

# **Nuevas tendencias en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo (especial referencia al derecho español)**

*Jaime Rodríguez - Arana*

Catedrático de Derecho Administrativo

Presidente Del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EJECUTIVIDAD DEL ACTO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. III.- CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. IV.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEY CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE 1998. V.- REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

RESUMEN: La ley española de lo Contencioso Administrativo de 1998 confirmó una nueva forma de entender las medidas cautelares que la jurisprudencia y la doctrina venía demandando desde la promulgación de la Constitución de 1978, marco en el que se inscribe este trabajo. Se analiza la problemática de la interpretación constitucional de la autotutela y se estudia el nuevo papel del interés general en la funcionalidad de las medidas cautelares, con especial referencia al concepto de irreversibilidad de los daños.

PALABRAS CLAVES: Jurisdicción contencioso administrativo. Acto administrativo. Medidas cautelares. Interés general. Recursos. Daños.

ABSTRACT: The Spanish act of 1998 on the regulation of Contentious Administrative Jurisdiction provided a new way of understanding precautionary measures which the law and doctrine had been demanding since the enactment of the Constitution of 1978 that serves as the framework for this paper. This study analyses the problems involved in the constitutional interpretation of policymaking and studies the new role that public interest plays in the effectiveness of precautionary measures, making special reference to the concept of irreversible damage.

KEYWORDS: Contentious Administrative Jurisdiction. Administrative act. Precautionary measures. Public interest. Resources. Damage.

## I. INTRODUCCION

La cuestión de las medidas cautelares, a día de hoy, en los inicios del siglo XXI, con una justicia administrativa lenta y que suele pronunciarse sobre la legalidad de la actuación administrativa cuando esta se ha consumado tiempo atrás, constituye uno de los temas centrales del entero sistema del Derecho Administrativo. Por muchas razones, entre otras, porque el juicio cautelar, que no es un juicio de validez, sino de eficacia, se nos presenta como un primer test sobre la eficacia del acto y su posible afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En efecto, la tensión entre eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad, que son dimensiones temporales de la eficacia, y tutela judicial efectiva, constituye el ámbito propio en el que despliegan su virtualidad operativa las medidas cautelares.

El dogma de la ejecutividad del acto administrativo, uno de los principales pilares de la construcción continental europeo del Derecho Administrativo, está siendo reinterpretado a la luz de los principios y criterios constitucionales; en especial, desde el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, en España, como en otros países de nuestra cultura jurídica, han traído consigo una nueva dimensión de la tutela judicial efectiva: la tutela judicial cautelar.

Tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo español en un auto de 18 de julio de 2006, la razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre desde que se inicia el proceso hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. O, lo que es lo mismo, que se pueda asegurar razonablemente la efectividad de una sentencia futura, que pueda llevarse a la práctica, como sigue diciendo el Tribunal Supremo español en el auto citado, de modo útil. Si el acto se ejecuta, desaparece su objeto, y por ello la pretensión del recurrente se desnaturaliza al igual que una eventual sentencia favorable a quien insta la medida cautelar. Si el recurso pierde su finalidad legítima, por haberse ejecutado inmediatamente el acto, sobre todo en los casos de daños irreversibles, entonces la justicia se torna ilusoria con la consiguiente desmoralización del pueblo, que empieza a perder la fe en la impartición eficaz de la justicia.

Es interesante, a estos efectos subrayar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de diciembre de 2011 cuando señala que “hay que tener en cuenta que la regulación de las medidas cautelares en la Ley obedece a la finalidad de respetar durante el proceso la tutela judicial efectiva o si se prefiere impedir que la pendencia del proceso cause situaciones irreversibles; de ahí que la doctrina jurisprudencial en relación con la adopción de medidas cautelares en el seno del proceso contencioso- administrativo se sustente en que, ante una pretensión de suspensión de actos impugnados en sede jurisdiccional (u otra medida positiva), el marco a

tener en cuenta es la propia Ley Jurisdiccional. Es decir, la clave para la adopción de la medida cautelar reside en evitar que se consoliden situaciones irreversibles, que son aquellas que, en terminología de la Ley española de 1988, hagan perder al recurso su finalidad legítima.

En efecto, la adopción de medidas cautelares, como dispone el artículo 130 de la Ley de 1998, podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto “pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Se configura éste, sigue diciendo la sentencia de 12 de diciembre de 2011, como el elemento esencial, la premisa o cuestión que ha de plantearse el juzgador a la hora de examinar la solicitud cautelar, siempre dentro del principio de congruencia. En tal sentido, el artículo 129 establece que los interesados podrán solicitar la adopción de cuantas medidas “aseguren la efectividad de la sentencia”, la cual vendrá delimitada en cada caso en relación con la pretensión deducida en el proceso que marca el límite máximo de lo que se puede conceder en la Sentencia (art. 31, 33.1, 68.1.b), 71 y 103 y ss de la LJCA, sin olvidar el art. 24 y 117.3 de la Constitución. En definitiva, en sede de medidas cautelares estamos ante problemáticas que han de plantearse y resolverse casuísticamente, esto es, en función de las circunstancias concretas que concurren de modo que no han de ser necesariamente aplicables al caso concreto algunos razonamientos o soluciones generales”.

Es decir, es tanta la trascendencia que tiene la justicia cautelar cuándo la lentitud es la característica esencial de la Administración de justicia, que en estos procedimientos se ha concentrado, aunque sea una justicia provisional, una de las principales expectativas para la obtención de resoluciones judiciales en tiempo razonable. No en vano hace años Carnelluti sentenció que la justicia cautelar se está convirtiendo en la única justicia, reflexión que debe llevarnos a construir una justicia cautelar que se mueva en el ámbito de una tutela judicial efectiva que impida las situaciones de indefensión a que podría conducirnos una perspectiva absoluta del dogma de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

En efecto, la cuestión de la renovación de viejos dogmas, expresiones de la autotutela de la Administración pública, es la consecuencia lógica de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre las categorías que venían inveteradamente fundando el Derecho Administrativo en el viejo continente. No se trata, pues, de desmontar el viejo sistema del Derecho Administrativo continental, sino de “aggiornar” sus basamentos a la realidad social y normativa que, obviamente, ha cambiado y mucho, especialmente en materia de derechos fundamentales de la persona. No es que la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo deban desaparecer por mor de la relevancia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que hemos de reclamar una posibilidad del control judicial de la actuación

administrativa que sea razonable que evite las situaciones irreversibles. Es decir, que la justicia administrativa, especialmente la cautelar ha de poder conocer de determinadas actuaciones administrativas antes de que se hayan consumado o ejecutado, máxime cuando nos encontremos con situaciones de irreversibilidad, con situaciones en las que el recurso contencioso administrativo pueda perder su finalidad legítima.

En este punto es menester señalar que la evolución legislativa se ha producido a golpe de sentencia, por lo que los Tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo Español, han tenido el acierto, ya desde la interpretación de la Ley jurisdiccional de 1956, de abrir el camino que ha desembocado en la ley vigente de 1998 que, en esta materia, puede decirse que ha recogido fielmente las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales más relevantes producidas desde la aprobación de la Constitución en relación con la proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sobre los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Así lo ha puesto de manifiesto la exposición de motivos de la Ley de 1998 y así lo ha demostrado la centralidad de los derechos fundamentales en su proyección sobre el entero sistema del Derecho Administrativo.

El problema fundamental estriba, como veremos a continuación, en que el privilegio de la ejecutividad no puede operar al margen de la tutela judicial efectiva, por lo que el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de noviembre de 2003 señaló que “en el proceso administrativo, la justicia cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de la Administración, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 CE (“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”), así como el 153.6 CE (“El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: (...), por la jurisdicción contencioso – administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias”), y, en último término, respecto de la legislación delegada, el artículo 86.2 CE (“Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”).

El principio de la tutela cautelar, derivación de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, se nos presenta como límite infranqueable a la ejecutividad administrativa, por lo que las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales sino que, como ha señalado la propia exposición de motivos de la Ley de 1998 y afirma el Supremo en esta capital sentencia de 10 de

noviembre de 2003, se convierten “en instrumento de la tutela judicial ordinaria”, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa estas medidas en el ámbito del denominado Derecho Administrativo Constitucional.

Por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre y 2 de febrero de 2007, señalan que “con la nueva regulación concluye el monopolio de la medida cautelar de suspensión, perfilándose un sistema de “*numerus apertos*”, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo”. Las medidas cautelares no son excepciones, son facultades, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2002, que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario. Y será necesario cuando la ejecución del acto pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima. Esta es la nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el marco constitucional, una funcionalidad que se inserta en una justicia lenta que poco a poco, aunque no debiera ser así, va sustituyendo una justicia definitiva sobre la validez que llega muy tarde, y a veces en malas condiciones, por una justicia provisional, cautelar, que se centra en los efectos del acto en relación con la irreversibilidad del daño producido y con la naturaleza de la incidencia que pueda tener en el interés general.

En este sentido, como ya hemos indicado, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006 señala que la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra, como estableció ya el Tribunal Supremo del Reino de España por sentencia de 22 de julio de 2002, en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento firme suponga la pérdida de finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba anteriormente el artículo 122 de la ley de 1956, y como hoy dice expresivamente el artículo 129 de la ley jurisdiccional de 1998, asegurando la efectividad de la sentencia. Por ello, sigue diciendo esta sentencia, el “*periculum in mora*” forma parte de la esencia de la medida cautelar pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de manera útil. Sería inútil si es que el acto ya se ejecutó o si es que su conocimiento lesiona la tutela judicial efectiva. No digamos si es que la sentencia provoca o produce indefensión, situación que no es sólo exclusiva del accionar administrativo, también puede ocasionarse, aunque es más difícil, por el propio poder judicial a través de sus resoluciones.

Hoy, tras la ley de 1998, las medidas cautelares “podrán acordarse – dice el artículo 129.2 – únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Criterio que parece traer causa del artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 y

de la doctrina recogida en el auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, en el que se proclama el derecho a la tutela cautelar; y, por supuesto, de la sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, que establece que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”. Ahora bien, junto a este presupuesto es menester que la ponderación circunstanciada de los intereses en juego así lo aconseje.

La doctrina sentada en la sentencia *Factortame*, que introduce en el Derecho español el famoso auto de 20 de diciembre de 1990 del Tribunal Supremo, ponencia del profesor González Navarro, ha sido glosada, para el tema que ahora nos ocupa, por una sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo, siguiendo su jurisprudencia, entiende que parece como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a una tutela judicial cautelar por fuerza del principio del derecho que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Entiende también el Supremo español que esta tutela cautelar trata de evitar la frustración de una sentencia final, ya que de lo contrario, la obtención futura y dilatoria del reconocimiento de su previsible razón, no supone una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones, aunque posteriormente fuera resarcido en sus daños o perjuicios.

Este principio del Derecho Comunitario nos lleva a cuestionarnos hasta que punto en el análisis de la medida cautelar, aunque no es posible entrar en el fondo, en la cuestión de validez del acto norma recurrida, no es posible que el juzgador realice determinadas reflexiones en orden a analizar la consistencia o solidez de la razón que asiste a quien solicita la cautelar, reflexiones que de alguna manera sean inescindibles, inseparables, del juicio o test de legalidad.

Como es sabido, la preocupación por las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha cobrado un especial relieve en este tiempo debido, en gran parte, a su consideración como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución. Derecho que, como hemos comprobado, es de construcción jurisprudencial a partir de la introducción en nuestro Derecho de la doctrina *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de julio de 1990.

El caso es que la tutela judicial efectiva de carácter cautelar se ha convertido en un hecho cotidiano en los Tribunales contencioso-administrativos españoles, actuando como un mecanismo para asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva y como remedio para que ésta, llegada a su ejecución, no sea inútil.

En efecto, la potestad de los Jueces y Tribunales de adoptar medidas cautelares responde, como ha señalado el Tribunal Constitucional, “a la necesidad de asegu-

rar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional” (sentencia 218/1994) evitando que un posible fallo a favor de la pretensión “quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversibles de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento” (sentencia 218/1994). Esta es, en mi opinión, la clave del tema, evitar que se consoliden situaciones irreversibles que, obviamente, la indemnización “a posteriori” puede no restaurar. Para evitar que la ejecutividad genere supuestos de “irreversibilidad”, se somete a control judicial para que su entendimiento y aplicación se realice en el marco constitucional que dibuja el artículo 24.1. Esta referencia a la irreversibilidad, nudo gordiano de la materia que vamos a examinar, también puede colegirse sin especial dificultad de la línea argumental mantenida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo durante la vigencia de la Ley de 1956 tal y como tuve ocasión de estudiar, van a hacer ahora casi treinta años en mi tesis doctoral precisamente sobre la suspensión del acto administrativo en vía contencioso administrativa, entonces -1986- la única medida cautelar prevista en nuestro Ordenamiento jurídico.

El profesor García de Enterría, que ha estudiado a fondo esta cuestión, señala como auténtico hito de esta evolución el citado auto del Supremo de 20 de diciembre de 1990, en el que el ponente, Profesor González Navarro, configura un genuino derecho a la tutela cautelar, que se corresponde con un deber, por parte de la Administración y de los Tribunales, de acordar la medida cautelar que resulte necesaria para asegurar el contenido de la resolución que finalmente se adopte. En este sentido, el Tribunal Supremo – auto de 20 de diciembre de 1990 - señalaba lo siguiente interpretando, por elevación, el antiguo artículo 122 de la Ley de 1956, precepto que en el régimen anterior sólo preveía la suspensión como medida cautelar única:

“los estrechos límites del artículo 122 de la LJCA tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución, derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar”.

Estas aproximaciones, realizadas durante la vigencia de la ley jurisdiccional de 1956, prepararon el terreno para que la ley de 1998 dedicara al tema de las medidas cautelares nada menos que un capítulo: el capítulo II del título VI de la ley a través de los artículos 129 a 136.

El articulado que diseña el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares en la Ley de 1998 responde a lo dispuesto en su exposición de motivos cuándo reconoce que “el espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas caute-

lares posibles y determina los criterios que han de servir de guía en su adopción”. El legislador, pues, se limita a registrar lo que la jurisprudencia y la doctrina han venido señalando tiempo atrás en orden a disponer de una justicia cautelar de mayor calidad, para, desde el entendimiento de que esta modalidad de Justicia forma parte integrante del principio de tutela judicial efectiva, señalar que, estas medidas en modo alguno son una excepción, sino que, por el contrario, se nos presentan “como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que sea necesario”.

La doctrina está de acuerdo en situar como un elemento clave a la hora de tratar el fundamento de las medidas cautelares en general, el problema de la lentitud en la resolución de los procesos jurisdiccionales. El artículo 24.2 de nuestra Constitución afirma claramente que “todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...” por lo cual el retraso desproporcionado en la resolución de los procedimientos supone una grave conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de nuestra norma suprema. Así, además, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 26/1983, al afirmar que “desde el punto de vista sociológico y práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva”.

Básicamente, lo que se pretende es que la duración del procedimiento no altere el equilibrio inicial de fuerzas entre las partes. En otras palabras, el principio de efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdiccional que ampliamente traza su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control judicial sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto. La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto para evitar que pueda dar lugar a situaciones de indefensión, situaciones claramente prohibidas por la propia Carta Magna en su artículo 24.

El Tribunal Supremo ha construido recientemente, a partir de los preceptos que el legislador de 1998 dedica a esta materia un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136) con siete notas o características (sentencias de 13 de junio de 2007, de 6 de febrero de 2007, de 21 de junio de 2006, de 30 de noviembre de 2005 o de 14 de octubre de 2005):

En primer lugar, la regulación de las medidas cautelares en el orden judicial contencioso administrativo constituye un sistema amplio, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado, al especial de protección de derechos fundamentales de la persona. Las medidas cautelares pueden adoptarse respecto de actos y de normas, si bien en relación con las disposiciones generales sólo cabe la tradicional medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales



(artículos 129.2 y 134.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998). Respecto a la supresión de la especialidad que tenía la suspensión del acto en punto al procedimiento especial de derechos fundamentales, mi juicio es francamente negativo puesto que si tanto predicamos la centralidad de los derechos fundamentales de la persona, resulta que el sistema anterior de suspensión automática como regla salvo que el abogado del Estado acreditara un perjuicio grave al interés general parecía congruente con esa posición medular en el sistema jurídico. Ahora, al seguir las medidas cautelares en este procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona el régimen general, resulta que esa centralidad queda diluida, desnaturalizada.

En segundo lugar, las medidas cautelares se fundamentan en un presupuesto claro: el denominado tradicionalmente “*periculum in mora*”, ahora bajo el rotulo de la irreversibilidad, es decir, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que acontece cuando el daño ocasionado por la actuación administrativa recurrida es imposible de reparar razonablemente. Supuesto que se produce de ordinario cuando el acto se ejecuta antes de la sentencia, algo muy frecuente en un universo en el que prima, a veces de manera irracional, el dogma de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Por eso, el artículo 130.2 de la vigente ley jurisdiccional dispone que procederá “únicamente” la medida cautelar cuando “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Sin embargo, no es cierto que sea este el requisito o presupuesto único porque, como ahora señalaremos, es necesaria la concurrencia de otro elemento.

En tercer lugar, efectivamente, como parámetro o contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, como reconoce el Tribunal Supremo, al mismo tiempo, una detallada ponderación del interés general o de tercero. Tal ponderación o valoración jurídica habrá de realizarse en relación con el propio “*periculum in mora*”. En el mismo sentido, el propio artículo 130.2 de la vigente ley establece que, no obstante, la concurrencia del “*periculum in mora*”, “la medida cautelar podrá denegarse cuándo de esta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”. Ambos criterios, insisto, han de darse conjuntamente a través de una ponderación circunstanciada, como también dice la ley, de los intereses y de las consecuencias de la ejecutividad de la actuación administrativa.

En cuarto lugar, desde una perspectiva procedimental se apuesta por la motivación de la medida cautelar, lo cual es muy saludable y conveniente al sistema de justicia administrativa en el que cada vez la justicia cautelar tiene un papel más relevante. La motivación de la medida cautelar, como señala certeramente el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de octubre 2005, una de las más recientes, es consecuencia de la ponderación de los intereses en conflicto; así en el artículo 130.1.<sup>a</sup> se exige para

su adopción la previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, expresión que se reitera en el artículo 130.2 “in fine”, al exigir igualmente una ponderación en forma circunstanciada de los citados intereses generales o de tercero. Tal operación jurídica de ponderación implica una argumentación racional acerca de la incidencia de la cautelar en el interés general y de la previsibilidad de que la ejecución de la actuación administrativa pueda hacer la finalidad legítima al recurso. Es decir, su racionalmente se puede deducir una posible situación irreversible que haría inútil la interposición del recurso contencioso administrativo.

En quinto lugar, tal y como dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de “*numerus apertos*”, entre las que, sin duda se encuentran las de carácter positivo. En este sentido, el artículo 129.1 de la vigente se remite a cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Medidas que pueden ser de orden positivo y que pueden adoptarse en relación con actos negativos de la Administración pública, tal y como en este último caso previene, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001.

Por lo que se refiere al ámbito temporal de las medidas, la nota sexta subraya que la solicitud de las medidas cautelares podrá llevarse a cabo en cualquier estado del proceso (artículo 129.1 de la vigente ley con la excepción del número 2 para las disposiciones generales), extendiéndose en cuanto a su duración, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley (artículo 132.1 de la vigente ley de la jurisdicción contencioso administrativa), contemplándose, no obstante, su modificación por el cambio de circunstancias.

Y, finalmente, en séptimo lugar, como correspondencia a la apertura de las medidas cautelares del nuevo sistema, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse las medidas que sean necesarias para evitar a paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (artículo 133.1 de la ley de 1998), añadiéndose, además, que la misma podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho (artículo 133.3 de la ley jurisdiccional contencioso administrativa de 1998).

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de octubre de 2005, además de la doctrina expuesta, cita jurisprudencia abundante para concluir que el adverbio “únicamente” del artículo 130.1 de la vigente ley debe interpretarse teniendo en cuenta una doble referencia: “valorando no solo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la

medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada”.

Además, el Tribunal Supremo, por ejemplo, sentencia de 6 de febrero de 2007, extrae tres conclusiones de la exégesis del artículo 130.1 de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 que vale la pena exponer:

“a) La adopción de la medida exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

b) Aún concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga siempre a considerar un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cautelar al interés general o al de un tercer afectado por la eficacia del acto impugnado.

c) En todo caso, el juicio de ponderación que al efecto el órgano jurisdiccional ha de realizar ha de atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada”. Irreversibilidad y grave afectación al interés general o de tercero afectado han de integrarse armónicamente para que prospere la medida cautelar.

He aquí, pues, un diseño acabado del sistema cautelar del derecho español en el orden contencioso administrativo. Ahora corresponde, una vez establecido el contorno jurídico de la institución, analizar algunos elementos que ayuden a entender este completo sistema que el Tribunal Supremo español ha caracterizado con rigor y precisión.

## II.- EJECUTIVIDAD DEL ACTO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: DE LA LEY DE 1956 A LA DE 1998

Como es sabido, la Ley Jurisdiccional de 1956, en consonancia con el momento y las circunstancias históricas que presidieron su nacimiento, partía de una consideración general del efecto no suspensivo de la interposición de recursos en vía judicial contenciosa, contra actos o disposiciones administrativas. Frente a este principio, se contemplaba la sola excepción de que la ejecución de actos o normas pudieran causar perjuicios de reparación imposible o difícil, en cuyo caso el Tribunal, a instancia del interesado, podría acordar la suspensión. Este es, en esencia, el contenido del viejo

artículo 122 de la ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1.956, cuya exposición de motivos se situaba, sin embargo, un paso más allá de la propia regulación que interpretaba, al señalar que, a la hora de declarar la suspensión, se deberá ponderar en qué medida el interés público la exige. De igual modo, en relación con la dificultad de la reparación, dicha exposición de motivos afirmaba que no cabía excluirla, sin más, por el hecho de que el daño fuese evaluable económicamente. Es decir, el legislador tenía claro que los intereses en juego, especialmente el público, debían modular el régimen demasiado estricto del presupuesto de la irreparabilidad o difícil reparación.

Desde este punto de partida -que, como hemos visto, apuntaba en su propio nacimiento, unas interesantes posibilidades interpretativas- se edifica la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre las medidas cautelares en general y la suspensión en particular que, tiene, en su evolución, un antes y un después de la Constitución de 1.978.

En efecto, podemos, en primer lugar, identificar un progresivo debilitamiento del requisito de la imposible o difícil reparación de los daños, como elemento central del sistema, que parte, como hemos señalado, de la propia ley jurisdiccional de 1956. Del carácter vertebrador de este requisito de la dificultad de la reparación se ha señalado, con acierto, que desviaba la atención hacia un problema que no era el fundamental, ya que lo realmente decisivo es la protección de los bienes jurídicos en presencia en el caso concreto, mediante una solución de justicia material.

Se ha querido, también, buscar la causa de esta interpretación exclusivamente centrada en la dificultad o imposibilidad de reparación en la propia -e inadecuada-redacción del párrafo 2º del artículo 122 de la ley de 1956 y en el paralelo desconocimiento del contenido de la exposición de motivos, a cuyas posibilidades interpretativas ya hemos aludido y que, ciertamente, sólo al final de la vida de esta ley se le supo sacar toda la virtualidad que encerraba.

Pues bien, sobre estos presupuestos, la jurisprudencia se situó, en el momento inicial de la aplicación de la Ley de 1956, en una posición marcadamente favorable a la preeminencia de el principio de ejecutividad de los actos, denegando prácticamente como regla toda suspensión cuyo posible daño fuera evaluable económicamente, desoyendo, por otra parte, la propia exposición de motivos de la ley.

Ahora bien, esta posición inicial fue progresivamente matizada al socaire de la realidad constitucional que, a partir de 1.978, marcó una consideración nueva de las medidas cautelares y, entre ellas, de la suspensión, al entrar en relación ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Es, ésta, una de las consecuencias de la proyección

de un orden jurídico nuevo sobre unos cimientos viejos que precisaban de una tarea a fondo de remozamiento, rehabilitación y reconstrucción.

Efectivamente, el criterio de la reparación económica -y de su presupuesto: la evaluación de los daños- no podía ser considerado de manera absoluta, más bien requería de una solución valorativa caso por caso. A partir de aquí, la jurisprudencia entendió que el precepto del artículo 122 de la Jurisdicción de 1956 encerraba un concepto jurídico indeterminado, necesitado de ser traducido conforme al conjunto de circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. Casuismo que, unido a la citada, aunque tardía incorporación del texto de la exposición de motivos de la Ley de 1956 como elemento hermenéutico de primer orden, invitaba claramente a valorar los intereses implicados para decidir otorgar o no la suspensión. Tarea de ponderación que, sin embargo y como ya hemos advertido, es uno de los criterios determinantes que la Ley de 1998 establece para la procedencia o no de la medida cautelar.

El Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de llamar la atención sobre la necesidad de obrar en este tema de acuerdo con el caso concreto, recogiendo una vieja jurisprudencia que más que negar la virtualidad de los principios, los fortalece puesto que el caso concreto ha de ser analizado jurídicamente en el marco de la legalidad y de los principios generales del Derecho. Al casuismo en materia de medidas cautelares se han referido, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, de 21 de junio de 2006 o de 21 de marzo, puesto que la proyección de los criterios que establece la ley de 1998 para pronunciarse si procede o no la medida cautelar de que se trate ha de hacerse en el caso concreto y éste, la realidad, en muchas ocasiones revela o no la propia aplicación de los principios o criterios previstos en la ley. Casuismo integrado en los principios y, por supuestos, principios aplicados a la realidad.

A partir de la Constitución de 1978 el criterio de la irreparabilidad de los daños deja de ser, al menos en apariencia, el eje sobre el que pivota la suspensión de la ejecución del acto recurrido, entonces la única medida cautelar prevista en la ley. La necesidad de la solución justa en cada caso trajo como lógica consecuencia la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, teniendo muy en cuenta la incidencia del interés público. Y, en este punto, la combinación del criterio de los daños y la incidencia del interés público fue calificada por el Tribunal Supremo de “interpretación auténtica” del artículo 122 de la Ley de 1956, abriendo las puertas a la nueva regulación que hoy contempla el Derecho vigente.

Una nueva nota vino a completar este debate. En efecto, en el mismo sentido de la ponderación de intereses se pronunció la regulación del procedimiento de amparo constitucional en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que estableció que,

en materia de suspensión en esta vía, la Sala suspenderá el acto cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad y, a sensu contrario, podrá denegarse la suspensión solo cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales. Regulación, insisto, que hasta literalmente recoge el legislador de 1998.

Poco a poco, pues, como fruto de la labor del Tribunal Supremo basada en la cantidad y la calidad de sus autos relativos a la posibilidad de suspender actos recurridos, fue viendo la luz una nueva interpretación del artículo 122 de la Ley de 1956 en la que el criterio de la irreparabilidad o difícil reparación fue sustituido por la concepción de la “irreversibilidad” -que permite una más amplia tutela judicial- adquiriendo la ponderación del interés público en presencia, a partir de la consideración de lo expuesto en la exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional de 1956, un notable protagonismo. Hoy, la jurisprudencia más reciente entiende que el presupuesto fundamental que habilita la adopción de la medida cautelar es precisamente que el recurso pierda su finalidad legítima, lo que acontece de ordinario cuando se consuman situaciones “irreversibles” (sentencias de 27 de julio de 2005, de 8 de julio de 2005, ambas del Tribunal Supremo). Situaciones, insisto, como también reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que han de integrarse en el marco de la ponderación de los intereses en conflicto, especialmente en relación con la incidencia de la medida cautelar en el siempre relevante interés público.

Realmente, si la ejecutividad se fundamenta en razones de interés general, no parece muy aventurado pensar que la suspensión, o la medida cautelar de que se trate, pueda jugar cuando no haya interés público grave en la ejecución del acto o norma. Sabemos que el conflicto de intereses es frecuente en estos casos. Pero sabemos, también, que los principios constitucionales concretados en la “vis expansiva” de las libertades públicas y los derechos fundamentales deben abrirnos las puertas de la solución. La reciente jurisprudencia también se ha ocupado de este tema, por ejemplo, en las sentencias de 7 de noviembre de 2007, de 21 de junio de 2006 o de 18 de mayo de 2004.

No debe, sin embargo, asimilarse un progresivo aumento de la operatividad de las medidas cautelares con un paulatino debilitamiento de la ejecutividad. Más bien, por situar la polémica en los que entiendo son sus justos términos, es menester señalar la necesidad de integrar la ejecutividad en el marco constitucional en que discurre la Administración Pública. La ejecutividad debe, por tanto, entenderse precisamente en clave constitucional. Y, en esta línea, lo relevante es, como queda señalado, que el enjuiciamiento de dicha ejecutividad garantice la tutela cautelar que la Constitución hace nacer del principio del artículo 24.1 de nuestra Carta Magna.

En este sentido sí me parece interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987, según la cual, la potestad ejecutoria de la Administración, legalmente reconocida, no puede considerarse, en modo alguno, como opuesta a la Constitución, sino, muy al contrario, como desarrollo necesario del principio de «eficacia con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» que proclama el art. 103 de la Carta Magna. Ahora bien, que esto sea así, no quiere decir, ni mucho menos, que la tutela cautelar introduzca fuertes límites a la posición institucional de una Administración que ya no dispone de la ejecutividad. Más bien, de lo que se trata es de situar a la ejecutividad en el marco de la Constitución, tarea que reclama seriamente evitar que tal propiedad de los actos administrativos produzca situaciones de indefensión, situaciones prohibidas por la Carta Magna. Es decir, lo que a mi juicio no es compatible con la Constitución es una versión radical, absoluta, del privilegio de autotutela. La autotutela constituye un poder público que debe operarse en el marco de la Constitución, lo que quiere decir que también la tutela judicial efectiva, la interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de la indefensión deben integrarse como elementos del ejercicio de dicha potestad.

A partir de aquí, y a pesar de que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o en la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de 1978 se haya invertido la regla general de la no suspensión como efecto de la interposición del recurso, no debe deducirse que la suspensión deba ser la regla general ya que esta regulación no es más que la consecuencia de que, en determinados presupuestos -protección de libertades públicas hasta 1998 o sanciones administrativas- el Derecho se ajusta a la propia realidad y naturaleza de las cosas. Hoy, con la ley jurisdiccional de 1998 en la mano, como ya he señalado, el régimen de las medidas cautelares en los supuestos del procedimiento especial en materia de derechos fundamentales son las ordinarias, habiéndose terminado, desafortunadamente el régimen de la suspensión como regla salvo que se acredite el perjuicio grave al interés público. Aquí ha prevalecido el funcionalismo sobre la centralidad de los derechos fundamentales, ha prevalecido un exceso de realismo sobre la fuerza jurídica que deben tener los derechos fundamentales de las personas.

Como punto final a la construcción jurisprudencial que venimos describiendo, debemos situar el juego de la interrelación entre la ejecutividad y la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. Frente a quienes vieron en esta relación la necesidad de interpretar de modo distinto -cuando no de vaciar completamente de contenido- la regulación de la ley jurisdiccional de 1956, parece afirmarse una postura más razonable y equilibrada, según la cual, la protección de los derechos fundamentales -en especial del derecho a la tutela judicial efectiva- se satisface haciendo que la ejecutividad de los actos administrativos pueda ser sometida a la decisión de

un Tribunal y que éste, con la información y los instrumentos propios del principio de contradicción, resuelva en Derecho.

Sin ánimo de realizar una exposición exhaustiva de la evolución jurisprudencial bien difundida y conocida en esta materia- sí quisiera llamar la atención sobre algunas resoluciones judiciales que ilustran la evolución que hasta aquí hemos comentado, trabajando en este caso también con la interesante y evolutiva jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Efectivamente, la jurisprudencia ha sido la responsable de incorporar una nueva aproximación de las medidas cautelares, antes de 1998 la suspensión, mediante la cual éstas, o ésta según el tiempo en que nos situemos, dejó de ser un mero mecanismo excepcional, para convertirse en una pieza central del sistema de garantías consagrado en la Constitución, tal y como, por ejemplo, ya lo sabemos, ha registrado la exposición de motivos de la ley jurisdiccional de 1998. El nuevo camino no es ya la protección radical del interés público, sino la lógica constitucional de garantizar la plena eficacia de la decisión judicial sobre el conflicto, que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las exigencias ponderadas de la ejecución del acto en su conexión con el propio interés general

En esta línea, el auto del Supremo de 2 de noviembre de 1993, califica de provisionálísimas las medidas que adopta (comunicación telemática a la Administración de que se abstenga de adoptar medida alguna en tanto no recaiga resolución sobre la suspensión solicitada) que, evidentemente, no tienen su base en la regulación de la Ley de 1956, si no en otras normas (este caso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el auto entiende supletoria). El auto realiza una sutil distinción entre la suspensión de la eficacia del acto recurrido y la demora de su materialización, impuesta por el Tribunal sobre la base de la necesidad de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Este pronunciamiento no puede hoy considerarse como doctrina extendida en sede judicial. Es más, continuaron siendo mayoría los autos en los que el Tribunal Supremo se “ceñía” a la letra de la Ley de 1.956, para interpretar la necesidad de suspender la eficacia de los actos recurridos.

Hoy, tras la redacción del artículo 135 de la ley de 1998, las medidas provisionálísimas tienen especial relevancia cuando la naturaleza del caso lo permita.

La suspensión ha sido tradicionalmente, como hemos indicado, la única medida cautelar regulada en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, respondiendo a una necesidad actual por alejar el temor o peligro de un daño futuro, lo que hace aconsejable mantener el estado o situación que tienen las personas, cosas o derechos en el momento en que se solicita la medida, en el que no puede decidirse si el derecho esgrimido existe, y por ello si el sujeto activo lo ostenta frente al sujeto pasivo. Mientras tanto, los ciudadanos tienen derecho a que se respete su situa-



ción actual, porque han solicitado la tutela de los Jueces y Tribunales, ejercitando un derecho proclamado en la Constitución (artículo 24), tutela que no solamente ha de entenderse referida a una sentencia fundada que ponga fin al proceso, sino también ha de ser interpretada en el sentido de obtener una tutela cautelar, que se eleva así la condición de derecho.

### III. CARACTERIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares, como es sabido, presentan una serie de caracteres que suscitan el consenso doctrinal y entre las que pueden citarse las siguientes: instrumentalidad, homogeneidad, temporalidad y provisionalidad, variabilidad y jurisdicciónabilidad.

La instrumentalidad se refiere a que las medidas cautelares son únicamente concebibles en virtud de la interposición de un recurso contencioso-administrativo, recurso que ha dado lugar al proceso y al hecho de que lo que se persigue es el mantenimiento de la situación inicial; es decir lo que el particular pretende es que las cosas vuelvan a su estado originario. Esta instrumentalidad aparece reconocida en el artículo 129 de la nueva Ley, del que se infiere que las medidas cautelares dependen siempre del proceso principal, como lo subraya el hecho de que es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano que conozca del proceso principal y asimismo se da identidad de partes con el proceso principal. Asimismo, la medida cautelar es instrumento de la resolución definitiva, teniendo por finalidad permitir su ejecución y estando subordinada a ella. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal”

Al respecto de la homogeneidad, se puede señalar que las medidas que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden a la función de asegurar la efectividad de la misma; lo que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquélla frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho. Aquí aparece la cuestión relativa a si la medida cautelar supone un test previo de la legalidad del acto o norma; cuestión que debe rechazarse por ser contraria, dicha posibilidad, a la naturaleza jurídica de la medida cautelar. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es bien clara tal y como, por ejemplo, podemos deducir de las sentencias de 7 de noviembre de 2007 o de 18 de mayo de 2004. En esta última resolución judicial se afirma con toda claridad que si la medida cautelar anticipa el fallo sobre el fondo se desnaturaliza su

función propia, suponiendo una extralimitación del contenido propio de la medida cautelar.

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal. La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.

Esta provisionalidad aparece muy claramente en dos casos: las medidas “in-audita parte debitoris” del artículo 135 de la vigente ley y en los supuestos de impugnación de inactividades administrativas o de actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho que el artículo 136.2 de la ley de 1998 permite solicitar antes de la interposición del recurso para evitar la producción de daños irreversibles que harían que la medida perdiese su finalidad de instarse una vez iniciado el proceso. En los casos de las medidas provisionales, la clave reside en acreditar la existencia de causa objetiva de urgencia para proceder de acuerdo con este excepcional régimen. Y, en los supuestos de inactividad, ha de justificarse suficientemente que la posición jurídica de inactividad en verdad ocasiona situaciones irreversibles y contrarias al interés general.

Con la nota de la variabilidad se quiere indicar que la permanencia o modificación de la medida cautelar esta siempre condicionada al mantenimiento de los presupuestos que justificaron su adopción.

La medida cautelar podrá ser reformada, si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada, y en el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores.

Esto es lo que establece el artículo 132.1 de la nueva Ley, el cual partiendo de la cláusula “rebus sic stantibus” afirma que las medidas cautelares podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hayan adoptado. Como ha señalado el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, es menester, para que proceda la modificación de la medida, acreditar que se ha producido un verdadero cambio de situaciones fácticas o una situación sobrevenida a la existente al dictar la pertinente medida cautelar.

Esta manifestación de la “potestas variandi” de la Administración pública, se basa en una alteración del equilibrio de intereses en el que se fundamenta la adopción de la medida o en la propia desaparición sobrevenida de la necesidad de su existencia para garantizar la decisión final del proceso. Ahora bien, esta “potestas variandi” está sometida a las limitaciones establecidas en el artículo 132.2 de la Ley, ya que las medidas no podrán modificarse o revocarse en función de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de la cuestión litigiosa, ni tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el órgano jurisdiccional aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Estas dos excepciones pretenden evitar que la modificación de la medida pueda parecer que se trata de una pura decisión subjetiva completamente desvinculada de la aparición de nuevas circunstancias que deberán ser alegadas por las partes. En definitiva, las medidas cautelares no producen el efecto de cosa juzgada y son, por ello, modificables siempre que se produzca una variación de las circunstancias de hecho.

En cuanto a la jurisdiccionalidad, puede señalarse que está implícita en las notas anteriores puesto que significa que la adopción de la suspensión compete al órgano jurisdiccional que este conociendo el proceso principal ya que, según dispone el artículo 117.3 de la Constitución española de 1978, solo a los órganos jurisdiccionales les corresponde el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La nueva Ley, pues, pone de manifiesto el insuficiente tratamiento que las medidas cautelares recibían en la anterior regulación, regulación que fue ampliamente desbordada por la jurisprudencia y la práctica procesales, tal y como hemos señalado anteriormente

La Ley jurisdiccional de 1998 actualiza la regulación anterior en cuestiones tales como el establecimiento de una regulación común a todas ellas, cualquiera que sea su naturaleza o la ampliación de los tipos de medidas posibles.

La Ley opta así por una cláusula abierta que permita adoptar en cada caso concreto la medida que sea idónea para cumplir su función de garantía de la efectividad de la tutela judicial que se solicita. La Ley ha seguido así el criterio del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconociendo un genérico derecho a solicitar cualquier medida cautelar y no establece límites de ninguna clase ni en cuanto al tipo de medida que puede solicitarse y adoptarse ni en cuanto a los supuestos de hecho frente a los que procede su adopción ni tampoco en cuanto a los efectos que estas medidas puedan tener, optando por un régimen de gran flexibilidad, con dos únicos límites en los artículos 130.2 y 133.1, a los que me referiré posteriormente.

En efecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de octubre de 2003 ha señalado que “el carácter innominado de las medidas cautelares autorizadas por la ley

29/1998 permite que puedan adoptarse cualesquiera disposiciones de orden cautelar que sean proporcionadamente adecuadas al fin de garantizar la eficacia de la sentencia dictada (artículo 129.1), aún cuando no se trate de la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado”. Además, la referencia genérica de la Ley, sigue diciendo el Supremo, debe entenderse también como una remisión a las leyes que contemplan medidas específicas, en cuanto puedan considerarse expresión de los criterios de “*periculum in mora* y *fumus boni iuris*”

En este sentido, la innominatividad de las medidas cautelares resulta ser muy importante para el administrado, acorde con el artículo 24 de la Constitución y en consonancia con una concepción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cada vez menos revisor y más tendente a conocer del conjunto de pretensiones que puedan suscitarse frente a la actuación u omisión de la Administración. La jurisdicción contencioso – administrativa ha pasado de ser sólo revisora de un acto previo a centrarse en la protección jurídica de los derechos en juego, haya acto o haya omisión de la Administración pública.

Así, entre las medidas anteriormente no previstas y que ahora quedarían cubiertas con la nueva regulación, pueden citarse las condenas cautelares de hacer o no hacer, las medidas consistentes en la provisión anticipada de una deuda en caso de negativa injustificada de la Administración o la anotación preventiva de demanda sobre bienes inmuebles en materias urbanísticas.

Es interesante tener en cuenta la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de junio de 2014 para acceder a una cautelar positiva, escolarizar en castellano a un alumno en Cataluña, a partir del *fumus boni iuris*: “La necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Este principio, que resume la doctrina del “*fumus boni iuris*”, y que se enuncia desde la conocida Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, que asume este Tribunal Supremo, desde el Auto de esta Sala de 20 de diciembre de 1990, tiene cabal aplicación en este caso, en el que se acude al proceso para que se reitere lo que ya han acordado los Tribunales en asuntos idénticos anteriores. Es decir, para que se aplique al caso concreto una jurisprudencia ya consolidada y uniforme nacida para casos iguales al examinado. Y si bien es cierto que la Ley de la jurisdicción no hace expresa referencia al criterio del “*fumus boni iuris*”, sin embargo, la jurisprudencia ha limitado su aplicación, al amparo del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria en esta jurisdicción según la disposición final primera de la Ley de la Jurisdicción, a los supuestos más evidentes como la nulidad plena declarada por sentencia anterior, o como la existencia de un criterio uniforme y reiterado al respecto. Tal como venimos declarando que sucede en el caso examinado. Precisamente esa reiteración de pro-

nunciamentos judiciales en el mismo sentido determina que ahora apliquemos esa doctrina consolidada, por razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) e igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución). Esta misma circunstancia nos impide, igualmente, considerar que el contenido del auto recurrido sea impropio o inadecuado para una resolución sobre medidas cautelares. Teniendo en cuenta que se trata de la adopción de medidas de carácter positivo basadas en la apariencia de buen derecho, atendida la redundancia de pronunciamientos judiciales iguales.”

#### IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEY CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO

##### a) Presupuestos de las medidas

La doctrina ha señalado tradicionalmente tres elementos como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares: el “periculum in mora”, el “fumus boni iuris” y la fianza. De los tres, el único que contemplaba la legislación anterior (artículo 122 de la ley de 1956) era el “periculum in mora”, esto es, la irreversibilidad del daño que se deriva de la inmediata ejecución del acto administrativo en conjunción con el necesario transcurso del tiempo de cara a resolver el incidente cautelar. El Tribunal Supremo, para la apreciación de los daños a perjuicios que ocasiona la ejecución del acto administrativo, ha recurrido tradicionalmente al criterio de la ponderación entre los intereses públicos y privados en juego, tal y como ya hemos señalado.

A este respecto, la nueva regulación (sobre todo el artículo 130 de la ley de 1998) no parte de la prevalencia del interés público, sino de la ponderación de “todos los intereses en conflicto” que se comparan a efectos de que el Juez al Tribunal decida sobre la procedencia o no de la suspensión. Es decir, la “ejecutividad del acto” no puede de tal forma alegarse en el proceso, unida a la presunción de validez “iuris tantum”, como motivo de oposición a la práctica de la medida cautelar, sino que la prevalencia de un “interés público” en colisión con otros intereses públicos o privados en conflicto debe justificarse (en el propio procedimiento incidental-cautelar) en circunstancias determinantes de su “preponderancia” y de su “grave perturbación” en el caso concreto.

Por su parte, la consideración del “fumus boni iuris” en el proceso contencioso-administrativo se ha ido introduciendo en la jurisprudencia, no sin una lógica polémica, a partir del año 1990. En virtud de la aplicación del “fumus boni iuris” es posible valorar con carácter provisional las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 inaugura en nuestro Derecho (siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el asunto Factortame) una nueva corriente jurisprudencial sentando la siguiente doctrina fundamental para nuestro estudio:

“una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo permite descubrir cuando se lea desde esa atalaya que es el artículo 24 de la Constitución, que aquel principio del derecho comunitario estaba ya latente, escondido, en nuestro ordenamiento, y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos -que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver en el individuo un súbdito y no un ciudadano- permite hacer patente”.

Por otro lado, el propio Tribunal Supremo considera que para conceder la tutela cautelar el elemento que hay que analizar del “*fumus boni iuris*” es la alta dosis de razonabilidad entendida como “razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón” y de otra que existan “dudas razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa”. Sin embargo, hay que decir que este criterio no está consolidado en la jurisprudencia y que, según en qué casos y cómo se interpreta, puede hasta constituir un test previo de legalidad que no corresponde a la justicia cautelar.

Este criterio de la apariencia de buen derecho se hallaba incluido en el artículo 124.2 del Proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes. Sin embargo, la redacción final de la Ley la omitió al optar por acoger la fórmula del artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

De acuerdo con ello, la medida cautelar podrá adaptarse -dice el artículo 130- previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso y podrá denegarse si media perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La pérdida de finalidad del recurso ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, en relación con el recurso de amparo, en el sentido siguiente: se concede la suspensión cuando la ejecución del acto conlleve unos efectos que impidiesen la efectividad del amparo en caso de ser otorgado teniendo presente que la efectividad de la actuación no impida que las cosas pudieran ser devueltas al estado en que se hallaba antes de la ejecución.

No obstante, a pesar de la ausencia de referencias explícitas a la apariencia de buen derecho en la ley, parece que ha de considerarse que el órgano jurisdiccional, como ha establecido alguna jurisprudencia reciente, no puede abstenerse de tener

presente este presupuesto, ya que no hay nada que se lo impida en la nueva regulación aunque, es claro, no es criterio determinante y su consagración en la letra de la ley podría introducir un peligroso elemento interpretativo que podría hacer perder a la medida cautelar su naturaleza provisional. En mi opinión, como regla general, hay que estar a los criterios que establece la ley. Si en algún caso, el *fumus* es de tal magnitud o de tal evidencia, entonces motivadamente no veo mayores problemas en esgrimirlo. Pero a estos efectos hemos de tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005, ya glosada, no cita el “*fumus boni iuris*” entre las siete notas o características que a su juicio integran el sistema de la justicia cautelar establecido en la Ley de 1998. Supongo que será por alguna poderosa razón.

El Tribunal Supremo estableció en la sentencia de 10 de noviembre de 2003 que el “*fumus boni iuris*” debe ser un criterio a ponderar por el órgano jurisdiccional. Reconoce que, en efecto, “esta doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia deducida a los meros fines de la tutela cautelar. “Este es, bien establecido, el margen interpretativo para la apreciación de la apariencia de buen derecho en el caso de que sea conveniente su utilización.

Ciertamente, el legislador de 1998 no recogió en la letra de la ley este criterio que, sin embargo, si acoge alguna jurisprudencia cuya pervivencia en esta materia, como señala la sentencia de 10 de noviembre de 2003, se deriva “de la jurisprudencia y del efecto reflejo de la ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que si alude a este criterio en el artículo 728”. A ello habría que añadir que cierta doctrina científica se ha empeñado en acuñar este criterio como uno de los más relevantes en orden a la adopción de la medida cautelar con el resultado real de todos conocido.

El Tribunal Supremo ha entendido, siguiendo la opinión que aquí se mantiene, que la doctrina del “*fumus boni iuris*” debe matizarse y utilizarse en determinados supuestos: “de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta – auto de 14 de abril de 1997 – de actos dictados en ejecución, cumplimiento de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la Jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz”; (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003). Esta doctrina sobre los límites de operatividad del “*fumus boni iuris*” “debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por vez primera, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de

manera que por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito” (Autos del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1993, de 7 de noviembre de 1995, de 26 de noviembre de 2001, de 29 de diciembre de 2002 y sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997).

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en una sentencia de 13 de junio de 2007, la doctrina del “*fumus boni iuris*” “permite, en un marco de provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los argumentos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la justicia cautelar”. Tal doctrina es aplicable al análisis de la solidez de los argumentos que avalan a no incidencia que pueda tener la consideración del interés general en relación con la ejecución del acto o la adopción de la medida cautelar solicitada.

Recientemente, se han dictado nuevas sentencias por el Tribunal Supremo sobre esta cuestión que vale la pena comentar. En efecto, hay que tener en cuenta que la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2015 señala que “Por último en cuanto al *fumus boni iuris* para que sea admisible su invocación debe hacerse con prudencia en el proceso contencioso- administrativo. Expresamente prevista en el proceso civil, en donde tiene su ámbito natural (cfr artículo 728.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil), en este orden jurisdiccional se parte de un presupuesto -acto, disposición- cuya legalidad se presume en cuanto ejercicio de una potestad llamada a satisfacer intereses generales. Esta es la razón por la que la cognición del juicio cautelar en este orden se centre *ex lege* en un equilibrio entre el aseguramiento de una hipotética sentencia favorable (artículos 129.1 y 130.1 LCJA) con la necesaria preservación de los intereses generales o de tercero que pudieran verse gravemente perturbados”.

Como sigue diciendo la sentencia “desde este punto de partida para lo que no habilita la doctrina del *fumus boni iuris* es para efectuar un juicio prematuro, es decir, por sistema y por regla general, un enjuiciamiento adelantado sobre la prosperabilidad de la demanda o su falta de fundamento. Es por esto por lo que la cognición de la tutela cautelar no puede adentrarse en cuestiones de fondo reservadas a la sentencia en la que ya se hace ese juicio plenario una vez recibido el expediente administrativo, oídas las partes en la demanda y contestación y, en su caso, practicadas pruebas y evacuado el trámite de conclusiones”.

También sobre el *fumus boni iuris* hay que tener presente lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su recentísima sentencia de 23 de marzo de 2015 cuando se-



ñala que “La Ley de la jurisdicción de 1956 no hacía expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, como tampoco lo hace la vigente LJCA, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta (Auto del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1997); de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiéndolo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que “la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito ( ATS de 22 de noviembre de 1993 y de 7 de noviembre de 1995), entre otros”.

En materia de *fumus* es relevante lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 2014 al decir que “la doctrina del *fumus bonis iuris* para que sea admisible debe acogerse con prudencia en el proceso contencioso-administrativo. Expresamente prevista en el proceso civil, en donde tiene su ámbito natural (cfr. Artículo 728.2 de la Ley 2/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil), en este orden jurisdiccional se parte de un presupuesto -acto, disposición- cuya legalidad se presume en cuanto ejercicio de una potestad llamada a satisfacer intereses generales. Esta es la razón por la que la cognición del juicio cautelar en este orden se centre ex lege en un equilibrio entre el aseguramiento de una hipotética sentencia favorable (artículos 129.1 y 130.1 LJCA) con la necesaria preservación de los intereses generales o de tercero que pudieran verse gravemente perturbados.”

Sin embargo, desde este punto de partida, tal y como sigue diciendo de nuevo el Tribunal Supremo en esta sentencia, la doctrina del *fumus boni iuris* tiene límites. En efecto, “para lo que no habilita la doctrina del *fumus bonis iuris* es para efectuar un juicio prematuro, es decir, por sistema y por regla general, un enjuiciamiento ade-

lantado sobre la prosperabilidad de la demanda o su falta de fundamento. Es por esto por lo que la cognición de la tutela cautelar no puede adentrarse cuestiones de fondo reservadas a la sentencia en la que ya se hace ese juicio plenario una vez recibido el expediente administrativo, oídas las partes en la demanda y contestación, y, en su caso, practicadas pruebas y evacuado el trámite de conclusiones”.

Quedan exceptuados de esa regla general, sigue diciendo esta sentencia “aque- llos casos en los que sí puede entenderse que ya hay indicios de prosperabilidad. Es el caso de la existencia de pronunciamientos jurisdiccionales anteriores sobre el mismo objeto de litigio y, en su caso, presupuesto; también cuando se impugnan actos que tenían por cobertura normas previamente anuladas. Caso especial es el de actos nulos de pleno Derecho, en estos supuestos la apreciación de alguna de las causas de nulidad tiene que ser manifiesta, palmaria, lo que tiene, en parte, reflejo legal en los casos del artículo 136.1 LJCA”.

Por otra parte, la medida cautelar, como ya hemos tenido ocasión de examinar, se adopta para garantizar la eficacia de la sentencia frente al “periculum in mora”; sin embargo, es evidente que estas mismas medidas pueden a su vez provocar perjuicios que deben ser evitados. Ahora bien, la preservación de los intereses en conflicto, exigidos por el derecho a la tutela judicial efectiva, se opera a costa del titular que se beneficia de la medida, a través de la contracautela.

En opinión del Tribunal Supremo, el “periculum in mora” es “el primer cri- terio a considerar para la adopción de la medida cautelar, si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, no se agota en la fórmula clásica de irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso, si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales (sentencia 10 de noviembre de 2003). Éste es el fundamento último de la regulación del artículo 133 de la Ley, que parte de una consideración amplia de las medidas que pueden adoptarse al establecer que serán “las adecuadas para evitar o paliar los perjuicios”, si bien la medida típica por excelencia es la caución.

En relación con las contracautelas hay que tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2014 señala que “que las contracautelas o garantías para solicitar la suspensión cautelar deberán imponerse o exigirse cuando de la medida interesada se pudiesen derivar perjuicios de cualquier naturaleza para el interés general o para terceros. Así lo hemos declarado en la sentencia de 24 de abril de 2012, dictada en el recurso de casación número 2653/2011 , en la que reiteramos el criterio constante de la exigencia de afianzamiento para evitar los eventuales per-

juicios al Tesoro que podrían derivarse de la insolvencia de la persona o empresa obligada al pago de las correlativas deudas a favor de aquél. Dijimos en aquella ocasión que “ los intereses generales objeto de ponderación se respetan mediante la exigencia de garantías que eviten a la postre la pérdida de los ingresos públicos objeto de litigio, en tanto se dicte sentencia. La evaluación de los intereses en juego hace que, cuanto más elevado sea el riesgo de que la Administración deje de ingresar el importe debido, más preciso resulte el afianzamiento del pago como contracautela de la suspensión del acto impugnado. De otro modo, ni se evitarían ni se paliarían los eventuales efectos desfavorables para el erario público, consecutivos a la situación patrimonial de una sociedad que, según sus propias manifestaciones en la pieza cautelar, tiene dificultades financieras que le impiden obtener avales bancarios”.

La caución impuesta al demandante pretende, dentro de una mínima prudencia judicial, compensar a la Administración de los daños que pueda causar la inevitable incertidumbre que provoca, para ambas partes, el fallo de toda sentencia en relación con la determinación de quien se va a alzar con la razón.

A este respecto, la Ley amplía las posibilidades de constituir caución pues, frente a la regulación de 1956 que exigía su constitución “en metálico o fondos públicos, depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincias o en las de las Corporaciones locales respectivamente; o mediante aval bancario”, la nueva Ley dice que podrá constituirse “en cualquiera de las formas admitidas en Derecho”, sin limitación alguna.

La caución se instrumenta como una carga procesal y “*conditio iuris*” de la eficacia de la propia medida cautelar ya que la medida cautelar acordada -dice el artículo 133.2 de la nueva Ley- no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos. A ello se añade la propia afección de la caución, durante un año, al abono de los daños que la práctica de la medida hubiese podido originar conforme a principios similares a los que rigen la responsabilidad extracontractual ya que -como establece el art. 133.3- “levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud en dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho se cancelará la garantía constituida”.

De esta forma, no constituye obstáculo para la adopción y práctica de cualquier clase de medida cautelar, presupuesta su necesidad para evitar la preservación del interés preponderante, la eventual causación de daños o perjuicios irreparables o de muy difícil reparación u otros intereses concurrentes en conflicto, pues éstos encontrarán su garantía en todo caso en la mayor extensión de la caución.

Antes de pasar a analizar muy someramente algunas cuestiones procedimentales, procede señalar que el criterio de la ponderación de intereses: generales y de tercero es, en la letra del artículo 130.2 de la ley, criterio rector para denegar la medida cautelar cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. Este criterio de ponderación de interés es, en opinión del Tribunal Supremo, “complementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la Jurisprudencia”, entre la que cita el Auto de 3 de junio de 1997 al señalar que “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son ténues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto”.

#### b) Procedimiento

La pretensión de adopción de una medida cautelar se configura, de acuerdo con el artículo 131, como un incidente cautelar sustanciado en pieza separada y que será resuelto en un plazo breve, 15 días, precisamente por que lo que se trata de conseguir con el mismo es asegurar los efectos del proceso.

En los artículos 129 a 136 se especifican algunos aspectos concretos del régimen de las medidas cautelares. Entre estos pueden citarse los siguientes:

- Adopción en cualquier momento del proceso (artículo 129), si bien con dos excepciones: para el caso de disposiciones generales la petición habrá de efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda, y para el caso de inactividad de la Administración y vía de hecho cabe la posibilidad de solicitarlas antes de la interposición del recurso. Esta libertad de petición, siempre que no haya recaído sentencia firme, amplía de una manera plausible las posibilidades de apreciar los eventuales perjuicios que puedan derivarse a lo largo del proceso por la prematura ejecución de los actos impugnados.

- Audiencia de la parte contraria (artículo 131). Para el caso de que la misma sea una Administración Pública, la Ley trata de salvar la falta de personación de la Administración demandada estableciendo que la audiencia a la parte se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

- Comunicación de la adopción de la medida al órgano administrativo que hubiese dictado el acto (artículo 134), el cual deberá ordenar su publicación en el diario oficial si la suspensión se refiere a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

- La medida de suspensión es inmediatamente ejecutiva (artículo 134), siendo aplicable la regulación prevista para la ejecución de sentencias, de modo similar a como la hacía el artículo 125 de la Ley de 1956.

-Posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionalísimas (artículo 135).

Con el término medidas cautelares provisionalísimas se conoce, ya lo hemos comentado, la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, mientras se sustancia el incidente de suspensión, a fin de preservar la efectividad de la resolución que pueda recaer.

Esta posibilidad tiene su origen en dos autos bien conocidos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993. En estas resoluciones se declara la aplicación supletoria de las medidas cautelares atípicas o innominadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la disposición adicional sexta de la Ley de 1956 y se concluye en la posibilidad de acordar la medida de suspensión con carácter provisionalísimo, incluso “inaudita parte”, cuando su eficacia así lo exija, entre tanto se tramite y resuelva sobre la medida cautelar definitiva en la correspondiente pieza de suspensión. Los presupuestos a los que ha de atenerse el Tribunal para acordar la suspensión, según el Tribunal Supremo, son los propios de la suspensión ordinaria; es decir, la ponderación de intereses, la apariencia de buen derecho, la nulidad del acto, la irresponsabilidad de los perjuicios, el quebranto para los bienes públicos ... etc. Estas excepciones al principio contradictorio ya se recogen en el derecho comunitario (artículos 83 y 84 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 1991) y pueden encontrar su fundamento en la tutela judicial efectiva que exige la propia efectividad o utilidad del procedimiento cautelar.

Es posible adoptar la medida “inaudita parte”, si bien se reconoce un cierto carácter contradictorio a la adopción de las medidas instaurándose la audiencia de parte afectada en el breve plazo de tres días, atemperando así un tanto la inicial formulación jurisprudencial. Se prevé, asimismo, la posibilidad de modificación o levantamiento de las medidas provisionalísimas ya que no ha de olvidarse el carácter accesorio e interdependiente de estas medidas, determinante de la confirmación o en su caso revocación o modificación de las mismas; así, se levantarán las medidas si no se adoptó acuerdo de suspensión o de práctica de otra medida cautelar, se modificarán para adaptarlas a la propia intensidad de la medida cautelar adoptada, conforme a los principios de congruencia o proporcionalidad, o se confirmarán en el propio auto que ponga fin al incidente.

### c) Supuestos especiales

Por las especiales características la actuación administrativa adquiere en determinadas situaciones la Ley ha distinguido una serie de especialidades en varios supuestos:

### 1) Impugnación de una disposición general

En este caso, si los interesados quieren solicitar la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados habrán de hacerlo en el escrito de interposición o en el de demanda. Lo que se persigue con esta actuación es evitar la consolidación de situaciones firmes e irreversibles durante el tiempo de litispendencia del proceso dirigido a obtener la declaración de nulidad de la disposición general ya que ello podría conllevar limitaciones para el fallo.

De todo lo anterior se deduce que el Tribunal competente para adoptar la medida es el que lo sea para conocer del recurso directo o de la cuestión de ilegalidad ya que solo a través de estos dos procedimientos puede atacarse la vigencia de los preceptos de una disposición general.

En relación con la solicitud de cautelar de una disposición de carácter general, hay que estar a lo que dispone el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de marzo de 2015 al indicar que “hemos de resaltar, ante todo, la corrección del momento en que se procede a la formulación de la solicitud de la adopción de la medida cautelar interesada en el recurso. No es irrelevante la cuestión, porque dicha solicitud solo puede tener lugar en el escrito de interposición del recurso, contrariamente a la regla general de acuerdo con la cual la solicitud puede formalizarse en cualquier momento del proceso. En efecto, como vinimos a indicar en el Auto de 20 de diciembre de 2006: Como excepción a la regla general de que la adopción de medidas cautelares podrá solicitarse “en cualquier estado del proceso”, establecida en el número 1 del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción, el número 2 del mismo artículo ordena que la suspensión de una disposición de carácter general deberá solicitarse “en el escrito de interposición o en el de demanda”. El significado de esta excepción no es el que parecería desprenderse de su dicción literal, en el sentido de que, iniciado el recurso contencioso-administrativo en el que se impugne directamente una disposición de carácter general, por medio del llamado escrito de interposición al que se refiere el artículo 45.1 de aquella Ley, pudiera después, en el posterior escrito de demanda, solicitarse la suspensión de la disposición impugnada o de sus concretos preceptos que lo fueran. Si ese fuera el significado de la excepción que analizamos, el legislador se habría expresado en términos aún más claros, ordenando que, después del escrito de demanda, no podría solicitarse la suspensión. Su recto sentido, deducido del espíritu y finalidad de la norma, es que la suspensión de las disposiciones de carácter general directamente impugnadas sólo puede solicitarse en el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo, bien sea este escrito inicial el de interposición, bien sea el de demanda, por haber hecho uso la parte, en este caso, de la posibilidad que le otorga el artículo 45.5 de la Ley de la Jurisdicción.

Son dos las razones, sigue diciendo el Tribunal Supremo en la sentencia referida “que conducen a esta interpretación: una primera, nuclear o básica -que se conecta con los valores de seguridad jurídica, integridad del ordenamiento jurídico e igualdad en la aplicación de éste, y que nace por estar llamada toda disposición de carácter general a ser aplicada en múltiples actos singulares, posteriores y sucesivos-, consistente en la necesidad de que su suspensión cautelar sea acordada, no en cualquier estado del proceso, sino en el momento más próximo posible a la entrada en vigor de la disposición general, cuando todavía puedan ser escasos los actos dictados en su aplicación o los efectos derivados de ella; y una segunda, complementaria de la anterior, consistente en que una interpretación como la que se sostiene no merma, en cambio, el derecho a la tutela judicial efectiva, del que forma parte el instituto de la tutela cautelar, pues el destinatario de cualquiera de los actos de aplicación de aquella disposición general, puede impugnarlos, e impugnarlos con fundamento en la ilegalidad de la disposición aplicada (impugnación indirecta), renaciendo entonces la regla general de que las medidas cautelares contra el acto de aplicación pueden solicitarse en cualquier estado del proceso”.

En el caso de normas el Tribunal Supremo en esta sentencia de 23 de marzo de 2015 se recuerda la doctrina sentada en el Auto de 27 de noviembre de 2006, en el que la Sala del Tribunal Supremo recuerda que ha desarrollado una doctrina en relación con la suspensión cautelar de las disposiciones generales que puede concretarse en los siguientes puntos:

**a)** La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal se muestra restrictiva a la hora de conceder la suspensión cuando se encuentran en juego intereses públicos, siendo ello apreciable especialmente en aquellos casos en que la petición de medidas cautelares afecta a disposiciones generales, como aquí sucede y en los procedimientos selectivos de personal por parte de la Administración Pública.

**b)** En lo que afecta a disposiciones generales, señala el Auto de esta Sala de 28 de mayo de 1993 y reitera el posterior Auto de 16 de diciembre de 2005, que suspender el cumplimiento de una disposición general producirá un evidente perjuicio al interés general de un determinado administrado que puede ser perfectamente reparado, restableciendo en su integridad su derecho o, de no ser posible, mediante las indemnizaciones a que hubiere lugar.

**c)** Por otra parte, es doctrina constante de esta Sala (en Autos de 22 de febrero de 1996, de 22 de marzo de 1993, de 18 de julio de 2000 y de 8 de octubre de 2004, que cuando se trata de impugnación de disposiciones generales es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la Disposición General, exija la ejecución. En consecuencia, salvo evidencia de que puedan producirse perjuicios irreversibles, que no es el caso, en principio el daño que

hipotéticamente pudiera generarse derivaría de los actos de ejecución y no de la disposición general y la suspensión no afectaría en el mismo sentido al interés público, del que se derivaría un grave perjuicio si se suspendiese la aplicación de la disposición impugnada”.

Tratándose de un reglamento, existe un indudable interés público en la aplicación inmediata de las normas que se elaboran para integrarse en el ordenamiento y ser cumplidas por todos los afectados. La valoración del interés público adquiere, pues, un singular relieve cuando está en juego la efectividad de una disposición de carácter general, y ha de entenderse preponderante en estos supuestos, lo que impone, en principio, el mantenimiento de la vigencia de la disposición reglamentaria impugnada”.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, recuerda la doctrina sentada en el Auto de 23 de octubre de 2008, en cuya virtud “es doctrina reiterada de esta Sala que la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general supone per se un grave perjuicio del interés público, de modo que sólo en el caso de que se acredite que la aplicación de la misma cause grave daño concreto e individual cabe su suspensión. Esta afirmación inicial obliga al Tribunal con carácter prioritario a examinar, cuando se trata de la impugnación cautelar de disposiciones generales, en qué medida el interés público, inherente a la propia naturaleza de la disposición general, exige su ejecución. Atendiendo a lo expuesto, y salvo que se manifieste con evidencia la producción de daños irreversibles como consecuencia de la vigencia de la disposición general impugnada, lesión que corresponde acreditar a quién pretende la suspensión cautelar interesada, el perjuicio que presumiblemente pueda producir la vigencia de la disposición general sería consecuencia de los actos de ejecución que de ella dimanen y no de ella, por lo que la suspensión de esos actos no afectará al interés público, del que si derivaría un grave perjuicio si se suspendiese la aplicación de la disposición impugnada”.

En estos casos, hay una presunción de interés público en la existencia de la misma disposición general, pues, como sigue diciendo el Tribunal Supremo en esta sentencia de 23 de marzo de 2015 “el interés público está implícito en la naturaleza misma de la disposición general y lo normal es no acceder a la suspensión en estos supuestos, puesto que ello sí constituiría un perjuicio del interés público. Los reglamentos son el complemento indispensable a las leyes que desarrollan y constituyen de este modo un instrumento sin el cual la efectividad de las propias leyes queda comprometido. La vocación conformadora de las relaciones jurídicas propia de las disposiciones normativas demanda imperiosamente su aplicación en cuanto reflejan una solución que se estima la más adecuada a los intereses generales, los cuales de otro modo pueden verse gravemente perturbados”.



## 2) Actos de contenido negativo

En relación a los actos de contenido negativo, la solución que tradicionalmente ha venido ofreciendo el Tribunal Supremo ha sido su denegación.

Del análisis de la jurisprudencia se deduce que solamente se otorga la suspensión en los supuestos en los que un determinado acto suponga la clausura de una actividad industrial o un negocio en los que se podrían producir perjuicios o daños de imposible o difícil reparación. En todos los demás casos, el alto Tribunal estima que resulta improcedente la suspensión de actos administrativos de contenido negativo puesto que, en caso contrario, por vía cautelar se produciría el otorgamiento de lo pedido en vía administrativa lo que no se ajusta a la naturaleza de la suspensión solicitada para mantener la situación anterior al acto impugnado y no para crear una situación jurídica nueva por esta vía.

No obstante, esta línea jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha acordado en algunas ocasiones (autos de 21 de marzo de 1991 y 29 de marzo de 1993) la imposición a la administración de una determinada conducta, como medida cautelar durante el proceso de impugnación de un acto administrativo negativo.

Con la nueva regulación, que admite la posibilidad de solicitar medidas cautelares en los casos de actos, disposiciones, actividad de la Administración y vía de hecho y amplía las medidas a adoptar a otros supuestos distintos de la suspensión parece que hay que estimar la inexistencia de limitación alguna derivada de la naturaleza de la actuación que motiva el proceso.

## 3) Inactividad de la Administración y vía de hecho

Para estos supuestos el artículo 136 de la Ley establece una presunción favorable a la adopción de la medida cautelar; presunción que sólo puede destruirse mediante la acreditación de la situación o perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Además, el apartado 2 de este mismo artículo, reconoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares con anterioridad a la iniciación del proceso sometidas a la condición de petición de notificación por el interesado al interponer el recurso, interposición que deberá realizarse en el plazo de diez días desde la adopción de las medidas cautelares.

## 4) Actos que afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas

La Ley regula en el Capítulo I del Título V (art. 144 a 122) el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas, en desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución.

A los efectos que ahora interesan, lo más destacable es la supresión de la suspensión prevista en el ya derogado artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Este precepto establecía la suspensión del acto impugnado salvo que se justificara la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Sin embargo, pese a la dicción literal del precepto, la jurisprudencia terminó exigiendo los requisitos ordinarios para adoptar la medida cautelar de suspensión. En cualquier caso, juzgo un desacierto la aplicación a estos supuestos del régimen general de las medidas cautelares de la Ley de 1998.

Así, en este aspecto concreto, la Ley recoge una práctica jurisprudencial ya consolidada y no hace mención alguna en la regulación de este procedimiento a medidas cautelares específicas por lo que se aplicará el régimen general. En este sentido, el legislador parece considerar que la brevedad de los plazos de este procedimiento especial hace que no sea necesario establecer regulaciones específicas en materia de medidas cautelares.

#### 5) El caso especial de la suspensión de acuerdos de corporaciones o entidades públicas

Al amparo del artículo 111 de la ley 30/1992, todo acto administrativo puede ver suspendida su ejecutividad al ser impugnado en vía administrativa. Estas resoluciones son de carácter administrativo y no están relacionadas con la suspensión cautelar acordada en vía jurisdiccional y regulada en los artículos 129 y siguientes de la Ley.

De este mismo carácter administrativo participa la suspensión previa de acuerdo de Corporaciones o Entidades públicas prevista en el artículo 127 de la Ley. Esta medida ya estaba contenida en nuestro ordenamiento (artículo 67 de la Ley de Bases de Régimen Local) y, la nueva Ley la recoge extendiendo su aplicación no solo a las entidades locales sino también a los actos y acuerdos de cualquier entidad pública siempre que dicha posibilidad esté expresamente prevista por las leyes.

## V. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La exposición de motivos de la Ley actual destaca, como hemos señalado, la atención que la norma presta a las medidas cautelares ampliando su tipología anteriormente limitada únicamente a la suspensión. Por ello, la Ley parte de una regulación análoga a todas las medidas cautelares con independencia de cual sea su naturaleza con el criterio de adopción de que la ejecución del acto o de la aplicación de la disposición puedan hacer perder su finalidad al recurso, pero siempre sobre la base de la ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Por ello, como señala la exposición de motivos, la suspensión ya no puede ser la única medida cautelar posible por lo que es el Juez o Tribunal el que debe valorar la adopción de las que, según las circunstancias, fuesen necesarias.

Como corolario de todo lo afirmado hasta aquí, podemos afirmar que el texto de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es un serio intento de encontrar un equilibrio -siempre dinámico entre la ejecutividad de la actuación administrativa y el respeto a los derechos de los ciudadanos. Para ello, se pone en manos de los jueces un instrumento -la aplicación de medidas cautelares- enmarcado en sus propias facultades para paralizar cautelarmente la actuación administrativa en función de la ponderación de los intereses -todos ellos, públicos y privados- en presencia.

En España, la incidencia de la Constitución sobre el entero sistema de Derecho Administrativo ha traído consigo la necesidad de reinterpretar tantas instituciones, categorías y conceptos que bien se puede decir que el nuevo Derecho Administrativo Español debe ser construido desde la luz constitucional y en el marco de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, posición metodológica que nos lleva a superar “aprioris” o “prejuicios” sin sentido y a colocar, con valentía y decisión, a la persona en el centro de este nuevo edificio jurídico.