

Eduardo García de Enterría

**Sobre la posibilidad
de que las jurisdicciones
nacionales adopten medidas
cautelares positivas
(y no sólo suspensiones)
contra los actos
de sus Administraciones
respectivas dictados
en ejecución de Reglamentos
comunitarios cuya validez
se cuestiona (Sentencia *Atlanta*
del Tribunal de Justicia,
de 9 de noviembre de 1995)**

Sumario: I. *La Sentencia Atlanta* como último paso de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre protección cautelar disponible por los jueces nacionales contra sus propias leyes (Factortame, 1990) y contra los Reglamentos comunitarios (Zuckerfabrik, 1991). II. Los hechos: El recurso contencioso-administrativo contra un acto de la Administración alemana que ejecuta un Reglamento comunitario cuya validez está puesta en cuestión. Petición por el recurrente de medidas cautelares positivas y planteamiento por el Tribunal Administrativo de Francfort de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia; el otorgamiento provisional de algunas medidas provisionales positivas por el Tribunal alemán. III. Una especial motivación de la cuestión prejudicial: La advertencia del Tribunal alemán de que, al estar las medidas cautelares que se pretenden garantizadas por el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, su denegación le obligaría a pedir la inconstitucionalidad de la Ley que ratificó el Tratado CEE. La explicación en la doctrina

de la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal alemán y su reserva del control directo de la observancia en el sistema comunitario de la protección de los derechos fundamentales garantizados en la Grundgesetz. La previsible extensión de esta posición a otros Tribunales constitucionales y la posible activación del artículo F.2 del Tratado de Maastricht. IV. La circunstancia de que el propio Tribunal de Justicia se había pronunciado en vía cautelar y sobre el fondo en un recurso de anulación sobre la validez del Reglamento cuestionado. V. La valoración de la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas: si el juez nacional puede otorgar medidas cautelares positivas contra los Reglamentos comunitarios. Recuerdo de la doctrina Zuckerfabrik y admisión expresa de medidas positivas en base al artículo 186 Tratado CEE. VI. Segunda cuestión: precisión de las condiciones para el otorgamiento de las medidas cautelares positivas. Identidad de condiciones con las establecidas para las medidas positivas por Zuckerfabrik; énfasis sobre el requisito del *fumus boni iuris*, sobre la necesidad de ponderar los intereses comunitarios y sobre la necesidad de hacer cesar las medidas cautelares adoptadas cuando el Tribunal de Justicia se ha pronunciado negativamente en vía cautelar o principal. VII. Conclusiones. Transcendencia comunitaria e interna de la Sentencia Atlanta. Los posibles riesgos y sus posibles soluciones.

I

Apenas unos días después de la publicación de la segunda edición ampliada de mi libro *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1995, en cuyo Prólogo (pág. 16 y sigs.) me enfrento con la posición del Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa que el Gobierno ha enviado a las Cortes de negar cualquier posibilidad de medidas cautelares positivas, leo una Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 9 de noviembre de 1995, que estudia y resuelve precisamente ese mismo tema a propósito de un caso grave y especialmente delicado: el de las medidas cautelares de ese carácter que pueda o no adoptar *contra* el Derecho Comunitario (y específicamente, aún más difícil: contra un Reglamento) un juez nacional (lo cual eleva ya la dificultad al cubo).

En el libro citado estudié, a propósito de la relación entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales, primero la posibilidad de que los Tribunales nacionales suspendiesen cautelarmente la ejecución de sus propias leyes nacionales cuando sus preceptos estuviesen aparentemente en contra del Derecho Comunitario (Sentencia *Factortame* de 19 de junio de 1990¹); y, segundo, lo que podía considerarse el opuesto simétrico al caso resuelto por dicha Sentencia, pero que en realidad tiene matices propios muy importantes, si los Tribunales nacionales pueden suspender la aplicación de Reglamentos comunitarios con ocasión de recursos dirigidos contra actos de sus propias Administraciones nacionales que apliquen dichos Reglamentos, cuando sobre

¹ En dicho libro estudio, además, los precedentes que esta Sentencia, absolutamente capital en el Derecho Comunitario, tuvo en los pleitos ingleses que la precedieron (págs. 35 y sigs.) y en otros procesos paralelos ante el propio Tribunal de Justicia (págs. 93 y sigs.). La Sentencia *Factortame* propiamente dicha, en págs. 105 y sigs. (los tres trabajos citados fueron inicialmente publicados en esta Revista, «REDA», núms. 63, 64 y 67).

éstos existen dudas serias sobre su validez (Sentencia del Tribunal de Justicia *Zuckerfabrik*, de 21 de febrero de 1991)².

La solución positiva de esas dos capitales cuestiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, esto es, que los Tribunales pueden y deben suspender la aplicación de sus propias leyes nacionales cuando aparentemente éstas contradicen el Derecho Comunitario, y que igualmente pueden (y deben) suspender las normas Comunitarias cuando existan serias razones para dudar de su validez, ha supuesto un paso decisivo en la construcción del Derecho comunitario, en sus relaciones con los Derechos nacionales y en la consideración como jueces ordinarios de dicho ordenamiento a los Tribunales nacionales. Sobre ello existe acuerdo general en toda Europa³. Pero también esa doctrina jurisdiccional ha servido (también en toda Europa)⁴ para destacar el lugar privilegiado que ha adquirido la técnica de la justicia cautelar o provisional como técnica ineludible de «tutela judicial efectiva», criterio que ha sido también correlativamente adoptado por todos los Tribunales constitucionales europeos⁵ y aun por la Cámara de los Lores inglesa, que no ha dudado en realizar, bajo la bandera de la Sentencia comunitaria *Factortame*, una verdadera revolución en su Constitución secular⁶.

Pero el Tribunal de Justicia, con esta Sentencia *Atlanta*, de 9 de noviembre de 1995, ha dado un paso más progresivo aún: complementando *Zuckerfabrik*, que admitía que los Tribunales nacionales suspendieran la aplicación en su territorio de Reglamentos comunitarios de validez dudosa, ahora esta Sentencia *Atlanta* va más allá y declara que los Tribunales nacionales pueden ordenar *medidas cautelares positivas*, y no sólo meras suspensiones, contra la aplicación nacional de dichos Reglamentos comunitarios.

El avance es, pues, decisivo, y merece, sin duda, un comentario.

II

La Sentencia *Atlanta* se ha dictado en el cuadro de una cuestión prejudicial interpretativa del artículo 177 del Tratado CEE. El Tribunal Administrativo de Franc-

² El estudio de la Sentencia *Zuckerfabrik*, en págs. 139 y sigs. del libro citado (y en «REDA», núm. 72).

³ Me limitaré a citar la exposición sistemática reciente de Ricardo ALONSO, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, págs. 488 y sigs., con más referencias.

⁴ F. DE LEONARDIS, *La tutela cautelare: principi comunitari ed evoluzione della giurisprudenza amministrativa europea (a proposito de un libro di García de Enterría)*, en la revista «Diritto Processuale Amministrativo», 4, 1993, págs. 670 y sigs. H. LAVAYLE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle, Le Droit Administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, «Revue Française de Droit Administratif», 4, 1992; los dos con más referencias.

⁵ De nuevo remito al libro cit., *La batalla por las medidas cautelares*, págs. 273 y sigs.

⁶ Vid. mi artículo *Un paso capital en el Derecho Constitucional británico. El poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con carácter general las leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho Comunitario (Sentencia «Equal Opportunities Commission» de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994)*, en «Revista de Instituciones Europeas», 1994, pág. 721 y sigs.

fort estaba entendiendo de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH* y otras diecisiete sociedades del mismo grupo contra una decisión del *Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (Oficina Federal para la alimentación y la silvicultura), referente a unos contingentes de importación de plátanos procedentes de países extracomunitarios, materia en la que dicha Oficina se limitaba a aplicar el Reglamento del Consejo 404/93 CEE, de 13 de febrero de 1992, sobre organización común de los mercados en el sector del plátano (publicado en el «Diario Oficial L», 47).

Este Reglamento comunitario estableció un sistema de contingentes de importación de plátanos de terceros países, con un determinado arancel, que pasa de 0 a 850 Ecus Tm según la gradación de tales contingentes. Estos contingentes, que se marcan, pues, por diferencias arancelarias muy importantes, se distribuyen, según dicho Reglamento, entre ciertas categorías de operadores económicos.

En el recurso contencioso-administrativo contra los actos nacionales de aplicación del Reglamento comunitario las empresas recurrentes pusieron en cuestión la validez de dicho Reglamento comunitario, lo que determinó al Tribunal Administrativo, que participaba de las mismas dudas sobre la validez de la norma, a plantear una primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (art. 177 del Tratado CEE) sobre la validez de dicho Reglamento, cuestión procesalmente aún no resuelta.

Pero las empresas recurrentes pidieron al Tribunal Administrativo, a título de medidas provisionales cautelares, que ordenase a la Oficina federal que autorizase a la recurrente cupos suplementarios de importación de plátanos, por encima de los que ya había otorgado en aplicación del Reglamento, en tanto el Tribunal de Justicia resolvía la cuestión prejudicial de invalidez. Esta es la medida cautelar positiva contra el Reglamento comunitario de que va a tratar la Sentencia que estudiamos (que excede en mucho, como se ve, de la mera suspensión).

El Tribunal Administrativo no acordó por sí mismo tal medida, sino que decidió plantear una segunda cuestión prejudicial del artículo 177 Tratado CEE ante el Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de acordar dicha medida positiva, presentándola (así como la primera era de validez del Reglamento) como interpretativa del artículo 189 del propio Tratado CEE. Llamo la atención de que este artículo, cuya interpretación requirió el Tribunal alemán al Tribunal de Justicia, no regula ni poco ni mucho el problema de las medidas cautelares contra los Reglamentos, sino que se limita a decir que «el Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro», y nada más. (Es cierto, no obstante que para justificar la procedencia de la medida cautelar contra el Reglamento comunitario se cita también, en la motivación, el art. 186 del Tratado, que dice: «El Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo», precepto más específico, pues.)

En concreto, la cuestión prejudicial quedó planteada en los siguientes términos literales:

«1) Una jurisdicción nacional que tiene serias dudas sobre la validez de un Reglamento comunitario y que, en consecuencia, ha acudido al Tribunal de Justicia de las

Comunidades Europeas en demanda de decisión a título prejudicial sobre la validez de un Reglamento comunitario, ¿puede, respecto del acto administrativo de una autoridad nacional fundado sobre el Reglamento comunitario sometido al Tribunal de Justicia, ordenar, mediante una decisión cautelar, a la espera de la Sentencia de dicho Tribunal, medidas provisionales que regulen u organicen situaciones o relaciones jurídicas de la materia litigiosa?».

«2) En la hipótesis de que la anterior cuestión sea resuelta afirmativamente: ¿Bajo qué condiciones una jurisdicción nacional está autorizada en tal caso para ordenar medidas provisionales? ¿Conviene, desde el punto de vista de las condiciones requeridas para ordenar medidas cautelares, hacer la distinción entre medidas que se limitan a mantener una situación jurídica ya existente y medidas que establecerán una nueva situación jurídica?».

Pero a la vez que planteaba esta cuestión prejudicial, tan precisa y tan inequívoca (la segunda parte está formulada conforme a los tecnicismos de la *Regelungsnormung* del Derecho alemán, señalando nítidamente la diferencia entre las medidas cautelares de mera suspensión y las medidas positivas)⁷, el Tribunal Administrativo de Francfort adoptó ya inmediatamente, y a título provisional, parte de la medida cautelar positiva que se le había pedido, ordenando a la Oficina Federal que otorgase a las empresas demandantes certificados de importación suplementaria para los meses de noviembre y diciembre de 1993 y especificando la escala de la tarifa arancelaria a aplicar, 100 Ecus en lugar del tipo siete u ocho veces más alto que hubiese correspondido aplicar según el Reglamento; en todo caso estas autorizaciones de importación se condicionaron de manera expresa a que las demandantes computasen el contingente de esos dos meses suplementarios de importación con el que les correspondiese según el Reglamento para 1994, lo que garantizaba que, en el caso de perder el proceso principal, no obtendrían una ventaja adicional por razón de la medida cautelar misma.

III

Me parece muy importante destacar que en la motivación de la decisión de reenvío al Tribunal de Justicia el Tribunal Administrativo recuerda la doctrina *Zuckerfabrik*, aunque observando que esta Sentencia no había resuelto nada sobre la posibilidad de que el juez nacional ordenase medidas cautelares positivas «que creen en beneficio del justiciable una situación jurídica nueva». Pero aquí viene algo capital: el Tribunal Administrativo se atreve a decir que si se resolviese la cuestión en sentido negativo esto «contradiría el principio de la protección jurisdiccional consagrado por el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn». Y añade nada menos que esto: «Si el Tribunal Administrativo no fuese competente para acordar por vía cautelar una protección respecto a los actos administrativos de las autoridades nacionales fundadas en el Derecho

⁷ Sobre la técnica de medidas cautelares en el contencioso alemán, *vid.* M. BACIGALUPO, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, en «RAP», 128, 1992, págs. 413 y sigs.; en especial, a partir de pág. 443, sobre medidas positivas.

Comunitario, el propio Tribunal debería plantear ante el Tribunal Constitucional (alemán) la cuestión de la compatibilidad de la Ley nacional de aprobación del Tratado CEE con el artículo 19.4 de la Ley Fundamental».

Esta afirmación (que se recoge tal como figura referida —probablemente en resumen— en el § 16 de la propia Sentencia que comentamos) me parece de primera importancia para darse cuenta, en primer término, de la seguridad absoluta con que los Tribunales alemanes incluyen la defensa cautelar —y específicamente la referida a medidas cautelares positivas— en el mandato constitucional de tutela judicial efectiva (equivalente a nuestro art. 24 de la Constitución). Conviene subrayar esto en un momento en que el Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa que está ya en las Cortes pretende imponer una *prohibición* de cualquier medida cautelar positiva, no ya contra los Reglamentos —que aquí aún hoy resultaría algo inimaginable, en abstracto, aunque veremos que el Tribunal Constitucional la ha declarado constitucionalmente obligada—, sino contra los simples actos administrativos, con lo que se intenta rectificar una práctica judicial establecida y aun, lo que es mucho más grave, el criterio explícito del Tribunal Constitucional⁸. Cuando entre nosotros se está pretendiendo desconstitucionalizar las medidas cautelares y esterilizar su rendimiento práctico, sin otro argumento que la nostalgia por el sistema preconstitucional que aseguraba a la Administración tranquilas situaciones de privilegios ajenas sustancialmente al principio esencial de protección de los derechos fundamentales, he aquí espectacularmente el criterio radicalmente contrario de la Justicia alemana, que no duda en poner en cuestión para defenderlo incluso la subsistencia misma del sistema comunitario.

Conviene notar, en este momento, que esa reserva firme y enfática del Tribunal Administrativo de Francfort, que podría tener un inicial aire impertinente ante el Tribunal de Justicia, tiene su origen en la doctrina explícita de la famosa Sentencia *Maastricht* del Tribunal Federal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, que expresamente hizo constar que el propio Tribunal se reservaba a partir de ese momento el control del respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental en toda la materia de Derecho Comunitario, reserva que, según se ve aquí, no ha sido puramente teórica⁹. Los jueces alemanes, como se ve, se han tomado tan absolutamente en serio la posición del Tribunal Constitucional Federal que no dudan en plantear la posibilidad, hasta ahora absolutamente inimaginable, de declarar inconstitucional el Tratado CEE (al menos en cuanto no asegure el derecho a la tutela judicial efectiva en materia cautelar) si bajo el régimen de dicho Tratado no se pudiese obtener una garantía a los derechos fundamentales al menos igual que la que su propia Ley Fundamental asegura en su territorio.

⁸ Sobre ello, el Prólogo a la 2.ª edición ampliada de mi citado libro *La batalla por las medidas cautelares*, 1995, págs. 16 y sigs.

⁹ Aunque esta Sentencia ha merecido comentarios extensos en toda Europa, nos bastará ahora remitirnos al resumen de la misma que se incluye en anejo el «Estudio Preliminar», de Ricardo ALONSO en su edición del *Tratado de la Unión Europea*, Biblioteca de Legislación, Civitas, 4.ª ed., Madrid, 1995, pág. 15 y sigs.

No se trataba, pues, de una especie de amenaza, que hubiera sido realmente impertinente, y aun quizás un verdadero desacato, sino de una simple advertencia para puntualizar sin ningún equívoco el conjunto de la situación.

¿Puede pensarse que esa advertencia, tan insólita, ha podido jugar algún papel en la decisión del Tribunal de Justicia, que, en efecto, como vamos a ver, concluyó por reconocer la posibilidad de esas medidas cautelares positivas contra el Reglamento comunitario cuya validez se había cuestionado? Sería temerario cualquier estimación sobre elementos de juicio tan imprecisos. Pero sí me atrevo a decir, con independencia del posible proceso mental que haya podido llevar a esta decisión concreta, que desde la Sentencia constitucional alemana de 12 de octubre de 1993 el Tribunal de Justicia se ha de ver necesariamente en la situación de asegurar en el orden comunitario un nivel de protección de los derechos fundamentales que no podrá ser menor que el que asegura en Alemania su Ley Fundamental, pues en otro caso arriesga, nada menos, la eventualidad de una, hasta ahora nunca pensada, declaración de inconstitucionalidad de las Leyes alemanas de ratificación de los Tratados comunitarios, lo que, con evidencia manifiesta, podría suponer, a la larga, la disolución del sistema comunitario en su conjunto. El planteamiento del caso *Atlanta*, que estamos comentando, muestra, pues, de manera especialmente vívida, que no se trata de un riesgo simplemente teórico o especulativo.

Es previsible que, a medio término, para no situarse en posición inferior a la que se ha asegurado el Tribunal Constitucional alemán, los demás Tribunales Constitucionales europeos pasen a adoptar el mismo criterio, salvo una reforma sustancial de los Tratados comunitarios. Esta previsión forzaría, necesariamente, a dar un contenido positivo al artículo F.2 del Tratado de Maastricht («la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados como principios generales del Derecho Comunitario»), no obstante la deliberada privación de garantía judicial directa que para este precepto resulta del artículo L del propio Tratado¹⁰. He aquí un inesperado efecto reflejo de la resuelta posición adoptada por el Tribunal Constitucional alemán.

IV

Importa observar que, con independencia de la vía prejudicial del artículo 177 del Tratado a que la Sentencia estudiada se refiere, el Gobierno alemán había impugnado directamente por la vía del artículo 173 del propio Tratado la validez del mismo Reglamento comunitario en cuestión sobre la importación de plátanos, el Reglamento CEE núm. 404/93, y que en este recurso directo, como recuerda el § 17 de la Sentencia que comentamos,

¹⁰ Cfr. sobre este tema mi estudio *I diritti fondamentali nel Trattato de Maastricht*, Bolonia, 1992.

1.º se había rechazado expresamente por el Tribunal de Justicia medidas cautelares positivas (autorización a Alemania para importar plátanos en las mismas condiciones y cuantías que en 1992, libre de aranceles);

2.º más aún: se había dictado ya Sentencia definitiva, la Sentencia *Alemania/Consejo* de 5 de octubre de 1994, la cual había mantenido la validez del Reglamento, rechazando el recurso.

La fuerte sospecha de invalidez del Reglamento (*fumus boni iuris*), sobre la que se basaba toda la resuelta actitud del Tribunal Administrativo de Francfort, estaba, pues, ya completamente despejada, puesto que la validez del Reglamento había quedado declarada definitivamente por Sentencia firme.

Este hecho podría haber llevado a jueces menos rigurosos que los del Tribunal de Justicia a rechazar *a limine*, o al menos a desestimarla sumariamente, la cuestión tan enfáticamente planteada por el Tribunal Administrativo de Francfort. Pero, al estar planteada dicha cuestión prejudicial como de interpretación (y no de invalidez) del artículo 189 del Tratado, el Tribunal de Justicia la ha resuelto, mediante una interpretación que tendrá valor general al margen del caso concreto en que la cuestión surgió. Esta circunstancia quizás encarece más el valor de su doctrina, que viene a tener así un alcance abstracto, cuasi normativo.

La situación creada por ese contencioso previo no dejará de ser aludida por la Sentencia, como veremos.

V

A partir de su § 19, la Sentencia entra en la resolución de las dos cuestiones planteadas (se han transcrito sus términos literales en el anterior apartado II). Respecto a la primera de ellas, «relativa al principio de la concesión de medidas cautelares», su doctrina es la que a continuación resumimos.

Comienza el Tribunal de Justicia recordando la doctrina de su Sentencia *Zuckerfabrik*, a la que ya hemos aludido nosotros más atrás, y según la cual el texto del artículo 189 del Tratado, segundo párrafo, no puede ser interpretado en el sentido de que sea obstáculo a la posición jurisdiccional que los justiciables tienen según el Derecho Comunitario. Si la ejecución administrativa de los Reglamentos comunitarios incumbe a las instancias nacionales, la protección jurisdiccional garantizada por el Derecho Comunitario incluye el derecho de los justiciables de impugnar, por vía incidental o indirecta, la legalidad de tales Reglamentos ante el juez nacional, el cual (Sentencia *Foto-Frost* de 22 de octubre de 1987) tiene entonces la obligación de plantear cuestión prejudicial de invalidez ante el Tribunal de Justicia, que es el único competente para declarar la invalidez de un Reglamento comunitario. El justiciable, si se dan ciertas condiciones, puede obtener una medida cautelar de suspensión del Reglamento cuya validez está en cuestión. Esto se justifica en que en el cuadro del recurso directo de anulación del Reglamento (art. 173 del Tratado), el artículo 185 del propio Tratado otorga a la parte la posibilidad de obtener una suspensión cautelar de dicho Reglamento. Así «la coherencia del sistema de

protección cautelar», dice la Sentencia (§ 22), exige que el juez nacional pueda igualmente acordar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional fundada sobre un Reglamento comunitario cuya legalidad es atacada.

La Sentencia recuerda igualmente la doctrina de su anterior Sentencia *Factortame* 1990, según la cual el juez nacional que ha suscitado cuestión prejudicial de interpretación para decidir un problema de compatibilidad entre el Derecho Comunitario y una Ley nacional propia, tiene que tener la posibilidad de acordar medidas cautelares de suspensión de la aplicación de dicha Ley.

La Sentencia afirma (§ 24) que la protección cautelar que se asegura por el Derecho Comunitario a los justiciables ante las jurisdicciones nacionales debe ser la misma tanto si se discute la compatibilidad de preceptos del Derecho nacional con el Derecho Comunitario como si se cuestiona la validez de actos comunitarios de Derecho derivado, puesto que en los dos casos la impugnación se funda en el Derecho Comunitario.

Pero en el caso presente, observa la Sentencia (§ 26), no se trata simplemente de la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado sobre la base de un Reglamento comunitario, sino del otorgamiento de una medida positiva de regulación que hace provisionalmente inaplicable dicho Reglamento. Recuerda que el Tratado no permite al Tribunal sólo acordar medidas cautelares suspensivas (art. 185), sino «ordenar las medidas provisionales necesarias» (art. 186).

Y el § 28 de la Sentencia establece la doctrina principal:

«La protección provisional o cautelar que las jurisdicciones nacionales deben asegurar a los justiciables, en virtud de Derecho Comunitario, no debe variar, tanto si estos últimos piden la suspensión a la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado sobre la base del Derecho Comunitario, como si solicitan medidas provisionales que configuren o regulen en beneficio de ellos situaciones jurídicas o relaciones jurídicas controvertidas.»

Doctrina esencial, aplicable desde ahora mismo por los Tribunales españoles. He aquí que éstos (como ha ocurrido con los Tribunales ingleses, hasta *Factortame* inermes ante sus propias leyes) van a disponer respecto de los Reglamentos comunitarios de mayores poderes que los que en la práctica disponen respecto de sus propios Reglamentos nacionales, según la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa en vigor y el Proyecto de Ley que intenta sustituir ésta y que está en las Cortes. Pero en realidad, rigiendo ahora, como ocurre, y con carácter prevalente, el artículo 24 de la Constitución, en base a él el Tribunal Constitucional había establecido ya el mismo principio de que del derecho fundamental proclamado en el citado artículo 24 «deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso» (Sentencias constitucionales 14/1992, de 10 de febrero, y la 148/1993, de 29 de abril)¹¹.

¹¹ Vid. mi comentario en *La batalla por las medidas cautelares*, 2.ª ed., cit., págs. 317 y sigs. (y en «REDA», núm. 76).

Este concepto de «medidas cautelares adecuadas», que incluye potencialmente medidas positivas, es, por cierto, el mismo que usa el Tribunal de Justicia en la Sentencia que estudiamos («medidas cautelares necesarias»: § 27). Pero más aún: esa capital Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1993 legitimó, precisamente, medidas cautelares positivas en sustitución de un Reglamento, la Orden de «servicios mínimos» de la Junta de Andalucía a respetar por la huelga general de 14 de diciembre de 1988, reconfigurada cautelarmente por la Sala de lo contencioso-administrativo de Sevilla¹².

Resulta curioso observar que en el proceso que dio lugar a la Sentencia *Atlanta*, que comentamos, compareció, entre otros, el Gobierno español y se opuso a la posibilidad de medidas cautelares positivas que solicitaba el Tribunal Administrativo de Francfort con el argumento (que rebate el § 29 de la Sentencia) de que tales medidas cautelares tiene repercusiones más importantes sobre el orden jurídico comunitario que la simple suspensión de la ejecución del acto nacional adoptado sobre la base de un Reglamento. He de suponer que, aunque el argumento es abstracto, tal posición procesal estaría determinada, probablemente, por los intereses de protección del plátano canario, y no por el criterio de que tal es la situación de nuestro propio Derecho, puesto que ya hemos visto que esta situación, tal como la ha establecido la jurisprudencia constitucional, no es distinta de la que pretendía el Tribunal Administrativo alemán, apoyada en el artículo 19.4 de su Ley Fundamental. El caso es que la Sentencia que estudiamos rebate el criterio que la representación española adujo, diciendo: «La repercusión de la medida cautelar, cualquiera que ella sea, sobre el orden comunitario debe ser apreciada a través de la ponderación entre el interés de la Comunidad y el del justiciable», de lo que tratará al resolver la segunda cuestión prejudicial planteada.

En conclusión, deduce el § 30 de la Sentencia, y pasa en estos mismos términos al punto primero del fallo:

«Procede responder a la primera cuestión, que el artículo 189 del Tratado debe ser interpretado en el sentido de que no excluye el poder de las jurisdicciones nacionales de acordar medidas cautelares que configuren o regulen las situaciones jurídicas o las relaciones jurídicas controvertidas respecto de un acto administrativo nacional basado en un Reglamento comunitario que ha sido objeto de un reenvío prejudicial de apreciación de validez.»

VI

A partir del § 31 la Sentencia *Atlanta* entra a considerar la segunda de las dos cuestiones prejudiciales interpretativas planteadas, la relativa a las «condiciones de otorgamiento de las medidas cautelares».

Comienza recordando que en su anterior Sentencia *Zuckerfabrik* el propio Tribunal de Justicia ha establecido como Derecho que la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional dictado en ejecución de un

¹² Cfr. en el mismo libro cit. en nota precedente, págs. 18-19.

Reglamento comunitario no puede ser acordado por una jurisdicción nacional más que si esta jurisdicción «tiene dudas serias sobre la validez del acto comunitario» y si, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia no estuviera ya conociendo sobre la validez del acto reglamentario de que se trate, la jurisdicción nacional reenvía ella misma como cuestión prejudicial la apreciación de dicha validez; y además, que haya urgencia, que el demandante de la medida esté amenazado de un perjuicio grave e irreparable, y que la jurisdicción nacional tome debidamente en consideración el interés de la Comunidad Europea.

Estas condiciones resultan exigibles (§ 33) para el otorgamiento por la jurisdicción nacional de cualquier medida cautelar, incluida una medida positiva que haga al Reglamento cuya validez se discute inaplicable en beneficio del justiciable. Sin embargo, en el contexto del caso enjuiciado el Tribunal de Justicia tiene la ocasión de precisar tales condiciones.

Los §§ 35 y 36 precisan la exigencia del *fumus boni iuris* (aunque no emplee esta vez este tecnicismo). Las circunstancias de hecho y de Derecho invocadas por los actores deben haber conducido a la jurisdicción nacional «a la convicción de que existen *dudas serias* sobre la validez del Reglamento comunitario en ejecución del cual se ha dictado el acto administrativo impugnado. Sólo la posibilidad de un juicio de invalidez, reservado al Tribunal de Justicia, puede, en efecto, justificar el otorgamiento de medidas provisionales» (§ 35). «Esta exigencia implica —precisa el § 36— que la jurisdicción nacional no puede limitarse a plantear un reenvío prejudicial de apreciación de validez del Reglamento, sino que debe indicar, en el momento de acordar la medida cautelar, las razones por las cuales estima que el Tribunal de Justicia será conducido a estimar la invalidez del Reglamento»¹³.

¹³ El ataque que el Preámbulo del Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, hoy en las Cortes, hace de la doctrina de la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* no parece seriamente meditado. Dice el § VI.5 de dicho Preámbulo: «La justicia cautelar se desnaturalizaría, con riesgo de convertirse en una especie de justicia sumaria, si se fundara en meras apariencias jurídicas, insuficientemente constatables en el momento de acordarse la decisión incidental que corresponda. Su finalidad no es anticipar el resultado del proceso». En todos los sistemas positivos el otorgamiento de las medidas cautelares está siempre condicionado a la seriedad de la pretensión o, correlativamente, a la falta de seriedad de la oposición a la misma. Hay veces en que la propia Ley tasa esas condiciones de seriedad o de apariencia: interdictos, anotaciones preventivas, juicios ejecutivos (calificados como procesos cautelares en la Sentencia Constitucional de 10 de febrero de 1992, la cual, por cierto, habla de que «se requiere una apariencia de buen derecho»), pero cuando no es así es al juez a quien, inexcusablemente, se remite ese juicio previo, sin el cual la medida cautelar no se justificaría nunca. De hecho, aun sin indicarlo en sus Autos de manera expresa, nunca nuestras Salas de lo contencioso-administrativo han otorgado protección cautelar a pretensiones cuya inadmisibilidad formal o cuya falta de consistencia de fondo resulta desde el primer momento aparente, por más que los perjuicios provocados por la no suspensión sean manifiestamente graves o irreparables; el juicio sobre la apariencia de justificación ha sido, pues, implícito, pero no por ello menos operativo. Puede decirse, en sentido positivo, que la medida cautelar procede para evitar el abuso por la Administración de su privilegio de la decisión ejecutoria, que está reconocido para la buena gestión de los servicios públicos, pero no para provocar arbitrariamente la indefensión o la pérdida pura y simple del derecho (dada la larga duración de los procesos) en el administrado que la sufre. «Abuso» es la cara negativa de la «apariencia de buen derecho». Decir que en la fase inicial del proceso este juicio es siempre «insuficientemente constatable», como sostiene el Preámbulo

Desde el § 37 al § 51 la Sentencia formula una serie de advertencias a los Tribunales nacionales para que ejerzan con prudencia el poder que se les reconoce de adoptar medidas cautelares. Estas advertencias reiteran, en general, las que ya se lucieron en *Zuckerfabrik*, aunque no falte alguna matización significativa. La Sentencia, tras el reconocimiento del poder de acordar medidas cautelares positivas, se preocupa de que el ejercicio de este poder, verdaderamente notable en la materia normativa, no se ejerza sino con muy cuidadosa moderación. Es ésta, pues, una parte didáctica de la Sentencia, más que propiamente dogmática.

Hay una indicación a las jurisdicciones nacionales para que tengan en cuenta la extensión del margen de apreciación que debe reconocerse, según la jurisprudencia

citado, es negar, pura y simplemente, la posibilidad misma de la justicia cautelar y, con ello, la posibilidad (que es un mandato constitucional) de prestar tutela judicial «efectiva», como todos los Tribunales Constitucionales europeos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades, culminante en la Sentencia que estamos comentando, entienden unánimemente. El juicio cautelar es, evidentemente, un juicio sumario, pero no definitivo, que puede rectificarse en el curso del proceso si nuevos elementos probatorios o de Derecho, así lo hacen preciso (sobre ello se verá que habla justamente la Sentencia que estudiamos). La última objeción del Preámbulo, según la cual estas técnicas terminarían por convertir a la tutela cautelar «en una especie de justicia sumaria», no es propiamente una objeción. Es más bien una substantivación de la formalidad del proceso, que se intenta hacer prevalecer, a toda costa, sobre la efectividad de la tutela que el proceso está llamado precisamente a prestar y en la cual únicamente se justifica. ¿De qué sirve el proceso si una parte, amparándose en el tiempo que ha de tardar para alcanzar una decisión final «suficientemente constatable», impone de hecho la frustración de la tutela a la otra parte? Por lo demás, la tutela cautelar es, y sólo puede ser, siempre sumaria, naturalmente. Sobre este dato, en efecto, es cada vez más fuerte la tendencia a construir todo un sistema de *referés* como justicia sumaria autónoma (y no como incidente de un juicio principal) y así está ocurriendo hoy en todos los países occidentales (sobre ello, mi trabajo *La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares*, en el libro *La batalla por las medidas cautelares*, cit., págs. 335 y sigs. (y antes en la revista «Poder Judicial», 20, 1990, págs. 9 y sigs.)). No es el caso de España aún, y es seriamente lamentable. Pero en un sistema judicial que está tardando de ocho a diez años en dictar Sentencias definitivas (contra el mandato constitucional del derecho al juicio «sin dilaciones indebidas») sólo un uso resuelto de la justicia cautelar (como están haciendo sin la menor reserva los Tribunales contencioso-administrativos italianos y como en Alemania ocurre por la regla común del efecto suspensivo de los recursos) puede liberar a los ciudadanos de los abusos de posición que, sobre la ejecutoriedad formal de sus actos, practica todos los días la Administración. Con esa duración exorbitante de los procesos puede decirse que raro será el supuesto en que no pueda hablarse de *periculum in mora* o de perjuicios graves (o, mejor aún, de frustración de los efectos prácticos de la Sentencia final), de modo que el requisito del *fumus* (o de la apreciación *prima facie* del abuso o de la falta de seriedad de la oposición al recurso) debe pasar en la práctica a ser especialmente determinante de la oportunidad de una protección cautelar. La violación por el Estado del mandato constitucional de una justicia «sin dilaciones indebidas» se hace recaer, en otro caso, exclusivamente sobre las espaldas de los justiciables, que, sobre la privación de ese derecho a la no dilación del proceso que proclama el artículo 24 de la Constitución, tienen que prolongar años y años la situación de inferioridad en que les ha colocado inicialmente la ejecutoriedad administrativa. Otra concepción de las medidas cautelares, que es la que sorprende que propugne el Proyecto de Ley, lleva a soluciones puramente formalistas y convencionales del problema, al margen por completo de las exigencias de la tutela judicial efectiva, que es la situación existente en España y en Francia hasta la intervención de los respectivos Tribunales Constitucionales que han clarificado y rectificado (como ahora el Tribunal de Justicia) la situación.

dencia del Tribunal de Justicia, a las instituciones comunitarias, según los sectores de que se trate. Se recuerda que las medidas cautelares han de ser siempre provisionales, de modo que deben cesar una vez que el Tribunal de Justicia ha decidido ya que no existe invalidez en el Reglamento (advertencia sin duda debida a las circunstancias del caso concreto, pues ya hemos indicado que la Sentencia *Alemania c. Consejo* de 5 de octubre de 1994 había desestimado ya la existencia de invalidez del Reglamento, en tanto que parece que el Tribunal *a quo* había mantenido sus medidas provisionales hasta la decisión de su propia cuestión prejudicial). En fin, que igualmente los Tribunales nacionales no deben otorgar las medidas del artículo 186 del Tratado más que en las condiciones en que el Tribunal de Justicia interpreta y aplica este precepto. A este respecto, recuerda que se exige una situación de urgencia y que se justifique un perjuicio grave e irreparable si las medidas cautelares no se adoptasen.

Precisa seguidamente el requisito de la urgencia: el perjuicio debe ser susceptible de concretarse antes de que el Tribunal de Justicia haya podido decidir el reenvío prejudicial. En cuanto al perjuicio, en principio un perjuicio simplemente pecuniario no debe ser considerado irreparable, aunque el juez nacional examinará las circunstancias de cada caso.

Tiene, además, el juez nacional la responsabilidad de asegurar «el pleno efecto del Derecho Comunitario», lo que implica tomar en consideración el interés de la Comunidad en que sus Reglamentos no resulten excluidos de aplicación sin una garantía seria (todo esto está ya en *Zuckerfabrik*). A este respecto, el juez nacional debe tener en cuenta el efecto que la medida cautelar puede implicar para el régimen jurídico organizado por el Reglamento de que se trate en toda la Comunidad. Por otra parte, cuando las medidas cautelares puedan implicar riesgos financieros para la Comunidad debe imponer a los demandantes garantías suficientes, como una caución.

Se recuerda que el artículo 5 del Tratado obliga al juez nacional a respetar lo que ya ha sido enjuiciado por el Tribunal de Justicia con anterioridad posiblemente sobre las mismas cuestiones en litigio. A este respecto, vuelve a recordar (ya notamos que resulta una alusión al caso concreto) que si el Tribunal de Justicia ha rechazado un recurso de anulación contra el Reglamento en causa, o por la vía de la «excepción de ilegalidad», el juez nacional no puede otorgar medidas cautelares contra él o mantener las que hubiese adoptado con anterioridad. Y, en efecto, recuerda en § 47 la denegación de medidas cautelares que en el recurso de anulación *Alemania c. Consejo* se había acordado antes de la desestimación final del caso por la desestimación del recurso.

Igualmente, deben valorarse los posibles perjuicios graves e irreparables que a los intereses individuales pueden producirse si se rehúsa la medida cautelar.

Finalmente, la Sentencia, en su § 51, formula así la contestación a la segunda cuestión prejudicial planteada, que lleva al fallo en estos mismos términos:

«Las medidas cautelares respecto a un acto administrativo nacional adoptado en ejecución de un Reglamento comunitario no pueden ser acordadas por una jurisdicción nacional más que

- si esta jurisdicción tiene dudas serias sobre la validez del acto comunitario y, si el Tribunal de Justicia no estuviere ya conociendo de la cuestión de validez de dicho acto, dicha jurisdicción formule cuestión prejudicial con ese objeto;
- si hay urgencia, en el sentido de que las medidas cautelares son necesarias para evitar que la parte que las solicita sufra un perjuicio grave e irreparable;
- si la jurisdicción toma debidamente en cuenta el interés de la Comunidad;
- si en la apreciación de las anteriores condiciones, la jurisdicción nacional respeta las decisiones del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia al decidir sobre la legalidad del Reglamento, o bien sobre medidas cautelares similares en el nivel comunitario.»

Estas condiciones son virtualmente las mismas que las establecidas en *Zuckerfabrik* para adoptar medidas cautelares de suspensión; sólo la última de las condiciones enunciadas, la exigencia de que la jurisdicción nacional respete las decisiones del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia tanto respecto del fondo como sobre medidas cautelares equivalentes, es una exigencia nueva¹⁴.

Como ya hemos notado, tal novedad está determinada por las circunstancias concretas del caso, que ya conocemos, y que habían producido un empecinamiento injustificado del Tribunal Administrativo de Francfort tras la denegación por el Tribunal de Justicia de medidas cautelares similares y, más aún, de la declaración de invalidez que habían pretendido, por la vía del artículo 173 del Tratado, el Gobierno alemán.

Pero teniendo en cuenta que tal actitud indebida no tiene nada que ver, propiamente, con el carácter suspensivo o positivo de la medida cautelar, debe resaltarse, como conclusión, una regla muy importante: *las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares positivas contra los Reglamentos comunitarios por el juez nacional son exactamente las mismas que las establecidas para la adopción de una medida cautelar de suspensión. No se requiere ninguna condición nueva distinta.* En el seno de tales condiciones iguales, la medida positiva procederá, simplemente, cuando el perjuicio grave e irreparable que intente evitarse en la parte que la solicita, imponga precisamente dicha «regulación provisional». Es la misma regla del Derecho alemán, de donde la figura procede¹⁵.

VII

No nos queda sino reiterar la ya avanzada valoración general de esta importantísima Sentencia, tanto en el Derecho Comunitario, donde define en favor de los jueces nacionales poderes hasta ahora reservados al Tribunal de Justicia, robusteciendo así el principio del carácter ordinario de dichos jueces para la aplicación del sistema jurídico comunitario, como en nuestro propio Derecho interno, en un momento especialmente delicado de la evolución de nuestro contencioso-administrativo, en el que nada menos que por vía legislativa intenta

¹⁴ Véase el fallo *Zuckerfabrik* en *La batalla por las medidas cautelares*, 2.^a ed., pág. 152.

¹⁵ Cfr. las referencias en *La batalla por las medidas cautelares*, cit., págs. 301 y sigs. M. BACIGALUPO, y citado, págs. 443 y sigs.

corregirse el mismo criterio que ahora expresa esta Sentencia y que había avanzado ya, lúcidamente, nuestro Tribunal Constitucional.

La doctrina de la Sentencia *Atlanta* define, así, una nueva cota del *ius commune* europeo, que afecta ya desde este momento a la función de nuestros Tribunales, pero que les ilustra también sobre la nueva significación que en nuestro tiempo está decididamente alcanzando la tutela cautelar como instrumento ineludible de impartir una tutela judicial efectiva.

No puede omitirse, sin embargo, que la generosidad de esta doctrina jurisprudencial respecto de los jueces nacionales, si sirve para destacar la firme creencia del Tribunal de Justicia en la técnica de las medidas cautelares, con todas sus consecuencias, y también su propósito de realzar el papel de dichos jueces nacionales como jurisdicción ordinaria del Derecho Comunitario, puede entrañar algún riesgo real. Es un hecho que no todos los jueces nacionales de los quince países comunitarios están seriamente preparados en los principios, de alguna sutileza, propios del Derecho Comunitario. El riesgo, entonces, es que por la vía cautelar sobre los Reglamentos pueda llegarse alguna vez a una ruptura de la unidad de aplicación del ordenamiento comunitario, a una fragmentación de dicha aplicación, posibilidad que no puede contemplarse sin preocupación. A este respecto, supuesto que tanto en *Zuckerfabrik* como ahora en *Atlanta* se condiciona la posibilidad de que el juez nacional adopte medidas cautelares contra los Reglamentos comunitarios a que simultáneamente plantee la cuestión prejudicial de validez del Reglamento de que se trate ante el Tribunal de Justicia por la vía del artículo 177 del Tratado CEE, podría pensarse en la posibilidad de que en este proceso prejudicial el propio Tribunal de Justicia pudiera pronunciarse, incidentalmente y con urgencia, sobre el mantenimiento o el levantamiento de la medida cautelar acordada provisionalmente por el juez nacional. Quizás esta garantía podría establecerse en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, sin necesidad de revisar el Tratado (aunque esta revisión esté ahora abierta según el art. N.2 del Tratado de Maastricht, que abre para dentro de unas semanas la Conferencia Intergubernamental).

Pero es muy importante subrayar que de lo que en ningún caso puede prescindirse es de las medidas cautelares en sí mismas, como instrumento de la tutela judicial efectiva. Aun al precio de algunos riesgos serios, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, acaba de afirmarlo, con resolución y convicción verdaderamente encomiables, una vez más.