

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Héctor GONZÁLEZ CHÉVEZ*

RESUMEN: La doctrina procesal mexicana poco se ha ocupado de realizar estudios completos acerca de la teoría general de las medidas cautelares, respecto de las cuales la doctrina y jurisprudencia de los países europeos en los últimos tiempos han hechos grandes aportaciones. En el presente artículo se realiza un estudio comparado entre la doctrina procesal mexicana y el derecho comunitario sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. En el derecho comunitario, criterios como la apariencia del buen derecho, el peligro de demora o de la ponderación de intereses se aplican con efectividad en el proceso contencioso-administrativo, mientras que en México aún se cuestiona la conceptualización de los mismos.

Palabras clave: medidas cautelares, contencioso administrativo, derecho procesal.

ABSTRACT: Mexican legal doctrine has hardly paid attention to the study of the general theory of precautionary measures. The opposite occurs in European countries where such topic has been discussed in detail. The lack of systematization of such measures in the Mexican legal system, causes confusion in relation to their nature, reach and application. This article examines, from a comparative point of view, European Communitarian Law on precautionary measures, for the sake of making a contrast with Mexican law on this subject, and thus identify how the Mexican system could be improved.

Descriptors: precautionary measures, administrative proceedings, procedural law.

* Doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor e investigador de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Marco jurídico del derecho contencioso-administrativo comunitario*. III. *Disposiciones normativas que regulan las medidas cautelares*. IV. *Características*. V. *Criterios materiales de decisión*. VI. *Conclusiones*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

La doctrina nacional en México poco se ha ocupado de realizar estudios completos acerca de la teoría general de las medidas cautelares, respecto de las cuales la doctrina y jurisprudencia de los países europeos en los últimos tiempos han hecho grandes aportaciones. Esto ha sido destacado por el ahora ex ministro de la Suprema Corte de Justicia, don Juventino Castro, quien refiere:

No se puede asegurar que estemos familiarizados con estas providencias, pues su naturaleza y elementos constitutivos no son objeto de interés especial en nuestro país, que en medios jurídicos más acabados que el nuestro se han enriquecido con su experiencia, pero ni la legislación ni la jurisprudencia mexicana se introducen en gran medida en su estructura teórica, como tampoco en el manejo de la mejor doctrina.¹

A lo anterior hay que agregar que la falta de sistematización de dichas medidas en el ordenamiento jurídico mexicano ha dado lugar a no pocas confusiones entre medidas cautelares e instituciones procesales afines, empezando por su denominación, pues en la legislación nacional además del término medidas cautelares se les identifica como medidas precautorias, providencias precautorias, medidas provisiones o providencias cautelares.

Al tratar el tema de las medidas cautelares nos estamos refiriendo a las medidas adoptadas por el órgano jurisdiccional con la finalidad de asegurar provisionalmente la efectividad práctica de una eventual sentencia estimatoria y evitar que durante la pendency del proceso se produzcan daños y perjuicios de difícil o imposible reparación.

¹ Véase Castro, Juventino, *La suspensión del acto reclamado en amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 55-57.

En México, la materia en que se ha logrado un relativo desarrollo relacionado con las medidas cautelares es en torno a la suspensión del acto reclamado en amparo, en donde el tema ha sido largamente debatido, llegando en ocasiones distintos tratadistas a adoptar posturas radicales que tratan de descalificar a la corriente de pensamiento contraria.

Es precisamente con los estudios realizados por el doctor Fix-Zamudio en 1964 como se inicia una nueva corriente de pensamiento en la doctrina nacional, cuando se pone de manifiesto que “la suspensión del acto reclamado en amparo responde a la naturaleza de las medidas cautelares”,² que si bien con anterioridad algunos autores ya hacían alusión a esto, no entraron al estudio de la finalidad, características y presupuestos de la tutela cautelar relacionándola con la suspensión de amparo.

A partir de tales estudios algunos tratadistas se dieron a la tarea de indagar cuáles son los principios que la moderna ciencia del derecho procesal deriva de la teoría jurídica relacionada con las medidas cautelares (algunos con mayor fortuna), para luego trasladar dichos principios a la explicación y correcta comprensión de la suspensión en amparo, entre ellos Alfonso Noriega,³ Juventino Castro,⁴ Alfonso Trueba⁵ y Genaro Góngora Pimentel.⁶

Sin embargo, las diferencias de criterios en la doctrina nacional subsisten y ello ha influido negativamente en la legislación y jurisprudencia mexicana. El debate doctrinal se ha centrado en tres aspectos relevantes de las medidas cautelares, particularmente en cuanto a la suspensión del acto reclamado en amparo se refiere. El primero atiende a la posibilidad de aplicar al juicio de amparo la apariencia del buen derecho o *fumus bonis iuris* como requisito o criterio material de decisión para acordar la suspensión; el segundo versa sobre la cuestión de si la suspensión en amparo produce efectos de mera paralización o si también es posible que en algunos caso anticipe provi-

² Véase Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 277-278.

³ Véase Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 856-978.

⁴ Castro, Juventino, *op. cit.*, nota 1.

⁵ Trueba, Alfonso, *La suspensión del acto reclamado o la providencia cautelar en el derecho de amparo*, México, Jus, 1975.

⁶ Góngora Pimentel, Genaro, *La suspensión en materia administrativa*, 6a. ed., México, Porrúa, 2001.

sionalmente algunos efectos de la sentencia que se pronuncie en el juicio principal; un tercero más radical es el que propiamente niega que a la suspensión en amparo le sean aplicables los principios que la teoría jurídica atribuye a las medidas cautelares.

Sin duda, el estudio de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo del derecho comunitario europeo contribuirá a esclarecer el ya viejo debate que se viene sosteniendo por la doctrina nacional, pues de su análisis encontramos, como se verá más adelante, que la apariencia del buen derecho *es* uno de los criterios que desde hace más de medio siglo se viene utilizando por el derecho comunitario y por la mayoría de los estados miembros de la Comunidad Europea para acordar la suspensión del acto reclamado, mientras que en la doctrina nacional autores como Ignacio Burgoa todavía se preguntan ¿qué se debe de entender por la apariencia del buen derecho?

En efecto, leemos con curiosidad y asombro que Ignacio Burgoa en pleno siglo XXI en una de sus más recientes publicaciones, al criticar el Proyecto de Nueva Ley de Amparo que presentó la Suprema Corte de Justicia al Congreso de la Unión, señala que en dicho proyecto se incluyen expresiones que “por sí mismas le restan todo valor intelectual”, se refiere concretamente a la apariencia del buen derecho. Así, explica:

El concepto apariencia tiene estos significados: 1. Aspecto o parecer exterior de una persona o cosa; 2. Semejanza, aspecto semejante al de otra persona o cosa; 3. Cosa que parece y no es. Conforme a estos diversos significados, la apariencia del buen derecho se puede referir a un aspecto exterior del mismo, al derecho ajeno o al derecho inexistente. Además tal derecho debe ser bueno y no malo, calificativos muy difíciles de establecer con precisión, objetividad y claridad.

Concluye Burgoa: “Bien se ve que la expresión equívoca mencionada se insertó en la disposición invocada por mero afán de *esnobismo*, pues es una locución enigmática”.⁷

⁷ Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *¿Una nueva Ley de Amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001, p. 2, del apéndice de la monografía.

Especulaciones de tal magnitud, sobre todo proviniendo de un tratadista tan destacado como Ignacio Burgoa, sin detenerse a estudiar los avances que en el derecho comparado, la legislación, doctrina y jurisprudencia de otros países han aportado a la ciencia del derecho, han sembrado gran confusión en el foro y la jurisprudencia nacional.

Es por esto que en el presente estudio se destacan las características y presupuestos para acordar medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo del derecho comunitario europeo, poniendo especial énfasis en los criterios materiales de decisión, no sin dejar de realizar, para su mejor comprensión, alguna breve referencia introductoria a los procesos principales de control de legalidad, en cuyo marco el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha originado su jurisprudencia en materia cautelar.

Además, ante la escasa bibliografía castellana relacionada con el tema que nos ocupa, las fuentes utilizadas se configuran por la legislación comunitaria, y principalmente, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la del Tribunal de Primera Instancia.

Resta señalar que actualmente se está buscando el consenso entre los Estados miembros de la Unión Europea para aprobar el proyecto de tratado por el que se instituye la nueva Constitución para Europa. Destacamos que en dicho proyecto de Constitución se contemplan las mismas vías de recurso a que hacemos referencia en este estudio por las cuales un Estado miembro, una institución o una persona física o jurídica pueden impugnar la legalidad de los actos o disposiciones emitidas por las autoridades de la Unión Europea o provenientes de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la unión; cabe agregar que en el citado proyecto tampoco varían las medidas cautelares a que hacemos referencia en este trabajo.⁸

⁸ Véase *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, presentado al presidente del Consejo de Europa en Roma el 18 de julio de 2003, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Alemania, 2003, pp. 225-237.

II. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMUNITARIO

A continuación se expone cuáles son los órganos jurisdiccionales encargados del control de legalidad en el contencioso-administrativo comunitario, cuál es la competencia de cada uno de ellos y en contra de qué actos o disposiciones son procedentes los recursos previos por las normas que rigen el derecho comunitario.

En el ámbito del contencioso-administrativo comunitario se identifican, en términos generales, tres procedimientos:⁹ Los llamados recursos directos; los recursos por incumplimiento y las denominadas cuestiones prejudiciales, en los cuales los órganos jurisdiccionales comunitarios han desarrollado su doctrina en torno a las medidas cautelares.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹⁰ (Tratado CE en adelante) es competencia tanto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE en adelante) como del Tribunal de Primera Instancia (TPI en adelante) garantizar el cumplimiento y la correcta interpretación del derecho comunitario.¹¹

El control jurisdiccional de la legalidad¹² de los actos u omisiones de las instituciones comunitarias o sus agentes o de un Estado miembro, así como el control de conformidad a derecho en la aplicación e

⁹ Las medidas cautelares en *materia de contratación pública*, por cuestiones de sistematización, no son objeto del presente estudio; sólo se hace referencia a que provienen del derecho derivado, por medio de las denominadas *directivas de recursos* (89/665, CEE, del 21 de diciembre, y la 92/13, CEE, del 25 de febrero). En ellas se contempla la obligación que impone el derecho comunitario a los ordenamientos jurídicos nacionales de prever recursos eficaces para corregir las posibles infracciones que se susciten en los procedimientos de licitación para la *contratación de suministros y obras públicas*, incluyendo la posibilidad de anulación de decisiones ilegales y, como medida cautelar, la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato. Véase Bacigalupo, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 85-86.

¹⁰ Conforme a la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001.

¹¹ Artículo modificado por el Tratado de Niza. ES C 325/122, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 24.12.2002.

¹² Según las últimas adiciones y reformas al Tratado CE, efectuadas conforme al Tratado de Niza en diciembre de 2002, publicadas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 24 de diciembre de 2002.

interpretación de las normas del Tratado CE, del Tratado CEEA,¹³ los estatutos, reglamentos, directivas y decisiones vinculantes,¹⁴ se atribuye en primera instancia precisamente al TPI, salvo las competencias exclusivas que el Estatuto del Tribunal de Justicia (estatuto, en adelante) reserva al TJCE.

Lo anterior se deriva de lo dispuesto por el artículo 225, fracción 1a., del Tratado CE, el cual establece: “El Tribunal de Primera Instancia será competente para conocer en primera instancia de los recursos contemplados en los artículos 230, 232, 235, 236 y 238, con excepción de los atribuidos a una sala jurisdiccional¹⁵ y de los que el estatuto reserve al Tribunal de Justicia”.

Los recursos a que se refiere el artículo anterior del Tratado CE, se identifican como recursos directos,¹⁶ y son:

- a) *El recurso de anulación* previsto en el artículo 230,¹⁷ que dispone: El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el consejo, de los actos del consejo, de la comisión y del BCE¹⁸ que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

Con tal fin, será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por

¹³ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

¹⁴ Conforme al artículo 249 del Tratado CE, tanto las *directivas* como las *decisiones* de las *instituciones* comunitarias que impongan obligaciones a los *estados miembros* o a determinados destinatarios serán vinculantes.

¹⁵ Conforme a las últimas modificaciones del Tratado CE, se podrá crear *salas jurisdiccionales* encargadas de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas (artículo 225 A, insertado por el Tratado de Niza. Es ES C 325/124, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 24.12.2002).

¹⁶ Véase Pastor Borgoñón, Blanca y Ginderachter, Eric van, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Civitas, 1993, p. 15.

¹⁷ Artículo modificado por el Tratado de Niza, ES C 325/126, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 24.12.2002.

¹⁸ Banco Central Europeo.

un Estado miembro, el Parlamento Europeo o el consejo de la comisión.

Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente.

- b) El *recurso por omisión* señalado en el artículo 232, según el cual: en caso de que, en violación del presente tratado, el Parlamento Europeo, el consejo o la comisión se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación.

Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal de Justicia en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes por no haberle dirigido una de las instituciones de la comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen.

- c) *El recurso de indemnización* por responsabilidad extracontractual del artículo 235 en relación con el 288, párrafo 2o., el cual dispone: el Tribunal de Justicia será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el segundo párrafo del artículo 288.
- d) Por otro lado, el TPI también será competente para conocer de los recursos que se presenten por las controversias suscitadas entre la comunidad y sus agentes (artículo 236), así como de los recursos que se originen en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de derecho público o de derecho privado celebrado por la comunidad o por su cuenta (artículo 238).

Las resoluciones que pronuncie el TPI sobre los recursos antes referidos serán recurribles en casación el TJCE.¹⁹

¹⁹ Artículo 225, párrafo 2o., Tratado CE, así como el 57 y 58 del estatuto.

Fuera de los recursos denominados directos antes referidos, el TPI²⁰ también será competente para conocer de las llamadas cuestiones prejudiciales,²¹ en los términos que establece el artículo 225, párrafo 3o., según el cual:

El Tribunal de Primera Instancia será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 234 del Tratado CE, en materias específicas determinadas por el estatuto. Las resoluciones dictadas por el TPI sobre cuestiones prejudiciales podrán ser reexaminadas con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia.

Refiere dicho precepto que las cuestiones prejudiciales se fundan en lo dispuesto por el artículo 234, según el cual:

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del presente tratado.
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la comunidad y por el BCE (Banco Central Europeo).
- c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

²⁰ A partir de la entrada en vigor de las reformas propuestas en el Tratado de Niza.

²¹ Es conveniente resaltar aquí que la *figura procesal* de las denominadas *cuestiones prejudiciales* es ajena al ordenamiento jurídico mexicano; en términos generales, consiste en que cuando un órgano jurisdiccional de uno de los *estados miembros* de la Comunidad Europea, en aplicación de normas comunitarias, para resolver algún asunto planteado ante su jurisdicción, encuentre serias dudas sobre la validez o interpretación de una norma comunitaria o acto de alguna de sus instituciones, antes de emitir su fallo *suspende el procedimiento* y eleva la cuestión (pregunta) al tribunal de alzada, en este caso al Tribunal de Primera Instancia comunitario, para que éste se pronuncie con carácter previo al respecto. De ahí la denominación *cuestiones prejudiciales*.

Otro de los recursos, esta vez competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el cual también se ha desarrollado la doctrina de las medidas cautelares, es el denominado recurso por incumplimiento a que se refiere el artículo 227 del tratado CE.

Dicho recurso es procedente en aquellos casos en que un Estado miembro estima que otro Estado miembro ha incumplido alguna de las obligaciones que se establecen en virtud del Tratado CE. De ordinario, dicho recurso se podrá intentar después de que los Estados interesados hayan sometido sus observaciones a la comisión.²²

III. DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE REGULAN LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el marco de los procedimientos antes referidos, es decir, tanto en los recursos directos, el recurso por incumplimiento, así como el procedimiento en que se plantea una cuestión prejudicial, es posible la adopción de distintos tipos de medidas cautelares conforme lo previsto en los artículos 242 y 243 del Tratado CE.

Así, en su artículo 242, se establece:²³ “los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la *suspensión de la ejecución del acto impugnado*”.

Por su parte, el artículo 243 dispone:²⁴ “el Tribunal de Justicia podrá ordenar las *medidas provisionales* necesarias en los asuntos de que esté conociendo”.

Es importante distinguir aquí que, tratándose de las cuestiones prejudiciales planteadas ante los tribunales de justicia de las comunidades europeas, no corresponde a estos tribunales la adopción de medidas cautelares, sino al órgano jurisdiccional nacional (de un Estado miembro), que es quien somete a consideración del Tribunal de Justicia Comunitario la cuestión prejudicial, según se ha establecido en las sentencias Factortame y Zuckerfabrik, que tendremos oportunidad de analizar más adelante.

²² Artículo 227, párrafo 2o., del Tratado CE.

²³ Antiguo artículo 185 del Tratado CE.

²⁴ Antiguo artículo 186 del Tratado CE.

Además de las disposiciones previstas en el mismo Tratado CE, las medidas cautelares están reguladas por el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia y los reglamentos de procedimiento tanto del TJCE como del TPI.

Al efecto, el artículo 39²⁵ del estatuto hace cuatro precisiones: la primera que refiere que el procedimiento para la adopción de medidas cautelares será abreviado; la segunda nos recuerda que en el procedimiento cautelar no se aplicarán, en lo que sea necesario, algunas normas previstas en el estatuto; la tercera indica que la resolución pronunciada en sede cautelar será provisional, y la cuarta, que nos parece particularmente trascendente dentro de la doctrina de las medidas cautelares, es la que alude a que la resolución de medidas cautelares “no prejuzgará en modo alguno la decisión del Tribunal de Justicia en cuanto al asunto principal”.

Y decimos que nos parece especialmente trascendente porque al estar previsto con carácter previo en la legislación que con la resolución cautelar no se prejuzgará la decisión de fondo, limita en gran medida la clásica interpretación restrictiva que acostumbran los tribunales nacionales para denegar la medida cautelar con el argumento de que se estaría anticipando la resolución del juicio en lo principal.

Así, el artículo 39 del estatuto establece:

El presidente del Tribunal de Justicia podrá, mediante un procedimiento abreviado al que, en lo que sea necesario, no se aplicarán algunas de las normas contenidas en el presente estatuto y que se regulará en el reglamento de procedimiento, decidir sobre las pretensiones que tengan por objeto la suspensión prevista en el artículo 242 del Tratado CE y en el artículo 157 del Tratado CEEA;²⁶ la concesión de medidas provisionales de conformidad con el artículo 243 del Tratado CE o el artículo 158 del Tratado CEEA, o la suspensión de la ejecución forzosa con arreglo al cuarto párrafo del artículo 256 del Tratado CE o al tercer párrafo del artículo 164 del Tratado CEEA.

²⁵ Modificado por el Tratado de Niza (ES 24.12.2002, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 325/175).

²⁶ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

En caso de impedimento del presidente, éste será sustituido por otro juez en las condiciones que determine el reglamento de procedimiento.

La resolución del presidente o de su sustituto tendrá sólo carácter provisional y no prejuzgará en modo alguno la decisión del Tribunal de Justicia en cuanto al asunto principal.

Las medidas cautelares, particularmente en cuanto a los criterios materiales de decisión, se rigen por las disposiciones del Reglamento de Procedimiento tanto del TJCE como del TPI, según los cuales: las demandas mencionadas en el apartado anterior (de medidas cautelares) especificarán el objeto del litigio, las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada, según se establece en los artículos 83.2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (RPTJCE, en adelante) y el 104.2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia (RPTPI, en adelante).

IV. CARACTERÍSTICAS

La jurisprudencia de los tribunales comunitarios ha destacado que las características de las medidas cautelares operan como requisitos formales; es decir, que si del estudio de la demanda y las alegaciones de las partes se desprende la ausencia o contradicción a alguna de estas características, ello dará lugar a la inadmisibilidad de la demanda de medidas provisionales.²⁷ Tal sería el caso de que la medida cautelar que se solicita no tuviera efectos revocables.

A continuación señalamos cuatro de las características destacadas por la jurisprudencia, indicando además otra, ya no de las medidas cautelares en el derecho comunitario sino del procedimiento cautelar comunitario, que hace referencia a las amplias facultades de que dispone el juez para acordar la medida, y que consideramos importante mencionar.

²⁷ Véase conclusiones del abogado general Francesco Capotorti, presentadas el 25 de marzo de 1980, Comisión/Francia, recopilación 1980(II), selección, p. 480.

1. *Instrumentalidad*

Esta característica se determina por la relación de dependencia que tiene toda medida cautelar con el proceso principal, en cuanto a que están preordenadas y nacen al servicio de una eventual sentencia estimatoria que resuelva el fondo del litigio, de la cual la medida pretende asegurar su eficacia.

Tal característica se desprende del artículo 243 del Tratado CE, que establece: “El Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias *en los asuntos de que esté conociendo*”. También esta característica se infiere del artículo 83.1, párrafo primero, del RPTJCE, cuando dispone que “la petición de la suspensión de un acto de una institución *sólo será admisible si dicho acto se hubiera impugnado mediante recurso ante el tribunal*”; en el mismo sentido el párrafo segundo del citado precepto señala que “la petición de las demás medidas cautelares sólo será admisible si se formula por una de las partes de *un asunto sometido al tribunal y que guarde relación con el mismo*”.

Esto ha sido destacado por el abogado general Capotorti, quien refiere como una característica de las medidas provisionales la estrecha conexión de toda medida provisional con una cuestión de fondo.²⁸

2. *Provisionalidad*

El carácter limitado de la duración de los efectos de la medida cautelar se subraya con gran énfasis en el derecho comunitario, presentando, incluso, algunas cuestiones novedosas.

La primera de ellas es que en la misma disposición reglamentaria se prevé que el auto que acuerde medidas cautelares tendrá un carácter provisional y no prejuzgará sobre la sentencia en lo principal (artículo 86.4, RPTJCE); la segunda es la facultad que tiene el juez cautelar de establecer, si el caso así lo requiere, el periodo de duración de la medida, pues según el reglamento “las medidas provisionales podrán adoptarse por un plazo determinado, en caso contrario quedarán sin efecto cuando se pronuncie la sentencia que ponga fin al proceso” (artículo 86.3, RPTJCE).

²⁸ *Ibidem*, pp. 475-476, asuntos 24/80 y 97/80.

3. *Revocabilidad*

Esta característica se contempla en el artículo 87, RPTJCE, según el cual: “A instancia de parte, el auto podrá ser modificado o revocado en cualquier momento si varían las circunstancias”.

Es de tomar en cuenta que la resolución de medidas cautelares no debe provocar situaciones irreversibles, es decir, que con posterioridad no puedan ser revocadas, pues se estaría dando a la resolución cautelar atribuciones que sólo corresponden a la sentencia en lo principal. Por otra parte, en el derecho comunitario se prevé la posibilidad de la revocación de oficio, en los casos en que la medida haya sido acordada sin audiencia de la contraparte (artículo 84.2, RPTJCE).

4. *La medida provisional no prejuzgará de modo alguno la decisión sobre el fondo*

Ésta ha sido considerada por la jurisprudencia del TJCE como una característica más de las medidas cautelares, y se justifica, según se ha dicho, por tres razones: en primer lugar, la relación entre la medida provisional y la sentencia, que como se ha expuesto se caracteriza por la función instrumental de la primera, se invertiría si la sentencia resulta influida o anticipada por la medida provisional; en segundo lugar, el procedimiento sumario que se inicia con una demanda de medidas provisionales no permite llegar a una decisión capaz de incidir en el fondo del asunto sin grave lesión de los derechos de las partes; en tercer lugar, la reactivación de los trámites ordinarios en el procedimiento principal quedaría sin sentido una vez que el problema central por zanjar ya hubiera sido resuelto mediante el auto de concesión de medidas cautelares.²⁹

Como se ha indicado, nos parece importante y trascendente que en la misma disposición reglamentaria se prevea que el auto que acuerde medidas cautelares no prejuzgará sobre la sentencia en lo principal (artículo 86.4, RPTJCE).

²⁹ *Ibidem*, p. 477.

Sin duda es esta disposición la que ha permitido a los tribunales comunitarios entrar con tanta firmeza al análisis de cuestiones que prácticamente rayan con las concernientes al fondo del litigio.

Si bien de entrada parece establecer un límite (lo cual no se debe desconocer), lo cierto es que el hecho de que con carácter previo esté establecido este principio en la norma, implica, o se debe de entender, en el sentido de que lo que se diga durante la sustanciación del auto de medidas provisionales no puede considerarse como un prejuzgamiento del juicio en lo principal.

Debe advertirse que la valoración provisional y sumaria que el órgano jurisdiccional comunitario está llamado a realizar para determinar la procedencia de la medida cautelar, no puede abstenerse de efectuar un análisis previo acerca de la legalidad del acto o disposición impugnado o de la posibilidad del derecho que le asiste al recurrente, sobre todo cuando el propio Reglamento de Procedimiento establece que para conceder medidas provisionales el TJCE *deberá tomar en cuenta los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho* (artículos 83.2, RPTJCE, y 104.2 RPTPI).

Es decir, y como no podrían ser otros, se toman en cuenta para decidir sobre la medida cautelar los mismos elementos que se consideran para resolver sobre la decisión de fondo, con la diferencia, claro está, de que en esta etapa del procedimiento no se dispone de todos los elementos, ni se les ha dado a las partes la posibilidad de hacer uso de todas sus garantías de defensa.

5. *Amplias facultades del juez cautelar*

Esta es una característica ya no de las medidas provisionales, sino del procedimiento cautelar comunitario, que si bien dentro de la sistematización que seguimos hasta ahora no es aquí donde corresponde su inserción, sin embargo consideramos que por su importancia es necesario señalarla.

Se puede advertir que el legislador comunitario quiso atribuir al presidente del tribunal (competente en principio para conceder la tutela cautelar) o al juez de medidas cautelares, las más amplias facultades no sólo para decidir la cuestión incidental, sino también para la ordenación del procedimiento, como se destaca a continuación.

Así tenemos que conforme a los artículos 84, 84.2, 85 y 86.3 del RPTJCE, corresponde al presidente o el juez de las medidas cautelares establecer el plazo para que la parte demandada presente sus observaciones, misma facultad que se le atribuye para determinar potestativamente si se abre o no el procedimiento cautelar a prueba.

También el presidente podrá, si considera necesario, adoptar la medida cautelar sin antes haber escuchado las observaciones de la contraparte; asimismo, está facultado, incluso de oficio, para revocar o modificar la resolución en que se acordó adoptar la medida cautelar sin oír a la contraparte.

Igualmente, el presidente podrá resolver el incidente cautelar por sí mismo o atribuir la demanda al tribunal; finalmente, las medidas cautelares podrán ser acordadas, a criterio del juez, por un plazo determinado.

En términos muy similares, el RPTPI otorga las mismas facultades al presidente del TPI o al juez de medidas cautelares para acordar la medida u ordenar el procedimiento en los asuntos que se ventilen ante su jurisdicción (artículos 104-110, RPTPI).

V. CRITERIOS MATERIALES DE DECISIÓN

Conforme a los artículos 242 y 243 del Tratado CE, como ya se ha expuesto, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado o bien ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo.

A su vez, los reglamentos de procedimiento tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal de Primera Instancia establecen que las demandas de medidas provisionales especificarán el objeto del litigio, las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada (artículos 83.2, RPTJCE, y 104.2, RPTPI).

Como se puede advertir, de la interpretación gramatical de los preceptos antes enunciados nada se dice de la apariencia del buen derecho, de peligro de demora o de la ponderación de intereses, criterios estos en que se basa la decisión para conceder medidas cautela-

res en el derecho comunitario. Su adecuada interpretación ha sido construcción jurisprudencial que se desprende de la teoría general de las medidas cautelares, como se verá a continuación.

En relación con los presupuestos materiales de decisión, es importante recordar aquí las observaciones del abogado general Tesauro, a pregunta expresa de la *House of Lords* inglesa en una cuestión prejudicial acerca de “¿qué criterios deben aplicarse para decidir si se conceden o no medidas provisionales?” Al respecto, la respuesta del abogado general fue:

Esta materia no me parece que deje un amplio margen a la imaginación ni permita descubrimientos revolucionarios, puesto que, *desde hace mucho tiempo*, tanto la teoría jurídica como los ordenamientos positivos, incluido el británico, han identificado en el *fumus boni iuris* (cualquiera que sea su denominación) y en el *periculum in mora* los requisitos fundamentales de la tutela cautelar... o bien que la valoración del peligro suponga, además de la necesaria y tradicional valoración de los intereses en litigio... también una consideración expresa del interés público.³⁰

En efecto, ya a principios del siglo pasado la teoría jurídica hacia referencia al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora* como los presupuestos materiales de decisión para conceder medidas cautelares, particularmente en la doctrina de Chiovenda³¹ y Calamandrei,³² autores éstos a los que hace referencia expresa el abogado general Tesauro.³³

Incluso, buscando el precedente más remoto de la aplicación de la apariencia del buen derecho como criterio para decidir la adopción de medidas cautelares en la jurisprudencia de los tribunales comuni-

³⁰ Conclusiones del abogado general Giuseppe Tesauro, presentadas el 17 de mayo de 1990, asunto C-213/89, recopilación 1990-6, p. 2464.

³¹ Véase Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de Gómez Orbaneja, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, pp. 299-301.

³² Véase Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de la providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 77-79.

³³ Conclusiones del abogado general Giuseppe Tesauro, presentadas el 17 de mayo de 1990, asunto C-213/89, recopilación 1990-6, p. 2454.

tarios, encontramos que ya en 1959 se discutía si primero se debe valorar el *periculum in mora* y en seguida el *fumus boni iuris*.³⁴

Ahora bien, antes de entrar al estudio de cada uno de los presupuestos en particular, conviene realizar algunas consideraciones con carácter previo.

La primera de estas es que, debido a la exigencia de coherencia del sistema de tutela jurisdiccional cautelar, los criterios materiales de decisión son los mismos, tanto para la suspensión de la ejecución de un acto impugnado como para la adopción de las medidas provisionales (positivas).

Lo anterior se desprende de la Sentencia Atlanta,³⁵ según la cual: “la protección provisional que los órganos jurisdiccionales nacionales debe 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 provisionales”.

Cabe agregar que dichos criterios materiales de decisión se hacen extensivos y vinculantes para los jueces nacionales (de los países miembros de la comunidad) cuando corresponda a éstos adoptar una medida cautelar al plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE, ya sea respecto a un acto administrativo nacional basado en un reglamento comunitario cuya validez se discute o respecto de la aplicación de normas internas en aparente contradicción con el derecho comunitario.³⁶

Y aún más, éstos criterios materiales de decisión para la adopción de medidas cautelares deberán también de ser observados por la Comisión Europea, dadas las facultades que tiene en el ámbito de su competencia para adoptar medidas cautelares según el Reglamento

³⁴ Véase auto de 26 de junio de 1959, as. 31/59 R, *Acciaieria e Tubificio di Brescia* contra Alta Autoridad, recopilación 1960, cuaderno 1, pp. 211 y ss.; véase además auto del presidente del tribunal de 20 de octubre de 1959, asuntos acumulados 43, 44 y 49-59, recopilación 1960, vol. VI, segunda parte, p. 988.

³⁵ Véase Sentencia Atlanta del TJCE de 9 de noviembre de 1995, asunto C-465/93, recopilación 1995, pp. 3761 y ss.

³⁶ *Idem*.

número 17 del consejo, artículo 2o., apartado 1o., y de conformidad con la jurisprudencia *Comera Care*.³⁷

1. *Apariencia del buen derecho*

El concepto de la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris*, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario lo deriva de lo dispuesto por el Reglamento de Procedimiento, el cual establece: “Las demandas mencionadas en el apartado anterior (de medidas cautelares) especificarán el objeto de litigio... así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifiquen *a primera vista* la concesión de la medida provisional solicitada” (artículos 83.2 del RPTJCE y 104.2 del RPTPI).

Se observa que el Tribunal de Justicia ha entendido la expresión a primera vista o *prima facie* como también suele referirse a ella, no en el sentido de un examen superficial de los elementos puestos a su consideración en ese momento, pues como se aprecia en la generalidad de sus resoluciones, entra con bastante profundidad al estudio de la cuestión de fondo debatida, sino que el enjuiciamiento a primera vista está referido a la valoración de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la pretensión de fondo con los solos elementos aportados hasta ese momento procesal. Lo anterior si consideramos que “en la práctica las partes presentan en el marco del procedimiento cautelar las mismas alegaciones que en el marco del proceso principal”.³⁸

El *fumus boni iuris* como criterio que el órgano jurisdiccional está llamado a valorar para conceder una medida cautelar, se basa precisamente en una apariencia y no en la certeza del derecho. Esto se explica con bastante profundidad en las conclusiones del abogado general Tesauro en el Caso Factortame, quien expone la relación que tienen las medidas cautelares con el derecho a la tutela judicial efectiva, en un asunto sobre el control de legalidad de normas que se resume a continuación.

³⁷ Auto del presidente del TPI de 26 de octubre de 2001, asunto T-184/01 R, *IMS Health Inc.* contra comisión, recopilación 2002-4, p. 3218.

³⁸ Pastor Borgoñón, Blanca y Ginderachter, Eric van, *op. cit.*, nota 16, p. 86.

Cuando se contempla la posible incompatibilidad de una norma con respecto a otra de rango superior o prevalente, la función típica del proceso es el reconocimiento y, por consiguiente, la actuación del derecho. A partir del momento en que se ejercita la acción, ambas disposiciones se vinculan como hipótesis, desde un punto de vista teórico son alternativamente válidas y aplicables durante todo el proceso y hasta que finalice el control jurisdiccional acerca de su conformidad al derecho. Ambas (normas en conflicto) gozan de la presunción de legalidad (la cual se puede atribuir los cuales también a cualquier acto procedente de una autoridad pública), sin embargo se trata de una presunción que admite prueba en contrario, es decir, tal presunción puede ser destruida mediante el reconocimiento definitivo de su conformidad al derecho. Mientras tanto se produce una situación que se ha definido como apariencia jurídica, por consiguiente no hay certidumbre acerca de la otra, sino apariencia de la normatividad en su conjunto, tanto de una como de la otra disposición enfrentada.³⁹

Agrega el abogado general Tesauro que en el caso de que el reconocimiento del derecho suponga no sólo la elección entre dos o más normas de distinto rango (control de legalidad de normas), sino también un control previo acerca de la legalidad (le llama control previo de legalidad al procedimiento cautelar), la situación que se presenta “sólo es distinta aparentemente” en la medida en que tanto con respecto a la una como a la otra se haya establecido un sistema de control de legalidad (se refiere al control de legalidad de normas, la una, y al procedimiento cautelar, la otra); esta hipótesis se halla también comprendida en la función típica del proceso, en tanto que la exigencia de la tutela cautelar de la situación del particular sigue siendo la misma, por cuanto también en este supuesto se trata de determinar, de interpretar y de aplicar la normativa prevalente.⁴⁰

Refiere asimismo que la presunción de legalidad de la norma (o del acto) no significa que el juez no pueda suspender temporalmente sus efectos, pues cuando no habiéndose producido aún el reconocimiento definitivo de su legalidad, una u otra de las situaciones jurídi-

³⁹ Véase conclusiones del abogado general Giuseppe Tesauro, presentadas el 17 de mayo de 1990, asuntos *Factortame*, C-213/89, pp. 2457-2459.

⁴⁰ *Idem*.

cas que se enfrentan pueden sufrir un perjuicio irreparable, y cuando existe la sospecha (apariencia del buen derecho) de que su reconocimiento definitivo pueda llevar a la declaración de que la ley o el acto administrativo de que se trata no son conforme al derecho, la apariencia jurídica prevalece, no hay certidumbre y es el órgano jurisdiccional quien debe valorar si la apariencia puede imponer la tutela cautelar según criterios materiales vinculados a la menor o mayor apariencia de legalidad de la disposición controvertida *fumus boni iuris*.⁴¹

Por otra parte, de un análisis retrospectivo de las resoluciones del TJCE y del TPI se desprende que para hacer referencia a la apariencia de legalidad del recurso principal para resolver sobre la tutela cautelar, o lo que es lo mismo, que el recurso no esté desprovisto de todo fundamento (*fumus boni iuris*), como refiere Pastor Borgoñón,⁴² la jurisprudencia utiliza diferentes expresiones, como son:

Prima facie. “Parece claro que las pretensiones de la demanda en el proceso principal son fundadas... esto nos lleva a admitir no solamente que el recurso de la Comisión (Europea) no está manifestamente desprovisto de fundamento, sino incluso que se desprende de él un *fumus boni iuris*”.⁴³

Que basta a estos fines “que la demanda parezca al menos defendible en el proceso principal”.⁴⁴

Que “la oposición planteada por los demandantes reposa en elementos serios de tal naturaleza que hacen aparecer como dudosa la legalidad de los actos de la comisión”.⁴⁵

Ya en épocas más recientes la jurisprudencia del TJCE ha tratado de precisar el concepto de la apariencia del buen derecho o apariencia de la ilegalidad del acto impugnado. En la misma Sentencia Factor-

⁴¹ *Idem*.

⁴² Véase Pastor Borgoñón, Blanca y Ginderachter, Eric van, *op. cit.*, nota 16, p. 88.

⁴³ Conclusiones del abogado general Mayras, as, ac. 31/77 y 53/77 R, Comisión contra Reino Unido, recopilación 1977, pp. 928 y ss., especial 931.

⁴⁴ Conclusiones del abogado general Warner, as. 792/79 R, *Camera Care* contra Comisión, recopilación 1979, pp. 133 y ss., especial 134.

⁴⁵ Auto del 21 de agosto de 1981, as. 232/81 R, *Agricola Commerciale Olio* contra Comisión, recopilación 1981, pp. 2193 y ss., cuaderno 5.

tame, el presupuesto del *fumus boni iuris* está vinculado a la mayor o menor “apariencia de legalidad de la disposición controvertida”.⁴⁶

En la Sentencia Zuckerfabrik se dice que:

Sólo se pueden adoptar medidas de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado cuando las circunstancias de hecho y de derecho alegadas por los demandantes lleven al órgano jurisdiccional nacional a la convicción de que existen *serias dudas* sobre la validez del reglamento comunitario en el que se basa el acto administrativo impugnado. En efecto, el otorgamiento de una suspensión se justifica solamente *si existe la posibilidad de una declaración de invalidez*.⁴⁷

También en la Sentencia Atlanta se especifica que para que el órgano jurisdiccional nacional pueda adoptar tales medidas cautelares es preciso que tenga serias dudas acerca de la validez del acto comunitario y las exponga en su resolución.⁴⁸

Por su parte, la doctrina ha identificado la expresión “serias dudas” a que se refiere la jurisprudencia del TJCE, con las posibilidades de éxito de la demanda; así, Bacigalupo señala:

La procedencia de la tutela cautelar comunitaria se vincula, en primer lugar, al resultado de un enjuiciamiento provisional y sumario de las expectativas de éxito del recurso principal, esto es, el resultado de un enjuiciamiento provisional y sumario de la legalidad del acto impugnado.⁴⁹

Si la medida cautelar solicitada es de carácter suspensivo, o la existencia del derecho subjetivo en que se funda la pretensión de fondo, si la medida cautelar solicitada es de carácter positivo.⁵⁰

⁴⁶ Conclusiones del abogado general Giuseppe Tesaurò, presentadas el 17 de mayo de 1990, asunto *Factortame*, C-213/89, p. 2464.

⁴⁷ Sentencia del TJCE del 21 de febrero de 1991, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, apartado 23, recopilación 1991-2, p. 542.

⁴⁸ Véase Sentencia Atlanta del TJCE de 9 de noviembre de 1995, asunto C-465/93, recopilación 1995, puntos 1 y 2 del fallo.

⁴⁹ Bacigalupo Saggese, Mariano y Fuentetaja Pastor, José Ángel, “*Fumus boni iuris, periculum in mora* y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 94, abril-junio de 1997, p. 292.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 66.

De lo anterior cabría precisar que este control de legalidad a primera vista⁵¹ en el marco del proceso contencioso-administrativo comunitario se puede referir no sólo a un acto, sino también a una omisión de las instituciones comunitarias o de sus agentes o de un Estado miembro, así como al control de conformidad al derecho en la aplicación e interpretación de las normas del Tratado CE, sus estatutos, reglamentos, directivas o decisiones vinculantes.

Este control de legalidad provisional y sumario tiene un límite, y es al que se refiere el artículo 39 del estatuto, en el sentido de que la resolución de medidas cautelares sólo tendrá carácter provisional y no prejuzgará en modo alguno la decisión del Tribunal de Justicia en cuanto al asunto principal.

Finalmente, no podemos dejar de destacar un principio de especial relevancia que se aplica a la apariencia del buen derecho, puesto de manifiesto en la más reciente jurisprudencia comunitaria; consiste en que “no se puede exigir para acreditar la existencia del *fumus boni iuris* que se aporten por el demandante argumentos (pruebas) especialmente sólidos o particularmente convincentes”.⁵²

2. Peligro de demora

El segundo de los criterios materiales de decisión para acordar medidas cautelares es el peligro en la mora procesal o *periculum in mora*, la jurisprudencia del TJCE lo deriva de lo dispuesto en los reglamentos de procedimiento tanto del TJCE como del TPI, según los cuales la demanda de medidas provisionales especificará las circunstancias que den lugar a la urgencia (artículos 83.2, RPTJCE, y 104.2, RPTPI).

La urgencia a que se refieren los preceptos anteriores, la jurisprudencia comunitaria la ha relacionado con la necesidad de que se adopte una medida cautelar, antes de que se resuelva el fondo del li-

⁵¹ Esta expresión de *control de legalidad a primera vista* es el concepto que ha utilizado el TPI para referirse al proceso cautelar en el marco del proceso contencioso-administrativo comunitario. Véase auto del presidente del TPI de 26 de octubre de 2001, asunto T-184/01 R, IMS Health Inc. contra Comisión, p. 3226.

⁵² Auto del presidente del TPI de 26 de octubre de 2001, asunto T-184/01 R, IMS Health Inc. contra Comisión, apartados 65 y 66, p. II-3224.

tigio para evitar que la parte que la solicita sufra un perjuicio grave e irreparable en sus derechos o intereses que el derecho comunitario le reconoce. Se precisa, además, por lo que respecta a la urgencia, 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.⁵³

Por cuanto a la intensidad de la prueba del perjuicio grave e irreparable que debe acreditar quien solicita la medida, la más reciente jurisprudencia del TJCE se ha pronunciado en el sentido de que: “Es suficiente con que el perjuicio, especialmente cuando dependa de la concurrencia de un conjunto de factores, pueda preverse con un grado de probabilidad suficiente”.⁵⁴

No obstante lo anterior, si el demandante no aporta alguna prueba según la cual si no se adopta la medida provisional durante el procedimiento principal se le produciría un perjuicio grave e irreparable, sino que únicamente se limita a señalar que posiblemente se producirían tales perjuicios, sin presentar los datos necesarios en apoyo a sus alegaciones, haciendo aparecer con un carácter puramente virtual tal perjuicio, su demanda será desestimada.⁵⁵

En relación con la naturaleza del perjuicio, como el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones, un perjuicio meramente pecuniario no puede considerarse, en principio, como irreparable, ni siquiera difícilmente reparable, si puede ser objeto de una compensación económica posterior.⁵⁶ No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional que deba resolver sobre las medidas provisionales examinar las circunstancias propias de cada caso. Es así que, tratándose de un perjuicio pecuniario, puede darse el caso de que con la ejecución del acto, las pérdidas alegadas por el demandante sean suficien-

⁵³ Véase sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1991, asunto *Zuckerfabrik* C-143/88 y C-92/89, recopilación 1991-2, p. I-542.

⁵⁴ Véase auto del presidente del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1999, HBF y otros contra comisión, C335/99 P (R), recopilación, p. I-8705, apartado 67.

⁵⁵ Véase auto del presidente del TPI de 19 de junio de 1997, asunto T-159/97 R, apartados 22, 23 y 24.

⁵⁶ Auto del presidente del TPI de 15 de junio de 2001, *Bactrial*/Comisión, T-339/00 R, recopilación, p. II-1721, apartado 94.

tes para *amenazar su supervivencia*, en tales circunstancias, procederá acordar la medida.⁵⁷

3. Ponderación de intereses

El concepto de ponderación de intereses no ha sido definido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por lo que su contenido y alcance sigue siendo hasta la fecha indeterminado, aun cuando para algunos autores, este es el criterio determinante para acordar una medida provisional.

Lo cierto es que, según la jurisprudencia del TJCE, lo que exige es que se *tome en cuenta el interés de la comunidad*; claro está que para considerar este presupuesto, el razonamiento se efectúa mediante una operación lógica en que se deberá considerar: por un lado, los posibles perjuicios que con la adopción de la medida cautelar se puedan inferir al interés de la comunidad; y por el otro, diversos elementos que varían según el caso concreto, y que van desde la apariencia de conformidad a derecho del acto, disposición u omisión hasta los posibles perjuicios que de resultar favorable la medida al demandante se les puede provocar a la contraparte o a un tercero, relacionado todo esto con una eventual sentencia estimatoria en el proceso principal.

En efecto, como se ha expuesto, ya en la Sentencia *Zuckerfabrik*⁵⁸ se especifica cuáles deben ser los criterios de decisión para acordar medidas cautelares; éstos son: En primer lugar, que se tenga serias dudas acerca de la validez del acto normativo comunitario (*fumus boni iuris*), en segundo lugar, cuando sea urgente y el demandante pueda sufrir un perjuicio grave e irreparable (*periculum in mora*), y en tercer lugar cuando el órgano judicial tenga debidamente en cuenta el interés de la comunidad. Para cumplir con el tercero de los requisitos, el órgano jurisdiccional (tratándose de la aplicación de un reglamento comunitario) deberá apreciar dos aspectos: por una parte, cuando la suspensión pueda ocasionar un riesgo económico para la comunidad, el juez deberá imponer suficientes garantías (fianza); y, por otra, de-

⁵⁷ Véase auto del presidente del TPI de 26 de octubre de 2001, asunto T-184/01 R, apartado 121, p. II-3244.

⁵⁸ Relacionada con una medida cautelar de suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado en ejecución de un *reglamento* comunitario.

berá tomar en cuenta el interés de la comunidad en que no dejen de aplicarse estos reglamentos sin serias garantías; esto es, que el órgano jurisdiccional deberá comprobar si el acto comunitario de que se trate quedaría privado de eficacia por falta de aplicación inmediata.⁵⁹

Esta línea jurisprudencial ha seguido evolucionando, y como se destaca en la Sentencia Atlanta, el alto tribunal ha tenido la ocasión de precisar los requisitos materiales para adoptar medidas provisionales (apartado 34). Si bien en la Sentencia Zuckerfabrik antes referida se dijo que al ponderar el interés de la comunidad, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el menoscabo que la medida cautelar puede producir en el régimen jurídico establecido por el reglamento en toda la comunidad, a este respecto, la Sentencia Atlanta precisa:

Al órgano jurisdiccional le corresponde tomar en consideración, por una parte, el efecto acumulativo provocado en el supuesto de que un gran número de órganos jurisdiccionales adoptaran también medidas cautelares por motivos análogos y, por otra parte, el carácter específico de la situación del solicitante que le diferencie de otros operadores económicos afectados.⁶⁰

Este criterio del TJCE tiene cabal concordancia con el principio ya expuesto en cuanto a que, en la valoración del interés de la comunidad, el órgano jurisdiccional debe comprobar que el acto comunitario (aplicación de un reglamento) no quede privado de efecto útil a falta de aplicación inmediata.

De lo anterior se desprende que un reglamento comunitario estaría en peligro de quedar privado de eficacia por falta de aplicación inmediata, cuando el juez de medidas provisionales considere como probable que de conceder la suspensión cautelar del reglamento, otros (muchos) órganos jurisdiccionales solicitaran la suspensión de tal reglamento por motivos análogos, lo cual traería como consecuencia el menoscabo del interés de la comunidad, pues si un gran número de órganos solicitan la suspensión contra tal reglamento, éste prácticamente no podría ser aplicado, es decir, quedaría privado de eficacia.

⁵⁹ Sentencia del TJCE del 21 de febrero de 1991, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, apartados 30, 31, 32 y 33, pp. 543-544.

⁶⁰ Sentencia del TJCE del 9 de noviembre de 1995, asunto C-463/93, asunto C-463/93, apartados 42 y 43.

VI. CONCLUSIONES

1. Se puede observar que la suspensión del acto reclamado es reconocida como la más clásica de las medidas cautelares en el derecho comunitario, que desde hace muchos años se encuentra prevista en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la Comunidad Europea, como un instrumento procesal para asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria que se pronuncie en el juicio principal.

Pero además de que la suspensión no es la única de las medidas cautelares posibles, sino que el legislador comunitario le concede amplias facultades a los órganos jurisdiccionales para adoptar cualquier tipo de medida provisional que tenga como finalidad asegurar la efectividad de la sentencia y evitar que durante la pendencia del proceso se originen perjuicios graves al recurrente de imposible reparación.

Tal es el caso de las medidas innovativas o positivas por medio de las cuales se puede modificar la situación de hecho existente al tiempo de solicitar la medida u obligar a la contraparte, con carácter provisional, a que realice determinada actuación, especialmente cuando se impugna una *omisión* de la autoridad señalada como responsable o por el incumplimiento de una obligación que legalmente está constreñida a realizar dicha autoridad.

2. De los criterios materiales para acordar las medidas cautelares, sin duda el que ha suscitado gran controversia en la doctrina nacional mexicana es la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris*; sin embargo encontramos que desde hace medio siglo se viene utilizando por el derecho comunitario y por la mayoría de los estados miembros de la Comunidad Europea como un presupuesto imprescindible para conceder la tutela cautelar.

La apariencia del buen derecho se basa precisamente en un apariencia y no en la certeza del derecho, es decir, es la valoración que el juez está llamado a realizar de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la pretensión de fondo con los solos elementos aportados hasta ese momento procesal.

Es decir, el órgano jurisdiccional efectúa un control previo acerca de la legalidad del acto, omisión o resolución impugnada cuando existe la sospecha o se tengan serias dudas de que su reconocimiento

definitivo pueda llevar a la declaración de que la ley o el acto administrativo de que se trata no es conforme a derecho; está vinculado a la mayor o menor apariencia de legalidad de la disposición o acto controvertido, lo cual se traduce en un enjuiciamiento provisional y sumario de la expectativas de éxito del recurso principal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- y FUENTETEJA PASTOR, José Ángel, “*Fumus boni iuris, periculum in mora* y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 94, abril-junio de 1997.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *¿Una nueva Ley de Amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001.
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de la providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CASTRO, Juventino, *La suspensión del acto reclamado en amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de Gómez Orbaneja, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca y GINDERACHTER, Eric van, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Civitas, 1993.
- Proyecto de Tratado por el que se Instituye una Constitución para Europa, presentado al presidente del Consejo de Europa en Roma el 18 de julio de 2003, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Alemania, 2003.