

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992, 315 pp. (Monografías Civitas).

Como secuela de *Hacia una nueva justicia administrativa* —libro comentado por mí en el anterior número de *Alegatos* (asimismo *vid.* la *addenda* de la presente reseña)— aparece esta compilación de trabajos de Eduardo García de Enterría que aporta luz sobre un aspecto aparentemente de mero trámite procesal, pero en el cual radica la esperanza del administrado de obtener una eficaz y pronta administración de justicia en sus conflictos con la administración pública.

Las medidas cautelares, empleadas casi siempre de manera negativa en el contencioso-administrativo, esto es, como mera suspensión de los efectos del acto impugnado ante esa jurisdicción han sido tratadas bajo un enfoque procedimental, de simple trámite accesorio, sin percatar su importancia como posibles medios dirigidos a visualizar la posible solución del conflicto. Y precisamente García de Enterría construye los cimientos de una doctrina iusadministrativista que le da a esas medidas su valor en la impartición de la justicia administrativa y a favor de los administrados. De estos cimientos destaca el *topos* modelado por los jueces europeos (comunitarios y españoles): el principio del *fumus boni iuris*, la "apariencia del buen derecho" y la cantera de su procedencia está en la transformación del derecho público, con interpretaciones favorables para el particular, a fin de evitar juicios largos que parecen ser privilegios para la administración pública. Pero es necesario ir por partes.

En efecto, *La batalla por las medidas cautelares* está dividido en tres apartados escuetamente titulados: "Derecho comunitario europeo", "Proceso contencioso-administrativo" (*sic*) y "Conclusiones generales". La simplicidad del agolpamiento de los artículos de García de Enterría contrasta con la riqueza temática de éstos. Por cierto, los títulos de los trabajos resultan exuberantes, así que para facilitar esta reseña, me referiré a ellos por las reducciones utilizadas en las cabezas de las páginas del libro.

En la parte dedicada al Derecho comunitario, en primer término, se narran las hazañas procesales provocadas con la sentencia *Factortame*, emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 19 de junio de 1990, a la que se le dedican los trabajos "Poderes del juez para suspender la ejecución de leyes", "Primacía e indemnizabilidad de daños" y

"La obligación del juez de tutelar el Derecho comunitario" (primero, segundo y cuarto ensayos).

La sentencia *Factortame* introdujo reglas transformadoras de la concepción del contencioso-administrativo inglés, pues apuntala la supremacía del derecho comunitario europeo, al considerar que el juez nacional no sólo puede, sino debe, suspender la aplicación de su ley nacional, cuando existan razones suficientes en el caso concreto, para acordar una medida cautelar favorable al Derecho comunitario, cuya aplicación se encuentra en el fondo del proceso ante dicho juez nacional, y esas razones, por su cuenta, encierran la aplicación del principio del *fumus boni iuris*, a partir de la discriminación a los armadores y compañías compradoras de barcos pesqueros no ingleses, por la *iglesia, Merchant Shipping Act* 1988 y su reglamento, que violaba el Tratado de la Comunidad Económica Europea. La impugnación ante los tribunales británicos culmina con el fallo de la sección judicial de la Cámara de los Lores, que trata de mantenerse aferrada a la inmunidad real en materia de órdenes cautelares, como lo expresa la consideración nuclear del derecho fundante de esa resolución:

No existe en el Derecho Administrativo inglés, posibilidad de *injunctions* u órdenes de actuación (incluidas las de suspensión) contra la Corona por la vía de *interim relief*, esto es, qué los Tribunales ingleses carecen de jurisdicción para imponer medidas cautelares a la Administración (p. 39).

Al promoverse la cuestión previa ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se consideró que la facultad para acordar medidas cautelares es inherente a la de conocer y resolver, que busca asegurar anticipadamente alguna eficacia a la decisión de fondo, para evitar su frustración práctica cuando ésta puede preverse si la medida cautelar no se otorga, en el entendido de que la Administración Pública siempre está presta para ejecutar cualquier acto que haya dictado, sean o no reparables sus efectos, si el órgano de jurisdicción administrativa ha denegado la suspensión del acto impugnado.

La condición del principio del *fumus boni iuris* se anticipa al fondo del asunto y parte de la premisa de que la urgencia de una petición de medidas cautelares debe apreciarse a partir de la necesidad de evitar la consumación de un acto de efectos irreparables. Precisamente, este principio es el fundamento por el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas suspendió la aplicación de las leyes inglesas impugnadas en el asunto *Factortame*. Con esta medida cautelar, por primera vez, es suspendida la aplicación de una ley de un Estado —y precisamente de aquel donde la supremacía de la obra

parlamentaria resultaba indiscutible—, lo cual significa de alguna manera la imposición estricta de la primacía del Derecho comunitario, aun dentro del aislacionismo jurídico inglés. Para este caso, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades es contundente:

El Derecho comunitario debe ser interpretado en el sentido de que la jurisdicción nacional que conociendo de un litigio que concierne al Derecho comunitario, estime que el único obstáculo que se opone a que pueda ordenar medidas cautelares es una regla de su Derecho nacional, debe excluir la aplicación de esta regla (p. 103).

Así la plena eficacia del Derecho comunitario estaría completamente disminuida si una regla del Derecho nacional restringe las facultades judiciales para acordar medidas cautelares, siempre relacionadas con la eficacia del fondo. Como apuntalamiento de la sentencia **Factortame**, García de Enterría destaca las conclusiones del abogado general Giuseppe Tesauro, quien expone una doctrina general sobre las medidas cautelares y el Derecho comunitario, de cuya rica exposición se obtiene que "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón" (p. 111).

La enseñanza de **Factortame** es relevante por tres motivos: **a**) la obligación de los jueces contencioso-administrativos nacionales de aplicar normas de Derecho comunitario en cuanto a otorgar una protección cautelar efectiva, sobrepasando a las otorgadas por los derechos nacionales; **p**) la admisibilidad de cualquier medida cautelar valorada con proporcionalidad que sea necesaria para no frustrar la "tutela judicial efectiva", y **%**) la eliminación o disminución como elemento decisorio de la inexistencia de perjuicios al interés público si la medida se concede.

En "Primacía e indemnizabilidad de daños", García de Enterría propone que es posible la reparación patrimonial por la ejecución de actos generadores de una infracción del Derecho comunitario. La vía es mediante la petición a los tribunales nacionales, para que éstos remitan el problema como cuestión prejudicial del artículo 117 del Tratado de Roma ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el mismo apartado destinado al Derecho comunitario, el trabajo "Suspensión cautelar de una ley" explica la suspensión contra la Ley alemana sobre peajes a pagar por la utilización de las carreteras federales de largo recorrido, medida cautelar otorgada por el presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a título de "medida conservatoria", sin dar audiencia previa al gobierno alemán, apoyándose en el principio de **fumus boni iuris**. García de Enterría estima que este tipo

de suspensión es de importancia superior a la empleada con el control de las leyes por parte de los tribunales constitucionales, en virtud de la provisionalidad de la medida (que deberá confirmarse o ratificarse con posterioridad, independientemente de la decisión sobre el fondo). Además, se consolidan, en primer lugar, el poder de los jueces nacionales, en tanto jueces comunitarios, para suspender las leyes de sus propios Estados y, en segundo lugar, el poder del **fumus boni iuris**, un simple humo jurídico.

El quinto ensayo —"Medidas cautelares adoptables contra el Derecho comunitario"— cierra la parte inicial **de La batalla...** Aquí se considera que el juez nacional debe esforzarse por asumir, teóricamente, la posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para suspender, a título cautelar, la aplicación de las normas del Derecho comunitario, y de esta situación se desprende que los tribunales aplicadores de una norma comunitaria están obligados a instar una **cuestión prejudicial previa** ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al aparecer un aspecto interpretativo o de validez de dicha norma, considerando que hay urgencia y el demandante fuese amenazado de un perjuicio grave e irreparable, y si, además, la jurisdicción nacional toma en cuenta el interés de la comunidad europea.

En el agolpamiento dedicado al contencioso-administrativo español es plasmada de nueva cuenta, dentro de la secuencia marcada por **Hacia una nueva justicia administrativa**, la situación justicia española, denunciando la proliferación de procesos de mala fe para retardar el pago de deudas o el incumplimiento de los deberes, para jugar, tras ese "beneficio" ya sustancial, a la eventualidad de una equivocación de la parte contraria o del juzgador, donde la autoridad administrativa deja al administrado la carga de impugnar. En la doctrina procesal y en la práctica españolas, las medidas cautelares son consideradas como un medio de aseguramiento de los elementos probatorios y no como una forma del **fumus boni iuris** protectora de la efectividad de la tutela judicial y contra el abuso del proceso con fines de retraso en el cumplimiento de obligaciones. El humo del buen derecho se percibe por el juicio objetivo que anticipadamente valora el fondo del proceso.

Censura de la práctica mecánica de resolver las solicitudes de suspensión con fórmulas estereotipadas y convencionales (lo que en México denominamos "machotes"), por ser una actuación arbitraria al no utilizar motivaciones razonadas, y denuncia del privilegio de la administración pública de sostener injusticias de fondo,

por la vía de agotar a los particulares a través del mantenimiento de procesos que deben entablar, siempre y cuando el administrado no claudique en recorrer el **vía crucis** procedimental, son los puntos de ataque de García de Enterría en "La nueva doctrina del Tribunal Supremo", donde propone medidas cautelares **positivas** como: a) el otorgamiento positivo, en vía cautelar, y a reserva de lo que en definitiva pueda decidir la sentencia de fondo, del acto administrativo de efectos negativos; p) la orden de retirar una ejecución administrativa ya iniciada, y %) la obligación de provisionar como medida cautelar una deuda indubitada reclamada a la administración pública. Todo para rechazar una concepción "sagrada" del poder, para restituir la categoría de ciudadano y superar la de súbdito.

En Europa se erige la "justicia provisional" sobre la "apariencia del buen derecho", una justicia dinámica para salvar el honor de la justicia. En "La consolidación del criterio de la apariencia del buen derecho" debe considerarse que el **fumus boni iuris** se contrasta con la aparente convicción de los títulos esgrimidos por los administrados y con la falta de seriedad en la respuesta administrativa. En la nueva forma de decidir las medidas cautelares no tiene ya entrada posible la ponderación del **interés público** (calificado como "razón de Estado"), siempre restrictiva, que ha tendido a ver perjuicio del interés público en toda revocación de las situaciones creadas por la administración pública. La tutela cautelar no puede condicionarse a dicho interés, puesto que el principal interés público está en asegurar la dignidad de la persona y sus derechos. La jurisprudencia española sobre las medidas cautelares es producto de la maduración de los valores constitucionales básicos, lo cual es recogido, igualmente, en "Medidas cautelares positivas y dissociadas en el tiempo", donde se relaciona la prioridad de cumplir los mandatos constitucionales y que autoriza la adopción de ese tipo de medidas. En "Nuevas medidas cautelares positivas" hay una transformación radical de la idea del contencioso-administrativo español (en especial el vasco), pues aparece que la medida positiva no sólo impone un deber a la administración de desarrollar una determinada conducta, sino puede habilitar al administrado para realizar una actividad, lo cual implica la posibilidad de que el Poder Judicial sustituya parcialmente a la autoridad administrativa, sin que ésta alegue invasión de competencias, pues se trata de hacer efectivo un mandato constitucional español: la tutela judicial efectiva.

En "Apariencia de buen derecho en el recurso contra reglamentos" se combina la depuración del orden jurídico y el respeto a los valores y competencias constitucionales con la suspensión inmediata, por los

órganos de jurisdicción administrativa, de los reglamentos impugnados ante ellos por la "apariencia" más o menos manifiesta de su ilegalidad o su contradicción con los principios generales del derecho.

En el tercer grupo de ensayos, titulado como "Conclusiones generales", merece ser encuadrado con tal denominación el trabajo "Juicios provisionales y medidas cautelares", mientras que el último ensayo bien podría ser catalogado de epílogo de este libro.

A partir de sostener nuevamente que la duración excesiva de los procesos perjudican prácticamente siempre a quien tiene razón, se plantea la cuestión de decidir sobre en cuál de las partes debe recaer la carga de la dilación procesal. Resulta evidente que no sobre quien tiene razón para pretender esa tutela, sino sobre quien se opone deliberadamente a ella de una manera injustificada. Para resolver este problema hay dos soluciones: a) corregir el régimen legal, y p) organizar **procesos cautelares sumarios**.

La organización de procesos cautelares sumarios permitirían poner en posesión de su derecho a quien manifiestamente aparece como titular real del mismo, de apoderando al injusto desde el primer momento de la ventaja que le da posesión de hecho en que se encuentra o que ha creado unilateralmente a su favor, y por ello el prototipo de este tipo de proceso es el **référé** francés, convertido en un proceso independiente, autónomo y rápido (en cuestión de horas y no de meses y años).

De primera vista, la proclamación del **fumus boni iuris** recuerda mucho la teoría elaborada por el jurista mexicano Ricardo Couto (**Cfr. su Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo**, cuarta edición, México, Ed. Porrúa, 1983) respecto a la forma en que los jueces de amparo deberían "asomarse al fondo del asunto para decidir sobre la suspensión" * (p. 50), y, por lo tanto, revisar la constitucionalidad del acto reclamado, lo cual no es posible según la rutina y la tradición del Poder Judicial de la Federación, pues de hacer esto sería invadir los ámbitos del expediente principal, y recuérdese que la defensa de un expediente es ajena a la mostrada en un expedientillo de la misma causa (es de recordarse, a pesar de algunas voces necias, que la jurisdicción administrativa mucho le debe a la jurisdicción constitucional en su conformación). Por ello, además de la saludable aparición de esta obra de un mariscal del Derecho administrativo, también no debe olvidarse que por estas tierras existió un adelanto teórico de lo que hoy es innovación en Europa, como ocurrió, en el ámbito normativo, con los derechos sociales. **La batalla por las medidas cautelares** anuncia avances en la defensa jurídica de los particulares frente al autoritarismo administrativo en terrenos antes imposibles de considerar.