

LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO
SOBRE LA FACULTAD DE LOS ÓRGANOS
JURISDICCIONALES NACIONALES DE ADOPTAR
MEDIDAS CAUTELARES DE CONTENIDO POSITIVO
(Comentario a la Sentencia del TJCE de 9 de noviembre
de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH
y otras [I], C-465/93) (*)

Por JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA (**)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: A) MARCO JURÍDICO Y FÁCTICO: a) *La controversia originada por el establecimiento de la organización común de mercados en el sector del plátano*; b) *Los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales nacionales y ante el Tribunal de Justicia.*—B) APOR-TACIONES DE LA SENTENCIA ATLANTA A LA JURISPRUDENCIA EN MATE-RIA DE TUTELA JUDICIAL CAUTELAR POR LOS JUECES NACIONALES DE LOS DERECHOS QUE ENCUENTRAN SU ORIGEN EN EL ORDENAMIENTO COMU-NITARIO: a) *La respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones preju-diciales*; b) *El reconocimiento por el Tribunal de Justicia de la facul-tad de los órganos jurisdiccionales nacionales para otorgar medidas provisionales positivas.*

INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH (I) (C-465/93,

(*) *N. de la R.*: El texto íntegro de la Sentencia Atlanta, C-465/93, ha sido publicado por esta *Revista*, 1996-1, pp. 214 y ss.

(**) Catedrático de Derecho internacional público, Cátedra Jean Monnet de De-recho comunitario, Universidad de La Coruña.

Rec. p. I-3761; en lo sucesivo «sentencia Atlanta»), objeto del presente comentario, se inscribe dentro del importante desarrollo que las cuestiones relacionadas con la tutela judicial cautelar están conociendo en la práctica procesal comunitaria (1). Esta decisión judicial viene a completar y precisar la reciente jurisprudencia comunitaria relativa a la facultad de la que disfrutaban los órganos jurisdiccionales nacionales de otorgar medidas cautelares en el marco de litigios de Derecho comunitario, iniciada con la sentencia de 19 de junio de 1990, Factortame (C-213/89, Rec. p. I-2433; en lo sucesivo «sentencia Factortame») y desarrollada en la sentencia de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest (C-143/88 y C-92/89, Rec. p. I-415; en lo sucesivo «sentencia Zuckerfabrik»).

La Sentencia Atlanta constituye, como tendremos ocasión de comprobar, un pronunciamiento judicial de importante transcendencia institucional al contribuir, por un lado, a una mejor definición del marco de las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Derecho comunitario y, por otro lado, a la consolidación del principio del derecho de los justiciables a una protección judicial cautelar y, más particularmente, a una protección provisional frente a los actos administrativos de las autoridades nacionales basados en un Reglamento comunitario cuya validez es objeto de una cuestión prejudicial. Esta sentencia refleja, en suma, la preocupación del Tribunal de Justicia por perfeccionar el sistema comunitario de control jurisdiccional con el objetivo de proporcionar a los particulares una protección de sus derechos lo más efectiva posible, tratando de evitar, por lo que se refiere al ordenamiento jurídico comunitario, que «la necesidad del proceso para obtener razón no se convierta en un daño para el que tiene la razón» (2).

(1) Los órganos jurisdiccionales comunitarios (Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia) pueden, si estiman que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución de un acto impugnado (arts. 185 T.CE, 39 TCECA y 157 TCEEA), o bien, ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que estén conociendo (art. 186 TCE, 39 TCECA y 158 TCEEA). Tal posibilidad se ha concretado en una abundante práctica, cuyo análisis, puede consultarse, entre otros, en: PASTOR, B. y GINDERACHTER, E. VAN: *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1993; WEITZEL, L.: «Demander le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires», en *Evolution récente du droit judiciaire communautaire* (CHRISTIANOS, V. dir.), Vol. II, Maastricht, 1995, pp. 33-79.

(2) Sobre este importante principio general, cuya elaboración teórica es tributaria de la doctrina italiana, véanse las Conclusiones del Abogado General, G. TESAURO, en el asunto Factortame, C-213/89, Rec. p. I-2450.

En relación con ello, vemos como, en un relativo corto espacio de tiempo, el Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de perfilar el alcance, en el marco del procedimiento prejudicial, de la tutela cautelar de los derechos que encuentran su origen en el ordenamiento comunitario otorgada por los órganos jurisdiccionales nacionales (3). La finalidad de esta tutela consistente en garantizar provisionalmente, en espera de que se dirima el asunto principal y en la medida en que sea necesario, los intereses jurídicos de una de las partes (4), persigue, en el procedimiento prejudicial, evitar, como señala RUIZ JARABO, que el daño provocado por la circunstancia de que no sean coetáneos los momentos del nacimiento del derecho y el de su declaración prejudicial, «alcance a la efectividad o a la función misma de dicha declaración, la de conseguir que la sentencia definitiva, la que ha de recaer en el proceso principal ante el juez interno, obtenga la plena eficacia que le es propia» (5).

Para comprender la incidencia de la sentencia Atlanta en el fenómeno descrito, es necesario referirse, aunque sea brevemente, a los mencionados precedentes jurisprudenciales. En la sentencia Factortame, que inicia esta línea jurisprudencial, se habían planteado al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales con el objetivo de que determinara en qué medida son competentes los órganos jurisdiccionales nacionales para adop-

(3) Este movimiento jurisprudencial destinado a asegurar la protección provisional de los derechos que los justiciables pretenden fundar en el Derecho comunitario, ha generado una amplia literatura, véanse a título ilustrativo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, 2.ª ed., Madrid, 1995; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «La tutela judicial cautelar en el Derecho comunitario», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑAN NOGUERAS, D. J., dirs.), Madrid, 1993, pp. 633-652; SIMÓN, D. y BARAV, A.: «Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales, les enjeux de l'affaire Factortame», en *R.M.C.*, 1990, pp. 591-597; JOLIET, R.: «Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire», en *Riv. D.E.*, 1992, p. 253; TESAURO, G.: «Les mesures provisoires dans le système communautaire», en *Estudios homenaje al Prof. D. Manuel Díez de Velasco. Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Madrid, 1993, pp. 1241-1254; OLIVER, P.: «Interim measures: Some recent developments», en *C.M.L.R.*, 1992, n.º 29, pp. 9 y ss.; RUIZ JARABO, D.: «El juez nacional y la adopción de medidas provisionales en virtud del Derecho comunitario», en *III Jornadas sobre sentencias fundamentales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1994, pp. 11-32.

(4) Conclusiones del Abogado General, M. E. ELMER, de 5 de julio de 1995, en los asuntos C-465/93 y C-466/93, Atlanta, Rec. p. I-3763, apartado 11.

(5) RUIZ JARABO, D.: *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993, pp. 189-190.

tar medidas cautelares en asuntos relativos a la existencia de derechos que encuentran su origen en el Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia las resumió en la cuestión de saber «si el juez nacional que conoce un litigio referente al derecho comunitario y que considera que el único obstáculo que se opone a que él pueda ordenar medidas provisionales es una norma de derecho nacional, ha de excluir la aplicación de esta norma». En su respuesta, que recoge de manera muy sintética la excelente construcción teórica sobre las medidas cautelares elaborada por el Abogado General TESAURO en sus Conclusiones, el Tribunal comenzó por destacar que las normas de aplicabilidad directa del Derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros. Sin embargo, matizó en el sentido de que la eficacia plena del Derecho comunitario se vería menoscabada si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez ante el que se ha planteado un litigio sometido al Derecho comunitario conceder medidas cautelares. Asimismo, el efecto útil del sistema establecido por el artículo 177 del Tratado se vería también perjudicado si un órgano jurisdiccional nacional no pudiera adoptar medidas cautelares hasta haber dictado sentencia tras la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial. De ello dedujo el Tribunal de Justicia que procede interpretar el Derecho comunitario en el sentido en que, cuando el órgano jurisdiccional al que se ha sometido un litigio relativo al Derecho comunitario considera que el único obstáculo que le impide adoptar medidas cautelares es una norma de Derecho nacional, debe dejar inaplicada dicha norma.

La segunda sentencia, donde se examina la facultad del órgano jurisdiccional nacional para acordar medidas cautelares, es, como veíamos, la sentencia Zuckerfabrik, en ella se responde al juez nacional, entre otras cuestiones prejudiciales, a la de saber, si el artículo 189 del Tratado se opone a que un órgano jurisdiccional nacional suspenda los efectos de un acto administrativo interno adoptado basándose en un Reglamento comunitario y en que condiciones puede conceder un órgano jurisdiccional nacional tal medida suspensiva. En su contestación el Tribunal de Justicia va a reconocer, en primer lugar, la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para suspender la ejecución de un acto administrativo nacional basado en un reglamento comunitario y, seguidamente, va a precisar las condiciones que deben concurrir para que se pueda otorgar la protección provisional.

Por lo que se refiere al primer aspecto, la sentencia se fundamenta,

primeramente, en el reconocimiento de las medidas cautelares como un medio imprescindible para conseguir la tutela judicial efectiva en derecho comunitario y, seguidamente, en dos argumentos: uno, extraído de la coherencia del sistema de tutela cautelar, que exige que, del mismo modo que, en los recursos de anulación, el Tribunal de Justicia tiene competencia para suspender la ejecución del acto impugnado, en el marco de una remisión prejudicial que deba efectuar el órgano jurisdiccional nacional éste pueda ordenar también la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional basado en un Reglamento comunitario cuya legalidad se discute; y, otro argumento, el ya avanzado en la sentencia Factortame, según el cual la protección provisional garantizada por el Derecho comunitario a los justiciables ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede variar dependiendo de que impugnen la compatibilidad de disposiciones de derecho nacional con el Derecho comunitario o la validez de actos comunitarios de derecho derivado, puesto que en los dos supuestos la impugnación se basa en el propio Derecho comunitario.

Por lo que se refiere a las condiciones que deben concurrir para que el órgano nacional pueda conceder tal protección provisional, el Tribunal, apoyándose en una amplia motivación, identifica, resumidamente, las siguientes: es preciso, se dice en la sentencia, que el órgano jurisdiccional nacional tenga serias dudas sobre la validez del acto comunitario y que, en el supuesto de que no se haya sometido ya al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez del acto normativo impugnado, la plantee el mismo; es preciso, afirma también, que exista urgencia debido a que el demandante pueda sufrir un perjuicio grave e irreparable y que dicho órgano jurisdiccional tenga debidamente en cuenta el interés de la Comunidad. Precisando, asimismo, que la consideración de todos estos elementos impone al órgano jurisdiccional nacional la obligación de comprobar si el acto normativo comunitario de que se trata no se encontraría privado de toda eficacia por falta de aplicación inmediata. Además, supone que este órgano jurisdiccional tenga la posibilidad de exigir al demandante garantías suficientes cuando la suspensión de la ejecución pueda producir un riesgo económico para la Comunidad.

En relación con la jurisprudencia reseñada, el problema que se plantea en la sentencia Atlanta, y que constituye su principal novedad, radica en saber si el razonamiento desarrollado por el Tribunal de Justicia en las sentencias precitadas, sustentado en el paralelismo entre los artículos 173

y 177 del Tratado y en la coherencia del sistema de tutela judicial provisional, que le ha llevado a extender a las jurisdicciones nacionales la jurisprudencia relativa al artículo 185 del Tratado (medidas suspensivas clásicas) y a reconocer al juez nacional que ha planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relativa a la validez de un Reglamento la facultad de ordenar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional basado en ese Reglamento, puede ser también utilizado para extender a las jurisdicciones nacionales la jurisprudencia relativa al artículo 186 (medidas cautelares positivas), facultando, de este modo, al órgano jurisdiccional nacional a adoptar, en tales circunstancias, medidas cautelares que creen una situación jurídica nueva en beneficio del justiciable y que hacen provisionalmente inaplicable al recurrente en el litigio principal el Reglamento impugnado. Asimismo, se plantea, en la sentencia examinada, la cuestión de saber si los requisitos para que el órgano jurisdiccional nacional pueda conceder ambos tipos de medidas provisionales (suspensivas o positivas) son los mismos.

Desde otra perspectiva, el asunto que comentamos presenta un notable interés puesto que se localiza dentro de la amplia polémica desatada —sobre todo en la República Federal Alemana— por el Reglamento (CEE) n.º 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (*DO L 47*, p. 1). La amplitud de esta controversia viene claramente ilustrada por varias decisiones del Tribunal de Justicia, entre ellas una también referida a la tutela cautelar, el Auto de 29 de junio de 1993, Alemania/Consejo (C-280/93R, Rec. p. I-3667), por el que el Tribunal desestimó una demanda de medidas provisionales en la que se solicitaba que se permitiera a la RFA autorizar, hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciara sobre el fondo, la importación con franquicia de derechos de aduana, de plátanos originarios de países terceros en las mismas cantidades anuales que en 1992. Meses después, el TJCE, mediante sentencia de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo (C-280/93, Rec. p. I-4973), desestimó, también, el recurso de anulación interpuesto contra dicho Reglamento.

La trascendencia de la sentencia comentada no es, pues, únicamente institucional, sino que procede también de este polémico contexto económico y comercial que va a marcar, tal y como veremos, la respuesta dada por el Tribunal de Justicia, lo que nos lleva a presentar, en las páginas que siguen, primeramente, su marco jurídico y fáctico (A) y, seguidamente, su aportación a la jurisprudencia en materia de tutela judicial cautelar

de los derechos que encuentran su origen en el ordenamiento comunitario por los jueces nacionales (B).

A) MARCO JURÍDICO Y FÁCTICO

a) *La controversia originada por el establecimiento de la organización común de mercados en el sector del plátano*

El mencionado Reglamento (CEE) n.º 404/93, establece, a partir del 1 de julio de 1993, las bases de una libre circulación de plátanos entre los Estados miembros, así como un régimen común de importaciones respecto a los países terceros que sustituye a los distintos regímenes nacionales hasta entonces existentes. En él se fija un contingente arancelario, así como unas normas específicas relativas al reparto de dicho contingente. Como señala el Reglamento controvertido, «la nueva organización común de mercados ha de permitir que tanto los plátanos producidos en la Comunidad como los originarios de los Estados ACP que son abastecedores tradicionales de ésta tengan salida al mercado comunitario proporcionando unos ingresos adecuados a los productores, y a precios equitativos para los productores y consumidores». En otros términos, el Reglamento introduce un trato diferenciado favorable a los intereses de los productores de plátanos comunitarios y de plátanos ACP (6) frente a las importaciones de plátanos procedentes de otros países terceros suministradores.

Este sistema se recoge en el Título IV del Reglamento, donde, precisamente, se contienen las normas relativas a los intercambios con países terceros y se distingue entre plátanos comunitarios, plátanos ACP tradicionales, plátanos ACP no tradicionales y plátanos de terceros países. El apartado 1 del artículo 18 del Reglamento prevé que «cada año se abrirá un contingente arancelario de 2 millones de toneladas/peso neto para las importaciones de plátanos de países terceros y de plátanos no tradicionales ACP. En el marco de este contingente arancelario, las importaciones de plátanos de países terceros se verán sometidas a un gravamen de 100 ecus por tonelada, y las importaciones de plátanos no tradicionales ACP

(6) En relación con las importaciones de plátanos ACP: art. 168 y Protocolo n.º 5 relativo a los plátanos, anexo al Cuarto Convenio ACP-CEE, firmado en Lomé el 15 de diciembre de 1989 (*DO L 229*, 1991/1).

estarán sometidas a un derecho arancelario cero». Fuera de este contingente, según se desprende del apartado 2 de la mencionada disposición, las importaciones de plátanos no tradicionales ACP estarán sometidas a un gravamen de 750 ECU por tonelada y las importaciones de plátanos de países terceros a un gravamen de 850 ECU por tonelada.

Finalmente, entre las disposiciones que figuran en Título V del Reglamento, el artículo 21, establece la supresión del contingente anual de importación de plátanos exentos de derechos de aduana que le correspondía a Alemania en virtud del Protocolo anejo al Convenio de aplicación sobre la asociación de los países y territorios de Ultramar a la Comunidad, previsto en el artículo 136 del Tratado CE.

Resulta patente que la organización de común de mercados en el sector de los plátanos, tal y como se concibe en las disposiciones mencionadas del Reglamento (CEE) n.º 404/93 —esto es, destinado a garantizar la existencia de una producción propia de la Comunidad y una regulación de las importaciones—, ha afectado considerablemente los intereses de los operadores económicos que importaban plátanos procedentes de terceros países, tanto por lo que se refiere a la cuota del mercado de este producto, como a los rendimientos que podrían obtener por las inversiones que han estado efectuado en instalaciones de transporte y de maduración (7). Entre estos operadores económicos se encuentran, precisamente, el grupo de sociedades alemanas que han planteado el recurso en el litigio principal en el presente asunto prejudicial.

b) *Los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales nacionales y ante el Tribunal de Justicia*

En efecto, la parte demandante en dicho litigio, la Sociedad Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH y otras diecisiete sociedades del grupo Atlanta (en los sucesivos: «Atlanta»), son importadores tradicionales de plátanos de países terceros que obtuvieron del Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft (Oficina Federal de Alimentación y Silvicultura), parte demandada en el litigio principal, contingentes provisionales de importación de plátanos de países terceros para el período comprendido entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 1993.

(7) En este sentido, véanse las Conclusiones del Abogado General Cl. Gulmann, Alemania/Consejo, C-280/93, Rec. 1994, p. I, p.4980 (esp. p. 5005).

Atlanta, por entender que el Reglamento había limitado sus posibilidades de importación de plátanos de países terceros, presentó unas reclamaciones ante el Bundesamt (8). Contra las decisiones desestimatorias de estas reclamaciones dichas demandantes interpusieron ante el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main un recurso de anulación. Esta instancia, por compartir las dudas expresadas por Atlanta, suspendió el procedimiento mediante una primera resolución de 1 de diciembre de 1993, hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciara con carácter prejudicial sobre dicha validez (asunto C-466/93) (9).

Atlanta solicitó, como medida cautelar, que el Verwaltungsgericht ordenara al Bundesamt la expedición de certificados adicionales de importación de plátanos de países terceros para el segundo semestre de 1993, por encima de las cantidades ya asignadas, hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciara, con carácter prejudicial, sobre la validez del Reglamento cuestionado. El Verwaltungsgericht en una segunda resolución, fechada igualmente el 1 de diciembre de 1993, ordenó al Bundesamt que expidiera provisionalmente, a nombre de Atlanta, para los meses de noviembre y diciembre de 1993, certificados de importación adicionales con un derecho de aduana de 100 ECU por tonelada. La expedición de estos certificados se sometió a la condición de que, provisionalmente, las demandantes no usaran los certificados de importación que les habían sido expedidos respecto a 1994 para la importación de plátanos de países terceros, con un derecho de aduana de 100 ECU por tonelada, en las cantidades correspondientes a los certificados de importación adicionales que, además del contingente definitivo, les fueran

(8) No fueron las únicas acciones que intentó el Grupo Atlanta. En efecto, el mismo día en que la RFA presentaba su recurso de anulación contra el Reglamento (CEE) n.º 404/93, el 14 de mayo de 1993, el mencionado Grupo de sociedades interpusieron un recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el que solicitaban, entre otras cosas, la anulación del mencionado Reglamento. Mediante auto de 21 de enero de 1994 (Atlanta/Consejo y Comisión, C-286/93, no publicado en la Recopilación), el Tribunal de Justicia declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto por Atlanta respecto a la pretensión de anulación puesto que Atlanta no tenía legitimación activa conforme al artículo 173 del Tratado. Una demanda de medidas provisionales relativas al Reglamento, presentada por Atlanta, mediante escrito separado, también fue declarada inadmisibile, por el mismo motivo, mediante auto de 6 de julio de 1993 (Atlanta/Consejo, C-286/93R, no publicado en la Recopilación).

(9) El TJCE ya se ha pronunciado al respecto en favor de la validez del citado Reglamento, sentencia de 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH y otras (II), C-466/93, Rec. p. I-3799.

expedidos provisionalmente para 1993 de acuerdo con la resolución. El objetivo de este requisito era garantizar que, en el supuesto de que no se estimaran las pretensiones de las demandantes en el litigio principal, los contingentes adicionales, asignados para 1993, pudieran imputarse a los contingentes que les correspondían para 1994. Según el juez, la concesión de medidas cautelares estaba motivada por la consideración de que su denegación violaría el principio de tutela jurisdiccional consagrado en el apartado 4 del artículo 19 de la Ley Fundamental alemana.

En la misma resolución, el Verwaltungsgericht planteó las cuestiones prejudiciales en los siguientes términos:

- «1) Un órgano jurisdiccional nacional que albergue serias dudas sobre la validez de un Reglamento comunitario y que, por ello, haya planteado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial sobre la validez del Reglamento comunitario, ¿puede adoptar, en relación con un acto administrativo de una autoridad nacional basado en dicho Reglamento comunitario, medidas cautelares que, hasta que recaiga sentencia del Tribunal de Justicia, configuren o regulen provisionalmente las situaciones o las relaciones jurídicas controvertidas?
- 2) En caso de que se responda afirmativa a la primera cuestión: En tales supuestos, ¿en qué condiciones está facultado un órgano jurisdiccional nacional para adoptar medidas cautelares? Respecto a los requisitos para adoptar tales medidas cautelares, ¿procede distinguir entre las medidas cautelares dirigidas a asegurar una posición jurídica ya existente y aquellas mediante las que se crea una nueva situación jurídica?».

B) APORTACIONES DE LA SENTENCIA ATLANTA A LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE TUTELA JUDICIAL CAUTELAR POR LOS JUECES NACIONALES DE LOS DERECHOS QUE ENCUENTRAN SU ORIGEN EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

a) *La respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales*

El Tribunal de Justicia, responde a la primera cuestión, declarando que el artículo 189 del Tratado CE debe interpretarse en el sentido de que no

excluye la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar medidas cautelares que configuren o regulen las situaciones o las relaciones jurídicas controvertidas respecto a un acto administrativo nacional basado en un Reglamento comunitario cuya validez es objeto de una cuestión prejudicial.

Esta respuesta, donde se reconoce la facultad del juez nacional para otorgar medidas cautelares de contenido positivo, la fundamenta en la exigencia, ampliamente motivada en la sentencia Zuckerfabrik, de coherencia del sistema de tutela jurisdiccional provisional que le ha llevado ya a reconocer a los órganos jurisdiccionales nacionales la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional basado en el Reglamento impugnado, por considerar que, en el marco de un recurso de anulación, el artículo 185 proporciona a la parte demandante la facultad de solicitar la suspensión de la ejecución del acto impugnado y al Tribunal de Justicia, la competencia para ordenarla.

El Tribunal de Justicia va, seguidamente, a extender este razonamiento por analogía a la posibilidad, para los órganos jurisdiccionales nacionales, de prescribir medidas provisionales positivas, argumentando al respecto que, en primer lugar, el Tratado no sólo autoriza al Tribunal de Justicia, en el artículo 185, para ordenar dicha suspensión, sino que también le faculta, en el artículo 186, para ordenar las medidas provisionales necesarias, y que, en segundo lugar, «la protección provisional que los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar, en virtud del Derecho comunitario, a los justiciables no puede variar dependiendo de que éstos soliciten la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional o la concesión de medidas cautelares que configuren o regulen, en su favor, situaciones jurídicas o relaciones jurídicas controvertidas», puesto que, por naturaleza, tal concesión no tiene repercusiones más importantes sobre el ordenamiento jurídico comunitario que la mera suspensión de la ejecución del acto nacional adoptado con base en un Reglamento.

La segunda cuestión prejudicial brinda la ocasión al Tribunal de Justicia de volver sobre los requisitos que deben concurrir para que el juez nacional conceda medidas provisionales y que ya había examinado detenidamente en la sentencia Zuckerfabrik en lo referente a la medida de suspensión de la ejecución de un acto administrativo. De ahí que la motivación de su segunda respuesta parta de los requisitos ya identificados en aquella sentencia, donde se afirmaba, como ya vimos, que un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ordenar la suspensión de la ejecución de

un acto administrativo nacional adoptado en ejecución de un Reglamento comunitario cuando dicho órgano jurisdiccional tenga serias dudas acerca de la validez del acto comunitario y, en el supuesto de que no se haya sometido ya al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez del acto impugnado la plantee él mismo, cuando exista urgencia y el demandante pueda sufrir un perjuicio grave e irreparable y cuando dicho órgano jurisdiccional tenga debidamente en cuenta el interés de la Comunidad.

Estos requisitos, continúa el Tribunal, han de concurrir respecto de cualquier medida cautelar, incluida, por tanto, una medida positiva, sólo que en este caso el Tribunal va a introducir ciertas matizaciones. Así, y por lo que se refiere a la condición de que existan serias dudas sobre la validez del Reglamento comunitario en que se basa el acto administrativo impugnado, el Tribunal señala que tal requisito implica que el órgano jurisdiccional nacional no puede limitarse a plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez del Reglamento, sino que, al adoptar la medida cautelar, debe indicar las razones por las que considera que el Tribunal de Justicia podría declarar la invalidez de ese Reglamento.

Por lo que respecta requisito de la urgencia, el Tribunal precisa que el perjuicio alegado por el demandante debe poderse producir antes de que el Tribunal de Justicia haya podido resolver sobre la validez del acto comunitario impugnado. En cuanto a la naturaleza de este perjuicio, recordando su jurisprudencia anterior, declara que un perjuicio meramente pecuniario no puede considerarse, en principio, como irreparable. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional que deba resolver sobre las medidas provisionales examinar las circunstancias propias de cada caso. A tal fin, debe apreciar los elementos que permitan determinar si la ejecución inmediata del acto respecto al que se solicitan las medidas cautelares puede producir a la demandante daños irreversibles, que no podrían ser reparados si el acto comunitario llegara a ser declarado inválido.

En relación con el interés de la Comunidad, remitiéndose a la sentencia Zuckerfabrik, recuerda que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar en el ámbito de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario está obligado a garantizar la plena eficacia del mismo y, por consiguiente, en caso de duda sobre la validez de los Reglamentos comunitarios, debe tener en cuenta el interés de la Comunidad en que no dejen de aplicarse estos Reglamentos sin serias garantías. Para cumplir esta obligación, el Tribunal de Justicia volviendo a lo dicho en su sentencia Zuckerfabrik, declara que el órgano jurisdiccional nacional al que se so-

mete una solicitud de medidas cautelares debe comprobar si el acto comunitario de que se trate quedaría privado de efecto útil a falta de aplicación inmediata. Por otra parte, cuando la concesión de medidas cautelares pueda provocar un riesgo económico para la Comunidad, el órgano jurisdiccional nacional debe poder imponer al demandante suficientes garantías, como la prestación de una fianza o la constitución de un depósito judicial.

Finalmente, el Tribunal de Justicia introduce una nueva apreciación estrechamente conectada con el contexto en el que se sitúa el litigio principal en el presente asunto, me refiero, a la polémica desencadenada por el Reglamento (CEE) n.º 404/93 y el contencioso generado ante el Tribunal de Justicia coetáneo a la remisión prejudicial. En relación con ello, el Tribunal de Justicia puntualiza lo siguiente: al analizar si se cumplen los requisitos para la concesión de la medida cautelar, el órgano judicial nacional está obligado, en virtud del artículo 5 del Tratado, a respetar lo declarado por el órgano jurisdiccional comunitario sobre las cuestiones controvertidas ante él. Así, cuando el Tribunal de Justicia ha desestimado un recurso de anulación contra el Reglamento controvertido o ha declarado, en el marco de una cuestión prejudicial sobre su validez, que el examen de las cuestiones prejudiciales no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de ese Reglamento, el órgano jurisdiccional nacional ya no puede adoptar medidas cautelares o debe revocarlas, a menos que las causas de ilegalidad alegadas ante él sean diferentes de los motivos de anulación o de las causas de ilegalidad que el Tribunal de Justicia haya desestimado en su sentencia.

El Tribunal de Justicia se refiere a continuación al contexto antes mencionado, declarando que, en este supuesto particular, pronunciándose sobre la misma situación de hecho que originó el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal de Justicia declaró que, cuando interponen un recurso de anulación de un Reglamento, los Estados miembros son responsables de los intereses, especialmente económicos y sociales, considerados como generales en un plano nacional y, por esta razón, tienen legitimación procesal activa con objeto de garantizar su defensa. Por consiguiente, pueden alegar perjuicios que afecten a un sector entero de su economía, especialmente cuando la medida comunitaria impugnada puede provocar repercusiones desfavorables sobre el nivel de empleo y el coste de vida (auto Alemania/Consejo, antes citado, apartado 27).

Y, aunque el Tribunal de Justicia reconoce que corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que debe salvaguardar los derechos de los particulares, apreciar en que grado la denegación de una medida cautelar puede afectar de forma grave e irreparable a importantes intereses individuales de éstos, estima, no obstante, que en el supuesto de que el demandante no pueda ampararse en una situación específica que lo diferencie de los demás operadores económicos del sector de que se trate, el órgano jurisdiccional nacional debe respetar la apreciación ya efectuada por el Tribunal de Justicia sobre el carácter grave e irreparable del perjuicio. Precisando, finalmente, que la obligación que tiene el órgano jurisdiccional nacional de respetar una eventual decisión del Tribunal de Justicia es aplicable muy especialmente a la apreciación efectuada por este Tribunal del interés de la Comunidad y de la ponderación de este interés en el sector económico de que se trate.

b) *El reconocimiento por el Tribunal de Justicia de la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para otorgar medidas provisionales positivas*

Las sentencias *Factortame* y *Zuckerfabrik* consagran la facultad de un órgano jurisdiccional nacional para otorgar medidas provisionales en casos de remisión prejudicial. Así, conforme a la primera, un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales. Según la segunda, el juez nacional puede suspender la aplicación de un acto jurídico nacional adoptado en aplicación de un acto comunitario cuya legalidad se impugna ante el órgano jurisdiccional nacional. La sentencia *Atlanta* profundiza, como acabamos de ver, en esta línea jurisprudencial al considerar que un órgano jurisdiccional nacional puede adoptar medidas cautelares positivas, esto es, que configuren o regulen provisionalmente las situaciones o las relaciones jurídicas derivadas de un acto comunitario cuya legalidad se impugna ante el órgano jurisdiccional nacional, en conexión con una petición de decisión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia por este órgano jurisdiccional.

El Tribunal de Justicia, al admitir en esta sentencia la facultad de los órganos judiciales nacionales de prescribir medidas cautelares que creen

una situación jurídica nueva en beneficio del justiciable en el marco de los procedimientos prejudiciales, está reforzando considerablemente el derecho de todo ciudadano comunitario a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos derivados del Derecho comunitario (10).

Tal reconocimiento constituye, en mi opinión, un paso lógico y previsible en la evolución de la jurisprudencia comunitaria en esta materia, pues si en el marco de un recurso de anulación, el Tratado no solo autoriza al Tribunal de Justicia, en el artículo 185, para ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, sino que también le faculta, en el artículo 186, para ordenar medidas provisionales necesarias, y si ambos artículos constituyen, en su conjunto, un sistema lógico y coherente de tutela judicial cautelar, y si, en fin, el Tribunal ya ha reconocido —en el ámbito de la remisión prejudicial— la facultad de los jueces nacionales de suspender la ejecución de un acto administrativo basado en un Reglamento impugnado, las mismas razones de coherencia se dan también en el marco prejudicial imponiendo que tal reconocimiento se extienda igualmente a todas las medidas cautelares que sean necesarias para garantizar la efectividad de la tutela judicial y ello, puede significar, que para asegurar la eficacia real de la resolución definitiva que recaiga en el proceso, sea necesario otorgar una medida cautelar de contenido positivo.

De este modo, la coherencia del sistema de protección provisional implica que esta facultad de adoptar medidas provisionales que el Derecho comunitario reconoce al Tribunal de Justicia en el artículo 186 del Tratado CE, en el marco de un recurso interpuesto ante el mismo con arreglo al artículo 173 del citado Tratado, destinado a que se aprecie la legalidad de un acto comunitario, se extienda también a un órgano jurisdiccional nacional ante el que se impugna un acto comunitario sobre cuya validez no puede pronunciarse, estando obligado a someter al Tribunal de Justicia la correspondiente cuestión prejudicial con arreglo al artículo 177 de este Tratado (11), lo que alarga, consiguientemente, el litigio principal e

(10) Esta evolución se está produciendo, también, en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, entre ellos España desde el Auto de 20 de diciembre de 1990 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y en concreto sobre las medidas positivas desde el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, como viene dando puntual información el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA en sus trabajos, actualmente recopilados, en su tantas veces citado libro sobre «La batalla por las medidas cautelares».

(11) Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199.

incrementa, obviamente, los riesgos de indefensión de los interesados, acentuándose, también, las posibilidades de que la decisión final no se pronuncie con la debida efectividad. Para evitar esto, el juez nacional debe poder, si las circunstancias así lo exigen, proteger, mediante una medida provisional positiva, un derecho hasta que se dicte sentencia sobre su existencia, es decir hasta que el litigio se dirima de forma definitiva basándose en la respuestas que el Tribunal de Justicia haya dado a su cuestión prejudicial.

El razonamiento por analogía utilizado por el Tribunal para admitir la posibilidad de medidas provisionales positivas parece, a mi entender, no sólo el adecuado sino incluso el necesario desde la perspectiva de la protección judicial del justiciable y del respeto de la eficacia del sistema establecido por el artículo 177 del Tratado, al evitar que este resulte menoscabado como así sucedería «si el órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento hasta que este Tribunal de Justicia responda a su cuestión prejudicial no pudiera conceder medidas provisionales hasta el pronunciamiento de su resolución adoptada tras la respuesta del Tribunal de Justicia» (12), puesto que no siempre la protección cautelar puramente negativa de la suspensión de la ejecución del acto administrativo es suficiente para evitar tal menoscabo, sino que, a veces, por las circunstancias del caso, la eficaz protección jurisdiccional del justiciable exige, además, que el juez nacional pueda prescribir a la administración un comportamiento provisional determinado con la finalidad de salvaguardar los intereses del recurrente mientras dure el procedimiento, habilitándolo para que actúe durante tal período como si dispusiera de la autorización que se le ha denegado por el acto recurrido. Sólo así se podría asegurar el efecto útil del procedimiento prejudicial y el respeto del principio de la tutela judicial efectiva.

Trasladar este razonamiento al ámbito de las remisiones prejudiciales tiene, a mi juicio, como principal efecto el de reafirmar el poder jurisdiccional del juez nacional como juez aplicativo ordinario del Derecho comunitario, entre cuyas obligaciones están incluidas, también, las de garantizar la tutela cautelar de los derechos que se alegan a la espera de su reconocimiento definitivo, lo que implica no sólo la facultad de suspender provisionalmente la ejecución del acto controvertido sino también la

(12) Sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame*, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 22).

de crear provisionalmente una situación jurídica nueva en beneficio del justiciable (13).

El reconocimiento de esta facultad al juez nacional entraña, como es fácil de suponer, importantes riesgos para la aplicación uniforme y efectiva del Derecho comunitario en los territorios de los Estados miembros tal y como, por lo demás, recuerda oportunamente el órgano jurisdiccional alemán en su resolución de remisión prejudicial. Este riesgo, derivado de la posibilidad que se le abre al juez nacional para que, vía medidas cautelares, paralice provisionalmente los efectos de una norma comunitaria, está perfectamente detectado en la jurisprudencia que estamos comentando. De ahí que el Tribunal de Justicia se haya referido con detenimiento a los requisitos que deben concurrir para que un juez nacional pueda ordenar medidas cautelares que hacen provisionalmente inaplicables Reglamentos comunitarios.

Estas condiciones, enunciadas en la sentencia *Zuckerfabrik* y precisadas en la sentencia *Atlanta*, dejan translucir, en mi opinión, una doble preocupación, la de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario y la de definir las medidas provisionales como un simple medio instrumental, no autónomo, que permita que la decisión de fondo (que se basará en la respuesta del Tribunal de Justicia) pueda pronunciarse en condiciones de ser efectiva, reconociéndose, en la línea de una consolidada jurisprudencia, que es el Tribunal de Justicia el juez de jurisdicción final y exclusiva para decidir sobre la validez del Reglamento impugnado.

En relación con esto último, el Tribunal de Justicia, afirma con rotundidad, que «el órgano jurisdiccional nacional que se pronuncie sobre las medidas cautelares sólo puede ordenar y mantener éstas mientras el Tribunal de Justicia no declare que el examen de las cuestiones prejudiciales no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del Reglamento de que se trate». En conexión también con ello, se encuentra el requisito del «interés de la Comunidad», lo que reafirma el carácter de juez aplicativo ordinario del Derecho comunitario del juez nacional y por tanto su obligación de garantizar la plena eficacia del mismo. Máxime si ocurre, como en el presente caso, que el Reglamento controvertido establece una organización común de mercados, en cuya elaboración las Ins-

(13) En este sentido, se ha dicho que el juez nacional «para ser un juez ordinario verdadero debe estar revestido de todos los atributos judiciales, entre los cuales el de disposición de medidas cautelares resulta primordial para definir un poder jurisdiccional plenario», GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, p. 131.

tituciones comunitarias gozan de cierto poder de apreciación de los diferentes intereses económicos en juego; de ahí, la necesidad de que el juez nacional tenga bien presente el interés comunitario, lo que ya nos pone en relación con la primera preocupación antes mencionada.

Por lo que respecta a esta primera preocupación, garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia pone especial énfasis en remitir al juez nacional a los requisitos que el Tribunal ha ido definiendo en su jurisprudencia relacionada con las medidas cautelares ordinarias que puede acordar en sus propios procesos en virtud de los artículos 185 y 186 TCE, esto es: la medida cautelar debe justificarse en la apariencia de buen derecho presente, en una situación de urgencia o de perjuicio irreparable (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*).

Con lo que se viene a reconocer que el juez nacional a la hora de valorar las «serias dudas» que le plantea la validez del Reglamento impugnado debe hacerlo inspirándose en los criterios avanzados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no en criterios nacionales, además, dada la naturaleza de estas medidas cautelares, el Tribunal de Justicia va a exigir bastante más que la simple apariencia de buen derecho, pues afirma que tales medidas sólo se justifican si «existe la posibilidad de una declaración de invalidez, reservada al Tribunal de Justicia» y añade que el juez nacional no puede limitarse en tales caso a plantear una cuestión prejudicial sobre la validez del Reglamento, «sino que, al adoptar la medida cautelar, debe indicar las razones por las que considera que el Tribunal de Justicia podría declarar la invalidez de ese Reglamento».

Estas serias dudas deben presentarse, además, en una situación de urgencia o perjuicio irreparable, es decir, antes de que el Tribunal de Justicia haya podido resolver sobre la validez del Reglamento impugnado y, respecto al perjuicio, que este signifique, no un daño meramente pecuniario, sino que imposibilite la eficacia real de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.

Y, finalmente, el Tribunal de Justicia declara que el órgano jurisdiccional nacional en la apreciación de todos estos requisitos debe respetar «las resoluciones del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia dictadas sobre la legalidad del Reglamento o el auto de medidas provisionales relativo a la concesión, en la esfera comunitaria, de medidas provisionales similares». Con ello el Tribunal de Justicia parece estar advirtiendo, dado el contexto en el que se produce la remisión prejudicial en cuestión, al juez nacional que difícilmente puede albergar serias dudas

sobre la validez de un Reglamento, como es el que establece la organización común de mercados en el sector del plátano, sobre la que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado favorablemente en varias resoluciones.

Con ello, en mi opinión, el Tribunal de Justicia intenta evitar una perversa utilización de las medidas cautelares de contenido positivo que desvirtúe su verdadera naturaleza. Pues, si ésta es la de evitar que la larga duración del proceso se convierta en un daño para el que tiene la razón, puede ocurrir que se utilice para todo lo contrario, es decir para interponer recursos que paralicen la aplicación de Reglamentos comunitarios y beneficiarse así el recurrente, mientras estos recursos se dirimen, de otra situación jurídica que le sea más favorable.

Si la interpretación de esta exigencia del Tribunal de Justicia es la correcta, se puede concluir afirmando que el Tribunal, en la sentencia comentada, ha conseguido equilibrar de manera muy acertada los dos principales principios que entran en juego en estos procedimientos: por un lado, el de la tutela judicial efectiva de los justiciables, al haber completado con su sentencia, admitiendo las medidas cautelares positivas en el marco de las remisiones prejudiciales, el sistema de la tutela judicial cautelar; y, por otro lado, el de la plena eficacia del Derecho comunitario, cuyas disposiciones no deben quedar privadas de efecto útil a falta de aplicación inmediata por una incorrecta utilización de las medidas cautelares de contenido positivo.