

# LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO <sup>1</sup>

Por Jesús María Chamorro González

Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo.

Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia  
de Asturias

**1.- A modo de presentación. 2.- Introducción. 3.- El derecho a la tutela judicial efectiva y su trasunto del derecho a la tutela cautelar. 4.-Características de las Medidas Cautelares. 5.- Evolución legislativa y jurisprudencial. 6.- Regulación positiva de la tutela cautelar. 6.1 Cuestiones generales. 6.2 Aspectos procedimentales. 6.3. Criterios sustantivos de adopción de medidas cautelares 7.- La adopción de medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos que tienen por objeto disposiciones de carácter general. 8.- Conclusiones.**

**NOTA BIBLIOGRAFICA.**

---

<sup>1</sup> Texto del discurso de ingreso en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, leído en sesión plenaria y solemne el día 20 de marzo de 2013.

Excmo. Sr. Presidente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia, Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Principado de Asturias, Excmo. Sr. Fiscal Superior del Principado de Asturias, Ilmos. Sres. Miembros de la Junta de Gobierno de la Academia de Jurisprudencia del Principado de Asturias, Ilmo. Sres. Académicos de la Academia de Jurisprudencia del Principado de Asturias, Ilmos. Sres. y Sras., Señoras y Señores, Amigos todos,

1.- A modo de presentación.

Me invade en estos momentos un sentimiento de emoción, alegría y agradecimiento. Sinceramente la celebración de este solemne acto y la consolidación de mi condición de académico de número de la Academia asturiana de Jurisprudencia me llena de

orgullo y satisfacción. Necesariamente mis primeras palabras han de ser para agradecer a la Academia Asturiana de Jurisprudencia el honor de incorporarme a la misma como académico de número, y por supuesto también para manifestar públicamente mi satisfacción por alcanzar esta condición en el seno de una Institución del prestigio de esta Academia. Mi cariño y cercanía a esta Corporación se remontan no solo a mi época de estudiante de la licenciatura de derecho en el edificio histórico de la Universidad de Oviedo en la calle San Francisco, allá por los años 80 del ya pasado siglo, cuando acudía algunas de las conferencias y actos organizados por ella, sino a los inicios de mi andadura en la Carrera Judicial como Juez de 1ª Instancia e Instrucción de Pravia, momento en el que comencé a tener alguna tímida colaboración con la Institución, en concreto en la selección de sentencias para su publicación en la Revista. Posteriormente, en el número 19 de la Revista de la Academia, correspondiente al año 1995, siendo ya Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, publique un artículo sobre la protección de los espacios naturales, siendo ello el inicio de una colaboración que dio lugar a otros artículos e intervenciones en conferencias, mesas redondas y otras actividades organizadas por esta ilustre Academia.

Espero asumir con la solvencia necesaria el honor que me ofrecéis, y desde luego me embarga la emoción y la responsabilidad al compartir asiento con tantos y tan ilustres juristas que componen el Pleno de esta institución académica. Desde luego que el esfuerzo, la ilusión, y sobre todo la dedicación y el empeño, tratarán de paliar las deficiencias personales que pudieren presentarse.

El honor que recibo con mi entrada en la Academia se viste de una especial emotividad cuando voy a ocupar la vacante de Ilmo. Sr. Don José Álvarez Domínguez, ilustre jurista, que además fue Juez de Pravia y al que profesaba una grandísima admiración como persona, como compañero y como estudioso y amante del derecho, y cuya andadura ha seguido su hijo, el Ilmo. Sr. Don José Ignacio Álvarez Sánchez, hasta hace poco tiempo Presidente de la Audiencia Provincial, y uno de los impulsores de mi entrada en esta Institución, pero sobre todo amigo y compañero.

He de hacer también una mención especial a tres miembros de esta Academia que me han precedido en la Presidencia de la

Sala de lo Contencioso-Administrativo, primero de la extinta Audiencia Territorial de Oviedo y mas tarde del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias. Me refiero al Excmo. Sr. Don Eduardo Gota Losada, y a los Ilmos. Sres. Don Feliz Salgado Suarez y Don Cesar Álvarez de Linera y Uría. Muchas gracias por vuestro apoyo en mi ingreso en esta Casa y por ejemplo que siempre me habéis dado. En este capítulo de agradecimientos también he de incluir al Profesor Doctor, Tolivar Alas, Presidente de la Academia, muy especialmente por su ayuda y magisterio en mis estudios de doctorado en Derecho. Desde luego que quiero extender este sentimiento de gratitud a todos los aquí presentes, Académicos, Magistrados, Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales, Catedráticos, Abogados, Procuradores de los Tribunales y por supuesto a todos mis amigos.

Debo agradecer a la Academia que haya permitido que este acto se desarrolle en este Salón de Plenos del Tribunal Superior de Justicia, anexo a mi despacho oficial. Para mi tiene un profundo valor sentimental, ya que aquí jure, ante la Sala de Gobierno del por entonces recién creado Tribunal Superior de Justicia, el cargo de Juez, el 2 de Marzo de 1990, y años más tarde, el 19 de mayo

de 2004, tome posesión también ante la Sala de Gobierno y en este mismo lugar, de mi actual responsabilidad como Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. En ambos actos estaban presentes mi padre, ya fallecido, y mi madre, hoy imposibilitada para estar presente por su avanzada edad, pero a los que no puedo dejar de mencionar, así como a mi hermano también Magistrado, destinado en el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, lo que impide su presencia en este acto. Permítanme una personal referencia a mi familia aquí presente, especialmente a mi esposa y a mi hijo, a quienes quiero dedicar la satisfacción y el orgullo que me produce la celebración de este solemne acto. Sin su ayuda, comprensión y apoyo incondicional, nunca hubiera podido alcanzar la mayoría de las metas logradas en mi vida profesional. Muchísimas gracias de corazón. Os quiero dedicar especialmente el honor que hoy recibo.

A la hora de optar por un tema protagonista del tradicional discurso de ingreso, mi dedicación habitual y profesional al derecho público y sobre todo al proceso contencioso-administrativo como instrumento para ejercer la función jurisdiccional, ha cedido a cualquier otra preferencia. También contribuyo a ello el que mi

admirado amigo, el desde hace muchos años académico Ilmo. Sr. Don Rafael Fonseca, hubiera tratado en su discurso de ingreso, un tema procesal, la cuestión de ilegalidad.

La tutela cautelar era una de los temas estrellas en la doctrina y en la jurisprudencia de los años 90, en los que me incorpore como Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo, a este orden jurisdiccional, y siendo así además, que tuve el privilegio de hacerlo en un órgano judicial, la conocida Sala de Bilbao, pionera en muchos de los avances jurisprudenciales en la materia, como pudieron ser la doctrina del humo de buen derecho o la adopción de medidas cautelares de contenido positivo.

Creo que es este el momento adecuado para referirme, más brevemente de lo que sería mi deseo, a quien asume el papel de contestar este discurso de ingreso, y desde luego también impulsor de mi candidatura para el ingreso en esta Institución. Me une al Ilmo. Sr. Don Rafael Fonseca una larga amistad que desde el primer momento se impregno de admiración. No tuve la suerte de tenerle como profesor en mis estudios universitarios de leyes, por aquello de las diferentes Cátedras que había y hay en la Facultad

de Derecho de Oviedo. Sin embargo, y ya desde hace tiempo, puedo disfrutar de ese magisterio de forma más profunda e íntima. Primero porque no dudo en ayudarme, allá por el inicio de los años 90, cuando yo tenía el firme propósito de preparar la oposiciones restringidas de Magistrado Especialista del Orden Contencioso-Administrativo. Rápidamente puso a mi disposición cientos de folios con material para el estudio del amplio temario, de derecho administrativo y financiero. Y más tarde, porque tras afrontar aquella tarea con éxito, volvimos a coincidir en esta Sala, tras mi andadura por la de Bilbao y por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo. Fue él quien me apadrinó en la toma de posesión como Presidente de la Sala de lo Contencioso de Oviedo ante la Sala de Gobierno, y donde su colaboración, junto con la del resto de los compañeros y demás personal de la Sala, fue fundamental para acometer, creo que con éxito, la tarea de sacarla de la consideración de enfermo terminal con la que la había calificado el propio CGPJ, por razón de la gran cantidad de asuntos pendientes para despachar. Pero desde luego quiero destacar su gran capacidad de análisis, de comprensión del problema jurídico en ciernes, de razonar con agudeza y acierto, y sobre todo de explicar pedagógicamente en las largas sesiones de deliberación sus

argumentos y conclusiones. Es una suerte para la Sala de Oviedo contar con personas de la talla intelectual de Don Rafael Fonseca, pero sobre todo es un autentico privilegio para mí personalmente.

## 2.- Introducción.

Como antes indique, la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo ha sido siempre una cuestión central, pero sin duda alguna tuvo un dinamismo especial en los años 80 y 90, fruto del impulso que la doctrina y la jurisprudencia comunitaria y patria dieron al tema. La inolvidable obra del profesor García de Enterría “La batalla por las medidas cautelares”, o sentencias del entonces TJCE como la Factortame, de 19 de Junio de 1990 y autos como los de la Sala de Bilbao de 21 de Marzo y 14 de Octubre de 1991 o del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1990, iniciaron una dinámica en la que la importancia de la tutela cautelar en el seno del proceso iba a ser definitiva. Ciertamente nos encontrábamos en un momento en el que la planta de este orden jurisdiccional era extraordinariamente corta para la carga de trabajo existente, y donde solo existía un único instrumento procesal, el

procedimiento en primera y única instancia, largo y lento en su tramitación. El resultado de ello era un sistema de control judicial de la actividad administrativa muy lento, donde la posibilidad de obtener una tutela cautelar cobraba un interés especial, sobre todo desde el punto de vista de la eficacia. Quizás ahora, más de 25 años después, y con otros instrumentos procesales, sea el momento de hacer una nueva valoración de la situación, propósito que mueve este trabajo.

Efectivamente la planta del orden jurisdiccional no solo ha crecido cuantitativamente sino que se han incorporado órganos de nueva planta y diseño, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y además, a éstos se ha incorporado un nuevo cauce procesal, el procedimiento abreviado, muchísimo mas ágil y eficaz que el proceso comúnmente denominado ordinario, el de primera o única instancia. Los tiempos de resolución ya no son los mismos y por tanto las medidas cautelares se sitúan ahora en un escenario radicalmente distinto. Veamos pues, cual es el estado de la cuestión en la actualidad, afrontando especialmente un análisis del derecho positivo, que fundamentalmente se centrará en el contenido de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa, la Ley Jurisdiccional, y en la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como dispone la Disposición Final Primera de la Ley 29/1998.

3.- El derecho a la tutela judicial efectiva y su trasunto del derecho a la tutela cautelar.

El principio de eficacia en la actuación administrativa como garantía para una adecuada satisfacción del interés general en cada caso tutelado por la Administración pública, interés general al que deben servir aquellas con eficacia, y que se recoge en el artículo 103.1 de la Constitución, y en cuya efectividad se establecen determinados privilegios administrativos, a saber, las conocidas como autotutelas, declarativa, ejecutiva y duplicativa, es uno de los pilares en los que se fundamenta nuestra organización jurídico-administrativa. Así lo destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 178/1989, de 2 de Noviembre. Nos interesa en este momento la autotutela ejecutiva, es decir, aquella en cuya virtud los actos administrativos, una vez que nacen a la vida jurídica, son directamente ejecutables por la Administración que los dictó sin necesidad de acudir a ningún tipo de auxilio ajeno, ni siquiera al

judicial. Así lo recoge el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP, cuando establece que los actos administrativos producen sus efectos desde que se dictan, siendo inmediatamente ejecutivos, artículo 94, sin que ni siquiera la interposición de un recurso en vía administrativa suspenda esa eficacia, artículo 111.1. Desde luego que el Tribunal Constitucional ha avalado esa ejecutividad precisamente en ese principio general de servicio eficaz al interés general que les está encomendado a las Administraciones Publicas, sentencias 22/1984, de 17 de Febrero o 78/1996, de 20 de Mayo, entre otras.

Sin embargo es cierto que esa ejecutividad puede sentirse erosionada por la necesidad de que el control judicial de la actividad administrativa, artículo 106 de la Constitución, también pueda articularse en términos de eficacia, lo que podría encontrar importantes limitaciones si no existiera la posibilidad de que en determinados supuestos se mediatice ese principio general de la ejecutividad de la actuación administrativa. Efectivamente el artículo 24 de la Carta Magna recoge como derecho fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva, y el mismo podría ser afectado si existiera una ejecutividad ilimitada que impidiera la eficacia del

control judicial. Es por eso que la ejecutividad puede y debe ceder ante ese control si se dan determinados supuestos. No obstante, y moviéndonos ahora en el ámbito de los principios, el artículo 24 de la Constitución hace que se articule un sistema de tutela cautelar que permita limitar la ejecutividad en aras de asegurar la tutela judicial efectiva y que se diga por el Tribunal Constitucional que los órganos judiciales también están obligados a otorgar una tutela cautelar, tutela que se integra dentro del derecho general a la tutela judicial efectiva. Así la sentencia 66/1984, de 6 de junio, señalaba que ese derecho a la tutela cautelar se satisface facilitando un control de la ejecutividad por parte de los órganos judiciales competentes para el control judicial de la concreta actividad administrativa litigiosa en cada momento. De esta manera parece deducirse la imposibilidad de que se ejecute un acto administrativo antes de que se pueda producir un pronunciamiento sobre la eventual medida cautelar que se pueda pretender en el seno del proceso contencioso-administrativo. Esta es la doctrina que se contiene en la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de Mayo, donde se otorgo el amparo a un médico, con relación estatutaria, que tras ser sancionado con la suspensión de funciones, vio como la misma se ejecutaba cuando la

suspensión cautelar estaba pendiente de resolverse el vía judicial. Sin duda sería deseable que la Administración conociera o tuviera constancia de que se ha producido o se va a producir ese control judicial y que además se va a pedir la medida cautelar. Piénsese en que siempre puede haber un plazo de dos meses, el plazo máximo de interposición del recurso contencioso-administrativo, artículo 45 de la Ley Jurisdiccional, en el que la incertidumbre es máxima. Como ya tuvimos ocasión de afirmar en otro trabajo anterior, tal podría ser la función del preaviso para acudir a la vía judicial, preaviso que hacia obligatorio al futuro recurrente en vía contencioso-administrativa, el denostado, y ya derogado, párrafo tercero del artículo 110 de la Ley 30/1992, antes de su reforma, operada por la Ley 4/1999, de 13 de Enero, y que el Tribunal Constitucional reinterpreto en sus sentencias 76/1996 de 30 de Abril y 8/1996, de 23 de Mayo. En todo caso, y aun la supresión del preaviso, nada impediría en estos momentos que el mismo se realizara advirtiendo además a la Administración, futuramente demandada, que se va a pedir la medida cautelar y que por tanto, y hasta que se produzca esa decisión judicial cautelar, se abstenga de ejecutar el acto. Desde luego esa imposibilidad de ejecutar parece mantenerla en artículo 111.4 de la Ley 30/1992, cuando

prolonga los efectos de la suspensión acordada en vía administrativa hasta que exista un ulterior pronunciamiento en vía contencioso-administrativa. En todo caso sí que el artículo 233.8 de la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General tributaria, prevé el mantenimiento de la suspensión si el interesado comunica su intención de acudir a la vía judicial, en relación a los procedimientos tributarios.

Esta parece ser también la forma en la que el Tribunal Supremo ha entendido la tutela cautelar, y baste para ello los ejemplos que contienen las sentencias de 29 de Abril de 2008, 15 de Junio de 2009 y 27 de Diciembre de 2010.

#### 4.-Características de las Medidas Cautelares

a) Instrumentalidad. Es la nota verdaderamente típica de las medidas cautelares, las cuales no constituyen un fin por sí mismas, sino que están indudablemente preordenadas al aseguramiento de la sentencia o resolución final del proceso en el que adoptan. La tutela cautelar es, en relación con el derecho sustancial, una tutela

mediata; más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.

b) Provisionalidad. En principio las medidas cautelares fenecen cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, es decir, tienen vida mientras dura el proceso. No obstante, existe la posibilidad de que si cambian las circunstancias que condujeron a la adopción de las medidas cautelares, estas pueden ser modificadas o revocadas por razones sobrevenidas, aun cuando no haya finalizado el proceso principal. En palabras de CALAMANDREI la provisionalidad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad. En virtud de ésta la tutela cautelar suple un efecto a la decisión definitiva, y en virtud de aquella está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.

c) Revocabilidad. Las medidas cautelares pueden ser revocadas en cualquier estado del procedimiento. Precisamente, dado su carácter temporal se justifica este carácter provisional. Ante una modificación de las circunstancias que fundamentaron su adopción puede producirse su sustitución o revocación.

d) Accesoriedad. Son siempre accesorias al proceso principal del que depende. Cualquier eventualidad que suponga la finalización del proceso principal, supondría que perdieran su razón de ser y su eficacia las medidas cautelares adoptadas

e) Homogeneidad. Estas medidas alcanzan una mayor eficacia cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la ejecución del fallo definitivo. Las medidas cautelares deben adecuarse a las pretensiones de la acción principal, por lo que de modo alguno el Juez cautelar puede excederse del objeto del recurso. De ahí que se hable también de funcionalidad de la medida en el sentido de que ésta debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se ejercita y se pretende.

##### 5.- Evolución legislativa y jurisprudencial.

No se puede negar que el ámbito de las medidas cautelares es uno de esos campos donde las influencias han sido mayores y

más intensas, por lo que una adecuada comprensión del estado actual de la materia, nos obliga a realizar algunos apuntes en relación a la evolución de la doctrina jurisprudencial.

Comenzaremos por realizar una referencia a las previsiones de la Ley de 1894, conocida como Ley de Santamaría Paredes, cuyo artículo 100 se refería a la suspensión judicial de actos administrativos. La ley fundaba su regulación en la posibilidad de que se pudiera acordar la suspensión solo en aquellos supuestos en los que la ejecución pudiere irrogar a los interesados unos perjuicios de imposible o difícil reparación, y para ello utilizaba el criterio de la posible reparación del daño por equivalencia, lo que suponía limitar de forma clara las posibilidades de suspensión. La vigencia de la norma y la doctrina de ella derivada tienen su continuidad hasta la Ley Jurisdiccional de 1956.

En ésta, los artículos 122 y ss. diseñaban un sistema que tampoco dista en gran medida del anterior. La suspensión es la única medida cautelar prevista y el parámetro de decisión sigue siendo la contraposición entre los intereses en juego, el perjuicio para el particular derivado de la ejecución y la perturbación del

interés general si se acordara la suspensión. No debemos olvidar que la concepción exclusivamente revisora que esta Ley tiene de la Jurisdicción contencioso-administrativa condiciona lógicamente la forma de entender la tutela cautelar.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 supuso un giro copernicano en la concepción de nuestro derecho y especialmente del derecho administrativo. Como ya señalamos más atrás, el Estado de Derecho, el imperio de la Ley, el control judicial de la actividad administrativa y su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, suponen hitos en la historia de nuestro derecho que exigieron una nueva lectura de las previsiones de la vieja Ley de 1956. Es aquí cuando empieza a surgir una jurisprudencia, ya apuntada, que pone su atención en la necesidad de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, y en consecuencia en dotar de eficacia práctica a este derecho. Ciertamente el nuevo escenario provoca un aumento sin precedentes de las demandas de los particulares frente a las Administraciones Públicas, incremento de la litigiosidad que se afronta con una planta escasa y mal diseñada, a lo que se añade la carencia de instrumentos procesales eficaces. De esta manera, el atasco de los órganos judiciales de este orden

jurisdiccional es un clamor, y la duración de los procesos contencioso-administrativos se cuenta casi por lustros. No es de extrañar que en estas circunstancias, la necesidad de una adecuada tutela cautelar se mostrara, si cabe, más necesaria.

Paralelamente a este fenómeno y de la mano del entonces derecho comunitario, y más en concreto de la jurisprudencia del ahora TJUE, se abre una brecha importante en la materia. El humo de buen derecho como criterio de adopción de medidas cautelares, la apertura de éstas no solo a la suspensión sino también a las medidas de carácter positivo, etc., provocaron una imparable corriente doctrinal que empujó el cambio de orientación.

En efecto, la sentencia *Factortame*, de 19 de Junio de 1990 señalaba claramente que un Juez nacional que este conociendo de un litigio en el que se invocan derechos subjetivos conferidos por el derecho comunitario, tiene atribuido el poder de inaplicar cautelarmente su propio derecho interno, incluidas las normas con rango de ley formal.

Mas tarde la Sentencia Zuckerfabrik, de 21 de Febrero de 1991, establecio que el Juez nacional que este conociendo de un litigio en el que se invocan esos derechos de raigambre comunitaria puede suspender cautelarmente la ejecución de actos administrativos internos que se dicten en aplicación del derecho derivado de la Unión.

Asimismo la sentencia Atlanta de 9 de Octubre de 1995 permitía al Juez nacional adoptar medidas cautelares positivas contra actos administrativos dictados en aplicación de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona en el proceso.

En nuestra jurisprudencia las cosas no eran muy distintas y así ha de destacarse el conocido Auto del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1990 que se apoyaba, al igual que la sentencia Factortame y las conclusiones del Abogado General Tesauro, en el humo de buen derecho, "*fumus bonis iuris*", como elemento de otorgamiento de medidas cautelares, porque el proceso no puede volverse contra quien aparentemente tiene la razón. Los ya apuntados Autos de la Sala de lo Contencioso de Bilbao de 21 de Marzo y 14 de Octubre de 1991, acogen por primera vez la

adopción de medidas cautelares positivas, imponiendo cautelarmente a la Administración una obligación de hacer, en esa fase inicial del proceso judicial.

Desde luego a todo esto no es ajena la doctrina, que encabezada por el Profesor García de Enterría y su conocida obra ya citada, “La batalla por las medidas cautelares”, cuya primera edición ve la luz en 1992, impulsa también ese cambio de orientación.

Y es así como nos situamos ya en la etapa actual con una nueva Ley Jurisdiccional en 1998.

## 6.- Regulación positiva de la tutela cautelar.

### 6.1.- Cuestiones generales

Sin duda alguna que un análisis de la situación actual de nuestro sistema de tutela cautelar exige volver a reiterar el engarce constitucional de la cuestión, engarce que también debe referirse a derecho de la Unión Europea.

En relación a la doctrina constitucional, ya hemos visto como desde el principio el Tribunal Constitucional configura el derecho a la tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Los pronunciamientos no son pocos, desatancándose la ya citada sentencia 66/ 1984, de 6 de Diciembre o la 78/1996, de 20 de Mayo, y la mas reciente 159/2008, de 12 de Diciembre. La doctrina puede sintetizarse en que ese derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente cautelar se satisface facilitando que la ejecutividad de las actuaciones administrativas se pueda someter a contraste judicial, para que éste, con la contradicción propia del proceso judicial, decida sobre la cuestión.

En cuanto al derecho de la Unión ya hemos hecho una referencia al respecto más atrás, pero ciertamente la doctrina del TJUE aborda la cuestión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, y no desde la preponderancia o primacía del Derecho de la Unión, y buena prueba de ello es que cautelarmente se acuerda, no solo esa primacía con respecto al derecho interno, sentencia Factortame, sino la propia suspensión de actos que apliquen este Derecho, sentencia Atlanta. Además confirma con

indubitada convicción que el principio del “*fumus bonis iuris*”, puede y debe ser un importante instrumento o parámetro de decisión en el otorgamiento de la tutela cautelar.

A partir de lo anterior, el Capítulo II del Título VI, artículos 129 a 136, de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lleva por rubrica, “Medidas cautelares”. Su antecedente inmediato es el Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, presentado en la Quinta Legislatura y publicado en el Boletín de las Cortes Generales de 30 de Septiembre de 1995, cuyo Título IV, Capítulo V, Secciones 2ª y 3ª, se ocupaban de las medidas cautelares. Aquel proyecto no vio la luz del Boletín Oficial del Estado porque las Cortes Generales que lo tramitaban fueron disueltas prematuramente.

Pero volviendo a la vigente Ley Jurisdiccional, reformada en este aspecto por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, lo primero que llama la atención es que por primera vez se habla de medidas cautelares, y no de suspensión, expresión que cobra más interés cuando el artículo 129.1 se refiere

a la posibilidad de adopción de “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”. Es decir, el legislador prevé la posibilidad de cualquier medida, y desde luego no solo la suspensión, lo que da carta de naturaleza a las medidas positivas a través de las cuales se puede imponer cautelarmente una obligación de hacer, si ello puede coadyuvar a asegurar la efectividad de la sentencia, y por supuesto siempre y cuando no se perturbe el interés general. La propia Exposición de Motivos de la Ley explica esta apertura.

## 6.2.- Aspectos procedimentales

Antes de ocuparnos de los criterios de adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, es necesario que nos refiramos a los aspectos procedimentales de la tutela cautelar.

El artículo 129 regula el momento de solicitud de la medida cautelar, que lógicamente y de acuerdo con los principios que inspiran el proceso contencioso-administrativo, ha de ser a instancia de parte, que es la que debe pedir la medida concreta que

pretenda, así como fundamentar fáctica y jurídicamente su solicitud. Según el artículo 129 la petición puede hacerse en cualquier estado del procedimiento, aunque lo lógico y habitual es que se haga en el primer escrito procesal que se presente, tratando así de que cuanto antes se neutralice la ejecutividad de la actuación administrativa litigiosa, y haciendo ver a la vez que existe una afección a los intereses de la parte, que hacen que la petición se articule de inmediato. Lo normal es que sea en los escritos de interposición, en el procedimiento en primera o única instancia, y de demanda, en el procedimiento abreviado, mediante la tradicional y forense fórmula del otrosídigo.

El apartado segundo del artículo 129 se refiere a la adopción de medidas cautelares en relación con los procesos que tienen por objeto disposiciones de carácter general, pero a esta cuestión dedicaremos un apartado específico.

Continuando con los aspectos exclusivamente procedimentales, el artículo 131 de la Ley señala bien a las claras que el incidente cautelar deberá tramitarse en pieza separada de los autos principales, en una pieza que ahora ya se denomina de

medidas cautelares y no de suspensión, pieza que se tramitara con la lógica contradicción de todos los interesados, que podrán alegar lo que a su derecho convenga. Hemos de detenernos en dos cuestiones a hilo de esto último. En primer lugar que en esta pieza deben tener la oportunidad de alegar todos los interesados, incluso aunque aún no se hayan personado en los autos principales. Piénsese que no son pocas las ocasiones en las que éstos aun no están emplazados, ya que el emplazamiento se produce con la remisión del expediente administrativo, y ahora además con la supervisión del Secretario Judicial. Además el plazo de alegaciones no necesariamente debe ser de 10 días, pero sí que no podrá exceder de ese tiempo. La decisión revestirá la forma de auto y deberá dictarse en el plazo de cinco días. Si todavía no esta personada la Administración, los trámites podrán seguirse en la pieza directamente con el órgano administrativo autor de la actividad administrativa litigiosa.

Nada puede impedir que el incidente sea recibido a prueba si ello es necesario para proveer lo actuado, incluso no es imposible la celebración de una vista para alegaciones y práctica de medios probatorios tendentes a acreditar que se dan los requisitos para su

adopción, siempre que sean pertinentes y útiles, lo que en algunos órganos judiciales se hace con habitualidad para facilitar la celeridad en la tramitación. Incluso puede anticiparse la solicitud de remisión del expediente antes de resolver la pieza.

Si el órgano judicial detectara algún óbice en la relación jurídico procesal, que ahora supervisa “*prima facie*” el Secretario Judicial, podrá suspenderse el plazo para resolver la pieza, solventando en los autos principales la cuestión.

Entendemos que es necesario referirse al problema del recurso frente al auto que resuelve la pieza de medias cautelares, y decimos esto porque de conformidad con establecido los artículos 40.1 y 78.9 de la Ley Jurisdiccional para los procedimientos en primera o única instancia y abreviado respectivamente, la cuantía del procedimiento será habitual que no esté fijada cuando se dicte aquel auto. Como quiera que la posibilidad de recurso dependerá de esa cuantía, será necesario que la misma se fije antes de dictar el auto que resuelva la solicitud de medida cautelar, y ello para poner el preceptivo pie de recurso, lo que supondrá en el primer caso la devolución de la pieza a la Oficina Judicial para que por el

Secretario Judicial, que es quien tiene la competencia, se fije aquella, aunque sea “*ad cautelam*” y a los solos efectos de establecer ese anuncio de posibles recursos, y en todo caso poder resolver sobre la admisión del que se pueda interponer por la parte legitimada al efecto.

Sobre el alcance temporal de las medidas cautelares, después de algunos momentos de duda, la regulación de la Ley Jurisdiccional de 1998 parece haber dejado zanjada la cuestión. En efecto, el artículo 132 de esta Ley señala que “las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiarán las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado”. Ciertamente también el apartado segundo de este mismo precepto prevé que “No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los

criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”. Ahora bien como, a nuestro juicio, acertadamente ha señalado la jurisprudencia, que mayor modificación de las circunstancias puede suponer el que se dicte una sentencia en la instancia, estimatoria o desestimatoria, justificándose de esta manera la alteración de la medida cautelar acordada. En todo caso creemos que ha de ser el órgano que acordó la medida, y por tanto ante el que se sustanció la pieza separada, el que está habilitado para modificar la medida, y por supuesto no el órgano “*ad quem*” donde ahora se sustancia la fase de recurso, bien de apelación o casación en su caso.

En línea con lo que acabamos de exponer, si ciertamente ha recaído sentencia en la instancia, sobre todo si es desestimatoria, siempre cabría, aun cuando no fuera firme, solicitar la ejecución provisional de la misma, y así se prevé en el artículo 84 de la Ley Jurisdiccional cuando establece que la interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida, previsión que de nuevo repite el artículo 91 pero esta vez referido al recurso de casación. También la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente al proceso contencioso-

administrativo ex Disposición Final Primera de la propia Ley Jurisdiccional, establece en su Exposición de Motivos el principio general de la ejecución provisional y específicamente lo recoge su artículo 527. La ejecución provisional podría chocar con la medida cautelar acordada, que como hemos dicho estará en vigor hasta que recaiga sentencia firme. No obstante, el órgano judicial que deberá acordar la ejecución provisional será el de la instancia, es decir, el sentenciador, y por tanto el que como también hemos dicho, acordará la modificación, en su caso, de la medida cautelar. De nuevo reiteraremos el argumento de que la existencia de esa sentencia, aun no firme, supone un importante y trascendente cambio de las circunstancias que pudieron ser valoradas cuando se adoptó la medida.

Desde luego esta es la posición que parece mantener el Tribunal Supremo y citamos para ello las sentencias de 31 de Enero y la de 25 de Septiembre, ambas de 2000. En todo caso parece claro que cuando se ha dictado sentencia firme las dudas no existen, tal y como señala el artículo 132.1 y confirma el Tribunal Supremo, sentencia de 5 de Diciembre de 2000.

Desde la perspectiva de la tutela cautelar es necesario destacar la introducción por parte del legislador de 1998 de las denominadas medidas cautelarisimas o medidas adoptadas “*inaudita parte*”. Efectivamente el artículo 135 permite que el Juez o Tribunal, sin oír a la parte contraria, pueda acordar la medida cautelar cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso que se decide. Se trata de supuestos en los que esa urgencia no permita demorar la tutela cautelar pretendida. Desde luego habrá de darse el presupuesto de la especial urgencia, además de la concurrencia de los requisitos generales de otorgamiento que recoge el artículo 130 de la Ley para las medidas ordinarias adoptadas con contradicción. Este precepto, que tuvo precedentes en el actuar de algunos órganos judiciales antes de la entrada en vigor del mismo, ha sido modificado recientemente por la Ley 37/11, de 10 de Octubre, de medidas de agilización procesal. Efectivamente se ha tratado de dar solución a algunos de los problemas que la inicial redacción había generado. Tras la reforma no es necesaria la convocatoria de las partes a una vista oral si la medida cautelarísima se acuerda, sino que se podrá alternativamente optar por citar a las partes a esa vista o dar a las mismas un traslado por escrito, para que una vez

oídas y ya con contradicción, se acuerde en relación con el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida acordada en su momento inaudita parte. En el caso que la medida cautelarísima se deniegue, el propio Órgano Judicial la reconvertirá en medida ordinaria en su caso, ya que dará traslado de la petición al resto de las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga, y posteriormente resolverá sobre la medida ordinaria. Esto es ahora posible porque el precepto, en su nueva redacción, obliga a los solicitantes de la medida cautelarísima a argumentar su petición, no solo en relación a la concurrencia de motivos de urgencia, sino también a los parámetros del artículo 130, es decir, los que permiten acordar o denegar la medida ordinaria, previsión antes inexistente y que hacía que las solicitudes solo hicieran referencia a la eventual concurrencia de la especial urgencia.

Debemos añadir que la nueva regulación hace más viable y eficaz la labor jurisdiccional al permitir unos plazos de tramitación y resolución que aunque rápidos, no son tan rígidos y exigentes como los que contenía la redacción original. En relación a la referencia que realiza la Ley a la parte contraria de cara a su audiencia, entendemos que la misma debe incluir no solo a la Administración

Pública de la que emana la actuación administrativa litigiosa, sino también a cualquier interesado que deberá ser emplazado y oído.

Queremos destacar como no han sido pocas las ocasiones en las que, solicitada la medida cautelarísima ya iniciada la vía judicial o agotado el plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo, los órganos judiciales han querido ver en ese retraso una prueba evidente de que no concurre especial urgencia que precise el sacrificio del principio de contradicción.

El artículo 133 de la Ley Jurisdiccional regula la caución que pudiera exigirse como condición de eficacia de la medida cautelar. El precepto señala que cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios, además de la posibilidad de exigir la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos que será lo más habitual.

El precepto continúa diciendo que la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho.

Ciertamente en el contexto de crisis en el que ahora vivimos cada vez es más frecuente que se constituya la caución por medios distintos al tradicional aval bancario. En efecto, la habitualidad nos situaba en una realidad forense en la que la única caución existente era el aval bancario. Es claro que las resoluciones que adopten la medida supeditada a la prestación de caución no pueden restringirla exclusivamente al aval bancario, por muy cómoda que sea para los Juzgados y Tribunales esa forma de caución. La Ley Jurisdiccional establece, como hemos dicho, que cualquier caución admitida en derecho es válida, por lo que la hipoteca unilateral, la fianza etc., pueden servir si se declaran suficientes. Esa suficiencia será declarada por el Órgano Judicial competente, y en la mayoría de los casos se acordara tras oír a las partes personadas, especialmente a la Administración autora de la actuación administrativa afectada por la medida cautelar que lleva aparejada esa caución.

En el caso de que la recurrente sea una Administración Pública la practica forense habitual suponía que se le presumiera su solvencia, lo que implicaba que no se exigiera garantía a la medida cautelar adoptada a su favor en un litigio interadministrativo. Quizás en el escenario actual esa presunción de solvencia de las

Administraciones Publicas no sea lo más correcto, y ya hay quien se refiere al mito de la solvencia indubitada de las Administraciones Publicas.

La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente. De la mano de esta previsión ciertamente los usos forenses han llevado a algunos Órganos Judiciales a establecer en la parte dispositiva de la resolución judicial que adopta la medida un plazo para prestar caución. Sin duda esta fórmula permite mayor certeza a la actuación de las partes que tienen unos referentes temporales en relación con la efectividad de la medida. También es cierto que la ejecutividad de la actuación administrativa está ahí y por tanto no debe quedar al albur de la prestación de caución. En todo caso y en la situación actual los plazos no pueden ser exiguos ya que la negociación privada de los instrumentos de garantía conlleva un mínimo de tiempo material.

Creemos necesario referirnos a la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, por la que se aprueba la Ley de la Jurisdicción Social. Se trata de una Ley que atribuye en su artículo 1 a los órganos judiciales del orden jurisdiccional social el conocimiento del control de legalidad de determinadas actuaciones de las Administraciones Publicas, en lo que denomina actividad administrativa en materia laboral. Pues bien, la nueva Ley diseña un procedimiento con un importante número de especialidades en relación con el procedimiento laboral ordinario, para llevar a cabo ese control y efectivamente establece en su artículo 152 un sistema propio de medias cautelares, que por lo que aquí respecta, solo diremos que es prácticamente idéntico al recogido en la Ley Jurisdiccional, tanto en relación con los aspectos sustantivos como por lo que se refiere a las cuestiones de orden procedimental.

Desde el punto de vista de los procedimientos ordinarios que regula la Ley Jurisdiccional creemos necesario referirnos al Procedimiento Abreviado. La singularidad de este instrumento procesal en relación con las medidas cautelares se presenta de manera evidente, y ello porque si la medida cautelar persigue evitar que el tiempo que va a durar el proceso lo haga inútil, es evidente

que los tiempos de resolución de Procedimiento Abreviado en nada se parecen, en condiciones normales, a los del procedimiento en primera o única instancia. De entrada el Procedimiento Abreviado se inicia por escrito de demanda lo que supondrá que sea este el momento habitual de solicitud de la medida. Desde luego no hay ninguna especialidad en relación con los aspectos procesales o de fondo para la adopción de medidas en esta modalidad procesal. Si la vista se señala y celebra con rapidez, la medida debe adoptarse también con rapidez so pena de perder virtualidad como tal medida cautelar, ya que la sentencia resolverá definitivamente el litigio.

### 6.3.- Criterios sustantivos de adopción de medidas cautelares

Es imprescindible que abordemos en este trabajo el análisis de los criterios sustantivos de adopción de medidas cautelares. En cuanto a estos parámetros de decisión, la Ley Jurisdiccional de 1998 introdujo un importante cambio. Desde luego llama la atención el que el criterio del "*fumus bonis iuris*" no se contenga en el texto que vio la luz del Boletín Oficial, cuando es así que el proyecto que aprobó el Consejo de Ministros y se publicó en el Boletín de las Cortes lo contemplaba expresamente. Es evidente la voluntad del

legislador de prescindir del mismo y todo ello en las circunstancias más atrás expuestas. Hay quien opina que el hecho de que la LEC, artículo 728, contemporánea en la tramitación parlamentaria de la Ley Jurisdiccional, prevea ese criterio en el proceso civil y sea aplicable supletoriamente al proceso contencioso-administrativo, podría sostener su aplicabilidad. En todo caso el Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente que reconoce su viabilidad como criterio de decisión en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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. De toda maneras nunca puede suponer un adelanto de la decisión de fondo al tramite cautelar. En esta línea existe una abundante jurisprudencia, citándose aquí solo a modo de ejemplo la sentencia de 13 de Enero de 2011. En esta interesante sentencia, y muy resumidamente, se viene a decir que en relación al parámetro de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, ésta ha de reconducirse al “*periculum in mora*”, que se daría cuando la eventual sentencia estimatoria que recayera creara situaciones irreversibles. Ya en referencia al criterio del humo de buen derecho, en ella se condensa, a nuestro juicio de forma muy acertada, cual

es la situación en nuestra legislación positiva, LJCA y LEC y también en la jurisprudencia. Según esta sentencia, la medida cautelar sostenida en ese humo de buen derecho se limitaría fundamentalmente los supuestos antes señalados. De todas maneras nunca puede suponer un adelantamiento de la decisión de fondo al tramite cautelar.

Si que creemos que sería sostenible ese criterio del humo de buen derecho en los casos en los que la pretensión invocada tuviera anclaje en los supuestos reconocidos por el Derecho de la Unión, especialmente por la Jurisprudencia comunitaria, y que referimos más atrás. Así por ejemplo cuando ese derecho europeo fuera la base y fundamento de la pretensión.

De todas formas, el criterio decisor fundamental del que parte la ley es el del "*periculum in mora*", de forma tal que la medida será imprescindible si de no acordarse el recurso perdiera su finalidad. Por tanto habrá que determinar su alcance. Desde luego se entendería perdida la finalidad si la sentencia y el propio proceso se volvieran ineficaces en relación a su fin consustancial, así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 2004.

Nosotros entendemos que si la satisfacción de la pretensión reconocida en sentencia no fuera "*in natura*", sino por equivalencia, ciertamente podría mantenerse esa ineficacia del proceso para su fin propio. Ese aseguramiento de la finalidad del recuso se acordará, en su caso, previa valoración circunstanciada de los interés en conflicto, es decir, de la afección que la ejecución de acto pudiera tener en la situación jurídica del recurrente. La jurisprudencia es insistente en relación a que la alegación y prueba de esos perjuicios y de su irreparabilidad le corresponde al solicitante. Como hemos dicho, la irreparabilidad no debe ser el único elemento de determinación del perjuicio, sino que la eficacia del proceso en relación a su característico fin de otorgar tutela judicial efectiva se presenta como puerto final de destino. Es evidente que la casuística será la que nos dará la ponderación adecuada de los intereses en juego en cada caso, ponderación derivada del análisis de las concretas circunstancias concurrentes y acreditadas en la pieza separada correspondiente. No obstante, existen en abstracto campos especialmente abonados a la consideración de la pérdida de la finalidad legítima de un recurso como elemento a valorar en la adopción de la medida, y ese es el caso de las actuaciones administrativas que suponen la privación

de un derecho, caso de las sanciones administrativas. Ciertamente supuestos en los que la sanción de privación de un derecho se ejecute sin esperar al control judicial de fondo puede hacer perder la finalidad legítima del recurso si se dictara una sentencia estimatoria que anulara la sanción. En esos supuestos, difícilmente se podría reparar “*in natura*” el perjuicio causado, y posiblemente también el perjuicio para el interés general, derivado de la función sobre todo disuasoria o prevención general que implica el ejercicio del “*ius puniendi*”, pudiera ceder ante esa pérdida de la finalidad legítima del recurso. En todo caso habrá que estar a cada caso concreto.

Como clausula de cierre la Ley habilita la denegación de la medida cautelar cuando de su materialización pudiere seguirse una perturbación del interés general. Ciertamente en ocasiones no será fácil fijar con nitidez la ubicación de ese interés general y su afección. Así en materia de contratación pública el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico, aparenta buscar que en la actividad contractual que se cumplan los principios del derecho de la Unión, a saber, libre competencia, publicidad e igualdad, como manifestación de la libertad de

circulación. Parece como si se diese un cierto vuelco a la consideración del interés general. Todo apunta a que ha de prevalecer el cumplimiento de esos principios, ante los que debe ceder la necesidad del ente adjudicador en relación con el fin perseguido con la actividad contractual litigiosa.

Sera la resolución motivada del incidente la que determine finalmente esa ponderación y la consistencia e intensidad con la que se presenten unos y otros intereses.

En relación a esta cuestión de la perturbación del interés general, éste efectivamente se presenta como una clausula de cierre que permitirá denegar la medida, aun dándose las demás circunstancias. La jurisprudencia ha entendido que si se ha acordado en vía administrativa la medida cautelar, ello puede ser un síntoma de que el interés general no sufriría de acordarse la medida también en vía judicial. Se genera esa sensación si la propia Administración entiende que no concurre esa perturbación. Así por ejemplo, en materia tributaria, la normativa sectorial, la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria, establece en sus artículos 233 y ss. que la suspensión del ingreso se podrá acordar de

manera semiautomática si se presenta caución suficiente- incluso en los supuestos de sanciones tributarias el criterio legal es la suspensión sin caución, artículo 233.1 último párrafo-. Ese criterio se debe extender también a la vía judicial, pero no por razón de que se apliquen en vía judicial los criterios de la normativa administrativa, sino los criterios de la propia Ley Jurisdiccional, lo que es lógico si estamos en un proceso judicial. Lo cierto es que con estos últimos parámetros, la medida se podría mantener de entenderse que la suspensión ya acordada en vía administrativa supone un reconocimiento implícito de que no existe perturbación del interés general. La conocida sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998 ya mantiene esa postura, que parece reiterar la más reciente sentencia de la misma Sala 15 de Diciembre de 2011, aunque esta vez no de Pleno sino de su Sección Segunda.

Ciertamente similares previsiones a las de la Ley General Tributaria, mantiene con carácter general la Ley 30/1992, en su artículo 111.4, también referido a la revisión de actos en vía administrativa.

Consideramos necesario detenernos en las especialidades que plantea la solicitud de medidas cautelares en los procesos judiciales en los que se impugnan una resolución sancionadora. Parece claro que el ejercicio de “ius puniendi” por parte de las Administraciones Publicas supone la actuación de una potestad incardinada en la clásica actividad administrativa de policía que persigue la tutela de un determinado interes publico. Ya hemos dicho que la función de expiación de la culpa que tiene la sanción también lleva aparejada una función de prevención general, de forma tal que se produzca un efecto disuasorio general en la realización de determinadas conductas ilícitas. De ahí que la ejecutividad de la sanción encierre una importante trascendencia de cara al interés general. Sin duda también que de producirse un resultado estimatorio del recurso contencioso-administrativo, se podría perder la finalidad legitima del proceso si la sanción ya ha producido resultados irreversibles.

De lo anterior, y como ya dijimos mas atrás, se sigue una practica jurisprudencial que, sin perjuicio de atender las circunstancias del caso concreto a decidir, habitualmente deniega la suspensión cuando la sanción conlleva el pago de una multa, y a

salvo la multas de alta cuantía en relación con las circunstancias económicas y financieras del recurrente debidamente acreditadas, en tanto en cuanto que en los supuestos de sanciones que suponen la privación de derechos, se acuerda la suspensión cautelar de la efectividad de esa privación hasta que se dicte sentencia firme. Incluso si la sanción es mixta, multa mas privación de derechos, se puede suspender cautelarmente la privación de derechos y no la multa.

Una especialidad en relación con los criterios de adopción de medidas cautelares es la que nos ofrece el artículo 136 de la Ley Jurisdiccional en referencia al supuesto de recursos contencioso-administrativos que tengan por objeto pretensiones en relación con la inactividad – en sus dos vertientes de no hacer o no ejecutar actos firmes- o vías de hecho de las Administraciones Publicas, es decir, los supuestos recogidos en los artículos 29 y 30 de la LJC-A. En estos casos la presunción de la Ley se posiciona a favor de la adopción “*prima facie*” de la medida cautelar solicitada, salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, supuesto en que el Juez

ponderará en forma circunstanciada los elementos concurrentes antes de resolver.

El ámbito de control judicial que ofrecen los artículos 29 y 30 de la Ley Jurisdiccional, inactividad por razón de que la Administración no cumpla con una prestación concreta a favor de una o varias personas concretas derivadas de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, convenio administrativo o contrato, o el supuesto de inejecución por parte de la Administración de un acto firme o la vía de hecho, nos va a situar, en muchos casos, en las denominadas medidas cautelares de carácter positivo, es decir, las que suponen la imposición a la Administración de una obligación de hacer. Así será en los casos en la que la inactividad impugnada, de ser neutralizada, pueda hacer perder la finalidad legítima al recurso, lo mismo que cuando se produzca una vía de hecho, caso en el que se podrá acordar cautelarmente el cese inmediato de esa vía de hecho. Como ya dejamos claro más atrás, la Ley Jurisdiccional de 1998 no limita la posibilidad de acordar medidas cautelares distintas a la tradicional suspensión, pero sin duda será un ámbito en el que la medida y la prudencia deben evitar cualquier invasión ilegítima en

la denominada reserva de Administración, manteniendo una debida separación en las funciones de los distintos poderes del Estado.

Este mismo artículo, en su apartado segundo, establece una especialidad desde el punto de vista del momento de solicitud de la medida, ya que faculta a la parte recurrente a pedir la misma incluso antes del inicio propiamente dicho del proceso judicial. La tramitación de esa solicitud no aparece, a nuestro juicio, nítidamente resuelta en la ley. Se remite al trámite de las medidas cautelarísimas al que ya nos hemos referido. En todo caso parece claro que el solicitante debe interponer el recurso contencioso-administrativo en el plazo de 10 días a contar desde la notificación de la resolución que otorga la medida cautelar previa, procediéndose ulteriormente a la convocatoria de las partes a una vista que habrá de celebrarse en el plazo de tres días, y con audiencia de las demás partes resolver lo que proceda sobre la modificación, confirmación o levantamiento de la medida cautelar acordada con carácter previo.

Ha desaparecido de la nueva regulación un criterio que había tenido arraigo en nuestro ordenamiento jurídico, y que refería a la

tutela privilegiada de los derechos fundamentales en vía contencioso-administrativa. En efecto, el artículo 7 de la ya derogada Ley 62/1978, de 26 de Diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, establecía el criterio de la suspensión “*prima facie*” de las actuaciones administrativas impugnadas por este cauce procesal privilegiado, suspensión que solo podía denegarse en caso de que se justificara – y no solo que se alegase- que de la suspensión pudiera seguirse la existencia o posibilidad de un perjuicio grave para el interés general. La suspensión podía acordarse incluso sin caución. El nuevo cauce procesal de tutela de los derechos fundamentales en el denominado amparo judicial, se regula en el Capítulo I del Título V de la Ley Jurisdiccional, que no contiene previsión al respecto, por lo que habrá que estar a la aplicación de las normas generales ya examinadas.

7.- La adopción de medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos que tienen por objeto disposiciones de carácter general.

Nos centraremos a continuación en los procesos que versan sobre disposiciones de carácter general. A nuestro juicio y con carácter general, el sistema procesal contencioso-administrativo español requiere afrontar una reforma que introduzca mayor agilidad en la tramitación procesal en general, necesidad que se muestra con mayor intensidad en el control de legalidad de los reglamentos. Nos es este el momento de hacer un análisis profundo de la cuestión, que ya hemos realizado en otros lugares, pero si debemos recordar que el instrumento ahora existente para esta función es el procedimiento en primera o única instancia – ya que el control de la potestad reglamentaria está vedada a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo-, procedimiento largo y fundamentalmente escrito, que confrontado con el procedimiento abreviado nos conduce en no pocas ocasiones, a que cuando se dicta sentencia en el proceso de impugnación directa de una disposición general, ya está dictada sentencia en el recurso indirecto contra actos de aplicación que es su caso se haya tramita por ese procedimiento abreviado. Por tanto creemos necesaria la regulación de un proceso ágil y eficaz para llevar a cabo este control judicial de la potestad reglamentaria, donde la “*litis*” suele versar sobre aspectos netamente jurídicos. Un modelo de proceso

ordinario de este tipo con tiempos de resolución mas cortos, permitiría a su vez, que la tutela cautelar en estos procesos se pudiera concebir de otra manera.

Ciertamente la jurisprudencia en relación con las medidas cautelares en los procesos que tienen por objeto el control de legalidad de disposiciones de carácter general es muy restrictiva en orden a acordar la medida cautelar de suspensión de la eficacia del reglamento impugnado. La preceptiva valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional, y la necesidad de no perturbar gravemente el interés general, apartado segundo de este mismo precepto, encauzan una doctrina jurisprudencial que entiende que no debe suspenderse la eficacia del contenido de una disposición general, como uno de los máximos exponentes de una decisión administrativa que tiende a tutelar el correspondiente interés público, innovando además el ordenamiento jurídico. La disposición debe desplegar sus efectos de forma inmediata, pues su vocación es la de hacer efectiva una determinada decisión administrativa. Sin duda en esta doctrina se encierra un influyente y claro factor, a saber, no se entiende conveniente que la eficacia de una disposición general esté

suspendida durante los largos meses o años en que se retrasa la sentencia que decide el fondo. Piénsese en el clarificador ejemplo de un instrumento de planeamiento, por ejemplo un Plan General de Ordenación Urbana, que habiendo sido impugnado, no se suspenda por el hecho de que esa medida cautelar impidiera la urbanización, la ordenación territorial de una determinada zona, la puesta en marcha de infraestructuras urbanas, viviendas, etc., durante varios meses. Si la duración estimada de la tramitación, y por tanto el tiempo previsto para obtener una decisión de fondo fuera otro, ese factor podría influir para obtener una tutela cautelar; así sucedería si por ejemplo el tiempo estimado de duración del proceso fueran cinco o seis meses.

Sin embargo se está abriendo camino una concepción distinta, que partiendo del principio general de la pérdida de la finalidad legítima del recurso interpuesto, como elemento o criterio de adopción de medidas cautelares, invita a acordar la suspensión de la eficacia. Véase el caso propuesto de un instrumento del planeamiento impugnado, para evitar precisamente la consolidación de situaciones irreversibles hechas realidad al amparo de una norma cuya adecuación a la legalidad está siendo objeto de control

en el litigio principal. En esta línea podemos fijarnos en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Febrero de 2006.

Es evidente que si se dictase una sentencia anulatoria del Plan General, las obras realizadas al amparo de licencias otorgadas cuando la eficacia de aquel plan desplegaba sus efectos, estarían amparadas por el ya citado artículo 73 de la Ley Jurisdiccional, consolidando una situación de orden fáctico absolutamente contraria a derecho, pero de muy dificultosa neutralización.

En esta materia de las medidas cautelares en los procesos que tienen como objeto el control de legalidad de una disposición de carácter general, es necesario referirse al momento procesal oportuno para instar y por tanto solicitar la adopción de esa medida. Ciertamente el derecho a la tutela judicial encierra el derecho a la tutela cautelar, y por tanto también la regla general ha de ser la de que la solicitud puede hacerse en cualquier momento. También es cierto que si lo que se pretende es enervar los perjuicios derivados de la ejecución de la actuación administrativa correspondiente, lo razonable es que la solicitud se realice en el primer escrito que se dirija al órgano judicial competente. En estos procesos contra

disposiciones reglamentarias, el legislador ha querido que la petición de medidas cautelares se realice en el escrito de interposición, o en el demanda, si se hace uso de la posibilidad prevista en el artículo 45.5 de iniciar el proceso de directamente a través del escrito de demanda. Eso es lo que se prevé en el artículo 129.2 de la Ley Jurisdiccional, o al menos esa es la interpretación que nosotros defendemos. No tiene sentido que específicamente se disponga el momento procesal para realizar la petición en los supuestos de impugnación de disposiciones de carácter general, que por el contrario el apartado primero de este artículo establece como posible de realizar en cualquier momento del proceso en otros supuestos como regla general. Y la razón de esta precisión no es otra que no despejar cuanto antes cualquier duda sobre la posible suspensión cautelar de la disposición de carácter general en el seno del proceso, de forma tal que si no se realiza la petición en ese primer escrito dirigido al órgano judicial competente, bien sea el escrito de interposición del recurso o el de demanda si se inicia el proceso de este modo, no es viable la petición de medidas cautelares posteriormente, despejándose así la eventual suspensión de la eficacia del reglamento impugnado.

El Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 8 de Febrero de 2005, sede de Valladolid, abunda en esta cuestión, sosteniendo la necesidad de que la medida cautelar se solicite en el escrito de interposición, existiendo un voto particular, que aduciendo el derecho a la tutela judicial efectiva, y el antiformalismo derivado del principio “pro actione”, entiende lo contrario.

Como señala el artículo 134 de la Ley Jurisdiccional, La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. La misma consecuencia prevé este precepto cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

## 8.- Conclusiones

Sin duda que regulación vigente en materia de medidas cautelares dentro del proceso contencioso-administrativo ha sufrido una clarísima evolución en consonancia con la realidad jurídica con la que ha de convivir.

En primer lugar, porque el legislador y la doctrina jurisprudencial han tomado evidente nota de la necesidad de que la Constitución y en concreto el derecho a la tutela cautelar como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, han de ser el parámetro ineludible en la interpretación de la normativa legal, abriendo el camino a nuevas doctrinas jurisprudenciales que bajo ese paraguas tratan de armonizar y conciliar la efectividad final del proceso judicial y la adecuada protección al interés general.

En segundo lugar porque la situación que vive la Justicia Administrativa en España es muy distinta que aquella de la que dimos noticia al principio de este trabajo. La necesidad de que el proceso no suponga una carga para quien pretende utilizarlo como instrumento de tutela de sus derechos e intereses legítimos, no se presenta con la misma intensidad si ese proceso presenta unos plazos de resolución u otros, y precisamente en este aspecto se han dado pasos importantes para que el proceso no tenga una dilaciones indebidas tan acentuadas.

Por último, y en directa relación con lo anterior, la medida cautelar sigue siendo un instrumento clave dentro del proceso. La respuesta judicial nunca es, ni podrá ser, inmediata, y la necesidad de que se tutelen cautelarmente las pretensiones de las partes estará en muchas ocasiones presente, sea cual sea el plazo de resolución. Precisamente por ese carácter casuístico es por lo que han de ser los Órganos Judiciales los que resuelvan cada caso concreto, analizando y valorando las circunstancias concurrentes, aplicando esos instrumentos legales que ha de ser lo suficientemente dúctiles para permitir modular en cada caso la respuesta adecuada.

Muchas gracias por su atención.

## NOTA BIBLIOGRAFICA.

Aguado i Cudola, Vicenc. *La reciente evolución de la Tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo*. Obra colectiva “La protección jurídica del ciudadano. Estadios de homenaje al profesor González Pérez”, Civitas 1993, Tomo II, pág. 1625 y ss.

Aranguren Pérez, Ignacio y González Rivas, Juan José. *Comentarios a la Ley reguladora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Segunda edición. Civitas 2008, pág. 1283 y ss.

Bacigalupo Saggese, Mariano. *El sistema de tutela cautelar en el \*contencioso-administrativo*. RAP nº 128, 1992, pág., 413 y ss.

Calamandrei Piero. *Introduzioni allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova 1936.

Calderón Cuadrado, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Civitas, 1992, pág. 30 y ss.

Campos Sánchez Bordona, Manuel, coordinador. *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Obra colectiva. VIII 1999. CGPJ. Madrid.

Chamorro González, Jesús María. *La ejecutividad de las sanciones administrativas*. Actualidad Administrativa, nº 41, 1994, pág. 621 y ss.

Chamorro González, Jesús María, Román García, Fernando. *Conclusiones del seminario sobre el nuevo régimen de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*. Inédito. CGPJ Madrid, 2000.

Chamorro González, Jesús María. *El control judicial de las disposiciones de carácter general. Algunas consideraciones*. Cuadernos de derecho local, nº 18, pág. 64 y ss. Octubre 2008. Fundación Democracia y Gobierno Local.

Chamorro González, Jesús y Zapata Híjar, Juan Carlos *La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso contencioso-administrativo*. Aranzadi, 2003, pág. 173 y ss.

Chamorro González, Jesús y Zapata Híjar, Juan Carlos. *El Procedimiento Abreviado en la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Tercera Edición. Aranzadi, 2011, pág. 117 y ss.

Chico de la Cámara, Pablo. *La revisión de actos tributarios en la esfera local*. Revista Tributos Locales, Monografía nº 1 Noviembre 2012, pág. 86 y ss.

Chiovenda Giuseppe. *Istituzioni di Diritto processuale civile*. Editorial Jovene. Napoli 1960, pág. 146 y ss.

Chinchilla Marín, Carmen. *La tutela cautelar en la nueva jurisdicción contencioso-administrativa*. Civitas 1992.

Chinchilla Marín, Carmen, Mestre Delgado, Juan Francisco y Rodríguez Arana, Jaime. *Comentarios los artículos 129 y ss. de la*

LJC-A. REDA nº 100, 1998, número extraordinario de comentarios a la Ley 29/1998, pág. 863 y ss.

Delgado Barrio, Javier. *El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisdicción contencioso-administrativa.*, en Obra colectiva “La protección jurídica del ciudadano. Estudios de homenaje al profesor González Pérez “. Civitas 1993, Tomo II, pág. 1202 y ss.

Escuin Palop, Vicente. *La suspensión de actos en vía administrativa.* REDA nº 148, 2010, pág. 741 y ss.

Fernández Pastrana, José María. *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre la suspensión de los actos administrativos.*, RAP nº 120, 1989, pág. 277 y ss.

Fonseca González, Rafael. *La suspensión de la ejecutividad del acto administrativo objeto de recurso en la jurisprudencia.* Cuaderno de Jurisprudencia. Ilustre colegio de Abogados de Oviedo. Oviedo 1995.

Font i Llovet, Tomas. *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*. REDA nº 34, 1982, pág. 485 y ss.

García de Enterría, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*. Tercera edición. Civitas 2004.

García de Enterría, Eduardo. *Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*. REDA nº 76, 1993, pág. 615 y ss.

Gómez Ferrer, Rafael. *Apariencia de buen derecho y suspensión en vía contencioso-administrativa de actos de carácter tributario*. Obra colectiva "La protección jurídica del ciudadano. Estadios de homenaje al profesor González Pérez ". Civitas 1993, Tomo II, pág. 1153 y ss.

González-Varas Ibáñez, Santiago José. *La regulación de otra medida cautelar paralela al efecto suspensivo del acto administrativo en el proceso contencioso-administrativo*. Revista

vasca de derecho procesal y arbitraje, 1991, Cuaderno 3, pag. 353 y ss.

González-Varas Ibáñez, Santiago José. *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Civitas 1993, pág. 279 y ss.

González Pérez, Jesús. *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editorial Civitas, Madrid, 1998, Tomo II, pag. 2019 y ss.

Laso Martínez, José Luis. *Cautelas registrales en el proceso contencioso-administrativo*. Obra colectiva en homenaje al Profesor González Pérez, Civitas 1993, tomo II pág. 1537 y ss.

Nieto García, Alejandro. *Sobre la teoría de Parada en relación con los orígenes del proceso contencioso-administrativo*. RAP nº 57, 1968, pag. 9 y ss.

Parada Vázquez, Ramón. *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso administrativo*. RAP nº 55, 1968, pág. 65 y ss.

Parejo Alfonso, Luciano. *La tutela judicial cautelar en el proceso contencioso-administrativo*. REDA nº 49, 1986, pág. 19 y ss.

Quintana López, Tomas. *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo italiano*. REDA nº 64, 1989, pág. 540 y ss.

Rodríguez Arana, Jaime. *La suspensión judicial del acto administrativo en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. En jornadas de estudios sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa. La Coruña 1997, pág. 95 y ss.

Rodríguez Arana, Jaime. *Últimas orientaciones jurisprudenciales sobre la suspensión contenciosa de actos administrativos*. Revista del Poder Judicial nº XVIII, 1990, pág. 179 y ss.

Rodríguez Arana, Jaime. *La suspensión contenciosa del acto administrativo en la jurisprudencia de 1990*. Actualidad Administrativa nº 18, 1991, pág. 223 y ss.

Ruiz Piñeiro, Fernando. *Las medidas cautelares en la Ley 13/1998, de 13 de Julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Aranzadi, Madrid 2001.

Sarmiento Acosta, Manuel Jesús. *Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español*. RAP 129, 1992, pág. 385 y ss.

Suay Rincón, José. *La suspensión de la expropiación: el fumus boni iuris como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar*. REALA nº 251, 1991, pag. 665 y ss.

Tornos Mas, Joaquín. *Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial*. REDA nº 61, 1989, pág. 124 y ss.

