CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 17 de mayo de 1990 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. La decisión que se solicita que adopte el Tribunal de Justicia acerca de dos cuestiones prejudiciales planteadas por la House of Lords en el asunto Factortame se cuenta, a no dudar, entre aquéllas que contribuyen a definir el marco de las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Derecho comunitario. Y yo me atrevo a añadir: acerca de un extremo de indudable transcendencia.

Las cuestiones son claras. A la espera de que el Tribunal de Justicia se pronuncie acerca de la interpretación prejudicial de una norma comunitaria dotada de efecto directo, el Derecho británico no permite al Juez suspender, como medida cautelar, la aplicación de la norma interna, cuya contradicción con el Derecho comunitario se alega, reconociendo, provisionalmente, los derechos de los particulares, invocados al amparo de la norma comunitaria pero ignorados por la norma interna: 1) ¿Debe (o puede) el órgano jurisdiccional nacional resolver en este supuesto de acuerdo con el Derecho comunitario? 2) En caso afirmativo, ¿con arreglo a qué criterios?

2. El contencioso que ha dado lugar a la cuestión prejudicial se refiere a varias sociedades que desarrollan sus actividades en el sector de la pesca y que son de nacionalidad británica, pero que representan intereses españoles, que impugnan la legalidad respecto al Derecho comunitario de una ley británica de 1988, que modificó —haciéndolos más onerosos para los intereses extranjeros (también para los comunitarios)— los requisitos de inscripción en el Registro de buques pesqueros, sobre todo en lo relativo a la nacionalidad y a la residencia de los propietarios efectivos. Alegando varias disposiciones del Tratado dotadas de eficacia directa, la sociedad Factortame y otras instaron un recurso «contencioso administrativo» contra la referida ley, solicitando que se declarase su incompatibilidad con las disposiciones comunitarias, se prohíba a la Administración considerar caducada la inscripción de los buques llevada a cabo conforme a la antigua ley y se dicte una medida cautelar, en caso de remisión de la decisión definitiva.

3. El Juez de primera instancia, la Divisional Court de la Queen's Bench Division, planteó la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la CEE al objeto de interpretar las normas comunitarias invocadas y, como medida provisional, ordenó a la Administración que no aplicara a las demandantes la nueva normativa a la espera de una decisión definitiva o de un nuevo auto en el que se concedan medidas provisionales.

4. Apelada esta resolución por la Administración, la medida cautelar fue revocada por la Court of Appeal por cuanto los órganos jurisdiccionales británicos no están facultados para decretar la inaplicación de una ley por medio de medidas provisionales, ni para dirigir a la Administración mandamientos que contengan obligaciones positivas de hacer.

5. Al plantearse el asunto ante la House of Lords, ésta última confirmó que, con arreglo al Derecho británico, no puede el Juez

* Lengua original: italiano.

suspender la aplicación de una ley aprobada por el Parlamento a causa de su posible —aunque no haya sido verificada— incompatibilidad con el Derecho comunitario y planteó al Tribunal de Justicia de la CEE las citadas cuestiones prejudiciales, con objeto de saber, esencialmente, si aquello que no es permitido por el Derecho británico puede ser impuesto o permitido por el Derecho comunitario.

6. Con carácter preliminar, hay que precisar que el órgano jurisdiccional británico reconoce su facultad de dar primacía, sobre una disposición interna que contradice el Tratado, a las normas del Tratado o sus derivadas que tengan efectos directos en el ordenamiento jurídico británico y esto cuando la incompatibilidad sea inmediata y fácilmente perceptible, bien a causa de una interpretación anterior de la norma comunitaria por parte del Tribunal de Justicia, bien por cuanto el contenido de la propia norma sea suficientemente «claro». Por consiguiente, en el caso de autos, se ha planteado el problema por no existir certeza acerca de la interpretación de las normas comunitarias que se examinan y existir «serios argumentos tanto a favor como en contra de la existencia de los derechos que se alegan», hasta el punto que el Juez de primera instancia planteó la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, cuestión esta última que es objeto de otro procedimiento distinto e independiente de éste (asunto 221/89). Además, para completar el examen de la situación, debe recordarse que, en cuanto a la pretendida incompatibilidad con el Derecho comunitario de la citada norma británica, aunque tan sólo en lo relativo a la nacionalidad, la Comisión ha interpuesto un recurso contra el Reino Unido con arreglo al artículo 169, solicitando, asimismo, que se suspenda, con carácter cautelar, la aplicación de la citada ley. En la presente fecha, el Tribunal de Justicia ya ha dictado un auto acogiendo tal demanda y la ley ha sido enmendada en el citado aspecto. [1]

1 — Auto de 10 de octubre de 1989 (246/89, Rec. 1989, p. 3125).

7. También con carácter preliminar, creo conveniente precisar que el problema citado se ha planteado en el contexto del proceso «contencioso administrativo» previsto en el sistema británico, incoado por las sociedades interesadas antes de que la nueva ley sobre el registro de buques entrara en vigor. A este respecto, tanto el Juez *a quo* en su resolución de remisión como el Gobierno británico en sus observaciones escritas han puesto de manifiesto que, si la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario se hubiera planteado en un procedimiento penal o administrativo incoado por los interesados por infracción de la normativa relativa al registro de buques, el Juez podría *haber suspendido el procedimiento* (y, por consiguiente, la medida de paralización de los buques) a la espera de la decisión prejudicial relativa a la interpretación de la correspondiente normativa comunitaria. El fallo del Tribunal de Justicia, estimatorio o desestimatorio, relativo a las pretensiones de las sociedades interesadas, hubiera tenido para éstas efectos retroactivos. De ello deduce el Juez de primera instancia que, en tal supuesto, «el proceso penal o la paralización de los buques no serían anulados sino tan sólo suspendidos» (p. 9 de la resolución de remisión).

No resulta totalmente claro con arreglo a qué criterio se ha precisado la diferencia entre el supuesto del caso de autos (proceso contencioso administrativo) y el que hubiera podido plantearse en un proceso penal o de otra naturaleza incoado por infracciones a la ley. Es cierto que, en lo que aquí interesa, no creo que la diferencia tenga gran importancia. La mera *suspensión de un proceso* para plantear una cuestión al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 del Tratado *no constituye una medida provisional* y no satisface ninguna exigencia de tutela cautelar de los derechos afectados. Por el contrario, plantea en términos más graves el

mismo problema que determina la existencia de tutela cautelar: caso de tener que suspenderse, el juicio se vería «desprovisto de eficacia» a causa del retraso en emitirse la decisión definitiva.

Por consiguiente, la cuestión planteada por la House of Lords reviste importancia, de la misma forma y en los mismos términos, tanto con respecto a una como a la otra de las dos situaciones procesales expuestas al Tribunal de Justicia. Otro sería el caso tan sólo en el supuesto de que, cualquiera que fuese el procedimiento, pudiera el órgano jurisdiccional, en caso de suspensión con remisión al Tribunal de Justicia conforme al artículo 177, adoptar una medida provisional del estilo de la que solicitan las demandantes en el caso de autos y si estuviera facultado para permitir, con carácter provisional, la inscripción de los buques con arreglo a la antigua ley a la espera de la decisión definitiva, lo cual no cabe, como se ha puesto de manifiesto en la vista, ni en el proceso contencioso administrativo ni en cualquier otro.

8. Más bien, me inclino por pensar que lo que resulta especialmente relevante, y que recalca especialmente el Juez *a quo*, es que, en un supuesto como el del caso de autos, es decir, a falta de una medida provisional, ni siquiera el perjuicio económico sufrido por el demandante por la demora del juicio pueda ser jamás resarcido, ya que la reiterada jurisprudencia nacional que se ha dictado en esta materia se opone a ello (resolución, p. 6). Esto significa que, también en el supuesto de una decisión interpretativa del Tribunal de Justicia, estimatoria de las tesis de las demandantes, la decisión posterior del Juez nacional no podría resarcir el perjuicio causado y el proceso se vería «desprovisto de eficacia».

Esto no significa que el resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido tenga una relevancia decisiva y constituya una solución alternativa a la tutela cautelar, considerando que, aunque estuviese previsto, no sería por sí solo suficiente para satisfacer la exigencia de tutela cautelar, exigencia esta última que nace de la insuficiencia de la reparación económica con respecto a la «utilidad» de la futura sentencia.[2] Más bien, la imposibilidad de obtener la reparación hace irreparable el daño patrimonial experimentado durante el procedimiento.

9. El órgano jurisdiccional británico ha enumerado detalladamente los principios de Derecho comunitario cuya interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia le permitiría resolver el problema, de una forma o de otra: la eficacia directa de las normas comunitarias que se alegan, la obligación de tutela directa e inmediata de los derechos de los particulares, la eficacia real de los medios de tutela judicial, la obligación de no aplicar normas y/o prácticas nacionales que hagan imposible el ejercicio de los derechos y la tutela concedida a los mismos.

De la misma forma, se han puesto de manifiesto los obstáculos formales que existen para el ejercicio de las facultades para adoptar medidas provisionales del Juez británico en un supuesto del estilo del caso de autos: la presunción de legalidad de que goza la norma nacional hasta la decisión definitiva, incluida su interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia, así como la imposibilidad de imponer a la Administración obligaciones de hacer, imposibilidad que, por otra parte, afecta no sólo a las me-

2 — Véase, por ejemplo, el auto del Tribunal de Justicia de 21 de agosto de 1981 (232/81 R, Rec. 1981, p. 2193, apartado 9).

didas provisionales, sino también a las decisiones definitivas (observaciones del Gobierno británico, p 13 y 20).

10. Los principios de Derecho comunitario que la House of Lords ha señalado como fundamentales y de cuya interpretación depende su decisión son principios fundamentales, reconocidos en numerosas sentencias del Tribunal de Justicia. Tales principios son observados, en todo caso, sin dificultad por los Jueces británicos, con la única reserva de ser la razón y el objeto, al propio tiempo, de este procedimiento prejudicial: ¿han de ser interpretados en el sentido que el Juez nacional debe (o puede) acordar una medida provisional que consista en obligar a la Corona a no aplicar, durante el procedimiento de referencia, una «medida» (en el caso de autos, una ley aprobada por el Parlamento) con respecto a la cual no exista la certeza, sino tan sólo la sospecha, aun seria, de ser incompatible con el Derecho comunitario? Resumiendo, las obligaciones que el Derecho comunitario impone al Juez nacional para la tutela de los derechos atribuidos directamente a los particulares ¿abarcan la no aplicación por medio de medidas provisionales de una ley interna en caso de conflicto?

11. La respuesta a esta pregunta exige, aparte de un rápido examen de los principios de Derecho comunitario aplicables al caso, y que el Juez remitente conoce bien, que se individualice la exigencia que es el fundamento y la razón de ser de la tutela cautelar, figura ésta que durante mucho tiempo estuvo asentada en la teoría jurídica general y en los ordenamientos de los Estados miembros.

12. El requisito previo para la valoración del problema consiste en que, como se admite en el caso de autos, se plasme en *normas comunitarias con efecto directo,* en el sentido no discutido de normas que atribuyen directamente a los particulares atribuciones jurídicas que pueden calificarse como derechos (subjetivos) y que, en cuanto tales, pueden invocarse ante el Juez nacional. No es necesario subrayar que ésta es la hipótesis planteada al Tribunal en este procedimiento prejudicial, no siendo relevante de cuáles normas comunitarias se trate y cuál haya de ser su interpretación correcta. De hecho, no es la interpretación de las normas del Tratado, que los demandantes invocan ante el Juez nacional, lo que se solicita en este procedimiento (únicamente para aclararlo, recordemos que se trata de los artículos 7, 52, 58 y 221 del Tratado), sino la interpretación de los principios jurídicos comunitarios antes recordados. Dicho de otra forma, no se solicita al Tribunal de Justicia entrar a considerar las normas que alegan las demandantes, que es objeto de otro procedimiento prejudicial que también se halla pendiente ante este Tribunal de Justicia (asunto 221/89), sino más bien de dar una respuesta general en orden a la tutela cautelar de los derechos invocados por los particulares al amparo de las normas comunitarias dotadas de eficacia directa.

13. A la vista de todo lo anterior, me permito recordar que las normas de Derecho comunitario dotadas de eficacia directa «deben surtir todos sus efectos de una manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante todo el plazo de validez» [3] y que «este efecto atañe a todos los Jueces que, en el ámbito de su competencia, y en su calidad de órganos de un Estado miembro, están encargados de tutelar los derechos atribui-

3 — Entre otras: sentencia de 9 de marzo de 1978 (Simmenthal, 106/77, Rec. 1978, p. 629, apartado 14); sentencia de 10 de julio de 1980 (Ariete, 811/79, Rec. 1980, p. 2545, apartado 5).

dos a los particulares por el Derecho comunitario» (Simmenthal, apartado 16), *(traducción provisional).* Y, en esta última sentencia, el Tribunal de Justicia manifestó que, considerada la preeminencia del Derecho comunitario, las normas dotadas de eficacia directa «hacen *ipso iure* inaplicables, por el mero hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición que las contradiga de la normativa nacional anterior» y, por otra, impiden «que se puedan dictar válidamente nuevos actos legislativos nacionales, que sean incompatibles con las normas comunitarias» (Simmenthal, apartado 17).

Resulta perfectamente claro, pues, que la norma comunitaria que surte inmediata eficacia dentro de los Estados miembros atribuye al particular una posición jurídica subjetiva a partir de su entrada en vigor y durante toda su vigencia, con independencia y no obstante cualquier norma nacional que la pudiera contradecir o negara tal posición jurídica. No considero necesario, y menos aún en este contexto, inútiles ejercicios dialécticos acerca del fundamento de tal estado de cosas. Lo que interesa ahora es que el Juez nacional está obligado a prestar la tutela jurisdiccional de los derechos atribuidos por la norma comunitaria a partir de la entrada en vigor de la norma y durante todo el tiempo en que continúe vigente.

14. Tampoco se discute, en consonancia con el principio de colaboración establecido en el artículo 5 del Tratado, verdadera clave para la interpretación de todo el sistema, que las modalidades y mecanismos de tutela de los derechos concedidos a los particulares por las normas comunitarias son y siguen siendo los establecidos por el Derecho interno de los Estados miembros, a falta de un sistema procesal uniforme. Tal principio, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se funda, no obstante, en un presupuesto fundamental, que cabe deducir del párrafo 2 del citado artículo 5: que las modalidades y procedimientos nacionales no sean menos favorables que los relativos a las acciones similares de tutela de los derechos fundados en normas nacionales y no hagan «imposible el ejercicio de los derechos que los Jueces nacionales tienen que tutelar».[4]

Por lo demás, en el apartado 22 de la sentencia Simmenthal, el Tribunal de Justicia manifestó que «resulta incompatible con las exigencias inherentes a la propia esencia del Derecho comunitario cualquier disposición que forme parte del ordenamiento interno o cualquier práctica, legislativa, administrativa o judicial, que lleve a una reducción de la eficacia concreta del Derecho comunitario por el hecho de serle negada al Juez, que sea competente para aplicar esta norma, la facultad de realizar, en el acto de su aplicación, todo aquello que sea necesario para inaplicar las normas legales nacionales que puedan impedir la plena eficacia de las normas comunitarias;[5] dicho de otra forma, bien con los mecanismos del ordenamiento, bien «por su propia iniciativa» (Simmenthal, apartado 24), *(traducción provisional).*

4 — Sentencia de 16 de diciembre de 1976 (Rewe Zentralfinanz/Landwirtschaftskammer, 33/76, Rec. 1976, p. 1989, apartado 5); sentencia de 16 de diciembre de 1975 (Comet, 45/76, Rec. 1975, p. 2043, apartados 15 y 16); sentencia de 10 de julio de 1980 (Ariete, 811/79, Rec. 1980, p. 2545, apartado 12); sentencia de 12 de junio de 1980 (Express Dairy Foods, 130/79, Rec. 1980, p. 1887, apartado 12); sentencia de 27 de marzo de 1980 (Denkavit italiana, 61/79, Rec. 1980, p. 1205, apartado 25); sentencia de 27 de febrero de 1980 (Hans Just, 68/79, Rec. 1980, p. 501, apartado 25); sentencia de 9 de noviembre de 1983 (San Giorgio, 199/82, Rec. 1983, p. 3595, apartados 12 y ss.).

5 — Recuerdo también la reciente sentencia de 21 de septiembre de 1989 (Comisión/Grecia, 68/88, Rec. 1989, p. 2965) donde el Tribunal de Justicia recalcó que «el artículo 5 del Tratado obliga a los Estados miembros a la adopción de toda clase de disposiciones que garanticen la eficacia del Derecho comunitario» (apartado 23).

15. Por consiguiente, puede considerarse doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal de Justicia, por lo demás puesta de manifiesto por el Juez remitente, que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de conceder una *tutela judicial completa y efectiva* a los particulares que sean titulares de situaciones jurídicas subjetivas, derivadas de normas comunitarias con efecto directo, siempre que las normas comunitarias regulen el supuesto de hecho desde su entrada en vigor. Por lo cual, resulta incompatible con el Derecho comunitario cualquier disposición o práctica nacional que impida al Juez otorgar «plena eficacia» a las normas comunitarias.

La afirmación no me parece superflua solamente porque sea doctrina uniforme del Tribunal de Justicia, pues la respuesta que propongo que dé el Tribunal de Justicia en el caso de autos deriva precisamente de esta afirmación.

16. Aunque el problema sometido a la consideración del órgano jurisdiccional nacional no es nuevo, si bien superado implícitamente por los demás órganos jurisdiccionales,[6] es llevado por primera vez a conocimiento del Tribunal de Justicia, aun cuando haya sido con ocasión de una situación procesal muy especial, como es el caso del procedimiento «contencioso administrativo» respecto a las leyes que se halla previsto en el Reino Unido. Por esto, la cuestión no sólo afecta al sistema inglés[7] ni se refiere tan sólo a la relación entre una ley nacional y una norma comunitaria, sino que afecta a las exigencias y a la existencia misma de la tutela cautelar de un derecho, que aún no resulta cierto, pero que está en trance de reconocimiento, *en un supuesto de conflicto entre normas de diverso rango,* conflicto que, en el caso de la relación entre normas nacionales y comunitarias, más allá de la elección teórica y terminológica y de las técnicas utilizadas por los Estados miembros, se manifiesta eficazmente en el concepto de *primacía,* es decir, de «prevalencia» de la segunda sobre la primera. El problema nace de la *inexistencia de simultaneidad* entre los dos momentos que marcan fisiológicamente el fenómeno jurídico: el de la *existencia* del derecho y el de

6 — En más de una ocasión en que se ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, por considerar incompatible la normativa nacional con el Derecho comunitario, el Juez ha decretado también sin dudarlo medidas provisionales, que se traducen en la inaplicación de tal normativa; por ejemplo disponiendo que se aplazara una expulsión de los Países Bajos, [sentencia de 17 de abril de 1986 (Reed, 59/85, Rec. 1986, p. 1283)], o que se mantuviese provisionalmente una relación laboral con la Universidad de Venecia [sentencia de 30 de mayo de 1989 (Allué, 33/88, Rec. 1989, p. 1591)] o bien ordenando que se expidiera un permiso provisional de residencia en Bélgica (asunto 363/89, todavía pendiente).

7 — Un problema similar al que nos ocupa se ha planteado ante muchos órganos jurisdiccionales franceses, al dictarse la nueva ley sobre precios mínimos de los carburantes (y para los libros), norma ésta que no es acatada por algunos distribuidores alegando su incompatibilidad con el Derecho comunitario. Una actitud distinta observan otros agentes que solicitan medidas provisionales fundadas en la nueva ley. Bastantes Jueces estudiaron la pretensión alegando la presunción de legalidad de la ley frente a la sospecha de resultar incompatible con el Tratado (por ejemplo Tribunal de Grande Instance, Le Mans, 11.7.1983, *Gazette du Palais,* 1984, 1, sumario p. 121). Otros Jueces se negaron a adoptar medidas provisionales precisamente por cuanto la violación de una ley aparentemente incompatible con el Derecho comunitario no resultaba un «hecho claramente ilícito» (Cour d'Appel, Paris, 4.7.1984, *Gazette du Palais,* 1984, 2, 658, con nota Frougoix; Tribunal de Grande Instance Pontoise, 22.2.1984, ibidem, 296; véase Bertin, «Un trouble manifestement illicite: la lutte contre la vie chère», *Gazette du Palais,* 1983, doct. 419 y «Le juge des référés et le droit communautaire», ibidem, 1984, doct. 48. La Cour de Cassation ha admitido expresamente esta segunda postura (Sala de lo mercantil 15.5.1985, *Gazette du Palais,* 1985, 2, panor. pp. 346 y 347), pero fundándose en el fallo del Tribunal de Justicia en el sentido de la incompatibilidad de la ley que es objeto de controversia [sentencia de 10 de enero de 1985 (Association des centrales distributeurs Edouard Leclerc y otros, 229/83, Rec. 1985, p. 1), y sentencia de 29 de enero de 1985 (Henri Callet et Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers, 231/83, Rec. 1985, p. 305)]. A continuación, la Cour de Cassation, recogiendo la doctrina del Tribunal de Justicia [sentencia de 4 de mayo de 1988 (Bodson, 30/87, Rec. 1988, p. 2479)], pero en términos más generales, ha afirmado que incumbe al Juez verificar «si la contradicción que se invoca era clara y manifiesta con respecto al Tratado de Roma» (Sala comercial, 10.7.1989, Rec. Dalloz 1989, p. 243). Véase también Cour de Cassation, 22.4.1986, Rec. Dalloz, 1986, p. 242).

su *reconocimiento* (definitivo), en un contexto articulado y complejo como es el que exige el moderno sistema de tutela judicial.

17. Existe un primer remedio de carácter general que compensa el que ambos momentos no sean coincidentes en el tiempo. Por un lado, es cierto que únicamente el reconocimiento definitivo del derecho le confiere la plenitud y la certidumbre en cuanto al contenido en el sentido de hacerlo indiscutible, y/o a las distintas modalidades de su ejercicio (*res iudicata* en sentido material). Pero, también es cierto que tal efecto se produce en el momento en que tal derecho es reconocido por medio de la actuación del control judicial. El efecto del reconocimiento del derecho, al cual se le da el nombre, impropio pero significativo, de retroactivo, no es otra cosa que la consecuencia de la función de la norma y de su forma de ser y de actuar, que determina una posición jurídica subjetiva a la que cabe calificar de derecho a partir de su entrada en vigor y durante toda su vigencia, salvo el retraso que puede producirse en su plena y efectiva operatividad allí donde sea precisa una previa comprobación jurisdiccional y, en particular, un previo control de legalidad de la norma que pueda resultar de aplicación. No merece la pena añadir que no sería otro el caso si nos colocáramos en el punto de vista contrario y consideráramos la inexistencia del derecho y su reconocimiento.

Lo que conviene subrayar es que, en el momento del ejercicio de la acción ante los Tribunales, el derecho ya existe (o no existe) y la norma que lo atribuye (o lo niega) a los particulares es o no conforme a derecho y el procedimiento contencioso administrativo no sólo tiene por objeto el reconocimiento, sino también la operatividad plena y efectiva, en un momento posterior y siempre dejando a salvo el «efecto retroactivo» del propio reconocimiento. Establecido esto, vale también en el supuesto de que el reconocimiento del derecho suponga valoración de la relación entre el supuesto de hecho y la norma que se invoca, así como en el supuesto de que se requiera al Juez para determinar la norma aplicable de entre las varias posibles, aunque sean contradictorias. Ahora bien, incluso en este caso, en el cual el reconocimiento puede llevarse a cabo mediante un control de legalidad, la norma que se considere aplicable (en lugar de la que se consideró como no conforme a derecho o incompatible) lo era desde el momento de iniciarse el procedimiento, porque en aquel momento lo que faltaba era la declaración del derecho y no su existencia. Esto ha sido puesto claramente de manifiesto por el Tribunal de Justicia al afirmar que «la interpretación de una norma de Derecho comunitario que se concede al Tribunal de Justicia en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 177 aclara y precisa, cuando sea necesario, el significado y el alcance de la norma, en la forma en que debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor». [8]

18. El remedio general que se acaba de exponer al hecho de no darse al mismo tiempo el reconocimiento y la existencia del derecho no siempre logra conseguir la finalidad principal de tutela jurisdiccional. A veces, en efecto, el reconocimiento puede llegar muy tarde para que el derecho controvertido pueda ser ejercitado plena y eficazmente: lo cual será probable tanto más cuanto más complejo y detallado, y en definitiva garantizado, sea el procedimiento tendente a su reconocimiento. Las consecuencias que podrían echarse en falta serían, junto a la utilidad, la efectividad de la tutela judicial y podría verse conculcado el principio reconocido hace tiempo por la teoría jurídica general, conforme al cual el *tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón.*

8 — Sentencia de 10.7.1980 (Mireco, 826/79, Rec. 1980, p. 2559, apartado 7).

Pues bien, la tutela cautelar tiene exactamente esta finalidad objetiva, actuar de forma que el plazo necesario para el reconocimiento del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho haciendo nula la posibilidad de su ejercicio: dicho en pocas palabras, de conseguir la finalidad fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, que es la *efectividad de la tutela jurisdiccional.* La tutela cautelar trata, en la medida de lo posible, de evitar que el daño provocado por la inexistencia de simultaneidad entre el reconocimiento del derecho vaya en detrimento de su propia efectividad y función, lo cual ha sido expresamente recalcado por el Tribunal de Justicia cuando ha puesto en relación la tutela cautelar con *la plena eficacia de la futura decisión definitiva*;[9] o bien la exigencia de «mantener la situación provisional a la espera de la solución del litigio».[10]

19. Centrada la función de la tutela cautelar, ésta se manifiesta como un instrumento fundamental e indispensable de cualquier sistema judicial en la medida en que trata de conseguir, puntual y siempre eficazmente, la finalidad del reconocimiento del derecho y, de una forma más general, la actuación de la norma jurídica, en todos los casos en los que la duración del proceso puede poner en peligro la realización de este objetivo, y privar, por consiguiente, a la norma jurídica de toda su eficacia.

Además, como he afirmado anteriormente, la exigencia de la tutela cautelar se manifiesta en los mismos términos tanto más cuanto el reconocimiento se refiere a los hechos y, por tanto, a la determinación de la disposición pertinente aplicable, por consiguiente, cuando la incertidumbre acerca del resultado de la acción versa «sobre los hechos» —aun cuando la expresión no sea muy acertada— como cuando se trata de elegir entre dos o más disposiciones que pueden resultar aplicables (se está pensando, por ejemplo, en un problema de calificación), sin que importe saber si las dos han de considerarse como conformes a derecho o si una se reputa incompatible con la otra, que es de un rango más elevado y, por consiguiente, prevalente.

En particular, en el supuesto —como ocurre en el caso de autos al cual me refiero— de que el reconocimiento del derecho suponga no sólo la elección entre dos o más normas que, en teoría, pueden ser aplicables, sino también un control previo acerca de la legalidad o de la compatibilidad de una de ellas con respecto a la otra, que es de rango su-

9 — Véase, por ejemplo, auto de 12 de diciembre de 1968 (Renkens, 27/68, Rec. 1969, p. 275). Véase, también, Conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti en los asuntos 24/80 y 97/80 R, Rec. 1980, p. 1337. En los mismos términos los autos de 8 de abril 1965 (18/65 R, Rec. 1966, p. 185); de 14 de diciembre de 1982 (260/82 R, Rec. 1982, p. 4371); de 13 de diciembre de 1984 (269/84 R, Rec. 1984, p. 4333); de 16 de marzo de 1988 (44/88 R, Rec. 1988, p. 1669). La relación necesaria entre la efectividad de la tutela jurisdiccional y la tutela cautelar ha sido puesta de manifiesto sobre todo, como se sabe, por la doctrina italiana (Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil,* I. Napoli 1933 nº 12 y en los *Principios de derecho procesal civil,* Napoli 1906, pp. 137 y ss.; Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de los procedimientos cautelares,* Padua, 1936) y por la doctrina alemana (Hellwig, *System des deutschen Zivilprozeßrechts,* Leipzig, 1913, II, pp. 22 y ss.). El principio según el cual la duración del proceso no debe redundar en contra de quien tiene razón se encuentra también con otra formulación en una sentencia del Tribunal arbitral mixto alemán polaco de 29 de julio de 1924: «Mediante las medidas provisionales, los Tribunales tratan de remediar la lentitud de la Justicia de forma que, a ser posible, el resultado del proceso sea el mismo que si pudiera terminar en un día.» Véase también Bundesverfassungsgericht, 19.6.1973, NJW 1973, pp. 34, 1491 y ss. («La finalidad de este proceso particular consiste en otorgar protección efectiva contra las medidas del ejecutivo. El derecho a recurrir a los Tribunales establecido en el apartado 4 del artículo 19 de la Ley Fundamental no sólo garantiza los derechos formales y la posibilidad teórica sino también la efectividad de la protección jurídica; los ciudadanos tienen pleno derecho a la protección judicial integral»). Véase finalmente Corte Constituzionale nº 190 de 28 de junio de 1985 en el sentido de que «exige respeto el principio según el cual la duración del proceso no debe resultar en daño de quien tiene la razón, principio cuya validez ha sido demostrada desde comienzos de siglo por la doctrina, no sólo italiana» (*Foro italiano,* 1985, I,. 1881). Acerca de los orígenes y del fundamento de la tutela cautelar en Francia, véase Debbasch, *Procédure administrative contientieuse et procédure civile,* París, 1962, pp. 300 y ss.

10 — Auto de 5 de agosto de 1983 (118/83 R, Rec. 1983, p. 2583, apartado 37).

perior o, en cualquier caso, prevalente, la situación que se presenta sólo es distinta aparentemente, en especial cuando tal control le viene atribuido a un órgano jurisdiccional específico. Efectivamente, esta hipótesis se halla también comprendida perfectamente en la función típica del proceso, que es el reconocimiento y, por consiguiente, la actuación del derecho, de forma 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 pertinente (y válida) al caso de autos.

20. De esto se deduce que lo que ha dado en llamarse la presunción de legalidad de que gozan tanto la ley como el acto administrativo, al igual que el acto comunitario, hasta el momento en que se declara prejudicialmente su incompatibilidad con una norma de rango superior o, en cualquier caso, prevalente, *en la medida que este control se halla previsto,* no constituye ningún impedimento formal para la tutela cautelar de una situación jurídica subjetiva. Por el contrario, precisamente por tratarse de una presunción que, como tal, puede destruirse mediante el reconocimiento definitivo, sigue existiendo la necesidad de poner remedio al carácter tardío y/o a la falta de efectividad del propio reconocimiento.

En verdad, resulta evidente e indudable que una norma legal, ya se halle en una ley aprobada por el Parlamento o en un acto comunitario, en un acto administrativo, o, en cualquier caso, en un acto de rango inferior, goza de la presunción de legalidad. Pero esto ni debe ni puede significar que el Juez no pueda suspender temporalmente sus efectos en el caso concreto que está conociendo cuando, no habiéndose producido aún el reconocimiento definitivo de su legalidad o de su compatibilidad con respecto a una norma superior o prevalente, una u otra de las situaciones jurídicas que se enfrentan puede sufrir un perjuicio irreparable y cuando existe la sospecha (a no ser que se acredite su consistencia) de que su reconocimiento definitivo puede llevar a la declaración de que la ley o el acto administrativo de que se trata no son conformes a derecho.

21. Resumiendo, la presunción de legalidad de que gozan la ley o el acto administrativo ni puede ni debe significar que se excluya la propia posibilidad de la tutela cautelar, *en la medida que, tanto con respecto a la una como al otro, se halla establecido un sistema de control de legalidad.*

Lejos de contradecir el principio de legalidad de la ley o del acto administrativo, que se concreta en una presunción que, no obstante, admite prueba en contrario mediante el reconocimiento definitivo, la tutela cautelar elimina, efectivamente, el riesgo de que tal presunción produzca el efecto inicuo —que, con toda seguridad, no es deseado por ningún ordenamiento jurídico— de hacer ilusoria la función del control jurisdiccional y, de forma especial, del control de la legalidad de la ley. Otro punto de vista equivaldría a negar básicamente la posibilidad de la tutela cautelar, no sólo con respecto a la ley, sino con carácter absoluto, dado que cualquier acto procedente de una autoridad pública, ya sea normativo en sentido estricto o de carácter individual, goza de la presunción de legalidad hasta que finalice el control jurisdiccional acerca de su conformidad a Derecho.

22. En una situación procesal del estilo de la que nos ocupa en este momento, en la cual se contempla la posible incompatibilidad de una norma con respecto a otra de rango superior o prevalente, como antes hemos demostrado, *es fundamental tener* in mente *el hecho que en el caso de autos ambas disposiciones se vinculan como hipótesis y a partir del momento en que se ejercita la acción.* Tan cierto es esto que el reconocimiento definitivo, cuyos efectos se retrotraen al momento inicial de la demanda, no

había de innovar la existencia (o inexistencia) del derecho que se alega, por cuanto las disposiciones que pueden ser aplicables son, desde un punto de vista teórico, alternativamente válidas y aplicables (o inválidas e inaplicables), gozando ambas de lo que ha dado en llamarse presunción de legalidad, mientras que lo que queda diferido únicamente es el momento de su reconocimiento a causa de los dilatados trámites procesales. Mientras tanto, se produce una situación que se ha definido exactamente como de «*apariencia jurídica*» que es la propia razón de ser de la tutela cautelar *y que ampara la totalidad del cuadro normativo que puede ser aplicable.* Por consiguiente, no hay certidumbre (con la consiguiente presunción de validez) acerca de una disposición e incertidumbre acerca de la otra, *sino apariencia de la normativa en su conjunto, tanto de una como de la otra disposición enfrentadas*), incumbiendo al órgano jurisdiccional valorar si la apariencia puede imponer la tutela cautelar del derecho alegado o bien denegarla, según criterios materiales, vinculados a la menor o mayor apariencia de legalidad de la disposición controvertida (*fumus boni iuris,* cualquiera que sea, por otra parte, el nombre que se dé a este concepto), así como a la posibilidad o imposibilidad de que una u otra de las partes enfrentadas experimente un perjuicio a la espera del resultado definitivo del proceso *(periculum in mora).*

23. Las anteriores consideraciones se ven plenamente confirmadas por el hecho de que, en la totalidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (de lo cual se exceptúa tan sólo parcialmente el sistema danés), se halla prevista, con las distintas formas y exigencias ocasionadas por la duración de los procesos, la tutela cautelar de los derechos que son negados por la norma de rango inferior pero que se fundan en una disposición de rango superior.

En primer lugar, resulta evidente que la aplicación del acto administrativo, que, al igual que la ley, goza de la presunción de legalidad, por lo cual la interposición del recurso no suspende (salvo en raras excepciones) su aplicabilidad, puede perfectamente ser suspendida con carácter provisional a la espera del reconocimiento definitivo de su conformidad a Derecho.

Es mucho menos frecuente el supuesto de la inaplicación cautelar de la ley en aquellos ordenamientos jurídicos en los que se admite el control de su validez por parte de los órganos jurisdiccionales.

A menudo, el problema de la constitucionalidad de la ley se plantea en el marco de un recurso contra el acto administrativo mediante el cual se le aplica, de forma que no se plantea la exigencia de una suspensión de la aplicación de la ley en cuanto tal, lo cual es la única hipótesis posible en algunos ordenamientos jurídicos.

Por el contrario, en otros países y, en especial, en aquellos en los que el control de la legalidad (constitucional) de la ley no se halla disperso, sino centralizado, la suspensión de la aplicación de la ley como medida cautelar se halla prevista o se realiza en la práctica. Por citar un ejemplo, en la República Federal de Alemania, el Tribunal Constitucional puede suspender por sí mismo provisionalmente la aplicación de la ley en un supuesto determinado (Verfassungsbeschwerde) que no difiere del «contencioso administrativo» del sistema británico;[11] lo mismo ocurre con los órganos jurisdiccionales ordinarios, debiendo remitir la cuestión al Tribunal Constitucional.[12]

Por otra parte, el sistema italiano reviste especial significación en cuanto no sólo el órgano jurisdiccional ordinario carece de competencia para declarar la inconstitucio-

11 — Bundesverfassungsgericht, 16.10.1977, Schleyer, en *Foro italiano* 1978, IV, 222; Bundesverfassungsgericht, 19.6.1962, en BVerfGE, tomo 14, p. 153.

12 — Bundesverfassungsgericht, 5.10.1977, en BVerfGE, tomo 46, p. 43.

nalidad de las leyes, debiendo plantear la cuestión al Tribunal Constitucional, sino que tal facultad de conceder medidas cautelares (de inaplicación de la ley) a la espera del resultado del control acerca de su validez no le está reconocida expresamente ni al Tribunal Constitucional ni a los órganos jurisdiccionales ordinarios (o administrativos). Esto no obstante, numerosos jueces de la jurisdicción ordinaria, [13] con el apoyo de la doctrina mayoritaria, [14] consideran posible conceder medidas cautelares, en el sentido de la suspensión de la aplicación de las leyes, con efectos limitados a las partes intervinientes en el litigio, claro está, a la espera del fallo del Tribunal Constitucional. Este órgano, aun cuando no se haya pronunciado en ninguna ocasión acerca del extremo que nos ocupa, [15] no ha dejado de afirmar, por una parte, la incardinación necesaria de la tutela cautelar en la eficacia de la protección jurisdiccional [16] y, por otra, la existencia de un principio general y de una «directiva de racionalidad» del ordenamiento jurídico, conforme a los cuales, dándose los requisitos necesarios *(fumus* y *periculum in mora),* el órgano jurisdiccional está facultado para adoptar las medidas de urgencia necesarias para garantizar, con carácter cautelar, los efectos de la decisión sobre el fondo del asunto. [17]

Aun cuando sea en otro contexto, es también significativo que el Consejo Constitucional haya declarado la inconstitucionalidad de una ley que no preveía la posibilidad del órgano jurisdiccional de suspender cautelarmente la aplicación de una decisión administrativa, suspensión que fue calificada en este caso de «garantía esencial de los derechos de defensa». [18]

24. Pasando ahora al examen de la relación que existe entre la disposición nacional y la norma comunitaria, no cabe duda de que se ha introducido, por medio de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia y de la competencia «directa» de los órganos jurisdiccionales nacionales, un mecanismo que consiste, sustancialmente, en un control de la legalidad (o, si se prefiere, de la compatibilidad) de la norma nacional con respecto a la comunitaria, dado que el órgano jurisdiccional nacional es competente para declarar de forma definitiva la incompatibilidad de la primera con la segunda. Por consiguiente, si puede, e incluso debe, abstenerse de aplicar la ley nacional que contradiga a la norma comunitaria directamente aplicable a la espera del reconocimiento definitivo (o, en cualquier caso, realizar este efecto sustancial), también debe estar facultado para no aplicarla, con carácter cautelar, cuando se den los requisitos necesarios al respecto, cuando su incompatibilidad no resulte del todo cierta ni haya sido «comprobada» sino que requiera eventualmente una interpretación por parte del Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial. De otra forma, esta protección judicial de los derechos conferidos a los particulares por la norma comunitaria, que, como ha declarado en varias ocasiones este Tribunal de Justicia y como también lo ha manifestado correctamente el órgano jurisdiccional remitente, constituye una obligación precisa de los Jueces nacionales, podría verse desprovista de contenido.

13 — Pret. Bari, auto de 4 de febrero de 1978, *Foro Italiano,* 1978, I, 1807; Pret. La Spezia, auto de 29 de marzo de 1978, *Foro italiano,* 1979, I, 285; Pret. Pisa, auto de 30 de julio de 1977, *Foro Italiano,* 1977, I, 2354; Pret. Pavia, auto de 14 de marzo de 1977, *Riv. giur. lav.* 1977, II, 640; Pret. Voltri, auto de 1 de septiembre de 1977, Riv. giur. lav. 1977, II, 639; Pret. La Spezia, auto de 23 de noviembre de 1978, *Foro italiano,* 1979, I, 1921 y ss.

14 — Verde, Consideraciones sobre el procedimiento de urgencia, *Studi Andrioli,* Nápoles 1979, pp. 446 y ss.; Mortarti, *Istituzioni di diritto pubblico,* 1976, II, p. 1391; Campanile, *Procedimiento de urgencia e incidente de legitimidad constitucional,* Riv. dir. proc. 1985, pp. 124 y ss.; Zagrebelsky, «La tutela de urgencia», en *Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales,* Padua, 1988, pp. 27 y ss; Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo,* Nápoles, 1984, II, p. 1408.

15 — Con respecto a la admisibilidad de la tutela cautelar y a la duración del procedimiento, Corte Costituzionale nº 73 de 6.6.1973, *Foro italiano,* 1973, I, 1657; igualmente Cass. Sezioni Unite, 1.12.1978, nº 5678, *Foro italiano,* 1978, I, 2704.

16 — Corte Costituzionale, 27.12.1974, nº 284, *Foro italiano,* 1975, I, 263.

17 — Corte Costituzionale 28.6.1985, nº 190, *Foro italiano,* 1985, I, 1881. Véase también, en algunos aspectos, Corte di Cassazione Sez. Unite Civili, 1.12.1978, nº 5678, *Foro italiano,* 1978, I, 2704; Consiglio di Stato, Ad. plen., 14.4.1972, nº 5, *Foro italiano,* 1972, III, 105; ídem, 8.10.1982, nº 17, *Foro italiano,* 1983, II, 41.

18 — Decisión 86-224 DC, de 23 de enero de 1987, JORF de 25.1.1987, p. 925.

25. Lo cual me lleva al supuesto concreto sometido a la apreciación de este Tribunal de Justicia mediante las cuestiones prejudiciales de la House of Lords. El derecho de las demandantes en el asunto principal, denegado por la norma nacional, se funda en varias disposiciones del Tratado que tienen efecto directo y, por consiguiente, de disposiciones que prevalecen sobre la norma interna, pero cuya interpretación en el citado sentido no resulta indubitada, por lo cual es precisa la interpretación prejudicial por este Tribunal de Justicia. Mientras tanto, el órgano jurisdiccional remitente vislumbra un posible obstáculo a la hora de tutelar cautelarmente unos derechos fundados en la presunción de legalidad de que goza la ley hasta el momento de su reconocimiento definitivo.

Ahora bien, en la medida que el órgano jurisdiccional británico —como resulta evidente y como él mismo afirma— puede y debe dar primacía, hasta el resultado del reconocimiento, a la norma comunitaria «cierta» y de aplicación directa, a causa del control de la compatibilidad con el Derecho comunitario que, conforme a la ley inglesa, está facultado para efectuar, también debe poder garantizar, *cuando concurran los requisitos necesarios,* la tutela cautelar de los derechos fundados en las disposiciones comunitarias «inciertas» y negados por la norma nacional.

El problema no es formal, sino de fondo. La presunción de legalidad no tiene un efecto excluyente, dado que, mediante el reconocimiento definitivo, puede verse desvirtuada, como ocurre también en el ordenamiento jurídico británico con arreglo a la *European Communities Act* de 1972, al igual que la presunción de legalidad de cualquier disposición de inferior categoría con respecto a la norma superior no impide la tutela cautelar. Y es el propio órgano remitente quien lo pone de manifiesto en la resolución de remisión, en cuanto a la posibilidad de suspender la aplicación de un acto de rango inferior el cual se sospecha que contradice a la ley.

26. Por ello, y dicho de otra forma, esta valoración debe de realizarse basándose en criterios materiales y no en un criterio formal, como es la presunción de legalidad que acompaña a la ley, como sugiere el Gobierno británico.

El hecho de reconocer preferencia a la norma nacional tan sólo por no haberse producido aún el reconocimiento definitivo de su incompatibilidad con la disposición comunitaria —*y, por consiguiente, en virtud de una compatibilidad meramente aparente*— puede suponer privar a la segunda de esta tutela judicial efectiva que debe garantizarse «a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez». Paradójicamente, el derecho reconocido (aparentemente) por una disposición comunitaria habría de recibir, en términos generales, una protección menor o menos eficaz que la que confiere (también de una forma aparente) la disposición nacional. Esto supondría afirmar que el derecho reconocido por la ley ordinaria puede recibir la tutela cautelar cuando ésta le es negada al conferido por la norma comunitaria, en cualquier caso, superior, en virtud de la presunción de legalidad de que goza la ley; como si la propia presunción —que, en definitiva, no es otra cosa que «apariencia»— no beneficiara también a la norma prevalente.

Quede claro que con esto no pretendo afirmar que el órgano jurisdiccional nacional tenga siempre y en todo caso que reconocer preferencia al Derecho comunitario aparente en relación al Derecho nacional, también aparente, sino simplemente que debe tener la posibilidad de hacerlo cuando lo exijan los supuestos de hecho y de derecho, es decir y resumiendo, que ni debe ni puede

encontrar obstáculos formales a la eventual pretensión de medidas cautelares fundadas en normas comunitarias directamente aplicables.

27. Y no cabe alegar la presunción de legalidad de que gozan los actos comunitarios y que este Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto en varias ocasiones, por tratarse de un argumento que lleva a demostrar lo contrario. Efectivamente, hay que remitirse al artículo 185 del Tratado, que prevé explícitamente la competencia del Tribunal de Justicia, para «ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado», «si estima que las circunstancias así lo exigen».

Pero aún hay más. Aun en presencia de un sistema de control de la validez de los actos comunitarios rigurosamente centralizado en el Tribunal de Justicia (también por lo que respecta al procedimiento de remisión prejudicial del artículo 177), éste no ha dejado de afirmar que: «Cuando en un procedimiento sobre medidas provisionales concurren determinadas circunstancias, pueden imponerse excepciones a la norma según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos comunitarios». [19]

28. Por la misma razón, no es en el plano formal, sino en el material donde debe apreciarse la posibilidad de que la tutela cautelar se lleve también a cabo por medio de la imposición a la Administración de una obligación positiva de *hacer*. Por citar un ejemplo, considero irracional contemplar un mandamiento que se traduzca en una injerencia en la esfera de las facultades discrecionales de la Administración, o incluso del Parlamento (dictar un acto, aprobar una ley), mientras que me parece de todo punto racional y «ortodoxo» decretar un comportamiento material no discrecional o bien, como ocurre en el caso de autos, suspender temporalmente la aplicación de la ley o del acto administrativo, con efectos limitados a las partes litigantes, a la espera de que el órgano jurisdiccional se halle en condiciones de aplicar o dejar de aplicar una u otro con carácter definitivo.

29. Para concluir, la respuesta que sugiero dar al Tribunal de Justicia a la primera de las cuestiones planteadas por la House of Lords es afirmativa, en el sentido que, *con arreglo al Derecho comunitario, el órgano judicial nacional debe poder garantizar la tutela cautelar, cuando se den los requisitos necesarios para ello, de los derechos alegados por los particulares fundados en disposiciones comunitarias que tengan efecto directo, a la espera del resultado definitivo del proceso, incluido el planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.* Y sugiero también al Tribunal de Justicia que vincule expresamente esta facultad del órgano judicial nacional *a la exigencia de tutela judicial efectiva* que resulta obligatoria tanto en lo relativo a las disposiciones comunitarias como a las nacionales.

30. Hay que añadir que esta respuesta no supone establecer recursos o procedimientos judiciales distintos de los ya existentes en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, sino indicar tan sólo que éstos deben utilizarse para «garantizar la observancia de las normas comunitarias que tengan efecto directo en las mismas condiciones de admisibilidad y de procedimiento que si se tratara de garantizar la observancia del Derecho nacional». [20] Además, he de recordar una vez más que el citado principio, conforme al cual las modalidades de protección judicial de los derechos fundados en las normas comunitarias siguen siendo únicamente los previstos en el ordenamiento in-

19 — Sentencia de 22 de octubre de 1987 (Foto-Frost, 314/85, Rec. 1987, p. 4199, apartado 19).

20 — Sentencia de 7 de julio de 1981 (Crociere del burro, 158/80, Rec. 1981, p. 1805).

terno, no tiene aplicación «en el supuesto de que tales modalidades y plazos conduzcan a hacer imposible, en la práctica, el ejercicio de aquellos derechos que los órganos judiciales nacionales están obligados a tutelar». [21]

31. En realidad, tal y como resulta también de la resolución de remisión y de las observaciones del Gobierno británico, el sistema procesal británico conoce el instituto de la tutela cautelar de un derecho, a la espera de su reconocimiento definitivo, cuando se da el *periculum in mora* y cuando la pretensión tiene fundamento, a primera vista. (Con razón la Divisional Court ha concedido las medidas cautelares solicitadas). De igual forma, en el caso de autos, no se contempla un procedimiento no previsto por el ordenamiento jurídico nacional, sino que se trata únicamente de utilizar el ya existente para salvaguardar un derecho fundado en una norma comunitaria que tiene efecto directo. Lo mismo cabe decir acerca de la imposibilidad que se ha alegado de imponer a la Administración una obligación positiva de hacer en la medida que, en realidad, se trata de decretar simplemente la suspensión cautelar de la aplicación de una ley, frente a las partes litigantes, dado que es sobre estas últimas sobre las que pesa el riesgo de un reconocimiento definitivo que pueda serles desfavorable.

Por otra parte, de no ser así, seguiría existiendo, en todo caso, la obligación precisa de garantizar, dándose los requisitos necesarios al respecto, la tutela cautelar, dado que nos encontraríamos precisamente en presencia de un supuesto de sistema procesal que hace imposible «el ejercicio de aquellos derechos que los órganos judiciales nacionales tienen la obligación de tutelar». Lo cual sería tanto más grave si se considera la circunstancia, también puesta de manifiesto en la resolución de remisión, que, en el sistema británico, el reconocimiento definitivo del derecho que se alega no supone ni siquiera la reparación del perjuicio económico que se haya podido sufrir durante el proceso por los titulares de la situación jurídica controvertida; lo cual, evidentemente, adquiere un valor negativo autónomo con respecto a la obligación que tienen los órganos judiciales nacionales de dar plena eficacia a las normas comunitarias.

32. Y no considero fundado el argumento contrario (tal y como se desprende de las observaciones del Gobierno británico y del Gobierno irlandés) de que los particulares tienen ya una protección suficiente en la posibilidad reconocida a la Comisión de solicitar al Tribunal de Justicia la concesión de medidas provisionales, en el marco de un procedimiento por incumplimiento fundado en el artículo 169, supuesto éste que, como ya he recordado, se da también en el caso de autos en cuanto a los requisitos de nacionalidad previstos en la norma británica a que nos referimos. A este respecto, basta recordar la sentencia Van Gend & Loos, en la cual el Tribunal de Justicia afirmó que «la limitación a los procedimientos de los artículos 169 y 170 de las garantías existentes contra la infracción» de las normas comunitarias directamente aplicables «por parte de los Estados miembros suprimiría toda la protección judicial directa de los derechos individuales de sus nacionales». [22]

33. Por consiguiente, la respuesta a la primera de las cuestiones planteadas por la House of Lords sólo puede ser afirmativa, en el sentido que la obligación del órgano judicial nacional de garantizar una tutela judicial efectiva a los derechos conferidos a los particulares por el Derecho comunitario

21 — Sentencia Comet, 45/76, apartado 16, ya citada; sentencia Rewe, 33/76, apartado 15, ya citada; sentencia de 12 de junio de 1980 (Express Dairy Food, 130/79, Rec. 1980, p. 1887, apartado 12); sentencia de 27 de marzo de 1980 (Denkavit italiano, 61/79, Rec. 1980, p. 1205, apartado 25) antes mencionada; sentencia de 10 de julio de 1980, (Mireco, 826/79, Rec. 1980, p. 2559, apartado 13).

22 — Sentencia de 5 de febrero de 1963 (26/62, Rec. 1963, p. 1).

no puede dejar de incluir, dándose los requisitos para ello, la tutela cautelar de los derechos que se alegan, a la espera de su reconocimiento definitivo.

Por otra parte, la primera cuestión versa sobre si el Derecho comunitario *obliga* al Juez nacional a conceder la tutela cautelar o, más bien, si le da la *facultad* de concederla, de forma que la segunda cuestión, relativa a los criterios en que debe inspirarse el órgano judicial nacional, está supeditada a la respuesta negativa acerca de la obligación y positiva en lo relativo a la facultad.

Ahora bien, más allá de la formulación literal de las cuestiones y de las consiguientes respuestas del Tribunal de Justicia, considero que es necesario aclarar el fondo del asunto. En primer lugar, no parece que se plantee una alternativa propiamente dicha entre «obligación» y «facultad», dado que se trata de una actividad judicial que se solicita del órgano judicial nacional y, por consiguiente, de una actividad que supone una valoración de los datos de hecho y de derecho que pueda plantear cada caso concreto. De la misma forma, cabe también usar la expresión «obligación», en concordancia con la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, en el sentido que el órgano jurisdiccional asume esta obligación por medio de la valoración que realiza en cada caso de los requisitos en que se funda generalmente la concesión de las medidas provisionales.

A este respecto, considero que no sólo incumbe obviamente al órgano judicial nacional valorar los requisitos de la tutela cautelar, sino también que tales requisitos deben seguir siendo los previstos en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, al no existir una armonización comunitaria. Por otra parte, 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 dos requisitos fundamentales de la tutela cautelar. Bien se ponga el acento en uno o en el otro según los ordenamientos jurídicos, o bien que el *fumus* coincida perfectamente o no con la carencia de fundamento no manifiesta, o con el fundamento *prima facie* del derecho *aut similia,* o bien que la valoración del peligro suponga, además de la necesaria y tradicional valoración de los intereses en litigio (para evitar que la propia medida cautelar cause por su parte, a la parte demandada un perjuicio irreparable), también una consideración expresa de los intereses públicos, todo esto forma parte del prudente arbitrio del órgano judicial nacional, que es quien habrá de valorar en cada momento la oportunidad o la necesidad de las medidas cautelares que hayan de tutelar los derechos alegados. No es necesario en modo alguno aclarar que, en la valoración del *fumus boni iuris,* la apreciación del órgano jurisdiccional habrá de contemplar la posibilidad de que la norma nacional sea declarada incompatible con el Derecho comunitario.

En definitiva, por lo que se refiere, en especial, a la segunda cuestión, sugiero al Tribunal de Justicia responder, con arreglo a la doctrina sentada en el asunto Comet, afirmando que «las modalidades y plazos» de la tutela cautelar son y siguen siendo, por no existir armonización en la materia, los previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales, siempre que «no hagan imposible en la práctica el ejercicio de aquellos derechos que los órganos judiciales nacionales están obligados a tutelar».

Por todo ello, incumbe al órgano judicial nacional extraer de todo esto las consecuencias que sean precisas, de cara a la solución del litigio principal, según los datos mencionados en el preámbulo de las cuestiones y cuyo valor, evidentemente, no puede apreciar el Tribunal de Justicia.

34. De acuerdo con las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente forma a las cuestiones planteadas por la House of Lords:

«1) La obligación impuesta por el Derecho comunitario al órgano judicial nacional de garantizar una tutela judicial efectiva a los derechos reconocidos a los particulares directamente por las normas comunitarias comprende la obligación de proporcionar tutela cautelar y de urgencia de los derechos fundados en tales disposiciones comunitarias, en cuanto sea necesario y cuando concurran los requisitos necesarios al respecto, tanto de hecho como de derecho, a la espera del reconocimiento definitivo y la interpretación prejudicial, en su caso, por parte del Tribunal de Justicia.

2) Al no existir en esta materia normas comunitarias uniformes, incumbe al ordenamiento jurídico de los Estados miembros regular las modalidades de procedimiento y los requisitos de la tutela cautelar de los derechos reconocidos a los particulares por las normas comunitarias directamente aplicables, siempre que tales modalidades y requisitos no hagan imposible el ejercicio provisional de los derechos alegados y no sean menos favorables que los previstos para proteger los derechos fundados en normas nacionales, por cuanto cualquier disposición o práctica nacional que produjera este efecto resultaría incompatible con el Derecho comunitario.»