

LAS JURISDICCIONES NACIONALES COMO GARANTES DEL RESPETO DEL DERECHO COMUNITARIO EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Por D. LLOYD DE VILLAMOR MORGAN-EVANS
Licenciado en Derecho

Resumen

En el presente trabajo el autor plantea la función de garantía que desempeñan las jurisdicciones nacionales en relación con el respeto del derecho comunitario en los diferentes Estados miembros; al tiempo que ofrece una visión del funcionamiento de dicho sistema de garantía.

Abstract

This paper questions the function of warranty that different national jurisdictions have in relation to the respect of European laws, and gives an overview of how such a warranty system may work.

SUMARIO

- 1.1. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DEL RESPETO DEL DERECHO COMUNITARIO EN LOS ESTADOS MIEMBROS
- 1.2. EL JUEZ NACIONAL COMO JUEZ COMUNITARIO
- 1.3. LA TUTELA CAUTELAR QUE DEBEN DISPENSAR LAS JURISDICCIONES NACIONALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMUNITARIO
- 1.4. LA POTESTAD DEL JUEZ NACIONAL ORDINARIO DE SUSPENDER CAUTELARMENTE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA NACIONAL, AÚN DE RANGO LEGAL (DOCTRINA FACTORTAME)
- 1.5. LA POTESTAD DE LOS JUECES NACIONALES DE SUSPENDER CAUTELARMENTE LA EJECUCIÓN DE ACTOS DE SUS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DICTADAS EN APLICACIÓN DE REGLAMENTOS COMUNITARIOS (DOCTRINA ZUCKERFABRIK)
- 1.6. LA POTESTAD DEL JUEZ NACIONAL DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS Y NO SÓLO SUSPENSIVAS CONTRA LOS ACTOS DE SUS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DICTADOS EN EJECUCIÓN DE REGLAMENTOS COMUNITARIOS (DOCTRINA ATLANTA)
- 1.7. LOS JUECES NACIONALES FRENTE A LA INACTIVIDAD DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS (DOCTRINA T. PORT)

1.1. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DEL RESPETO DEL DERECHO COMUNITARIO EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Las competencias atribuidas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (T.J.C.E.) para cumplir con su función de garante del respeto del Derecho Comunitario por los Estados miembros tienen sus límites:

- Por un lado, sólo la Comisión puede interponer el recurso por incumplimiento; por añadidura y dado el carácter discrecional de la decisión de la Comisión de interponer el recurso por incumplimiento, el T.J.C.E. sólo puede pronunciarse sobre los incumplimientos que la Comisión estime políticamente oportuno someter a su consideración.
- Por otro lado, el control del respeto del Derecho Comunitario por los Estados Miembros que el T.J.C.E. puede llevar a cabo a través de la cuestión prejudicial de interpretación, además de ser un control indirecto depende de que las jurisdicciones nacionales planteen la cuestión prejudicial, lo que sólo a ellas corresponde decidir.

De ahí que el T.J.C.E. deba compartir su función de garante del respeto del derecho comunitario por o en los Estados Miembros con las jurisdicciones nacionales; dado el carácter descentralizado y cooperativo del sistema jurisdiccional comunitario (cuyos primeros protagonistas son, así pues, los jueces y tribunales nacionales) resulta plenamente coherente con dos características básicas del Derecho Comunitario, a saber: en primer lugar, su ejecución normalmente descentralizada por las autoridades de los Estados Miembros, así como su primacía sobre el derecho interno que se le oponga, cualquiera que sea el rango de éste¹ (lo que implica, además de la aplicabilidad inmediata del Derecho Comunitario –sin necesidad, generalmente, de su previa transposición al Derecho interno– su invocabilidad directa por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales, tal como se señala en la S.T.J.C.E. en el caso *Van Gend & Loos* de 5 de febrero de 1963. De esta manera los jueces nacionales pueden inaplicar por su propia autoridad cualesquiera normas de Derecho interno que se opongan al derecho comunitario².

¹ La sentencia del T.S.J.C.E. de 15 de julio de 1964, caso *Costa/Enel*; según esta jurisprudencia, «toda pretensión de un Estado Miembro de hacer prevalecer sus propios criterios constitucionales sobre el Derecho Comunitario constituye un fermento de dislocación de la Comunidad y es contrario al principio de adhesión sobre una base de reciprocidad».

² Según la S.T.J.C.E. de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal* «sería incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho Comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o práctica legislativa, administrativa o judicial que tuviera por efecto

1.2. EL JUEZ NACIONAL COMO JUEZ COMUNITARIO

El juez nacional está facultado y obligado por el Principio de Primacía del Derecho Comunitario a aplicarlo con carácter prevalente frente al Derecho nacional que se le oponga, cualquiera que sea el rango de ésta; esto significa que el juez nacional está facultado, cuando actúe como juez comunitario, es decir, como garante del respeto del Derecho Comunitario en el ámbito interno, para inaplicar incluso normas nacionales con rango o fuerza de ley. El art. 163 de la Constitución Española establece que *«cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos»*.

Así pues, en los Estados miembros con un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, los poderes que ostenta el juez nacional ordinario no son los mismos que cuando actúa tan sólo como juez nacional y cuando actúa como juez comunitario; en el primer caso no está facilitado por la Constitución ni para inaplicar ni para declarar por su propia autoridad la nulidad de una ley formal contraria a aquélla. En cambio, en el segundo caso sí está facultado por el Derecho Comunitario para inaplicarla por su propia autoridad en la medida en que no sea compatible con el Derecho Comunitario. Por consiguiente, éste otorga al juez nacional ordinario unos poderes en relación con la ley nacional que el ordenamiento constitucional interno no le reconoce y reserva a la jurisdicción constitucional. Estos poderes, sin embargo, se enderezan exclusivamente al cumplimiento del Principio de Primacía del Derecho Comunitario, de manera que si el juez nacional ordinario considera que una ley nacional es al mismo tiempo incompatible con el Derecho Comunitario e inconstitucional, sólo está facultado para inaplicarla por su propia autoridad en la medida estricta de su incompatibilidad con el Derecho Comunitario. Por todo lo demás debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional³.

En este sentido, el T.J.C.E. declaró contrario a la primacía del Derecho Comunitario el punto de vista sostenido por la Corte Constitucional italiana según el cual los jueces ordinarios italianos carecían de competencia para inaplicar por su propia autoridad leyes nacionales posteriores incompatibles con el Derecho

disminuir la eficacia del Derecho Comunitario por el hecho de no reconocer el juez competente para aplicar este Derecho el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo que es necesario para eliminar las disposiciones legislativas nacionales que constituyan eventualmente un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias».

³ Cuando el juez nacional ordinario alberga tan sólo dudas sobre la compatibilidad entre el Derecho comunitario y la ley nacional, cabe también la posibilidad de que plantee dos cuestiones incidentales simultáneamente, una al juez constitucional nacional y la otra al T.J.C.E. con el objeto de que éste se pronuncie indirectamente sobre la compatibilidad entre el Derecho Comunitario y la ley nacional de que se trate.

Comunitario⁴. Conforme a dicha doctrina de la Corte Constitucional italiana, tales leyes eran también inconstitucionales (por vulneración del art. 11 de la Constitución italiana) en la medida que interferían competencias cedidas a las Comunidades Europeas y por tanto legítimamente cedidas por éstas; de ahí que la Corte Constitucional italiana a la que la Constitución reserva la facultad de inaplicar y de declarar la nulidad de las leyes inconstitucionales, considerase que los jueces ordinarios italianos carecerían de competencia para inaplicar por su propia autoridad las leyes nacionales posteriores incompatibles con el Derecho Comunitario (en tanto que leyes al mismo tiempo inconstitucionales), en consecuencia la Corte Constitucional italiana sostenía que los jueces ordinarios debían suspender el proceso principal y plantearle a ella la cuestión de la inconstitucionalidad.

El T.J.C.E. sin embargo declaró tal doctrina contraria a la primacía del Derecho Comunitario. En su famosa **Sentencia Simmenthal**, de 9 de marzo de 1976 el D.J.C.E. afirma que *«el juez nacional encargado de aplicar en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, tiene la obligación de asegurar de pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria a la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro proceso constitucional»*; según el T.J.C.E. «sería incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho Comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o práctica legislativa, administrativa o judicial que tuviere por efecto disminuir la eficacia del Derecho Comunitario por el hecho de no reconocer al juez competente para aplicar este derecho el poder de hacer en el momento mismo de esta aplicación todo lo que es necesario para eliminar las disposiciones legislativas nacionales que constituyan eventualmente un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias... tal sería el caso si en la hipótesis de contradicción entre una disposición del Derecho Comunitario y una ley nacional posterior, la solución de este conflicto quedará reservada a una autoridad distinta del juez llamado a asegurar la aplicación de Derecho Comunitario, investido de un poder de apreciación propio»⁵.

El Tribunal Constitucional Español acepta expresamente este punto de vista según el cual el problema de la compatibilidad o no de una ley nacional posterior con el Derecho Comunitario es un problema de legalidad ordinaria que debe resolver por sí mismo el juez ordinario⁶. Así, el Tribunal Constitucional sostiene que la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno, incluso el de rango legal, *«no significa que por mor del art. 93 C.E. se haya dotado a las normas del Derecho Comunitario europeo de rango y fuerzas constitucionales ni quiere en modo*

⁴ Sentencias de 27 diciembre de 1973 y de 30 de octubre de 1975.

⁵ También en este sentido se refiere la S.T.J.C.E. De 14 de julio de 1989, caso Ford España.

⁶ S.S.T.C. 28/1991 de 14 de febrero, 64/1991 de 22 de marzo, 180/1993 de 31 de mayo, 130/1995, de 11 de septiembre y 45/1996 de 25 de marzo.

alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 de la Constitución... Como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de los que conozcan... En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria».

Así pues la competencia del juez nacional ordinario para inaplicar por su propia autoridad las leyes nacionales incompatibles con el Derecho Comunitario no se extiende a su declaración de nulidad con efecto *erga omnes*. El problema de la compatibilidad o no de las leyes nacionales con el Derecho Comunitario no es un problema de jerarquía normativa sino «de selección del derecho aplicable al caso concreto».

1.3. LA TUTELA CAUTELAR QUE DEBEN DISPENSAR LAS JURISDICCIONES NACIONALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMUNITARIO

El juez nacional no sólo es garante del respeto del Derecho Comunitario en el ámbito interno de los Estados Miembros cuando actúa como juez del litigio principal. Lo es también como juez cautelar. Ello significa que aunque, en principio, ha de aplicar las normas de su Derecho Procesal interno relativas a la protección cautelar, dicha aplicación encuentra sus límites en la exigencia prevalente que le impone el Derecho Comunitario de garantizar el respeto del Derecho Comunitario y en particular la tutela judicial efectiva de los derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión Europea por el ordenamiento jurídico comunitario. De este modo, si el derecho procesal interno no le permite al juez nacional garantizar provisionalmente la primacía y la eficacia del derecho comunitario en el ámbito interno de su país debe otorgarla en virtud del Derecho Comunitario y en su calidad de juez cautelar comunitario aún a costa de su propio Derecho Nacional»⁷.

De este modo cuando un ciudadano comunitario solicita del juez nacional el otorgamiento de tutela cautelar frente a una actuación de los poderes públicos internos aparentemente incompatibles con el Derecho Comunitario, por ejemplo, la solicitud de la suspensión cautelar de la aplicación de una norma interna aún de rango legal cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario se cuestiona y por otro lado, cuando un ciudadano comunitario solicita el otorgamiento de tutela cautelar frente a un acto interno dictado en ejecución de una norma comunitaria de Derecho derivado aparentemente incompatible con una norma comunitaria de superior jerarquía, por ejemplo, en este caso, de un acto

⁷ E. García de Enterría, 1995, págs. 105 y ss.

interno dictado en aplicación de un Reglamento comunitario cuya validez, o sea, la compatibilidad con el Derecho originario o los principios generales del Derecho Comunitario se cuestiona.

1.4. LA POTESTAD DEL JUEZ NACIONAL ORDINARIO DE SUSPENDER CAUTELARMENTE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA NACIONAL, AÚN DE RANGO LEGAL (DOCTRINA FACTORTAME)

Si el juez nacional ordinario como juez comunitario del litigio principal puede inaplicar por su propia autoridad cualesquiera normas internas, aún de rango legal, contrarias al derecho comunitario (*doctrina Simmenthal*), se señala que como juez cautelar comunitario pueda, incluso en contra de su derecho procesal interno si fuera necesario, suspender provisionalmente la aplicación de una norma interna aún de rango legal, aparentemente incompatible con el Derecho Comunitario. Y por ello porque la potestad, derivados del Derecho Comunitario de inaplicar definitivamente normas internas, aún de rango legal, contrarias a aquél, incluye *a fortiori* la potestad de suspender provisionalmente la aplicación de normas internas, aún de rango legal, aparentemente incompatibles con el Derecho Comunitario. Así lo ha establecido expresamente el T.J.C.E. en su Sentencia Factortame de 19 de junio de 1990⁸. Esta sentencia dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de la Cámara de los Lores (House of Lords) que en lo esencial versa sobre si el Derecho Comunitario facultaba al juez nacional ordinario para adoptar medidas cautelares en defensa del Derecho Comunitario en tanto resolvía el correspondiente proceso principal. El T.J.C.E. afirmó que «la plena eficacia del Derecho Comunitario se vería igualmente reducida si una norma del Derecho nacional pudiera impedir al juez nacional que conoce de un litigio regido por el Derecho Comunitario conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que deba recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base a ese ordenamiento jurídico». En consecuencia, el T.J.C.E. señala que «un órgano jurisdiccional nacional que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho Comunitario debe excluir la aplicación de una norma del Derecho nacional que considere constituir el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales».

1.5. LA POTESTAD DE LOS JUECES NACIONALES DE SUSPENDER CAUTELARMENTE LA EJECUCIÓN DE ACTOS DE SUS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DICTADAS EN APLICACIÓN DE REGLAMENTOS COMUNITARIOS (DOCTRINA ZUCKERFABRIK)

Conforme al principio de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), uno de los requisitos de la tutela cautelar comunitaria, la suspensión cautelar por un juez nacional de la ejecución de un acto administrativo interno dictado

⁸ S.T.J.C.E. de 6 de marzo de 1978, asunto 106/77.

en aplicación de una norma comunitaria cuya validez se cuestiona implica por su parte un juicio negativo aunque provisional sobre la validez de la misma, algo que excluye, en principio, la doctrina Foto-Frost del T.J.C.E.⁹ que como hemos visto, atribuye a éste el «monopolio de rechazo», es decir, la competencia exclusiva para realizar juicios negativos de validez) sobre el derecho comunitario derivado.

El T.J.C.E. ha excepcionado, sin embargo, dicha doctrina en su conocida **Sentencia Zuckerfabrik**, de 21 de febrero de 1991¹⁰, admitiendo la posibilidad de que el juez nacional suspenda cautelarmente la ejecución de un acto administrativo interno dictado en aplicación de un Reglamento comunitario sobre cuya validez dude seriamente, o sea, la posibilidad de que el juez nacional emita en sede cautelar un juicio negativo provisional sobre la validez del Derecho comunitario derivado). Esta posibilidad se condiciona al planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial de validez ante el T.J.C.E. en el marco del proceso principal, a fin de que sea el juez comunitario y no el juez nacional quien, en su caso, realice el juicio negativo sobre la validez del acto comunitario cuestionado.

Arguye el T.J.C.E. para fundamentar esta excepción a la doctrina según la cual compete a él exclusivamente enjuiciar la validez del Derecho comunitario derivado, que cuando la ejecución o aplicación de los Reglamentos Comunitarios compete a las autoridades de los Estados Miembros, se pondría en peligro el derecho de los justiciables a impugnar su legalidad por vía incidental ante un órgano jurisdiccional nacional y a provocar así el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial de validez ante el T.J.C.E. «si en espera de una sentencia... el justiciable... no pudiera conseguir una resolución de suspensión que permitiera paralizar, en lo que a él se refiere, los efectos del reglamento impugnado». En referencia a la comentada doctrina Factortame, relativa al otorgamiento por el juez nacional de tutela cautelar frente a normas o actos internos aparentemente contrarios al Derecho Comunitario, el T.J.C.E. añade que «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 los actos comunitarios de Derecho derivado, puesto que en los dos supuestos la impugnación se basa en el propio Derecho comunitario». Es, así, «la coherencia del sistema de protección cautelar» la que exige que el juez nacional pueda disponer la suspensión de la ejecución de un acto administrativo interno fundado en un Reglamento comunitario cuya validez es cuestionada, del mismo modo que podría acordarla el propio juez comunitario si la cuestión de su validez le fuese sometida en el marco de un recurso directo (art. 230 T.C.E. –recurso de anulación–).

No obstante, el T.J.C.E. condiciona, como se ha indicado, la competencia del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de un acto administra-

⁹ S.T.J.C.E. de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85.

¹⁰ Asuntos 143/88 y 92/89.

tivo interno dictado en aplicación del Reglamento comunitario cuya validez se ha cuestionado o se pretende cuestionar a una serie de requisitos; se trata de los requisitos de fondo de la tutela cautelar que el juez nacional está llamado a otorgar frente a la ejecución en ámbito interno de los Estados Miembros de normas o actos comunitarios sobre cuya validez existen dudas. A diferencia de lo que sucede en los supuestos en que la tutela cautelar se dispensa frente a normas o actos internos aparentemente contrarios al Derecho Comunitario, cuyos requisitos de fondo el T.J.C.E. remite al derecho procesal interno, sí señala el T.J.C.E. los requisitos sustantivos de la tutela cautelar que el juez nacional ha de otorgar, en su caso, frente a normas o actos comunitarios sobre cuya validez existan dudas, supuesto que los requisitos de la tutela cautelar dispensada frente al Derecho Comunitario (ya sea por el propio T.J.C.E. en el marco de un recurso directo, cuando su ejecución compete a la propia comunidad, ya sea por el juez nacional cuando la ejecución compete a los Estados Miembros) no pueden ser sino los mismos. Los presupuestos materiales de la tutela cautelar otorgada por el juez nacional frente al Derecho Comunitario derivado coinciden, pues, con los de la tutela cautelar dispensada por el propio T.J.C.E. en el marco de recursos directos, art. 230 T.C.E. contra normas o actos comunitarios (por ejemplo, peligro o riesgo de que el demandante sufra un perjuicio grave e irreparable y ponderación de los intereses en conflicto). El T.J.C.E. afirma, en este sentido, que «dado que la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de ordenar dicha suspensión corresponde a la competencia reservada al T.J.C.E. por el art. 242 en el marco de los recursos interpuestos con base en el art. 230, procede que dichos órganos jurisdiccionales sólo ordenen esta suspensión cuando se reúnan los requisitos para que se acuerden medidas provisionales en los procedimientos seguidos ante el Tribunal de Justicia». Según establece el T.J.C.E. en su Sentencia Zuckerfabric, los requisitos de una suspensión cautelar de actos administrativos nacionales dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona son los siguientes:

En primer lugar, las circunstancias de hecho y de derecho alegadas han de llevar al órgano jurisdiccional nacional a la convicción de que existen serias dudas sobre la validez del Reglamento comunitario en cuya aplicación se ha adoptado el acto administrativo impugnado. Se alude de este modo al requisito mencionado del *fumus boni iuris*.

En segundo lugar, sólo se puede acordar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo interno adoptado en aplicación de un Reglamento comunitario sobre cuya validez existan serias dudas si aquélla resulta urgente, es decir, si es preciso que se acuerde y produzca efectos antes de que el T.J.C.E. haya podido pronunciarse en sede prejudicial sobre la validez de un Reglamento, a fin de evitar que la parte que solicita la suspensión sufra daños irreparables en el caso de que posteriormente dicho Reglamento resulte declarado inválido por el T.J.C.E. en el marco del proceso judicial. Éste es el requisito del *periculum in mora*.

Y por último, el juez nacional debe tener en cuenta el interés de la Comunidad, lo que exige por una parte comprobar si el Reglamento comunitario en cuya aplicación se ha dictado el acto administrativo impugnado quedaría privado de eficacia si se suspendiera su ejecución inmediata y por otra, apreciar la necesidad, sobre todo cuando la suspensión solicitada pueda conllevar un riesgo financiero para la Comunidad, de condicionar su adopción a la imposición al demandante de garantías suficientes, como la prestación de una fianza o la constitución de un depósito judicial. De este modo el T.J.C.E. recuerda al juez nacional la necesidad de ponderar los intereses en conflicto antes de conceder la medida cautelar solicitada.

1.6. LA POTESTAD DEL JUEZ NACIONAL DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS Y NO SÓLO SUSPENSIVAS CONTRA LOS ACTOS DE SUS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DICTADOS EN EJECUCIÓN DE REGLAMENTOS COMUNITARIOS (DOCTRINA ATLANTA)

En su Sentencia Zuckerfabrik, de 21 de febrero de 1991, el T.J.C.E. sólo se pronunció sobre la posibilidad de que lo jueces nacionales suspendan cautelarmente la ejecución de actos administrativos internos dictados en aplicación de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona. Nada se señalaba acerca si los jueces nacionales podían también en las mismas circunstancias adoptar contra tales actos medidas cautelares distintas de la suspensión (esto es, medidas positivas) «que creen una situación jurídica nueva en beneficio del justiciable». Esta cuestión es la que años más tarde hubo de responder el T.J.C.E. en su **Sentencia Atlanta**, de 9 de noviembre de 1995¹¹. La cuestión fue planteada, al igual que en el caso Zuckerfabrik, por un tribunal contencioso-administrativo alemán, el cual, no dudó en advertir al T.J.C.E., en el mismo auto de remisión de la cuestión prejudicial, de que si resultase no ser «competente para, por la vía de la medidas cautelares, conceder protección frente a los actos administrativos de las autoridades nacionales basados en el Derecho Comunitario, debería someter al Tribunal Constitucional Federal alemán la cuestión de la compatibilidad de la ley nacional de autorización del Tratado C.E.E. con el apartado 4 del art. 19 de la Ley fundamental de Bonn» que, es aquel que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Pues bien, siguiendo escrupulosamente la lógica de su doctrina sentada en la Sentencia Zuckerfabrik, el T.J.C.E. responde afirmativamente a la cuestión planteada. Una vez más, fue la «coherencia del sistema de protección cautelar» el argumento decisivo en que el T.J.C.E. basó su respuesta. En efecto, es nuevamente

¹¹ Asunto 465/93, comentario E. 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)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 88, 1995, págs. 565 y ss.

esta «coherencia del sistema de protección cautelar» la que exige que el juez nacional pueda adoptar medidas cautelares positivas contra un acto administrativo interno fundado en un Reglamento comunitario cuya validez es cuestionada, del mismo modo que podría acordarlas el propio juez comunitario cuya validez es cuestionada, del mismo modo que podría acordarlas el propio juez comunitario, al amparo del art. 243 T.C.E., si la cuestión de validez le fuese sometida a él en el marco de un recurso directo de anulación, art. 230 T.C.E.

El T.J.C.E., en su Sentencia Atlanta, dice que la «*protección provisional o cautelar que la jurisdicciones nacionales deben asegurar a los justiciables, en virtud del derecho comunitario, no debe variar, tanto si esto últimos piden la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado sobre las base del Derecho Comunitario, como si se solicitan medidas provisionales que configuren o regulen en beneficio de ellos situaciones jurídicas o relaciones jurídicas controvertidas*». De ahí, que concluya el T.J.C.E. que «*el art. 249 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*».

Seguidamente, el T.J.C.E. debió responder a la segunda cuestión planteada por el Tribunal, relativa a las condiciones de otorgamiento de las medidas cautelares positivas. Como señala García de Entrerría «estas condiciones son virtualmente las mismas que las establecidas en la Sentencia Zuckerfabrik para adoptar medidas cautelares de suspensión»¹²; efectivamente en su Sentencia Atlanta el T.J.C.E. concluye que «*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 serias dudas sobre la validez del acto comunitario y si el Tribunal de Justicia no estuviese 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;*
- *y 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 al nivel comunitario».*

Sólo la última de las condiciones enunciadas es una exigencia nueva. Se trata de una exigencia determinada por las circunstancias del caso concreto. Y es que en el momento de responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso

¹² E. García de Entrerría, *op. cit.*, pág. 578.

Atlanta, el T.J.C.E. ya había confirmado expresamente la validez del Reglamento comunitario cuestionado (había desestimado un recurso directo de anulación interpuesto contra el mismo por el Gobierno alemán¹³) además que durante la tramitación de dicho recurso también se había solicitado al T.J.C.E. la adopción de medidas cautelares positivas (al amparo del art. 243 T.C.E.), lo que éste había rechazado igualmente. Señala García de Enterría¹⁴ que «la fuerte sospecha de invalidez del Reglamento...estaba, pues, ya completamente despejada» cuando el Tribunal planteó su cuestión prejudicial con el objeto de adoptar medidas cautelares positivas contra el mismo. Por ello el T.J.C.E. se ve en la necesidad de recordar lo obvio, que uno de los requisitos para la adopción de tales medidas por una jurisdicción nacional es «el respeto a las decisiones del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia al decidir sobre la legalidad de un Reglamento, o bien sobre medidas cautelares similares a nivel comunitario». De ahí que el T.J.C.E. subraye que las medidas cautelares adoptadas por un juez nacional frente a la ejecución de un Reglamento comunitario deben de cesar una vez que el T.J.C.E. haya decidido que el Reglamento no es inválido. Es decir, si el T.J.C.E. ha rechazado ya un recurso directo de anulación interpuesto contra el Reglamento cuestionado o ha confirmado su validez por cualquier otra vía, por ejemplo, en sede prejudicial o por la vía de la «excepción de ilegalidad» (art. 241 T.C.E.), el juez nacional no puede otorgar medidas cautelares contra él o mantener las que hubiese adoptado con anterioridad.

1.7. LOS JUECES NACIONALES FRENTE A LA INACTIVIDAD DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS (DOCTRINA T. PORT)

En su Sentencia Atlanta, de 9 de noviembre de 1995, el T.J.C.E. sólo se pronunció, como hemos podido apreciar sobre la posibilidad de que los jueces nacionales adopten medidas cautelares positivas contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona. Sin embargo, nada se comentaba en dicha sentencia sobre si los jueces nacionales también podían adoptar tales medidas cautelares frente a la inactividad de las instituciones comunitarias, es decir, en supuestos de ausencia de acto comunitario. Pues así, el T.J.C.E. tuvo ocasión de pronunciarse al respecto justo al año de haberlo hecho en el caso Atlanta.

En efecto, es en su Sentencia T. Port, de 26 de noviembre de 1996¹⁵, en la que el T.J.C.E. debió responder a la cuestión, planteada en vía prejudicial por un tribunal contencioso-administrativo alemán, acerca de «si el Tratado C.E. autoriza a los órganos jurisdiccionales nacionales a ordenar, en el marco de un procedimiento dirigido a otorgar una protección cautelar... medidas provisionales hasta que la Comisión haya adoptado un acto jurídico...».

¹³ S.T.J.C.E. de 5 de octubre de 1994, caso Alemania c. Consejo.

¹⁴ E. García de Enterría, *op. cit.*, pág. 572.

¹⁵ Asunto 68/95.

Según el T.J.C.E. la respuesta a esta cuestión ha de ser negativa, pues, como estableció en sus Sentencias Zuckerfabrik y Atlanta, la potestad del juez nacional de adoptar medidas cautelares contra el Derecho Comunitario (derivado) se condiciona al planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial de validez en el marco del proceso principal (a fin de que sea el T.J.C.E. y no el juez nacional quien, en su caso, realice el juicio negativo definitivo sobre la validez del acto comunitario cuestionado), posibilidad ésta que no cabe cuando se pretende otorgar la tutela cautelar frente a la inactividad de una institución comunitaria, la cual, como se sabe, no es susceptible de un reenvío prejudicial de apreciación de validez. En efecto, argumenta el T.J.C.E. que *«el Tratado no ha previsto la posibilidad de una remisión mediante la cual un órgano jurisdiccional nacional pueda solicitar al Tribunal de Justicia que declare con carácter prejudicial la omisión de una Institución y, por lo tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para ordenar medidas provisionales en espera de que la Institución actúe. El control de la omisión –prosigue el T.J.C.E.– corresponde a la competencia exclusiva de la jurisdicción comunitaria. De este modo..., la protección jurisdiccional de los interesados sólo puede ser garantizada por el Tribunal de Justicia y en su caso, por el Tribunal de Primera Instancia»*.

No obstante, el T.J.C.E. recuerda que en estas circunstancias corresponde al Estado miembro interesado, ante quien los particulares afectados pueden, si fuera necesario, someter la cuestión, solicitar de la institución comunitaria correspondiente la adopción del acto requerido, sin perjuicio de la posibilidad que tienen los propios particulares de dirigirse directamente a dicha institución con el objeto de solicitarle la adopción del acto en cuestión. Para el caso de que la institución comunitaria no actuase, el T.J.C.E. se permite recordar también que *«el Estado Miembro puede interponer un recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia; igualmente, el operador interesado, que sería el destinatario del acto que la Comisión habría dejado de adoptar o cuando menos, estaría directa e individualmente afectado por él, podría ejercitar dicha acción ante el Tribunal de Primera Instancia»*.

Según el T.J.C.E., es exclusivamente en el marco de estos recursos por omisión de los que conoce el juez comunitario donde, en su caso, procede otorgar la tutela cautelar, siendo así que *«el órgano jurisdiccional comunitario podría, a petición de los demandantes, ordenar medidas provisionales al amparo del art. 243 del Tratado»*. Y si la institución comunitaria se negase expresamente a actuar o adoptase un acto distinto del que los interesados le han requerido, *«el estado miembro o el operador afectado pueden solicitar la anulación de dicho acto ante el Tribunal de Justicia o ante el Tribunal de Primera Instancia»*.

BIBLIOGRAFÍA

- J. B. ACOSTA ESTÉVEZ, *Procedimiento y recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, P.P.U., Barcelona, 1998.
- R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario (Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea)*, C.E.U.R.A., Madrid, 1994.

- M. BACIGALUPO/J. A. FUENTETAJA PASTOR, «Fumus boni iuris, periculum in mora y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo (R.E.D.A.)*, n.º 94, 1997, págs. 287 y ss.
- M. BACIGALUPO, «Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas después del Tratado de Amsterdam», en E. Linde Paniagua/P. Mellado Prado, *El futuro de la Unión Europea: después de Ámsterdam, ¿qué?*, Colex, Madrid, 1999, págs. 137 y ss.
- G. BEBR, *Development of Judicial control of the European Communities*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1981.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico», en E. García de Enterría/J. D. González Campos/S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Comunitario, Estudio sistemático desde el Derecho Español*, vol. I, Civitas, Madrid, 1986.
- *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Civitas, Madrid, 1995.
- B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, F.U.E./Civitas, Madrid, 1993.