

**HACIA UNA MEDIDA CAUTELAR ORDINARIA  
DE PAGO ANTICIPADO DE DEUDAS  
(RÉFÉRÉ-PROVISION).  
A PROPOSITO DEL AUTO DEL PRESIDENTE  
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS  
DE 29 DE ENERO DE 1997  
(asunto Antonissen) (\*)**

Por

**EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA**  
Profesor de la Universidad Complutense

**SUMARIO:** I. LA SENSIBILIDAD DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES. EL AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ANTONISSEN, DE 29 DE ENERO DE 1997.—II. LOS HECHOS DEL AUTO: A) *Los problemas de los acuerdos de no producción de leche y de reanudación de la producción y la cuota lechera. Dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia en 1988 y 1994. La última denegación. El planteamiento de una acción de responsabilidad civil contra la CE ante el Tribunal de Primera Instancia y la petición de un référé-provision o anticipo cautelar del pago.* B) *La denegación de la medida cautelar y sus razones.* C) *Recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.*—III. LA MOTIVACIÓN DEL AUTO DE 29 DE ENERO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: A) *Doctrina general sobre medidas cautelares y crítica del argumento denegatorio del Auto recurrido. Rechazo de una motivación que conduzca a una negación absoluta de una medida cautelar.* B) *La especificidad de la medida de référé-provision y su admisión explícita.* C) *Remisión de la decisión al Tribunal de Primera Instancia.*—IV. LA EXCELENCIA DE LA DOCTRINA DEL AUTO: A) *La doctrina general sobre medidas cautelares y su oportunidad ante el regreso visible de nuestro Tribunal Supremo a posiciones resueltamente restrictivas en la materia y ante el intento del Proyecto de Ley BELLOCH de consagrar esas posiciones restrictivas.* B) *El Tribunal de Justicia como autor de un nuevo ius commune europeo, especialmente en materias cautelares. La enseñanza para el Legislador español del proceso civil. La significación de este paso progresivo en la materia de responsabilidad civil del artículo 215 CE, tan restrictivamente enjuiciada.* C) *La significación del apoyo de toda la doctrina del Tribunal de Justicia en el principio de tutela judicial efectiva para la interpretación del artículo 24 de nuestra Constitución.*—V. EL RÉFÉRÉ-PROVISION FRANCÉS: A) *En el proceso civil: proceso cautelar o provisional autónomo, sin producir cosa juzgada; la medida de pago inmediato se ordena si la deuda no es «seriamente contestable». El desplazamiento al deudor infiel de la carga procesal del juicio declarativo. El parámetro negativo del fumus boni iuris.* B) *La traslación de la institución al proceso contencioso-administrativo por Decreto de 2-IX-1988, aunque con carácter incidental de un recurso de fondo y no autónomo. La aplicación normal a deudas ilíquidas.* C) *La situación en otros países europeos. El previsible influjo del Auto Antonissen.*—VI. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: A) *La exclusión de deudas de dinero del nuevo artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* B) *La situación en el proceso contencioso-administrativo. La admisión de medidas cautelares positivas «adecuadas» a cada situación por la Sentencia Constitucional de 29 de abril de 1993 y la posibilidad abstracta de extender su doctrina a la provisión provisional de deudas. El notorio regreso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la reforma del contencioso.*—VII. LA EXISTENCIA DE UN RÉFÉRÉ-PROVISION EN LA FIGURA DEL JUICIO EJECUTIVO: A) *La calificación del juicio ejecutivo como proce-*

(\*) Este trabajo se ha escrito con destino al *Libro Homenaje al Profesor Justino Duque*, en prensa.

so cautelar autónomo por la Sentencia Constitucional de 10 de febrero de 1992. B) La importancia de esta calificación con vistas a una generalización del *référé-provision* al margen del valor de ciertos documentos para facilitar el funcionamiento del mercado y privar de privilegios posicionales injustos a los malos pagadores. La situación de hecho de las deudas de las Administraciones Públicas y la distorsión de la vida económica. Inadmisibilidad de agentes económicos irresponsables. C) Las funciones jurídicas y sociales importantes que cumpliría una recepción en el contencioso-administrativo del *référé-provision*. La liberación de esta figura procesal respecto de la doctrina del título ejecutivo.—VIII. CONCLUSIÓN. LA NECESIDAD DE UNA ADOPCIÓN DE LA FIGURA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y SUS POSIBLES ELEMENTOS. SUFICIENCIA DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN PARA UTILIZAR YA LA FIGURA, PERO CONVENIENCIA DE UNA REFORMA LEGISLATIVA.

## I

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene acreditada una notable sensibilidad en materia de medidas cautelares, como es bien conocido (1). Ha proclamado que la técnica de las medidas cautelares es una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial y que, por ello, es aplicable aun frente a las Leyes de los Estados, cuando se trata de tutelar normas comunitarias (2), incluso frente a las propias normas comunitarias cuando existe el *fumus* de su posible invalidez (Sentencia *Zuckerfabrik*, de 1991) y, desde luego, incluyendo medidas positivas u órdenes de hacer a la Comunidad o a los Estados demandados y no sólo meras suspensiones (Sentencia *Atlanta*, de 1995).

Pues bien, en el Auto que vamos a comentar —asunto *Antonissen*, C-396/96 P (R)— y dentro del principio general de admisibilidad de cualquier clase de medida cautelar que sea adecuada a la situación de cuya tutela judicial se trata, el Tribunal de Justicia (en realidad su

---

(1) Yo mismo he dedicado varios comentarios a esta capital aportación del Tribunal de Justicia, desde su básica Sentencia *Factortame I*, de 1990, recogidos en el volumen *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 2.ª ed., Madrid, 1995; posteriormente aún, sobre la importante Sentencia *Atlanta*, de 9 de noviembre de 1995, un nuevo comentario en «REDA», 88, diciembre de 1995.

(2) Fue, justamente, el paradigmático caso *Factortame I*. La posibilidad de que un juez inglés deje en suspenso una Ley del Parlamento ha roto uno de los principios tenidos por absolutos de la Constitución británica. Entre los muchos comentarios sobre ello, me permitiré citar mi artículo con ocasión de una de las consecuencias que de esa ruptura se ha producido ya en la jurisprudencia inglesa, *Un paso capital en el Derecho Constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con carácter general las Leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho Comunitario* (Sentencia «*Equal Opportunities Commission*» de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994), en «Revista de Instituciones Europeas», 1994, págs. 721 y ss. (incluido luego, en su versión francesa, en el *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-París, 1995, págs. 165 y ss.). Cfr. también LORD LESTER OF HERNE HILL, «European human rights and the British Constitution», en la obra colectiva, dirigida por J. JOWEL y D. OLIVIER, *The changing Constitution*, 3.ª ed., Oxford, 1994.

Presidente, puesto que la adopción de medidas cautelares es competencia inicial, como en otros muchos países, de los Presidentes de las Salas enjuiciadoras) da un paso más y admite con toda explicitud como una medida cautelar disponible en el Derecho Comunitario el llamado *référé-provision*, la orden de pago inmediato de todo o de una parte de la cantidad reclamada en el juicio principal en tanto se sustancia éste.

Expongamos los hechos y su doctrina.

## II

A) El recurrente, M. J. Antonissen, compareció como heredero de un empresario holandés que había dejado de comercializar leche y productos lácteos en el período 1979-1984 en virtud de un Convenio de no comercialización de acuerdo con el Reglamento del Consejo 1078/77/CEE. Al término de ese Convenio, el empresario solicitó que se le asignase su «cuota lechera» para el año 1984 (Reglamento del Consejo 857/84/CEE, de 31 de marzo de 1984), lo que el Gobierno holandés le negó por el argumento de que no había producido leche durante el año 1983. El empresario recurrió ante un Tribunal holandés, el cual planteó cuestión prejudicial de validez del Reglamento del Consejo últimamente citado. El Tribunal de Justicia resolvió por la Sentencia *Mulder*, de 28 de abril de 1988, declarando que dicho Reglamento debía haber previsto cuotas para los productores que habían suscrito convenios de no comercialización.

El recurrente, a la vista de esa Sentencia, equipó durante 1988 su nueva explotación, tomando en arrendamiento una finca para reanudar la producción lechera. En 1989 solicita de las autoridades holandesas la asignación de su cuota lechera, lo que aquéllas rechazan de nuevo, ahora por el argumento de que el productor no disponía ya de su explotación inicial sino de una nueva. Nuevo recurso ante el juez nacional, el cual de nuevo plantea cuestión prejudicial de invalidez del Reglamento 1546/88/CEE. El Tribunal de Justicia (Sentencia *Herbrink*, de 27 de febrero de 1994) no invalidó este Reglamento, pero lo interpretó en el sentido de que el mismo no se oponía a que la cuota se asignase a una explotación nueva que pretenda continuar la anterior.

Pero aun la Administración holandesa vuelve a negar su cuota al productor, decisión que ratificó el correspondiente Tribunal Administrativo. Como consecuencia de ello, la leche producida por el productor desde la expiración de un convenio de no comercialización en

1984 fue gravada con una tasa suplementaria. Esta tasa, que habría de pagar a su central lechera, se elevaba a un importe de 258.565 Florines holandeses, más intereses legales, con intimación de ejecución forzosa.

El recurrente, que se estima en imposibilidad absoluta de hacer frente a ese pago, demandó, finalmente, de responsabilidad civil a la Comunidad Europea el 11 de noviembre de 1996 ante el Tribunal de Primera Instancia. Invoca la negativa reiterada desde 1984 a su cuota lechera, pidiendo el reembolso de los 258.565 Florines, más 58.695 Florines a título de una indemnización peculiar para los productores de leche que se han visto temporalmente impedidos de ejercer su actividad, más los intereses correlativos, más, aun, el suplemento de precio de la cuota de reemplazo a que hubiese tenido derecho si hubiese dispuesto de la explotación original, que ascendería a la suma de 180.332 Florines.

Simultáneamente, el recurrente pidió al Tribunal, al amparo del artículo 186 del Tratado, que prevé que puedan ordenarse «las medidas provisionales necesarias», que se le pagasen ya a título de provisión anticipada 258.565 Florines con intereses legales, para poder atender la deuda con su central lechera, y una suma de 20.000 Florines por año desde la presentación de la demanda hasta la Sentencia definitiva.

Esta petición fue rechazada por Auto del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 1996, que es el Auto recurrido en el procedimiento que comentamos.

B) Las razones de la denegación del pago cautelar anticipado de una parte de la deuda (*référé-provision*) son, sustancialmente, que la cantidad que se pide es una parte de la que se reclama en el pleito principal, de modo que su otorgamiento «anticiparía la decisión de fondo». En particular, el Tribunal de Primera Instancia dijo:

«La constatación de una responsabilidad patrimonial y los efectos que de ella derivan *no puede fundarse sobre una apariencia de buen derecho, sino que ha de basarse sobre una apreciación definitiva de los hechos y de las acciones ejercitadas y necesita, por tanto, de un procedimiento que pueda asegurar a todas las partes el respeto de los derechos de defensa*».

C) Contra este Auto se interpuso recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, recurso que es el que resuelve el Auto que estudiamos.

### III

A) El Auto del Tribunal de Justicia presta atención a los dos primeros motivos del recurso, así como desestima sin mayores precisiones los demás motivos, más bien de orden procesal subordinado. En su párrafo 27, el Auto hace la siguiente importante declaración:

«Conviene recordar que, según una jurisprudencia constante, las medidas provisionales pueden ser acordadas por el juez de medidas cautelares si resulta que su otorgamiento está justificado a primera vista en cuanto a los hechos y en cuanto al Derecho (*fumus boni iuris*) y que son urgentes, en el sentido de que sean necesarias para evitar un perjuicio grave e irreparable a los intereses del que las solicita, y en fin, que sean pronunciadas y surtan efecto antes de la decisión sobre el fondo. Por otra parte, deben ser provisionales, en el sentido de que no prejuzgan los puntos de derecho o de hecho del litigio, ni neutralizan anticipadamente las consecuencias de la decisión a dictar ulteriormente sobre el fondo».

Esta doctrina general sobre las medidas cautelares se matiza aun en el § 28 observando que

«en el cuadro de ese examen de conjunto el juez cautelar dispone de un amplio poder de apreciación para determinar la manera en que esas diferentes condiciones deben ser apreciadas. Este poder de apreciación debe ser ejercitado en relación con las particularidades de cada caso».

Es el principio básico de la libertad de configuración de las medidas cautelares para que en cada caso produzcan los efectos de efectividad que resulten adecuados.

El Auto critica al Auto recurrido por haber justificado la denegación de la provisión anticipada de la deuda reclamada por el argumento de que tal provisión hubiese anticipado lo que se pretende en el recurso de fondo, lo cual, según dicho Auto *a quo*, exigiría una apreciación definitiva de los hechos y de los motivos alegados según un procedimiento que pueda asegurar a todas las partes el respeto del derecho de defensa (§§ 29 y 30). Pero, observa el Auto que co-

mentamos, no ha entrado en el ámbito de este razonamiento «ni la importancia del *fumus boni iuris* invocado por el recurrente, ni la urgencia que éste alega» (§ 31), y ello hasta el punto de que no se ha entrado siquiera a valorar las razones sobre la justificación de los motivos y de los argumentos invocados por el recurrente (§ 32). El propio Auto recurrido había observado que las medidas de provisión solicitadas son «una indemnización anticipada de un perjuicio futuro e incierto», lo que permitiría dejar suponer que se ha estimado que la condición de la urgencia no existe (§ 33). Pero, estando ausente cualquier otra motivación, dice el Auto estudiado, esa simple observación no debe bastar para hacer aparecer de manera clara y no equívoca que el razonamiento del juez cautelar (de primera instancia) esté fundado sobre un examen de las circunstancias del caso controvertido (§ 34). Esta objeción la concreta expresivamente en el apartado siguiente (§ 35):

«Del texto del Auto impugnado parece resultar que una medida consistente en el otorgamiento (a título de provisión) de una parte de la indemnización reclamada en el proceso principal y que tiende a proteger los intereses del recurrente hasta la fecha en que se dicte la Sentencia de fondo, contradice las condiciones o la naturaleza del procedimiento de medidas cautelares, independientemente de las circunstancias de hecho y de derecho del caso controvertido».

Ahora bien, precisa el § 36, y es la razón sustancial,

*«una prohibición absoluta de obtener una medida de esta naturaleza, independientemente de las circunstancias del caso, sería contrario al derecho a una protección jurisdiccional completa y efectiva que los justiciables tienen del Derecho Comunitario, y que implica de manera especial que pueda ser asegurada su protección provisional si es necesaria a la plena efectividad de la decisión definitiva»*,

citando a continuación las bien conocidas Sentencias *Factortame*, 1990; *Zuckerfabrik*, 1991, y el Auto, de 3 de mayo de 1996, *Alemania c. Comisión*.

El § 37 remata aun esta doctrina:

*«No puede excluirse, pues, anticipadamente, de manera general y abstracta, que un pago a título de provisión, in-*

*cluso por el mismo importe que el reclamado en la demanda de fondo, sea necesario para garantizar la eficacia de la Sentencia de fondo cuando, en su caso, aparezca justificado, vistos los intereses en presencia».*

Esta medida no prejuzga necesariamente la decisión de fondo, contra lo que se había dicho en primera instancia, puesto que sus efectos cesan desde el momento en que se dicta dicha decisión (§ 39).

Y el § 40:

«Corresponde al juez de medidas cautelares a quien se solicita una medida de esa naturaleza hacer un balance entre, por una parte, el interés del reclamante en evitar una degradación de su situación financiera, que puede arrastrarle a la cesación definitiva de sus actividades, y, por otra parte, el riesgo de que las indemnizaciones pedidas no puedan ser recuperadas en el caso en que el recurso de fondo sea rechazado».

B) El Auto no ignora lo delicado de esta específica medida cautelar, pero no por eso entiende que deba rechazarse, como resultaba del razonamiento del Auto recurrido. Dice en el § 41:

«Ciertamente, el recurso a este tipo de medida, que es más que otra susceptible de producir, realmente, efectos irreversibles, en particular en caso de insolvencia ulterior del recurrente, debe ser ejercida con restricción y limitarse a los casos en los cuales el *fumus boni iuris* aparece particularmente sólido y la urgencia de las medidas solicitadas incontestables. En todo caso, tal apreciación debe ser efectuada en función de las circunstancias de cada caso singular».

Y el § 42 remata:

«Además, cuando el juez ha apreciado el conjunto de circunstancias del caso, a fin de ponderar los intereses en presencia y que el balance de esa ponderación parezca inclinarle en favor del otorgamiento de la medida solicitada, el juez dispone siempre de la posibilidad de acompañar el otorgamiento de la medida cautelar de cualquier condición o garantía que juzgue necesaria o aun de reducir su alcance de cualquier otra forma».

C) Sobre esta doctrina tan firme y matizada, el Auto justifica la anulación del Auto recurrido por la razón de que la motivación de este último no ha seguido el camino de esa apreciación de las circunstancias del caso en la forma que esta decisión enseña. Se reenvían, pues, los autos al Tribunal de Primera Instancia para que resuelva por sí mismo, teniendo en cuenta que el proceso principal continúa sustanciándose ante el mismo.

#### IV

A) Este Auto del Presidente del Tribunal de Justicia, el juez español Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, es, en verdad, excelente. Contiene, por de pronto, toda una doctrina general sobre las medidas cautelares que convendrá especialmente que se retenga entre nosotros, cuando ha sido patente en la jurisdicción contencioso-administrativa un regreso (tras el claro despeque iniciado por los Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991, confesadamente inspirados en la doctrina del Tribunal de Justicia en la Sentencia *Factortame*) de una buena parte de la jurisprudencia hacia las posiciones más restrictivas tradicionales sobre medidas cautelares (3), posición restrictiva que ha llegado al máximo cuando el

---

(3) No sería nada difícil ofrecer un elenco de Autos y Sentencias recientes en este sentido, pero quizás baste con notar la sorprendente e inesperada invocación del propio artículo 24 de la Constitución para oponerse a la posibilidad de que en el incidente de suspensión se pueda otorgar tutela provisional en base al *fumus boni iuris*, tutela provisional o cautelar que habría que reducir a una mínima parcela de supuestos: los que son reiteración de procesos ya fallados y los que se refieren a impugnación de actos de aplicación de disposiciones generales anuladas anteriormente, nada más. He aquí alguna de estas decisiones más recientes. *Auto de 18 de octubre de 1996* (Aranzadi, 7074): «dicha doctrina [del *fumus boni iuris*] tan difundida como necesitada de prudente aplicación debe tenerse en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula de pleno derecho, o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al impugnarse un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una tutela judicial se vulneraría otro derecho también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la vigente Constitución, cual es el derecho a un proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba». Idéntica doctrina en *Sentencias de 19 de abril de 1996, 19 de septiembre de 1996, 26 de julio de 1996; Autos de 22 de noviembre de 1993, 2 de noviembre de 1993, 19 de noviembre de 1993, 31 de enero de 1994, 10 de julio de 1989*, etc. Es una verdadera reducción al absurdo, contraria, además, a la doctrina consagrada del Tribunal Constitucional (y, por supuesto, al mismo Auto estudiado del Tribunal de Justicia), el que se invoque el artículo 24 de la Constitución para reducir el campo de la tutela cautelar a un supuesto ínfimo y en la práctica muy excepcional. Este claro retroceso de la mejor línea jurisprudencial que habían inaugurado los Autos de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991 lo he denunciado en el trabajo *Sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa: una réplica*, incluido en mi libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, 1996, pág. 292. Mis replicantes LEGUINA, SÁNCHEZ MORÓN y ORTEGA no creen «reaccionaria» esa

Proyecto BELLOCH de Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1995 condenó de manera expresa en su Exposición de Motivos tanto la doctrina del *fumus boni iuris*, base de toda la institución, como la posibilidad de «adelantar la decisión de fondo» y aun, todavía, la licitud de las medidas cautelares positivas (4).

B) Pero también la doctrina general del Tribunal de Justicia, que ha jugado ya un papel determinante como expresión de una conciencia jurídica común a toda Europa, de un verdadero y nuevo *ius commune europeum* en muchos campos (5) y especialmente en materia de medidas cautelares (6), es una lección también para nuestro Legislador procesal común y no sólo para el contencioso-administrativo, pues tampoco nuestro proceso ordinario, no obstante el importante progreso que supuso la nueva redacción del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1984, desconoce aún (con la importante reserva que luego tendremos que hacer) la medida cautelar de provisión anticipada de deudas reclamadas. Es importante notar que el trascendental paso que supone este Auto del Tribunal de Justicia complementa en una dirección determinada, la de la posibilidad de ordenar el pago anticipado, la admisión general de medidas cautelares positivas en el Derecho Comunitario que había ya introducido la Sentencia *Atlanta*, de 9 de noviembre de 1995 (7).

Pero aún debe resaltarse la extraordinaria significación que no puede dejar de tener el hecho de que esta avanzada posición se haya producido en un caso de responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias, regidas por el artículo 215 del Tratado CE, de cuya aplicación, como es bien conocido, tan escasas veces el propio

---

nueva jurisprudencia, que justifican expresamente, sin duda coherentemente con la asombrosa condena explícita de la doctrina del *fumus* que ellos mismos incluyeron en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley a que el texto se refiere enseguida. Véase mi réplica a esta posición en «REDA», 93, marzo 1997, págs. 70-71, incluida en la 3.ª edición de mi libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997.

(4) Vid. mi trabajo *La reforma de la justicia administrativa*, cit., págs. 284 y ss. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se dice, nada menos: «La justicia cautelar se desnaturaliza, con riesgo de convertirse en una especie de justicia sumaria, si se fundara en meras apariencias jurídicas, insuficientemente constatables».

(5) Vid. R. ALONSO, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid, 1989.

(6) Vid. mi libro *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 2.ª ed., Madrid, 1995, y la obra colectiva, dirigida por Jürgen SCHWARZE, *Le Droit Administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union Européenne*, Baden-Baden, Bruxelles, 1996.

(7) Vid. mi comentario *Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas... contra los Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona* (Sentencia ATLANTA del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1995), en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 88, diciembre de 1995, págs. 565 y ss.

Tribunal de Justicia ha derivado el reconocimiento positivo de tal responsabilidad (8).

C) Conviene aún resaltar que, como se habrá notado, toda esa resuelta inmisión del Tribunal de Justicia en la materia de las medidas cautelares está expresamente motivada en el principio de la efectividad de la tutela judicial, principio que en Derecho español es un postulado básico de nuestra Constitución, artículo 24, y que en Derecho Comunitario sólo se encuentra en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no en ningún precepto de los Tratados. Es, por cierto, la misma línea que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional, al que se deben impulsos capitales desde la misma perspectiva en la misma materia de medidas cautelares (9). Es este fundamento constitucional explícito el que hace inmediatamente relevantes para nuestro Derecho la motivación y la doctrina de esta nueva decisión del Tribunal de Justicia.

## V

La medida cautelar de la provisión anticipada de todo o parte del importe de la deuda reclamada en un proceso principal es conocida en otros Derechos, aunque parece que es en Francia donde recibe una configuración más resuelta.

A) En Francia se introdujo en el proceso civil (*référé-provision*) en 1973 (Nuevo Código de Procedimiento Civil, art. 809, apartado 2) y ha tenido un enorme éxito (10). Nota especial de esta medida cautelar es su carácter autónomo y no incidental de un proceso en cuanto al fondo. Cualquiera que posea un derecho que no sea «seriamente contestable» de un crédito dinerario contra un tercero puede acudir al juez del *référé* (normalmente el Presidente de un órgano judicial colegiado) instando su provisión o pago inmediato. El juez ordena el pago (en la cantidad cuyo importe no sea «seriamente contestado»

(8) Cfr. R. ALONSO, *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, págs. 429 y ss.

(9) Remito a mi libro *La batalla por las medidas cautelares*, cit., págs. 273 y ss. y 305 y ss.

(10) Vid. P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référé, Ordonnances sur requête, procédure d'injonction*, París, 1990, págs. 85 y ss. Sobre su práctica, la colaboración de Caroline DE CHATEAUVIEUX, *Le référé-provision. Querelles et réalités*, en el ya antiguo, pero útil, libro colectivo *La pratique du référé dans les juridictions civiles de la Région parisienne* (Travaux et recherches de l'Université de Droit, d'Economie et Sciences sociales de Paris), presentado por P. RAYNAUD, 1979, págs. 15 y ss.

entre la deuda reclamada, según el Tribunal de Casación) (11), en horas o en días, aunque esta Sentencia no produzca fuerza de cosa juzgada. Quiere decirse que el deudor deberá pagar inmediatamente, aunque conserva su libertad para montar un proceso declarativo en que puede intentar probar que la deuda no era exigible o no lo era en la cuantía que el juez de medidas cautelares ha entendido. La medida cautelar produce un efecto básico, por tanto: priva al deudor infiel del beneficio posesorio, que desplaza siempre al acreedor la carga de accionar. Lo cual quiere decir que le priva del beneficio injusto que es el abuso del proceso: el beneficio de forzar al acreedor a un proceso declarativo, el de alargar este proceso mediante toda clase de excepciones y de recursos procesales, el beneficio de la larga duración del proceso, el beneficio incluso de la degradación económica del importe de la deuda a través de esa larga duración (12).

Digno de resaltar es que el parámetro legal y jurisprudencial para la concesión del *référé-provision* es, como se habrá notado, que el crédito no sea «seriamente contestable» (el juez puede acordar una provisión al acreedor, se limita a decir el art. 802, párrafo 2, del Nuevo Código de Procedimiento Civil, *dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*, literalmente). Esto es, se ofrece una vertiente negativa del principio del *fumus boni iuris*, que facilita notablemente, como se comprende, la estimación de su presencia en los casos concretos. Se está apuntando, claramente, hacia el deudor que no está dispuesto a hacer frente a sus responsabilidades, del que se sospecha, con fundamento en la experiencia del tráfico jurídico, que estará dispuesto a provocar o forzar cualquier proceso o recurso con el fin de alargar su situación de no pagador.

B) El éxito espectacular de esta técnica procesal llevó en 1988 a introducirla en el proceso contencioso-administrativo. No fue, por cierto, esta innovación obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuya falta de reflejos para adaptar este proceso a los valores y a

(11) ESTOUP, pág. 90. La práctica judicial muestra una extensión de las deudas que pueden beneficiarse del *référé-provision*, incluso a cantidades ilíquidas, que se fijan en el propio proceso provisional: así, deudas por gastos, por honorarios profesionales, por daños morales, por accidentes de circulación, incluso provisiones en forma de *astreintes* o multas reiteradas para forzar una obligación de hacer desatendida. «El *référé-provision* autoriza todas las audacias en la medida en que la obligación del demandado no sea seriamente discutible», llega a decir ESTOUP, pág. 91.

(12) Vid. en este sentido mi libro *La batalla por las medidas cautelares*, cit., «La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares», págs. 335 y ss. (y antes, con el mismo título, en la revista «Poder Judicial», 20, 1990, págs. 9 y ss.) El Ministro de Justicia francés TAITTINGER, que introdujo la institución en la reforma procesal de 1973, la justificó diciendo: «El proceso es una enfermedad que debe ser curada en interés de todos... en las situaciones en que el "buen derecho" luce con toda evidencia, allí donde la oposición no es sostenible».

las exigencias actuales tanto contrasta con sus grandes aportaciones históricas (13), sino del Decreto de 2 de septiembre de 1988. Pero no se trata de una simple transposición de la figura civil, ya bien rodada, sino que ésta sufre una alteración importante: el *référé-provision*, en lugar de ser un proceso sumario autónomo, como en el proceso civil, pasa a ser en lo contencioso-administrativo un procedimiento incidental anejo a un proceso de fondo, en el que tiene que pedirse en vía principal el pago de la deuda cuyo anticipo se solicita en vía cautelar. El motivo que justifica la medida cautelar de provisión sigue siendo el mismo que en el proceso civil: que «la existencia de la obligación no es seriamente contestable», esto es, que la Administración no pueda oponer un «motivo serio» a su deuda, lo cual obliga a una motivación cuidadosa y explícita al decidir sobre la medida cautelar (14). El pago cautelar puede (no es, pues, obligatorio) condicionarse a la constitución de una garantía.

En estos términos, la institución se aplica normalmente a deudas tanto líquidas como ilíquidas, como, por ejemplo, las reclamaciones de responsabilidad por falta de servicio, de responsabilidad por daños hospitalarios, a honorarios profesionales, a responsabilidad por daños causados por obras públicas, a responsabilidad por daños contractuales, pagos contractuales, etc. (15). El éxito de la institución ha sido inmediato y notable y ha contribuido a normalizar el otrora habitual régimen de retrasos sistemáticos de la Administración en sus pagos (16). Ha sido, indudablemente, «un progreso» (17), un gran progreso.

C) Este régimen desenvuelto de protección inmediata no se encuentra, en lo que a mí me consta, en el contencioso-administrativo de otros países europeos, con la excepción de Bélgica (18). En Italia,

(13) Todos los progresos recientes del contencioso-administrativo francés han sido obra del Legislador o del poder reglamentario del Gobierno (teniendo en cuenta la extensión que al poder reglamentario en esta materia da el art. 38 de la Constitución). Es de notar que, antes de la reforma de 1988, el Consejo de Estado se había opuesto a iniciativas de *référé-provision* que, siguiendo el modelo civil, habían adoptado algunos Tribunales regionales invocando el principio de no prejuzgar el fondo: R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 6.ª ed., París, 1996, pág. 1093.

(14) R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., pág. 1091.

(15) Referencias a decisiones judiciales concretas sobre casos de ese contenido, en CHAPUS, pág. 1092.

(16) Vid. el temprano comentario de R. VIARGUES, *Le référé-provision devant le juge administratif: bilan de la première année*, en «Revue Française de Droit Administratif», 3, 1990, págs. 345 y ss.

(17) G. BRAIBANT y B. STIRN, *Le Droit Administratif français*, 4.ª ed., París, 1997, pág. 541.

(18) Vid. el texto de J. VAN COMPERNQUEN, «Crise du juge et contentieux judiciaire en Droit belge», en el libro colectivo dirigido por J. LENOBLE, *La crise du juge*, Bruxelles, 1996, págs. 17 y ss. (cit. en mi artículo *Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el «modelo constitucional»*. Nota última, en «REDA», 93, marzo 1997, pág. 71), donde entre las

la admisión normal de medidas cautelares positivas (19), es posible que conduzca pronto a esta aplicación. Alemania parece estar en una situación similar (20). La fácilmente previsible influencia de este Auto *Antonissen* puede en los dos países acelerar ese tránsito hacia la normalización de la medida cautelar de provisión anticipada de deudas.

## VI

### ¿Y en España?

A) Obvio es decir que la medida cautelar que acaba de destacar tan brillantemente el Presidente del Tribunal de Justicia es desconocida en nuestro Derecho Procesal, tanto común como contencioso-administrativo —con la importante reserva que inmediatamente habremos de formular.

El nuevo artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducido por la Ley de 6 de agosto de 1984, que tanta significación ha tenido en nuestro sistema de medidas cautelares (21), ha introducido dos condiciones que parecen oponerse a una medida de provisión anticipada: primera, que exista un principio de prueba por escrito, lo que excluye casi todos los supuestos de responsabilidad patrimonial; y segunda, y más general, que sólo se prevé que la obligación a asegurar sea «de entregar cosas determinadas o específicas», no, pues, dinero o deuda de cantidad, que es el supuesto tipo en que la medida procedería (22).

---

medidas cautelares positivas habla de «condenar» provisionalmente, por vía de orden positiva de hacer, de no hacer o *de pagar*».

(19) S. CASSESE, *Le basi del Diritto Amministrativo*, terca edizione, Milano, 1995, pág. 454.

(20) Vid. M. BACIGALUPO, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, núm. 128 de esta REVISTA, 1992, págs. 453 y ss., especialmente págs. 451-452: «Ello podría ser distinto cuando la orden provisional [cautelar] tuviera por objeto el pago de una suma de dinero, pero tal orden provisional no procederá normalmente, pues anticiparía el resultado del proceso principal» —argumento que sabemos que el Tribunal de Justicia como el Legislador y la jurisprudencia franceses rechazan expresamente—. Sobre la influencia en el Derecho alemán de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre medidas cautelares, SCHWARZE, *Le Droit Administratif sous l'influence de l'Europe*, cit., págs. 20 y 186 y ss. (*Besonders hier [vorläufiger Rechtsschutz] wird der prägende Einfluss des Europarecht auf den deutsche Verwaltungsrecht sichtbar*— especialmente visible en el campo de la tutela cautelar es el marcado influjo del Derecho Europeo sobre el Derecho Administrativo alemán).

(21) Cfr. M.<sup>3</sup> PÍA CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, por todos.

(22) La doctrina procesal suele hacer una interpretación muy amplia del artículo 1428, de modo que cubriría cualquier medida cautelar, sin tipificación constrinente. Así, por ejemplo, F. RAMOS MÉNDEZ en la obra colectiva *Comentario a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigida por V. CORTÉS, Madrid, 1985, pág. 689. Pero los términos explícitos de la Ley, que pone el supuesto de hecho en la existencia «con claridad» de una «obligación... de entregar cosas determinadas o específicas», parecen excluir aquí las medidas de provisión dineraria.

B) Sobre el contencioso-administrativo no serán necesarias grandes explicaciones. La Ley de la Jurisdicción vigente, de 1956, no prevé más medida cautelar que la suspensión del acto recurrido. La posición resuelta del Tribunal Constitucional, que ha calificado el derecho a la tutela cautelar como un derecho fundamental incluido en el artículo 24 de la Constitución y una exigencia de la «efectividad» de la tutela judicial que este artículo proclama, ha abierto de hecho en nuestro Derecho la vía a unas medidas cautelares indeterminadas, que incluyen, por supuesto, medidas cautelares positivas, como el propio Tribunal sancionó expresamente en su ejemplar Sentencia de 29 de abril de 1993 (23), que invoca «la pertinencia de una fiscalización plena, sin inmunidades del poder», «que comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos». Del derecho fundamental del artículo 24 «deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares... *las adecuadas medidas cautelares* que aseguren la eficacia real del pronunciamiento que recaiga en el proceso». Pues bien, una de esas medidas cautelares «adecuadas» puede ser muy bien —y debe, como nos recuerda el Tribunal de Justicia desde el mismo punto de partida de la efectividad de la tutela— la provisión anticipada de las deudas que se están reclamando de una Administración que se ampara para no pagar sólo en la eficacia dilatoria —gravemente dilatoria hoy— que tiene el proceso contencioso-administrativo en la realidad práctica.

Es sabido que, sobre la jurisprudencia comunitaria, en primer término (Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991), y sobre esta doctrina constitucional, después, varias Salas de lo contencioso-administrativo entraron resueltamente en el campo de las medidas cautelares positivas; no conocemos que se haya otorgado aún ninguna provisión anticipada de pago de deudas. Pero también conocemos que una jurisprudencia ulterior del Tribunal Supremo ha realizado una sorprendente vuelta atrás, tendencia que el Proyecto de Ley BELLOCH pretendió remachar con una prohibición formal de medidas cautelares positivas y con una exigencia rigurosa y completa de cauciones integrales, que en la práctica reducen aún más la situación de la Ley de 1956.

Por lo que conocemos, el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en este momento en trámite de informes) pretende eliminar esos inexplicables frenos y retrocesos, y dejar operar la justicia cautelar en los amplios espacios que le ha señalado, sin el menor equívoco, el Tribunal Constitucional.

---

(23) Estudiada por mí en *La batalla por las medidas cautelares*, cit., págs. 317 y ss., y en el Prólogo de esta segunda edición.

¿Es el momento de introducir, siguiendo la senda tan lúcidamente señalada por el Tribunal de Justicia, el *référé-provision* entre nosotros?

## VII

A) Lo primero de que hay que partir es de un hecho importante y que normalmente se pasa por alto: existe, en efecto, en España una medida cautelar bien conocida de pago anticipado o *référé-provision*, el llamado juicio ejecutivo. En efecto, la Sentencia Constitucional de 10 de febrero de 1992, al resolver varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por otros tantos Juzgados de Primera Instancia, sobre la posible inconstitucionalidad del nuevo artículo 1435, primera frase del párrafo 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha calificado de manera expresa al juicio ejecutivo como una medida cautelar. Y justamente en virtud de esta calificación salva la constitucionalidad del precepto legal cuestionado, pues el hecho de que el embargo preventivo se acuerde *inaudita parte debitoris* es una exigencia de su carácter cautelar, pues si así no fuera

«se podría llegar a menoscabar el derecho a una tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, pues la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso».

Sobre esa base se salva la constitucionalidad del privilegio de las entidades de crédito, ahorro y financiación de poder dar fuerza ejecutiva a sus certificados de descubierto, en cuanto que esto

«puede ser considerado suficiente para acreditar una apariencia de buen derecho digno de una tutela judicial preventiva inmediata».

(Por cierto que esta doctrina constitucional condena sin más la sorprendente interpretación del artículo 24 de la Constitución que está haciendo una parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como ya vimos).

B) Esta calificación del juicio ejecutivo como un proceso cautelar (autónomo, naturalmente, y no incidental de otro principal, sin fuerza de cosa juzgada, por eso mismo, para impedir la ulterior

apertura de un juicio declarativo plenario), cuya función última es invertir la posición procesal de las partes, obligando al mal pagador a asumir la carga de un juicio declarativo —por cierto, rarísima vez emprendido tras la sentencia de remate— para poder mantenerse en su posición de negador de la deuda o de su efectividad, me parece muy importante para poder valorar la pertinencia de la introducción en nuestro Derecho, y en el proceso contencioso-administrativo precisamente, de medidas cautelares más amplias de pago anticipado en las reclamaciones de cantidad.

Es evidente que el privilegio, llamémosle provisionalmente así, reconocido a las entidades bancarias se ha considerado una exigencia inexcusable para asegurar la fluidez del mercado del crédito, que dejaría de funcionar, como se comprende, si hubiera de acudirse a juicios plenarios declarativos para tener que liquidar los descubiertos, y nada nos parece que haya que objetar a la medida —como también la justificó el Tribunal Constitucional—. Pero este planteamiento, que repetimos que no es doctrinal, sino que es una toma de posición deliberada del Tribunal Constitucional, no sólo permite, sino que obliga a plantearse si las mismas razones de exigencia práctica no pueden imponer, incluso de manera apremiante, una extensión de la misma técnica del anticipo de pago en juicios provisionales de naturaleza cautelar para facilitar el funcionamiento del mercado y evitar graves perjuicios al desarrollo de la economía.

Y éste es, nos parece, justamente el caso de las deudas contraídas por las Administraciones Públicas. El importe de las deudas vencidas y pendientes en cada momento por las Administraciones Públicas alcanza cifras asombrosas. No puedo facilitar datos exactos, pero es un hecho manifiesto que las deudas de las Administraciones Públicas con constructores, empresas eléctricas, incluso con las propias instituciones públicas (Seguridad Social, pago de retenciones o IVA a la Hacienda) exceden de varios billones de pesetas.

Esos son datos, impresionantes, de algunos sectores singulares. Pero son innumerables, decenas de miles, los acreedores por muy diversos títulos (proveedores, vendedores de bienes diversos, profesionales, pequeñas empresas a las que se ha acudido con urgencia para salvar ciertas situaciones, empresas de servicios de limpieza y recogida de basuras, grupos de funcionarios, etc.) que arrastran meses, años, su incómoda posición de reclamantes sempiternos y que no se deciden las más de las veces a montar largos y costosos procesos judiciales de reclamación de cantidad y que, con mucha mayor frecuencia de la que se piensa, concluyen en la ruina, teniendo que cerrar sus empresas o negocios, quedando con la marca indeleble de la gravísima injusticia de que han sido objeto. Debo decir que por mi

experiencia profesional he sido testigo muchas veces de situaciones y crisis de ese género, nada anormales.

Parece claro que esta situación distorsiona gravemente toda la vida económica del país. Esta no puede funcionar con un mínimo de eficacia si los recursos económicos no se asignan precisamente a quienes tienen los títulos jurídicos pertinentes. Es una gravísima alteración del sistema económico el que puedan funcionar en el mercado agentes económicos sumamente activos (las Administraciones Públicas manejan cerca del 50 por 100 del Producto Interior Bruto) que son virtualmente irresponsables económicamente. Todo el sistema económico queda trastornado en su centro vital.

C) De este modo, la pertinencia de introducir en la esfera contencioso-administrativa una técnica de pago cautelar anticipado de las deudas de la Administración proveería, cumulativamente, a varios importantes fines públicos:

- Por una parte, se trataría de hacer efectivo el principio de «tutela judicial efectiva» del acreedor, como han recordado el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Justicia de las Comunidades.
- Por otra parte, se introduciría un principio de racionalidad económica inexcusable para el buen funcionamiento del mercado, gravemente distorsionado por la permisión de importantes agentes económicos irresponsables actuando en su seno.
- En tercer lugar, como es un hecho que las empresas cubren en la práctica con elevaciones de precios los riesgos añadidos de contratar con la Administración, la regularización de los mercados con la Administración supondría una no desdeñable reducción del gasto público, especialmente sensible en momentos como los actuales de lucha contra los déficits públicos.
- En cuarto lugar, se sanearía y racionalizaría todo el sistema económico al permitir el funcionamiento ordinario de empresas saneadas actuantes en relaciones con el sector público, empresas que hoy adolecen en buena medida de serios problemas de planificación económica y de regularidad de sus recursos.
- Y, finalmente, parece bastante claro que una regularización de los pagos de las Administraciones descargaría de forma apreciable los contenciosos de fondo sobre estos casos, al modo de una verdadera policía procesal.

Todo este razonamiento excede bastante del tradicional planteamiento del juicio ejecutivo desde la doctrina procesal, volcada sobre

el análisis (y con frecuencia hasta la metafísica) de un elemento instrumental secundario, el «título ejecutivo». No es la teoría jurídica sobre la especial fuerza de un determinado documento lo que ha de justificar, sostener y modular la técnica del *référé-provision*, como hoy ocurre, supuesta la calificación técnica referida al llamado juicio ejecutivo, sino razones bastante más sustanciales, atañentes a la función misma del proceso, a su necesaria inserción en las necesidades sociales de un tráfico económico saneado, a la deformación o perversión del proceso declarativo mediante su ya normal conversión en una máquina dilatoria por sus cada vez más largos plazos de duración, al estímulo que esta dilación supone para el abuso de los procesos y para su incremento patológico, desviando su finalidad de la que debe serle propia, según los principios constitucionales, etc. No es, pues, propiamente la doctrina del «título ejecutivo» lo que está en juego, sino los fundamentos mismos del proceso en el sistema jurídico.

## VIII

Propugno, pues, resueltamente, la adopción en nuestro contencioso-administrativo del sistema del anticipo cautelar del pago de las deudas de la Administración cuando la situación de impago resulta injustificada o abusiva.

Creemos que, por diferencia con el juicio provisional autónomo, que es como funciona en Francia el proceso civil de *référé-provision*, en el contencioso-administrativo esta medida cautelar debe articularse (como se ha hecho también en Francia, según hemos visto, al trasponer la figura a la esfera administrativa y como el Auto *Antonissen* del Tribunal de Justicia postula a su vez) como procedimiento incidental en el seno de un proceso principal de reclamación de cantidad.

Creemos también que, según los fundamentos que nos hemos permitido exponer, la figura no debe limitarse a deudas líquidas, como también resulta de las fórmulas francesas, tanto civiles como administrativas.

En fin, nos parece que el paradigma de estimación del *fumus boni iuris* debe concretarse en la penetrante fórmula francesa de deuda «no seriamente contestable», que subraya por sí sola el abuso procesal, no merecedor de respeto, en que la Administración demandada se sitúa.

Por último, debe meditar sobre la mejor regulación del requisito de la urgencia o *periculum in mora*. Hemos visto que en Francia,

tanto en la vía civil como en la contencioso-administrativa, el mero retraso en el pago es por sí mismo considerado como una circunstancia expresiva de la urgencia, que no necesita invocar por ello razones o circunstancias personales relativas al acreedor. Pero también hemos visto que, en el Auto *Antonissen* del Tribunal de Justicia, éste impone una valoración de esas circunstancias personales: en el § 40 del Auto se dice que en el balance de intereses debe valorarse «el interés del recurrente en evitar una degradación de su situación financiera que pueda arrastrarle a una cesación irreversible de sus actividades», lo cual es un criterio bastante estricto. La fórmula francesa nos parece muy superior desde una perspectiva inexcusable de «policía procesal», que intenta sobre todo privar al deudor de la posición formal de ventaja, de la que abusa prácticamente siempre, al determinar, como poseedor del dinero o de los bienes con los que responde, que el acreedor deba asumir siempre la onerosa carga de accionar. Se trata, pues, de invertir las posiciones procesales de las partes, lo que sana por sí solo el panorama de la efectividad de los créditos «serios» y elimina, de hecho, una gran cantidad de procesos de fondo abusivos e inútiles. De *lege ferenda*, no cabe duda que esta técnica de la falta de seriedad de la oposición resulta muy superior. Pero, en tanto la Ley (la Ley que aquí abiertamente propugnamos en ese sentido) no se pronuncie explícitamente sobre esa directriz de «policía procesal» (caso del Derecho Comunitario, donde todo se apoyó sobre el mínimo y genérico texto del artículo 186 del Tratado CE: «El Tribunal podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos en que esté conociendo»; caso también del Derecho español, que en este momento no permite utilizar, como vamos a ver inmediatamente, más que el enunciado general del artículo 24 de la Constitución), la fórmula *Antonissen*, que exige una valoración individual de las circunstancias de cada caso, resulta probablemente necesaria.

Debo añadir que la eficacia directa indiscutible del artículo 24 de la Constitución y la clara conexión con sus principios de la medida cautelar de que se trata, como acaba de deducir brillantemente el Auto *Antonissen* del Tribunal de Justicia, no exigiría siquiera una recepción legislativa explícita que la reconociese. La doctrina, ya expuesta, del Tribunal Constitucional sobre la inclusión entre los derechos fundamentales incluidos en el artículo 24 de un derecho a una tutela cautelar «adecuada» a cada situación, permitiría que los Tribunales contencioso-administrativos pudiesen aplicar ya la figura estudiada. Pero, sin mengua de ello, parece claro que su completa novedad respecto a nuestras prácticas procesales justifica sobradamente que haya de ser el Legislador quien la introduzca y la configure adecuadamente para su funcionamiento regular.



# JURISPRUDENCIA

