho Comunitario está pasando, así, a ser una pieza cada vez más relevante y patente para los ciudadanos y para los operadores jurídicos de la vieja Europa.