

La demanda de medidas provisionales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ANA MARÍA CHOCRÓN GIRÁLDEZ¹
Profesora Contratada Doctora (Acreditada TU)
Departamento de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla.

I. Introducción

Las disposiciones relativas a las medidas provisionales que pueden solicitarse ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se hallan previstas en los artículos 278 y 279 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Conforme a dichos preceptos, los recursos interpuestos ante el TJUE no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado o, adoptar otras medidas provisionales necesarias. Por consiguiente, debe subrayarse desde el principio que la concesión de medidas provisionales supone una excepción a la regla general según la cual los actos adoptados por las instituciones de la Unión gozan de presunción de legalidad y tienen, en principio, fuerza ejecutiva.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Esta normativa debe completarse con otras disposiciones: el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (de 29 de septiembre de 2012) y en concreto los artículos 160 a 166 dentro del Título dedicado a los Recursos directos; las Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia (25 de noviembre de 2013) donde se detallan los aspectos más singulares del procedimiento para la adopción de medidas provisionales (entre otros, requisitos de la demanda, presupuestos, decisión del Tribunal). Por otra parte, la demanda de medidas provisionales se contempla también, sin variaciones sustanciales, en relación al Tribunal General que igualmente dispone de su propio Reglamento de Procedimiento (2 de mayo de 1991)².

A estos textos haremos referencia en estas líneas para repasar la regulación de las medidas provisionales en el ámbito de la Unión Europea. Igualmente, nos referiremos a resoluciones dictadas en relación con el tema que nos ocupa y que nos van a evidenciar la importancia de esta figura en garantía de la protección jurisdiccional dispensada por el Tribunal de Justicia.

II. Tutela judicial provisional

Entre los derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales vigentes en la Unión Europea se hallan aquellos relacionados con el valor Justicia y, como no podía ser de otro modo, el derecho a la tutela judicial efectiva ocupa un lugar prioritario ya que

² Como es sabido, el Tribunal de Justicia es uno de los tres tribunales que conforman el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la institución jurisdiccional de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEE). Los otros dos tribunales son el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública. Su misión es garantizar el respeto al ordenamiento jurídico y la interpretación y aplicación de los Tratados, en particular, controlando la legalidad de los actos de la Unión.

sirve de pórtico al resto de derechos que se contienen en el artículo 47 relacionados con las garantías procesales de las partes y, en particular, con el derecho de defensa³.

Hay que recordar que la tutela cautelar, al igual que sucede en los ordenamientos internos, está íntimamente relacionada con la necesidad de lograr la efectividad de la tutela judicial. En otras palabras, con las medidas cautelares se trata de asegurar la efectividad de los procedimientos de declaración y ejecución de derechos ya que el tiempo que media entre uno y otro puede desvirtuar la resolución que en su día se dicte.

Por esa razón, el fundamento de estas medidas lo hallamos en la necesidad de garantizar la efectividad de una futura sentencia ante el inminente riesgo de frustrar la tutela judicial que pudiera otorgarse al demandante de la medida. De su trascendencia ha dado buena cuenta el TJCE en su célebre sentencia *Factortame* (19 de junio de 1990, Asunto C-213/89)⁴, al ofrecer una amplia interpretación de la adopción de medidas cautelares por los jueces nacionales para la salvaguarda de la efectividad de la tutela del derecho comunitario

³ Dice el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”. DOUE, núm. 83, de 30 de marzo de 2010

⁴ Un análisis exhaustivo de esta sentencia en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 2006, pg. .97 y ss. Véase también las sentencias dictadas en los asuntos *Zuckerfabrik* (21 de febrero de 1991) y *Atlanta* (9 de noviembre de 1995).

obviando, cuando fuere necesario, las eventuales prohibiciones impuestas por el Derecho interno para adoptar tales medidas.

Más recientemente y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), la Carta de Derechos Fundamentales pasa a tener el mismo valor jurídico que los Tratados de ahí que, con base en la misma, el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2013 (Asunto C-390/13, TJ 3013/795) determine la necesidad de la medida solicitada ante *el riesgo inminente de una vulneración grave e irreparable* del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta. Se trataría entonces de “una protección provisional vinculada a la protección judicial efectiva”⁵.

Con todo, no puede decirse que la desestimación de una solicitud de una medida provisional comporte, sin más, una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 47, toda vez que la adopción de estas medidas cuenta con una configuración legal en la normativa europea que se caracteriza por la exigencia de unos requisitos que hacen viable su adopción y por su sujeción a un régimen procesal específico⁶.

La finalidad de las medidas provisionales es garantizar la plena eficacia de la futura decisión definitiva al objeto de evitar una laguna en la protección jurisdiccional que depara el Tribunal de Justicia. Esta declaración es reiterada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando tiene que pronunciarse en el marco de una solicitud de medidas provisionales (por todas, Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2014, Asunto C-574/13, TJ

⁵ GARCÍA VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. y CARPI BADÍA, J M^a: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco la construcción europea”, Revista Jurídica de Castilla León, nº 3, 2004, pg. 38.

⁶ Nos referimos a los citados arts. 278 y 279 del TFUE y en la misma línea el art. 104 y ss. del Reglamento de procedimiento ante el Tribunal General (RPTG) y art. 160 y ss. del Reglamento de procedimiento ante el Tribunal de Justicia (RPTJ).

2014/36). Pero, además, nos sirve de entrada para efectuar algunas reflexiones sobre la figura de las llamadas medidas provisionales en el ámbito europeo.

1. Hay que hacer notar que la normativa europea se refiere a “medidas provisionales” aunque lo cierto es que la STJCE de 26 de marzo de 1992 (Asunto C-261/90) aludió en su día a medidas provisionales o cautelares como *aquellas que están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto*.

2. Tanto el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (arts. 165 y 166) como el del Tribunal General (art. 110) prevén la realización de una serie de actuaciones que, pese a estar integradas en el mismo capítulo dedicado a las medidas provisionales, no constituyen tales medidas por cuanto no están ligadas a un proceso principal cuya resolución procuran asegurar⁷. Se trata de las demandas presentadas al amparo de los artículos 280 y 299 del TFUE y del artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA) y del artículo 81 TCEEA.

3. En todo caso, la regulación legal de las medidas provisionales va ligada a los presupuestos propios de las medidas cautelares (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) y a los caracteres propios de estas medidas aunque de ellas se derive un efecto protector que supone ampliar el horizonte de la tutela cautelar. Por lo demás, la doctrina científica más acreditada le otorga el tratamiento de medidas

⁷ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: Derecho Procesal Comunitario, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 293.

cautelares por más que la normativa comunitaria se refiera a medidas provisionales⁸.

III. Características de las medidas

En efecto, a la hora de repasar las características de las medidas provisionales podemos comprobar cómo la normativa europea destaca que le son de aplicación las mismas que, de ordinario, se desprenden de las medidas cautelares. Ocurre así con la notas de la provisionalidad e instrumentalidad; veamos un ejemplo a partir del Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2013 (Asunto C-426/13, TJ 2013/848) en el que se señala: *el juez que conoce de las medidas provisionales dispone de competencias cuyos efectos van más allá de los efectos inherentes a una sentencia de anulación, siempre que estas medidas provisionales sólo se apliquen mientras dure el procedimiento principal (...)*. Luego tienen una vigencia temporal supeditada a la obtención de una resolución de fondo.

Pero, además, si hay una nota exigible en toda medida cautelar esa es la ya citada nota de instrumentalidad. Es decir, la medida no puede existir de manera autónoma sino que se halla supeditada o al servicio de un proceso principal. De igual forma, se ha dicho que las medidas cautelares anticipan de alguna manera los efectos de la decisión final, STC 39/1995, de 13 de febrero (RTC 1995/39), por lo que resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final. Por eso resulta interesante subrayar que el propio Tribunal de Justicia en el citado Asunto C-426/13, señala dos notas exigibles a las medidas

⁸ PASTOR BORGONÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E.: El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia de y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Civitas, Madrid, 1993.

provisionales: a) no prejuzgar la decisión sobre el fondo del asunto y b) no obstaculizar el efecto útil del procedimiento principal⁹.

En relación a la primera de las notas, el Tribunal Europeo debe referirse a que el juez competente para acordar la medida solicitada tiene limitado su conocimiento a la concurrencia o no de los requisitos establecidos legalmente para la adopción de la misma. Pero si partimos de la consideración de estar ante verdaderas medidas cautelares, habrá que acabar por aceptar que es posible adoptar medidas de contenido semejante e incluso prácticamente idéntico al del contenido de la sentencia principal. Sin embargo, la medida provisional *stricto sensu* lleva aparejada un visible matiz protector de ciertos intereses que no se observa en la medida cautelar ordenada, como se ha dicho, a garantizar la eficacia de una sentencia estimatoria para el demandante¹⁰.

Por lo que respecta a la segunda de las notas, es claro que la medida adoptada no puede neutralizar o impedir los efectos de la resolución que precisamente tienden a garantizar.

⁹ Véase en la misma línea el artículo 162.4 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹⁰ Continuando con el Asunto C-426/13, el Estado miembro como solicitante de la medida provisional apoyó su petición en “el fin de proteger la salud de los niños” que eran los destinatarios de los juguetes cuya fabricación, con materiales controvertidos, formaba parte del litigio principal.

De cualquier forma, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia no es precisamente riguroso en el tratamiento de las medidas provisionales y buena prueba de ello es considerar tales a las demandas de suspensión de la ejecución forzosa de una decisión del Tribunal o de un acto del Consejo, de la Comisión Europea o del Banco Central Europeo, presentada al amparo de los artículos 280 TFUE y 299 TFUE y 164 TCEEA, o la presentada al amparo del artículo 81 TCEEA (arts. 165 y 166), ya que no están ordenadas a la finalidad de garantizar la plena eficacia de la futura decisión definitiva.

IV. Tipos de medidas que pueden adoptarse

Las medidas que pueden ser adoptadas de conformidad con los artículos 278 y 279 del TFUE se distribuyen en dos bloques:

- El primero establece una medida provisional específica, esto es, la suspensión de la ejecución del acto impugnado
- El segundo se refiere a otras medidas que, sin ser precisadas, fueran necesarias a juicio del tribunal competente

En relación a los antiguos artículos 242 y 243 (hoy 278 y 279) se ha criticado la inexistencia una enumeración tasada de las posibles medidas a través de las cuales el juez puede ordenar cualquier actuación que estime oportuna¹¹. En contraposición, nuestro ordenamiento interno establece un elenco de medidas específicas que cierra con una clausula cautelar genérica al disponer en el artículo 727.11^a de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil “aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”. Por tanto, bien mirado y salvando las evidentes diferencias, el esquema esencialmente es el mismo: medida específica –la suspensión de la ejecución del acto impugnado que en la práctica es la que se utiliza–, y medidas que se reputen necesarias para alcanzar la finalidad propia de la medida provisional.

Por otra parte, la actual regulación legal de las medidas provisionales se mantiene en el actual Tratado distribuida en dos preceptos distintos como ya lo hiciera el Tratado Constitutivo de la

¹¹ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I: La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE, Aranzadi, Pamplona, 2003, pg. 180

Comunidad Europea. Esta sistemática ha sido explicada utilizando como argumento las competencias asumidas por el Tribunal de Justicia europeo: por un lado, como órgano jurisdiccional administrativo y, por otro, como órgano jurisdiccional civil¹². En uno y otro ámbito se requiere dos tipos distintos de medidas provisionales, la específica del artículo 278 y las generales del 279.

Antes de realizar un breve comentario sobre los dos bloques indicados, nos referiremos al ámbito de aplicación de las medidas provisionales. En ese sentido debe subrayarse que desde el punto de vista legal la solicitud de medidas provisionales se halla prevista en el marco de los llamados *recursos directos*. Por esa razón, es común su planteamiento, mediante escrito separado, en recursos de anulación (y por omisión) interpuestos contra las instituciones de la Unión por los Estados miembros, las propias instituciones y cualquier persona física o jurídica si se trata de una decisión de la que sea destinataria.

Teniendo en cuenta lo anterior, no corresponde al TJUE la adopción de medidas provisionales cuando conozca de un recurso indirecto a través de la cuestión prejudicial dirigida a garantizar una interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea ante el evidente riesgo de dispersión interpretativa que pudiera derivarse de su aplicación por los diferentes Estados miembros. Es decir, procurar que se alcancen los mismos efectos en todo el ámbito de la Unión. Se trata del artículo 267 del TFUE según el cual:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

¹² PASTOR BORGONÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E., p. 15.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal 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. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

El tema de los poderes cautelares del Juez nacional con respecto al Derecho Europeo ha sido abordado por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones existiendo una destacadísima jurisprudencia derivada de los Asuntos sometidos a su consideración. A título de ejemplo la Sentencia *Zuckerfabrik* de 21 de febrero de 1991, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89. Más reciente en el tiempo es la sentencia *Unibet* (de 13 de marzo de 2007, C-432/05) “*en caso de duda sobre la conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, la concesión de medidas cautelares para suspender la aplicación de dichas disposiciones hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de éstas con el Derecho comunitario se rige por los criterios establecidos por el Derecho nacional aplicable ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que dichos criterios no sean menos favorables que los referentes a recursos*

*semejantes de naturaleza interna ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil la tutela judicial cautelar de tales derechos*¹³.

1. Sobre la medida provisional de suspensión del acto impugnado

Así las cosas, la demanda de suspensión provisional del acto impugnado sólo será admisible si el demandante hubiera impugnado dicho acto mediante recurso ante el Tribunal (art. 160. 1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia), de donde cabe colegir que el acto cuya suspensión se pide debe coincidir con el acto impugnado en el proceso principal¹⁴.

No obstante, no siempre se exige con rigor ese requisito y así el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 2013 en el Asunto C-551/12 (TJ 2013/157) establece que *si bien en el presente asunto la demanda de medidas provisionales no trata de conseguir formalmente la concesión de la suspensión de un acto, debe señalarse que la medida provisional solicitada se asemeja a dicha suspensión, porque el recurrente desea disponer de un plazo adicional de más de dos años para elegir entre las opciones impuestas por el compromiso asumido en relación con el proyecto Nest-Energie*.

Por el contrario, en el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2014 en el Asunto C-574/12 (TJ 2014/36) sí puede apreciarse la coincidencia entre el acto cuya suspensión se pide y el acto impugnado en el recurso principal. En este caso el Estado miembro interpone un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión sobre devolución de una ayuda a nivel nacional (ayuda de

¹³ Ampliamente en BENGOTXEA CABALLERO, J. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J: "Breves apuntes sobre sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea" UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 33, 2014, pp. 443 a 483.

¹⁴ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: op. cit., p. 292.

Estado) y, paralelamente, interesa la adopción como medida provisional de la suspensión de la Decisión controvertida hasta que el Tribunal General se pronunciara sobre el fondo del recurso, al entender que *la ejecución inmediata de la decisión controvertida que ordenaba recuperar de la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM) una cantidad superior a 220 millones de euros y anular todos los pagos posteriores a la fecha de notificación de aquella Decisión, provocaría inevitablemente la insolvencia y la liquidación de esta sociedad y, por tanto, perjuicios graves, irreparables para ese Estado miembro*

2. Sobre otras medidas adecuadas para garantizar la eficacia de la futura decisión sobre el fondo del asunto

Como se ha dicho, al amparo del artículo 279 TFUE, pueden ser adoptadas otras medidas provisionales, si bien, sólo serán admisibles en dos situaciones concretas (art. 160.2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia):

- a) Si se formulan por una de las partes de un asunto sometido al Tribunal
- b) Si guardan relación con el mismo.

Esta precisión ha llevado a sostener que deben tratarse de medidas equivalentes a las que se adoptarían para la ejecución de la sentencia estimatoria¹⁵. En efecto, en el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2013 (Asunto C-426/13, TJ 2013/848) se aborda la adopción de una medida consistente en autorizar, con carácter provisional, el mantenimiento de disposiciones nacionales más estrictas que la legislación europea sobre el material empleado en la fabricación de juguetes. En puridad, pues, no se persigue la

¹⁵ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M, op. cit., pg. 293:

suspensión de la ejecución de un acto en el sentido del artículo 278 del TFUE, sino de otra medida provisional que concede mayor protección a los destinatarios de los juguetes, en el sentido del artículo 279 del TFUE.

V. Presupuestos

Los artículos 160.3 y 107 de los Reglamentos de Procedimiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal General respectivamente, disponen que la adopción de medidas provisionales se halla sujeta a “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”. A ello debe añadirse que “la ejecución del auto podrá subordinarse a que el demandante constituya una caución cuyo importe y modalidades se determinarán habida cuenta de las circunstancias concurrentes”. Se configuran de esta forma los denominados presupuestos de las medidas cautelares que en nuestro ordenamiento interno (art. 728 LECiv) se corresponden con la apariencia de buen derecho o “*fumus boni iuris*” y el peligro por la mora procesal o “*periculum in mora*”.

En la jurisprudencia comunitaria, el juez competente puede conceder la suspensión de la ejecución u otra medida provisional cuando concurren los siguientes presupuestos:

- a) La urgencia, es decir, la necesidad de que la medida se adopte y surta sus efectos antes de que se resuelva el recurso en cuanto al fondo a fin de evitar un perjuicio grave e irreparable a los intereses de la parte que los solicite¹⁶. Por tanto, la urgencia debe apreciarse en relación

¹⁶ Ampliamente sobre la noción de perjuicio grave o irreparable en PASTOR BORGOÑÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E., op. cit. pg. 97.

con la necesidad proteger provisionalmente los intereses de la parte solicitante y se relaciona con la probabilidad de un perjuicio grave e irreparable¹⁷.

- b) *Fumus boni iuris*, que se cumple cuando la parte solicitante demuestra que su concesión está justificada a primera vista desde el punto de vista fáctico y jurídico¹⁸.

En ese orden, incumbe a la parte de la medida solicitante la carga de acreditar ante el órgano competente ambos presupuestos, si bien, se afirma que no es necesario que la parte pruebe en todos los casos que el perjuicio se producirá de modo inevitable, sino únicamente que existe una probabilidad razonable de que éste puede producirse¹⁹. En otros términos, no es necesario que la inminencia del perjuicio sea probada con absoluta certeza, sino que su producción sea previsible con un grado de probabilidad suficiente. Lo dicho no obsta para reconocer que la parte solicitante de la medida debe probar los hechos que sustentan la creencia de que se producirá el mencionado perjuicio. La misma exigencia se mantiene cuando están en juego derechos fundamentales incluso con la protección reforzada que les dispensa el Tratado de Lisboa. En ese sentido la jurisprudencia del Tribunal de

¹⁷ Cfr. con el *periculum in mora* previsto en el art. 728 de la LECiv: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

¹⁸ Cfr. con el *fumusboni iuris* previsto en el art. 728 de la LECiv: “El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”

¹⁹ PASTOR BORGONÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E..op. cit. pg.. 97. Véase también Caso Comisión Europea contra ANKO AE Antiprosopeion, Emporioukai Viomichanias. Auto de 8 abril 2014. TJCE 2014\161 y jurisprudencia citada

Justicia mantiene que la mera invocación de un perjuicio de un derecho fundamental no lo equipara a un perjuicio irreparable²⁰.

Tampoco en relación con el *fumus boni iuris* se requiere desplegar una actividad probatoria más allá de la mera justificación *prima facie* de la idoneidad de la medida solicitada a los fines propios de garantizar la eficacia de la decisión definitiva. Sobrepasar esa línea supone entrar en una consideración probatoria ajena a la valoración provisional que debe efectuar el juez competente.

Con todo, uno de los extremos más complejos en el procedimiento de medidas provisionales es precisamente el de la valoración provisional que debe realizar el juez a fin de estimar la demanda en solicitud de medidas provisionales. En este punto hay que destacar:

- La necesidad de tomar en consideración la demanda de medidas provisionales en su conjunto ya que tanto el *fumus boni iuris* como la urgencia y el perjuicio que se puede deparar, son presupuestos acumulativos por lo que las solicitudes de medidas provisionales deben ser desestimadas cuando no concurra cualquiera de ellos (Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1996, Asunto C-268/96).
- Ponderar los intereses en conflicto y optar por favorecer unos en sacrificio de otros²¹. La ponderación llevará al juez

²⁰ Véase Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 15 de abril de 1998, Camar/Comisión, C-43/98).

²¹ La ponderación de intereses en nuestro ordenamiento jurídico viene ligada a la adopción de medidas cautelares en la impugnación de actos administrativos. En esa línea, se prevé como medida específica “la suspensión cautelar del acto o resolución administrativos recurridos” y, en general, “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia” (art. 129 y 130 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Véase MAURANDI GUILLEN, N.: Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, AAVV, Dir. Folguera Crespo, Salinas Molina y Segoviano Astaburuaga, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012, pg. 655.

de medias provisionales a efectuar una comparación o cotejo entre los intereses contrapuestos.

VI. Procedimiento

La demanda o solicitud de suspensión de la ejecución de un acto o la demanda 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, conforme previenen los Reglamentos del Tribunal de Justicia (art. 160.3 RPTI) y del Tribunal General (art. 104.2 RPTG). Asimismo deberá presentarse en escrito separado²², por lo que se descarta la posibilidad, permitida en nuestra LECiv²³, de solicitar la medida conjuntamente con la demanda principal.

Sin embargo, la regulación del procedimiento para la concesión de medidas provisionales se caracteriza, a nuestro entender, por dos notas: 1) su parquedad y concisión limitándose los Reglamentos a establecer los aspectos más básicos, y 2) por conceder un amplio margen de discrecionalidad al juez competente para decidir cuestiones

²² El RPTJ se remite al contenido de la demanda de los recursos directos que contendrá (art. 120):

- a) el nombre y domicilio del demandante;
- b) el nombre de la parte contra la que se interponga la demanda;
- c) la cuestión objeto del litigio, los motivos y alegaciones invocados y una exposición concisa de dichos motivos;
- d) las pretensiones del demandante;
- e) las pruebas y la proposición de prueba, si ha lugar.

²³ El artículo 730.2 de la LECiv dice: “Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad”

procedimentales en modo alguno secundarias (forma de contestar la demanda, recibimiento a prueba).

En todo caso, el procedimiento se basa en los principios de celeridad –habida cuenta de la urgencia que le sirve de fundamento– y en el de justicia rogada.

- Momento procesal para formular la petición: La solicitud de medidas provisionales suele acompañar a los recursos directos aunque la posibilidad contemplada en los Reglamentos de presentar demanda de medidas provisionales fundada en nuevos hechos tras la desestimación de una demanda previa (art. 164 RPTJ y 109 RPTG), lleva a colegir que, pendiente el litigio principal, el demandante podrá sopesar el momento en que surge la necesidad de solicitar una medida provisional o suspender provisionalmente un acto que le depara un perjuicio grave e irreparable.
- La competencia para conocer del procedimiento de medidas provisionales se atribuye al Presidente del Tribunal que resolverá él mismo o atribuirá sin dilación la decisión al Tribunal. El RPTG contiene una particularidad en este punto y es que en caso de ausencia o impedimento del Presidente del Tribunal General, éste será sustituido por otro Juez en calidad de “juez de medidas provisionales”.
- La legitimación activa corresponde sin duda al demandante cuando se trata de solicitar la suspensión de la ejecución del acto; más problemática es la legitimación cuando se trata de conceder otras medidas provisionales solicitadas “por una de las partes de un asunto sometido al Tribunal”. En ese caso se ha planteado dar entrada a un

tercero que coadyuve en la posición demandante²⁴. La legitimación pasiva corresponde al demandado del pleito principal.

- Tramitación contradictoria (alegaciones del demandado): La demanda se notificará a la otra parte a fin de que proceda en breve plazo –que no se especifica– a contestarla (“presentación de observaciones”) oralmente o por escrito, aunque sin sujeción a forma²⁵.
- Medidas provisionales y provisionalísimas. En caso de extrema urgencia (a falta de previsión legal al respecto, entendemos que debe ser valorada por el Presidente en cada caso concreto), el Presidente podrá acceder provisionalmente a la demanda incluso antes de que la otra parte haya contestado (inaudita parte), si bien la resolución por la que se ponga fin al procedimiento de medidas provisionales sólo podrá adoptarse tras haber oído a esa parte. Esta medida podrá ser modificada posteriormente o revocada, incluso de oficio.
- La decisión sobre la demanda de medidas provisionales o suspensión de la ejecución de un acto, adopta forma de auto que será notificado inmediatamente a las partes. El Presidente puede, cuando lo considere oportuno, estimar de forma parcial una demanda de suspensión de la ejecución de un acto (Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2013, Asunto C-390/13).
- Recursos: contra el auto dictado por el Presidente del Tribunal de Justicia no cabe recurso alguno, en

²⁴ PASTOR BORGOÑÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E..op. cit. pg.. 46.

²⁵ Con carácter orientativo véase art. 124 RPTJ sobre el escrito de contestación a la demanda en la fase escrita de los recursos directos.

consecuencia resulta de obligado cumplimiento para las partes y adquiere el valor de cosa juzgada relativa²⁶. Los autos dictados por el Tribunal General son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.

- Modificación de la medida: a instancia de parte, el auto resolutorio podrá ser modificado o revocado en cualquier momento si varían las circunstancias.

VII. Bibliografía

BENGOETXEA CABALLERO, J. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J: Breves apuntes sobre sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. y CARPI BADÁ, J M^a: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco la construcción europea, *Revista Jurídica de Castilla León* nº 3, 2004.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.: *La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE*, Aranzadi, Pamplona, 2003

²⁶ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M, op. cit., pg. 304. Téngase en cuenta que el auto tendrá un carácter meramente provisional y no prejuzgará en modo alguno la decisión del Tribunal General sobre el asunto principal.

MAURANDI GUILLEN, N.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, AAVV, Dir. Folguera Crespo, Salinas Molina y Segoviano Astaburuaga, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012, p.655.

PASTOR BORGONÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E.: *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia de y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: *Derecho Procesal Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001